Re: Recurso de Reposición y apelación (si procede) contra su auto del 7 de octubre de 2022., Radicado: 20011318900220170025000. Proceso: Verbal de Responsabilidad Civil Extracontractual Demandante: Zenith María Peña Quintana Y Otros Demandados: Reinel ...

JOSE ARTURO MORALES FERIA <joseamoralesf@gmail.com>

Mar 11/10/2022 14:32

Para: Juzgado 01 Civil Circuito - Cesar - Aguachica <j01cctoaguachica@cendoj.ramajudicial.gov.co>

4 archivos adjuntos (19 MB)

3. Laudo Arbitral.pdf; 4. ActaLiquidaConsol.pdf; 5. AutoLiquidaCNO SA.pdf; 6. Contrato EPC.pdf;

Mailtrack Remitente notificado con Mailtrack

El mar, 11 oct 2022 a las 12:50, JOSE ARTURO MORALES FERIA (<joseamoralesf@gmail.com>) escribió:

Señor
Juez Civil del Circuito
Aguachica - Cesar
E-mail: j01cctoaguachica@cendoj.ramajudicial.gov.co

Radicado: 20011318900220170025000.
Proceso: Verbal de Responsabilidad Civil Extracontractual
Demandante: Zenith María Peña Quintana Y Otros
Demandados: Reinel Guerrero Peñuela Y Otros
Asunto: Recurso de Reposición y apelación (si procede) contra su auto del 7 de octubre de 2022.

JOSE ARTURO MORALES FERIA, mayor y vecino de Bogotá D.C., obrando en mi condición de apoderado objetivo del Consorcio Constructor Ruta del Sol – CONSOL, entidad que al presentar este escrito ya no existe por haber sido liquidada, al Señor Juez me dirijo para manifestarle y solicitarle lo siguiente:

De la inexistencia del consorcio CONSOL:

1. El consorcio CONSOL fue constituido para llevar a cabo la ejecución de obras a cargo de la Concesionaria Ruta del Sol SAS. Sin embargo, el día 22 de febrero de 2017, se suscribió el Acuerdo de Terminación y Liquidación anticipada del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, suscrito entre Instituto Nacional de Concesiones - INCO – hoy Agencia Nacional de Infraestructura - ANI y la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.
2. A su vez, el 20 de octubre de 2017 se suscribió "Acta de Reversión y Entrega, de la infraestructura del Corredor Vial Ruta del Sol Sector 2 Troncal Puerto Salgar- San Roque y Transversal Río de Oro- Aguaclara - Gamararra" por parte de la Concesionaria Ruta del Sol SAS a la Agencia Nacional de Infraestructura-ANI. Todo conforme al Contrato de Concesión No. 01 de 2010.
3. De otra parte, el 6 de agosto de 2019 El Tribunal de arbitramento constituido por la CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S contra la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA-ANI profirió laudo arbitral declarando, entre otras, la nulidad absoluta del contrato de concesión 001 de 2010, lo cual implicó la terminación del Consorcio.
4. Con base en la terminación del consorcio y, además, sin razón de su existencia, por acta del 12 de marzo de 2019 se suscribió el acta de liquidación del acuerdo consorcial que le dio vida a CONSOL. Es así que CONSOL dejó de existir a partir del 12 de marzo de 2019.
5. Además, por auto No 460-009992 del 4 de agosto de 2021, la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES ordenó la liquidación judicial de la sociedad Constructora Norberto Odebretch S.A. NIT 800.155.291– Expediente 25742, ex integrante del Consorcio y como consecuencia de esta orden judicial, la Superintendencia dispuso en el artículo Trigésimo quinto del auto mencionado *"Advertir que, de conformidad con el artículo 50.4 de la Ley 1116 de 2006, la declaración de apertura del presente proceso produce la terminación de los contratos de tracto sucesivo, de cumplimiento diferido o de ejecución instantánea, no necesarios para la preservación de los activos, así como los contratos de fiducia mercantil o encargos fiduciarios, celebrados por el deudor en*

calidad de constituyente, sobre bienes propios y para amparar obligaciones propias o ajenas".

6. De esta forma, para el momento de notificar la reforma de la demanda el Consorcio CONSOL no existía. Incluso no existe desde el 12 de marzo de 2019, pese a que de forma quizás apresurada se nos otorgó poder para representar sus intereses dentro de esta contienda judicial.
7. Así entonces, en consideración a que, a la luz de lo decidido en su auto del 7 de octubre de 2022, formalmente funjo como apoderado judicial del hoy extinto CONSOL, me veo en la obligación, de una parte, de poner en conocimiento del Despacho la circunstancia de la inexistencia del Consorcio y, de la otra, de defender procesalmente a este Consorcio extinto, mientras siga siendo su apoderado judicial.

Del Recurso de Reposición y en subsidio apelación (si procede), contra su auto del 7 de septiembre de 2022 y el Auto del 24 de abril de 2019 por medio del cual se admitio la reforma a la demanda en los siguientes términos:

Sobre el poder otorgado al suscrito:

1. Como ya se dijo, representó a una entidad inexistente desde el 12 de marzo de 2019 y por tanto pongo en conocimiento del Despacho la invalidez del poder que se me otorgó. Por esta misma razón, comparto la decisión tomada en su auto del 25 de enero de 2022, consistente en:

   - *Rechazar la solicitud de copias del expediente y la nulidad presentada por el CONSORCIO CONSTRUCTOR RUTA DEL SOL – CONSOL (…)*
   - *Tener por no surtida la notificación personal y por aviso efectuada por los demandantes respecto a la notificación personal del CONSORCIO CONSTRUCTOR RUTA DEL SOL – CONSOL, respecto al auto que admitió la reforma a la demanda.*

2. Al revisar el poder otorgado al suscrito por quien en su momento fungió como representante legal del Consorcio CONSOL, hallamos razón al Despacho cuando resolvió negar el trámite de nulidad propuesta sobre la base de que *"no se acreditó en debida forma la representación judicial de la prenombrada demandada por parte del profesional del derecho petente, pues el poder otorgado carece de los mínimos requisitos del artículo 74 del C.G. del P"*.

3. Pese a lo anterior, por auto del 7 de septiembre de 2022, el Despacho encuentra que el poder otorgado al suscrito cumple con los requisitos del artículo 74 del CGP y resuelve reconocerme personería jurídica y además notificar a CONSOL.

4. No obstante, al ser inexistente el consorcio CONSOL para el momento de dictar el auto del 7 de septiembre de 2022, la notificación de la demanda por cualquier medio que se haya hecho, carece de legalidad y, en consecuencia, no se puede considerar como efectiva.

5. Es importante hacer saber al Despacho que al día de hoy el extinto Consorcio CONSOL se encuentra acéfalo. No tiene representante legal y en consecuencia represento a una entidad extinta y además sin órganos de dirección. No obstante, el reconocimiento de la personería jurídica para la defensa, me obliga a ejercer esta defensa hasta cuando el Despacho lo considere apropiado.

Sobre la falta acceso al expediente digital para ejercer el derecho de defensa:

> Aclaro al Despacho que, a pesar de que CONSOL fue notificado por conducta concluyente, no conozco el expediente. Es importante anotar que, por auto del 26 de febrero de 2022 el Despacho ordenó: "*Rechazar la solicitud de copias del expediente y la nulidad presentada por el CONSORCIO CONSTRUCTOR RUTA DEL SOL – CONSOL"* Notificados y sin copias del expediente para ejercer la defensa del extinto CONSOL, se incurre en la violación del derecho de defensa y del debido proceso, de amplio desarrollo jurisprudencial.

Sobre la falta del cumplimiento requisito de procedibilidad para demandar a CONSOL:

1. Dentro de la escasa información que poseemos en relación con el asunto que nos ocupa, se echa de menos la falta de convocatoria a conciliación extrajudicial del Consorcio CONSOL. De ser así, con la admisión de la reforma de la demanda – auto del 24 de abril de 2019, por el cual se vinculó a CONSOL a la pasiva del prese proceso judicial se violaron los principios constitucionales del Debido Proceso, El Derecho de Defensa y el efectivo acceso a la justicia. El numeral 7° del artículo 90 del CGP, dice

que el señor Juez debe decretar la inadmisión de la demanda, cuando el demandante no acredite que se agotó la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad, sin embargo, el Despacho, sin reparar en la audiencia de conciliación como requisito de procedibilidad admitió la demanda (reforma), en contra de CONSOL, sin haber sido este ente citado a tal audiencia.

2. La jurisprudencia constitucional emanada de la Honorable Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en afirmar que, se requiere el cumplimiento del requisito de procedibilidad consistente en convocar a audiencia de conciliación extrajudicial al demandado antes de recurrir a conocimiento del Juez. Sobre el asunto dijo esta alta Corporación - Sala de Casación Civil y Agraria Nº T 0500122030002017-00673-01 en fallo del 27 de septiembre de 2017, recuperado el 10 de octubre de 2017 del enlace https://app-vlex-com.bibliodigital.ugc.edu.co/#search/jurisdiction:CO/falta+de+agotar+el+requisito+de+conciliaci%C3%B3n+prejudicial+en+lo+civil/WW/vid/874103860

> *De lo anterior, se colige que los argumentos bajo los cuales la célula judicial enjuiciada sustentó su decisión, se fundamentan en la aplicación de las normas de derecho sustancial y procesal que rigen el asunto de marras, hermenéutica de la que concluyó que se debía confirmar la providencia que rechazó de la demanda dentro del asunto objeto de la presente acción, habida cuenta que, según anotó, imponía de necesidad cumplir con el requisito de procedibilidad previsto para esa clase de procesos por la legislación procesal civil (…)* (destacado fuera de texto)

Así mismo, más recientemente, el 23 de abril de 2021, la misma Sala de la Corte Suprema de Justicia consideró en sentencia dictada dentro del STC4330-2021 Radicación nº 76111-22-13-000-2021-00025-01, recuperada del enlace *https://app-vlex-com.bibliodigital.ugc.edu.co/#search/jurisdiction:CO/falta+de+agotar+el+requisito+de+conciliaci%C3%B3n+prejudicial+en+lo+civil/WW/vid/876875663,* que:

> *"Entonces, como el rechazo de la demanda de B.C., por falta del agotamiento previo de la conciliación preprocesal, no revela la existencia de un yerro que desde la perspectiva constitucional deba ser conjurado, se refrendará el veredicto de primera instancia"* (destacad fuera de texto)

Se concluye que el requisito de procedibilidad es de obligatorio cumplimiento para la admisión de la demanda (numeral 7° del artículo 90 del CGP y su falta de cumplimiento debe llevar a la inadmisión de la demanda, cuando no al rechazo, cuando no se subsane en el defecto reseñado.

Por las precedentes razones solicito al Despacho que:

1. Que se revoquen los numerales primero y segundo del auto del 7 de octubre de 2022, mediante el cual se me reconoció personería jurídica y se tuvo por notificado por conducta concluyente al extinto Consorcio CONSOL y, en su lugar se deje en firme el auto del 26 de febrero de 2022

2. Revoque el auto del 24 de abril de 2019 por el cual se admitió la reforma de la demanda y en su lugar se inadmita o rechace según lo que en derecho corresponda.

3. En caso de no prosperar el presente recurso que:

   3.1. Se ordene darnos acceso al expediente digital para efectos de que se surta la notificación en debida forma con miras a ejercer el derecho de defensa del extinto CONSOL.
   3.2. Se nos conceda el recurso de apelación, si procede.

Pruebas:

1. Acta de Reversión y Entrega de la infraestructura del Corredor Vial Ruta del Sol.
2. Acuerdo de Terminación y Liquidación anticipada del Contrato de Concesión No. 001 de 2010
3. Laudo del 6 de agosto de 2019 - El Tribunal de arbitramento.
4. Acta de liquidación de CONSOL del 12 de marzo de 2019.
8. Auto No 460-009992 del 4 de agosto de 2021, la Superintendencia de Sociedades liquidación judicial Constructora Norberto Odebretch S.A.

Notificaciones: Recibiremos notificaciones en el correo: joseamoralesf@gmail.com

En cumplimiento de la ley 2213 de 2022, enviamos este memorial y sus anexos a las siguientes direcciones electrónicas:

Por no tener acceso al expediente no conocemos direcciones electrónicas

Del Señor Juez,

JOSE ARTURO MORALES FERIA
CC. 14.243.569
TP 63.572 del CS de la J.

Mailtrack Remitente notificado con Mailtrack

TRIBUNAL ARBITRAL

CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.

Vs.

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI

(Trámites 4190 y 4209 Acumulados)

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., República de Colombia, seis (6) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

Agotado el trámite procesal correspondiente, con observancia de los requisitos que establecen la Constitución Política y las leyes, sin que se advierta causal alguna de nulidad y dentro de la oportunidad para hacerlo, el Tribunal Arbitral profiere en derecho, el Laudo de mérito que finaliza el Proceso surtido entre la Sociedad **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.,** Convocante y Convocada en Reconvención y la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**, como Parte Convocada y Convocante en Reconvención.

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1. PARTES Y DEMÁS INTERVINIENTES

La Convocante

Es la sociedad **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S**., sociedad comercial domiciliada en Bogotá D.C., identificada con el Número de Identificación Tributaria. 900.330.667-2.

Del examen de los documentos obrantes en el expediente, se observa que el Contrato de Concesión No. 001 del 14 de enero de 2010, modificado sustancialmente por el Otrosí No. 6 del 14 de marzo de 2014, origen de la litis y del pacto arbitral contenido en aquél, fue suscrito por la Sociedad **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.**, la cual se encuentra amparada por el pacto arbitral contenido en dicho Contrato de Concesión, por lo que está legitimada para comparecer a este proceso en la calidad mencionada.

Esta Sociedad estuvo representada judicialmente, en su orden, por los señores apoderados Jorge Eduardo Chemás Jaramillo y Marcela Monroy Torres. Actualmente está representada judicialmente por su apoderado Ángel Castañeda Manrique.

Litisconsortes Cuasinecesarios de la Convocante Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

Además, el Tribunal aceptó la vinculación, en calidad de litisconsortes cuasinecesarios de la Convocante Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., de las siguientes Sociedades:

ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A.S. – EPISOL S.A.S., sociedad comercial domiciliada en Bogotá, con Número de Identificación Tributaria 900192242-3, la cual solicitó fuera admitida su intervención como litisconsorte cuasinecesario de la Convocante Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. en este proceso, el 3 de octubre de 2017 y fue admitida mediante el Auto No. 66 del 7 de noviembre de 2017 (Acta No. 50), luego modificado por el Auto No. 67 del 28 de noviembre de 2017 (Acta No. 51).

Esta Sociedad ha estado representada judicialmente por su apoderada Patricia Mier Barros.

CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A., sociedad constituida según las leyes de la República Federativa del Brasil, con sucursal en Colombia, domiciliada en Bogotá, registrada ante la Cámara de Comercio de Bogotá, con Número de Identificación Tributaria 800.155.291-4, la cual solicitó fuera admitida su intervención como litisconsorte cuasinecesario de la Convocante Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. en este proceso el 23 de octubre de 2017 y fue admitida mediante el Auto No. 66 del 7 de noviembre de 2017 (Acta No. 50), luego modificado por el Auto No. 67 del 28 de noviembre de 2017 (Acta No. 51).

Esta Sociedad estuvo representada judicialmente por su apoderado Weiner Ariza Moreno. Actualmente está representada judicialmente por su apoderado Huberto José Meza Armenta.

ODEBRECHT LATINVEST COLOMBIA S.A.S., sociedad comercial domiciliada en Bogotá, con Número de Identificación Tributaria 900.606.148-8, la cual solicitó fuera admitida su intervención como litisconsorte cuasinecesario de la Convocante Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. en este proceso, el 23 de octubre de 2017 y fue admitida mediante el Auto No. 66 del 7 de noviembre de 2017 (Acta No. 50), luego modificado por el Auto No. 67 del 28 de noviembre de 2017 (Acta No. 51).

Esta Sociedad estuvo representada judicialmente por su apoderado Santiago Fajardo Peña. Actualmente está representada judicialmente por su apoderado Huberto José Meza Armenta.

CSS CONSTRUCTORES S.A., sociedad comercial domiciliada en Chía, Cundinamarca, con Número de Identificación Tributaria 832.006.599-5, la cual solicitó fuera admitida su intervención como litisconsorte cuasinecesario de la Convocante Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. en este proceso, el 7 de febrero de 2018 y fue admitida mediante el Auto No. 76 del 8 de febrero de 2018 (Acta No. 60).

Esta Sociedad ha estado representada judicialmente por su apoderado Juan Pablo González Alarcón.

Terceros Coadyuvantes de la Convocante Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

Así mismo, el Tribunal aceptó la solicitud de vinculación, radicada el 24 de mayo de 2018, en calidad de Terceros Coadyuvantes de la Convocante Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., la cual la cual fue admitida mediante el Auto No. 99 del 31 de mayo de 2018 (Acta No. 83), de las siguientes entidades financieras:

BANCOLOMBIA S.A., sociedad comercial, organizada como establecimiento bancario, domiciliada en Medellín, con Número de Identificación Tributaria 890903938-8.

BANCO DAVIVIENDA S.A., sociedad comercial, organizada como establecimiento bancario, domiciliada en Bogotá, con Número de Identificación Tributaria 860034313-7.

BANCO DE BOGOTÁ S.A., sociedad comercial, organizada como establecimiento bancario, domiciliada en Bogotá, con Número de Identificación Tributaria 860.002.964 – 4.

BANCO DE OCCIDENTE S.A., sociedad comercial, organizada como establecimiento bancario, domiciliada en Cali, con el Número de Identificación Tributaria 890.300.279-4.

BANCO POPULAR S.A., sociedad comercial, organizada como establecimiento bancario, domiciliada en Bogotá, con Número de Identificación Tributaria 860.007.738-9.

BANCO AV VILLAS S.A., sociedad comercial, organizada como establecimiento bancario, domiciliada en Bogotá, con el Número de Identificación Tributaria 860.035.827-5.

ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A. (antes denominada Helm Bank S.A.) sociedad comercial, organizada como establecimiento bancario, domiciliada en Bogotá, con Número de Identificación Tributaria 890.903.937-0.

Los citados Bancos han estado representados judicialmente por su apoderado Andrés Flórez Villegas.

Igualmente, el Tribunal aceptó la solicitud de vinculación del **PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO RUTA DEL SOL SECTOR 2** en calidad de Tercero Coadyuvante de la Convocante Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., elevada el 21 de febrero de 2019 por su vocera, la **FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A.,** sociedad comercial, organizada como sociedad fiduciaria, domiciliada en Bogotá, la cual fue admitida mediante el Auto No. 118 del 21 de marzo de 2019, (Acta No. 96).

El citado **Patrimonio Autónomo Fideicomiso Ruta del Sol Sector 2**, que actúa por conducto de su vocera la Sociedad Fiduciaria Corficolombiana S.A., ha estado representado judicialmente por su apoderada Laura Tovar Niño.

La Parte Convocada

Es la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**, Agencia Estatal de Naturaleza Especial, perteneciente al sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Poder Público, orden nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica, adscrita al Ministerio de Transporte, con Número de Identificación Tributaria 830.125.996-9.

Del examen de los documentos obrantes en el expediente, se advierte que si bien el Contrato de Concesión No. 001 del 14 de enero de 2010, modificado sustancialmente por el Otrosí No. 6 del 14 de marzo de 2014, origen de la litis y del pacto arbitral contenido en aquél, fue suscrito por el **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES - INCO**, establecimiento público del orden nacional creado por el Decreto Ley 1800 del 26 de junio de 2003, fue convocada a este proceso como parte demandada la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** y ésta ha comparecido en calidad de tal, en razón a que mediante el Decreto Ley 4165 de 3 de noviembre de 2011, expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 1144 de 2011, se cambió la naturaleza jurídica del **INCO** de Establecimiento Público a Agencia Estatal de Naturaleza Especial (artículo 1°) y se dispuso que *"Los derechos y obligaciones que a la fecha de expedición del presente decreto tenga el Instituto Nacional de Concesiones –INCO, continuarán a favor y a cargo de la Agencia Nacional de Infraestructura"* (artículo 25).

Por lo anterior, la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** se encuentra amparada por el pacto arbitral contenido en dicho Contrato de Concesión, por lo que está legitimada para comparecer a este proceso en la calidad antes mencionada.

Esta entidad pública ha estado representada judicialmente por su apoderado Henry Sanabria Santos.

Sujetos Procesales Especiales

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Para dar cumplimiento a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 12 de la Ley 1563 de 2013 y al artículo 612 del Código General del Proceso, que modificó el artículo 199 de la Ley 1437 de 2011, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá informó a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado sobre la instalación de este Tribunal Arbitral la cual concurrió a este Proceso a través de, en su orden, sus apoderados Ramiro Bejarano Guzmán, Gabriel de Vega Pinzón (q.e.p.d.) y Carlos Enrique Gallego Silva.

El Ministerio Público

Para el ejercicio y cumplimiento de las funciones atribuidas por el numeral 7 del artículo 277 de la Constitución Política al Ministerio Público, concordante con lo establecido en el artículo 7 del Decreto 262 de 2000, el artículo 21 de la Ley 1563 de 2012 y el numeral 4 del artículo 45, los numerales 1 y 4, literal a), del artículo 46 y el artículo 612 del Código General del Proceso, el citado Ministerio Público concurrió a este proceso arbitral a través de los siguientes funcionarios:

Durante el trámite del Proceso No. 4190 ha participado la Procuradora 55 Judicial II para Asuntos Administrativos Fanny Contreras Espinosa, quien continuó con la representación de la Procuraduría en la actuación del Proceso una vez acumulado a éste el Proceso No. 4209.

Adicionalmente, el Procurador General de la Nación designó al Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa Iván Darío Gómez Lee, como agente especial del Ministerio Público para intervenir en el presente proceso.

Durante el trámite del Proceso No. 4209 -antes de ser acumulado al Proceso No. 4190, participó el Procurador 134 Judicial II para Asuntos Administrativos, Luis Alfonso Botero Chica.

2. EL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 001 DE 2010

Las controversias sometidas a consideración del Tribunal se relacionan con la celebración y ejecución del Contrato de Concesión No. 001 celebrado el 14 de enero de 2010 por el Instituto Nacional de Concesiones – INCO, establecimiento público del orden nacional creado por el Decreto Ley 1800 del 26 de junio de 2003, transformado en la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI mediante el Decreto Ley 4165 de 3 de noviembre de 2011, y la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., el cual fue modificado sustancialmente por el Otrosí No. 6 suscrito por las Partes el 14 de marzo de 2014.

El Contrato de Concesión No. 001 de 2010 se originó en la Licitación Pública SEA-LP-001-2009, cuya apertura fue ordenada mediante la Resolución No. 186 del 27 de marzo de 2009 proferida por el Subgerente de Estructuración y Adjudicación del Instituto Nacional de Concesiones - INCO, cuyo objeto fue: *"Seleccionar las Propuestas más favorables para la adjudicación de tres (3) Contratos de Concesión, cuyo objeto será el otorgamiento a cada uno de los Concesionarios de una concesión para que realicen, por su cuenta y riesgo, las obras necesarias para la construcción, rehabilitación, ampliación y mejoramiento, según corresponda, 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 uno o más de los siguientes Sectores en losque se divide el Proyecto Sectores: Sector 1: Tobiagrande/Villeta - El Korán, Sector 2:Puerto Salgar – San Roque y Sector 3: San Roque – Ye de Ciénaga y Carmen de Bolívar– Valledupar."*

Mediante la Resolución No. 641 del 15 de diciembre de 2009, el Subgerente de Estructuración y Adjudicación y el Gerente General (E) del Instituto Nacional de Concesiones INCO, adjudicaron el Sector 2 de la Licitación Pública SEA-LP-001-2009 al proponente No. 3 Estructura Plural Promesa de Sociedad Futura Concesionario Ruta del Sol S.A.S., la cual estuvo conformada por los siguientes

integrantes: CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A., ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRAESTRUTURA LTDA., ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A., y CSS CONSTRUCTORES S.A.

De conformidad con lo establecido en el proceso licitatorio, los integrantes del proponente adjudicatario, incluyendo a la sociedad ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRAESTRUTURA LTDA., constituyeron la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., mediante Escritura Pública 2103 del 22 de diciembre de 2009 otorgada en la Notaría 22 de Bogotá. Según el Libro de Registro de Accionistas de Concesionaria Ruta del Sol, la sociedad ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRAESTRUTURA LTDA. fue registrada como su accionista desde el 29 de diciembre de 2009.

En enero de 2011, ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRAESTRUTURA LTDA. cambió su denominación razón social y transformó su naturaleza societaria a Odebrecht Participaciones e Investimentos S.A. Luego, el 3 de abril de 2013 se constituyó la sociedad ODEBRECHT LATINVEST COLOMBIA S.A.S., como filial de Odebrecht Participaciones e Investimentos S.A.

Posteriormente, ODEBRECHT PARTICIPACIONES E INVESTIMENTOS S.A. transfirió sus acciones en CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. a su filial ODEBRECHT LATINVEST COLOMBIA S.A.S., transferencia que fue registrada con fecha 19 noviembre 2015 en el Libro de Registro de Accionistas de la concesionaria. Esta transferencia fue aprobada por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI, dejando claro que Odebrecht Participaciones e Investimentos S.A. mantiene la situación de control sobre su filial, cumpliendo en un todo las condiciones establecidas en el Contrato de Concesión 001 de 2010.

Mediante comunicación S-2015-011201 y posteriormente en reunión celebrada el día 21 de febrero 2016, la Concesionaria confirmó a la Agencia Nacional de Infraestructura ANI la transferencia de acciones de ODEBRECHT PARTICIPACIONES E INVESTIMENTOS S.A. a su filial ODEBRECHT LATINVEST COLOMBIA S.A.S.[1]

El citado Contrato de Concesión No. 001 de 2010, fue modificado por las Partes mediante los Otrosíes No. 1 a 10 celebrados entre 2013 y 2016.

Mediante Acuerdo celebrado el 22 de marzo de 2017, modificado el 27 de marzo del mismo año, de mutuo consenso, las Partes pactaron la terminación del Contrato, fijaron un período de transición y definieron una fórmula de liquidación que se comprometieron a someter a la aprobación del juez competente.

3. LA CLÁUSULA COMPROMISORIA

En el Contrato de Concesión No. 001 de 2010 se pactó Cláusula Compromisoria, en los siguientes términos:

> *"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, él o los árbitros respecto de los cuales no haya habido*

[1] Cfr. Memorial de la ANI del 29 de marzo de 2017, con el cual presentó el Informe del estado del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, el cual le fue requerido por el Tribunal Arbitral en Auto 47 del 22 de marzo de 2017 y las pruebas aportadas por Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S. en su solicitud de intervención como litisconsorte cuasinecesario, del 23 de octubre de 2017. Cuaderno de Pruebas No. 192, Folios 354 y siguientes

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."

4. TRÁMITE DEL PROCESO

En este proceso arbitral se tramitan dos demandas arbitrales diferentes, presentadas ambas por la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. contra de la Agencia Nacional de Infraestructura.

La primera demanda arbitral fue presentada el 6 de agosto de 2015, la cual se tramitó en el Expediente No. 4190. La segunda demanda arbitral fue presentada el 19 de agosto de 2015, la cual se tramitó en el Expediente No. 4209. Ambos números corresponden a la numeración de expedientes del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Cada uno de estos procesos arbitrales se tramitó de forma independiente desde su inicio hasta el 5 de septiembre de 2016, fecha en la cual, el Tribunal Arbitral del Proceso No. 4190, mediante Auto No. 25, ordenó la acumulación del Proceso No. 4209 al Proceso No. 4190. A partir de ese momento, ambos expedientes se tramitan de forma conjunta.

4.1. Trámite inicial en el Proceso 4190

La Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. presentó demanda arbitral en contra de la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI el 6 de agosto de 2015,[2] la cual fue tramitada en el Expediente No. 4190.

4.1.1. Árbitros

En reunión del 14 de agosto de 2015,[3] las Partes, de común acuerdo, designaron como árbitros a los doctores María Stella Villegas de Osorio, William Namén Vargas y Alier Hernández Enríquez, quienes oportunamente aceptaron la designación.

4.1.2. Instalación del Tribunal

El 23 de septiembre de 2015 se celebró la audiencia de instalación (Acta No. 1), en la cual el Tribunal designó como Presidente a la doctora Stella Villegas de Osorio y como Secretaria, a la doctora Gabriela Monroy Torres. En esta misma audiencia se profirió el Auto No. 2, admisorio de la demanda arbitral, el cual fue notificado personalmente a la Parte Convocada el 6 de octubre de 2015. Adicionalmente, se notificó a la ANDJE y al Ministerio Público. Recurrido por la ANI el 8 de octubre de 2015[4] y descorrido el traslado del recurso,[5] el Tribunal lo confirmó mediante Auto No. 4 del 22 de octubre de 2015 (Acta No. 3).

4.1.3. Actuación Procesal

[2] Cuaderno Principal No. 1, Folios 1 a 55
[3] Cuaderno Principal No. 1, Folio 74
[4] Cuaderno Principal No. 1, Folios 215 a 234
[5] Cuaderno Principal No. 1, Folios 235 a 247

Tras haber sido contestada la demanda arbitral el 5 de febrero de 2016 por la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI[6] y descorridas las excepciones de mérito y la objeción al juramento estimatorio, aquella fue reformada por la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S el 13 julio 2016,[7] reforma que fue admitida mediante Auto No. 21 del 22 de julio 2016 (Acta No. 19), confirmado mediante Auto No. 23 del 18 agosto 2016 (Acta No.20), tras decidir el recurso de reposición presentado por la ANI[8], la oposición al mismo formulada por la Sociedad Convocante y la coadyuvancia presentada por la ANDJE.[9] El 2 de septiembre de 2016, la ANI contestó la demanda arbitral reformada.[10]

4.1.4. Acuerdo Conciliatorio Parcial

El 14 diciembre de 2015, las Partes solicitaron al Tribunal aprobar el Acuerdo Conciliatorio Parcial suscrito el 4 de diciembre de ese año,[11] con el cual las Partes declararon conciliar las diferencias y reclamaciones existentes entre las mismas en el Proceso Arbitral No. 4190, por los efectos financieros ocasionados por el desplazamiento en el recibo de los ingresos correspondientes a Aportes de la ANI ("Aportes INCO") y las inversiones realizadas por parte de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., cuya cuantía se estimó en la suma de CIENTO SETENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS NOVENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS TRES MIL DOSCIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS ($175.799.603.279) del 31 de diciembre de 2008, según se indicó en el numeral 1° del Capítulo V, Cuantía y Juramento Estimatorio, de la demanda arbitral No. 4190. Consecuencialmente, la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. renunció a efectuar futuras reclamaciones judiciales o extrajudiciales por razón de los efectos financieros de la Etapa Pre-Operativa, ocasionados por el desplazamiento en el recibo de los ingresos correspondientes a Aportes de la ANI ("Aportes INCO") y las inversiones realizadas por parte de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., siempre y cuando la ANI cumpliera integralmente lo pactado en el Otrosí No. 9. A su vez, la ANI renunció a formular cualquier reclamación por razón de los efectos financieros de la Etapa Pre-Operativa ocasionados por el desplazamiento de las inversiones realizadas por parte de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y de los ingresos del Concesionario. La ANI y el Concesionario reconocieron y aceptaron que el citado Acuerdo tiene el efecto de cosa juzgada, en relación con las controversias que así se conciliaron.

Surtido el traslado ordenado al Ministerio Público y explicado en la audiencia celebrada el 29 de enero de 2016 (Acta No. 8), el citado Acuerdo Conciliatorio Parcial fue aprobado por el Tribunal mediante Auto No. 11 del 1 febrero de 2016 (Acta No. 9).

4.1.5. Medidas cautelares adoptadas inicialmente en este Proceso

El 23 de septiembre de 2015, una vez terminada la audiencia de instalación, la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. solicitó al Tribunal decretar siete medidas cautelares. Tras correr traslado de esta petición ordenada mediante el Auto No. 5 del 22 de octubre de 2015 (Acta No.3), el Tribunal decidió esta solicitud mediante Auto 7 del 11 de noviembre de 2015 (Acta 4), confirmado por Auto 8 del 1 diciembre 2015 (Acta 5), al decidir los recursos de reposición de la ANI y de la ANDJE.

4.1.6. Acción de tutela relativa a la medida cautelar decretada

La Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, interpuso acción de tutela en contra del Tribunal Arbitral, solicitando la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, presuntamente vulnerados por el Auto del Tribunal Arbitral del 11 de

[6] Cuaderno Principal No. 1, Folios 351 a 397
[7] Cuaderno Principal No. 2, Folios 75 a 171
[8] Cuaderno Principal No. 2, Folios 180 a 188
[9] Cuaderno Principal No. 2, Folios 199 a 205
[10] Cuaderno Principal No. 2, Folios 256 a 320
[11] Cuaderno Principal No. 1, Folios 272 a 304

noviembre de 2015 que resolvió decretar las medidas cautelares pedidas por la Concesionaria Ruta del Sol, así como el auto del 1 de diciembre 2015 que confirmó la decisión inicial.

Esta acción de tutela fue decidida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en sentencia del 10 de octubre de 2016 (Consejera Ponente Martha Teresa Briceño), la cual negó por improcedente la solicitud de tutela instaurada por la ANI, ya que dicha medida cautelar, dijo, no menoscaba las facultades que tiene la ANI para ejercer el control y vigilancia del contrato en ejecución.

Esta sentencia de primera instancia fue apelada por la Agencia Nacional de Infraestructura, recurso que fue decidido por la Sección Quinta del Consejo de Estado en sentencia del 30 de marzo de 2017 (Consejera Ponente Rocío Araujo Oñate). En esta sentencia se declaró la cesación de la actuación impugnada por carencia actual de objeto, por haber desaparecido los efectos tanto del Contrato de Concesión, dada la orden de su terminación impartida por la Superintendencia de Industria y Comercio, como el levantamiento de las medidas cautelares por el propio tribunal arbitral.

4.2. Trámite inicial del Proceso 4209

El 19 de agosto de 2015, la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. presentó una segunda demanda arbitral en contra la ANI, la cual fue radicada con Número 4209.[12]

4.2.1. Árbitros

En reunión de designación de árbitros celebrada el 2 de septiembre de 2015, las Partes de común acuerdo designaron como árbitros a los doctores María Stella Villegas de Osorio, William Namén Vargas y Alier Hernández Enríquez,[13] quienes oportunamente aceptaron la designación.

4.2.2. Instalación

La audiencia de instalación se celebró el 14 de octubre de 2015 (Acta No. 1), en la cual el Tribunal designó como Presidente al doctor William Namén Vargas y como Secretaria a la doctora Adriana López Martínez.

4.2.3. Actuación procesal

En la audiencia de instalación se profirió el Auto No. 2, por el cual se admitió la demanda, el cual fue notificado personalmente a la Convocada el 4 de noviembre de 2015. Adicionalmente, se notificó a la ANDJE y al Ministerio Público.

El 17 febrero 2016, la ANI contestó la demanda arbitral[14] y formuló demanda de reconvención[15], la cual fue admitida mediante el Auto No. 4 del 22 de febrero de 2016 (Acta No. 5), el cual, una vez recurrido el 26 de febrero de 2016,[16] fue confirmado con el Auto No. 5 del 7 de marzo de 2016 (Acta No. 6).

La Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. contestó la demanda de reconvención el 7 de abril de 2016, propuso excepciones de fondo y formuló objeción al juramento estimatorio. [17]
Surtido todo lo anterior, la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. presentó reforma de su demanda arbitral el 18 de julio 2016,[18] la cual fue admitida mediante Auto No. 17 del 22 julio de 2016 (Acta

[12] Cuaderno Principal No. 3, Folios 1 a 47
[13] Cuaderno Principal No. 3, Folio 75
[14] Cuaderno Principal No. 3, Folios 273 a 333
[15] Cuaderno Principal No. 3, Folios 336 a 363
[16] Cuaderno Principal No. 3, Folios 373 a 382
[17] Cuaderno Principal No. 4, Folios 3 a 114
[18] Cuaderno Principal No. 4, Folios 277 a 351

No. 18), confirmado mediante el Auto No. 18 del 18 de agosto 18 de 2016 (Acta No. 19), al decidir el recurso de reposición presentado por la ANI.[19] El 2 de septiembre de 2016, la ANI contestó la reforma de la demanda arbitral.[20]

4.2.4. Conciliación Parcial

El 14 diciembre de 2015, las Partes solicitaron al Tribunal aprobar el Acuerdo Conciliatorio Parcial suscrito el 4 de diciembre de ese año,[21] con el cual las Partes declararon conciliar exclusivamente las diferencias y reclamaciones existentes entre las mismas en el Proceso Arbitral No. 4209, por los efectos financieros ocasionados por el desplazamiento en el recibo de los ingresos correspondientes a Aportes de la ANI y las inversiones realizadas por parte de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., cuya cuantía se estimó en la suma de CIENTO TREINTA Y OCHO MIL CIENTO OCHO MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS PESOS ($138.108.496.800) del 31 de diciembre de 2008, según se indicó en el numeral 1° del Capítulo V, Cuantía y Juramento Estimatorio, de la demanda arbitral No. 4209. Consecuencialmente, la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. renunció a efectuar futuras reclamaciones judiciales o extrajudiciales por razón de los efectos financieros de la Etapa Pre-Operativa, ocasionados por el desplazamiento en el recibo de los ingresos correspondientes a Aportes de la ANI ("Aportes INCO") y las inversiones realizadas por parte de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., siempre y cuando la ANI cumpliera integralmente lo pactado en el Otrosí No. 9. A su vez, la ANI renunció a formular cualquier reclamación por razón de los efectos financieros de la Etapa Pre-Operativa ocasionados por el desplazamiento de las inversiones realizadas por parte de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y de los ingresos del Concesionario. La ANI y el Concesionario reconocieron y aceptaron que el citado Acuerdo tiene el efecto de cosa juzgada, en relación con las controversias que así se conciliaron.

Surtido el traslado ordenado al Ministerio Público y explicado en la audiencia surtida el 29 de enero de 2016 (Acta No. 3), el citado Acuerdo fue aprobado por el Tribunal mediante Auto No. 3 del 1 febrero de 2016 (Acta No. 4).

4.3. Trámite de los Procesos Acumulados Nos. 4190 y 4209

El 5 de agosto de 2016, la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI solicitó se decretara la acumulación al Proceso No. 4190 del Proceso No. 4209.[22]

De conformidad con lo anterior, el 5 de septiembre de 2016, el Tribunal Arbitral del proceso 4190, mediante Auto No. 25 (Acta No. 21), ordenó la acumulación del proceso 4209 al proceso 4190.

Acumulados los procesos, el 22 de septiembre de 2016, la ANDJE coadyuvó la contestación de la reforma de la demanda y respaldó la posición de la ANI en el Proceso No. 4190.[23]

A continuación, el 30 de septiembre de 2016, la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. presentó memorial con el cual descorrió el traslado de la oposición contenida en la contestación de la reforma de la demanda y de la objeción al juramento estimatorio en el Proceso No. 4190 y de la objeción al juramento estimatorio. Luego, el 3 de octubre de 2016, también la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., descorrió el traslado de la contestación de la reforma de la demanda y de la objeción del juramento estimatorio en el Proceso No. 4209.

El 9 de noviembre de 2016, la ANI y la ANDJE, en memoriales separados, solicitaron la contradicción de los dictámenes periciales presentados por la Concesionaria Ruta del Sol. El

[19] Cuaderno Principal No. 4, Folios 369 a 375
[20] Cuaderno Principal No. 4, Folios 401 a 460
[21] Cuaderno Principal No. 1, Folios 305 a 322 y Cuaderno Principal No.3 Folios 159 a 217
[22] Cuaderno Principal No. 2, Folios 206 a 210 y Cuaderno Principal No. 4, Folios 388 a 393
[23] Cuaderno Principal No. 5, Folios 1 a 6

Tribunal, mediante Auto 31 del 15 noviembre 2016 (Acta 26), concedió término a la Parte Convocada para presentar dictámenes periciales de contradicción.

El 18 de enero 2017, la ANI presentó reforma de su demanda de reconvención. Este reforma fue admitida mediante Auto No. 35 del 19 de enero de 2017 (Acta No. 30), decisión confirmada por el Auto No. 42 del 8 de febrero de 2017 (Acta No. 35), tras decidir el recurso de reposición interpuesto por la convocante.

Posteriormente, el Procurador General de la Nación designó al Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa, Iván Darío Gómez Lee, como agente especial del Ministerio Público para intervenir en el presente proceso. Con base en esta designación, el citado Procurador Delegado presentó, el 8 de febrero de 2017, solicitud para que el Tribunal Arbitral declarara, de forma inmediata, la nulidad absoluta del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 con todos sus otrosíes y se abstuviera de realizar cualquier actuación que condujera a cualquier tipo de reconocimiento económico a favor de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

Mediante Auto No. 41, proferido en la audiencia del 8 de febrero de 2017 (Acta No. 35), el Tribunal Arbitral reconoció la intervención judicial especial del Ministerio Público y dispuso correr traslado de la solicitud de nulidad elevada.

Al finalizar la audiencia del 8 de febrero de 2017 (Acta No. 35), los Árbitros María Stella Villegas de Osorio, William Namén Vargas y Alier Hernández Enríquez renunciaron de forma inmediata e irrevocable a sus cargos. Acto seguido, la Secretaria del Tribunal, Gabriela Monroy Torres, también renunció a su cargo.

En consecuencia de lo anterior, el expediente contentivo de los procesos arbitrales acumulados fue entregado al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (5 Cuadernos Principales, 2 Cuadernos de Medidas Cautelares y 191 Cuadernos de Pruebas).

El 13 de febrero de 2017, las Partes intentaron proceder con la designación de común acuerdo de los nuevos Árbitros que integrarían el Tribunal sin que ello fuera posible, en virtud de lo cual la apoderada de la Convocante solicitó la realización de sorteo público tal como lo dispone el pacto arbitral invocado en la demanda.

El 14 de febrero de 2017, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá procedió a realizar el sorteo público de árbitros para reintegrar el Tribunal Arbitral, como resultado del cual fueron seleccionados los Árbitros Catalina Hoyos Jiménez, Carlos Mauricio González Arévalo y William Barrera Muñoz, como principales; y, como suplentes, en su orden los Árbitros Pedro Antonio Lamprea Rodríguez, Marco Tulio Gutiérrez Morad y Jorge Arango Mejía. Los Árbitros William Barrera Muñoz, Principal, Pedro Antonio Lamprea Rodríguez y Marco Tulio Gutiérrez Morad, suplentes, no aceptaron la designación. Los demás, aceptaron oportunamente su designación cuando les fue comunicada por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y en cada caso cumplieron con el deber de información previsto en el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012.

Reintegrado el Tribunal, el 22 de marzo de 2017 se celebró la audiencia de reinstalación (Acta No. 36) y en ella se designó como Presidente al Árbitro Jorge Arango Mejía y como Secretario al Abogado Carlos Andrés Perilla Castro, inscrito en la lista de Secretarios del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

En esta misma audiencia, mediante Auto No. 47, se requirió información de las Partes y de terceros y se anunció la reanudación de los términos. Adicionalmente, en dicha audiencia, la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, por conducto del Gerente de Defensa Judicial, presentó al Tribunal el Acuerdo suscrito junto con la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., denominado "Acuerdo para la Terminación y liquidación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010", de fecha 22 de febrero de 2017, junto con sus Anexos Nos. 1, 2 y 3[24] pero, agregó que, ante nuevos hechos

[24] Cuaderno Principal No. 5, Folios 601 a 624

ocurridos en la acción popular, el Concesionario y la ANI estaban desarrollando la modificación No. 1 a dicho Acuerdo, el cual sería radicado ante el Tribunal en fecha posterior. El citado documento fue recibido por el Tribunal para su incorporación al Expediente, el cual señaló que sería estudiado en la oportunidad procesal correspondiente y dispuso correr traslado del mismo a los sujetos procesales, al tiempo que señaló que de producirse nuevos documentos que definieran el Acuerdo de las Partes, se trasladarían a todos los sujetos procesales, por Secretaría, sin auto adicional que así lo dispusiera, por cinco días.

Posteriormente, el 27 de marzo de 2017, la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, por conducto del Gerente de Defensa Judicial, presentó al Tribunal Arbitral, el documento denominado "Modificación No. 1 al Acuerdo para la Terminación y Liquidación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, celebrado entre la Agencia Nacional de Infraestructura y la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.", junto con sus Anexos Nos. 2 y 3, suscrito por los representantes de las Partes el 27 de febrero de 2017.[25]

El 5 de abril de 2017, la convocante contestó la reforma de la demanda de reconvención.[26] A su turno, la Procuraduría General de la Nación, en memorial radicado el 5 de abril de 2017, descorrió el traslado de la reforma de la demanda de reconvención.[27] En memorial del 17 abril de 2017, la Agencia Nacional de Infraestructura se refirió a las excepciones de mérito presentadas contra la reforma de la demanda de reconvención.[28]

Mediante Auto No. 48 del 6 de abril 2017 (Acta No. 37), el Tribunal Arbitral decidió que en ese estado del proceso no era competente para decidir la petición de declaración inmediata de nulidad absoluta del Contrato de Concesión que fue formulada por el Agente Especial del Procurador General de la Nación.

En el mismo Auto el Tribunal dispuso citar a la Compañía Mundial de Seguros S.A. y a Seguros Confianza S.A. para que manifestaran si era de su interés intervenir en el proceso. Además, dispuso citar 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. Igual citación se hizo al Consorcio Constructor Consol. Así mismo, el Tribunal solicitó información a las Partes para evaluar una eventual conciliación contentiva del Acuerdo.

Con el Auto No. 49 del 24 de abril de 2017 (Acta No. 38), el Tribunal confirmó la decisión antes referida de citar a los socios de la Convocante como litisconsortes cuasinecesario, decisión que había sido recurrida por la citada Convocante.

Las personas citadas respondieron manifestando no tener interés en participar en este proceso arbitral, mediante memoriales recibidos en las siguientes fechas:

- Aseguradora de Fianzas S.A. – Confianza: 15 de mayo de 2017.

- Consorcio Constructor Consol, Construtora Norberto Odebrecht S.A. y Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S.: 19 de mayo de 2017.

- Compañía Mundial de Seguros S.A.: 22 de mayo de 2017.

Las sociedades Episol S.A.S. y CSS Constructores S.A., manifestaron en sus memoriales radicados el 19 de mayo de 2019 que no participarían en ese momento en el proceso arbitral y se reservaron el derecho de hacerlo posteriormente.

El 15 de junio de 2017, la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, por conducto de su Presidente y representante legal, presentó al Tribunal, conforme al requerimiento hecho por éste, de la Prueba

[25] Cuaderno Principal No. 6, Folios 06 a 20
[26] Cuaderno Principal No. 6, Folios 106 a 162
[27] Cuaderno Principal No. 6, Folios 163 a 181
[28] Cuaderno Principal No. 6, Folios 249 a 250

del beneficio así como de su cuantía, obtenido por la entidad pública con ocasión del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, que sustentaba el Acuerdo para la Terminación y Liquidación del citado Contrato, en los términos del artículo 48 de la Ley 80 de 1993, para lo cual la ANI identificó los asuntos puestos en consideración del Tribunal como fórmula conciliatoria, los parámetros legales para la evaluación de la fórmula de liquidación de conformidad con el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, las particularidades del Contrato Estatal objeto de examen, el equilibrio entre aportes y uso de recursos en el Contrato de Concesión terminado, la fórmula de liquidación pendiente de aprobación del Tribunal, el ajuste necesario a dicha fórmula puesta en consideración del Tribunal sobre la equivalencia de usos y aportes y el valor tope para la liquidación del Contrato de Concesión terminado.

4.3.1. Audiencia de Conciliación

En audiencia celebrada el 22 de junio de 2017 (Acta No. 43), el Tribunal dio inicio a la audiencia de conciliación del proceso en la cual, el Presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura ANI realizó una presentación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 y su desarrollo y sobre el Acuerdo de Terminación y Liquidación presentado al Tribunal. Esta audiencia fue suspendida por solicitud de las partes hasta el 6 de julio de 2018.

Reanudada la audiencia de conciliación el 6 de julio de 2018 (Acta No. 44), en la cual las Partes expusieron los avances en la negociación de una conciliación. A su vez, la Convocante manifestó no estar de acuerdo con las modificaciones propuestas por la ANI al potencial acuerdo conciliatorio, solicitó del Tribunal decretar un peritaje para evaluar el beneficio obtenido por la entidad concedente y suspender la audiencia de conciliación. El Tribunal rechazó la solicitud de decretar el dictamen pericial y dispuso la suspensión de la audiencia de conciliación.

Reanudada la audiencia de conciliación el 3 de agosto de 2017 (Acta No. 45), la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. hizo una exposición sobre los aspectos en los que señaló existía acuerdo con la ANI, y en aquellos en lo que no. A continuación, propuso la suspensión de la audiencia, por cinco meses, para realizar una auditoría de la contabilidad del proyecto. A su vez, el apoderado de la ANI señaló no estar de acuerdo con la solicitud de suspensión de la convocante y solicitó continuar con el proceso arbitral. La ANDJE, coadyuvó la posición de la ANI ante la falta de acuerdo de las partes y el Delegado del Procurador, solicitó continuar el trámite ante la falta de acuerdo entre las Partes.

De conformidad con lo anterior, mediante el Auto No. 56, el Tribunal declaró fallida la audiencia de conciliación en este proceso arbitral, y dispuso continuar con el trámite de ley. Con el Auto No. 57 proferido en esa misma audiencia, confirmó la anterior decisión y señaló que el Acuerdo para la Terminación y Liquidación del Contrato de Concesión 001 de 2010 fue suscrito antes de la etapa conciliatoria, y que, con independencia de sus efectos, durante la etapa de conciliación no fue presentado de manera formal ningún documento conjuntamente por las Partes, ni Acta del Comité de Conciliación de la entidad oficial, de los que pudiera inferirse un ánimo conciliatorio, por lo que finalmente indicó que "Si las partes presentan en esta audiencia, de forma conjunta un acuerdo conciliatorio que exprese los términos de una conciliación sobre los puntos a los que se refiere el recurrente, el tribunal procederá a estudiarla. De lo contrario, si el tribunal se pronunciara sobre los aspectos expuestos sin contar con una expresa aquiescencia de las dos partes, ello implicaría suponer un acuerdo entre ellas, que en este momento, para este Tribunal, no está claro. De los documentos presentados por las partes no se infiere que los acuerdos allí contenidos sean separables unos de otros."

Acto seguido, en la misma audiencia, el Tribunal profirió el Auto 58, por medio del cual fijó los honorarios y gastos del proceso arbitral, decisión que fue confirmada por Auto 59, tras resolver el recurso de reposición de la Procuraduría, coadyuvado por la ANI y la ANDJE. Cada parte entregó a Tribunal oportunamente su porción de honorarios y gastos del proceso.

Mediante Auto 62 del 1 de septiembre de 2017 (Acta 48) el Tribunal, por solicitud de las partes, decretó la suspensión del proceso entre el 31 de agosto de 2017 y el 29 de septiembre de 2017, ambas fechas incluidas.

4.3.2. Primera Audiencia de Trámite

La primera audiencia de trámite se surtió entre el 3 de octubre y el 7 de diciembre de 2017. El 3 de octubre de 2017 (Acta 49), el Tribunal profirió el Auto No. 63, por medio del cual se declaró competente para conocer y decidir las pretensiones formuladas por la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.AS. contenidas en las demandas integrales reformadas de los Procesos arbitrales Nos. 4190 y 4209, y las pretensiones formuladas por la ANI en su demanda reformada de reconvención. Contra el Auto No. 63 mediante el cual el Tribunal asumió competencia, no se interpuso recurso alguno.

A continuación se suspendió la audiencia, y se dispuso correr traslado de la solicitud de intervención presentada en esa fecha por la Sociedad Episol S.A.S como litisconsorte cuasinecesario, así como de solicitud presentada por el Agente Especial del Procurador General de la Nación.

El 23 de octubre de 2017, la sociedad Construtora Norberto Odebrecht S.A. Sucursal Colombia y la sociedad Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S. solicitaron intervenir en el proceso arbitral como litisconsortes cuasinecesarios. Sus solicitudes fueron trasladadas a las partes y demás intervinientes.

Para continuar con la primera audiencia de trámite, el 7 de noviembre de 2017 el Tribunal profirió el Auto No. 65 (Acta No. 50), en el cual rechazó por improcedente la petición de la Procuraduría de declarar la nulidad inmediata del Contrato de Concesión.

A continuación, el Tribunal profirió el Auto No. 66 (Acta No. 50), por el cual decidió admitir a las sociedades Episol S.A.S., Construtora Norberto Odebrecht S.A. Sucursal Colombia y Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S., en calidad de terceros interesados coadyuvantes de la sociedad convocante. Así mismo dispuso rechazar la totalidad de pretensiones, principales y subsidiarias, formuladas por las tres sociedades intervinientes en sus escritos de intervención.

Recurrida la anterior decisión, el Tribunal profirió el Auto No. 67 del 28 de noviembre de 2017 (Acta 51), por medio del cual resolvió los recursos de reposición interpuestos por la Procuraduría, Episol S.A.S., Construtora Norberto Odebrecht S.A. Sucursal Colombia y Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S. En esta decisión se dispuso admitir al proceso arbitral a las tres sociedades citadas en calidad de litisconsortes cuasinecesarios de Concesionaria Ruta del Sol, negar las pretensiones principales y subsidiarias formuladas en sus escritos de intervención, y considerar oportuna la solicitud de pruebas hecha por los litisconsortes cuasinecesarios, sobre la cual el Tribunal se pronunciaría en la oportunidad procesal pertinente.

La primera audiencia de trámite se reanudó el 7 de diciembre de 2017 (Acta 52) en la cual, mediante el Auto No. 68, el Tribunal decretó todas las pruebas pedidas por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., la ANI y los demás sujetos procesales, al tiempo que decretó pruebas de oficio.

Para tal efecto, el Tribunal se pronunció respecto de las pruebas aportadas y pedidas con las demandas 4190 y 4209 y la demanda de reconvención, sus reformas, sus contestaciones y traslado de excepciones, las pruebas pedidas y aportadas por los litisconsortes cuasinecesarios y las pruebas decretadas de oficio.

4.3.3. Acción de tutela interpuesta por Episol

El 4 de diciembre de 2017, Episol S.A.S. interpuso acción de tutela en contra del Tribunal Arbitral, solicitando la protección de sus derechos fundamentales, que consideró vulnerados por la decisión del Tribunal de rechazar las pretensiones presentadas por Episol S.A.S en contra de la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI.

El 15 de marzo de 2017, en sentencia proferida por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado (C.P. César Palomino Cortés), se negó la acción impetrada, dado que en contra del laudo arbitral que resolviera las controversias suscitadas procedía el recurso de anulación.

Esta sentencia fue apelada por Episol. El recurso fue decidido el 27 de junio de 2018, en sentencia proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado (C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez), el cual negó la acción de tutela dado que Episol, señaló, no interpuso recurso de reposición en contra del Auto por el cual el Tribunal Arbitral asumió competencia.

4.3.4. Etapa Probatoria

Suspendido el proceso entre el 8 de diciembre de 2017 y el 22 de enero de 2018, la etapa probatoria inició el 23 de enero de 2018, en la cual el Tribunal practicó las pruebas en las audiencias indicadas a continuación:

- Audiencia del 23 de enero de 2018 (Acta No. 53): Se recibieron los testimonios de Jorge Enrique Pizano, Susan Johana Largo, Javier Fernando Manosalva Rodríguez y Luis Jovanny Gómez Forero.

- Audiencia del 25 de enero de 2018 (Acta No. 54): Se recibieron los testimonios de Carlos Emilio Moreno Sánchez, Ingrid Xiomara Cangrejo Aljure y Marcela Patricia Marroquín Aragón.

- Audiencia del 29 de enero de 2018 (Acta No. 55): Se recibieron los testimonios de Mauricio Millán Drews y Liliana Carolina Sarmiento Vargas.

- Audiencia del 30 de enero de 2018 (Acta No. 56): Se recibió el testimonio de Vanessa Garay Guzmán.

- Audiencia del 1 de febrero de 2018 (Acta No. 57): Se recibieron los testimonios de Luz Ángela Gutiérrez Hernández, Nelly Pinzón Quintero y Carlos Gustavo Ramírez Villa.

- Audiencia del 6 de febrero de 2018 (Acta No. 59): Se recibieron los testimonios de Javier Germán Mejía Muñoz y Gustavo Antonio Ramírez Galindo.

- Audiencia del 8 de febrero de 2018 (Acta No. 60): Se recibió el testimonio de Carlos Alberto Solarte.

- Audiencia del 12 febrero de 2'018 (Acta No. 62): Se recibió el testimonio de Luis Fernando Andrade.

- Audiencia del 13 febrero de 2018 (Acta No. 63): Se recibieron los testimonios del José Elías Melo Acosta y Mauricio Alberto Vergara Flórez.

- Audiencia del 26 febrero (Acta No. 66): Se recibieron los testimonios de Enrique José Ghisayz Manzur, y Gabriel Ignacio García Morales.

- Audiencia del 1 marzo de 2018 (Acta No. 68): Se recibió el testimonio de Eduardo Zambrano Caicedo.

- Audiencia del 6 abril de 2018 (Acta No. 72): Se inició la prueba de inspección judicial con exhibición de documentos en la ANI, la cual se declaró concluida en el Numeral 4 del Auto 99 31 de mayo de 2018 (Acta 83).

- Audiencia del 9 y 10 abril de 2018 (Acta No. 73): Se recibieron los testimonios de Alberto Mariño Samper e Iván Pinto Sánchez.

- Audiencia del 17 abril de 2018 (Acta No. 75): Se realizó la exposición del video del corredor vial aportado por el Invías, con funcionarios de dicha entidad.

- Audiencia del 2 de mayo de 2018 (Acta No. 78): Se realizó la contradicción de la perito Gloria Zady Correa, que elaboró un dictamen pericial aportado por Episol; así como del perito BDO Consulting, quien elaboró un dictamen pericial aportado por Construtora Norberto Odebrecht S.A.

- Audiencia del 3 de mayo de 2018 (Acta No. 79): Se realizó la contradicción de perito FTI Consulting, quien elaboró un dictamen pericial aportado por Construtora Norberto Odebrecht S.A.

- Audiencia del 7 de mayo de 2018 (Acta No. 80): Se realizó la presentación del video del corredor vial Ruta del Sol II Sector, elaborado por Concesionaria Ruta del Sol; y se inició la inspección judicial con exhibición de documentos en Concesionaria Ruta del Sol, la cual se declaró concluida Auto No. 103 del 19 de junio de 2018 (Acta No. 86).

- Audiencia del 30 mayo 2018 (Acta No. 82): Se inició la prueba de inspección judicial con exhibición de documentos en la Interventoría del Contrato de Concesión, la cual se declaró concluida en el Numeral 8 del Auto No. 99 del 31 de mayo de 2018 (Acta No. 83).

- Audiencia del 31 mayo 2018 (Acta No. 83): Se recibió el testimonio de Miguel Ángel Bettín Jaraba.

Así mismo, el Tribunal decreto pruebas de oficio en los Autos relacionados más adelante.

4.3.5. Intervención de otro litisconsorte cuasinecesario y de los bancos coadyuvantes

Con memorial del 7 de febrero de 2018, la sociedad CSS Constructores S.A., socia de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., solicitó ser admitida al proceso para intervenir en calidad de tercero coadyuvante.

El Tribunal, mediante Auto No. 76 del 8 de febrero de 2018 (Acta No. 60) admitió a esta sociedad al proceso arbitral, en calidad de litisconsorte cuasinecesario de la convocante Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

Con memorial presentado el 24 de mayo de 2018, por los establecimientos bancarios Bancolombia S.A., Banco Davivienda S.A., Banco de Bogotá S.A., Banco de Occidente S.A., Banco Popular S.A., Banco AV Villas S.A. e Itaú Corpbanca Colombia S.A. (antes Helm Bank S.A.), actuando por intermedio de un apoderado común, solicitaron ser admitidos al proceso en calidad de terceros coadyuvantes de la convocante Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

El Tribunal Arbitral en el Numeral 7 del Auto No. 99 del 31 de mayo de 2018 (Acta No. 83), admitió a los bancos mencionados como Coadyuvantes de la convocante.

4.3.6. Fallecimiento del Árbitro Presidente y designación de su reemplazo de común acuerdo por las Partes

El día 13 de julio de 2017 falleció el entonces Árbitro Presidente Jorge Arango Mejía, hecho que fue informado en la fecha por la Árbitro Catalina Hoyos a los sujetos procesales mediante correo electrónico.

Ante esta situación, mediante correo electrónico del 16 de julio de 2018, el Secretario solicitó al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá adelantar el procedimiento para la designación del árbitro que reemplazara al fallecido.

Tras diversos aplazamientos solicitados por las partes, la audiencia de designación del árbitro de reemplazo se celebró el 16 de octubre de 2018 y, en ella, las Partes, de común acuerdo, designaron al Árbitro Jorge Enrique Ibáñez Najar, quien aceptó su nombramiento y presentó sus revelaciones de conformidad con el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012, las cuales fueron transmitidas a las partes y

demás intervinientes en correos electrónicos del 15 y 19 de noviembre de 2018. Durante los cinco días siguientes ninguna Parte o interviniente se manifestó al respecto.

El 10 de diciembre de 2018 se celebró la audiencia en la cual se reinstaló el Tribunal Arbitral, con la integración del Árbitro Jorge Enrique Ibáñez Najar, quien asumió la Presidencia del Tribunal. En esta misma audiencia, mediante Auto No. 104 (Acta No. 88) se decretó la prórroga por seis meses, del término de duración del trámite arbitral, de acuerdo con las solicitudes escritas presentadas por las Partes.

4.3.7. Continuación de la Etapa Probatoria

Mediante el Auto No. 107 del 21 de enero de 2019 (Acta No. 89), el Tribunal Arbitral decretó pruebas de oficio. Posteriormente, mediante el Auto No. 109 del 18 de febrero de 2019 (Acta No. 91), el Tribunal Arbitral decretó de oficio la práctica de un dictamen pericial, de conformidad con el cuestionario a ser formulado, para lo cual designó a la firma **DELOITTE ASESORES Y CONSULTORES LIMITADA**, la cual, tras ser informada de esta designación, manifestó no aceptarla.

Luego, mediante Auto No. 115 del 6 de marzo de 2019, el Tribunal Arbitral designó como perito a la sociedad **FOREST PARTNERS, ESTRADA Y ASOCIADOS S.L – A DUFF & PHELPHS COMPANY**, la cual aceptó su designación y se posesionó, por conducto de su representante legal, el 14 de marzo de 2019.

4.3.8. Intervención como litisconsorte cuasinecesario del Patrimonio Autónomo Fideicomiso Ruta del Sol Sector 2

El Tribunal Arbitral admitió la vinculación al proceso como tercero coadyuvante de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., al Patrimonio Autónomo Fideicomiso Ruta de Sol Sector 2, cuyo vocero es la sociedad Fiduciaria Corficolombiana S.A., mediante decisión contenida en el Auto No. 118 del 21 de marzo de 2019 (Acta No. 96).

Esta vinculación se fundamentó en lo decidido por el Tribunal en el ordinal Cuarto del Auto No. 113 del 18 de febrero de 2019 y en la ulterior solicitud presentada por la citada sociedad Fiduciaria Corficolombiana el 21 de febrero de 2019.

4.3.9. Solicitudes, trámite y decisión de nulidades procesales

Con el Auto No. 113 del 18 de febrero de 2019 (Acta No. 91) el Tribunal decidió las solicitudes de nulidad formuladas por los Bancos coadyuvantes, por la Concesionaria Ruta del Sol S.AS. y por la Fiduciaria Corficolombiana S.A., como vocera del Patrimonio Autónomo Fideicomiso Ruta del Sol 2. La decisión proferida fue confirmada con el Auto No. 118 del 21 marzo 2019 (Acta No. 96).

Mediante el No. Auto 114 del 18 de febrero de 2019 (Acta No. 91), el Tribunal decidió una solicitud de nulidad presentada por Episol S.A.S, decisión que fue confirmada en el Auto No. 124 del 16 mayo 2019 (Acta No. 101).

4.3.10. Medidas cautelares solicitadas durante la etapa probatoria

1.- Mediante escrito radicado ante el Tribunal Arbitral el 12 de febrero de 2018, los apoderados de la Concesionaria Ruta del Sol SAS, Construtora Norberto Odebrecht SA y Odebrecht Latinvest Colombia SAS solicitaron a título medida cautelar impartir órdenes a la Agencia Nacional de Infraestructura para proteger el objeto del proceso, consistentes en que la ANI, en su condición de beneficiaria de la cuenta aportes instruya a Fiduciaria Corficolombiana, vocera del Patrimonio Autónomo Fideicomiso Ruta del Sol Sector 2, para que la totalidad de los recursos que se

encuentran depositados en la cuenta aportes, en conjunto con sus rendimientos financieros, se destinen al pago de la deuda de Concesionaria Ruta del Sol con las entidades financieras que forman parte del contrato de crédito suscrito el 25 de noviembre de 2010, novado mediante contrato de crédito del 27 de noviembre de 2014.

Esta solicitud fue decidida mediante Auto No. 83 del 26 de febrero de 2018 (Acta No. 66) en el cual el Tribunal arbitral negó la medida cautelar solicitada. Este Auto no fue recurrido.

2.- Con memorial del 21 de enero de 2019, la sociedad Concesionaria Ruta del Sol solicitó al Tribunal Arbitral decretar la medida cautelar consistente en ordenar a la ANI que, en máximo 10 días hábiles, impartiera una instrucción a Fiduciaria Corficolombiana, vocera del Patrimonio Autónomo Fideicomiso Ruta del Sol Sector 2, para que de los recursos de la Subcuenta de Reversión se destinara para el pago de los salarios de trabajadores, pagos de gastos de administración y pago de apoderados judiciales de la sociedad concesionaria y, en general, de todas las acreencias de terceros de buena fe que aún persisten.

Esta petición fue decidida por el Tribunal Arbitral mediante Auto No. 111 del 18 de febrero de 2019 (Acta No. 91), en el cual el Tribunal decidió negar la medida solicitada. A continuación, mediante el Auto No. 112. el Tribunal decidió los recursos interpuestos en contra del Auto 111, el cual no fue repuesto.

3.- Con memorial del 18 de febrero de 2019, los Bancos Coadyuvantes solicitaron al Tribunal el decreto de medidas cautelares, consistentes en ordenar a la ANI lo siguiente: 1) Instruir a la Fiduciaria Corficolombiana como vocera del Patrimonio Autónomo Fideicomiso Ruta del Sol Sector 2, girar la totalidad de los recursos que se encuentran depositados en dicho fideicomiso junto con sus rendimientos financieros, a favor de los bancos coadyuvantes; y, 2) girar al Fideicomiso Ruta del Sol Sector 2, los recursos necesarios para pagar lo que aún se adeuda a los bancos coadyuvantes por cuenta del contrato de concesión y los contratos de crédito.

Esta solicitud fue decidida por el Tribunal Arbitral con el Auto No. 121 del 9 de mayo de 2019 (Acta No. 100), en el sentido de negar las medidas cautelares solicitadas. Esta decisión no fue recurrida.

4.3.11. Designación de Perito

Con el Auto No. 109, aclarado mediante el Auto No. 110, proferidos el 18 de febrero de 2019 (Acta No. 91), el Tribunal decretó de oficio la práctica de un dictamen pericial cuyo objeto fue descrito en tales providencias, el cual debía ser rendido por un experto en temas técnicos y económicos conforme al cuestionario que le formularía el Tribunal. Para tal efecto, éste designó a la Sociedad Deloitte Asesores y Consultores Limitada. Empero, mediante comunicación calendada el 26 de febrero del año en curso, la citada Sociedad no aceptó dicha designación.

En tal virtud, luego del análisis correspondiente de varias opciones -algunas de las cuales fueron propuestas por algunos de los sujetos procesales en sesión informal celebrada el lunes 4 de marzo de 2019-, mediante Auto 115 del 6 de marzo de 2019, el Tribunal Arbitral designó a la sociedad **FOREST PARTNERS, ESTRADA Y ASOCIADOS, S.L. –A DUFF & PHELPS COMPANY–**, en adelante **DUFF & PHELPS**, identificada con CIF 0B85173136, con domicilio social en la Calle Miguel Ángel, 21- Piso 3, Madrid- España, 28010, para que rindiera el citado Dictamen Pericial.

El perito **FOREST PARTNERS, ESTRADA Y ASOCIADOS, S.L. – A DUFF & PHELPS COMPANY**, presentó su dictamen pericial el 20 de mayo de 2019, del cual se corrió traslado a los sujetos procesales mediante Auto No. 126 del 24 de mayo de 2019 (Acta No. 103). El 11 de junio de 2019 el perito presentó su respuesta a las solicitudes de aclaración y complementación del dictamen que fueron trasladadas a los sujetos procesales, y se realizó su contradicción de conformidad con la ley.

4.3.12. Cierre de la Etapa Probatoria y control de legalidad

El 12 de julio de 2019 (Acta No. 109), se decretó el cierre de la Etapa Probatoria y el Tribunal consideró que las actuaciones procesales se desarrollaron de conformidad con la Constitución Política, la Ley arbitral y las demás normas legales aplicables, por lo que no encontró causal de nulidad o irregularidad alguna que exigiera adoptar medidas de saneamiento, razón por la cual declaró y dejó constancia que habiendo concluido la instrucción de este proceso arbitral, revisado el expediente que contiene los trámites acumulados del proceso y realizado el control de legalidad de que trata el artículo 132 del C.G. del P., todas las actuaciones se cumplieron con apego a la finalidad de las normas constitucionales y procesales aplicadas, con el debido respeto de los derechos constitucionales fundamentales de audiencia, defensa, contradicción y, en general, del debido proceso, y no encontró vicio constitutivo de nulidad que deba ser saneado. Los apoderados de cada uno de los sujetos procesales y la señora Agente del Ministerio Público señalaron que, en su criterio, la actuación hasta ese momento surtida se encontraba conforme con las normas constitucionales y procesales y no encontraron irregularidades constitutivas de nulidades.

4.3.13. Alegaciones, conceptos de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y del Ministerio Público y nuevo control de legalidad

La audiencia de alegaciones y de rendición de conceptos por parte de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y del Ministerio Público se cumplió el 17 de julio de 2019, fecha en la cual de nuevo se hizo el control de legalidad del proceso sin que se advirtiera por el Tribunal o por los sujetos procesales situaciones o hechos que afectaran la nulidad del proceso que obligaran a su saneamiento (Acta 110).

Adicionalmente, mediante Auto No. 136 de esa fecha, se citó a los sujetos procesales a audiencia de lectura de la parte resolutiva del Laudo para el 6 de agosto de 2019 a las 3:00 p.m. en la sede del Tribunal.

5. PRETENSIONES, HECHOS, EXCEPCIONES Y OPOSICIONES, Y JURAMENTO ESTIMATORIO

Las pretensiones formuladas en las demandas reformadas que fueron presentadas por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., así como las formuladas en la demanda de reconvención reformada por la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI, y sus respectivas excepciones u oposiciones, así como el juramento estimatorio, son las siguientes:

5.1. Pretensiones de la Demanda Arbitral Reformada en el Trámite No. 4190

En la demanda arbitral reformada en el Trámite arbitral No. 4190, radicada el 13 de julio de 2016,[29] la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. formuló 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

[29] Cuaderno Principal No.2, Folios 75 a 171

igualmente reconocidos por la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI y la Interventoría en las mesas de verificación de eventos y determinación de períodos 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 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.

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

"**DÉCIMA 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."

5.2. Los Hechos planteados en la Demanda Arbitral Reformada en el Trámite No. 4190

Los hechos que soportan las pretensiones de la demanda arbitral reformada en el Trámite No. 4190 están relacionados y debidamente clasificados en el texto de la demanda arbitral reformada que obra a los Folios 75 a 171 del Cuaderno Principal No. 2.

5.3. Juramento estimatorio de la Demanda Arbitral Reformada en el Proceso No. 4190[30]

La demanda reformada en el Proceso No. 4190 presentó el juramento estimatorio de las pretensiones indemnizatorias sobre el cual se precisó lo siguiente:

[30] Cuaderno Principal No.2, Folios 75 a 171

"Las pretensiones primera principal, segunda principal, tercera principal, cuarta principal, quinta principal, sexta principal, subsidiaria de la sexta principal, séptima principal, octava principal, novena principal y décima principal, referentes a la existencia y vigencia del Contrato de Concesión, a los efectos programáticos que han producido los Eventos Eximentes de Responsabilidad que han persistido o que se han presentado con posterioridad al 30 de noviembre de 2012 en el Plan de Obras aprobado el 13 de enero de 2014 y en las Fechas máximas de Inicio de Operación de los Tramos 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7 del proyecto establecidas en los Otrosíes No. 2 y No. 4 de 2013, a incumplimientos de la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI y al rompimiento del equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, carecen de cuantía por ser declarativas.

"La pretensión de esta demanda que tiene carácter indemnizatorio, correspondiente a la pretensión décima primera principal, la estimo bajo juramento, de conformidad con lo establecido en el artículo 206 del Código General del Proceso, en la suma de Trescientos sesenta y un mil trescientos cuarenta y seis millones cuatrocientos cincuenta y un mil ochocientos noventa pesos ($361.346.451.890) del 31 de diciembre de 2008, discriminada en forma razonada de la siguiente manera:

"1. Por los mayores costos indirectos derivados de la mayor permanencia en obra de cada uno de los tres (3) Frentes de Trabajo por causa de los Eventos Eximentes de Responsabilidad que persistieron o se presentaron con posterioridad al 30 de noviembre de 2012, la suma de Doscientos veintidós mil quinientos un millones quinientos setenta y nueve mil seiscientos cuarenta y tres pesos ($222.501.579.643), discriminada así:

FRENTE DE TRABAJO	TOTAL
FRENTE 1	68.635.608.144
FRENTE 2	73.369.090.064
FRENTE 3	80.496.881.435

"2. Por los mayores costos directos debido a la mayor depreciación de la maquinaria, los equipos y las plantas industriales de propiedad del Contratista EPC de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y los mayores costos de los maquinistas y operarios asociados a estos activos, derivados de la mayor permanencia en obra por causa de los Eventos Eximentes de Responsabilidad que persistieron o se presentaron con posterioridad al 30 de noviembre de 2012, la suma de Cincuenta y dos mil trescientos noventa y siete millones cuatrocientos treinta y seis mil seiscientos veintiocho pesos ($52.397.436.628), que se encuentra discriminada así:

- La suma de Treinta y un mil trescientos veintiocho millones setecientos treinta y siete mil quinientos sesenta y seis pesos ($31.328.737.566), que corresponde a los mayores costos de depreciación de maquinaria, equipos y plantas industriales propios del Contratista EPC de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. de los tres Frentes de Trabajo.

- La suma de Veintiún mil sesenta y ocho millones seiscientos noventa y nueve mil sesenta y dos pesos ($21.068.699.062), correspondiente a los mayores costos de los maquinistas y operarios asociados a la maquinaria, equipos y plantas industriales de los tres Frentes de Trabajo.

"3. Por los mayores costos de ampliación de las pólizas de seguros de Cumplimiento y Todo Riesgo de Construcción por el período de la mayor permanencia en obra por causa de los Eventos Eximentes de Responsabilidad que persistieron o se presentaron con posterioridad al 30 de noviembre de 2012, la suma de Cuatro mil quinientos ochenta y cinco millones cincuenta y cinco mil quinientos treinta y siete pesos ($4.585.055.537), discriminada así:

- Por la ampliación de la póliza de Cumplimiento, la suma de Un mil setenta millones ochocientos veintiséis mil setecientos setenta y un pesos ($1.070.826.771).

- Por la ampliación de la póliza de seguro Todo Riesgo, la suma de Tres mil quinientos catorce millones doscientos veintiocho mil setecientos sesenta y seis pesos ($3.514.228.766).

"4. Por los mayores costos de la maquinaria, los equipos y las plantas industriales alquilados por el Contratista EPC de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y los mayores costos de su personal directo especializado perteneciente al mercado laboral no flexible, debido a la pérdida de productividad en la ejecución de las obras por causa de los Eventos Eximentes de Responsabilidad que persistieron o se presentaron con posterioridad al 30 de noviembre de 2012, la suma de Diecisiete mil seiscientos cincuenta y cinco millones ciento ochenta y tres mil cuatrocientos noventa y seis pesos ($17.655.183.496), discriminada así:

- Por los mayores costos de improductividad de la maquinaria, los equipos y las plantas industriales alquilados por el Contratista EPC de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., la suma de Seis mil treinta y ocho millones novecientos cincuenta y dos mil doscientos setenta y dos pesos ($6.038.952.272).

- Por los mayores costos de improductividad del personal directo especializado perteneciente al mercado laboral no flexible del Contratista EPC de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., la suma de Once mil seiscientos dieciséis millones doscientos treinta y un mil doscientos veinticuatro pesos ($11.616.231.224).

"5. Por los mayores costos y gastos de operación y mantenimiento rutinario que se efectúa antes del inicio de la rehabilitación y mejoramiento de la vía existente, causados por la demora en el inicio de ejecución de las obras de construcción de la vía nueva y de rehabilitación -y mejoramiento de la vía existente por los Eventos Eximentes de Responsabilidad que se han presentado a lo largo de la ejecución contractual, la suma de Trece mil cuarenta y siete millones trescientos once mil seiscientos ocho pesos ($13.047.311.608).

"6. Por los mayores costos de rehabilitación y mejoramiento de la vía existente por la demora en el inicio de la ejecución de las obras de construcción de la vía nueva y de rehabilitación y mejoramiento de la vía existente por causa de los Eventos Eximentes de Responsabilidad que se han presentado a lo largo de la ejecución contractual, la suma de Quince mil ciento noventa y cinco millones quinientos nueve mil doscientos treinta y dos pesos ($15.195.509.232).

"7. Por los mayores costos de personal y logística en que ha tenido que incurrir tanto el Contratista EPC de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. como la Concesionaria misma para atender requisitos originados en los Eventos Eximentes de Responsabilidad que se han presentado a lo largo de la ejecución contractual, la-suma de Un mil quinientos sesenta y tres millones cincuenta y seis mil ciento diez pesos ($1.563.056.110), discriminados así:

- Por los mayores costos de personal y logística en que ha tenido que incurrir el Contratista EPC de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., la suma de Un mil doscientos millones ciento cinco mil quinientos setenta y un pesos ($1.200.105.571).

- Por los mayores costos de personal y logística en que ha tenido que incurrir la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., la suma de Trescientos sesenta y dos millones novecientos cincuenta mil quinientos treinta y nueve pesos ($362.950.539).

"8. Por los mayores costos por concepto de la Tasa Administrativa Central (TAC) que el Contratista EPC (Consorcio Constructor Ruta del Sol - CONSOL) le factura a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. para remunerar los costos de la oficina central de las sociedades consorciadas de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo Consorcial del Contratista EPC, la suma de Trece mil novecientos dos millones setecientos cuarenta y un mil seiscientos cincuenta y seis pesos ($13.902.741.656), que corresponde al 4.5% del valor de los perjuicios sufridos por el Contratista EPC por causa de los Eventos Eximentes de Responsabilidad que persistieron o se presentaron con posterioridad al 30 de noviembre de 2012.

"9. Por los mayores costos por concepto de la utilidad y el impuesto de IVA sobre dicha utilidad que el Contratista EPC (Consorcio Constructor Ruta del Sol -CONSOL) le factura a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. de conformidad con lo estipulado en el Contrato EPC, la suma de Diecisiete mil novecientos diecinueve millones ochenta y nueve mil doscientos cuarenta y cinco pesos ($17.919.089.245), que corresponde al 5% más IVA del valor de los perjuicios sufridos por el Contratista EPC por causa de los Eventos Eximentes de Responsabilidad que persistieron o se presentaron con posterioridad al 30 de noviembre de 2012, discriminados así:

- Por concepto de utilidad la suma de quince mil cuatrocientos cuarenta y siete millones cuatrocientos noventa mil setecientos veintiocho pesos ($15.447.490.728).

- Por concepto de IVA sobre la utilidad la suma de dos mil cuatrocientos setenta y un millones quinientos noventa y ocho mil quinientos diecisiete pesos ($2.471.598.517).

10. Por los mayores costos derivados del Gravamen a los Movimientos Financieros (GMF) que la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. debe pagar en el momento en que realice al Contratista EPC (Consorcio Constructor Ruta del Sol - CONSOL) el desembolso de los mayores costos sufridos por el

mismo por causa de los Eventos Eximentes de Responsabilidad que persistieron o se presentaron con posterioridad al 30 de noviembre de 2012, la suma de Seiscientos ochenta y un millones quinientos cuarenta y tres mil doscientos noventa y un pesos ($681.543.291), que corresponde al cuatro (4) por mil del valor de los perjuicios sufridos por el Contratista EPC por causa de los referidos Eventos Eximentes de Responsabilidad, descontada la porción que es deducible del impuesto de renta y complementarios.

"11. Por los pagos que la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. tuvo que hacer al Panel de Expertos y que le correspondía asumir a la ANI de conformidad con lo dispuesto en el Contrato de Concesión, la suma de Quinientos setenta y seis millones cuatrocientos noventa y tres mil cuatrocientos cincuenta y dos pesos ($576.493.452).

"12. Por la demora de la ANI en la suscripción de las Actas de Terminación de los Hitos, la suma de Un mil trescientos veintiún millones cuatrocientos cincuenta y un mil novecientos noventa y dos pesos ($1.321.451.992), por concepto de saldo capital pendiente de pago.

"A los anteriores valores debe adicionarse la suma de Ciento cincuenta y tres mil trescientos setenta y un millones setenta y un mil trescientos dieciséis pesos ($153.371.071.316) por concepto de los intereses bancarios corrientes y de mora causados, correspondientes a la pretensión décima segunda principal, discriminada así:

"1. Por los intereses bancarios corrientes causados sobre los mayores costos directos e indirectos derivados de la mayor permanencia en obra de cada uno de los tres (3) Frentes de Trabajo por causa de los Eventos Eximentes de Responsabilidad que se presentaron con posterioridad al 30 de noviembre de 2012, la suma de Setenta y ocho mil ochocientos ochenta y cuatro millones doscientos setenta y un mil cuatrocientos ochenta y un pesos ($78.884.271.481), contabilizados desde el momento en que se incurrió en el costo y hasta la fecha de presentación de la demanda arbitral.

"2. Por los intereses moratorios causados sobre los mayores costos directos e indirectos derivados de la mayor permanencia en obra de cada uno de los tres (3) Frentes de Trabajo por causa de los Eventos Eximentes de Responsabilidad que se presentaron con posterioridad al 30 de noviembre de 2012, la suma de Cincuenta y cinco mil doscientos cuarenta y un millones doscientos quince mil quinientos veintinueve pesos ($55.241.215.529), liquidados a la tasa de interés bancario corriente más la tercera parte de dicha tasa, contabilizados desde la fecha de presentación de la demanda arbitral hasta el día 31 de mayo de 2016.

"3. Por los intereses bancarios corrientes causados sobre los mayores costos de la maquinaria, los equipos y las plantas industriales alquilados por el Contratista EPC de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y los mayores costos de su personal directo especializado perteneciente al mercado laboral no flexible, debido a la pérdida de productividad en la ejecución de las obras por causa de los Eventos Eximentes de Responsabilidad que persistieron o se presentaron con posterioridad al 30 de noviembre de 2012, la suma de Cuatro mil quinientos veintiún millones novecientos trece mil cuatrocientos cuarenta y seis pesos ($4.521.913.446), contabilizados desde el mes en que se produjo la respectiva improductividad hasta la fecha de presentación de la demanda arbitral.

"4. Por los intereses moratorios causados sobre los mayores costos de la maquinaria, ,los equipos y las plantas industriales alquilados por el Contratista EPC de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y los mayores costos de su personal directo especializado perteneciente al mercado laboral no flexible, debido a la pérdida de productividad en la ejecución de las obras por causa de los Eventos Eximentes de Responsabilidad que persistieron o se presentaron con posterioridad al 30 de noviembre de 2012, la suma de Tres mil ciento sesenta y nueve millones trescientos dieciocho mil ciento cincuenta y un pesos ($3.169.318.151), liquidados a la tasa de interés bancario corriente más la tercera parte de dicha tasa, contabilizados desde la presentación de la demanda arbitral hasta el 31 de mayo de 2016.

"5. Por los intereses bancarios corrientes causados sobre los mayores costos y gastos de operación y mantenimiento rutinario que se efectúa antes del inicio de la rehabilitación y mejoramiento de la vía existente, causados por la demora en el inicio de ejecución de las obras de construcción de la vía nueva y de rehabilitación y mejoramiento de la vía existente por los Eventos Eximentes de Responsabilidad que se han presentado a lo largo de la ejecución contractual, la suma de Un mil ochocientos ochenta y siete millones ochocientos mil seiscientos setenta y siete pesos ($1.887.800.677), contabilizados desde la fecha de inicio de las obras de rehabilitación y mejoramiento del respectivo Hito hasta la fecha de presentación de la demanda arbitral.

"6. Por los intereses moratorios causados sobre los mayores costos y gastos de operación y mantenimiento rutinario que se efectúa antes del inicio de la rehabilitación y mejoramiento de la vía existente, causados por la demora en el inicio de ejecución de las obras de Construcción de la vía nueva y de rehabilitación y mejoramiento de la vía existente por los Eventos Eximentes de Responsabilidad que se han presentado a lo largo de la ejecución contractual, la suma de Dos mil ciento cuarenta y siete millones ciento veintiséis mil ciento ocho pesos ($2.147.126.108), liquidados a la tasa de interés bancario corriente más la tercera parte de dicha tasa, contabilizados desde la fecha de presentación de la demanda arbitral hasta el 31 de mayo de 2016.

"7. Por los intereses bancarios corrientes causados sobre los mayores costos de rehabilitación y mejoramiento de la vía existente por la demora en el inicio de la ejecución de las obras de construcción de la vía nueva y de rehabilitación y mejoramiento de la vía existente por causa de los Eventos Eximentes de Responsabilidad que se han presentado a lo largo de la ejecución contractual, la suma de Tres mil novecientos doce millones doscientos noventa y dos mil ciento sesenta y un pesos ($3.912.292.161), contabilizados desde la fecha de inicio de las obras de rehabilitación y mejoramiento del respectivo Hito hasta la fecha de presentación de la demanda arbitral.

"8. Por los intereses moratorios causados sobre los mayores costos de rehabilitación y mejoramiento de la vía existente por la demora en el inicio de la ejecución de las obras de construcción de la vía nueva y de rehabilitación y mejoramiento de la vía existente por causa de los Eventos Eximentes de Responsabilidad que se han presentado a lo largo de la ejecución contractual, la suma de Dos mil cuatrocientos ochenta y nueve millones quinientos dieciséis mil quinientos dos pesos ($2.489.516.502), liquidados a la tasa de interés bancario corriente más la tercera parte de dicha tasa, contabilizados desde la fecha de presentación de la demanda arbitral hasta el 31 de mayo de 2016.

"9. Por los intereses bancarios corrientes causados sobre los mayores costos en que ha tenido que incurrir tanto el Contratista EPC de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. como la Concesionaria misma para atender requisitos originados en los Eventos Eximentes de Responsabilidad que se han presentado a lo largo de la ejecución contractual, la suma de Doscientos siete millones ciento cincuenta y dos mil trescientos setenta y siete pesos ($207.152.377), contabilizados desde su fecha de causación mensual hasta la fecha de presentación de la demanda arbitral.

"10. Por los intereses moratorios causados sobre los mayores costos en que ha tenido que incurrir tanto el Contratista EPC de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. como la Concesionaria misma para atender requisitos originados en los Eventos Eximentes de Responsabilidad que se han presentado a lo largo de la ejecución contractual, la suma de Doscientos setenta y dos millones ochocientos ochenta y nueve mil seiscientos veintisiete pesos ($272.889.627), liquidados a la tasa de interés bancario corriente más la tercera parte de dicha tasa, contabilizados desde la fecha de presentación de la demanda arbitral hasta el 31 de mayo de 2016.

"11. Por los intereses moratorios causados sobre los pagos que la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. tuvo que hacer al Panel de Expertos y que le correspondía asumir a la AN1 de conformidad con lo dispuesto en el Contrato de Concesión, la suma de Ciento setenta millones cuatrocientos veintiocho mil ochocientos tres pesos ($160.428.803), liquidados a la tasa de interés bancario corriente más la tercera parte de dicha tasa, contabilizados desde el momento en que el Concesionario realizó el desembolso de los gastos extras y hasta el día 31 de mayo de 2016.

"12. Por los intereses moratorios causados sobre los saldos insolutos de los respectivos Hitos, la suma de Cuatrocientos setenta y siete millones ciento cuarenta y seis mil cuatrocientos cincuenta y cuatro pesos ($477.146.454), liquidados a la tasa de interés bancario corriente más la tercera parte de dicha tasa, contabilizados desde el momento en que la ANI suscribió la respectiva Acta de Terminación del Hito hasta el día 31 de mayo de 2016.

"Por último, se precisa que las pretensiones décima tercera, décima cuarta y décima quinta principales, no requieren ser estimadas."

5.4. Excepciones en contra de la Demanda Arbitral Reformada en el Proceso No. 4190

En su contestación a la demanda arbitral reformada en el Proceso No. 4190,[31] 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

5.5. Objeción al juramento estimatorio

En su escrito de contestación de la demanda reformada en el Proceso No. 4190, la Agencia Nacional de Infraestructura objetó el juramento estimatorio contenido en dicha demanda reformada.

5.6. Pretensiones de la Demanda Arbitral Reformada en el Proceso No. 4209

En su demanda arbitral reformada en el Proceso No. 4209,[32] la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. formuló 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

[31] Cuaderno Principal No. 2, Folios 256 a 320
[32] Cuaderno Principal No. 4, Folios 277 a 351

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 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 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 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 SAS 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 el 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. Las 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 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."

5.7. Juramento estimatorio de la demanda arbitral reformada en el Trámite No. 4209

La demanda arbitral reformada en el Proceso No. 4209 presentó el juramento estimatorio de las pretensiones indemnizatorias, sobre las cuales se precisó lo siguiente:

"Las pretensiones primera a décima tercera no requieren de estimación de cuantía por cuanto que son declarativas.

"La cuantía de la décima cuarta, que tiene carácter indemnizatorio, se estima bajo juramento, de conformidad con lo establecido en el artículo 206 del Código General del Proceso, en la suma de Doscientos once mil setecientos cincuenta y cinco millones setecientos ochenta y ocho mil trescientos ochenta y ocho ($211.755.788.388) pesos del 31 de diciembre de 2008, discriminada en forma razonada de la siguiente manera:

"1. Por los mayores costos indirectos derivados de la mayor permanencia en obra de cada uno de los tres (3) Frentes de Trabajo por causa de los Eventos Eximentes de Responsabilidad que se presentaron hasta el 30 de noviembre de 2012, la suma de Ochenta y nueve mil cincuenta y dos millones treinta y dos mil doscientos pesos ($89.052.032.200), discriminada en forma razonada así:

FRENTE DE TRABAJO	TOTAL
Frente 1	$32.739.774.678
Frente 2	$23.244.086.723
Frente 3	$33.068.170.799

"2. Por los mayores costos directos debido a la mayor depreciación de la maquinada, los equipos y las plantas industriales de propiedad del Contratista EPC de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y los mayores costos de los maquinistas y operarios asociados a estos activos, derivados de la mayor permanencia en obra por causa de los Eventos Eximentes de Responsabilidad que se presentaron hasta el 30 de noviembre de 2012, la suma de Veintiún mil quinientos noventa y seis millones novecientos cincuenta y seis mil setecientos treinta y tres pesos ($21.596.956.733), que se encuentra discriminada así:

"• La suma de Trece mil ciento noventa y tres millones quinientos treinta y siete mil setecientos cincuenta y cuatro pesos ($13.193.537.754), que corresponde a los mayores costos de depreciación de maquinaria, equipos y plantas industriales de propiedad del Contratista EPC de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. de los tres (3) Frentes de Trabajo.

"• La suma de Ocho mil cuatrocientos tres millones cuatrocientos dieciocho mil novecientos setenta y nueve pesos ($8.403.418.979), correspondiente a los mayores costos de los maquinistas y operarios asociados a la maquinaria, equipos y plantas industriales de los tres (3) Frentes de Trabajo.

"3. Por los mayores costos por la ampliación de las pólizas de seguros de Cumplimiento y Todo Riesgo de Construcción por el periodo de la mayor permanencia en obra por causa de los Eventos Eximentes de Responsabilidad que se presentaron hasta el 30 de noviembre de 2012, la suma de Un mil quinientos treinta y un millones doscientos cincuenta y seis mil novecientos cuatro pesos ($1.531.256.904), discriminada así:

"• Por la ampliación de las pólizas de Cumplimiento, la suma de Cuatrocientos veinticuatro millones ciento doce mil novecientos setenta y nueve pesos ($424.112.979).

"• Por la ampliación de la póliza de seguro Todo Riesgo de Construcción, la suma de Un mil ciento siete millones ciento cuarenta y tres mil novecientos veinticinco pesos ($1.107.143.925).

"4. Por los mayores costos de la maquinaria, los equipos y las plantas industriales alquilados por el Contratista EPC de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y los mayores costos de su personal directo especializado perteneciente al mercado laboral no flexible, debido a la pérdida de productividad en la ejecución de las obras por causa de los Eventos Eximentes de Responsabilidad que se presentaron hasta el 30 de noviembre de 2012, la suma de nueve mil ciento treinta nueve millones ciento ochenta y un mil novecientos sesenta y nueve pesos ($9.139.181.969), discriminada así

"• Por los mayores costos de la maquinaría, los equipos y las plantas industriales alquilados por el Contratista EPC de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., la suma de Ciento treinta y un millones sesenta y cuatro mil trescientos veintinueve pesos ($131.064.329).

"• Por los mayores costos de personal directo especializado perteneciente al mercado laboral no flexible del Contratista EPC de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. la suma de Nueve mil ocho millones ciento diecisiete mil seiscientos cuarenta pesos ($9.008.117.640).

"5. Por los mayores costos pagados al Consultor Ambiental Ambiotec Ltda. debido a las actividades y estudios no previstos que se tuvieron que realizar para el licenciamiento ambiental del proyecto, derivados del Evento Eximente de Responsabilidad consistente en el cambio de la normatividad ambiental y la negativa de la ANLA a aplicar el régimen de transición previsto en dicha normatividad, la suma de Tres mil setecientos cincuenta y siete millones novecientos doce mil quinientos setenta y tres pesos ($3.757.912.573).

"6. Por los mayores costos de nómina de personal adicional y de logística que debió emplear el Concesionario para atender las actividades y estudios no previstos que se tuvieron que realizar para el licenciamiento ambiental del proyecto, derivados del Evento Eximente de Responsabilidad consistente en el cambio de la normatividad ambiental y la negativa de la ANLA a aplicar el régimen de transición previsto en dicha normatividad, la suma de Seis mil setecientos millones ciento dos mil doscientos cinco pesos ($6.700.102.205), discriminada así:

"• Por los mayores costos de nómina de personal adicional que debió emplear el Concesionario para atender las actividades y estudios no previstos que se tuvieron que realizar para el licenciamiento ambiental del proyecto, la suma de Un mil ochocientos cuarenta y cuatro millones quinientos ochenta y seis mil trescientos noventa y cuatro pesos ($1.844.586.394).

"• Por los mayores costos de logística que debió emplear el Concesionario para atender las actividades y estudios no previstos que se tuvieron que realizar para el licenciamiento ambiental del proyecto, la suma de Cuatro mil ochocientos cincuenta y cinco millones quinientas quince mil ochocientos once pesos ($4.855.515.811).

"7. Por los mayores costos causados en cada uno de los Frentes de Trabajo por el mayor alcance de las actividades de estudios y diseños de ingeniería básica y de detalle que fue necesario ejecutar, derivados del Evento Eximente de Responsabilidad consistente en el cambio de la normatividad ambiental y la negativa de la ANLA a aplicar el régimen de transición previsto en dicha normatividad, la suma de Dos ml doscientos cincuenta y cinco millones cuatrocientos setenta y nueve mil cuarenta y nueve pesos ($2.255.479.049).

"8. Por los mayores costos causados en cada uno de los Frentes de Trabajo por la terminación de los contratos de trabajo del personal que tuvo que ser desmovilizado por no tener zonas de trabajo o frentes de obra disponibles como consecuencia de los Eventos Eximentes de Responsabilidad que se presentaron hasta el 30 de noviembre de 2012, la suma de Dos mil ochocientos noventa y cinco millones novecientos setenta y ocho mil cuatrocientos cincuenta y ocho pesos ($2.895.978.458).

"9. Por los mayores costos causados en cada uno de los Frentes de Trabajo por la desmovilización de la maquinaria alquilada que no podía ser utilizada por la falta de frentes de obra disponibles como consecuencia de los Eventos Eximentes de Responsabilidad que se presentaron hasta el 30 de noviembre de 2012, la suma de Doscientos noventa millones doscientos treinta y dos mil cuatrocientos dieciséis pesos ($290.232.416).

"10. Por los mayores costos causados por el traslado de las redes de servicios públicos que se encontraban en las servidumbres existentes a lo largo del Sector, la suma de Dos mil cuatrocientos dieciocho millones trescientos ochenta y un mil cuatrocientos sesenta y siete pesos ($2.418.381.467).

"11. Por los mayores costos causados por el aumento de la distancia media de transporte de los materiales de construcción como consecuencia de la ola invernal que se desató en el país durante los altos 2010 y 2011, la suma de Cuarenta y siete mil ciento veintinueve millones seiscientos veintiún mil ochocientos treinta y nueve pesos ($47.129.621.839).

"12. Por los mayores costos causados por la necesidad de adoptar soluciones de ingeniería no previstas inicialmente, para poder obtener materiales aptos para la ejecución de las obras, por causa de los

efectos de la ola invernal que se desató en el país durante los años 2010 y 2011, la suma de Cinco mil setecientos veintitrés millones cuatrocientos un mil doscientos doce pesos ($5.723.401.212).

"13. Por los mayores costos por concepto de la Tasa Administrativa Central (TAC) que el Contratista EPC (Consorcio Constructor Ruta del Sol - CONSOL) le factura a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. para remunerar los costos de la oficina central de las sociedades consorciadas de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo Consorcial del Contratista EPC, la suma de Ocho mil ciento veintidós millones quinientos cincuenta y seis mil novecientos cuarenta pesos ($8.122.556.940), que corresponde al 4.5% del valor de los perjuicios sufridos por el Contratista EPC por causa de los Eventos Eximentes de Responsabilidad que se presentaron hasta el 30 de noviembre de 2012.

"14. Por los mayores costos por concepto de la utilidad y el impuesto de IVA sobre dicha utilidad que el Contratista EPC (Consorcio Constructor Ruta del Sol - CONSOL) le factura a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. de conformidad con lo estipulado en el Contrato EPC, la suma de Diez mil cuatrocientos sesenta y nueve millones setenta y tres mil trescientos noventa pesos ($10.469.073.390), que corresponde al 5% más IVA del valor de los perjuicios sufridos por el Contratista EPC por causa de los Eventos Eximentes de Responsabilidad que se presentaron hasta el 30 de noviembre de 2012, discriminados así:

"• Por concepto de utilidad, la suma de nueve mil veinticinco millones sesenta y tres mil doscientos sesenta y siete pesos ($9.025.063.267).

"• Por concepto de IVA sobre la Utilidad, la suma de un mil cuatrocientos cuarenta y cuatro millones diez mil ciento veintitrés pesos ($1.444.010.123).

"15. Por los mayores costos derivados del Gravamen a los Movimientos Financieros (GMF) que la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. debe pagar en el momento en que realice al Contratista EPC (Consorcio Constructor Ruta del Sol - CONSOL) el desembolso de los mayores costos sufridos por el mismo por causa de los Eventos Eximentes de Responsabilidad que se presentaron hasta el 30 de noviembre de 2012, la suma de Trescientos noventa y ocho millones ciento ochenta y cinco mil setecientos noventa y un pesos ($398.185.791), que corresponde al cuatro (4) por mil del valor de los perjuicios sufridos por el Contratista EPC por causa de los referidos Eventos Eximentes de Responsabilidad, descontada la porción que es deducible del impuesto de renta y complementarios.

"16. Por los pagos que la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. tuvo que hacer al experto David Yanovich de la firma Cerrito Capital en razón de la negativa de la ANI a autorizar la realización, con cargo a la Subcuenta de Interventoría del Patrimonio Autónomo del Contrato de Concesión, del tercer y último pago a que contractualmente tenla derecho dicho experto de conformidad con los Otrosíes No. 2 del 6 de abril de 2013 y No. 4 del 28 de octubre de 2013, la suma de Ochenta y dos millones quinientos cuarenta y cinco mil trescientos treinta y cuatro pesos ($82.545.334).

"17. Por los mayores costos que implica la Instalación de vallas informativas a lo largo del Sector de conformidad con la Resolución No. 1219 de 2015 del Ministerio de Transporte, la suma de Ciento noventa y dos millones ochocientos ochenta y nueve mil novecientos ocho pesos ($192.889.908).

"A los anteriores valores debe adicionarse la suma de Ciento cuarenta y tres mil trescientos sesenta y nueve millones cuatrocientos setenta mil trescientos cincuenta y cuatro pesos ($143.389.470.354) por concepto de los intereses bancarios corrientes y de mora causados, correspondientes a la pretensión décima quinta, discriminada así:

"1. Por los intereses bancarios corrientes causados sobre los mayores costos indirectos y directos derivados de la mayor permanencia en obra de cada uno de los tres (3) Frentes de Trabajo por causa de los Eventos Eximentes de Responsabilidad que se presentaron hasta el 30 de noviembre de 2012, la suma de Setenta y siete mil trescientos dieciséis millones novecientos cincuenta y cuatro mil doscientos sesenta pesos ($77.316.954.260), contabilizados desde el momento en que se incurrió en el costo y hasta la fecha de presentación de la demanda arbitral, discriminada así:

"• Intereses bancarios corrientes mayores costos Indirectos: $62.289.077.163.

"• Intereses bancarios corrientes mayores costos directos: $15.027.877.097.

"2. Por los intereses moratorios causados sobre los mayores costos indirectos y directos derivados de la mayor permanencia en obra de cada uno de los tres (3) Frentes de Trabajo por causa de los Eventos

Eximentes de Responsabilidad que se presentaron hasta el 30 de noviembre de 2012, la suma de Veintiún mil setecientos sesenta y ocho millones ciento dieciocho mil doscientos ocho pesos ($21.788.118.108), liquidados a la tasa de Interés bancario corriente más la tercera parte de dicha tasa, contabilizados desde la fecha de presentación de la demanda arbitral hasta el día 31 de mayo de 2016, discriminados así:

"Intereses de mora mayores costos indirectos: $17.613.765.962.
"Intereses de mora mayores costos directos: $4.154.352.248.

"3. Por los intereses bancarios corrientes causados sobre los mayores costos por la ampliación de las pólizas de seguros de Cumplimiento y Todo Riesgo de Construcción por el periodo de la mayor permanencia en obra por causa de los Eventos Eximentes de Responsabilidad que se presentaron hasta el 30 de noviembre de 2012, la suma de Ciento ochenta y un millones doscientos noventa y siete ml seiscientos seis pesos ($181.297.606), contabilizados desde el momento en que se pagó la ampliación de la respectiva póliza, hasta la fecha de presentación de la demanda arbitral.

"4. Por los intereses moratorios causados sobre los mayores costos por la ampliación de las pólizas de seguros de Cumplimiento y Todo Riesgo de Construcción por el periodo de la mayor permanencia en obra por causa de los Eventos Eximentes de Responsabilidad que se presentaron hasta el 30 de noviembre de 2012, la suma de Doscientos sesenta y un millones ochocientos setenta y cinco mil doscientos siete pesos ($261.875.207), liquidados a la tasa de interés bancario corriente más la tercera parte de dicha tasa, contabilizados desde la fecha de presentación de la demanda arbitral hasta el día 31 de mayo de 2016.

"5. Por los intereses bancarios corrientes causados sobre los mayores costos de la maquinaria, los equipos y las plantas industriales alquilados por el Contratista EPC de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y los mayores costos de su personal directo especializado perteneciente al mercado laboral no flexible, debido a la pérdida de productividad en la ejecución de las obras por causa de los Eventos Eximentes de Responsabilidad que se presentaron hasta el 30 de noviembre de 2012, la suma de Cinco mil seiscientos noventa y cuatro millones trescientos treinta y un mil trescientos cuarenta y un pesos ($5.694.331.341), contabilizados desde el mes en que se produjo le respectiva improductividad hasta la fecha de presentación de la demanda arbitral.

"6. Por los intereses moratorios causados sobre los mayores costos de la maquinaria, los equipos y las plantas industriales alquilados por el Contratista EPC de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y los mayores costos de su personal directo especializado perteneciente al mercado laboral no flexible, debido a la pérdida de productividad en la ejecución de las obras por causa de los Eventos Eximentes de Responsabilidad que se presentaron hasta el 30 de noviembre de 2012, la suma de Un mil quinientos sesenta y dos millones novecientos ochenta mil ochocientos dieciséis pesos ($1.562.980.816), liquidados a la tasa de interés bancario corriente más la tercera parte de dicha tasa, contabilizados desde la presentación de la demanda arbitral hasta el 31 de mayo de 2016.

"7. Por los intereses bancarios corrientes causados sobre los mayores costos pagados al Consultor Ambiental Ambiotec Ltda. debido a las actividades y estudios no previstos que se tuvieron que realizar para el licenciamiento ambiental del proyecto, derivados del Evento Eximente de Responsabilidad consistente en el cambio de la normatividad ambiental y la negativa de la ANLA a aplicar el régimen de transición previsto en dicha normatividad, la suma de Un mil doscientos treinta y nueve millones seiscientos doce mil quinientos treinta y dos pesos ($1.239.612.532), contabilizados desde el momento en que se pagaron al Consultor Ambiental Ambiotec Ltda. cada uno de los mayores costos en que incurrió, hasta la fecha de presentación de la demanda arbitral.

"8. Por los intereses moratorios causados sobre los mayores costos pagados al Consultor Ambiental Ambiotec Ltda. debido a las actividades y estudios no previstos que se tuvieron que realizar para el licenciamiento ambiental del proyecto, derivados del Evento Eximente de Responsabilidad consistente en el cambio de la normatividad ambiental y la negativa de la ANLA a aplicar el régimen de transición previsto en dicha normatividad, la suma de Seiscientos cuarenta y dos millones seiscientos setenta y siete mil trescientos cincuenta y un pesos ($642.677.351), liquidados a la tasa de interés bancario corriente más la tercera parte de dicha tasa, contabilizados desde el momento de presentación de la demanda arbitral hasta el 31 de mayo de 2016.

"9. Por los intereses bancarios corrientes causados sobre los mayores costos de nómina de personal adicional y gastos de logística que debió emplear el Concesionario para atender las actividades y estudios no previstos que se tuvieron que realizar para el licenciamiento ambiental del proyecto,

derivados del Evento Eximente de Responsabilidad consistente en el cambio de la normatividad ambiental y la negativa de la ANLA a aplicar el régimen de transición previsto en dicha normatividad, la suma de Dos mil cuatrocientos doce millones trescientos noventa mil trescientos dos pesos ($2.412.390.302), contabilizados desde la fecha de la causación mensual del respectivo mayor costo de personal y logística hasta la fecha de presentación de la demanda arbitral, discriminados así:

"• Intereses bancarios corrientes mayores costos de personal adicional: $716.506.824.
"• Intereses bancarios corrientes mayores costos de logística: $1.695.883.478.

"10. Por los intereses moratorios causados sobre los mayores costos de nómina de personal adicional que debió emplear el Concesionario para atender las actividades y estudios no previstos que se tuvieron que realizar para el licenciamiento ambiental del proyecto, derivados del Evento Eximente de Responsabilidad consistente en el cambio de la normatividad ambiental y la negativa de la ANLA a aplicar el régimen de transición previsto en dicha normatividad, la suma de Un mil ciento cuarenta y cinco millones ochocientos cuarenta y nueve mil novecientos cincuenta y dos pesos ($1.145.849.952), liquidados a la tasa de interés bancario corriente más la tercera parte de dicha tasa, contabilizados desde el momento de presentación de la demanda arbitral hasta el 31 de mayo de 2016.

- Intereses de mora mayores costos de personal adicional: $315.460.745.
- Intereses de mora mayores costos de logística: $830.389.207.

"11. Por los intereses bancarios corrientes causados sobre los mayores costos por el mayor alcance de las actividades de estudios y diseños de ingeniería básica y de detalle que fue necesario ejecutar, derivados del Evento Eximente de Responsabilidad consistente en el cambio de la normatividad ambiental y la negativa de la ANLA a aplicar el régimen de transición previsto en dicha normatividad, la suma de Un mil ciento dieciséis millones ochocientos noventa y tres mil trescientos setenta y ocho pesos ($1.116.890.378), contabilizados desde el momento en que se pagaron a los consultores EDL-CEI, Integral Engefoto y Bracol cada uno de los mayores costos en que incurrieron, hasta la fecha de presentación de la demanda arbitral.

"12. Por los intereses moratorios causados sobre los mayores costos por el mayor alcance de las actividades de estudios y diseños de Ingeniería básica y de detalle que fue necesario ejecutar, derivados del Evento Eximente de Responsabilidad consistente en el cambio de la normatividad ambiental y la negativa de la ANLA a aplicar el régimen de transición previsto en dicha normatividad, la suma de Trescientos ochenta y cinco millones setecientos treinta y un mil quinientos trece pesos ($385.731.513), liquidados a la tasa de interés bancario corriente más la tercera parte de dicha tasa, contabilizados desde el momento de presentación de la demanda arbitral hasta el 31 de mayo de 2016.

"13. Por los intereses bancarios corrientes causados sobre los mayores costos por la terminación de los contratos de trabajo del personal que tuvo que ser desmovilizado por no tener zonas de trabajo o frentes de obra disponibles como consecuencia de los Eventos Eximentes de Responsabilidad que se presentaron hasta el 30 de noviembre de 2012, la suma de Un mil quinientos cincuenta y un millones setecientos setenta y siete mil seiscientos ochenta y cuatro pesos ($1.551.777.684), contabilizados desde el momento en que se pagaron las respectivas indemnizaciones o bonificaciones por retiro al personal desmovilizado, hasta la fecha de presentación de la demanda arbitral.

"14. Por los intereses moratorios causados sobre los mayores costos por la terminación de los contratos de trabajo del personal que tuvo que ser desmovilizado por no tener zonas de trabaja o frentes de obra disponibles como consecuencia de los Eventos Eximentes de Responsabilidad que se presentaron hasta el 30 de noviembre de 2012, la suma de Cuatrocientos noventa y cinco millones doscientos sesenta y nueve mil quinientos setenta y seis pesos ($495.269.576), liquidados a la tasa de interés bancario corriente más la tercera parte de dicha tasa, contabilizados desde el momento de presentación de la demanda arbitral hasta el 31 de mayo de 2016.

"15. Por los intereses bancarios corrientes causados sobre los mayores costos por la desmovilización de la maquinaria alquilada que no podía ser utilizada por la falta de frentes de obra disponibles como consecuencia de los Eventos Eximentes de Responsabilidad que se presentaron hasta el 30 de noviembre de 2012, la suma de Ciento cuarenta y un millones trescientos cuarenta y cuatro mil trescientos veintisiete pesos ($141.344.327), contabilizados desde el momento en que se pagaron los mayores costos de transporte y vigilancia de la maquinaria alquilada desmovilizada, hasta la fecha de presentación de la demanda arbitral.

"16. Por los intereses moratorios causados sobre los mayores costos por la desmovilización de la maquinaria alquilada que no podía ser utilizada por la falta de frentes de obra disponibles como consecuencia de los Eventos Eximentes de Responsabilidad que se presentaron hasta el 30 de noviembre de 2012, la suma de Cuarenta y nueve millones seiscientos treinta y cinco mil cuatrocientos ochenta y dos pesos ($49.635.482), liquidados a la tasa de interés bancario corriente más la tercera parte de dicha tasa, contabilizados desde el momento de presentación de la demanda arbitral hasta el 31 de mayo de 2016.

"17. Por los intereses bancarios corrientes causados sobre los mayores costos de traslado de las redes de servicios púbicos que se encontraban en las servidumbres existentes a lo largo del Sector, la suma de Cuatrocientos veintiséis millones ciento ochenta mil veinticuatro pesos ($426.180.024), contabilizados desde el momento en que se incurrió en el costo del traslado de las redes de servicios públicos, hasta la fecha de presentación de la demanda arbitral.

"18. Por los intereses moratorios causados sobre los mayores costos de traslado de las redes de servicios públicos que se encontraban en las servidumbres existentes a lo largo del Sector, la suma de Cuatrocientos trece millones quinientos noventa y un mi cuarenta y siete pesos ($413.591.047), liquidados a la tasa de interés bancario corriente más la tercera parte de dicha tasa, contabilizados desde el momento de presentación de la demanda arbitral hasta el 31 de mayo de 2016.

"19. Por los intereses bancarios corrientes causados sobre los mayores costos por el aumento de la distancia media de transporte de los materiales de construcción como consecuencia de la ola invernal que se desató en el país durante los años 2010 y 2011, la suma de Quince mil quinientos veintitrés millones setecientos trece mil doscientos setenta y seis pesos ($15.523.713.276), contabilizados desde el momento de inicio de las actividades de cada Hito hasta la fecha de presentación de la demanda arbitral.

"20. Por los intereses moratorios causados sobre los mayores costos por el aumento de la distancia media de transporte de los materiales de construcción como consecuencia de la ola invernal que se desató en el país durante los años 2010 y 2011, la suma de Ocho mi treinta y cinco millones ochocientos veinte mil novecientos sesenta y tres pesos ($8.035.820.963), liquidados a la tasa de interés bancario corriente más la tercera parte de dicha tasa, contabilizados desde el momento de presentación de la demanda arbitral hasta el 31 de mayo de 2016.

"21. Por los intereses bancarios corrientes causados sobre los mayores costos por la necesidad de adoptar soluciones de ingeniería no previstas inicialmente, para poder obtener materiales aptos para la ejecución de las obras, por causa de los efectos de la ola invernal que se desató en el país durante los años 2010 y 2011, la suma de Un mil novecientos noventa y cuatro millones quinientos ochenta y tres mil ochocientos veintitrés pesos ($1.994.583.823), contabilizados desde el momento en que se incurrió en el mayor costo de la solución de ingeniarla no prevista, hasta la fecha de presentación de la demanda arbitral.

"22. Por los intereses moratorios causados sobre los mayores costos por la necesidad de adoptar soluciones de ingeniería no previstas inicialmente, para poder obtener materiales aptos para la ejecución de las obras, por causa de los efectos de la ola invernal que se desató en el país durante los años 2010 y 2011, la suma de Novecientos setenta y ocho millones ochocientos catorce mil setecientos setenta pesos ($978.814.770), liquidados a la tasa de interés bancario corriente más la tercera parte de dicha tasa, contabilizados desde el momento de presentación de la demanda arbitral hasta el 31 de mayo de 2018.

"23. Por los intereses moratorios causados sobre los pagos que la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. tuvo que hacer al experto David Yanovich de la firma Carrito Capital en razón de la negativa de la ANI a autorizar la realización de tales pagos con cargo a la Subcuenta de Interventoría del Patrimonio Autónomo del Contrato de Concesión, la suma de Treinta millones veintinueve mil novecientos quince pesos ($30.029.915), contabilizados desde la fecha en que se realizó el respectivo pago a la firma Cerillo Capital S.A. hasta el 31 de mayo de 2018.

"Por último, se precisa que las pretensiones décima sexta, décima séptima y décima octava, no requieren ser estimadas."

5.8. Los hechos planteados en la demanda arbitral reformada en el Trámite No. 4209

Los hechos que soportan las pretensiones de la demanda arbitral reformada en el Trámite No. 4209 están relacionados y debidamente clasificados en el texto de la demanda arbitral reformada que obra a los Folios 277 a 351 del Cuaderno Principal No. 4.

5.9. Excepciones en contra de la demanda arbitral reformada en el Proceso No. 4209

En su contestación de la demanda arbitral reformada en el Proceso No. 4209,[33] la ANI formuló 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 el concesionario.

7. Ausencia de carácter vinculante del concepto emitido por Cerrito Capital S.A. y de las decisiones del panel de expertos.

5.10. Objeción al juramento estimatorio de la demanda arbitral reformada en el Trámite No. 4209

En su escrito de contestación de la demanda arbitral reformada tramitada en el Proceso No. 4209, la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI, objetó el juramento estimatorio contenido en dicha demanda arbitral reformada.[34]

5.11. Pretensiones de la Demanda de Reconvención Reformada

La ANI, en su demanda de reconvención reformada,[35] formuló las siguientes:

"**PRETENSIONES PRINCIPALES**

"**PRETENSIONES RELACIONADAS CON LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN**

"**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 ésta 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

[33] Cuaderno Principal No. 4, Folios 401 a 460
[34] Cuaderno Principal No. 4, Folios 401 a 460
[35] Cuaderno Principal No. 5, Folios 48 a 89

mantenga el Sector II del Proyecto Vial 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 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 ésta 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 'c' 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 el 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 el 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**

"**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, Capitulo 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, Capitulo 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.

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

5.12. Los hechos planteados en la demanda de reconvención reformada

Los hechos que soportan las pretensiones de la demanda de reconvención reformada están relacionados y debidamente clasificados en el texto de la demanda de reconvención reformada que obra a los Folios 48 a 89 del Cuaderno Principal No. 5.

5.13. Juramento estimatorio de la demanda de reconvención reformada

En la reforma de la demanda reconvención se incluye el juramento estimatorio de la única pretensión de condena en dinero, que es la décimo segunda subsidiaria, la cual fue estimada en $1.241.000.000, que se precisó así:

"Teniendo en cuenta que la única condena dineraria que se solicita en esta demanda de reconvención reformada es la correspondiente a la pretensión décimo segunda subsidiaria, pues las demás súplicas corresponden a pretensiones declarativas o de condena a prestaciones de hacer, con fundamento en lo previsto por el artículo 206 del Código General del Proceso, me permito estimar bajo juramento la citada pretensión décimo segunda de esta demanda en la suma de 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.

"Este rubro corresponde a la totalidad de los dineros que se ha ahorrado La Concesionaria 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 reforma de la 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.

"Esta suma se calcula tomando los valores mensuales que se le han reconocido por operación de la caseta de Peaje, desde el 1º de enero de 2015." [36]

5.14. Excepciones en contra de la demanda de reconvención reformada

[36] Cuaderno Principal No. 5, Folios 48 a 89

En su contestación de la demanda de reconvención reformada,[37] Concesionaria Ruta del Sol S.A.S presentó 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

[37] Cuaderno Principal No. 6, Folios 106 a 162

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

5.15. Objeción al juramento estimatorio de la demanda de reconvención reformada

En su contestación de la demanda de reconvención reformada, la Concesionaria Ruta del Sol objetó la estimación de la pretensión de condena formulada en dicha demanda de reconvención. [38]

6. PRUEBAS DECRETADAS Y PRACTICADAS

El Tribunal considera útil y necesario, para el sustento de la decisión que adoptará en este Laudo, relacionar los medios de prueba decretados en este proceso arbitral.

Las pruebas que se practicaron en su integridad y obran en el expediente son las siguientes:

6.1. Pruebas solicitadas por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S

Documentales

Se decretaron como pruebas, con el valor que les otorga la ley, las documentales presentadas por la Concesionaria Ruta de Sol S.A.S con sus demandas arbitrales en los Procesos Nos. 4190 y 4209 y en

[38] Cuaderno Principal No. 6, Folios 106 a 162

sus escritos de reforma, en los memoriales de respuesta a las excepciones, y en sus contestaciones de la demanda de reconvención y su reforma.

Testimonios de terceros

El Tribunal decretó la recepción de la totalidad de los testimonios solicitados por la Convocante. Durante la etapa probatoria se recibieron los testimonios de Mauricio Millán Drews, Miguel Ángel Bettín Jaraba e Iván Pinto.

La sociedad convocante desistió de los testimonios de Álvaro Vecino Pico, Amanda Cecilia Muñoz Moreno, Angélica Quiroga, Enrique Dávila, Francisco Koyano, Hairton Alvez da Nobrega, Harbey Carrascal Quintero, Hernando Medellín Junior, Jaime Andrés Velásquez Cambas, José Fernando Penagos, Juan Diego Arango Botero, Maritza Isabel Daza Porto, Olga Higuera Villate, Ricardo Milciades Correa Estupiñán, Rodrigo Vasconcelos, Yasmina Corrales Paternina, Yezid Augusto Arocha Alarcón.

El Tribunal prescindió del testimonio de Ricardo Antonio Paredes, por inasistencia.

Dictámenes Periciales de Parte

Se ordenó tener como prueba los dictámenes periciales que fueron aportados por la Convocante, a saber: Dictamen de Proes Consultores; dictamen de Bateman Ingeniería; dictamen de BDO Audit; y, dictamen de Sumatoria SAS.

Inspección Judicial

El Tribunal decretó y practicó las inspecciones judiciales solicitadas por la Convocante, en la Agencia Nacional de Infraestructura y en la Interventoría del Contrato de Concesión.

Inspección judicial en el corredor vial concesionado

De acuerdo con el artículo 236 del CGP, el Tribunal dispuso no realizar la inspección judicial en el corredor vial, y en su lugar otorgó término de un mes para que la Convocante aportara fotografías o videofilmación que acreditara el estado del corredor vial concesionado. Esta viodefilmación fue entregada por la Convocante, y presentada en audiencia. Además, el Tribunal dispuso solicitar al Invías el registro fílmico de dicho corredor, el cual fue allegado al expediente y expuesto en audiencia.

Oficio a la ANI

Se requirió a la ANI la información solicitada por la Convocante, la cual fue entregada por aquella.

Práctica de dictamen pericial

El Tribunal decretó, a solicitud de la Convocante, la elaboración de un dictamen pericial sobre la contabilidad de CONSOL y sobre la contabilidad de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. Esta prueba fue desistida por la Convocante.

Contradicción de dictámenes

El Tribunal decretó la contradicción en audiencia de los dictámenes de parte que fueron entregados por la ANI, a saber: Alonso Castellanos de Capital Corp., y el ingeniero Luis Sepúlveda. La

Convocante desistió de estas contradicciones.

Declaración de Parte

El Tribunal decretó, a solicitud de la Convocante, la prueba de declaración de su representante legal. Esta prueba fue desistida por la Convocante.

6.2. Pruebas solicitadas por los Litisconsortes Cuasinecesarios

- Pruebas solicitadas por EPISOL S.A.S.

Documentales

Se admitieron como prueba, con el valor que les otorgue la ley, las pruebas documentales aportadas con su solicitud de intervención.

Oficio a la ANI

Se requirió a la ANI la información requerida por Episol, la cual fue entregada por la Convocada.

Solicitud de término para aportar dictamen pericial

El Tribunal concedió término a Episol para presentar su dictamen pericial. El dictamen fue rendido por la perito Gloria Zady Correa, y presentado oportunamente.

Testimonios

El Tribunal decretó y practicó los testimonios de Luis Fernando Andrade, Alberto Mariño, Javier Germán Mejía y Gustavo Ramírez Galindo, en las audiencias indicadas.

Interrogatorio de Parte

El Tribunal decretó la prueba de interrogatorio de Parte, la cual, de conformidad con el artículo 195 del CGP, fue rendido por escrito por el representante legal de la ANI, en respuesta al cuestionario que le fue formulado por EPISOL.

Inspección judicial

El Tribunal negó la prueba de inspección judicial al proyecto Ruta del Sol Tramo II, y en su lugar dispuso la entrega de registros de fotografías o videofilmación por parte de Concesionaria Ruta del Sol para determinar el estado de dicho proyecto. Este registro fue aportado y expuesto en audiencia.

- Pruebas solicitadas por CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. y ODEBRECHT LATINVEST COLOMBIA S.A.S.

Documentales

Se admitieron como prueba, con el valor que les otorga la ley, las documentales aportadas con las solicitudes de intervención de estas dos sociedades.

Testimonio

El Tribunal decretó el testimonio de Luis Ernesto Pérez. Este testimonio fue desistido por las solicitantes.

Solicitud de término para aportar dictamen pericial

El Tribunal concedió término a las Sociedades Odebrecht para presentar los dictámenes periciales anunciados, los cuales fueron rendidos por BDO Consulting y por FTI Consulting, y presentados oportunamente.

Contradicción de los dictámenes periciales presentados por los litisconsortes cuasinecesarios

Tras recibirse los dictámenes de Gloria Zady Correa, BDO Consulting y por FTI Consulting, los mismos fueron puestos en conocimiento de los sujetos procesales. La ANI y la ANFJE solicitaron su contradicción, mediante la citación de sus autores a audiencias, las cuales se celebraron el 2 y 3 de mayo de 2018 (Actas Nos. 78 y 79).

6.3. Pruebas solicitadas por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI

Documentales

Se admitieron como prueba, con el valor que les otorga la ley, las documentales presentadas por la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI en la demanda de reconvención y su reforma, en su escrito de respuesta a las excepciones, y en las contestaciones de las demandas arbitrales de los Procesos Nos. 4190 y 4209 y sus escritos de reforma.

Testimonios de terceros

El Tribunal decretó la recepción de la totalidad de los testimonios solicitados por la Convocada. Durante la etapa probatoria se recibió el testimonio de Miguel Ángel Bettín Jaraba.

La ANI desistió de los testimonios de Alexandra Lozano Vergara, Andrés Figueredo Serpa, Camilo Jaramillo Berrocal, Carlos Eduardo Monroy, Daniel Francisco Tenjo Suarez, Diana Ximena Corredor Reyes, Guillermo Beltrán Perdomo, Margarita Peñalosa López, María Carolina Ardila Garzón, Yasmina Corrales, Harbey Carrascal, Wilmer Yesid Latorre.

El Tribunal prescindió del testimonio de Álvaro Bettín Diago, por inasistencia.

Dictámenes Periciales de Parte

Se ordenó tener como prueba los dictámenes periciales que fueron aportados por la ANI, elaborados por Capital Corp. y por el Ingeniero Luis Sepúlveda.

Interrogatorio de Parte

El Tribunal decretó la prueba del interrogatorio del representante de Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. Esta prueba fue desistida por la ANI.

Contradicción de dictámenes

El Tribunal decretó la contradicción en audiencia de los dictámenes que fueron presentados por la Convocante, a saber: Proes Consultores, Bateman Ingeniería, Sumatoria y BDO Audit. La ANI desistió de la contradicción de estos dictámenes.

Oficios

El Tribunal decretó la remisión de oficios al Juez 26 de Control de Garantías y a la Fiscalía General de la Nación. Las pruebas que se pretendían obtener mediante estos oficios fueron recaudadas a través de las diversas pruebas de oficio decretadas por el Tribunal.

6.4. Pruebas solicitadas por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Inspección judicial

El Tribunal decretó la prueba de inspección judicial en la Concesionaria Ruta del Sol, la cual fue practicada en audiencia, según lo expresado antes.

Oficio

El Tribunal decretó la remisión de oficio a la Fiscalía General de la Nación. Las pruebas que se pretendían obtener mediante este oficio fueron recaudadas a través de las diversas pruebas de oficio decretadas por el Tribunal.

Contradicción de dictámenes

El Tribunal decretó la contradicción en audiencia de los dictámenes presentados por la Convocante, a saber: Proes Consultores, Bateman Ingeniería, Sumatoria y BDO Audit. La ANDJE desistió de la contradicción de estos dictámenes.

6.5. Pruebas decretadas de oficio

6.5.1. Pruebas testimoniales decretadas de oficio

El Tribunal Arbitral decretó de oficio la recepción de testimonios, mediante el Auto 68 del 7 de diciembre de 2017 (Acta 52) y el Numeral 6 del Auto 76 del 8 de febrero de 2018 (Acta 60).

El Tribunal recibió los testimonios de Miguel Ángel Bettín Jaraba, Javier Fernando Manosalva, Susan Johana Largo, Luis Jovanny Gómez, Marcela Patricia Marroquín, Luz Ángela Gutiérrez, Carlos Moreno, Nelly Pinzón Quintero, Mauricio Millán Drews, Ingrid Cangrejo, representante de Episol SAS, Carlos Alberto Solarte Solarte, Gabriel García Morales, Luis Fernando Andrade, Carolina Sarmiento, José Elías Melo Acosta, Iván Pinto Sánchez, Jorge Enrique Pizano, Enrique José Ghisays Manzur, Mauricio Vergara y Eduardo Zambrano.

El Tribunal prescindió de varios testimonios que habían sido decretados en aquellos casos en los que existían procesos penales relacionados con los hechos de su testimonio en aplicación del derecho a

la no autoincriminación o por contar con declaraciones rendidas por el testigo y que fueron remitidas por la Fiscalía General de la Nación. En este sentido, los testimonios que se prescindieron fueron los de Manuel Ricardo Cabal Ximenes, Luiz Claudio Teixeira Dos Santos, Ricardo Paredes, Eder Paolo Ferracuti, Marco Antonio Gloria Azevedo, Luiz Bueno Junior, Otto Nicolás Bula, Eucaris Robayo, Juan Sebastián Correa Echeverry, Gabriel Dumar Lora y Federico Gaviria Velásquez.

Además, el Tribunal prescindió de los testimonios de los representantes legales de Construtora Norberto Odebrecht S.A. Sucursal Colombia y de Odebrecht Latinvest Colombia SAS, dado que la testigo Carolina Sarmiento ostenta la calidad de representante de dichas sociedades. Por otro lado, el Tribunal prescindió del testimonio del representante legal de CSS Constructores SA, puesto que los hechos sobre los cuales iba a ser interrogado fueron expuestos por el testigo Carlos Alberto Solarte.

6.5.2. Pruebas documentales e informes decretados de oficio

A continuación se relacionan los Autos por medio de los cuales se decretaron pruebas de oficio, con indicación de los destinatarios de los requerimientos y solicitudes de documentos e informaciones.

Auto 48 del 6 de abril de 2017 (Acta 37)

Requerimiento de información a la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI
Requerimiento de información a Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.
Requerimiento de información al Consorcio CONSOL

Auto 68 del 7 de diciembre de 2017 (Acta 52)

Dos requerimientos de información a Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.
Requerimiento de información a Episol S.A.S
Requerimiento de información a las Sociedades Odebrecht
Requerimiento de información a PWC
Dos requerimientos de información al Consorcio CONSOL
Requerimiento de información a CSS Constructores
Solicitud de pruebas a la Fiscalía General de la Nación
Solicitud de pruebas a la Procuraduría General de la Nación
Solicitud de documentos a la Superintendencia de Industria y Comercio
Solicitud de documentos a la Contraloría General de la República

Auto 69 del 7 de diciembre de 2017 (Acta 52)

Solicitud de información al INVÍAS

Auto 71 del 23 de enero de 2018 (Acta 53)

Solicitud de documentos al testigo Jorge Pizano
Dos requerimientos de información y documentación a CONSOL y a Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.
Decreto de prueba por informe al Interventor del Contrato de Concesión
Requerimiento de información a la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI
Requerimiento de información al INVÍAS
Cuatro requerimientos de información a PWC

Auto 72 del 25 de enero de 2018 (Acta 54)

Cuatro requerimientos de información a PWC
Solicitud de información a la Superintendencia de Sociedades

Auto 73 de 29 de enero de 2018 (Acta 55)

Solicitud de documentos a la testigo Carolina Sarmiento
Dos requerimientos de información al Consorcio CONSOL y a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

Auto 82 del 22 de febrero de 2018 (Acta 65)

Requerimiento de información a Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S., Construtora Norberto Odebrecht S.A., Episol S.A.S. y CSS Constructores S.A.
Requerimiento de información a Corficolombiana S.A. y Episol S.A.S.
Dos requerimientos de información a la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI
Requerimiento de información a Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

Auto 84 del 26 de febrero de 2018 (Acta 66)

Solicitud de documentación a la ANDJE

Auto 88 del 16 de marzo de 2018 (Acta 69)

Solicitud de pruebas a la Fiscalía General de la Nación
Reiteración de solicitud a la Procuraduría General de la Nación

Auto 91 del 9 de abril de 2018 (Acta 73)

Requerimiento de documentos a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S

Auto 96 del 03 de mayo - Acta 79

Solicitud de pruebas a la Procuraduría General de la Nación
Dos requerimientos de pruebas a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S y al Consorcio CONSOL
Dos requerimientos de documentos a la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI
Requerimiento de documentos a Construtora Norberto Odebrecht
Decreta la aclaración, complementación o ajuste del Informe de la Interventoría

Auto 97 del 07 de mayo 2018 (Acta 80)

Requerimiento de información a la Agencia Nacional de Infraestructura ANI

Auto 99 del 31 de mayo de 2018 (Acta 83)

Dos requerimientos de información a la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI
Requerimiento de documentos a la ANI y la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.
Requerimiento de información a los Bancos coadyuvantes
Decreto de prueba Informe elaborado por la Procuraduría General de la Nación

Auto 100 del 31 de mayo de 2018 (Acta 83)

Requerimiento de información a los Bancos coadyuvantes

Auto 101 del 5 de junio de 2018 – Acta 84

Requerimiento de información a la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI. El Tribunal decidió no tener la respuesta como prueba (Auto 103 del 19 junio de 2018 - Acta 86).

Auto 107 del 21 de enero de 2019 – Acta 89

Requerimientos de información a Concesionaria Ruta del Sol S.A.S

Requerimientos de información a la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI
Requerimientos de información a CSS Constructores
Requerimientos de información a Sociedades Odebrecht
Requerimientos de información a Episol S.A.S
Requerimientos de información al Consorcio CONSOL
Requerimientos de información a Fiduciaria Corficolombiana
Solicitud de documentación al Ministerio de Transporte
Solicitud de documentación al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo
Solicitud de documentación al Ministerio de Relaciones Exteriores
Requerimientos de información a la ANDJE
Requerimientos de información a los Bancos Coadyuvantes

Auto 122 del 9 de mayo de 2019 (Acta 100)

Solicitud de actuaciones procesales al Juzgado 14 Penal Circuito de Bogotá
Solicitud de informes y pruebas al Fiscal Ad hoc
Solicitud de documentos a la Superintendencia de Transporte
Solicitud de documentos a la Superintendencia de Sociedades

Auto 123 de 16 de mayo de 2019 (Acta 101)

De oficio incorpora documentos presentados por las Sociedades Odebrecht

Auto 128 del 4 de junio de 2019 (Acta 105)

Solicitud de actuaciones procesales al Tribunal Administrativo de Cundinamarca

Auto 131 del 20 de junio de 2019 (Acta 107)

Solicitud de documentos a la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

6.5.3. Dictamen pericial decretado de oficio

Mediante Auto No. 116 del 14 de marzo de 2019 (Acta No. 95), el Tribunal de oficio decretó prueba pericial y para tal efecto designó para rendirlo a **FOREST PARTNERS, ESTRADA Y ASOCIADOS, S.L. – DUFF & PHELPS COMPANY**. El 20 de mayo de 2019, el Perito presentó su dictamen pericial, del cual se corrió traslado por cinco días hábiles mediante Auto No. 126 del 24 de mayo de 2019 (Acta No. 103).

Posteriormente, con los Autos Nos. 129 y 130 del 6 junio 2019 (Acta No. 106) el Tribunal ordenó las solicitudes de aclaración y corrección elevadas por los sujetos procesales que debían ser rendidas por el Perito. Éste procedió a rendirlas en documento presentado el 11 de junio de 2019.

Los días 20 y 21 de junio de 2019 se celebró la audiencia de contradicción del dictamen pericial, en la cual los sujetos procesales interrogaron al perito. Además, el Tribunal otorgó a Episol término hasta el 8 de julio de 2019 para presentar un dictamen para controvertir el rendido por el perito, el cual fue elaborado por Valora Consultoría SAS y presentado dentro de dicho término.

El 12 de julio de 2019 se celebró la continuación de la audiencia de contradicción del dictamen, con la participación del perito Valora Consultoría SAS, que rindió el dictamen de contradicción presentado por Episol y con la participación del perito FTI Consulting, que presentó un estudio aportado por las Sociedades Odebrecht.

En adición a lo expresado, como anexo de este laudo se presenta un cuadro que contiene la relación de los autos de pruebas decretados en el presente arbitraje, con su respectivo trámite.

7. AUDIENCIAS

El Tribunal sesionó durante este proceso arbitral en 111 audiencias, incluyendo la de juzgamiento.

8. TÉRMINOS DEL PROCESO

De conformidad con el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, el término inicial de duración de este proceso arbitral era de seis meses, contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, dado que en la cláusula arbitral no se estableció un término distinto. Dado que la primera audiencia de trámite de este proceso arbitral finalizó el 7 de diciembre de 2017, el término inicial de seis meses de duración se extendió hasta el 7 de junio de 2018.

La primera suspensión del proceso por voluntad de las partes fue decretada en el Auto No. 70 del 07 de diciembre de 2017 (Acta 52), entre el 8 de diciembre de 2017 y el 22 de enero de 2018, ambas fechas incluidas. Esta suspensión corresponde a 46 días calendario, que al adicionarse a la duración del proceso, muestran que el término de duración del proceso llegó hasta el 23 de julio de 2018.

La segunda suspensión del proceso por voluntad de las partes fue decretada en el Auto No. 87 del 16 de marzo de 2018 (Acta 69), desde el día 20 de marzo hasta el 3 de abril de 2018, ambas fechas incluidas. Esta suspensión corresponde a 15 días calendario, que al sumarse a la duración del proceso, lo extienden hasta el 7 de agosto de 2018.

La tercera suspensión del proceso por voluntad de las partes fue decretada en el Auto No. 98 del 8 de mayo de 2018 (Acta 81), entre el 9 de mayo de 2018 y el 23 de mayo de 2018, ambas fechas incluidas. Esta suspensión corresponde a 15 días calendario, con los cuales el término de duración del proceso llega hasta el 21 de agosto de 2018.

La cuarta suspensión del proceso por voluntad de las partes fue solicitada mediante correos electrónicos remitidos al Tribunal el día 25 de junio de 2018, a partir de las 4:40 p.m., en los cuales, los apoderados de las Partes y los Litisconsortes Cuasinecesarios solicitaron la suspensión del proceso entre el 25 de junio y el 8 de agosto de 2018, ambas fechas incluidas. El Tribunal considera que esta suspensión inició el día 26 de junio, puesto que el proceso arbitral no puede suspenderse el propio día en el cual se presenta la solicitud de suspensión, más aún cuando las diversas solicitudes remitidas por las partes y los litisconsortes cuasinecesarios se remitieron al Tribunal al finalizar la tarde, a partir de las 4:40 p.m.

Por otro lado, si bien esta suspensión fue solicitada por las Partes hasta el 8 de agosto de 2018, la misma solo tuvo efecto hasta el día 12 de julio de 2018, ya que el 13 de julio de 2018 ocurrió el fallecimiento del Árbitro Doctor Jorge Arango Mejía, hecho que constituye una causal de origen legal de suspensión del proceso, que prevalece sobre la suspensión solicitada por las Partes.

Lo anterior significa que la cuarta suspensión ocurrió entre el 26 de junio de 2018 y el 12 de julio de 2018, por lo que corresponde a 17 días calendario, con lo cual la duración del proceso se extiende hasta el 8 de septiembre de 2018.

La siguiente suspensión del proceso es la generada por el fallecimiento del doctor Jorge Arango Mejía, ocurrido el 13 de julio de 2018. En su reemplazo, las partes designaron al Dr. Jorge Enrique Ibáñez Najar, quien aceptó el nombramiento y presentó sus revelaciones de conformidad con el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012, las cuales fueron transmitidas a las partes y demás intervinientes en correos electrónicos del 15 y 19 de noviembre de 2018. Durante los cinco días siguientes de estas fechas ninguna parte o interviniente se manifestó al respecto. Este término venció el día 26 de noviembre de 2018.

En consecuencia, el Tribunal estuvo suspendido por ministerio de la ley desde el 13 de julio de 2018 y hasta el 26 de noviembre de 2018, ambas fechas incluidas, lo cual corresponden a 137 días, con los cuales el término de duración del proceso llega hasta el 23 de enero de 2019.

A continuación, se presentó la prórroga por seis meses del término de duración del proceso arbitral, la cual fue solicitada por Concesionaria Ruta del Sol y por la ANI el 10 de diciembre de 2019, la cual fue decretada mediante el Auto 104 del 10 de diciembre de 2019 (Acta 88). De este modo, al sumar estos seis meses a la anterior fecha de terminación del proceso, que es el 23 de enero de 2019, se tiene que este término llega hasta el 23 de julio de 2019.

La quinta y última suspensión del proceso corresponde a la solicitada por las partes y decretada mediante Auto 105 del 10 de diciembre de 2018 (Acta 88), entre el 11 de diciembre de 2018 y hasta el 20 de enero de 2019, ambas fechas incluidas. Esta suspensión corresponde a 41 días calendario.
Las cuatro primeras suspensiones del proceso, ocurridas por voluntad de las partes, suman 92 días, de modo que de la última suspensión se pueden adicionar 28 días calendario, y con ellos quedan agotados los 120 días de suspensión que la ley permite sumar al trámite arbitral, según el artículo 11 de la Ley 1563 de 2012.

Al adicionar estos 28 días a la fecha anterior hasta la cual se extiende el proceso, que es el 23 de julio de 2019, se tiene como resultado que el término de duración del proceso llega hasta el 20 de agosto de 2019.

9. PRESUPUESTOS PROCESALES

El Tribunal encuentra cumplidos los requisitos necesarios para la validez del proceso y que las actuaciones procesales se han desarrollado con observancia de las previsiones legales. Además, no se advierte causal alguna de nulidad procesal, lo cual fue advertido por el Tribunal en la audiencia del 17 de julio de 2019, al momento de hacer el control de legalidad de este trámite, en los términos ordenados por el artículo 132 del C. G. del P., una vez concluyó la etapa de alegaciones, frente a lo cual los apoderados de las Partes y el señor representante del Ministerio Público no hicieron manifestación sobre vicio o irregularidad constitutivo de nulidad que debiera ser saneada hasta ese momento.

Por lo expuesto, es procedente dictar Laudo de mérito, que según lo acordado en la cláusula compromisoria debe proferirse en derecho, para lo cual se tiene en cuenta que de los documentos aportados al proceso y examinados por el Tribunal se estableció:

9.1. Demandas en forma

En su oportunidad se verificó por el Tribunal que tanto la demanda y su reforma como la demanda de reconvención cumplían las exigencias procesales y, por ello, las sometió oportunamente a trámite.

9.2. Capacidad

Del estudio de los documentos aportados por las partes al expediente se observa que tanto la sociedad convocante, sus litisconsortes cuasinecesarios y coadyuvantes así como la entidad pública convocada son sujetos plenamente capaces para comparecer a este proceso; su existencia y representación legal están debidamente acreditadas y tienen capacidad para transigir, por cuanto de la documentación estudiada no se encuentra restricción alguna y, además, por tratarse de un arbitramento en derecho, han comparecido al proceso por intermedio de sus representantes legales y apoderados, debidamente constituidos.

10. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En la audiencia celebrada el 17 de julio de 2017 (Acta No. 110), los apoderados de los sujetos procesales presentaron al Tribunal sus respectivos alegatos de conclusión.

Con el fin de reconocer y contextualizar la posición final de los extremos litigiosos frente a las controversias que deben desatarse en este Laudo, el Tribunal hace a continuación un breve resumen de las alegaciones de los señores apoderados de las Partes y de los señores representante del Ministerio Público y de la ANDJE sin pretender minimizar, trivializar o banalizar los amplios, juiciosos y respetables argumentos que expusieron en la audiencia que para ese preciso efecto programó y realizó el Tribunal el 17 de julio anterior.

10.1 Alegato de la Convocante y Convocada en Reconvención Sociedad CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.

En relación con la fase de adjudicación y celebración del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, Luiz Bueno, de Odebrecht, ofreció una compensación a Gabriel García no para que favoreciera los intereses de Odebrecht, sino para que no cediera a las intenciones de los rivales que eran los del grupo Nule. El ofrecimiento de soborno se da una vez se presentaron las propuestas, las cuales fueron elaboradas de acuerdo con las términos de referencia. La evaluación de las propuestas estaba a cargo de un Comité de Evaluación y de un Comité de Expertos. Este hecho no afecta la legalidad del contrato ni el curso natural del proceso de contratación.

Los hechos confesados por García Morales y Luiz Bueno son absolutamente contrarios a la ley; sin embargo, lo que discute son los efectos que ese acto ilícito pudo tener en el Contrato mismo. Pero el Contrato de Concesión 001 de 2010 no podía tener objeto ilícito pues su objeto era precisamente satisfacer el interés general, como se desprende también de las obligaciones asumidas por las Partes. Tampoco adolece de causa ilícita, pues como observó anteriormente, el Contrato fue estructurado con mucha anticipación a la fecha en que efectivamente se acordó el soborno.

Ante la eventualidad de que el Contrato se declare nulo, debe aplicarse el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, norma especial y posterior al artículo 48 de la Ley 80 de 1993. Según la Sentencia C-2017 de 2019, los terceros de buena fe que conforman parte del pasivo externo del proyecto tienen prelación en las restituciones como consecuencia de la nulidad declarada del contrato.

El legislador definió la base que se debe tener en cuenta para definir las restituciones respectivas: "Así en primer lugar, la norma establece los asuntos o ítems que debe considerarse para efecto de calcular las restituciones. Esto incluyen los costos, las inversiones y los gastos incluyendo dentro de estos los intereses (Capex y Opex en los términos del proyecto). En segundo lugar, la norma es clara en el sentido que los ítems antes mencionados, deben ser aquellos en que incurrió el contratista. En tercer lugar, que dichos valores deben actualizarse desde el momento de su ocurrencia, hasta el mes inmediatamente anterior a la 'restitución', En cuarto lugar, que de los valores anteriores se descuentan los pagos efectivamente recibidos según el contrato, es decir, en este caso particular, los peajes y las vigencias futuras. El leislador al mismo tiempo, respecto de los elementos que forman parte de la restitución, esto es, los costos, inversiones y gastos, incluyendo los intereses, determinó que éstos deben cumplir con los requisitos establecidos en la misma norma."

La prueba por informe del interventor carece de objetividad y no cumple con los requisitos del artículo 20 de la Ley 1882 pues para la época en que se produjo el informe la firma que representaba era asesora de la ANI. El Interventor, en su calidad de asesor, tenía como objetivo ayudar a la ANI a defender la posición de la misma al interior del Tribunal Arbitral, y en ese sentido, tanto de forma como de fondo, carecía totalmente de objetividad.

En cuanto al peritaje de Duff & Phelps, el perito, para efectos de determinar el Capex, consideró cinco fuentes de información distintas que en sí mismas no sería suficientes para cumplir con el rigor

estadístico, tal y como lo pone de presente el documento de contradicción presentado por FTI. En esas fuentes de información, el perito decide mezclar dos fuentes de dos contratos de concesión completamente distintos. De las fuentes que decide incorporar a la muestra, involucra contratos suscritos por el INVÍAS, que corresponden a contratos de obra, los cuales de ninguna manera pueden ser comparados con contratos de concesión, por los incentivos de largo plazo asociados al mantenimiento. De la misma manera, incluye valores de la reclamación presentada por CRS y al mismo tiempo los del Consorcio constructor, aceptando que los precios de éste resultaban superiores desde el punto de vistas de costos unitarios, a los del mismo concesionario, lo cual resulta ilógico.

En relación con los perjuicios, argumenta que no pueden ser considerados dentro del laudo, pues el Tribunal no tendría competencia por ser este un asunto extracontractual, nunca haber sido pedidos por la ANI y porque si existe la nulidad, solo hay reconocimiento de restituciones de acuerdo con el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018. No está de acuerdo tampoco ni con el método utilizado para evaluarlos, ni con las cifras a las que llega.

10.2. Alegatos de los litisconsortes cuasinecesarios de la Convocante y Convocada en Reconvención

10.2.1. Alegato de la Sociedad CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.

Afirma que el contrato de concesión no puede declararse nulo por varias razones: En primer lugar por razones procesales. En esta sentido estima que el Tribunal arbitral perdió competencia para declarar la nulidad del contrato como consecuencia de haber operado el fenómeno de la caducidad. Para ello sostiene que los términos procesales deben ser contabilizados de acuerdo a la ley vigente al momento de la celebración del contrato, esto es, con el Código Contencioso Administrativo, por aplicación del artículo 40 de le Ley 153 de 1887, el Decreto 01 de 1985 y el propio Código General del Proceso. De acuerdo con las normas citadas, según lo establecido por el CCA, el término de caducidad se debe contar desde el día de la suscripción del contrato, es decir, desde el 14 de enero de 2010, de manera que la fecha límite para solicitar la caducidad acaeció el 14 de enero de 2015. Como la demanda fue presentada en agosto de 2015, la pretensión de nulidad había caducado.

Adicionalmente, afirma que de conformidad con la regla jurisprudencial el poder oficioso del Tribunal de Arbitramento para declarar la nulidad del contrato se extinguió.

En segundo lugar concluye que el delito en que incurrió el confeso Gabriel García Morales no tuvo incidencia en el resultado del proceso de selección. Afirma que la propuesta de CRS era la mejor de todas y que el proceso se adelantó de conformidad con la ley. En este sentido, recalca que es falso que el soborno dado a García Morales tendiera a beneficiar la propuesta presentada por Odebrecht y sus socios y que no es cierto que los haya favorecido. El propósito del pago era precisamente para que garantizara que el proceso de licitación se desarrollara normalmente y que éste no se viera afectado por la intervención de terceros.

La causa que hubiera motivado a García Morales en su actuar ilícito, no puede llegar a ser confundida con la finalidad volitiva que tenía la entidad pública al momento de suscribir el Contrato de Concesión. Tampoco encuentra objeto ilícito.

Señala que la sentencia C-207 de la Corte Constitucional debe morigerarse por los siguientes criterios: (i) el desconocimiento del criterio tradicional del Consejo de Estado en materia de liquidación de Contratos Estatales declarados nulos por autoridad judicial; (ii) la confiscación del patrimonio de la CRS y el enriquecimiento sin causa del Estado; (iii) la relativización del principio "nemo auditor propriam turpitudinem allegans"; y (iv) la violación del principio de integración de los contratos y la seguridad jurídica.

(i) El desconocimiento del criterio tradicional del Consejo de Estado en materia de liquidación de Contratos Estatales declarados nulos por autoridad judicial:

Afirma que desde la perspectiva del derecho común, declarada la nulidad de un contrato, procede la aplicación del artículo 1746 del Código Civil y en ciertos casos la aplicación del artículo 1525 del mismo.

Ahora bien, dada la naturaleza pública del Contrato de Concesión, deben agregarse elementos adicionales incorporados por el derecho administrativo que establecen consecuencias jurídicas distintas a las del derecho común, como las del artículo 48 de la Ley 80 de 1993, que no fueron tenidas en cuenta por la Corte.

Agrega que el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, en su segundo inciso establece el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas en un contrato nulo por objeto y causa ilícita en tanto satisfagan el interés público.

Concluye que el artículo 1525 del Código Civil, se aplica en la contratación estatal, cuando conocido el vicio por las partes no se genera beneficio para la entidad estatal, pues de lo contrario se generaría una confiscación del patrimonio del contratista.

(ii) La confiscación del patrimonio de la CRS y el enriquecimiento sin causa del Estado. Afirma que la Corte Constitucional incurre en error, pues asimila el derecho a la restitución a un provecho de la actuación ilícita. La devolución del patrimonio invertido en el contrato anulado no puede ser considerado como un provecho en sí mismo.

(iii) La relativización del principio "nemo auditor propriam turpitudinem allegans" y la buena fe contractual. Considera que en la tesis de la Corte Constitucional existe una dicotomía, pues si en virtud de lo señalado en la ley, al contratista se le reconocen costos, gastos e inversiones pero no frutos, lo que se le devuelve es un patrimonio bruto, de tal manera que no hay ningún provecho en el fondo. La nulidad, al retrotraer las cosas al estado anterior hace devolver el patrimonio bruto, pero sin frutos, es decir, sin provecho. En segundo término, los hechos que podrían derivar la nulidad del contrato fueron provocados por Gabriel García Morales quien era Director y representante legal del INCO, luego a la ANI no se le debería permitir el derecho de gozar de las obras que fueron construidas.

De allí que ante esta dicotomía lo aconsejable sea que el Tribunal acuda a la llamada regla "intermedia" desarrollada por el Consejo de Estado, según la cual, el juez, al analizar el caso concreto, debe verificar si al negar las restituciones, al final le estaría dando plenos efectos al contrato que se pretende anular. De esta manera, en el presente caso, en caso de declarar nulo el contrato, el Tribunal debería reconocer al contratista las restituciones, pues con ello se protege la institución de la nulidad de los contratos, al mismo tiempo que respeta el principio general de derecho que dice que nadie puede sacar provecho de su propia culpa, en tanto que la ANI, como partícipe del ilícito, no puede derivar tal beneficio.

(iv) La violación del principio de integración de los contratos y la seguridad jurídica. Con base en estos principios, solicita la inaplicación de la regla jurisprudencial, por aplicación del principio de favorabilidad (aplicando el artículo 48 de la Ley 80 de 1993) y aplicar la excepción de inconstitucionalidad, por existir elementos que vulneran los derechos fundamentales de su representada. También solicita el no reconocimiento de perjuicios a favor de la ANI. La declaratoria de nulidad implica únicamente las restituciones mutuas y enerva el reconocimiento de perjuicios. Si el contrato nunca existió, es imposible derivar perjuicios con base en algo que nunca se materializó. Por lo demás, la reparación de perjuicios no hace parte de las pretensiones de la demanda.

A continuación, el representante de Construtora Norberto Odebrecht hace un análisis de las pruebas. Considera que debe desecharse completamente el documento presentado por la interventoría.

En relación con el dictamen pericial de DUFF & PHELPS, considera que esta prueba tampoco debe tenerse en cuenta y recuerda al panel arbitral 9 memoriales presentados, y lo ocurrido en la audiencia

de contradicción generada por FTI, para demostrar inconsistencias y errores que sustentan de sobra el error grave presentado.

Defiende la consistencia de los dictámenes de parte presentados por sus representadas al proceso: Dictamen técnico de FTI para el CAPEX del contrato, y el contable elaborado por BDO.

10.2.2. Alegato de la Sociedad ODEBRECHT LATINVEST COLOMBIA S.A.S.

En su calidad de litisconsorte cuasinecesario, Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S. argumentó:

1. Improcedencia de declarar la nulidad del Contrato de Concesión. En relación con la pretensión de nulidad de la ANI, considera que ha operado la caducidad de conformidad con la norma aplicable a este caso, es decir el artículo 136 del CCA, por aplicación del artículo 40 de la Ley 153 de 1887. Adicionalmente, sostiene que el Contrato de Concesión no puede ser declarado nulo porque el mismo no se encuentra vigente.

Analiza igualmente las causales del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, del Código Civil y del Código de Comercio, para afirmar que el contrato no puede ser declarado nulo porque no se encuentra probada ninguna causal: Reitera que "la corrupción administrativa no se cierne sobre las motivaciones o finalidades del contrato estatal, sino los medios para obtenerlo. No obstante, en el presente caso los medios empleados no se vieron afectados por esta, muestra de ello es que la sanción impuesta obedece al delito de cohecho impropio." A su juicio, existe una ausencia de un vínculo causal entre el pago de dádivas y la adjudicación del contrato. En este aspecto, la estructuración del proyecto y el proceso de selección se realizaron de una manera técnica. El funcionario público que recibió el pago, el señor García Morales, no retardó u omitió un acto propio de su cargo en perjuicio de los demás proponentes, si este no se hubiera producido, igual en Contrato se hubiera adjudicado a la Promesa de Sociedad Futura Ruta del Sol S.A.S.

Estima además que el Contrato no puede ser declarado nulo porque la legalidad del acto administrativo de adjudicación no ha sido desvirtuada, ni se desconocieron las reglas sobre el tratamiento de las ofertas nacionales y la reciprocidad. Siguiendo con esta línea argumentativa, defiende la ausencia de objeto ilícito pues las prestaciones del negocio jurídico no violan ninguna norma de orden público. Finaliza el estudio de las causales diciendo que el contrato cumplió con todas las solemnidades sustanciales requeridas para su perfeccionamiento.

2. Analiza las bases para determinar las restituciones debidas en caso que el Tribunal decida declarar la nulidad absoluta del Contrato de Concesión. Sostiene que la norma aplicable es el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, disposición de carácter especial que establece los criterios que deben atenderse para hacer los reconocimientos a los contratistas, norma que excluye la aplicación del artículo 48 de la Ley 80 de 1993 y del artículo 1525 del Código Civil.

A continuación, se refiere a la Sentencia C-207 de la Corte Constitucional, para explicar que los accionistas tienen derecho a recuperar el capital aportado a la sociedad a título de restituciones, salvo que el mismo contratista, de una manera dolosa o culposa dio lugar a la nulidad del contrato o cuando participó en la celebración del contrato a sabiendas de la ilicitud. Distingue entre la primera hipótesis, en la cual la persona comete un delito o infracción, de la segunda, en la cual se muestra como un cómplice, pero en una y otra implica que el delito de lugar a la configuración precisa del objeto o causa ilícita para dar el contrato por nulo. Entre todas las causales de nulidad, solo estas dos impedirían que el contratista o sus accionistas tenga el derecho a las restituciones sobre los remanentes que se generan tras el pago del pasivo externo del Concesionario. En este sentido, a pesar de que al celebrarse el contrato se cometieron delitos, el objeto del negocio no se tornó en ilícito, como tampoco su causa. Por lo tanto, al declararse la nulidad del contrato, el Concesionario y los Litisconsortes conservan el derecho a las restituciones mutuas sobre los remanentes.

En su criterio, la modulación que introdujo la Corte Constitucional no puede ser aplicada para expropiarle a los Litisconsortes su derecho a las restituciones, de acuerdo con la misma Constitución

y los tratados públicos de protección de la inversión suscritos por Colombia. De ser aplicada, la entidad concedente se estaría enriqueciendo a expensas de las inversiones de los Litisconsortes.

Sostiene que el Tribunal no puede aplicar retroactivamente la sentencia para la decisión el litigio so pena de vulnerar el derecho al debido proceso y equitativo de los Litisconsortes y del artículo 29 de la Constitución Política.

Por otra parte, trata el tema de los fundamentos para determinar las restituciones debidas al concesionario y sus accionistas en caso de declararse nulo en contrato. La ANI debe proceder a remunerar las actividades ejecutadas por CRS, bien con recursos presupuestales (vigencias futuras), bien con la cesión de recaudos de peajes. El Tribunal no podrá incluir factores de descuento distintos de los pagos recibidos por el concesionario para fijar el valor de las restituciones, tales como los perjuicios presuntamente sufridos por la ANI. En lo que se refiere a las utilidades percibidas por los miembros del consorcio constructor, CONSOL, o a sumas distribuidas como excesos de liquidez, no deben ser tratadas como dividendos decretados y pagados por el Consorcio a favor de sus accionistas. Ese monto no puede ser descontado de las inversiones, costos y gastos realizados en cumplimiento del Contrato de Concesión, para no afectar los derechos de terceros de buena fe.

En cuanto al valor de las restituciones, desestima el informe presentado por el interventor del contrato. Recuerda la tacha contra su declaración, el hecho que redujo el valor de las restituciones y el interés que a su juicio se deriva dado su carácter de asesor de la ANI. En cuanto al dictamen rendido por la firma DUFF & PHELPS, acota que en su momento se presentó objeción por error grave, por escrito y en audiencia.

Defiende la conducencia y aptitud probatoria del dictamen pericial rendido por BDO para probar el valor de las restituciones, con la integración del dictamen de FTI (CAPEX). Con base en ellos, hay fundamento suficiente para determinar los pasivos de buena fe y la inversión de los accionistas de CRS.

Y concluye que: "Aunque es improcedente declarar la nulidad del Contrato de Concesión, luego de los pagos realizados directamente a los Bancos por parte de la ANI en Diciembre del 2017 y Enero del 2019, el Concesionario tiene derecho a que se le reconozcan, a marzo 2019: COP$ 2,411,262,654,767 pesos colombianos a título de restituciones mutuas en caso de adoptarse esa decisión."

10.2.3. Alegato de la Sociedad CSS CONSTRUCTORES S.A.

Sus alegaciones se centran en demostrar que CSS Constructores para todos los efectos es un integrante de la sociedad concesionaria Ruta del Sol S.A.S, que no actúo con dolo en la comisión de un delito o de una infracción administrativa, ni participó en la celebración del contrato a sabiendas de tal ilicitud.

Para ello, acude en primer lugar a las consideraciones de la Corte Constitucional en la sentencia C-207 de 2019 sobre el postulado de la buena fe y su relación con los efectos de la nulidad de los contratos y de cómo este principio cumple un papel justificador de la apariencia para proteger a terceros que han adquirido un derecho, fundados en una situación que no se compadece con la realidad. Se ampara en la teoría de la apariencia, para explicar que en ocasiones un sujeto deposita su confianza donde no debía y adopta decisiones que jamás habría tomado de conocer la verdad.

Analiza algunas pruebas aportadas al proceso para demostrar la conducta desplegada por CSS en relación con este caso. Testimoniales: Carlos Alberto Solarte, Gustavo Ramírez, Alberto Mariño, Iván Pinto, Gabriel García y Luiz Antonio Bueno Junior (Rendida ante la Fiscalía General de la Nación el 28 de abril de 2017). Investigaciones adelantadas por autoridades públicas: superintendencia de Industria y Comercio, Fiscalía General de la Nación.

Desde el punto de vista de la estructura societaria de CRS, resalta como desde el principio CSS estuvo al margen de las decisiones, no tuvo participación en la elaboración de la propuesta, ni fue tenido en cuenta en la elaboración de la oferta económica y todo el entramado de corrupción se dio sin que tuviera conocimiento del mismo. Debido a su pequeña participación, no se le permitió tener participación en el acuerdo de accionistas, ni se le permitió acceso a él. No tenía asiento en la Junta Directiva, solo podía asistir con voz pero sin voto. No tuvo participación ni suscribió el contrato de transacción suscrito entre las sociedades Odebrecht y Episol el 7 de abril de 2016. No tuvo participación en las negociaciones de los otrosíes 2 y 6 del contrato, ni en la suscripción del contrato de estabilidad jurídica. En el acta 62 de CRS queda reflejado que a CSS se le prohibió el ingreso a la junta directiva.

En razón a lo anterior y como quiera que está probada su buena fe, CSS tiene derecho a la restitución del capital invertido de conformidad con el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018. Se opone al pago de perjuicios por considerar que es improcedente en los eventos de nulidad absoluta del contrato, pues no hay responsabilidad sin un contrato válido en el que se predique su incumplimiento. Tan claro es, que la ANI ya instauró una demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa.

Por otra parte, resalta que el contrato se terminó por mutuo acuerdo entre las partes y no se puede pasar por alto que el INCO participó en actos de corrupción lo cual está demostrado con la declaración de García Morales, lo cual compromete la posición de la ANI y le impide solicitar ningún tipo de indemnización.

Con fundamento en la sentencia de la Corte Constitucional y bajo el entendido que CSS es un socio de buena fe, procede el apoderado de dicha sociedad a establecer el aporte realizado por su representada en la forma indicada en la Ley 1882 de 2018, para indicar la suma de $13.089.293.950.

10.2.4. Alegato de la Sociedad EPISOL S.A.S.

En sus alegatos, Episol reitera la existencia de una causal de nulidad procesal, consistente en el rechazo por parte del Tribunal de las pretensiones presentadas por Episol.

A continuación aborda la nulidad de los contratos públicos, su régimen jurídico y tratamiento jurisprudencial, y analiza las causales objeto ilícito y abuso y desviación de poder. En este sentido, observa que las conductas constitutivas de delitos, que tuvieron como autores a las empresas Odebrecht y ejecutivos suyos, y al entonces Gerente General (E) del INCO, el Sr. Gabriel García Morales, no tuvieron incidencia alguna en el desarrollo de las etapas precontractuales, tales como la Estructuración de los Pliegos de Condiciones, la Licitación Pública y, por ende, en la celebración misma del Contrato. Por el contrario, sostiene que su conducta no afectó la legalidad del trámite de selección y por sobre todo del ajuste de la adjudicación a los documentos del proceso licitatorio.

Episol no tuvo conocimiento de los hechos de corrupción de Odebrecht en Colombia sino hasta el 21 de diciembre de 2016, fecha en la cual, con ocasión del acuerdo de colaboración suscrito por Odebrecht ante el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, en ese país. Prueba de esto es que durante el segundo semestre de 2015, Odebrecht le presentó a su socio minoritario, las conclusiones de un informe forense preparado por la firma KPMG que garantizaba la independencia de la Casa Matriz en Brasil y de sus filiales en Colombia.

Las respuestas de Odebrecht sobre los reclamos formulados por Episol, en relación con los contratos injustificados, no fueron satisfactorias para Episol y Corficolombiana por cuanto dichos contratos no se consideraron necesarios para el desarrollo y correcta ejecución del proyecto. Por ende, el 11 de marzo de 2016 se suscribió un Acuerdo de Transacción en virtud del cual se implementaron medidas de gobernanza y Odebrecht se comprometió a retornar a Consol la suma de $33.081.998.394.

Episol es una víctima de su socio mayoritario y por ende, su participación en estos hechos es completamente nula. En todo caso, el hecho de que exista una situación de control de

Corficolombiana sobre Episol no puede dar lugar a acreditar el supuesto conocimiento de ésta de los hechos de corrupción en el marco de la Licitación Pública.

Expone los hechos que permiten considerar que Consol no fue utilizado para repagar los sobornos realizados por Odebrecht a funcionarios públicos. Las declaraciones de Luiz Bueno ante la Fiscalía no cumplen los requisitos de prueba trasladada par ser admitida en este proceso.

Añade que sería absurdo que José Elías Melo, actuando en nombre de Corficolombiana, haya autorizado el pago del soborno a García Morales y que éstos se realizaran con los recursos del Proyecto, y que cuando se percatan Episol y Corficolombiana de dichos pagos a esos subcontratistas, el socio mayoritario haya presentado sus explicaciones, junto con el Informe Independiente de Debida Diligencia preparado por KPMG y en la suscripción del Acuerdo de Transacción. Y a todo ello, accedió sin "rechistar" ni oponerse el socio mayoritario. Aun así, el supuesto conocimiento de José Elías Melo no implica per se el conocimiento de Corficolombiana y menos de Episol.

La Concesionaria Ruta del Sol y ANI suscribieron un Acuerdo para la Terminación y Liquidación del Contrato de Concesión, el cual fue cumplido por el Concesionario. Sin embargo, la Entidad no solamente desconoció los pactos contractuales, sino que efectuó una serie de actuaciones que ocasionaron los perjuicios identificados en el trámite arbitral y que hoy pretenden ser imputados al actuar del Concesionario.

Los perjuicios identificados en el trámite arbitral no cumplen con los requisitos legales para ser indemnizados, por la aplicabilidad plena del principio de congruencia, la falta de configuración de los elementos propios de la responsabilidad (título de imputación, daño y nexo de causalidad), la falta de identificación y cuantificación de los perjuicios. Además, el Tribunal Arbitral debe sujetarse a su competencia, la cual no lo habilita para pronunciarse respecto de estos supuestos perjuicios.

A continuación se refiere a los dictámenes que obran en el expediente. Presenta múltiples críticas frente al dictamen pericial de Forest Partners, Estrada y Asociados S.L., las cuales llevan a concluir que sus explicaciones no son, en algunas de sus partes, claras, y por el contrario son deficientes.

En cuanto al "Informe" presentado por la Interventoría del Contrato de Concesión, considera que el interventor cumplió función de asesor de la ANI, situación que le resta imparcialidad, y podría llevarlo a estar incurso en conductas delictivas.

El dictamen contable relacionado con la inversión de Episol en la Concesionaria Ruta del Sol, elaborado por Gloria Zady Correa, no fue objetado, y presenta con claridad el monto de dicha inversión.

El peritaje de contradicción hecho por Valora Consultoría SAS al Dictamen Pericial presentado por Forest Partners, Estrada y Asociados S.L., demuestra las inconsistencias que este tuvo en la respuesta a la pregunta 10 del Informe Pericial

A continuación resume los diversos conceptos que según el artículo 20 de la Ley 1882 deben ser calculados por el Tribunal, y concluye que debe reconocerse y pagarse a Episol los aportes realizados a la Concesionaria Ruta del Sol por la suma de $86.562.465.000, actualizados al mes inmediatamente anterior al mes de liquidación, los cuales al mes de mayo de 2019 ascienden a $118.380.908.319 y pago de las prestaciones a favor de la Concesionaria, considerando que, como se ha acreditado en este proceso, Episol no participó y mucho menos tuvo conocimiento de las actuaciones irregulares cometidas por Odebrecht.

10.3. Alegatos de los Coadyuvantes de la Convocante y Convocada en Reconvención Concesionaria Ruta del Sol S.A.S

10.3.1. Alegatos de los Bancos Coadyuvantes

Sostienen que por cuenta de los Contratos de Crédito los Bancos desembolsaron al Concesionario una suma cercana a $2.400.000'000.000. A noviembre de 2017 esta deuda, junto con sus intereses, alcanzó la suma aproximada $2.639.000'000.000.

En efecto, el 22 de diciembre de 2017 la ANI autorizó un primer pago parcial a los Bancos por $792.603'138.354, y el 10 de enero de 2019, autorizó un segundo pago parcial a los Bancos por $627.000'.000.000.

Al corte de 30 de junio de 2019, la Concesionaria mantiene una deuda con los Bancos, por concepto de capital, por $1.250.069'036.972 y, por concepto de intereses, 229.061'730.391.

El artículo 20 de la Ley 1882, junto con la Sentencia C-207/19, dejan claro que los reconocimientos a título de restituciones calculados como se establece en el parágrafo 1 del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, primordialmente "estarán dirigidos al pago del pasivo externo del proyecto con terceros de buena fe". Esta norma es retroactiva y se aplica al presente caso, lo cual significa que le Tribunal:

(i) Debe determinar, con base en las pruebas, el valor actualizado de los costos, las inversiones y los gastos, ejecutados por el contratista, incluyendo los intereses debidamente indexados; (ii) Debe determinar, con base en las pruebas, el valor actualizado de la remuneración y los pagos recibidos por el contratista en virtud del cumplimiento del objeto contractual; (iii) Debe descontar a los Costos, Inversiones y Gastos únicamente el monto de las Remuneraciones y Pagos para obtener el monto que deberá ser destinado a pagar a los acreedores de buena fe; (iv) Si, una vez realizado lo anterior, esto es, de pagarles a los acreedores de buena fe lo que se les deba, resultare un remanente, el Tribunal deberá destinar dicho remanente a reconocer restituciones a favor del contratista (o de sus socios) si fuere del caso.

No es posible compensar (o lo que es lo mismo restar) sumas por eventuales perjuicios, por el "cost to complete", por pagos hechos a los consorciados de CONSOL o por cualquier otra razón o rubro de los Costos, Inversiones y Gastos, esto es, antes de haber pagado en su integridad lo adeudado a los terceros de buena fe, incluidos los Bancos.

El perito Duff & Phelphs es idóneo y competente para conforme con lo mencionado Anexo I de las Aclaraciones, el monto total de los Costos, Inversiones y Gastos, calculados como manda el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, es de $6.400.276`396.346). Calculados, pues, los Costos, Inversiones y Gastos y deducidos las Remuneraciones y Pagos, se tiene que está pendiente de reconocer al Concesionario la suma de $ 2.021.699 '000.000.

Los resultados del dictamen de D&P o del dictamen de Valora son los mismos para los Bancos. Con base en uno y otro estudio el laudo arbitral debe disponer que se pague a los terceros de buena fe la totalidad de los que se les debe, lo que incluye el pago de la totalidad del capital y de los intereses que se adeudan a los Bancos.

El apoderado de los bancos no se pronuncia frente a los peritajes de BDO y FTI, y considera que no puede admitirse el informe del Interventor, por ser parcializado, y porque en contra de la Ley 1882 y la Sentencia C-217/19, conceptuó que los intereses no fueron indexados por inflación pues supondría pagar dos veces la inflación: Una a través de la tasa de interés y otra a través de la indexación.

Concluye que el laudo arbitral debe ordenar que se pague a los Bancos la suma de $1.479.130.767.364. Esta suma debe pagarse con los saldos disponibles a favor de la entidad contratante en las cuentas y subcuentas del patrimonio autónomo creado por virtud del Contrato de Fiducia. Si los recursos referidos no fueren suficientes, la suma restante deberá ser consignada por la ANI 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.

10.3.2. Alegato del Patrimonio Autónomo FIDEICOMISO RUTA DEL SOL SECTOR 2 presentado por su Vocera la Fiduciaria CORFICOLOMBIANA S.A.

El 7 de diciembre de 2010 el Concesionario y la Fiduciaria Corficolombiana S.A. suscribieron el Otrosí No. 1 al Contrato de Fiducia (el "Otrosí") el cual, de conformidad con la Sección 6.03 del Contrato de Concesión, tenía por objeto llevar a cabo el cierre financiero del Proyecto, para lo cual se incluyó a los Bancos como beneficiarios del fideicomiso.

Por virtud de lo dispuesto en la cláusula tercera del Otrosí, el Contrato de Fiducia fue complementado en su objeto pasando a ser, además de administración y pagos, de "garantía de la financiación otorgada por los Prestamistas", esto es, de garantía en favor de los Bancos.

Según lo dispuesto en el subnumeral 7.1.2. del Otrosí, la Subcuenta Financiación será la única cuenta pagadora y de esta se girarán la totalidad de pagos y erogaciones que el Concesionario deba efectuar para cumplir con la prelación de pagos establecida en dicho contrato.

En relación con la prelación de pagos, la Cláusula 3 del Otrosí señala que como quiera que los recursos de la Subcuenta Financiación del Contrato de Fiducia servirán de fuente de pago de los Bancos, la Fiduciaria atenderá los pagos en el siguiente orden: Primero, todos los pagos, costos y gastos a cargo del Concesionario para el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del Contrato de Concesión, incluyendo pero sin limitarse a, la Subcuenta de Predios, la Subcuenta de Interventoría, la Subcuenta de Supervisión Aérea, la Subcuenta de Divulgación y pago de impuestos y, a renglón seguido, todos los pagos a los Prestamistas, esto es, a los Bancos.

Según lo dispone el Contrato de Concesión, el Contrato de Fiducia fue concebido es el instrumento encargado de manejar los ingresos y pagos para desarrollar el Proyecto. En este sentido, la única fuente de pago de los Bancos y de los demás terceros de buena fe son los recursos a que tiene derecho el Concesionario en virtud del Contrato de Concesión, los cuales se han recaudado, recaudan y recaudarán en el Contrato de Fiducia.

En el evento en que el Tribunal decida anular el Contrato de Concesión, deberá dar aplicación a lo dispuesto por el artículo 32 de la Ley 1508 de 2012, modificado por el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018

a) Calcular los costos, gastos e inversiones ejecutados incluyendo los intereses pagados. Dichas sumas deberán ser indexadas con el IPC. b) Calcular la remuneración y pagos recibidos por el contratista en virtud del cumplimiento del contrato estatal. Dichas sumas deberán ser indexadas con el IPC. c) Restar a los costos, gastos e inversiones el monto de la remuneración y pagos. El monto resultante deberá ser destinado a pagar a los acreedores de buena fe. d) Calcular el monto debido a los acreedores de buena fe, indexado al IPC, y descontarlo del monto resultante en el literal anterior.

Si, una vez pagadas las acreencias a los terceros de buena fe resultare un remanente, este monto deberá ser destinado a hacer los reconocimientos a que haya lugar en favor del contratista.

El resultado de deducirle a $6.400.276´.396.346, correspondientes a los costos, inversiones y gastos, el valor de $4.378.577´.000.000, correspondientes a las remuneraciones y pagos, resulta ser $2.021.699 ’000.000 el cual corresponde al "valor bruto a reconocer" al contratista antes de pagar las acreencias con terceros de buena fe según lo dispuesto por la Sentencia C 217 de 2019. Dicha suma fue nominada por D&P como las "Prestaciones Netas Ejecutadas". Esta suma es suficiente para pagar la totalidad de las acreencias que se tienen en la actualidad con terceros de buena fe.

10.4. Alegato de la Parte Convocada y Convocante en Reconvención AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI

La ANI solicita que se acceda a la pretensión de nulidad absoluta por objeto y causa ilícita, así como por celebración viciada por desviación de poder, del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, pretensión incorporada en la demanda de reconvención reformada. Así mismo, solicita que para la

determinación de las consecuencias económicas derivadas de la declaración de nulidad, se acoja la prueba por informe elaborada por la Interventoría y se incluyan en la liquidación el valor de los perjuicios sufridos por la ANI como consecuencia de la nulidad del Contrato y su terminación abrupta e intempestiva, pues solo de esta manera podrá producirse una verdadera liquidación del Contrato y el cierre definitivo del vínculo negocial.

Analiza la nulidad del Contrato de Concesión No. 001 de 2010. Se refiere al Acuerdo de Terminación y Liquidación del Contrato para indicar que el Tribunal no puede darle validez o tener como antecedente la fórmula de liquidación allí contenida, dado que nunca se tornó vinculante para las partes. Considera que no obstante el vínculo contractual cesó en virtud del acuerdo de terminación, ello se dio para dar cumplimiento a la decisión de la Superintendencia de Industria y Comercio y del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Ello tampoco es óbice para que el Tribunal declare la nulidad del contrato, la cual, por sus efectos connaturales, implicará nulidad de todo acuerdo posterior a los hechos acaecidos que dieron lugar a la configuración de nulidad absoluta alegada oportunamente.

Sobre la caducidad alegada por la convocante, considera que fue resuelta por el Tribunal mediante Auto No. 42 del 8 de febrero de 2017. Afirma que la norma aplicable es la consagrada en el literal j) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, que dispone que "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."

En el presente caso, la nulidad absoluta del contrato fue solicitada a través de la demanda de reconvención en su versión reformada, cuya presentación se realizó mientras el Contrato de Concesión se encontraba vigente e incluso antes de la terminación del mismo. Afirma además que los hechos de corrupción ocurridos en la adjudicación y celebración del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, solamente se conocieron en diciembre de 2016, de manera que en todo caso el término de 5 años para pretender la invalidación del contrato empezó a contarse una vez se conocieron.

Con fundamento en lo expuesto por la Corte Constitucional, considera que el Tribunal deberá darle aplicación al artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, conjugando este precepto con el artículo 1525 del Código Civil y el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, para entender que solamente recibirán reconocimientos los terceros de buena fe, que esos reconocimientos solamente pueden corresponder al valor de las inversiones y gastos relacionados directamente con el objeto contractual que efectivamente hayan sido efectuados en obras existentes y que sirvan al interés público, y que bajo ninguna circunstancia pueda ordenarse pago de suma que exceda el valor de las obras realmente ejecutadas. Considera que el valor de las inversiones debe ser validado por la interventoría del contrato y que el balance final debe tener en cuenta o incluir los perjuicios que sufrió la ANI como consecuencia de la nulidad del contrato.

Ahonda en las razones por las cuales en su sentir la liquidación del contrato debe incluir los perjuicios: La liquidación de un contrato conlleva el cruce de cuentas definitivo, un balance final a la manera como lo ha definido la jurisprudencia. Tanto el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 como el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, parten de la base que los reconocimientos que deban realizarse se derivan de unas prestaciones que han sido realmente ejecutadas y estén generando un beneficio del interés general, por lo que mal podría efectuarse un reconocimiento si la entidad concedente ha experimentado un perjuicio.

Recalca que el Concesionario, sus socios y su Constructor EPC no puede recibir restitución o compensación alguna, toda vez que de acuerdo con la ley y la sentencia indicada ello no es posible cuando se ha celebrado un contrato a sabiendas de la ilicitud. En el caso del Constructor EPC, su composición es idéntica a la de la concesionaria, lo cual lo excluye como tercero de buena fe. Agrega que la ANI es un sujeto contractual de buena fe. "

La prueba por informe realizada por la Interventoría es seria, objetiva y materialmente ofrece elementos de juicio confiables que permiten establecer el valor de la liquidación a la luz de lo establecido en el artículo 20 de la ley 1882 de 2018, toda vez que hicieron, una medición real de la

obra apoyada con precios de mercado que no incluyan sobrecostos ni sobrevaloraciones de la misma, no tuvo en cuenta la cuestionada contabilidad de la Concesionaria e incluyó los pasivos tanto ambientales, sociales y prediales que en el futuro tendrán que ser asumidos por la ANI y, por ende, deben ser descontados del valor resultante de la liquidación, rubro éste que no fue incluido por ninguno de los peritos que con destino a este proceso elaboraron dictámenes periciales."

Desestima el dictamen pericial elaborado por FTI Consulting aportado por las sociedades Odebrecht el 4 de abril de 2018. El mismo perito dejó claro en su informe que no midió las obras ni pudo comprobar materialmente ni la existencia ni las cantidades de obra. Utilizó un modelo estadístico que no corresponde a la realidad material y efectiva de las obras realizadas (Capex).

En cuanto al dictamen pericial de Duff & Phelps ocurre lo mismo en lo que atañe a la determinación del Capex, pues también acudió a modelos estadísticos.

En cuanto al Opex, para el apoderado de la ANI es igualmente paradójico, porque para el perito a pesar de que no es posible depositar la confianza en la información financiera del concesionario, los valores correspondientes a este concepto se toma con base en su contabilidad. Cuestiona igualmente la información en materia predial, pues no se tuvieron en cuenta los avalúos, lo mismo que las actividades sociales y ambientales, cuyas sumas de dinero que no fueron contabilizadas por los expertos deberían en todo caso ser descontadas de los eventuales valores que se reconocerían. En la cuantificación de los perjuicios incurrió en errores importantes. Todo lo anterior lleva a que el dictamen de Duff & Phelps adolece de serias deficiencias que le impiden al Tribunal tenerlo como prueba. Concluye finalmente que "en caso de no acogerse la prueba por informe elaborada por la Interventoría del Proyecto, en el Laudo arbitral solamente podrá declararse la nulidad absoluta del Contrato y denegarse, por ausencia de prueba, cualquier tipo de restitución, compensación o reconocimiento económico en la liquidación."

El Tribunal hizo el estudio que corresponde sobre las posiciones expresadas en dichos alegatos por cada uno de los apoderados y su resultado se encuentra reflejado en las conclusiones a las cuales llegó en relación con los puntos objeto de este proceso, y que en este Laudo más adelante deja consignadas.

11. CONCEPTO DE LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO - ANDJE

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado - ANDJE considera que conforme lo establece el artículo 1742 del Código Civil y el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, la ANI estaba legitimada en el presente trámite arbitral para pedir la nulidad absoluta del Contrato de Concesión, como efectivamente lo solicitó en la demanda arbitral de reconvención reformada y el juez del contrato puede, y debe declararla al emitir el laudo que ponga fin al presente proceso.

La ANI (antes INCO) que solicita la nulidad, como componente de la administración pública nacional no puede considerase corrupta por el solo hecho de que funcionarios abusando de su poder y desconociendo el mandato que les fuera concedido con su nombramiento, hayan subrepticiamente cobrado o pactado de algún modo dádivas indebidas por el cumplimiento de las funciones a su cargo. Así lo han dejado entrever diversos participes en este trámite arbitral que pretenden que se co-responsabilice de la nulidad a la ANI, de los hechos de corrupción, cuando lo probado es que institucionalmente la Nación ni promueve, ni premia esos comportamientos, ni en Colombia, ni en ningún otro país civilizado.

De hecho, los diferentes servidores públicos que a la fecha han sido individualizados como autores mediatos o inmediatos de estas conductas realizadas en sede del INCO (hoy ANI) e incluso miembros del Congreso, han sido investigados y hasta condenados penalmente como consecuencia de sus faltas típicas, antijurídicas y culpables de carácter personal, más en ningún modo institucional, ya que el abuso o la desviación del poder se predica del agente, no del Estado.

Sostiene que a lo largo del presente proceso, la conducta de las Sociedades Odebrecht y Episol fue ocultar la información relacionada con las obras del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, evidenciado en que no prestaron su colaboración para entregar la información pertinente a los peritos de BDO y de FTI respecto de cantidades de obras y actividades y reales precios pagados por ellas.

Episol y CSS Constructores no iniciaron acciones -por ejemplo- como la rendición de cuentas al socio mayoritario, ni le denunciaron penalmente por el delito de administración desleal o por cualquier otra conducta punible de los administradores de la sociedad en la que ellos eran socios minoritarios; solo encaminaron sus esfuerzos a la pronta liquidación del contrato de concesión, tratando solo de salvaguardar sus recursos y su reputación.

Episol por medio de su controlante Corficolombiana era conocedor de las situaciones ilícitas que rodearon la adjudicación del contrato que hoy ocupa a este Tribunal y que fueron después distribuidos bajo las instrucciones de Manuel Ximenez y Mauricio Millán, conforme directrices de Bueno Junior y Melo Acosta. La sentencia condenatoria de Bernardo Elías relata el mecanismo corrupto para los desembolsos por obras y actividades ficticias con cargo al proyecto y para entregar los recursos de la actividad delictiva de los partícipes en el entramado de corrupción

En el expediente están probados, por lo menos tres actividades delictivas relacionadas con el proyecto Ruta del Sol II, a saber: 1) El soborno para su adjudicación inicial, 2) El soborno para la adición de la transversal y, 3) El soborno para la suscripción del contrato de estabilidad jurídica.

La remuneración por las obras y demás actividades ya fue obtenida por el EPC, por lo que pagarle al Concesionario sería un doble pago. El EPC ya obtuvo un flujo mensual constante de recursos entre abril de 2010 y marzo de 2016 que no necesariamente iba acompasado de los avances de ejecución de hitos y tramos del sector.

La ANDJE concluye solicitando:

1. Que se declare la nulidad absoluta del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 y todos sus documentos modificatorios por las razones esgrimidas por la ANI en su demanda de reconvención reformada, o por cualquier otra que encuentre probada el Tribunal de Arbitramento.

2. Que se declare que sociedades Odebrecht y Episol actuaron de mala fe al no suministrar a este Tribunal la información completa y veraz sobre la ejecución real y completa de las obras y actividades ejecutadas y de los precios que pagaron por ellas.

3. Que se declare que conforme la información de los ingresos del proyecto, las obras y actividades ejecutadas por la Convocante y/o por el Consorcio Consol fueron debidamente remuneradas por la ANI.

4. Que en consecuencia no se disponga a favor del Concesionario, ni del consorcio constructor, ni de las sociedades que los integran, suma de dinero alguna a título de reconocimiento, ni restitución económica.

12. CONCEPTO DEL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO

En ejercicio de las funciones asignadas en el Decreto 262 de 2000 y, en particular, por el numeral 6 del artículo 2. de la Resolución 270 de 2001 de la Procuraduría General de la Nación, en la misma audiencia convocada para alegar de conclusión, el señor Agente del Ministerio Público para este proceso, emitió concepto de fondo respecto de las cuestiones que se debaten en este trámite arbitral.

Para tal efecto, dando cumplimiento a lo ordenado mediante auto de 12 de julio de 2019 y sin perjuicio de su exposición oral, el señor Agente de Ministerio Publico, radicó memorial de 17 de

julio de 2019, con el cual expuso los argumentos que, en su criterio, este Tribunal deberá tener en cuenta al momento de proferir el Laudo para el caso de autos.

El Ministerio Público observa que dentro del ordenamiento jurídico colombiano no existe un cuerpo normativo específico que se encargue de regular el fenómeno de la corrupción, lo que deriva en una dispersión normativa que abarca disposiciones administrativas, penales, civiles, comerciales, de contratación pública, tributarias, disciplinarias, fiscales e internacionales.

Actualmente, Colombia ha suscrito y aprobado, principalmente, tres tratados internacionales relacionados con la corrupción: la Convención Interamericana Contra la Corrupción, aprobada mediante la Ley 412 de 1997; la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada mediante la Ley 970 de 2005; y la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales de la OCDE, aprobada mediante la Ley 1573 de 2012, todos declarados exequibles por la Corte Constitucional.

Observa que en la actuación de funcionarios públicos partícipes en los actos de corrupción, se advierte un apoderamiento ilícito de sus calidades y del aparato estatal para beneficio particular o de un tercero y en detrimento del interés común, del patrimonio público y, en general, de los fines propios del Estado, en tanto que, en el caso de particulares puede suceder que la propia estructura del agente privado está ocupada directa o indirectamente del entramado corrupto, por lo que no podría considerarse, salvo prueba en contrario, que se trató de un acto exclusivo y aislado del agente privado.

Analiza el concepto de objeto ilícito, causa ilícita, desviación de poder, celebración de contrato contras expresa prohibición constitucional y legal. Agrega que ante la ocurrencia de un acto de corrupción de aquellos previstos en el ordenamiento jurídico, se presenta, una causa ilícita en la celebración del contrato de que se trate, que debe conllevar, necesariamente, a la declaratoria de nulidad absoluta.

En materia de la prueba del acto de corrupción, el Ministerio Público estima que en este caso el juez puede acudir a las máximas de la experiencia para efectos de, una vez demostrado el hecho indicador de la corrupción de Odebrecht, inferir gracias a las reglas de la experiencia, el hecho indicado, esto es el acto de corrupción o el conocimiento sobre el mismo y la vinculación a otros actores privados y públicos.

Considera que se encuentran probados los actos de corrupción ocurridos en la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, ya que integrantes de la empresa Odebrecht S.A. (Luiz Antonio Mameri), de la Constructora Norberto Odebrecht S.A., y Odebrecht Investimentos Em Infraestructura Ltda (Luiz Antonio Bueno Junior) y de Corficolombiana/Episol (José Elías Melo Acosta), en conjunto e intencionalmente realizaron las actuaciones necesarias para asegurar el contacto con Gabriel Ignacio García Morales, dada su condición en ese momento de Viceministro de Transporte, Director encargado del Instituto Nacional de Concesiones INCO y, coordinador interinstitucional del proyecto vial Ruta del Sol, con el fin de asegurar la adjudicación del sector 2 de este proyecto, para lo cual hicieron promesa remuneratoria por la suma de seis millones quinientos mil dólares (USD 6.500.000). El servidor público director del proceso de contratación la asesoró para que su oferta fuera formalmente la mejor, descalificó a los otros oferentes y no flexibilizó los requisitos que la misma parte contratante había previsto para tal fin, en su estructuración, fase que fue influenciada por los intereses privados de los corruptores

También encuentra probados los actos de corrupción en la ejecución del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 y sus Otrosíes 3 y 6, por la ocurrencia de sobrecostos, contratos ficticios y el contrato de transacción entre las Sociedades Odebrecht y Episol. Añade que también ocurrieron actos de corrupción en la celebración del Contrato de Estabilidad Jurídica de la Concesionaria Ruta del Sol.

Respecto de la sociedad CSS Constructores al tenor de lo previsto en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993 y como lo interpreta la jurisprudencia, ésta no estaba autorizada para desatender la responsabilidad solidaria que asumió desde la constitución de la Promesa de Sociedad Futura.

Agrega que los socios de la sociedad Concesionaria Ruta de Sol S.A.S deben ser considerados como un consorcio, por lo que su responsabilidad es solidaria.

De los dictámenes que obran en el plenario, la Procuraduría General de la Nación con apoyo de su Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, considera que de los anteriores medios de prueba, el único que sí efectúa una comprobación técnica viable y razonable, con el propósito de establecer la procedencia de reconocimientos de acuerdo al artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, es el Informe elaborado por la Interventoría Consorcio Proyección Vial Puerto Salgar, de fecha 23 de mayo de 2018.

Concluye su concepto sosteniendo:

1. En criterio del Ministerio Público, sí se configura la nulidad absoluta por causa y objeto ilícitos en el Contrato de Concesión N° 001 del 14 de enero de 2010, sus adiciones, otrosíes y demás documentos negociales, tales como el acuerdo de terminación y el contrato de estabilidad jurídica. Así mismo, se presentó desviación de poder y se incurrió en expresa prohibición legal por graves actos de corrupción, circunstancias que, sin embargo, se reconducen en las causales de nulidad por causa y objeto ilícitos. Respecto del contrato de estabilidad jurídica se tendrán que estimar los efectos de la posible declaratoria de nulidad dada su conexidad inescindible con el contrato de concesión N° 001 de 2010 y los beneficios económicos que este pudo generar.

2. Los actos de corrupción fueron promovidos, conocidos y/o debieron conocerse por los miembros de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., y no se hizo nada por corregirlos o evitarlos. Por el contrario, las reclamaciones que se promovieron al inicio de este Tribunal de Arbitramento, las cuales ascendían a la suma de $798.823.328.363, por la Concesionaria, presuntamente consolidarían la financiación de sobornos y pagos indebidos y presuntamente contribuirían a financiar los pagos de este negocio jurídico ilícito.

3. En desarrollo de este proceso la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., y sus socios no tienen derecho a ningún reconocimiento a título de restituciones, conforme lo dispuso el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 ni a las previsiones que contempla el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 y la sentencia C-207 de 2019.

4. En consecuencia, únicamente procederá el reconocimiento y pago de las deudas que este proyecto haya adquirido con terceros de buena fe exenta de culpa con cargo a los recursos del proyecto en la fiducia y, en ningún caso, con cargo al patrimonio de la ANI ni al presupuesto general de la Nación.

5. Sin embargo, para proceder a eventuales reconocimientos, como se analizó en la tercera parte de este concepto, las bases contables, técnicas y financieras para demostrar la debida aplicación de los recursos públicos son bastantes precarias e inciertas.

6. Como consecuencia de lo anterior, el Ministerio Público solicita rechazar las reclamaciones económicas que han sido formuladas en este Tribunal de Arbitramento.

7. Adicionalmente, el Ministerio Público en defensa del interés general, el patrimonio público, los derechos y garantías fundamentales, deja constancia que existen en Colombia otros medios de reclamación para respetar los derechos adquiridos, la propiedad y la seguridad jurídica y que son complementarios al arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos.

8. De acuerdo con lo establecido en el inciso 1 del parágrafo 2º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 solicita finalmente que se condene al Concesionario al pago de la sanción allí prevista, esto es, el valor de la cláusula penal o el 5% del valor del contrato.

II. ASUNTOS PREVIOS

1. SOBRE LA VALIDEZ DE LA ACTUACIÓN PROCESAL

Tal y como lo advirtieron todos los sujetos procesales y se puede observar en el Expediente que contiene este proceso arbitral, en general, éste tuvo dos grandes épocas, a saber:

La primera, desde la presentación de las demandas arbitrales y la contestación de las mismas, el trámite y aprobación de sendas conciliaciones parciales, la reforma de las demandas arbitrales y sus contestaciones y la presentación de la demanda de reconvención y sus contestación, y todo ello ocurrió entre el 6 de agosto de 2015 y el 15 de noviembre de 2016, tiempo durante el cual, las Partes dedicaron toda su atención a plantear y defender sus posiciones en relación con las controversias inicialmente sometidas a consideración del Tribunal, esto es, la ocurrencia o no de eximentes de responsabilidad, la ocurrencia o no de incumplimientos de las obligaciones contractuales, la ruptura del equilibrio financiero del Contrato de Concesión y el eventual restablecimiento de la ecuación financiera. Los medios de prueba aportados, enunciados y solicitados tenían que ver exclusivamente con dichas controversias, esto es, pruebas documentales, testimoniales y periciales.

El proceso avanzó en forma tal que para el mes de noviembre de 2016, debidamente trabada la litis, mediante el Auto No. 31 proferido el 15 de noviembre de 2016, el Tribunal convocó a las Partes a audiencia de conciliación que se fijó para el 24 de enero de 2017, la cual no se realizó en esa oportunidad porque el 18 de enero de 2017, la ANI presentó reforma de la demanda de reconvención.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, con el Auto No. 68 del 7 de diciembre de 2017, el Tribunal decretó todas las pruebas pedidas tanto por la Convocante Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. como por la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, lo mismo que todas las pruebas pedidas por los litisconsortes cuasinecesarios que hasta ese momento habían intervenido en el proceso arbitral tendientes a demostrar los hechos que servían de fundamento de las pretensiones de las demandas arbitrales reformadas y/o las pretensiones de la demanda de reconvención inicial, lo mismo que las excepciones u oposiciones planteadas en la defensa de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. o de la ANI, respectivamente, lo mismo que las pruebas pedidas por las Sociedades Episol S.A.S, CONSTRUTORA ODEBRECHT y ODEBRECHT LATINVEST para coadyuvar las pretensiones o la defensa, según el caso, de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

Si la totalidad de los testimonios e interrogatorios pedidos por los sujetos procesales y decretados por el Tribunal no fueron recibidos o practicados, no lo fue por decisión, abstención u omisión del Tribunal sino porque los mismos sujetos procesales desistieron de la mayoría de ellos.

En efecto, como atrás se pudo observar en los antecedentes del proceso arbitral, el Tribunal decretó todas las pruebas documentales aportadas por los sujetos procesales relacionadas en sus demandas iniciales y reformas, en las contestaciones de las mismas y en los memoriales presentados al descorrer las excepciones u oposiciones y las objeciones a los juramentos estimatorios.

Igualmente, se decretaron todos los oficios que fueron pedidos por tales sujetos procesales y en consecuencia, se libraron todos ellos y se obtuvieron de sus destinatarios las respuestas requeridas.

El Tribunal decretó igualmente la recepción de la totalidad de los testimonios solicitados por tales sujetos procesales.

De los testimonios solicitados por la convocante, durante la etapa probatoria se recibieron los testimonios de Mauricio Millán Drews, Miguel Ángel Bettín Jaraba e Iván Pinto. Empero, la sociedad convocante desistió de los testimonios de Álvaro Vecino Pico, Amanda Cecilia Muñoz Moreno, Angélica Quiroga, Enrique Dávila, Francisco Koyano, Hairton Alvez da Nobrega, Harbey Carrascal Quintero, Hernando Medellín Junior, Jaime Andrés Velásquez Cambas, José Fernando Penagos, Juan Diego Arango Botero, Maritza Isabel Daza Porto, Olga Higuera Villate, Ricardo

Milciades Correa Estupiñán, Rodrigo Vasconcelos, Yasmina Corrales Paternina, Yezid Augusto Arocha Alarcón. El Tribunal únicamente prescindió del testimonio de Ricardo Antonio Paredes, por inasistencia.

A solicitud de las Sociedades Odebrecht, el Tribunal decretó el testimonio de Luis Ernesto Pérez. Empero, este testimonio fue desistido por las solicitantes.

A solicitud de EPISOL S.A.S, el Tribunal decretó y practicó los testimonios de Luis Fernando Andrade, Alberto Mariño, Javier Germán Mejía y Gustavo Ramírez Galindo.

El Tribunal decretó la recepción de la totalidad de los testimonios solicitados por la ANI. Durante la etapa probatoria se recibió el testimonio de Miguel Ángel Bettín Jaraba. Empero, la ANI desistió de los testimonios de Alexandra Lozano Vergara, Andrés Figueredo Serpa, Camilo Jaramillo Berrocal, Carlos Eduardo Monroy, Daniel Francisco Tenjo Suarez, Diana Ximena Corredor Reyes, Guillermo Beltrán Perdomo, Margarita Peñalosa López, María Carolina Ardila Garzón, Yasmina Corrales, Harbey Carrascal, Wilmer Yesid Latorre. El Tribunal sólo prescindió del testimonio de Álvaro Bettín Diago, por inasistencia.

El Tribunal decretó y practicó las inspecciones judiciales solicitadas por la Convocante, en la Agencia Nacional de Infraestructura y en la Interventoría del Contrato de Concesión. A solicitud de la ANDJE, el Tribunal decretó la prueba de inspección judicial en la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., la cual fue practicada en audiencia.

El Tribunal ordenó tener como prueba los dictámenes periciales que fueron aportados por la Parte Convocante, a saber: Dictamen de Proes Consultores; dictamen de Bateman Ingeniería; dictamen de BDO Audit; y, dictamen de Sumatoria SAS. El Tribunal decretó la contradicción en audiencia de los peritos que elaboraron los dictámenes presentados por la convocante, a saber: Proes Consultores, Bateman Ingeniería, Sumatoria y BDO Audit. Empero, la ANI y la ANDJE desistieron de la contradicción de estos peritos.

El Tribunal ordenó tener como prueba los dictámenes periciales que fueron aportados por la ANI elaborados por Capital Corp. y por el Ingeniero Luis Sepúlveda. El Tribunal decretó la contradicción en audiencia de los peritos que elaboraron los dictámenes presentados por la ANI, a saber, Alonso Castellanos de Capital Corp., y el ingeniero Luis Sepúlveda, quien elaboró dos dictámenes. Empero, la Convocante desistió de estas contradicciones.

El Tribunal decretó, a solicitud de la Convocante, la prueba de declaración de su representante legal. Empero, esta prueba fue desistida por la convocante. A solicitud de EPISOL S.A.S., el Tribunal decretó la prueba de interrogatorio de parte, la cual, de conformidad con el artículo 195 del CGP, fue rendido por escrito por el representante legal de la ANI, en respuesta al cuestionario que le fue formulado por EPISOL. A solicitud de la ANI, El Tribunal decretó la prueba del interrogatorio del representante de Concesionaria Ruta del Sol. Empero, esta prueba fue desistida por la ANI.

Hasta el 8 de febrero de 2017, fecha en la cual renunciaron los primeros Árbitros y la Secretaria que integraron este Tribunal, fue devuelto al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio el Expediente contenido en 5 cuadernos principales, 191 cuadernos de pruebas y 2 cuadernos de medidas cautelares, sin perjuicio de todos los medios magnéticos que en CDS, DVS, Discos Duros Externos y memorias USB, hacen parte de tales Cuadernos, en todos los cuales se registra la intensa y voluminosa controversia contractual correspondiente a esa etapa del proceso arbitral.

Con ello se demuestra que las pretensiones iniciales contenidas en las demandas arbitrales iniciales y reformadas, lo mismo que la demanda de reconvención e inclusive su reforma en lo que se relaciona con las pretensiones iniciales, no se quedaron sin respaldo probatorio alguno debido esencialmente a la suficiente y extensa actividad probatoria desplegada por las mismas Partes antes que se profiriera el decreto de pruebas al término de la primera audiencia de trámite.

Al cierre de la Etapa probatoria, ningún sujeto procesal señaló que se hubiere dejado de practicar alguna de las pruebas por ellos pedidas y decretadas.

A su vez, en los alegatos de conclusión, ningún sujeto procesal de refirió a los temas planteados en la primera etapa del proceso ni hizo análisis alguno de los medios de prueba decretados y practicados por el Tribunal para demostrar los hechos relacionados con las controversias sometidas a consideración del Tribunal en esa primera parte del proceso arbitral.

La segunda parte del proceso va desde la presentación de la reforma de la demanda de reconvención el 18 de enero de 2017 y la contestación de la misma, las peticiones de nulidad del contrato de concesión elevadas por el Ministerio Público, la audiencia de conciliación que se surtió entre el 22 de junio y el 3 de agosto de 2017, la primera audiencia de trámite que se surtió entre el 3 de octubre y el 7 de diciembre de 2017, toda la Etapa Probatoria cumplida entre el 23 de enero de 2018 y el 12 de julio de 2019, la vinculación al proceso de otros sujetos procesales en calidad de litisconsortes cuasinecesarios y terceros coadyuvantes de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., el trámite de varias solicitudes de medidas cautelares, el trámite de varias solicitudes de nulidad del proceso arbitral, la desintegración y nueva reintegración del Tribunal entre el 18 de julio y el 10 de diciembre de 2018 y, la audiencia de alegaciones cumplida el 17 de julio del año en curso. Durante esta segunda parte del proceso arbitral, los sujetos procesales dedicaron toda su atención a plantear y defender sus posiciones en relación con la nulidad absoluta o la validez del Contrato de Concesión y los efectos que se derivarían en caso de decretarse la nulidad del mismo, la terminación y su eventual liquidación.

Con la reforma de la demanda de reconvención en lo que se refiere a las pretensiones de nulidad absoluta del Contrato y sus efectos económicos, lo mismo que con las solicitudes de nulidad del Contrato de Concesión reiteradas por el Ministerio Público, el despliegue probatorio fue muy escaso debido a que para ese momento solo se hicieron públicos los hechos que rodearon la evaluación y adjudicación de la Licitación y la celebración del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 y algunos de sus otrosíes, entre ellos, el Otrosí No. 6 suscrito el 14 de marzo de 2014 y hasta ese momento empezaron las investigaciones penales y disciplinarias correspondientes.

A manera de ejemplo, con la reforma de la demanda de reconvención presentada el 18 de enero de 2017, la Agencia Nacional de Infraestructura ANI solo aportó como prueba documental la "Copia del documento obrante en idioma inglés, proveniente de la Corte del Distrito Este de Nueva York, referido a los cargos formulados en contra de la sociedad ODEBRECHT S.A.", documento del cual solicitó designar un traductor oficial para que efectuara la respectiva traducción; solicitó oficiar para obtener prueba documental a la Fiscalía General de la Nación para que con destino a este proceso se remitiera copia de la investigación penal adelantada con ocasión de la adjudicación de la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009 y de la celebración del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 por la supuesta comisión de delitos que rodearon dichas actuaciones administrativas; y, solicitó oficiar al Juez 26 de Control de Garantías de Bogotá para que con destino a este proceso remitiera copia del expediente que contenía los cargos formulados al imputado Gabriel García Morales, de la medida de aseguramiento impuesta en su contra y la documentación e información suministrada por las autoridades de los Estados Unidos, Brasil y Suiza, respecto de la investigación adelantada con ocasión de la adjudicación de la citada Licitación y la celebración del citado Contrato, por la supuesta comisión de delitos que rodearon dichas actuaciones administrativas.

Por su parte, el Ministerio Público, con la solicitud para que el Tribunal declarara de manera inmediata la nulidad del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, presentada por su Agente Especial en la audiencia celebrada el 8 de febrero de 2017, aportó como Anexo Probatorio, un CD con la audiencia de imputación y aceptación de cargos referida a los hechos que rodearon la adjudicación y celebración del Contrato de Concesión.

Teniendo en cuenta que tales asuntos deben resolverse en el Laudo luego de trabada de manera definitiva la litis, surtida la audiencia de conciliación, asumir competencia, desarrollar en su integridad la etapa probatoria y la etapa de alegaciones, el Tribunal debió desplegar una importante actividad probatoria de carácter oficioso atrás descrita de manera minuciosa para incorporar al expediente los medios de prueba necesarios para adoptar las decisiones que en derecho corresponda, garantizando en su integridad los derechos constitucionales de audiencia, de defensa, de contradicción y, en general, del debido proceso, sin perjuicio de la carga probatoria cumplida por los

sujetos procesales.

El Tribunal decretó, a solicitud de la Convocante, la elaboración de un dictamen pericial sobre la contabilidad de Consol y sobre la contabilidad de la Concesionaria Ruta del Sol. Empero esta prueba fue desistida por la Convocante.

De acuerdo con el artículo 236 del CGP, el Tribunal dispuso no realizar la inspección judicial en el corredor vial, pero en su lugar otorgó término de un mes para que la Convocante aportara fotografías o videofilmación que acreditaran el estado del corredor vial concesionado. Esta viodefilmación fue entregada por la Convocante y explicada en audiencia. Además, el Tribunal dispuso solicitar al INVÍAS el registro fílmico de dicho corredor, el cual fue allegado al expediente y también fue expuesto en audiencia.

A solicitud de EPISOL S.A.S., el Tribunal concedió término a Episol para presentar un dictamen pericial. El dictamen fue rendido por la perito Gloria Zady Correa y presentado oportunamente. Así mismo, el Tribunal concedió término a las Sociedades Odebrecht para presentar los dictámenes periciales anunciados con su petición oportuna e pruebas, los cuales fueron rendidos por BDO Consulting y por FTI Consulting, y presentados oportunamente. Tras recibirse los dictámenes de Gloria Zady Correa, BDO Consulting y por FTI Consulting, los mismos fueron puestos en conocimiento de los demás sujetos procesales, quienes a su turno solicitaron su contradicción, mediante la citación de sus autores a audiencias de contradicción, las cuales se celebraron el 2 y 3 de mayo de 2018 (Actas Nos. 78 y 79).

Al cierre de la Etapa probatoria, ningún sujeto procesal señaló que se hubiere dejado de practicar alguna de las pruebas por ellos pedidas y decretadas tanto en la primera como en la segunda etapa del proceso arbitral. A su vez, en los alegatos de conclusión y conceptos emitidos, todos los sujetos procesales se refirieron a los temas planteados en la segunda etapa del proceso e hicieron un amplio análisis de los medios de prueba decretados y practicados por el Tribunal a solicitud de ellos o de oficio, para demostrar los hechos relacionados con las controversias sometidas a consideración del Tribunal en esta segunda parte del proceso arbitral.

Por su parte, una vez cerrada tanto la Etapa Probatoria como la Etapa de Alegaciones, respectivamente, de conformidad con lo establecido en el artículo 132 del Código General del Proceso, el Tribunal procedió a realizar el control de legalidad de todas las actuaciones procesales surtidas hasta el 17 de julio de 2019.

En este sentido, el Tribunal verificó que las dos demandas arbitrales y sus respectivas reformas presentadas por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S en contra de la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI, así como la demanda de reconvención inicial y reformada presentada por ésta en contra de la primera, recibieron el trámite previsto en el ordenamiento jurídico. A continuación se adelantó la etapa de conciliación, la cual se declaró fracasada, por lo que de conformidad con lo establecido en la Ley 1563 de 2012, el Tribunal fijó los honorarios y gastos del proceso, los cuales fueron oportunamente consignados por las Partes. A continuación, se realizó la primera audiencia de trámite, en la cual el Tribunal Arbitral se declaró competente sin reparo alguno de las Partes y decretó todas las pruebas pedidas lo mismo que las que consideró de oficio, sin perjuicio de decretar otras, conforme a la ley, en las diferentes oportunidades procesales hasta el 12 de julio de 2017. Se admitieron al proceso como litisconsortes cuasinecesarios a las sociedades Episol S.A.S., Construtora Norberto Odebrecht S.A. Sucursal Colombia, Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S. y CSS Constructores S.A. Posteriormente se admitieron como terceros coadyuvantes a Bancolombia S.A., Banco de Bogotá S.A., Banco de Occidente S.A., Banco Popular S.A., Banco AV Villas S.A., Itaú Corpbanca Colombia S.A. y Banco Davivienda S.A., así como la sociedad Fiduciaria Corficolombiana S.A. en su calidad de vocera del Patrimonio Autónomo Fideicomiso Ruta del Sol Sector 2. El Tribunal Arbitral decidió las diversas solicitudes de medidas cautelares que fueron presentadas y habrá de resolver en este Laudo la solicitud de perjuicios elevada en su oportunidad por la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, coadyuvada por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y el Ministerio Público. Se desarrolló la etapa probatoria, de conformidad con la Ley 1563 de 2012 y el Código General del Proceso y habrá de resolver más adelante en esta providencia las tachas y objeciones oportunamente formuladas. Las solicitudes de nulidad que

fueron presentadas por diversos sujetos procesales fueron resueltas oportunamente por el Tribunal Arbitral, así como los recursos interpuestos en contra de tales decisiones. Por ello, el Tribunal considera que las actuaciones procesales se desarrollaron de conformidad con la Constitución Política, la Ley arbitral y las demás normas legales aplicables, por lo que no encontró causal de nulidad o irregularidad alguna que exigiera adoptar medidas de saneamiento.

En tal virtud, el Tribunal declaró y dejó constancia, tal como ahora se ratifica, que habiendo concluido tanto la instrucción de este proceso arbitral como la etapa de alegaciones y llegado el momento de proferir el Laudo Arbitral, revisado el expediente que contiene los trámites acumulados del proceso arbitral, todas las actuaciones se cumplieron con apego a la finalidad de las normas constitucionales y procesales aplicadas, con el debido respeto de los derechos constitucionales fundamentales de audiencia, defensa, contradicción y, en general, del debido proceso, y que no encontró vicio constitutivo de nulidad que debiera ser saneado.

Al hacer los respectivos citados controles de legalidad, todos los apoderados de cada uno de los sujetos procesales y quienes actuaron como Agentes del Ministerio Público, señalaron que, en su criterio, toda la actuación procesal cumplida desde el 6 y 19 de agosto de 2015 hasta el 17 de julio de 2019, lo fue de conformidad con las normas constitucionales y procesales y no encontraron y por ello no señalaron irregularidades constitutivas de nulidades que debieran sanearse. El mismo señor Apoderado de EPISOL S.A.S. en la audiencia cumplida el 12 de julio de 2019, una vez cerrada la etapa probatoria y realizado el control de legalidad, no señaló que se hubiera incurrido en alguna irregularidad que implicara la declaratoria de nulidad del proceso y/o surtir la actuación que correspondiera para su saneamiento. Únicamente se limitó a indagar si se había compulsado copia a la Fiscalía General de la Nación sobre la actuación del Interventor del Contrato de Concesión en los términos solicitados en la audiencia cumplida el 31 de mayo de 2018. Igualmente, la señora apoderada de EPISOL S.A.S., en la audiencia cumplida el 17 de julio de 2019, una vez cerrada la etapa de alegaciones y realizado el control de legalidad, no señaló que se hubiera incurrido en alguna irregularidad que implicara la declaratoria de nulidad del proceso y/o surtir la actuación que correspondiera para su saneamiento.

No obstante lo anterior, en el alegato de conclusión presentado el 17 de julio último, la Sociedad EPISOL S.A.S., de nuevo, señaló que le fue violado el derecho al debido proceso en la actuación surtida por el Tribunal el 3 de octubre de 2017, con motivo de su intervención en el proceso y la presentación de pretensiones propias en su calidad de litisconsorte cuasinecesario, antes del inicio de la primera audiencia de trámite.

En dicho alegato de conclusión, EPISOL S.A.S. señaló lo siguiente:

> "**C. LA NULIDAD PROCESAL: EL RECHAZO DEL TRIBUNAL A LAS PRETENSIONES DEL LITISCONSORTE CUASINECESARIO EPISOL S.A.S.**
>
> "Sobre este punto, debemos recordar que si bien los Árbitros decidieron confirmar la decisión de no decretar la nulidad procesal propuesta por EPISOL el 18 de enero de 2019, mediante el Auto No.124 del 16 de mayo de 2019, se reitera en esta instancia que la posición infundada del Tribunal, de mantenerse en el Laudo que ponga fin al proceso, viciaría la decisión por las causales ya expuestas en este trámite y que hoy se ratifican.
>
> "Es evidente que el Tribunal Arbitral **coartó** el derecho que tenía -y tiene- EPISOL en el presente trámite, teniendo en cuenta la oportunidad en la que presentó su solicitud de intervención como litisconsorte cuasinecesario, a contar con pretensiones propias que jamás fueron estudiadas por el panel arbitral de la época[39] al efecto de decidir sobre su competencia y que, por ende, no serán objeto de análisis en el Laudo Arbitral que profiera este Tribunal (Ver Auto del 3 de octubre de 2017, Auto No. 114 del 18 de febrero de 2019 y Auto 124 del 16 de mayo de 2019).
>
> "Por lo anterior, insistimos ante este Tribunal en el reconocimiento de la nulidad procesal **AÚN EXISTENTE** y jamás saneada, que impidió el ejercicio idóneo de los derechos procesales de la parte que represento en este trámite.

[39] "Tribunal de Arbitramento integrado por los Doctores Jorge Arango Mejía (QEPD), Catalina Hoyos Jiménez y Carlos Mauricio González Arévalo."

"Para desarrollar este aspecto, se abordarán dos cuestiones que se relacionan con la posición jurídica para sostener la existencia de la nulidad procesal y que han sido evidenciadas dentro del trámite arbitral:

"La primera de ellas, hace referencia al espacio temporal en que se presentó la vulneración así como la solicitud de nulidad procesal -sin que de su presentación pueda predicarse extemporaneidad alguna-, recalcando que los fundamentos de hecho y de derecho se encuentran debidamente sustentados en la solicitud de nulidad radicada por EPISOL el 18 de enero de 2019[40] y, posteriormente, en el recurso de reposición[41] en contra del Auto No. 114 del 18 de febrero de 2019 que decide negar dicha solicitud.

"El aspecto temporal, se destaca así:

"1. El 3 de octubre de 2017, se llevó a cabo la Audiencia en la que el Tribunal Arbitral asume competencia, no le reconoce personería a la apoderada de EPISOL y por ende no se puede interponer el Recurso de Reposición contra el Auto.

"2. El 4 de diciembre, ante dicha decisión del Tribunal Arbitral y de la evidente violación de los derechos fundamentales a EPISOL, mi representada ejercita Acción de Tutela pretendiendo que sea el juez constitucional quien resuelva finalmente si existió o no la vulneración de los derechos procesales de EPISOL.

"3. El 15 de marzo de 2017, se profiere fallo de Primera Instancia que, sin resolver de fondo el asunto, resuelve negar la Acción de Tutela, porque en todo caso, en contra del Laudo Arbitral que resolviera las controversias suscitadas, procedía el Recurso de Anulación.

"4. El 26 de abril de 2018, se interpone Recurso de Apelación contra el Fallo de Primera Instancia.

"5. Del 26 de junio de 2018 hasta el 12 de julio de 2018, se presentó la Suspensión del Proceso por voluntad de las Partes, motivo por el cual EPISOL no podía adelantar ninguna actuación procesal.

"6. El día 27 de junio de 2018, se emite Fallo de Segunda Instancia que decide negar la Acción de Tutela, debido a que EPISOL no presentó Recurso de Reposición contra el Auto de asunción de competencia.

"7. Del 13 de julio de 2018 hasta el 26 de noviembre de 2018, se suspendió el Proceso y se desintegró el Tribunal por ministerio de la ley, debido al fallecimiento del Dr. Jorge Arango Mejía, motivo por el cual EPISOL no podía adelantar ninguna actuación procesal.

"8. El 9 de agosto de 2018, se presentó la solicitud de Revisión ante la Corte Constitucional respecto al Fallo de Segunda Instancia.

"9. El 13 de septiembre de 2018, la Corte Constitucional decidió no escoger la Tutela para revisión.

"10. El 10 de diciembre de 2018, se llevó a cabo la Audiencia de Reinstalación del Tribunal Arbitral.

"11. Del 11 de diciembre de 2018 hasta el 20 de enero de 2019, se dio la Suspensión del Proceso por voluntad de las Partes, motivo por el cual EPISOL no podía adelantar ninguna actuación procesal.

"12. Finalmente, ante la decisión en sede de Tutela, y una vez reactivado el trámite luego de las sucesivas suspensiones del proceso arbitral, el 18 de enero de 2019, se presentó la solicitud de nulidad procesal.

Teniendo esto así, el Tribunal Arbitral, al momento de resolver la solicitud de nulidad en el Auto No. 124 del 16 de mayo de 2019, señaló que la misma no era procedente, en la medida en que en su criterio, EPISOL pretendía reabrir nuevamente un debate ya zanjado, y además esgrimió que la presentación de solicitud de nulidad resultaba extemporánea, ya que se llevó a cabo 14 meses después a partir del momento en que intervino -18 de enero de 2019-, sin tener en cuenta que durante el periodo aludido, sencillamente NO HUBO TRÁMITE por encontrarse suspendido el proceso.

[40] "Cuaderno Principal No. 11; Folios Nos. 432-451"
[41] "Cuaderno Principal No. 12; Folios Nos. 295-302"

"Sobre este punto en particular, es necesario resaltar que nos apartamos de la decisión adoptada en dicha providencia, y de igual manera de la posición adoptada por el Árbitro Presidente en la aclaración de voto en punto al "saneamiento" de la nulidad por actuación posterior de esta apoderada, puesto que, tal y como se expuso en la relación fáctica plasmada anteriormente de este acápite, EPISOL ejerció los recursos procesales procedentes y efectivos, muestra de lo cual es la interposición temprana de la acción de tutela, la cual fue resuelta solo hasta el 13 de septiembre de 2018, cuando la Corte Constitucional decidió no escoger para revisión la decisión sobre la tutela interpuesta, que ya había sido resuelta en segunda instancia por el Consejo de Estado.

"Se asevera en la aclaración de voto al Auto No. 124, que EPISOL **no debió** recurrir a la acción de tutela por tener otros medios idóneos en el marco del proceso arbitral para garantizar los derechos que habían sido ya vulnerados por el Tribunal Arbitral; sin embargo, mal pudiera irse en contravía de lo manifestado por el Juez de Tutela, quien en su oportunidad encontró insatisfecho el requisito de subsidiariedad por una razón totalmente diferente a la plasmada en el Auto No. 124. Esto es, por la no interposición del recurso de reposición en contra del Auto de Asunción de Competencia, ignorando el Alto Tribunal que el panel arbitral **NO LE RECONOCIÓ PERSONERÍA A ESTA APODERADA PARA HACER VALER TAL DERECHO**; sin embargo, no esbozó el argumento traído a colación por el Presidente del Tribunal Arbitral sobre la solicitud de nulidad, por lo que éste no puede actuar, en esta oportunidad, como Juez de Tutela para proceder a negar la **NULIDAD CLARA Y MANIFIESTA QUE SE PRESENTA Y AÚN SE MANTIENE EN ESTE PROCESO.**

"No es de recibo, ni purga la nulidad, el hecho de que el Tribunal de Arbitramento considere extemporánea la solicitud de nulidad, irrogándose competencias que por ley no le son atribuidas, ni realizando valoraciones que fueron resueltas por el juez competente: el Juez de Tutela.

"Sin embargo, resulta oportuno aclarar que el numeral 1º del artículo 136[42] del CGP aplica dos supuestos para declarar saneada la nulidad procesal, bien sea por no haberla solicitado oportunamente, o bien, porque con posterioridad a su ocurrencia se actuó sin proponerla.

"EPISOL no se encuentra en ninguna de las dos causales planteadas por el Tribunal para negar la solicitud de nulidad, puesto que tal solicitud fue interpuesta justamente después de que la Corte Constitucional se pronunció sobre la no selección de la tutela, esto es, oportunamente, y fue posterior a ello que inició su actuación este proceso, esto es, después de proponerla.

"Por otro lado, olvida el Tribunal la norma especial que rige la causal 6 del artículo 133 del Código General del Proceso, puesto que la misma solo puede ser considerada como saneada, si se presenta la siguiente situación:

*'**Artículo 137. Advertencia de la nulidad.** Corregido por el art. 4, Decreto Nacional 1736 de 2012. En cualquier estado del proceso el juez ordenará poner en conocimiento de la parte afectada las nulidades que no hayan sido saneadas. Cuando se originen en las causales 4, 6 y 7 del artículo 133 el auto se le notificará al afectado de conformidad con las reglas generales previstas en los artículos 291 y 292. Si dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación dicha parte no alega la nulidad, esta quedará saneada y el proceso continuará su curso; en caso contrario el juez la declarará.'*

"La anterior disposición, en ningún momento pretende eximir al Juez del deber de advertir a las partes cuando se pretende que se declare configurada una causal de nulidad; entender lo contrario, conllevaría indefectiblemente a desatender la lógica de la disposición y dejar únicamente en manos de las partes el adelantamiento del proceso, sin que quien debe dirigirlo, es decir, el Juez se encuentre en la obligación de velar por la rectitud del rito procesal.

"En esta medida, ya que el Tribunal **NUNCA REALIZÓ CONTROL DE LEGALIDAD EN NINGUNA DE LAS ETAPAS DEL PROCESO** no pudo percibir la causal de nulidad que se presentaba en el precitado trámite. No obstante, EPISOL, en su estricto deber de litisconsorte en este proceso, propendió por su saneamiento, presentando la tan mencionada solicitud de nulidad procesal, proponiéndola de manera oportuna, propendiendo por su saneamiento, debido a que la **única manera de sanear la nulidad de la causal sexta del artículo 133 era que el Tribunal notificara al**

[42] "Artículo 136. Saneamiento de la nulidad. La nulidad se considerará saneada en los siguientes casos: 1. Cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente o actuó sin proponerla. 2. Cuando la parte que podía alegarla la convalidó en forma expresa antes de haber sido renovada la actuación anulada. 3. Cuando se origine en la interrupción o suspensión del proceso y no se alegue dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que haya cesado la causa. 4. Cuando a pesar del vicio el acto procesal cumplió su finalidad y no se violó el derecho de defensa. 51 Parágrafo. Las nulidades por proceder contra providencia ejecutoriada del superior, revivir un proceso legalmente concluido o pretermitir íntegramente la respectiva instancia, son insaneables."

afectado y éste no presentara la solicitud de nulidad en los tres (3) días siguientes a la notificación, situación que nunca se presentó.

"Ahora, **entrando al segundo aspecto a tratar**, y en todo caso partiendo del supuesto que el Panel Arbitral mantenga su inadecuada posición de la presunta extemporaneidad de la solicitud de nulidad, ésta apoderada afirma y defiende la imposibilidad de sanear la nulidad del presente proceso arbitral, por estar en juego derechos fundamentales que involucran la garantía procesal del debido proceso, los cuales durante el trámite arbitral fueron cercenados por no permitir el ejercicio de defensa y contradicción, a través de la presentación de recursos y la intervención en la oportunidad y forma adecuada, y la violación de derechos fundamentales **NO ES SANEABLE.**

"Se debe tener en cuenta que a EPISOL, el 3 de octubre de 2017, el Tribunal le coartó el derecho a presentar recurso de reposición en contra del Auto que decide asumir competencia, tal como se expuso en la solicitud de nulidad, con lo cual resulta evidente que se ocasionó una vulneración a los derechos de defensa y contradicción de EPISOL, pues se vio imposibilitado de presentar recurso de reposición por no tener personería para actuar.

(…)

"En este sentido, resulta pertinente aclararle al panel arbitral que compartimos la posición puesta de presente por el Árbitro Presidente en su aclaración y que, lo que evidenció esta apoderada sobre la nulidad procesal, así como a bien lo tuvo presente el Presidente en su aclaración de voto, es que el Tribunal Arbitral de la época, presidido por el Dr. Jorge Arango Mejía (QEPD) **no le dio la conducción adecuada a la solicitud de intervención presentada por EPISOL**, así como la evidente vulneración a los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa de mi representada.

"Por tal razón, sobre el punto de la nulidad procesal interpuesta por esta apoderada, resulta **ACREDITADO EN EL PRESENTE TRÁMITE** que en efecto la misma es existente y nunca fue saneada por el panel arbitral; por el contrario, adujo el Tribunal a título de "justificación" ciertos argumentos que no se compadecen con los fundamentos fácticos que fueron esgrimidos en la solicitud de nulidad.

"Por los motivos anteriormente expuestos, nos apartamos de la decisión del Tribunal Arbitral de denegar la solicitud de nulidad -tal vez porque si la aceptaban no tendrían tiempo suficiente para proferir un Laudo Arbitral o tal vez porque es su errada convicción-, dado que la ley procesal es clara y estricta en afirmar que las irregularidades procesales de la magnitud aquí acaecida, se han de sanear a lo largo del trámite arbitral, contando desde luego con un rol activo del Juez en su calidad de director del proceso, y no como ha sucedido en este procedimiento arbitral, en el que se evidencia que en la conducción del proceso se han violentado los derechos procesales de mi poderdante, impidiendo el ejercicio de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa, violación que por voluntad del Constituyente, resulta sencillamente insaneable."

El Tribunal señala que con motivo de tales hechos, tal y como se señala en los apartes transcritos, EPISOL S.A.S, por conducto de su apoderada, el 18 de enero de 2019, formuló solicitud de nulidad del proceso, la cual fue analizada y resuelta con el Auto No. 114 del 18 de febrero de 2019 (Acta No. 91). Contra dicha decisión, EPISOL S.A.S., interpuso recurso de reposición que fue resuelto con el Auto No. 124 del 16 de mayo de 2019 (Acta No. 101) con el cual se señaló que no se incurrió en ninguna irregularidad pero que, de haberse presentado, ella fue saneada en los términos de la ley procesal. Dicha decisión contó con la Aclaración de Voto del Árbitro Presidente. Tal decisión está debidamente ejecutoriada y ha hecho tránsito a cosa juzgada, tanto que, como atrás se señaló, al efectuarse el control de legalidad del proceso una vez concluyó la instrucción del proceso y se cerró la etapa probatoria y posteriormente cuando finalizó la etapa de alegaciones, EPISOL S.A.S. no hizo manifestación o salvedad alguna relacionada con la eventual nulidad del proceso.

Ahora, en esta providencia, el Tribunal hace suyas de nuevo las consideraciones y decisiones adoptadas en el Auto No. 114 del 18 de febrero de 2019 (Acta No. 91) y en el Auto No. 124 del 16 de mayo de 2019 (Acta No. 101), señala que la nulidad planteada en el alegato de conclusión presentado por EPISOL S.A.S. ya había sido elevada por los mismos hechos y fundamentos el 18 de enero de 2019 y fue resuelta en este proceso arbitral con las citadas decisiones que, se repite, están debidamente ejecutoriadas y han hecho tránsito a cosa juzgada, a las cuales el Tribunal se remite,

motivo por el cual, de nuevo señala, que no existe vicio alguno de carácter procesal y de haberse presentado, él fue saneado de conformidad con la ley procesal.

2. SOBRE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

Mediante el Auto No. 63 proferido en la primera audiencia de trámite cumplida el 3 de octubre de 2017 (Acta No. 49), se señaló que la jurisdicción y competencia de este Tribunal de Arbitramento surge, conjuntamente, del artículo 116 de la Constitución Política, según el cual, los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho en los términos en que determine la ley, y de la voluntad de las partes de someter a arbitramento esta controversia, así como de su clara e inequívoca voluntad de atenerse a la jurisdicción arbitral conforme a lo consignado en la Sección 18.02 del Contrato de Concesión N° 001 del 14 de noviembre de 2010, y de las facultades previstas en la ley.

En efecto, la Constitución Política en su artículo 116, inciso 4º, precisa que los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley, regla que se reiteró con el Acto Legislativo No. 3 de 2002.[43] Esa participación de los particulares en la función pública de administrar justicia, requiere de manifestación voluntaria y expresa de las partes trabadas en conflicto, revelada en cualquiera de las formas previstas en la ley, aunque se debe precisar que la habilitación de competencia no surge de las partes sino de la propia Constitución Política.

Para el momento de celebración del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 entre el **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO**, establecimiento público que a su vez se transformó en la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** y la Sociedad **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.** el 14 de enero de 2010, regían los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, que expresamente permitían en la contratación estatal acordar el arbitramento como mecanismo de solución de conflictos[44], razón por la cual la entidad de derecho público y el Concesionario, podían pactarlo -como lo hicieron- para la solución de las controversias derivadas del referido contrato estatal.

A su vez, la Ley 270 de 1996, revisada previamente por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-037 de 1996, Estatutaria de la Administración Justicia, determinó que, con arreglo a lo establecido en la Constitución Política, ejercen función jurisdiccional los particulares actuando como árbitros habilitados por las partes, en asuntos susceptibles de transacción, de conformidad con los procedimientos señalados en la ley.

Por su parte, la Ley 446 de 1998, hizo una nueva regulación del arbitraje colombiano y en su artículo 111 determinó que el arbitramento es *"un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral"*. Por el *"Pacto Arbitral"*, *"las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal Arbitral, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces",* sustraen el juzgamiento de ciertas controversias, presentes *(compromiso)* o hipotéticas (*Cláusula Compromisoria)* de la jurisdicción común y las someten a la decisión de un Tribunal de Arbitramento conformado por uno o varios árbitros, quienes, investidos

[43] Dispone el citado inciso que: *"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."*

[44] La Ley 80 de 1993, en su artículo 68, dispone: *"**De la utilización de mecanismos de solución directa de las controversias contractuales.** Las entidades a que se refiere el artículo 2º del presente estatuto y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual. Para tal efecto, al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en esta ley y a la conciliación, amigable composición y transacción".* Análogamente, su artículo 69, preceptúa: ***"De la improcedencia de prohibir la utilización de los mecanismos de solución directa**. Las autoridades no podrán establecer prohibiciones a la utilización de los mecanismos de solución directa de las controversias nacidas de los contratos estatales. Las entidades no prohibirán la estipulación de la cláusula compromisoria o la celebración de compromisos para dirimir las diferencias surgidas del contrato estatal".*

transitoriamente de la facultad de administrar justicia, las definen profiriendo un laudo en derecho o en equidad.

Posteriormente, la Ley 1285 de 2009, revisada previamente mediante la Sentencia C-713 de 2008, proferida por la Corte Constitucional, que modificó la Ley 270 de 1996, señaló que ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política, los particulares actuando como árbitros habilitados por las partes, en los términos que señale la ley.

La Ley 1563 de 2012, que derogó todas las disposiciones legales ordinarias anteriores sobre la materia que estaban recogidas en distintas compilaciones normativas, hizo una nueva y hasta ahora última regulación del arbitraje en el que de nuevo se determinó que éste es un mecanismo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice. La naturaleza de la jurisdicción arbitral ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional.[45]

En la nueva codificación arbitral no existe una norma expresa que autorice o prohíba a las entidades públicas acudir al arbitraje, como sí lo incluía la Ley 80 de 1993; sin embargo, la opción positiva se deduce de lo consignado en la citada Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y en la propia Ley 1563 de 2012 (Artículo 1, inciso tercero;[46] Artículo 2, inciso primero;[47] Artículo 8, inciso segundo;[48] Artículo 12 inciso tercero;[49] Artículo 32, inciso primero;[50] y, Artículo 42, inciso tercero[51], entre otros).

Así, entonces, la jurisdicción y competencia de este Tribunal de Arbitramento surge, conjuntamente, del artículo 116 de la Constitución Política, de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, de la Ley 1563 de 2012 y de la clara e inequívoca voluntad de las partes de someterse a la jurisdicción arbitral de acuerdo con la ley vigente, conforme con lo consignado en la Sección 18.02 del Contrato de Concesión No. 001 del 14 de enero de 2010.

La eficacia del pacto arbitral, en sus expresiones del compromiso y de la cláusula compromisoria, presupone además de la capacidad de las partes, la legitimación dispositiva e idoneidad del objeto, un *"conflicto de carácter transigible", "presente y determinado"* o de una o varias *"diferencias",* actuales, en el compromiso o *"eventuales"* en la compromisoria, o sea, una diferencia a propósito de una relación o situación jurídica. Específicamente, la controversia debe ser susceptible de transacción y las de contenido particular, económico o patrimonial, por lo general, lo son.

En suma, tanto por lo dispuesto en la Constitución Política, como por su desarrollo normativo, el arbitramento es un mecanismo adicional de solución de conflictos al permanente ordinario o especial previsto en la Estructura del Estado. Las Partes tienen el derecho constitucional y legal de acceder a esta forma de administración de justicia para definir las controversias suscitadas en razón de un contrato estatal y en virtud de un pacto arbitral definitorio de la competencia del Tribunal.

---

[45] Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sentencia de mayo 29 de 1969, Ponente, Luís Sarmiento Buitrago, G.J. CXXXVII, n. 2338, pp. 58 ss.; Sentencia de 28 de julio de 1977, Ponente, Eustorgio Sarria, G.J. CLVI, n, 2396, pp. 210 ss.; C-042 de 1991; Corte Constitucional, Sentencias T-592/92, C-059/93, C-226/93, T-538/94, C-247/94, T-057/95, C-294/95, SU-342/95, C-431/95, T-544/95, C-451/95, T-268/96, C-037/96, C-242 de 1997 (anotando: "2. El arbitramento es una institución que implica el ejercicio de una actividad jurisdiccional que con carácter de función pública se concreta en la expedición de fallos en derecho o en equidad"); C-160/99; C-163 de marzo 17 de 1999, C-642 de 9 de septiembre de 1999; SU-091 febrero 2 de 2000; C-330 de 22 de marzo de 2000, C-1436 de octubre 25 de 2000, C-060, 24 de enero de 2001, entre otras.

[46] Ley 1563 de 2012. Art. 1°: *Definición, modalidades y principios. (…) // 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.*

[47] *(…) Cuando la controversia verse sobre contratos celebrados por una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, el proceso se regirá por las reglas señaladas en la presente ley para el arbitraje institucional".*

[48] *(…) Ningún árbitro o secretario podrá desempeñarse simultáneamente como tal, en más de cinco (5) tribunales de arbitraje en que intervenga como parte una entidad pública o quien ejerza funciones administrativas en los conflictos relativos a éstas."*

[49] "*(…) Tratándose de procesos en los que es demandada una entidad pública, el centro de arbitraje correspondiente deberá remitir comunicación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, informando de la presentación de la demanda."*

[50] "*(…) Cuando se trate de procesos arbitrales en que sea parte una entidad pública…".*

[51] "*(…) La interposición y el trámite del recurso extraordinario de anulación no suspenden el cumplimiento de lo resuelto en el laudo, salvo cuando la entidad pública condenada solicite la suspensión".*

Tal voluntad se desarrolló con las convocatorias de los Tribunales y la presentación de las demandas arbitrales -que fueron reformadas- en los Procesos Nos. 4190 y 4209, que luego fueron acumulados, y de la demanda de reconvención que también fue reformada, con la contestación a las mismas, y con la formulación de excepciones de mérito, para que fueran resueltas de manera definitiva en el Laudo Arbitral que se profiera.

Para el Tribunal, las distintas controversias que fueron sometidas a su decisión se encuentran comprendidas en la cláusula compromisoria antes citada, porque conciernen directamente al Contrato de Concesión No. 001 de 2010 y sus modificaciones, y con la salvedad de la pretensión de nulidad absoluta del contrato estatal, son todas de naturaleza patrimonial o económica y de contenido particular y concreto respecto de una relación jurídica contractual específica y, por ende, son susceptibles de disposición y transacción.

Es tema pacífico en la legislación colombiana que cuando los particulares son investidos por las Partes, temporal y excepcionalmente, de la función de administrar justicia para un caso determinado, actúan en condición de jueces, con los mismos deberes, obligaciones y prerrogativas de éstos, y que sus decisiones son vinculantes y hacen tránsito a cosa juzgada. Esta naturaleza de la jurisdicción arbitral ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional.[52]

En el caso sub judice, existió la decisión conjunta de las Partes de someter al conocimiento del Tribunal Arbitral toda controversia o diferencia relativa al Contrato de Concesión, con excepción del cobro ejecutivo de obligaciones, expresada mediante la suscripción de cláusula compromisoria (Sección 18.02), la cual tiene su soporte jurídico en el artículo 70 de la Ley 80 de 1993 que, pese a ser derogado por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012, regía para el momento en que se suscribió el Contrato referido, pacto que contiene la habilitación de competencia para que los árbitros y no la jurisdicción ordinaria o la contencioso administrativa conozcan y resuelvan las controversias originadas en aquel negocio jurídico.

En el presente asunto las Partes no discutieron la validez del pacto arbitral, aunque la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S sí cuestionó, y solo al momento de admitir la demanda de reconvención reformada mediante el Auto No. 35 del 19 de enero de 2017, la competencia de este Tribunal para conocer y resolver sobre las pretensiones principales de la demanda de reconvención reformada para lo cual adujo la ocurrencia de la caducidad de la pretensión de nulidad en los términos del Código Contencioso Administrativo contenido en el Decreto 01 de 1984 vigente al momento de la celebración del Contrato de Concesión. El Tribunal no aceptó dicha argumentación y mediante Auto No. 42 del 8 de febrero de 2017 (Acta No. 35), confirmó la decisión de admitir la reforma integral de la demanda de reconvención.

Por su parte, en la contestación de dicha demanda de reconvención reformada, la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. no cuestionó las pretensión de nulidad por caducidad de la acción, sino que indicó que al haber las Partes acordado la terminación del Contrato de Concesión mediante acuerdo suscrito el 22 de febrero de 2017, modificado el 27 de marzo del mismo año, dijo, "no existe fundamento alguno para un pronunciamiento favorable por parte del Tribunal, por haber sido éste definido por las Partes de manera previa en el Acuerdo de Terminación." Por esa razón y no por otra, en dicha contestación, la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. únicamente formuló la excepción u oposición de ausencia de objeto de la pretensión de nulidad. En otros términos, la Convocante no formuló excepción de mérito de caducidad de la acción.

[52] Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sentencia de mayo 29 de 1969, G.J. CXXXVII, n. 2338, pp. 58 ss. y Sentencia de 28 de julio de 1977, G.J. CLVI, n, 2396, pp. 210 ss.; Corte Constitucional, Sentencias T-592/1992, C-059/1993, C-226/1993, T-538/1994, C-247/1994, T-057/1995, C-294/1995, SU-342/1995, C-431/1995, T-544/1995, C-451/1995, T-268/1996, C-037/1996, C-242/1997, C-160/1999, C-163/1999, C-642/1999, SU-091/2000, C-330/2000, C-1436/2000, C-060/2001, C-098/2001, T-046/2002, T-121/2002, SU-837/2002, C-294/2002, C-417/2002, C-1038/2002, T-136/2003, SU-058/2003, T-168/2004, T-192/2004, T-525/2004, T-656/2004, T-715/2004, T-800/2004, T-920/ 2004, C-662/2004, T-017/2005, T-481/2005, T-1201/2005, C-449/2005, C-543/2005, C-961/2006, T-1017/2006, T-271/2007, T-570/2007, T-972/2007, SU-174/2007, C-155/2007, T-100/2008, T-443/2008, T-1224/2008, C-035/2008, C-378/2008, C-466/2008, C-691/2008, C-713/2008, C-750/2008, C-931/2008, T-058/2009, T-117/2009, T-311/2009, C-150/2009, C-349/2009, T-782/2010, T-790/2010, C-014/2010, C-377/2010, T-466/2011, T-511/2011, C-186/2011, C-330/2012, T-288/2013, C-305/2013, C-765/2013 y C-170/2014.

En todo caso, trabada la litis y luego de surtida la audiencia de conciliación que se declaró fallida, mediante el citado Auto No. 63 proferido en la primera audiencia de trámite cumplida el 3 de octubre de 2017 (Acta No. 49), el Tribunal resolvió asumir competencia para conocer de las controversias entonces existentes entre la sociedad **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.** y la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI-** derivadas del Contrato de Concesión N° 001 del 14 de enero de 2010, junto con sus Otrosíes (en número de 10), con fundamento en la Cláusula Compromisoria contenida en el citado Contrato, todas ellas contenidas en las reformas de las demandas arbitrales y sus contestaciones, así como en la demanda de reconvención reformada y su respectiva contestación.

El auto de competencia no fue recurrido por las Partes por lo que una vez notificado en audiencia adquirió firmeza.

Concluido el debate probatorio y conocidos los alegatos de conclusión de las partes y los Conceptos de fondo de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y del Ministerio Público, además de no haber formulado excepción de caducidad y de no haber recurrido el auto de competencia citado, la Convocante Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., en sus alegatos de conclusión presentados el 17 de julio de 2019, no adujo la caducidad de la acción contractual para demandar la nulidad absoluta del contrato y se opuso a dicha pretensión por otras razones que serán analizadas más adelante en esta providencia.

Únicamente los litisconsortes cuasinecesarios Construtora Odebrecht y Odebrecht Latinvest-, en los alegatos de conclusión formulados en la audiencia del 17 de julio de 2019 y sus respectivos escritos entregados en esa fecha, cuestionaron la competencia del Tribunal para conocer de la pretensión de nulidad absoluta del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 contenida en la demanda de reconvención reformada, aduciendo la caducidad de la acción y, de contera, la falta de competencia del Tribunal para declarar la nulidad oficiosamente.

Este asunto será analizado más adelante en esta providencia, pero con base en las conclusiones que allí se señalan, de una vez, no es posible aceptar que el Tribunal no tenga competencia para resolver sobre la nulidad absoluta del contrato de concesión conforme a la pretensión primera principal de la demanda de reconvención reformada, o la solicitud elevada en tal sentido por el Ministerio Público en la audiencia del 8 de febrero de 2017 y que fue reiterada el 22 de marzo y el 3 de octubre de ese mismo año, o para ejercer su potestad oficiosa en esta materia, no obstante la decisión aislada en otro proceso judicial adoptada por la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado que se analizará igualmente más adelante.

En consecuencia, el Tribunal no encuentra fundamentos fácticos ni legales que lo lleven a apartarse de la decisión adoptada en el Auto No. 63 proferido en la primera audiencia de trámite cumplida el 3 de octubre de 2017 (Acta No. 49), donde resolvió sobre su competencia, por lo cual debe en este Laudo reiterar su decisión de asumirla para conocer y decidir sobre las cuestiones planteadas por la Convocante en las demandas arbitrales con sus reformas y por la Parte Convocada en su demanda de reconvención inicial y reformada, lo mismo que en sus respectivas contestaciones y excepciones, y que no fueron conciliadas, desistidas y renunciadas por ellas y que, por lo mismo, quedaron para que sean resueltas por el Tribunal en este Laudo, sin perjuicio de la competencia que también tiene y debe ejercer para resolver las peticiones que conforme a la ley fueron elevadas por los demás sujetos procesales incluidos los especiales o para ejercer las potestades que se derivan de la Constitución Política y de la Ley.

Por último, es preciso advertir que para el caso sub judice, de conformidad con el Artículo 116 de la Constitución Política, el artículo 13 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia -270 de 1996 y 1285 de 2009-, la Ley de Arbitraje nacional 1563 de 2012, el Código General del Proceso, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el pacto arbitral contenido en el Contrato de Concesión No. 001 de 2010, el Tribunal Arbitral es el juez competente de este contrato estatal y en tal virtud tiene las facultades y, en general, las potestades para revisar su existencia o inexistencia y su validez o su nulidad, lo mismo que para conocer, tramitar y decidir las controversias relacionadas con su cumplimiento o incumplimiento, la ruptura del equilibrio financiero y su restablecimiento o cualquiera otra propia de la cabe formular con motivo del ejercicio

de la acción y/o de la formulación de pretensiones propias de las controversias contractuales prevista en el ordenamiento jurídico.

El Tribunal por lo tanto no tiene y por lo mismo no puede asumir o ejercer funciones de instrucción o de investigación criminal ni funciones de juzgamiento propias de los jueces penales; tampoco puede ejercer ni asumir las funciones propias del Juez Popular o las que le corresponde cumplir a las demás autoridades jurisdiccionales en ejercicio de las competencias que les son propias de conformidad con la Constitución Política y la ley. En igual sentido no tiene ni puede ejercer funciones disciplinarias -sean ellas jurisdiccionales o administrativas- ni tiene ni puede ejercer potestades sancionatorias que le corresponde a las autoridades de policía administrativa, entre ellas, las de inspección, vigilancia y control administrativo, así como tampoco tiene ni ejerce funciones de control fiscal.

En suma, su competencia, se circunscribe a actuar como juez del contrato estatal que, por existir pacto arbitral, queda sometida a su jurisdicción y competencia y, que de no existir dicho pacto, tal competencia es propia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

3. SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES DECRETADAS Y LEVANTADAS DE OFICIO

Como atrás se indicó, el 23 de septiembre de 2015, una vez terminada la audiencia de instalación, la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. solicitó al Tribunal decretar siete medidas cautelares. Tras correr traslado de esta petición ordenada mediante el Auto No. 5 del 22 de octubre de 2015 (Acta No.3), el Tribunal decidió esta solicitud mediante Auto 7 del 11 de noviembre de 2015 (Acta 4), confirmado por Auto 8 del 1 diciembre 2015 (Acta 5), al decidir los recursos de reposición de la ANI y de la ANDJE.

En esta providencia, el Tribunal dispuso no acceder a las medidas cauterales primera a sexta pedidas por la convocante, y decretar la medida cautelar séptima, consistente en ordenar a la ANI:

> *"a) Abstenerse de hacer pronunciamientos, declaraciones, manifestaciones, juicios y ejecutar actos o aplicar decisiones sobre incumplimientos de la concesionaria, declarar su incumplimiento e imponer sanciones, multas o penalizaciones unilaterales respecto de los mismos asuntos sometidos al conocimiento y decisión del Tribunal, en particular, pero no exclusivamente, los concernientes al Tramo 7, mientras no exista un pronunciamiento definitivo sobre la controversia u otra solución ceñida a derecho de ambas partes de manera que sean decididos de forma exclusiva por éste, sin decisiones preestablecidas sobre la cuestión litigiosa contenida en demanda arbitral genitora de este proceso.*
>
> *b) Adoptar conforme a derecho con el concesionario las medidas transitorios más convenientes e idóneas para evitar, prevenir y excluir la parálisis, frustración e inejecución del contrato, mientras no exista un pronunciamiento definitivo sobre la controversia, proferido por el Tribunal de Arbitramento o por otra solución de ambas partes."*

Por la naturaleza de la medida decretada, el Tribunal dispuso no fijar ni prestar caución.

El 27 de mayo de 2016, la ANI solicitó el levantamiento de las medidas cautelares referidas. Esta petición fue coadyuvada por la ANDJE, e insistida por la ANI. Previo a resolver, el Tribunal requirió en varias ocasiones información y documentación a la Interventoría del Contrato de Concesión. En Auto 33, proferido el 6 diciembre de 2016 (Acta 28), el Tribunal decidió no levantar medidas cautelares.

Posteriormente, mediante Auto No. 34 del 17 enero 2017 (Acta No. 29) el Tribunal decidió, de oficio, levantar y revocar las medidas cautelares antes decretadas, por haber desaparecido la apariencia de buen derecho, ante los hechos de corrupción de difusión pública. La ANI solicitó complementar este Auto, con la condena en perjuicios a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. con motivo del decreto y vigencia de las medidas cautelares. A su turno, la ANDJE pidió complementar

el auto citado con condena a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. a pagar los perjuicios causados a la ANI con las medidas cautelares y la imposición de la sanción correspondiente.

Mediante el Auto No. 43 del 8 de febrero de 2017 (Acta No. 35) el Tribunal adicionó el Auto 34, para lo cual dispuso que la condena en perjuicios a la Concesionaria Ruta del Sol por la solicitud, decreto y vigencia de medidas cautelares hasta su levantamiento oficioso por el Tribunal, será materia del laudo arbitral y que no procede imponer la sanción prevista en el artículo 235 del CPACA por el levantamiento oficioso de tales medidas. Este Auto fue confirmado mediante Auto 44 de la misma fecha.

La determinación de los perjuicios y la ulterior condena a la Concesionaria Ruta del Sol por la solicitud, decreto y vigencia de medidas cautelares hasta su levantamiento oficioso por el Tribunal, requería que quien los pretendía, cumpliera con la carga mínima de probarlos y/o solicitara el decreto y la práctica de las respectivas pruebas para demostrar su ocurrencia. Empero, a partir del levantamiento de la medida cautelar, la entidad pública solicitante de la adición del Auto No. 34 del 17 enero 2017 (Acta No. 29), no realizó gestión procesal encaminada a probar los perjuicios que se le hubieren causado a la ANI por el decreto y mantenimiento de la medida cautelar hasta su levantamiento oficioso.

En tal virtud, en este expediente no reposa solicitud, decreto y práctica de prueba que demuestre que se causaron perjuicios a la ANI por tales decisión y actuaciones.

En consecuencia, no existiendo prueba que se hubiere causado algún perjuicio por la medida, el Tribunal se abstendrá de condenar a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. por tal concepto.

4. SOBRE LA TACHA DE LA DECLARACIÓN RENDIDA POR EL SEÑOR MIGUEL ÁNGEL BETÍN JARABA, INTERVENTOR DEL CONTRATO Y OBJECIÓN A SU INFORME

Mediante el Auto No. 68 del 7 de diciembre de 2018 (Acta 52), el Tribunal, a solicitud de las Partes, decretó la prueba testimonial de Miguel Ángel Bettín Jaraba, representante legal de la Interventoría del Contrato de Concesión.

De igual manera, mediante el citado Auto 68 del 7 de diciembre de 2017 (Acta 52), el Tribunal decretó la práctica de una inspección judicial y exhibición de documentos en la sede de la Interventoría del Contrato, según se solicitó en la reforma de la demanda, cuyo objeto fue posteriormente ampliado para incluir la documentación cruzada entre la Interventoría y las Partes sobre la posible terminación anticipada del Contrato de Concesión y sus consecuencias, tal y como se consignó en el Auto 99 del 31 de mayo de 2018 (Acta 83). Iniciada la diligencia, la apoderada de EPISOL solicitó los estudios de conveniencia y necesidad del contrato de interventoría y de sus otrosíes. Los funcionarios de la Interventoría manifestaron que esos documentos se encontraban en la ANI, por lo que el Tribunal ordenó que la ANI los remitiera con destino al expediente en un término que vencía el 6 de junio de 2018.

Por otra parte, con ocasión de la expedición de la Ley 1882 de 2018, el Tribunal de Arbitramento decretó una prueba por informe a cargo del Interventor, tal y como lo establece el artículo 20 de la norma citada según consta en el Numeral 4 del Auto 71 de 23 enero de 2018 (Acta No. 53). Mediante comunicación del 6 de febrero de 2018, el Interventor solicitó explicaciones sobre el informe requerido. En el Auto 80 del 22 febrero 2018 (Acta 65), el Tribunal respondió la comunicación del Interventor, en el sentido de "ratificar la orden impartida en el numeral 4 del Auto 71, e informar a la Interventoría que debe emitir el dictamen requerido, y que para el efecto, deberá basarse en las fuentes y criterios establecidos en la ley, advirtiendo, en cada caso, los hechos y circunstancias que a su juicio puedan afectar la veracidad, validez y confiabilidad de las fuentes utilizadas."

La declaración del Interventor del Contrato tuvo inicio el día 31 de mayo de 2018, en diligencia en la que fue interrogado sobre el informe presentado al Tribunal.

El apoderado de Construtora Norberto Odebrecht S.A. Sucursal Colombia, doctor Weiner Ariza, tachó la declaración del señor Bettín Jaraba en los siguientes términos:

> "DR. ARIZA: Yo voy a formular la tacha a partir del Artículo 211, usted me ha conocido señor presidente en tribunales de arbitramento y usted como procurador, yo no suelo hacer esta tacha, finalmente se valora como dice la ley al momento de dictar el laudo.
>
> Yo creo por las razones que voy a exponer, me fundamento en el Artículo 211 en el sentido de que la tacha debe formularse con expresión de las razones en que se funda, que se me permita explicar por qué formulo la tacha y cuáles son los elementos que en mi opinión restan imparcialidad al testigo y obviamente al informe que el mismo rindió.
>
> El primer elemento es el siguiente, ha aparecido ya en esta diligencia que estamos desarrollando antes dos manifestaciones que son importantes que el testigo no reveló ante la pregunta que le formula el Tribunal y tampoco lo hizo en su informe, vale decir que no solamente tiene la condición de interventor en tres contratos y la tuvo al rendir el informe con quien es contraparte en este proceso.
>
> Y la segunda consideración y esto no es menor, a mí me tocó ir a buscar información pública para ello, que tienen un contrato firmado nótese bien con la ANI después de que saliera la Ley 1118 y después de que el Tribunal de Arbitramento decretara como prueba, la prueba por informe del testigo y de la interventoría.
>
> Ese contrato yo no voy a mirarlo allá porque ya fue colocado, tiene un valor de $505 millones y tiene dentro de lo que se ha leído atribuciones y estipulaciones para que la interventoría sea asesora de parte en este Tribunal de Arbitramento.
>
> Primero, en relación con los dos procesos acumulados.
>
> Dos, en relación con las pruebas del proceso y fundamentalmente en relación con los peritazgos, ya el perito acreditó que había leído el informe de FTI, la interventoría y que le había dado las opiniones a la ANI.
>
> En los correos que fueron incorporados en el día de ayer, quedó absolutamente claro que la ANI le remite un correo y que le entrega los anexos del informe de FTI.
>
> Tiene también en ese contrato la obligación de asesorar a quien es parte en este proceso en los alegatos de conclusión, tiene como función o como atribución o como estipulación con la ANI asesorarla en la aclaración y complementación del eventual laudo que dicte el Tribunal.
>
> Y finalmente, para que quede claro que la interventoría es parte y asesora de parte tiene la atribución por esta suma de $505 millones de darle las razones a la ANI para interponer el recurso de anulación ante una eventual decisión.
>
> Qué acredita eso? En los términos del Artículo 211 que la interventoría tiene interés en las resultas del proceso, porque es su tarea controvertir los argumentos de la primera demanda, las pruebas que se presente que son concretamente dos, asesorarla en los alegatos de conclusión, asesorarla en las aclaraciones y complementaciones y adicionalmente asesorarla en un eventual recurso de anulación.
>
> A mí me parece que eso transciende y transciende de manera grave la disposición del Articulo 20 y el compromiso de imparcialidad que la ley le establece.
>
> Hay una cosa curiosa y perdóneme doctora Catalina que haga referencia a usted, usted ha hecho en dos manifestaciones empezando el proceso hizo una manifestación en el sentido de que había fungido como apoderado en un proceso defendiendo a la Agencia y hoy como muestra de transparencia nos ha dado claridad en el sentido de que ha tenido alguna relación y la pone de manifiesto por las partes.
>
> Señor presidente y señores árbitros, eso es transparencia, por qué la interventoría está excluida de ese deber, por qué la interventoría en el informe de abril y en el informe de marzo y en la diligencia de hoy no manifestó esa circunstancia?

No era menor, si lo hacen los árbitros es una carga que pesa sobre peritos y es una carga que pesa sobre la prueba por informe, la prueba por informe lo sabe el doctor Sanabria está acreditada para que terceros independientes produzcan un informe y en este caso la interventoría no tiene esa condición, es asesora de parte en este proceso.

La segunda consideración tiene tres contratos en curso y uno que fue terminado recientemente, pero vigente durante todo el primer semestre y la interventoría en un proceso de estas características no le indica al Tribunal esa condición, no es fácil estar en este proceso, ni será fácil la decisión de los árbitros, pero una prueba en esa condición deja mucho que desear no solo en términos de transparencia de lo que se produce, sino que adicionalmente lo es por los defectos que voy a anotar, porque es que la imparcialidad no es abstracta o la falta de parcialidad no es abstracta es concreta y está probada en el proceso, voy a ello y es la tercera consideración.

Que no es abstracto como árbitro y como apoderado a veces lo que siento es tacha de testigo y a fina que decidan allá, finalmente los tribunales dicen que no, pero aquí es concreto y es concreto por lo siguiente, nunca la interventoría después de decretada la prueba por informe del Tribunal que lo hizo en auto No. 1 del 23 de enero se reunió con mi cliente, eso yo no lo deduzco de esta intervención, está dicho en los dos documentos creyó que era suficiente aplicar la fórmula de liquidación del acuerdo de terminación y liquidación y de la información que le pidió al concesionario, en lo sucesivo nunca se reunió, pero sí quedó claro en la diligencia de hoy que sí tuvo intercambios al menos de correo con la ANI para controvertir el informe de FTI y supongo también para controvertir el informe de BDO.

Hay en ese sentido igualdad de las partes y cumplimiento del deber de imparcialidad en este caso? No, no!

La cuarta consideración es la siguiente y es grave para el Tribunal, para la ANI y para nosotros, la falta de imparcialidad se traduce en la manera como la interventoría se comporta, me va a perdonar nuevamente doctora Catalina porque usted suele hacer esa pregunta, que yo me la haría como árbitro y es ver cómo han evolucionado los datos de la interventoría, cómo se ha venido modificando el valor.

El interventor dice aquí y yo le creo que él simplemente recicló la información porque él venía trabajando desde el acuerdo determinación y liquidación y que por eso no tenía necesidad de reunirse con nadie, porque iba incorporando y así lo hace, la información que iba teniendo, miren señores árbitros no es menor, mire señora procuradora no es menor, mire cómo cambia el valor de liquidación en junio/17 está en el expediente el valor de liquidación era $2.216.881.000.000, en abril ese valor de liquidación de $685.482.000.000, en mayo era $1.252.037.000.000, yo no me creo tan inteligente para haber formulado en cinco días de un contrato cuyas contingencias conozco en las condiciones en que estoy hacer las preguntas precisas que generen que el valor de liquidación aumente en un 83% y pase a $1.252.000.000.000.

La interventoría está aquí desde el principio del contrato, ha dicho que lo conoce, es admisible una equivocación de esta naturaleza $600.000.000.000, mírenlo en detalle valor de la obra ejecutada informe 1 $2.524.000.000.000, informe 2 $2.524.000.000.000, no estoy haciendo una crítica del testimonio, estoy diciendo cómo se expresa la falta parcialidad, perdón de imparcialidad en este proceso, en el informe 2 en 20 días $2.944.000.000.000, o sea casi $400.000.000.000, capex interventoría 1 $2.582.000.000.000 en el informe de abril, interventoría 2 mayo $3.030.000.000.000 casi $500.000.000.000 más, opex pasa de $540.000.000.000 a en el informe 2 a $552.000.000.000, contingencias interventoría 1 descuenta sin autorización de la ley, aquí hay algo grave no es pesos más, pesos menos es el tema de coherencia conceptual de alguien que conoce el contrato.

Descuenta contingencias, nosotros nos hacemos las preguntas de qué autorización le da la ley en el Artículo 20 para que descuente contingencias porque ahí no dice la expresión contingencia, dice no, ahora pasa a 188 y permanece ahí porque ese es miren la vuelta un menor valor de inversión.

En el capex el tema es complejo, yo he dicho aquí que la liquidación que las partes acordaron en su momento, que entre otras cosas mire para el Tribunal, cuando las partes firmaron el acuerdo de terminación y liquidación las partes mismas valoraron el capex en 824, el opex perdón, BDO excluyendo los contratos malos, excluyendo de los contratos en donde hay línea de investigación establece 873, la interventoría dice que son 552, le pido al Tribunal que es el director del proceso que le ordene a la interventoría en las aclaraciones y complementaciones que haga el cálculo del capex con base en los estados financieros y como pretendo que cualquier decisión sea limpia, digo cojan los estados financieros 2010, 2015 que están auditados y en el 201, 2018 haga lo que a usted le parezca,

como le dijo el Tribunal cuando la interventoría le preguntó, la interventoría por sí y ante sí, dice que ella no hace esa cuenta, no hace esa cuenta.

Pero quién es la interventoría si hay una orden del Tribunal, hay un desacato frente a eso, pero una cosa curiosa en el informe cuando la interventoría calcula pólizas y seguros hace la cuenta con los estados financieros 2010 2015, en el primer informe de abril como muestra de la falta de imparcialidad, ella dice que ellas los pidió y no se los dieron, no le dice al Tribunal que nunca los pidió luego de decretada la prueba y finalmente deja al Tribunal con este valor y agrega otra respuesta en contradicción con eso.

Dice que ahí no puede hacer la cuenta porque ahí hay unos valores, hay capex, hay otros y hasta otras cifras y yo me hago la pregunta que le traslado al Tribunal como muestra de la decisión de ni siquiera considerar si mi cliente tiene derecho o no a los 300.000, sencillamente dice que eso no se puede hacer.

Qué tiene que ver eso con la imparcialidad? Muchísimo, las partes sí lo pudieron hacer 824, BDO sí lo pudo hacer excluyendo los contratos malos que tenían que ver con temas de administración, la interventoría no lo hace y le deja ese problema al Tribunal sin tener facultad de eso, eso no lo puede hacer un perito, eso no lo puede hacer un testigo y no se puede hacer en una prueba por informe, no es menor la consecuencia de este Tribunal, sin embargo la interventoría se reúsa a eso.

Pero además hay otra cosa, que la interventoría en este proceso no solamente por los contratos que tiene, no solamente por el contrato que la convierte en parte de este Tribunal y que les contó ni lo uno, ni lo otro al Tribunal. La interventoría hace otra cosa adicional cuenten el número de preguntas señor presidente, doctor Carlos Mauricio, doctora Catalina, las preguntas que no contestó porque consideraba que no le correspondía contestarlas.

La última pregunta de cierre dígame si hay dineros suficientes para pagarle a los bancos que están aquí, dígame cuánto es el equity, dígame cuánto se le debe a los bancos, haga la cuenta usted, la cuenta la tienen que hacer las partes y no es menor, no es menor, es un tema fundamental para que el Tribunal tenga la claridad y la tranquilidad de un fallo del que está pendiente el país, lo que sucedió, sucedió y tendrá que tener la sanción que el Tribuna considere, pero lo que está en juego es el cumplimiento del Artículo 20.

Curioso la interventoría antes de que el Artículo 20 fuera expedido y no cambió, hemos hecho todo el seguimiento desde que fue incluido era un proyecto de ley viejo que venía, fungí como asesor de la Cámara Colombiana de Infraestructura frente a algunos artículos, en pro del Artículo 20 ya se anticipaba el tema, ya se mostró en la diligencia de esta mañana y cuando llega el tema la interventoría mire lo que hace, primero cuál es el valor de liquidación?

La interventoría nos ha dicho y yo la verdad he hecho el rastreo de que del Artículo 20 no surge un valor de liquidación, pero si eso fue lo que le ordenó el Tribunal, que le diera un valor de liquidación porque ya tenía 2 y tenía el derecho a que eso fuera controvertido no estamos hablando de $3 y la interventoría ahora dice que ahí no hay ningún valor de liquidación y volándose el Artículo 20 usted doctor ha intervenido en nombre de los bancos y mire lo que hace que no es menor descuenta la cláusula penal pecuniaria y con eso los intereses que usted representa resultan afectados porque ese descuento independientemente de si está vigente o no, si se puede aplicar o no, no se puede hacer ese descuento por una consideración porque si lo hay será luego de pagar a los acreedores.

Y en relación con el pago de los $822 millones de diciembre del año pasado hace una consideración jurídica curioso cuando aquí en la diligencia como prueba de la falta de imparcialidad cada vez que le hacen una pregunta jurídica dice que él no es abogado, pero sin embargo hay consideraciones a propósito de la frustración del contrato, de la compensación, de la resolución del Artículo 20 y del valor de liquidación, ese dinero claro que tiene que pagarlo la Concesionaria porque la ANI pagó por él, pero otra cosa es que haga parte del valor de liquidación.

La ANI tendrá derecho a descontarlo como aquí se considera que la cláusula penal pecuniaria es aplicable, allí se descontará ese valor pero no es el valor de liquidación y para ello simplemente hay que mirar doctor, doctor, le pido el favor, sale el valor de liquidación uno mira el anexo de lo que firmaron las partes lo ha dicho él, lo ha dicho BDO, lo ha dicho FTI en el fondo el valor de liquidación es la misma fórmula que las partes pactaron y en ese valor ni se descuentan contingencias, ni se descuentas cláusulas penales pecuniarias, ni se descuentan los valores que han sido hechos, obviamente eso no quiere decir que el Concesionario se quede con $822 millones, ni más faltaba, pero no hacen parte del

valor de liquidación, es lo único que los terceros de buena fe tienen la interventoría por sí y ante sí descuenta valores que no hacen parte de liquidación.

La interventoría debe creer en una interpretación que yo no entiendo porque vienen haciendo el seguimiento al Artículo 20 y antes al Artículo 48 de la Ley 80, básicamente lo que tienen que decirle al Tribunal es tome ahí hay un valor eso es lo que le corresponde al concesionario cuando en el fondo la decisión que el Tribunal tendrá que impartir es el valor de liquidación sin perjuicio de la competencia de la ANI respecto del pago de terceros porque aquí no hay terceros distintos de los bancos que entran no como parte sino como coadyuvantes para que luego de producido el saldo o el remanente como dice la ley lo hace y por encima de todo se equivoca y no es para mortificarlos con las cifras si a ese valor de $1.252.000.000.000 yo le coloco el valor de diciembre que tendrá que ser descontado, el valor de liquidación supera los $2 billones y mire la interventoría empezó con $685 y en 20 días corrigió un error de $600.000 millones y ahora da $1.252.000.000.000 y esa cifra también está equivocada por esa razón, de eso será de lo que se les pagará a los acreedores y luego se descontará la cláusula penal pecuniaria repito si hay lugar a ello.

Yo cierro con esto, repito no es una crítica de testimonio, es una crítica a una propuesta que le hace la interventoría al Tribunal con una prueba por informe que si la ANI decide como entiendo que ya lo ha dicho no prorrogar este término, colocará al Tribunal en una alternativa compleja.

La alternativa de fallar entre tres peritazgos, un informe de interventoría que son diametralmente lejanas y si el Tribunal en su sabiduría considera que el valor es el valor que la interventoría dice, creo que será muy difícil que un laudo de estas características pueda explicarle al público, no a las partes, por qué toman valor de una interventoría uno que no le dice la verdad completa sobre la situación que tiene al Tribunal, dos que no hace y se revela contra el Tribunal y dice no respondo estas preguntas, tres que da un valor que oscila con las variaciones que hemos visto junio uno, abril otro, mayo otro.

Yo pregunto es explicable en 20 días una variación del 83%? Yo no lo creo, yo no lo creo o hay falta de imparcialidad de la interventoría o este ejercicio ha sido hecho en la forma en que ha sido hecho y le dejo al Tribunal esa decisión, esa es la decisión con la que el Tribunal queda, yo como lo dije no tengo preguntas doctor Bettín, no me acordaba que había sido abogado de ustedes, finalmente eso condujera a que ustedes estuvieran en esa condición, ciertamente entienda que esta no es una manifestación personal.

Con la misma claridad que usted expuso y creo con cierta tranquilidad como lo hizo frente a las preguntas que mis colegas le formularon, yo creo que no hay elementos de legitimidad de la decisión para tomar este informe, ahí no repito lo que ya dije, lo que está escrito, no creo que en una controversia de esta naturaleza tan discutida, tan pública, tanto interés frente a eso errores de esta naturaleza se puedan cometer, queda en manos del Tribunal la decisión, no tengo preguntas, no creo ni en su informe de abril, ni en su informe de mayo y espero que el Tribunal ya llegarán los alegatos de conclusión así lo considera.

Yo no me voy alegre como le decía a mis clientes, no, no es que haya asumido $600.000 millones, es que yo no puedo entender cómo eso haya sucedido en un término tan estrecho de 20 días porque evidentemente no soy iluso en eso, la credibilidad la tiene quien ha tenido, quien ha estado al frente del contrato, sólo que yo no puedo entender que en 20 días los errores sean de esa naturaleza y además que estén acompañadas de esas verdades a medias y de contratos que repito vician la parcialidad.

Ese es el fundamento señor presidente, señores árbitros, estimados colegas, es seguro que no estemos de acuerdo frente a este punto, pero creo que no nos hemos ganado un valor de liquidación, se ha puesto sobre el proceso un gran problema, a eso y un gran problema derivado de esos silencios, de ese contrato, de esa respuesta, de la manera como se contesta y repito en tanto no le tengo credibilidad sería incoherente si yo le preguntara sobre esto porque no le creo a ese informe."

Como complemento de lo anterior, el señor apoderado de la sociedad mencionada, en los alegatos de conclusión, hace un análisis de las razones por la que, a su juicio, este Tribunal debe desestimar el informe presentado por el Interventor del proyecto (páginas 102 a 125), reiterando que existe falta de independencia y objetividad en la elaboración de sus conclusiones y sosteniendo que la ANI intervino activamente en su confección, para lo cual recuerda lo sucedido en la audiencia de su declaración. Adicionalmente, sostiene que el evaluador no tuvo en cuenta la totalidad de los costos, gastos y demás erogaciones que fueron registradas en la ejecución del contrato, para lo cual se marginó la CRS y a sus socios de la posibilidad de suministrar información valiosa. En su decir, la

ANI y el Interventor ocultaron información que de no haberse obtenido por otro medio, hubiera consumado un fraude procesal. Por todo lo anterior, solicita al Tribunal, que el citado informe o parte del mismo, no sea tomado en cuenta como fundamento para hacer valoración alguna dentro del trámite arbitral.

De igual manera, el apoderado de Odebrecht Latinvest Colombia SAS, doctor Santiago Fajardo, formuló tacha al amparo del artículo 211 del Código General del Proceso, así:

> "Las razones que ponen en tela de juicio la imparcialidad del interventor y también del informe que ha rendido en este proceso son evidentes y creo que se resumen en lo que se me acaba de responder.
>
> Al señor Interventor que produjo el informe le pagan $500 millones mensuales por hacerle el acompañamiento probatorio a la ANI, por acompañarla también en la redacción de los alegatos de conclusión y si es del caso por identificar qué tipo de situaciones pueden acomodarse a las causales de anulación previstas en el estatuto arbitral.
>
> Por supuesto yo no requiero hacer mayor disquisición eso pone en tela de juicio la imparcialidad del informe que ha sido producido por la interventoría y las consecuencias de la ausencia de esa imparcialidad se proyectan y también están al corriente las personas que hacemos parte de este Tribunal:
>
> La primera, a respuesta que le dio a la doctora Patricia a lo largo de esta audiencia y no estoy anticipando un alegato de conclusión doctor Henry, estoy haciendo referencia a las circunstancias que ponen en tela de juicio la imparcialidad de la interventoría."

Las anteriores consideraciones y otras razones fueron recordadas por la apoderada de la citada sociedad en los alegatos de conclusión que presentó al Tribunal.

Así mismo, el apoderado de la Convocante, doctor Ángel Castañeda argumentó:

> "DR. CASTAÑEDA: Yo simplemente quiero dejar la tacha del testigo y para no rayar el disco como dice el señor presidente básicamente por las razones que están claramente probadas, la primera porque claramente el testigo así lo dijo el informe y su testimonio fue influido de manera importante por los comentarios que durante el transcurso del proceso que surgió desde la terminación hasta que el Tribunal de Arbitramento le decretó, le ordenó el cálculo de la restituciones derivadas del Artículo 20, había hecho unos… de manera expresa cosa que no hizo con el concesionario.
>
> En segundo lugar porque es claro que tiene como ya quedó claramente demostrado un interés económico detrás del tema y en ese sentido funge más que de interventor como un asesor de una de las partes y por lo tanto no puede ser tenido en cuenta.
>
> Y finalmente las razones de la tacha claramente influyen en el informe que presentó y ese informe claramente es una prueba ineficaz, no puede tener ningún efecto respecto del cálculo del Artículo 20 y simplemente denoto algo que acaba de pasar y simplemente lo muestro, miren ustedes que cada vez que la ANI hacía un comentario acerca de los valores de terminación efectivamente se estudiaban y se miraban, el señor interventor tuvo los estudios de FTI y BDO y acaba de decir que ni siquiera los consideró.
>
> Alguna prueba adicional de la falta de imparcialidad del testigo yo que creo que es muy difícil de conseguir en este punto y yo lo que pediría respetuosamente es que el Tribunal ponga a discusión el tema probatorio antes de avanzar en este tema porque esto es un tema crítico y creería yo que el debate probatorio no se puede cerrar sin una prueba que nos permita a las partes ubicarnos exactamente dónde estamos parados, muchas gracias señor presidente.
>
> Es que en ese momento, dadas las sospechas probadas que existen respeto del informe no pueden ser tenidas como una prueba válida para la liquidación o las restituciones del Artículo 20, al quedar esa prueba con esa tacha que a mí me parece grave y honestamente yo nunca había visto este tipo de conflictos desde todo punto de vista yo creería que procede que el Tribunal decrete una prueba de oficio para que efectivamente se liquide."

Por su parte, la señora apoderada de Episol también cuestionó la credibilidad del informe y su validez probatoria, así:

> "DR. ARANGO: Usted pretende tachar el testimonio?
>
> DRA. MIER: Eso lo voy a tachar después doctor y le voy a decir por qué, no solamente el testimonio, yo lo que quiero controvertir es la validez probatoria que puede tener el informe presentado por este señor ante este Tribunal omitiendo informar cómo voy a dar lectura a dos documentos contractuales uno suscrito antes y otro suscrito después de decretada la prueba y en curso la prueba como asesor de la ANI para este Tribunal de Arbitramento…"

La apoderada de Episol, en las páginas 237 y siguientes de sus alegatos de conclusión recuerda las circunstancias que rodearon la labor del Interventor y hace un análisis sobre la improcedencia de considerar el Informe del Interventor como una prueba válida.

El señor apoderado de los Bancos puso de presente en sus alegatos de conclusión:

> "Este estudio, tal como se demostró a lo largo del proceso, no fue efectuado de forma rigurosa y, además, carece de imparcialidad. ….. De la parte del interrogatorio transcrito quedó claro que el Interventor, al tiempo que fungía de asesor en el proceso arbitral de la ANI y era pagado para ello, elaboró un estudio para el Tribunal de Arbitramento en donde decía cómo se debía liquidar el Contrato de Concesión sin revelar su doble condición ni sus otras relaciones contractuales con la ANI." Y más adelante cuestiona también el fondo del informe: "De lo anterior resulta que las cifras calculadas por el Interventor en sus dos estudios castigaron severamente lo que hemos llamado las **Prestaciones Ejecutadas Netas** (el valor a favor de los terceros de buena fe) pues al calcular los **Costos, Inversiones y Gastos** ello se hizo sin indexar los intereses debidos a los Bancos. Esto, de suyo, hace que el contenido del estudio del Interventor viole gravemente la ley afectando, por supuesto, a los Bancos y a los demás terceros de buena fe. Por esta simple razón no puede ser tenido en cuenta por ese Tribunal de Arbitramento."

Para la ANI, tal y como consta en sus alegatos

> "La prueba por informe realizada por la Interventoría es seria, objetiva y materialmente ofrece elementos de juicio confiables que permiten establecer el valor de la liquidación a la luz de lo establecido en el artículo 20 de la ley 1882 de 2018, toda vez que, como se dijo, nadie realizó, como ellos sí lo hicieron, una medición real de la obra apoyada con precios de mercado que no incluyan sobrecostos ni sobrevaloraciones de la misma, no tuvo en cuenta la cuestionada contabilidad de la Concesionaria e incluyó los pasivos tanto ambientales, sociales y prediales que en el futuro tendrán que ser asumidos por la ANI y, por ende, deben ser descontados del valor resultante de la liquidación, rubro éste que no fue incluido por ninguno de los peritos que con destino a este proceso elaboraron dictámenes periciales." En cuanto a la tacha formulada, afirma que la inconformidad de su contraparte "radicó en el hecho de la vinculación existente entre la ANI y la firma interventora, específicamente por el hecho de que fuese mi mandante quien pagara los honorarios a la Interventoría y, además, ejerciera supervisión a la actividad contractual de esta última."

En su entender, fue la propia Ley 1882 de 2018 la que asignó a la Interventoría la verificación, comprobación y validación de las cifras y que de conformidad con el artículo 275 del Código General del Proceso, la prueba por informe puede ser realizada por cualquier persona y ello incluye al interventor.

Esta última posición es apoyada por la ANDJE para quien este informe constituye la "valoración más aproximada del costo de las obras y actividades afectas al Contrato de Concesión."

El Ministerio Público también se pronunció sobre el informe referido y señaló que "de los dictámenes que obran en el plenario, la Procuraduría General de la Nación con apoyo de su Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, considera que de los anteriores medios de prueba, el único que sí efectúa una comprobación técnica viable y razonable, con el propósito de establecer la procedencia de reconocimientos de acuerdo al artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, es el informe elaborado por la interventoría Consorcio Proyección Vial Puerto Salgar, de fecha 23 de mayo de 2018, al determinar el capex del proyecto ruta del sol sector 2 Puerto Salgar – San Roque".

Considera que la metodología usada para las valoraciones fue la correcta y recalca la confiablidad de sus conclusiones. Respecto de las objeciones de algunos sujetos procesales, afirma que no están acreditadas las situaciones que puedan generar conflictos de interés (Páginas 121 a 123 de su concepto).

Para resolver la tacha elevada por los citados sujetos procesales y el cuestionamiento a la prueba por informe, el Tribunal pone de presente que el Otrosí No. 5 al Contrato de Interventoría No. SEA 016 de 2012, celebrado entre la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI y el Consorcio Proyección Vial Puerto Salgar el 22 de diciembre de 2017, se encuentra incorporado al expediente (Folios 30 a 42 del Cuaderno de Pruebas No. 198), cuya cláusula tercera describe las actividades a desarrollar por parte de la Interventoría. De manera específica, incluye el "*"Acompañamiento a la ANI desde la diferentes áreas dentro de los procesos arbitrales 4190 (radicado el 06 de agosto de 2015) y 4209 (radicado el 19 de agosto de 2015), instaurados ante la Cámara de Comercio de Bogotá contra la Agencia Nacional de Infraestructura por parte del Concesionario Ruta del Sol S.A.S."*

De manera similar, a folios 44 a 52, del mismo Cuaderno de Pruebas 198, consta el Otrosí No. 6 del mencionado contrato, de fecha 30 de abril de 2018 que, en relación con las funciones que debía adelantar la Interventoría, estableció en la parte pertinente:

> *"Actividades Tribunal de Arbitramento. Como parte del acompañamiento que continuará adelantando la interventoría a los procesos 4190 y 4209 acumulados que se encuentran en proceso ante el Tribunal de Arbitramento, la Agencia tiene la necesidad de que la interventoría adelante las siguientes actividades en la medida en que se requieran durante la vigencia del presente otrosí:*
>
> *Durante el período probatorio que aún está en curso: Acompañamiento y soporte respecto de las pruebas que sean puestas en conocimiento de la Agencia y que deba controvertir, en especial, pero sin limitarse a ello, sobre los dictámenes periciales aportados por las partes, así como sobre los ejercicios que sean realizados para efectos de la liquidación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.*
>
> *En la instancia de alegatos de conclusión: Acompañamiento y soporte respecto de los alegatos de conclusión que deban presentarse por la Agencia, previendo además de los aspectos jurídicos, aquellos temas con relevancia técnica y financiera que se encuentran probados en el proceso.*
>
> *En la instancia de laudo: Acompañamiento y soporte de las aclaraciones o complementaciones que deban ser solicitadas al Tribunal Arbitral, poniendo especial atención a la coherencia técnica y financiera del laudo. Adicionalmente apoyará con la identificación de situaciones que ameriten la procedencia del recurso de anulación."*

Para el Tribunal es claro que en relación con los peritos, expertos técnicos y demás personas que con sus conocimientos especializados deban ayudar y apoyar al juez en su labor de juzgamiento, tiene que predicarse independencia e imparcialidad, como presupuesto fundamental del debido proceso, todo lo cual conlleva un deber de información sobre todas aquellas actividades privadas ejercidas al margen o incluso en relación con las materias que son sometidas a su conocimiento, cálculo técnico u opinión.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha puesto de relieve estos principios como rectores de la actividad judicial, los cuales son predicables de quienes prestan su concurso a través de sus informes técnicos.

Así, en la Sentencia 496/16, esa Corporación observó: *"La independencia y la imparcialidad judicial, como objetivos superiores, deben ser valoradas desde la óptica de los órganos del poder público –incluyendo la propia administración de justicia–, de los grupos privados y, fundamentalmente, de quienes integran la litis, pues solo así se logra garantizar que las actuaciones judiciales estén ajustadas a los principios de equidad, rectitud, honestidad y moralidad sobre los cuales descansa el ejercicio de la función pública (art. 209 C.P.).*

La Corte ha explicado claramente la diferencia entre los atributos de independencia e imparcialidad en los siguientes términos: "*[la] independencia, como su nombre lo indica, hace alusión a que los funcionarios encargados de administrar justicia no se vean sometidos a presiones, […] a insinuaciones, recomendaciones, exigencias,*

determinaciones o consejos por parte de otros órganos del poder, inclusive de la misma rama judicial, sin perjuicio del ejercicio legítimo por parte de otras autoridades judiciales de sus competencias constitucionales y legales". Sobre la imparcialidad, ha señalado que esta "*se predica del derecho de igualdad de todas las personas ante la ley (Art. 13 C.P.), garantía de la cual deben gozar todos los ciudadanos frente a quien administra justicia. Se trata de un asunto no sólo de índole moral y ética, en el que la honestidad y la honorabilidad del juez son presupuestos necesarios para que la sociedad confíe en los encargados de definir la responsabilidad de las personas y la vigencia de sus derechos, sino también de responsabilidad judicial*"

Es por esta misma razón que la ley ha dispuesto que el perito o como en este caso quien presenta una prueba por informe, manifieste ante el juez o tribunal que lo presentado no solo obedece a criterios de idoneidad absoluta, sino que se realiza de manera independiente. Así lo dispone el Código General de Proceso, en la parte pertinente del artículo 226: "…El perito deberá manifestar bajo juramento que se entiende prestado por la firma del dictamen que su opinión es independiente y corresponde a su real convicción profesional. El dictamen deberá acompañarse de los documentos que le sirven de fundamento y de aquellos que acrediten la idoneidad y la experiencia del perito…". A su vez, en el artículo 235 de dicha disposición se expresa que la labor del perito debe realizarse con imparcialidad y objetividad, y agrega que "el juez apreciará el cumplimiento de ese deber de acuerdo con las reglas de la sana crítica, pudiendo incluso negarle efectos al dictamen cuando existan circunstancias que afecten gravemente su credibilidad."

Para el Tribunal es claro que en este aspecto se impone también el respeto por el debido proceso y el derecho de defensa que otorga a las partes la posibilidad de controlar la competencia e idoneidad de quien como en el presente caso presenta un informe técnico, así como la posibilidad de controvertir las conclusiones del experto y la confianza que arroje los resultados de su trabajo.

Bajo estas consideraciones, el Tribunal considera que sobre el experto pesaba la carga de informar al panel cuál era su vinculación real con la ANI, si para la elaboración del informe recibía instrucciones de su contratante y de cualquier otra circunstancia que pudiera afectar su independencia o la posibilidad de las partes de pronunciarse sobre este tema. El Interventor ciertamente ha debido informar con destino al proceso todas aquellas situaciones que lo vincularan con cualquiera de las partes, bien sea en el momento de la designación para la elaboración de su informe, bien sea en el momento de iniciar su declaración, cosa que como consta en el acta correspondiente, nunca ocurrió. El hecho de asesorar a la ANI en el presente proceso arbitral sesgaba, sin lugar a dudas, su imparcialidad, circunstancia que se agrava aún más por la omisión de informar.

Cuando la ley, en particular la Ley 1882 de 2018, permite la posibilidad de que pueda encargarse al interventor del contrato la validación de los datos de la fórmula consagrada en el artículo 20 para efectos de los reconocimientos que deban hacerse a las partes, lo hace bajo la consideración de la naturaleza de su función como garante del cumplimiento estricto de las obligaciones de un contrato estatal y que su labor se enmarque bajo los más estrictos parámetros de objetividad e independencia.

Para el Tribunal, la vinculación como asesor de la ANI y la omisión en la información en que como se puso de presente incurrió el Interventor, vicia tanto su declaración como el Informe presentado, razón por la cual no serán tenidos en cuenta en los términos exigidos por la Ley 1882 de 2018. En definitiva, su informe, solo tiene el alcance de una actividad de Parte a la cual asesoró y así se valorará como los demás documentos aportados por ella a lo largo del proceso arbitral.

La señora apoderada de EPISOL solicitó del Tribunal compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación con fundamento en lo siguiente:

> "DRA. MIER: Yo me voy a abstener se formular una tacha al testigo, pero yo con fundamento en lo dispuesto en el Artículo 42 del Código General del Proceso que a la letra dice deberes del juez: *"Son deberes del juez Tercero, prevenir, remediar, sancionar o denunciar por los medios que este Código consagra los actos contrarios a la dignidad de la justicia, lealtad, probidad y buena fe que deben observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude procesal."*

En mi criterio aquí estamos frente a dos conductas delictivas y yo le pido al Tribunal que en cumplimiento de lo dispuesto por la norma que acabo de leer, compulse copias a la Fiscalía para que investigue las conductas que a continuación describo.

La primera de ellas es fraude procesal.

El Artículo 453 del Código Penal dice:

"El que por cualquier medio fraudulento induzca en error a un servidor público para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley."

Este Tribunal decretó una prueba para ser utilizada en ejercicio de sus funciones y cumplir con un mandato que le han encomendado las partes en este proceso, independientemente de la controversia que nos tiene enfrentados aquí, esa prueba fue decretada para que el señor interventor hiciera un informe con los parámetros de liquidación de ese contrato y con ese propósito fue decretada la prueba si revisamos el auto comento.

Se ocultó la información tanto por la ANI como por el interventor de su estrecha vinculación con la ANI en su condición de asesor en este proceso, para inducir en error a este Tribunal haciéndole creer que se estaba rindiendo un informe de conformidad con la ley.

Y segundo, que de verdad que es lo que me tiene más brava, el Artículo 399 del Código Penal dice: *"Peculado por aplicación oficial diferente.* Yo creo que eso era lo que en mi época se llamaba por indebida destinación. *El servidor público que dé a los bienes del Estado o empresas o instituciones en que este tenga parte cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado con razón o con ocasión de sus funciones, aplicación oficial diferente de aquella que están destinados o comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto o las invierta o utilice en forma no prevista en este en perjuicio de la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores incurrirá en…"*

Yo quiero llamar la atención sobre varios aspectos, tanto el otrosí No. 5 como el otrosí No. 6 al contrato de interventoría ambos en la cláusula segunda disponen: *"El valor a pagar a la interventoría por concepto de las actividades de liquidación corresponde a las suma de $505.886.327 mensuales a precios de marzo/18 por el término de 2 meses y 8 días de conformidad a la disponibilidad de recursos existentes en las subcuentas de interventoría y de estudios de obra, dicho valor no será objeto de actualización durante la vigencia del presente otrosí."*

Dijo el señor interventor en su declaración que esto iba a terminar pronto, pero yo no creo que sea así por lo que dice el parágrafo primero de ambos otrosíes: *"En caso de que las actividades a ejecutar excedan el plazo inicialmente estipulado y que depende de la disponibilidad actual de recursos, las partes de común acuerdo determinarán las actividades que tendrán continuidad según el avance de la fase de liquidación del contrato de concesión, para lo cual a partir del acuerdo de las partes la Agencia realizará las gestiones que correspondan para garantizar los recursos necesarios para continuar con el desarrollo de las actividades descritas en el presente otrosí."*

La subcuenta de interventoría y de estudios y obras tiene destinación específica en el contrato de fiducia mercantil, la subcuenta de interventoría numeral 7.2.2 del contrato de fiducia mercantil dice: *"Esa subcuenta de interventoría se fondeará con los recursos de la cuenta aportes concesionario la que correspondería al concesionario en caso de quedar excedentes en esa subcuenta en una eventual liquidación, en los monto y plazos dispuestos en la sección 10.05 del contrato de concesión el primer aporte se efectuará al momento de la constitución de la subcuenta por el monto señalado en la sección 10.05.P y los aporte subsiguientes se efectuarán por los montos señalados en la sección 10.05.A y en la fecha señalada en la sección 10.05.C del contrato de concesión.*

El interventor será el beneficiario de los pagos de la subcuenta de interventoría mientras esté vigente el contrato de interventoría y siempre que se encuentra en cumplimiento de sus obligaciones contractuales y el INCO hoy ANI no haya notificado a la Fiduciaria la suspensión de los pagos del interventor.

Cualquier caso la Fiduciaria sólo podrá efectuar desembolsos al interventor previa orden expresa y escrita del INCO, los recursos remanentes de esa subcuenta de interventoría, luego de la liquidación del contrato de interventoría ya sea por terminación anticipada o por vencimiento del plazo serán del INCO."

De modo que aquí se han celebrado dos otrosíes al contrato de interventoría para que ejerzan claramente una asesoría, porque está escrito aquí y no ha sido negado por el testigo una asesoría a la ANI en este proceso, si esto constituye el objeto de este contrato de interventoría siendo ajena esa función a un contrato de interventoría este Tribunal está ante una indebida celebración de un acuerdo en un contrato estatal, lo que también constituye una conducta delictual.

> Entonces yo le pido al Tribunal que como es evidente en este momento el desarrollo de las funciones del interventor, que cuando fue interrogado por mí no acertó a decir qué es lo que está haciendo en este momento porque ya se presentó un informe de liquidación pedido por el Tribunal, no sabemos cuáles son las funciones de liquidación que tenga en este momento toda vez que no se está reuniendo con el concesionario hasta dónde llega mi conocimiento, nos restan entonces las actividades pactadas para asesorar a la Agencia en este proceso.
>
> Eso se está pagando mal, se está pagando con recursos del patrimonio público y por qué con recursos del patrimonio público? Porque esos $500 milloncitos que le pagan al interventor salen de la cuenta de interventoría que cuando se liquide se supone que el excedente debe llegar a la ANI, si la Agencia necesitaba un asesor en este proceso y eso lo ha dicho el Consejo de Estado, pide dictamen, asesorías, celebre un contrato de consultoría o celebre un contrato de asesoría con ese propósito, aquí hay una indebida celebración de contrato, conducta delictual uno, aquí hay un fraude procesal porque se ha tratado de engañar a este Tribunal en la presentación y en la producción de una prueba induciendo en error para que fallara sobre ella y segundo aquí hay un peculado por destinación oficial distinta a la prevista en el contrato de fiducia que hace parte del contrato de concesión con la plata del Estado, no es con la plata de privado porque el privado cogió la cuenta porque era su obligación, pero los excedentes de esa cuenta al momento de liquidarse si es que queda algo después de pagarle al interventor la asesoría son del Estado, entonces aquí se está atentando contra el patrimonio público.
>
> Entonces yo con todo comedimiento le pido al Tribunal que compuse copias a la Fiscalía para que se averigüen las conductas delictivas que pongo de presente y se tomen las medidas del caso, gracias presidente.

El Tribunal ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre las circunstancias que afectaron tanto el informe del Interventor como su declaración, considerando que no constituían para los efectos de la decisión que debe tomar elementos probatorios en los términos de la Ley 1882 de 2018 sino únicamente informe de la parte a la cual asesoró en virtud del citado Contrato. En este sentido, la conducta del Interventor, a juicio del Tribunal, tiene consecuencias meramente contractuales, razón por la que se abstendrá de compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación.

5. SOBRE LA OBJECIÓN POR ERROR GRAVE CONTRA EL DICTAMEN PERICIAL TÉCNICO FINANCIERO

1. Consideraciones generales

Conforme a la ley procesal, la prueba pericial tiene por objeto proporcionar al juzgador conocimiento y comprensión sobre determinadas circunstancias de orden científico, técnico o artístico (CGP, Art. 226), las cuales, al ser ajenas a su formación jurídica, llevan a requerir de la intervención de un experto en la materia para que, personalmente,[53] realice los análisis y procedimientos investigativos que considere necesarios a efectos de dar respuesta a los interrogantes planteados en el proceso y que servirán de fundamento para resolver la controversia.[54]

La H. Corte Suprema de Justicia ha dicho que la prueba pericial *"… es pertinente siempre que se trate de demostrar judicialmente hechos cuyo conocimiento depende de la aplicación de principios o prácticas especiales de determinada ciencia o arte, distintos a la ciencia del derecho y en los cuales son expertos conocedores los peritos. Viene a tener oportunidad cuando se requiere hacer apreciaciones u observaciones técnicas, que exigen conocimientos especiales de índole profesional. De manera tal que al perito se recurre cuando al afirmarse la existencia de un hecho o su simple*

---

[53] *"En ella [la pericia] se emplea también una persona como instrumento productor de la convicción del Juez. Pero en vez de ser esta persona una de las partes, como en la confesión, es un tercero, y en vez de ser un tercero que conoce o aprecia los datos de modo extraprocesal, es un tercero que los percibe o enjuicia en virtud de un encargo procesal que recibe al efecto.*
"Perito es, por lo tanto, la persona que, sin ser parte, emite, con la finalidad de provocar la convicción judicial en un determinado sentido, declaraciones sobre datos que habían adquirido ya índole procesal en el momento de su captación." (GUASP, Jaime: Derecho Procesal Civil, Tomo I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid – España, 1968, pp. 381)

[54] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 26 de mayo de 2005, Exp. 27.998, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

posibilidad, son de rigor conocimiento y experiencias de carácter técnico, o cuando debidamente comprobada la materialidad de un hecho, es preciso estudiar y conocer a ciencia cierta su naturaleza, origen, calidad, etc."[55].

El perito desempeña la función de auxiliar del juez, labor compuesta por una actividad perceptiva en principio y declarativa al final, pero cimentada siempre en los especiales conocimientos del experto, como tercero ajeno a las resultas del proceso, características que, precisamente, permiten distinguir la peritación de otros medios probatorios.

El inciso segundo del artículo 31 de la Ley 1563 de 2012 establece que "El tribunal y las partes tendrán, respecto de las pruebas, las mismas facultades y deberes previstos en el Código de Procedimiento Civil y las normas que lo modifiquen o complementen. (…)." Como quiera que el Código de Procedimiento Civil fue reemplazado por el Código General del Proceso, deberá entenderse entonces que, respecto de las pruebas, el Tribunal Arbitral y las partes, tendrán las mismas facultades y deberes previstos en el Código General del Proceso.

Así las cosas, del Código General del Proceso se infiere que el Tribunal puede decretar y tener como prueba el dictamen rendido por una de las partes o, puede decretar de oficio un dictamen pericial. Así mismo, interpretadas y aplicadas armónica y sistemáticamente las reglas contenidas en el artículo 31 de la Ley 1563 y en los artículos 230 a 233 del Código General del Proceso, el Tribunal puede, a solicitud de parte o de ambas, decretar un dictamen pericial.

En y para cualquiera de los tres casos, los artículos 226, 229 y 232 del Código General del Proceso fijan las siguientes reglas respecto de la procedencia, la finalidad, la apreciación y el valor de la prueba pericial, en general:

> "**Artículo 226. *Procedencia.*** La prueba pericial es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos.
>
> "Sobre un mismo hecho o materia cada sujeto procesal solo podrá presentar un dictamen pericial. Todo dictamen se rendirá por un perito.
>
> "No serán admisibles los dictámenes periciales que versen sobre puntos de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 177 y 179 para la prueba de la ley y de la costumbre extranjera. Sin embargo, las partes podrán asesorarse de abogados, cuyos conceptos serán tenidos en cuenta por el juez como alegaciones de ellas.
>
> "El perito deberá manifestar bajo juramento que se entiende prestado por la firma del dictamen que su opinión es independiente y corresponde a su real convicción profesional.
>
> "El dictamen deberá acompañarse de los documentos que le sirven de fundamento y de aquellos que acrediten la idoneidad y la experiencia del perito.
>
> "Todo dictamen debe ser claro, preciso, exhaustivo y detallado; en él se explicarán los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones.
>
> "El dictamen suscrito por el perito deberá contener, como mínimo, las siguientes declaraciones e informaciones:
>
> "1. La identidad de quien rinde el dictamen y de quien participó en su elaboración.
>
> "2. La dirección, el número de teléfono, número de identificación y los demás datos que faciliten la localización del perito.
>
> "3. La profesión, oficio, arte o actividad especial ejercida por quien rinde el dictamen y de quien participó en su elaboración. Deberán anexarse los documentos idóneos que lo habilitan para su ejercicio, los títulos académicos y los documentos que certifiquen la respectiva experiencia profesional, técnica o artística.

[55] Gaceta Judicial. T. LVIII, p. 642

"4. La lista de publicaciones, relacionadas con la materia del peritaje, que el perito haya realizado en los últimos diez (10) años, si las tuviere.

"5. La lista de casos en los que haya sido designado como perito o en los que haya participado en la elaboración de un dictamen pericial en los últimos cuatro (4) años. Dicha lista deberá incluir el juzgado o despacho en donde se presentó, el nombre de las partes, de los apoderados de las partes y la materia sobre la cual versó el dictamen.

"6. Si ha sido designado en procesos anteriores o en curso por la misma parte o por el mismo apoderado de la parte, indicando el objeto del dictamen.

"7. Si se encuentra incurso en las causales contenidas en el artículo 50, en lo pertinente.

"8. Declarar si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de los que ha utilizado en peritajes rendidos en anteriores procesos que versen sobre las mismas materias. En caso de que sea diferente, deberá explicar la justificación de la variación.

"9. Declarar si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de aquellos que utiliza en el ejercicio regular de su profesión u oficio. En caso de que sea diferente, deberá explicar la justificación de la variación.

"10. Relacionar y adjuntar los documentos e información utilizados para la elaboración del dictamen."

(…)

"**Artículo 229. *Disposiciones del juez respecto de la prueba pericial.*** El juez, de oficio o a petición de parte, podrá disponer lo siguiente:

"1. Adoptar las medidas para facilitar la actividad del perito designado por la parte que lo solicite y ordenar a la otra parte prestar la colaboración para la práctica del dictamen, previniéndola sobre las consecuencias de su renuencia.

"2. Cuando el juez decrete la prueba de oficio o a petición de amparado por pobre, para designar el perito deberá acudir, preferiblemente, a instituciones especializadas públicas o privadas de reconocida trayectoria e idoneidad.

(…)

"**Artículo 232. *Apreciación del dictamen.*** El juez apreciará el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia, y las demás pruebas que obren en el proceso."

Así mismo, en y para cualquiera de los tres casos, los artículos 233 y 235 del Código General del Proceso fijan las siguientes reglas respecto del deber de colaboración de las partes para con el perito y el deber de imparcialidad de éste, con las consecuencias legales que ello implica si tales reglas no son cumplidas u observadas:

"**Artículo 233. *Deber de colaboración de las partes.*** Las partes tienen el deber de colaborar con el perito, de facilitarle los datos, las cosas y el acceso a los lugares necesarios para el desempeño de su cargo; si alguno no lo hiciere se hará constar así en el dictamen y el juez apreciará tal conducta como indicio en su contra.

"Si alguna de las partes impide la práctica del dictamen, se presumirán ciertos los hechos susceptibles de confesión que la otra parte pretenda demostrar con el dictamen y se le impondrá multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos mensuales.

"**Parágrafo.** El juez deberá tener en cuenta las razones que las partes aduzcan para justificar su negativa a facilitar datos, cosas o acceso a los lugares, cuando lo pedido no se relacione con la materia del litigio o cuando la solicitud implique vulneración o amenaza de un derecho propio o de un tercero."

(…)

"**Artículo 235. *Imparcialidad del perito.*** El perito desempeñará su labor con objetividad e imparcialidad, y deberá tener en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes.

"Las partes se abstendrán de aportar dictámenes rendidos por personas en quienes concurre alguna de las causales de recusación establecidas para los jueces. La misma regla deberá observar el juez cuando deba designar perito.

"El juez apreciará el cumplimiento de ese deber de acuerdo con las reglas de la sana crítica, pudiendo incluso negarle efectos al dictamen cuando existan circunstancias que afecten gravemente su credibilidad.

"En la audiencia las partes y el juez podrán interrogar al perito sobre las circunstancias o rezones que puedan comprometer su imparcialidad.

"**Parágrafo.** No se entenderá que el perito designado por la parte tiene interés directo o indirecto en el proceso por el solo hecho de recibir una retribución proporcional por la elaboración del dictamen. Sin embargo, se prohíbe pactar cualquier remuneración que penda del resultado del litigio."

Ahora, respecto del dictamen de parte, de manera especial, los artículos 227 y 228 del Código General del Proceso señalan las siguientes reglas particulares:

"**Artículo 227. *Dictamen aportado por una de las partes.*** La parte que pretenda valerse de un dictamen pericial deberá aportarlo en la respectiva oportunidad para pedir pruebas. Cuando el término previsto sea insuficiente para aportar el dictamen, la parte interesada podrá anunciarlo en el escrito respectivo y deberá aportarlo dentro del término que el juez conceda, que en ningún caso podrá ser inferior a diez (10) días. En este evento el juez hará los requerimientos pertinentes a las partes y terceros que deban colaborar con la práctica de la prueba.

"El dictamen deberá ser emitido por institución o profesional especializado.

"**Artículo 228. *Contradicción del dictamen.*** La parte contra la cual se aduzca un dictamen pericial podrá solicitar la comparecencia del perito a la audiencia, aportar otro o realizar ambas actuaciones. Estas deberán realizarse dentro del término de traslado del escrito con el cual haya sido aportado o, en su defecto, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la providencia que lo ponga en conocimiento. En virtud de la anterior solicitud, o si el juez lo considera necesario, citará al perito a la respectiva audiencia, en la cual el juez y las partes podrán interrogarlo bajo juramento acerca de su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del dictamen. La contraparte de quien haya aportado el dictamen podrá formular preguntas asertivas e insinuantes. Las partes tendrán derecho, si lo consideran necesario, a interrogar nuevamente al perito, en el orden establecido para el testimonio. Si el perito citado no asiste a la audiencia, el dictamen no tendrá valor.

"Si se excusa al perito, antes de su intervención en la audiencia, por fuerza mayor o caso fortuito, el juez recaudará las demás pruebas y suspenderá la audiencia para continuarla en nueva fecha y hora que señalará antes de cerrarla, en la cual se interrogará al experto y se surtirán las etapas del proceso pendientes. El perito solo podrá excusarse una vez.

"Las justificaciones que por las mismas causas sean presentadas dentro de los tres (3) días siguientes a la audiencia, solo autorizan el decreto de la prueba en segunda instancia, si ya se hubiere proferido sentencia. Si el proceso fuera de única instancia, se fijará por una sola vez nueva fecha y hora para realizar el interrogatorio del perito.

"En ningún caso habrá lugar a trámite especial de objeción del dictamen por error grave.

(…)."

Por su parte, en cuanto se refiere al dictamen decretado de oficio por el Juez o Tribunal, el Código General del Proceso señala lo siguiente:

"**Artículo 230. *Dictamen decretado de oficio.*** Cuando el juez lo decrete de oficio, determinará el cuestionario que el perito debe absolver, fijará término para que rinda el dictamen y le señalará provisionalmente los honorarios y gastos que deberán ser consignados a órdenes del juzgado dentro de los tres (3) días siguientes. Si no se hiciere la consignación, el juez podrá ordenar al perito que rinda el dictamen si lo estima indispensable.

"Si el perito no rinde el dictamen en tiempo se le impondrá multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos legales mensuales y se le informará a la entidad de la cual dependa o a cuya vigilancia esté sometido.

"Con el dictamen pericial el perito deberá acompañar los soportes de los gastos en que incurrió para la elaboración del dictamen. Las sumas no acreditadas deberá reembolsarlas a órdenes del juzgado.

"**Artículo 231. *Práctica y contradicción del dictamen decretado de oficio.*** Rendido el dictamen permanecerá en secretaría a disposición de las partes hasta la fecha de la audiencia respectiva, la cual solo podrá realizarse cuando hayan pasado por lo menos diez (10) días desde la presentación del dictamen.

"Para los efectos de la contradicción del dictamen, el perito siempre deberá asistir a la audiencia, salvo lo previsto en el parágrafo del artículo 228."

Finalmente, en lo que se refiere a la prueba pericial solicitada por una o por ambas partes del proceso arbitral, las normas aplicables son las contenidas en los incisos segundo a sexto del artículo 31 de la Ley 1563 y en del Código General del Proceso, que establecen, respectivamente, lo siguiente:

Ley 1563 de 2012:

"Artículo 31. (…)

"En la audiencia de posesión del perito, el tribunal fijará prudencialmente las sumas que deberán consignar a buena cuenta de los honorarios de aquel, tanto la parte que solicitó la prueba, como la que formuló preguntas adicionales dentro del término que al efecto le señale el tribunal, so pena de que se entienda desistida la prueba respecto de la parte que no hizo la consignación. El tribunal fijará en su oportunidad los honorarios del perito e indicará qué parte o partes deberán cancelarlos y en qué proporción, y dispondrá el reembolso a que hubiere lugar.

"El perito rendirá la experticia en el término que prudencialmente le señale el tribunal. Presentado el dictamen, de él se correrá traslado a las partes por un término de hasta diez (10) días, dentro del cual aquellas podrán solicitar aclaraciones o complementaciones, que si el tribunal estimare procedentes, habrá de atender el perito en informe que será puesto en conocimiento de las partes por el mismo término.

"En ningún caso habrá lugar a trámite especial de objeción del dictamen por error grave. Dentro del término de su traslado, o del de sus aclaraciones o complementaciones, las partes podrán presentar experticias para controvertirlo. Adicionalmente, el tribunal, si lo considera necesario, convocará a una audiencia a la que deberán concurrir obligatoriamente el perito y los demás expertos, que podrán ser interrogados por el tribunal y por las partes.

"Los honorarios definitivos del perito se fijarán luego de concluida esta audiencia si a ella se hubiere convocado; en caso contrario, una vez surtido el traslado del dictamen pericial, sus aclaraciones o complementaciones."

Código General del Proceso:

"**Artículo 229. *Disposiciones del juez respecto de la prueba pericial.*** El juez, de oficio o a petición de parte, podrá disponer lo siguiente:

"1. Adoptar las medidas para facilitar la actividad del perito designado por la parte que lo solicite y ordenar a la otra parte prestar la colaboración para la práctica del dictamen, previniéndola sobre las consecuencias de su renuencia."

2. Consideraciones sobre el dictamen decretado como prueba de oficio en este proceso

Mediante Auto 115 del 6 de marzo de 2019, el Tribunal Arbitral designó a la sociedad **FOREST PARTNERS, ESTRADA Y ASOCIADOS, S.L. – A DUFF & PHELPS COMPANY–** identificada con CIF 0B85173136, con domicilio social en la Calle Miguel Ángel, 21- Piso 3, Madrid-España, 28010, para que rindiera Dictamen Pericial.

El perito **FOREST PARTNERS, ESTRADA Y ASOCIADOS, S.L. – A DUFF & PHELPS COMPANY**, presentó el dictamen pericial el 20 de mayo de 2019, del cual se corrió traslado a los sujetos procesales mediante Auto No. 126 del 24 de mayo de 2019 (Acta No. 103). El 11 de junio de 2019 el perito presentó su respuesta a las solicitudes de aclaración y complementación del dictamen que fueron trasladadas a los sujetos procesales, y se realizó su contradicción de conformidad con la ley.

Dentro de la oportunidad legal, las sociedades Odebtrecht y Episol S.A.S. por conducto de sus apoderados presentaron cada una un experticio para contradecirlo, sin perjuicio de solicitar la comparecencia de los peritos para ser interrogados en audiencia.

Las declaraciones del perito que rindió el dictamen pericial de oficio y de los peritos que elaboraron los dictámenes para contradecirlos fueron recibidas en audiencias de 6, 7 y 12 de julio de 2019.

De conformidad con la Constitución Política y la ley, en ejercicio de los derechos de defensa, contradicción y debido proceso, todo dictamen pericial, como todo medio de prueba, puede ser controvertido.

Aquí es necesario indicar que nuestro actual sistema procesal ha introducido algunos cambios al régimen de contradicción de los dictámenes periciales; así, por ejemplo, el inciso final del artículo 228 del Código General del Proceso, determina que *"En ningún caso habrá lugar a trámite especial de objeción del dictamen por error grave"* y, en términos idénticos, el inciso quinto del artículo 31 de la Ley 1563 de 2012, norma especial que regula el arbitraje, precisa que *"En ningún caso habrá lugar a trámite especial de objeción del dictamen por error grave."*

Como se puede observar, las normas citadas son coincidentes en proscribir el trámite de las objeciones que se surtía bajo el anterior régimen probatorio, pero no las objeciones mismas, que sigue siendo un derecho de la parte inconforme a disentir de las conclusiones técnicas de los auxiliares de la justicia.

Así, entonces, rendido el dictamen pericial, las partes pueden, en ejercicio de sus derechos constitucionales de contradicción y defensa y como lo ordena la segunda parte del inciso quinto del artículo 31 de la Ley 1563 de 2012, dentro del término de su traslado, o del de sus aclaraciones o complementaciones, controvertirlo, como lo hicieron oportunamente los apoderados de los arriba citados sujetos procesales, con la formulación de objeción integral en un caso y, con la objeción parcial en otro.

Significa lo anterior que la parte que no esté satisfecha con el dictamen rendido en los términos del artículo 31 de la Ley 1563 de 2012 puede controvertirlo y para tal efecto, lo puede objetar, y para demostrar tal objeción puede presentar experticias todo con la finalidad de que el Tribunal aprecie el dictamen de acuerdo con la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y las demás pruebas que obren dentro del proceso, según lo dispone el artículo 232 del C.G. del P.

Controvertido el dictamen pericial rendido en virtud del decreto oficioso del Tribunal, se reitera que el inciso quinto del artículo 31 de la Ley 1563 de 2012, determina que *"En ningún caso habrá lugar al trámite especial de objeción al dictamen por error grave"*, motivo por el cual, el Tribunal no dio trámite especial a dicha objeción.

El Tribunal recuerda que el citado trámite especial de objeción al dictamen por error grave, ahora proscrito, estaba contenido en los numerales 5 a 7 del artículo 238 del C. de P.C., modificado por el artículo 1, numeral 110 del Decreto Extraordinario 2282 de 1989. En el citado numeral 5 se ordenaba que del escrito de objeción que debía precisar el error y contener la petición de pruebas para demostrarlo, se daría traslado a la otra parte en la forma indicada en el artículo 108, por tres días, dentro de los cuales podría ésta pedir pruebas, al tiempo que el juez decretaría las que considerara necesarias para resolver sobre la existencia del error y concedería el término de diez días para practicarlas. Si se trataba de un dictamen rendido como prueba de las objeciones éste no sería objetable, pero dentro del término del traslado, las partes podían pedir que se aclarara o complementara. En el citado numeral 6 se establecía que la objeción sería decidida en el Laudo, en tanto que el numeral 7 disponía que las partes podrían asesorarse de expertos, cuyos informes serían tenidos en cuenta por el Tribunal, como alegaciones de ellas.

En el caso de autos, la sociedad **FOREST PARTNERS, ESTRADA Y ASOCIADOS, S.L. – A DUFF & PHELPS COMPANY–** presentó el Dictamen Pericial Técnico y Económico Financiero decretado de oficio y dentro de su traslado, todos los sujetos procesales presentaron solicitudes de aclaración y complementación y, además, en la debida oportunidad las Sociedades Odebrecht y Episol formularon contradicción al dictamen decretado de oficio y aportaron contra dictámenes que fueron elaborados por FTI y Valora Consulting.

Par resolver el Tribunal advierte en primer lugar que la contradicción formulada por las sociedades ODEBRECHT contra el dictamen decretado de oficio se hizo en forma anticipada, toda vez que aún no se había rendido las aclaraciones al referido dictamen. De otra parte que, rendidas las referidas aclaraciones y complementaciones, se presentaron fuera de término -inclusive en la audiencia de alegaciones- nueve (9) escritos complementarios de la objeción anticipada.

Un dictamen pericial incurre en error grave, cuando el perito en sus exámenes, análisis, estudios y experimentos incurre en un yerro mayúsculo que desfigura por completo el objeto de la prueba, trayendo como consecuencia que las conclusiones incorporadas en el dictamen sean contrarias a la realidad. Desde esta perspectiva, el error grave se traduce en una alteración de la materia que ha sido analizada por el perito, circunstancia que lo conduce a exponer conclusiones desacertadas que, como es apenas obvio, hacen desaparecer su mérito demostrativo.

No cualquier equivocación o imprecisión del perito se considera un error grave susceptible de aniquilar el valor y utilidad probatoria del dictamen pericial. Es por ello que la fundamentación deficiente, lacónica o parca de un dictamen, no constituye error grave; tampoco lo son los yerros leves o intrascendentes que poca incidencia tienen en el resultado final de la prueba. Mucho menos puede considerarse error grave el simple desacuerdo con los métodos o procedimientos utilizados por el perito, pues lo que al final de cuentas importa es que las conclusiones del dictamen se encuentren debidamente sustentadas y que sean acordes a la realidad. El error debe ser, entonces, un verdadero dislate en el examen del objeto de la prueba que trae como consecuencia que en el dictamen se exponga una conclusión que no consulta la realidad.

Como bien lo ha dicho la jurisprudencia, el error grave "*es aquel que de no haberse presentado, otra habría sido la solución o el sentido del dictamen, por haber recaído éste sobre materias, objetos o situaciones distintos de aquellos sobre los cuales debe versar la pericia o cuando el perito dictamina en sentido contrario a la realidad y de esa manera altera en forma ostensible la cualidad, esencia o sustancia del objeto analizado*"[56].

Así mismo, se ha señalado por la jurisprudencia que "*la objeción por error grave procede no por la deficiencia del dictamen ante la falta de fundamentación o sustento técnico y científico o por la insuficiencia o confusión de los razonamientos efectuados por los peritos, sino por su falencia fáctica intrínseca, a partir de la cual no puede obtenerse un resultado correcto, por cuanto parte de premisas falsas o equivocadas en relación con el objeto mismo materia de la experticia* (…)"[57]

[56] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 25 de agosto de 2011, expediente 14461, C.P. Danilo Rojas Betancourth.
[57] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de agosto de 2014, expediente 20912, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

Al respecto, debe advertirse que la jurisprudencia arbitral ha sido cuidadosa y exigente en este punto y así se pronunció, por ejemplo, en el laudo arbitral proferido dentro del proceso promovido por la compañía Central de Seguros, S.A. y la compañía central de Seguros de Vida, S.A. contra la Sociedad Maalula Ltda.[58], en los siguientes términos:

"Tal ha sido, igualmente, la línea jurisprudencial seguida por la justicia arbitral, como se deduce, entre otros, de los laudos de 7 de Septiembre de 1993 (Mitsui de Colombia vs Metalec); 17 de Noviembre de 1993 (Representaciones Cajio y Cortés Ltda vs Satena); 22 de Febrero de 1994 (Alfredo Muñoz y Cía Ltda vs Pontifica Universidad Javeriana); 10 de Noviembre de 1997 (Mallas, Equipos y Construcciones Ltda vs Fondo Nacional de Ahorro) y 13 de Julio de 1999 (Somos Consultores de Seguros Ltda vs Mapfre Seguros Generales de Colombia), en todos los cuales se ha puesto de presente que no pueden considerarse como constitutivas de error grave, para los efectos del artículo 238 del C. de P.C, las simples inconformidades de la parte objetante con las conclusiones de los expertos o con los métodos científicos por ellos seguidos para dar respuesta a los cuestionarios sometidos a su consideración. Es decir, que las diferencias de opinión entre el objetante y los peritos no abren paso jamás a una objeción por error grave"

Es pertinente, entonces, recordar que el error grave no debe ser entendido como una simple discrepancia o desacuerdo entre una de las partes y el perito sino que, como lo ha dicho la Corte Suprema, los reparos al dictamen por error grave *"deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos."*[59]

La ocurrencia y la magnitud del error deben encontrarse acreditadas en el proceso, pues de lo contrario no puede restarse mérito demostrativo a la prueba, a lo cual se agrega que, en todo, caso el juez debe valorar el peritaje de acuerdo con las reglas y postulados de la sana crítica y en conjunto con los demás elementos de juicio obrantes en el expediente.

Según lo establece el artículo 232 del C.G.P. *"El juez apreciará el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia, y las demás pruebas que obren en el proceso".*

El perito **FOREST PARTNERS, ESTRADA Y ASOCIADOS, S.L. – A DUFF & PHELPS COMPANY–** a través de su equipo presentó las aclaraciones y complementaciones que le fueron solicitadas por los sujetos procesales y concurrió a las audiencias que se convocaron para que sustentara el dictamen integrado, en las cuales el Tribunal y los apoderados de las Partes formularon los interrogantes que tenían. Tanto en el escrito de aclaraciones como en las audiencias se resolvieron buena parte de los interrogantes, se corrigieron algunas imprecisiones en que incurrió la pericia y, en otros casos, se observó que existía solo una discrepancia conceptual entre la postura del perito y la postura de las partes.

2. De las Objeciones por Error Grave del dictamen pericial de Duff & Phelps

2.1. De la Procedencia de las Objeciones por Error Grave y del Dictamen Pericial como medio de prueba

Aunque el artículo 31 de la Ley 1563 de 2012 establece que en el proceso arbitral "en ningún caso habrá lugar a trámite especial de objeción del dictamen por error grave", ello no quiere decir que tal objeción, como la garantía máxima que pueden tener las partes a la hora de impugnar los dictámenes que se encuentren viciados por defectos graves, no pueda ser tramitada y decidida dentro del procedimiento arbitral. Tal posición ha sido apoyada por el Consejo de Estado, quien ha aclarado que lo que hizo el Código General del Proceso -el cual, de manera análoga, eliminó el trámite *incidental* por error grave- fue precisamente abolir dicho trámite, que a la larga resultaba desgastante, pero no la posibilidad de que las partes enerven la objeción. En otras palabras, las objeciones por error grave pasan a resolverse de manera ordinaria dentro del proceso, eso sí, dentro del contexto de

[58] Laudo de fecha 20 de septiembre de 2000
[59] Corte Suprema de Justicia, Bogotá. En Gaceta Judicial, septiembre 8 de 1993. Tomo L11, p. 306

las garantías sustanciales y procesales que de manera especial deben desplegarse frente a una prueba tan importante como la que nos ocupa. Las objeciones, entonces, deben surtirse a través de las distintas oportunidades procesales que tienen las partes como serían las de aportar *contradictámenes* e interrogar al perito en compañía de los expertos técnicos que apoyen sus objeciones[60]. Todo ello ocurrió en el presente proceso y, como resulta procedente, el Tribunal procederá a resolver las objeciones directamente en el laudo.

Ahora bien, la evaluación que haga el Tribunal necesariamente tendrá que partir de los criterios jurisprudenciales[61] y legales que determinan el carácter probatorio del dictamen pericial y la posibilidad de que el mismo sea objeto de una objeción por error grave. Al respecto y como introducción es importante señalar:

1. Que el dictamen pericial nunca tiene, por sí mismo, una fuerza decisiva. Al respecto, el juez es "autónomo al valorar el dictamen y verificar la lógica de sus fundamentos y resultados, toda vez que el perito es auxiliar de la justicia, pero él no la imparte ni la administra, de manera que el juez no está obligado a aceptar ciegamente las conclusiones de los peritos, pues si ello fuere así, estos serían falladores"[62] .

2. Que el dictamen pericial como medio de prueba procede para verificar hechos que interesan al proceso y que requieren especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos.

3. El perito debe informar sobre lo que sepa de los hechos que se sometan a su experticio, sin importar a cuál de las partes perjudica o beneficia, de manera que su dictamen sea personal y contenga conceptos propios sobre las materias objeto de examen, no de otras personas, por autorizadas que sean, sin perjuicio de que el experto pueda solicitar el concurso de otros técnicos bajo su dirección y responsabilidad.

4. El perito debe ser un verdadero experto, no debe dudarse sobre su imparcialidad, no debe haberse probado una objeción por error grave, el peritaje debe estar debidamente fundamentado y sus conclusiones deben ser claras, firmes y ser una consecuencia de las razones dadas por el profesional.

5. El dictamen debe ser claro, preciso, exhaustivo y detallado, de manera que en el mismo se expliquen los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones (art. 226 del CGP).

6. El juez debe apreciar el cumplimiento del deber del perito de acuerdo con las reglas de la sana crítica, pudiendo incluso negarle efectos al dictamen cuando existan circunstancias que afecten gravemente su credibilidad (artículo 235 del CGP).

7. El juez tiene el deber de estudiar, bajo las reglas de la sana crítica, el dictamen pericial, así como valorar sus resultados. Si lo encuentra ajustado y convincente, "puede tenerlo en cuenta total o parcialmente al momento de fallar; o desechar sensatamente y con razones los resultados de la peritación por encontrar sus fundamentos sin la firmeza, precisión y claridad que deben estar presentes en el dictamen para ilustrar y transmitir el conocimiento de la técnica, ciencia o arte de lo dicho, de suerte que le permita al juez otorgarle mérito a esta prueba por llegar a la convicción en relación con los hechos objeto de la misma"[63].

8. Los requisitos para que el dictamen pericial sea apreciado por el juez, son los siguientes:

a. Debe estar fundamentado, de manera que "si el perito se limita a emitir su concepto, sin explicar las razones que lo condujeron a esas conclusiones, el dictamen carecerá de eficacia

[60] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 1 de agosto de 2016, R. 56494, con ponencia de Martha Nubia Velásquez.
[61] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 15 de abril de 2010, R. 18014, con ponencia de Mauricio Fajardo Gómez.
[62] Ibídem
[63] Ibídem

probatoria y lo mismo será si sus explicaciones no son claras o aparecen contradictorias o deficientes. Corresponde al juez apreciar este aspecto del dictamen y (…) puede negarse a adoptarlo como prueba si no lo encuentra convincente y, con mayor razón, si lo estima inaceptable".

b. Las conclusiones de la prueba deben ser "claras, firmes y consecuencia lógica de sus fundamentos… puede ocurrir también que el juez no se encuentre en condiciones de apreciar sus defectos, en cuyo caso tendrá que aceptarla; pero si considera que las conclusiones de los peritos contrarían normas generales de la experiencia o hechos notorios o una presunción de derecho o una cosa juzgada o reglas elementales de la lógica, o que son contradictorias o evidentemente exageradas o inverosímiles, o que no encuentran respaldo suficiente en los fundamentos del dictamen o que están desvirtuadas por otras pruebas de mayor credibilidad, puede rechazarlo…"

c. Las conclusiones también deben ser "convincentes y no parecer improbables, absurdas o imposibles… no basta que las conclusiones sean claras y firmes… porque el perito puede exponer con claridad, firmeza y lógica tesis equivocadas. Si a pesar de esa apariencia, el juez considera que los hechos afirmados en las conclusiones son improbables, de acuerdo con las reglas generales de la experiencia y con la crítica lógica del dictamen, este no será convincente, ni podrá otorgarle la certeza indispensable para que lo adopte como fundamento exclusivo de su decisión…"

d. Que "no existan otras pruebas que desvirtúen el dictamen o lo hagan dudoso o incierto"[64].

Ahora bien, la carencia de alguno o algunos de los requisitos expuestos no necesariamente comporta que el dictamen adolezca de un error grave, aunque por supuesto su falta o defecto incidirán en el valor probatorio que le de el fallador. Al respecto, al sentir de la jurisprudencia, para que se concrete el cargo por error grave debe demostrarse que el peritazgo "cambia las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o toma como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven… de donde resulta a todas luces evidente que las tachas por error grave… no pueden hacerse consistir en apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada"[65] .

Los requisitos para que se presente el error grave, de acuerdo con la jurisprudencia, son:

a. Que el peritaje peque contra la lógica. El error grave tiene la cualidad de ir contra la naturaleza de las cosas, como cuando se afirma que un objeto o persona tiene determinada peculiaridad y resulta que tal cualidad no existe.
b. Que tenga tal entidad que, de comprobarse, se concluya que el resultado del dictamen habría sido distinto.
c. Que suponga conceptos objetivamente equivocados.
d. Que el peritazgo tenga bases equivocadas de una magnitud tal, que exijan la intervención de otros peritos que por supuesto tendrán que llegar a conclusiones distintas.
e. Debe aparecer "ostensible y objetivado"[66].

Con base en lo dicho, a continuación se resolverá sobre cada una de las objeciones, para lo cual se advierte que en el acápite del laudo en el que se analiza el dictamen de Duff & Phelps y su contradicción, se presenta una referencia extensa a cada uno de los puntos invocados por las partes para sustentar las mismas.

2.2. **De las Objeciones de Episol**

Episol subraya, en el encabezado y en varios de los apartes de su escrito de objeciones, que su tacha es una objeción "parcial" por error grave y de tal manera será resuelta por este Tribunal. Esta precisión es importante porque no deja de ser confuso el documento que presenta al Tribunal

[64] Ibídem
[65] Ibídem
[66] Ibidem

cuando advierte que el dictamen pericial adolece de "error grave" por no cumplir con los requisitos de ser claro, preciso, exhaustivo y detallado, y por no explicar los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuadas, en los términos del inciso quinto del artículo 226 del CGP. También expresa que las personas individuales que materializaron el dictamen pericial no son idóneas y actuaron a nombre propio, no de la sociedad Duff & Phelps, pues a su juicio no se encuentra acreditado en el expediente que la mencionada Firma haya sido la que fue contratada para rendir el dictamen pericial. Finalmente, aduce que el dictamen está lleno de puntos de derecho que el perito no podía resolver en los estrictos términos del artículo 226 del CGP.

Lo anterior no deja de sorprender si se tiene en cuenta que Episol, con posterioridad, presenta un *contradictamen* que se basa, precisamente en todas las cifras del dictamen de Duff & Phelps y, por si fuera poco, en sus alegatos de conclusión solicita, precisamente, que se apliquen los resultados presentados por esta Firma. Sobre este último punto hay que subrayar que si bien Episol pretende sustentar sus conclusiones en lo dicho por el experto que lo acompañó en el dictamen, es decir, en la Firma Valora, esta última lo que hizo fue copiar las cifras a las que había llegado Duff & Phelps y reorganizarlas para efectos de dar un orden a las conclusiones en los términos de la Ley 1882 de 2018. Como veremos, esta metodología es prácticamente igual a la que presentó la propia Firma D&P en su Comunicación del 8 de Julio de 2019, a la que ya se hizo alusión y que fue expuesta durante el tiempo en que transcurrió la audiencia de contradicción iniciada el día 20 de junio y terminada el día 12 de julio del año en curso.

Por ello, el Tribunal se permite hacer varias aclaraciones. En primer lugar, dado que Episol presentó una objeción *parcial* y que el dictamen tenía 20 preguntas, el Tribunal solo procederá a resolver sobre las objeciones que encuentre precisas y que, por consiguiente, ataquen una especial pregunta o un especial punto del dictamen. No considera el Tribunal que existan elementos, salvo por supuesto los referidos a la idoneidad de los peritos o a las calidades con las que actuaron -a lo cual nos referiremos en breve-, que permitan desechar la prueba de manera integral y ello tampoco sería procedente de acuerdo con el marco legal y jurisprudencial que acaba de definirse para resolver el problema. En efecto, una cosa son los defectos de los cuales pueda adolecer el dictamen para ser tomado como plena prueba y otra, muy distinta, son los errores "graves" en que el mismo pueda incurrir.

Por ello, el Tribunal pasará a revisar cada uno de los puntos puestos de manifiesto de manera oportuna por Episol, para de tal forma definir cuáles aspectos del peritaje, de manera precisa y concreta, no serán tenidos en cuenta por adolecer de errores graves, si fuere el caso. Los demás elementos presentados por quienes presentan la objeción, serán tenidos en cuenta a la hora de definir la suerte de la controversia, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Tal como quedó advertido en el acápite que estudió a profundidad el dictamen pericial, la Firma Duff & Phelps es idónea para preparar, elaborar y presentar el dictamen pericial. No sólo tiene presencia y prestigio a nivel global, sino que tiene una amplia experiencia en proyectos como el que se discute en el proceso y en peritajes técnicos rendidos ante los Tribunales más conocidos del mundo. El equipo de profesionales encargado de desarrollar su gestión, por su parte, acreditó tener las competencias y credenciales para desarrollar el trabajo.

Al respecto, queremos recordar que tal como quedó consignado en el Acta 95 del 14 de marzo de 2019, mediante correo electrónico del 5 de marzo fue remitida por el secretario del Tribunal, a todas las partes e intervinientes, la información relativa a la sociedad FOREST PARTNERS, ESTRADA Y ASOCIADOS, S.L -A DUFF & PHELPS COMPANY, sin que dentro de los cinco días hábiles siguientes a la referida comunicación alguno de ellos hubiera objetado las calidades o idoneidad del perito. Luego, mediante Auto 115 del 6 de marzo del mismo año, el Tribunal designó a la referida sociedad para que rindiera el dictamen pericial al que se refirieron los Autos 109 y 110 proferidos el 18 de febrero de 2019.

Mediante correo electrónico del 8 de marzo de 2019, el secretario del Tribunal informó a la Firma FOREST PARTNERS, ESTRADA Y ASOCIADOS, S.L -A DUFF & PHELPS COMPANY- sobre su designación como perito en este proceso. En la misma fecha, por intermedio del doctor

Vicente Estrada quien se presentó como su representante, Duff & Phelps manifestó su aceptación a esta designación.

Por su parte, el Señor Vicente Estrada, junto con su equipo de trabajo, acudió a la audiencia referida del 14 de marzo de 2019 y, en su calidad de representante de la Firma mencionada, tomó juramento y prometió cumplir con las normas que se le imponen, en especial con los preceptos de los artículos 235 y 226 del CGP.

Luego de terminada la gestión y una vez examinado el trámite en general, el Tribunal encuentra que el perito fue objetivo e imparcial, al punto que muchas de las respuestas a las preguntas que se le formularon favorecen o perjudican indistintamente a todas las partes del proceso. No se ve en su escrito ninguna tendencia a favorecer o perjudicar, de manera especial, a ninguno de los sujetos. Por el contrario, hay puntos en su dictamen que favorecen a los intereses de la Concesionaria y sus litisconsortes y coadyuvantes; así como otros que favorecen a los intereses de la ANI.

El dictamen, por su parte, fue acompañado de los documentos que le sirvieron de fundamento al perito, así como de los que acreditan su experiencia e idoneidad. También acreditaron la inscripción de uno de los miembros que suscribió el dictamen pericial, ante el Autorregulador Nacional de Avaluadores (ANA).

El documento, por su parte, explica los métodos que fueron aplicados por el perito para extraer sus conclusiones, al tiempo en que relaciona los documentos e informaciones que fueron utilizados para su elaboración y cumple con los requisitos formales previstos en el artículo 226 del CGP. En cuanto a su claridad y precisión y a si el Tribunal puede tomar como ciertas algunas de sus conclusiones, a ello nos referiremos más adelante, en la medida en que se absuelvan las objeciones presentadas por las partes y en la medida en que el Tribunal deba acudir al dictamen como medio de prueba.

Por lo anterior, consideramos que las afirmaciones de Episol en el sentido de que a este proceso no concurrió Duff & Phelps y que esta Firma no contaba con las credenciales para la realización del dictamen, son infundadas. De hecho, de ser ciertas, tendrían que ser ventiladas ante la justicia penal por cuanto implicarían la falsedad de todos los documentos y antecedentes que precisamente exigió el Tribunal al perito para cerciorarse de sus condiciones y calidades y que en efecto fueron aportados y revisados minuciosamente por los sujetos procesales y por el propio Tribunal.

Tampoco considera el Tribunal que tenga motivos para desechar la prueba en su integridad. La razón más importante es que ninguna de las partes explicó por qué cada una de las respuestas a las veinte preguntas formuladas deba ser rechazada y, en tal medida, no podría este Tribunal rechazar integralmente la prueba sin contar con los elementos técnicos necesarios para hacerlo, sin perjuicio claro está, de la posibilidad que tiene el Tribunal de dar mayor o menor credibilidad a las conclusiones a las cuales llega el perito, teniendo en cuenta el acervo probatorio que existe en el expediente y las reglas de la sana crítica.

Hechas las anteriores aclaraciones, el Tribunal procederá a atender, una a una, las objeciones *puntuales* hechas por Episol y que fueron sustentadas en el dictamen pericial que presentó la referida sociedad como fundamento de las mismas, que fue preparado por la Firma Valora.

2.2.1. Acerca de si el Perito se pronunció sobre temas de Derecho, en contra de lo previsto por el artículo 226 del CGP

De manera general el Tribunal encuentra que el hecho de que un dictamen pericial haga referencias a puntos de derecho y, en su caso, proceda a citar disposiciones que en determinado momento puedan sustentar las posiciones técnicas del experto, no por ello se incumple con el precepto del artículo 226 del CGP en cuanto prohíbe que el dictamen "verse sobre puntos de derecho". Y lo que es más importante, aún de probarse tal circunstancia, la misma no necesariamente determinaría un "error grave" por parte del experticio, sino simplemente su incapacidad para ser considerado, precisamente, un dictamen pericial. Se trataría, entonces, de un medio de prueba distinto de la prueba pericial, que solo podría ser tomado por el juez como parte de las "alegaciones" de las partes, dado el caso, en los

términos del artículo 226 del CGP, o de una prueba completamente distinta, dependiendo de lo que se trate.

En todo caso, como bien lo advierte la disposición, lo que la Ley prohíbe es que la prueba pericial tenga como *objeto* puntos de Derecho, lo cual no puede llevar al extremo de prohibir que el perito, en determinado momento, tenga que acudir a la Ley para apoyar sus conclusiones. Las mismas partes, por ejemplo, solicitaron durante la etapa de contradicción que el perito hiciera cálculos del valor de las restituciones basados en la Ley 1882 y la sentencia de la Corte Constitucional C-207 de 2019 y nadie entendió que el dictamen rendido por Duff & Phelps pudiera, con ello, terminar por "versar" o "tener por objeto" puntos jurídicos. Por supuesto que tales apreciaciones jurídicas no tendrían que ser necesariamente compartidas por el Tribunal, como tampoco podrían tener la "entidad" propia de un peritaje técnico, y mucho menos podrían tener la entidad suficiente como para desvirtuar la prueba en su conjunto, en cuanto versa, principalmente, sobre aspectos que son técnicos.

Este Tribunal también encuentra que lo que hace Episol, en su alegato, es citar apartes aislados del dictamen pericial, sin que de manera clara pueda advertirse que el mismo "verse sobre temas de derecho". Pero como ya se advirtió, para el Tribunal es claro que ello no es cierto, tal como lo demuestran las más de 600 páginas empleadas por los peritos para sustentar sus posiciones, tanto en su escrito original como en su respuestas a las aclaraciones y complementaciones solicitadas por los sujetos procesales y el Tribunal. Todas ellas se refieren, primariamente, a cálculos de avances de obra, a CAPEX, OPEX, criterios estadísticos, valoraciones, sistemas de riesgo y, en fin, a un cúmulo de temáticas que son importantes para la resolución de este debate.

Existen asuntos que no por estar contemplados en leyes pueden considerarse "jurídicos". La ley tiene la función de aprehender y regular realidades y, al hacerlo, puede inmiscuirse en temas de la más variada índole, desde unos técnicos hasta otros que más serían propios de la opinión de un grupo de personas, pasando incluso por consideraciones morales. No por ello, cuando alguien entra a abordar tales temáticas, hace valoraciones jurídicas.

Ello ocurre, por ejemplo, con el concepto de "perjuicio". Como bien lo anotaron los peritos en sede de contradicción, esta noción también permea la práctica forense y, nosotros diríamos, es un concepto universal que se utiliza incluso en el lenguaje ordinario de individuos que pertenecen a un grupo social y que se benefician o *perjudican* por efecto de la interacción que tienen con otros actores. El hecho de que D&P se haya referido a "perjuicios", no por ello su dictamen se convierte en un estudio técnico sobre puntos de derecho. Los peritos también invocan la Ley Colombiana, porque era de esperarse que la revisaran o acudieran a ella para definir si hay algo en la misma que pueda cambiar sus conclusiones eminentemente técnicas -como precisamente ocurre en este caso, en el que las valoraciones técnicas pueden diferir de las jurídicas- y, como ya lo advertimos, las mismas partes solicitaron al perito tener en cuenta la Ley para responder o corregir sus apreciaciones.

Por lo anterior, esta objeción de Episol no está llamada a prosperar.

1.2.2. Sobre si el cálculo de los "costes a incurrir en exceso sobre el valor del contrato neto de peajes" se funda en varios errores graves, que se revisarán cada uno por separado

1.2.2.1. Error grave al haber aplicado una regla de tres para la cuantificación del cost to complete (Pregunta 4 hecha por el Tribunal)

Este cálculo hecho por el perito representa la cuantificación de los mayores costes que implicaría llevar a término el Contrato de Concesión, con base en las prestaciones ejecutadas y no ejecutadas (*cost to complete*). Se trataba de una pregunta muy importante para el Tribunal, porque se quiso tener una idea del costo que para la ANI supondría terminar la obra a partir del punto de ejecución en el que la habría dejado la Concesionaria. Para resumir las conclusiones del perito, este concluyó que bajo la metodología del artículo 48 de la Ley 80 de 1993 (Pregunta 2), la ANI requeriría de aproximadamente 3.6 billones de pesos para terminar la obra; mientras que bajo la metodología del artículo 20 de la Ley 1882, requeriría de 4.4 billones.

De acuerdo con Episol, este proceder comportó calcular el *cost-to-complete* con una regla de tres simple (página 164 cuadro 84 del dictamen pericial) en la cual determinó, con base en el valor de las obras ya ejecutadas, el valor de las obras pendientes de ejecutar. Así, el perito determinó que si en su valoración las obras costaban "X" y ello correspondía a un porcentaje de ejecución "Y", la determinación del costo para completar la obra podía surgir de una regla de tres simple en la que con base en las anteriores variables se podría determinar el 100% del valor del proyecto y, con este, el monto necesario para su terminación.

El Tribunal advierte, sobre este particular, que si bien no encuentra lo suficientemente sustentado el raciocinio del perito y, en todo caso, el mismo no dio respuesta satisfactoria a la necesidad de explicar en qué metodología se basaba para fundamentar su respuesta, es decir, no argumentó con suficiencia cuál es el fundamento con base en el cual concluye que una regla de matemáticas básicas pueda ser útil para dimensionar lo que falta por construir en una obra de estas magnitudes, ello no comporta un error grave. No se trata, en los términos de la jurisprudencia referida anteriormente, una afirmación que atente contra la naturaleza de las cosas ni el Tribunal encuentra evidencia de que de comprobarse un supuesto error en lo dicho, las conclusiones del perito hubieren sido distintas.

Es cierto que no se aprecia en el dictamen un fundamento serio capaz de conducir a que la valoración de una obra completa sirva para cuantificar, mediante la aplicación de una regla de tres, el valor que implica su terminación, sobre todo si se tiene en cuenta que la mayoría de las variables de una fórmula como estas, en el caso concreto, ha cambiado: el sujeto o sujetos que se encargarán de terminar la obra no son la Concesionaria y su Epecista, no es claro en qué estado recibirán la obra, no es claro si a la hora de licitar tendrán en cuenta los mismos criterios de la Convocante para llevar la construcción a término y no es claro cuáles de los insumos entregados por la Concesionaria a la ANI serán útiles para ese nuevo licitante, constructor o concesionario, o si este tendrá que desgastarse en reprocesos que impliquen unas mayores erogaciones.

No es lógica para el Tribunal, en últimas, la afirmación según la cual las obras que faltan por concluir pueden calcularse a partir del valor de las obras ya realizadas. Semejante afirmación tendría que partir, a lo sumo, de una descripción *in extenso* de la magnitud de las actividades pendientes de ejecución en el Contrato de Concesión, lo cual el Tribunal no encuentra en el dictamen pericial, como tampoco en las discusiones que se dieron en sede de contradicción.

No obstante, se reitera, lo anterior no resulta suficiente para que el Tribunal considere procedente la objeción por error grave y más bien advierte que la lógica y convicción de los argumentos presentados por el perito serán evaluados a la hora de valorar la prueba. Como bien lo anota la Jurisprudencia, no pueden confundirse dos factores jurídicamente distintos como son el error grave y la deficiencia en la fundamentación del dictamen pericial. La deficiencia en la fundamentación del dictamen no da lugar al error grave, sino a la necesidad de evaluarlo en el análisis de fondo que haga el Tribunal, que puede traer como consecuencia su desestimación. Así, el Consejo de Estado ha sostenido[67]:

"También ha dicho la jurisprudencia que no se deben confundir dos factores jurídicamente distintos: el error grave en un dictamen pericial y la deficiencia en la fundamentación del mismo.

El error supone concepto objetivamente equivocado y da lugar a que los peritos que erraron en materia grave sean reemplazados por otros. La deficiencia en la fundamentación del dictamen no implica necesariamente equivocación, pero da lugar a que dicho dictamen sea descalificado como plena prueba en el fallo por falta de requisitos legales necesarios para ello.
Como lo sostiene el proveído recurrido es al juzgador a quien corresponde apreciar el dictamen pericial, examinar si los juicios o razonamientos deducidos por los peritos tienen un firme soporte legal, o si los demás elementos de convicción que para apoyar las respectivas conclusiones del peritazgo, y que éste es precisamente el sentido natural y obvio del artículo 720 del CJ"[68].

[67] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de julio de 2016, exp. 34.130, MP Ramiro Pazos Guerrero
[68] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 5 de mayo de 1973, exp. 1270, MP Carlos Portocarrero Mutis. Esta posición fue recogida en la Sentencia del 20 de Febrero de 2014, exp. 23.482 M.P. Ramiro Pazos Guerrero

Por lo anterior, el Tribunal no declarará probada la objeción en este específico punto.

1.2.2.2. Error grave al desconocer el dictamen pericial el Valor Presente de los Ingresos Totales del Contrato (VPIT), lo que lo llevó al perito a calcular, erradamente, los perjuicios contractuales causados por la terminación anticipada del Contrato de Concesión (Pregunta 5), así como los reconocimientos a favor del contratista (Preguntas 9, 10 y 11).

Juzga Episol, bajo distintas premisas, las conclusiones del dictamen que se desprenden del hecho de que el perito partió de un valor del Contrato de Concesión que supone tomar el valor presente del mismo en pesos constantes de 2008 y actualizarlo por el IPC a marzo de 2019 (página 169, cuadro 85). En otras palabras, el perito tomó el valor presente del contrato de 2.771.093 Millones de pesos de diciembre de 2008 (2.7 billones), a ese valor le aplicó la inflación correspondiente, y así concluyó que el contrato tenía un valor de $4.034.157 Millones de pesos (4.03 billones de pesos).

Las apreciaciones hechas por Episol de manera directa y debidamente sustentadas en el dictamen pericial realizado por la Firma Valora, sobre este específico punto (y que son expuestas abiertamente en el acápite correspondiente), son compartidas por el Tribunal. El error en que incurrió el perito, al considerar que el contrato de Concesión tenía un valor total de 4.03 billones de pesos, es contrario a los hechos, es evidente y ostensible y no cabe duda que de no haberse incurrido en él, los resultados del dictamen en varios de sus puntos habrían sido distintos.

En efecto, el perito concibió la determinación del valor del contrato como un punto de partida para establecer, principalmente, i) los perjuicios sufridos por la ANI; así como ii) los valores que las partes debían reconocerse entre sí como producto de la nulidad del contrato, así como los topes de los reconocimientos a favor del contratista. De esta manera estimó, en términos muy simples, que cualquier valor que la ANI tuviera que invertir en terminar el proyecto, en exceso del valor del contrato entendido como la suma de 4.03 billones, constituía un sobrecosto y, concretamente, un perjuicio sufrido por la entidad. En la práctica, tal apreciación llevó al perito a sustentar en este caso la existencia de sobrecostos por terminar la obra que oscilarían entre 2.8 y 6.4 billones de pesos, los cuales además fueron incrementados en la etapa de la contradicción del dictamen y que incluso llevaron a las partes a ver en el papel supuestos perjuicios superiores a los 18 billones de pesos. En efecto, mientras los sujetos procesales trataban de hacer ver al perito los sustentos de su error y este insistía en el mismo, los perjuicios presentados se fueron incrementando como consecuencia de cálculos que no tenían sustento lógico y que aparecen consignados en los acápites correspondientes de este laudo. Si bien el perito sostuvo que esos cálculos adicionales no dejaban de ser un ejercicio académico para demostrar el error de las partes que se opusieron a la metodología empleada por el experto, las cifras presentadas no dejaron de causar revuelo por las cifras involucradas.

Los efectos de este error se acentúan si se tiene en cuenta que el perito estimó el grado de ejecución de la obra en un poco más del 50%, con lo cual cualquier pago por encima de ese porcentaje aplicado a los 4.3 billones podría terminar siendo presentado como un perjuicio cierto de la ANI. La afirmación no solo parece insólita si se tiene en cuenta que hoy día, sin que el contrato se haya ejecutado en su totalidad, la entidad ha hecho pagos superiores a ese monto, sino en el hecho de que parte de una premisa errada, consistente en que ese es el valor del contrato.

El Tribunal no tiene elementos para asumir que la ANI habría podido desarrollar toda la obra en 4.3 billones de pesos. Tampoco los tiene para determinar, así sea remotamente, cuál será el valor de los sobrecostos por terminar el proyecto de la Ruta del Sol 2. No obstante, el Tribunal sí tiene todo el sustento para entender que tal cifra de 4.3 billones no fue la pactada para la ejecución del 100% de la obra, como lo entiende y lo asume el dictamen pericial. En otras palabras, no es cierta la afirmación del perito cuando sostiene que el valor del Contrato de Concesión es de 4.3 billones de pesos.

El contrato de Concesión N° 001 tenía su fórmula de cálculo de los ingresos que el contratista recibiría por la ejecución de las obras, que se concretaba en un VPIT o valor presente de los ingresos totales del contrato. Dicho valor, en los términos del mismo, equivalía al "*valor presente calculado al 31 de diciembre de 2008 de los ingresos correspondientes a los Aportes INCO y a los recaudos de Peajes solicitado por el Concesionario en su Propuesta en Pesos constantes del 31 de diciembre de 2008 y que una vez alcanzado implicará la terminación del presente Contrato y por consiguiente la suscripción del Acta de Recibo Final, salvo que se venza el plazo máximo previsto en la Sección 1.04 (d), caso en el cual se aplicará lo previsto en la Sección 1.04(e)*". Ese

valor, adicionalmente, estaba llamado a cubrir los costos del contrato, sus riesgos implícitos, la remuneración del contratista y su propia utilidad.

Ahora bien, el "*valor del contrato*" es un término perfectamente definido en la Sección 13.01 del Contrato de Concesión en función del VPIT, así: "*El valor del contrato será la suma de DOS BILLONES NOVENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y SEIS millones de pesos (2.094.286.000.000) constantes del 31 de diciembre de 2008 que corresponden al VPIT, que a su vez consiste en la propuesta presentada en la licitación*". Por su parte, este valor cambió como producto del Otrosí N° 6, en virtud del cual el valor presente del contrato pasó a fijarse en la suma de 2.771.093 Millones de pesos (2.7 billones) constantes del 31 de diciembre de 2008.

Es claro que el perito, entonces, no calcula el valor de los perjuicios del contrato y los topes de los reconocimientos al contratista sobre la base del valor del contrato que supone un VPIT claramente pactado, sino con base en un valor que no tiene ningún sustento matemático, real ni contractual y que parte de aplicarle la inflación al valor presente del contrato calculado a diciembre de 2008. Ese supuesto no es real y, como ya se dijo, de haber sido advertido por el perito, el dictamen seguramente habría abordado unas conclusiones distintas. También supone comparar sumas que no están expresadas en las mismas unidades, tal como lo manifestó el perito Valora en su dictamen pericial y como queda consignado en los apartes correspondientes de este laudo al exponer, en detalle, las objeciones presentadas por las partes.

La objeción por error grave, entonces, se encuentra probada. Por ello, el Tribunal se abstendrá de basar su fallo en cualquier cálculo del dictamen pericial que haya partido de entender que el Contrato de Concesión N° 001 tenía un valor de $4.034.157 Millones de pesos, por contrariar abiertamente lo expresamente pactado en el mismo.

1.2.2.3. Sobre el error grave al ajustar las inversiones por la tasa de descuento del contrato (TDI) y de esta forma calcular las inversiones pendientes por ejecutar (cost to complete), así como los perjuicios que la ANI sufriría por efecto de la terminación del contrato

Este punto aparece expuesto a cabalidad en los apartes del laudo donde se consigna la posición del perito Valora, presentado por Episol.

El Tribunal comparte que la TDI es una variable que se predica de los *ingresos* que percibe el contratista y que aplicar la misma al monto de las *inversiones* no tiene sentido matemático ni financiero. Del mismo modo, la TDI es una tasa de descuento que implica suponer unos flujos de recursos en el tiempo y traerlos a un valor presente luego de descontarlos, es decir, no es un mecanismo para hacer una proyección de ingresos futuros.

Como se advirtió en el anterior acápite, el desconocimiento del perito del valor del contrato y su insistencia en que este era el resultado de tomar su valor presente a diciembre de 2008 y ajustarlo por inflación hasta 2019, lo condujo a una espiral de errores sobre cifras que no tenían sentido lógico, financiero ni real y a calcular perjuicios para la ANI, en unos escenarios puramente hipotéticos, que llegaron a sobrepasar los 18 billones de pesos, sin que el Tribunal encuentre una base sólida que los sustente.

Hay que advertir, no obstante, que los ajustes hechos por el perito sobre las inversiones y las elucubraciones que realizó alrededor de la TDI en sede de contradicción, no solo no fueron presentados en el dictamen inicial, sino que resultaron de unos supuestos "*ejercicios académicos"* que, de acuerdo con Duff & Phelps, solo pretendían demostrar la supuesta equivocación de Episol y de otros intervinientes al cuestionar el valor del contrato que había sido utilizado en el peritaje. Duff & Phelps, a pesar de sus desafortunadas conjeturas, en todo momento manifestó no estar de acuerdo con esta metodología.

Por ello, en este caso la objeción no tiene "objeto", porque recae sobre unos cálculos que, si bien fueron hechos por el perito, nunca pretendieron ser presentados al Tribunal como los resultados del dictamen, de lo cual se deja memoria en el laudo y su Anexo N° 2.

En consecuencia, el Tribunal no accederá a la objeción.

1.2.2.4. Sobre el supuesto error grave al establecer como descuento de las sumas a reconocer al contratista los denominados "beneficios netos retirados por los consorciados de Consol" (Pregunta 10)

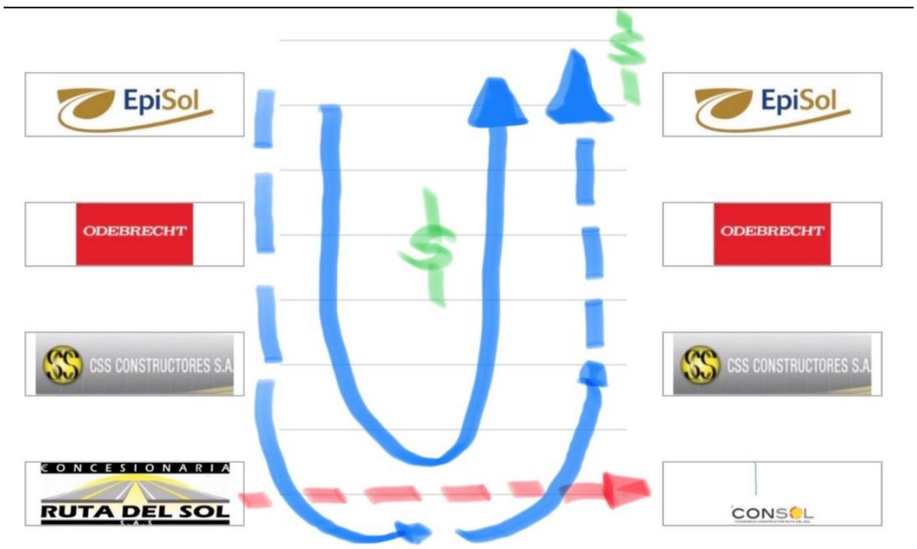
Episol juzga, también desde distintas perspectivas, el hecho de que el perito haya presentado observaciones que son el resultado de consolidar los resultados de la Concesionaria y de Consol, por cuanto considera que se trata de dos entes distintos y que la controversia sometida a discusión solo puede verse desde la óptica de la Concesionaria. A juicio de Episol, la consolidación de los resultados del negocio a favor de los socios del proyecto no puede servir como parámetro para determinar las restituciones a favor de la Concesionaria.

En términos simples, el perito lo que hizo en su primer informe fue mostrar los resultados del negocio como un todo, no desde la perspectiva de la *Concesionaria*, sino de sus *beneficiarios efectivos*, quienes además fueron los que presentaron la propuesta al INCO como una "promesa de sociedad futura". El término "beneficiarios efectivos" no es utilizado por el perito, quien habló más bien de "grupos económicos", pero es lo suficientemente ilustrativo para explicar la discusión que se presenta.

Ello implicó, para el perito, tomar dos sujetos o centros de imputación jurídica, que si bien son distintos, tienen los mismos beneficiarios efectivos en la misma proporción: La Concesionaria Ruta del Sol y el Consorcio Constructor -Consol. Es de advertir que la Concesionaria tiene como socios al Grupo Odebrecht en un 62.10%, a Episol en un 33% y a CSS Constructores en un 4.90%. Por su parte, el Consorcio Constructor Consol tiene como consorciados al Grupo Odebrecht, a Episol y a CSS constructores, exactamente en las mismas proporciones, de manera que la composición de capital de la Concesionaria es un espejo de la composición del Epecista. Hay que advertir que el Grupo Odebrecht no utilizó exactamente las mismas sociedades en los vehículos de la Concesionaria y de Consol, pero se repite, el beneficiario efectivo en uno y otro lado, es el Grupo Odebrecht.

Entre la Concesionaria y Consol, por su parte, se suscribió el contrato EPC por medio del cual aquélla le pagaba a este último por la construcción de la obra.

El perito, al verificar los movimientos entre la Concesionaria (en el gráfico representada a la izquierda) y Consol (en el gráfico representada a la derecha), encontró que en la medida en que el Grupo Odebrecht, Episol y CSS hacían aportes de capital a la Concesionaria, otros montos de similar valor, e incluso superiores, salían de Consol en favor del Grupo Odebrecht, Episol y CSS.



El perito lo expresó así, y ello es objeto de tacha por error grave[69]:

[69] Página 204 del dictamen pericial

> Es decir, si tuviéramos en consideración los dividendos y anticipos repartidos por CONSOL a sus socios, **las aportaciones netas de capital de los socios de Ruta del Sol en el periodo comprendido entre los ejercicios 2010 y 2018, habrían ascendido a -$156.639 millones de pesos** que, actualizado a marzo de 2019, suponen un total de **-$189.873** millones de pesos, es decir, que conjuntamente, en términos netos, la Concesionaria y CONSOL no invirtieron nada en el proyecto; y no sólo eso, sino que obtuvieron beneficios de 189.873 millones de pesos.

Cuadro 127.: Aportaciones netas realizadas en Ruta del Sol, teniendo en consideración los dividendos y anticipos repartidos por CONSOL (importes expresados en millones de pesos)

Concepto	Total	Total act. a marzo 2019
Aportaciones realizadas en Ruta del Sol	262.311	340.925
Dividendos y anticipos repartidos a los socios de CONSOL	(417.545)	(529.394)
Total Aportaciones netas	**(155.2349)**	**(188.469)**

Fuente: Elaboración propia, a partir de los estados financieros de Ruta del Sol y CONSOL para el periodo 2010 - 2017

Lo anterior surge de la evaluación de las sumas por concepto de utilidades repartidas por Consol (que el perito llamó "dividendos") y anticipos que fueron repartidos en Consol a favor de sus beneficiarios efectivos, que eran los mismos beneficiarios efectivos de la Concesionaria, tal como se evidencia en la siguiente tabla que aparece en la página 204 (Cuadro 126) del dictamen pericial:

Cuadro 126.: Dividendos y anticipos repartidos por CONSOL (importes expresados en millones de pesos)

Concepto	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	Total
Dividendos	-	14.288	28.612	63.767	33.518	149.640	31.110	24.751	345.686
Var. Anticipo a consorciados	68.105	123.563	37.070	(57.153)	6.819	(134.575)	23.076	4.953	71.859
Total	**68.105**	**137.851**	**65.682**	**6.614**	**40.337**	**15.065**	**54.186**	**29.704**	**417.545**
Total Actualizado a marzo 2019	**94.215**	**183.850**	**85.517**	**8.448**	**49.702**	**17.385**	**59.134**	**31.143**	**529.394**

Fuente: Elaboración propia, a partir de los estados financieros de CONSOL para el periodo 2010 - 2017

El perito con ello mostró que a pesar de que los socios de la Concesionaria habían hecho aportes de Capital a la misma en cuantía de $262.311 Millones de Pesos, a través de Consol habían hecho retiros en cuantía de $417.545 Millones de Pesos. Ello lo deduce luego de corroborar, según la información que aparece en los estados financieros de Consol, que sus consorciados no aportaron recursos para el desarrollo del negocio del Epecista. Al actualizar estos últimos $417.545 a pesos de marzo de 2019, da un valor de retiros equivalente a $529.934 Millones de pesos de 2019.

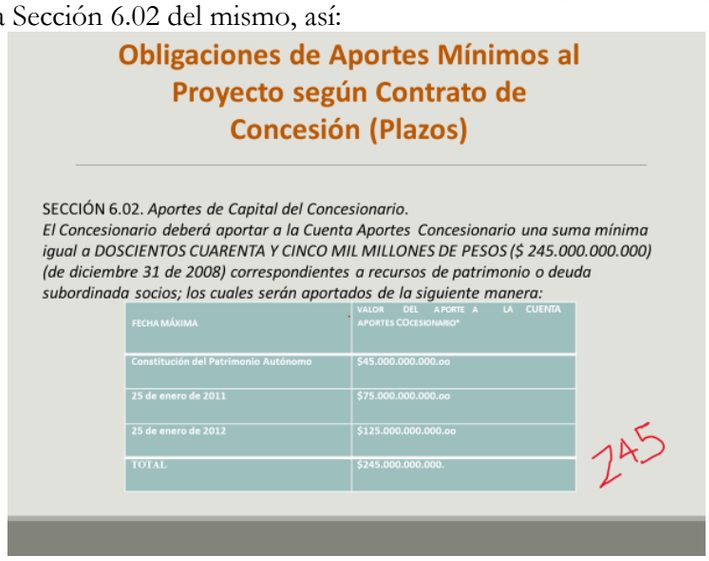
Si se toma en pesos corrientes los $262.311 Millones que fueron aportados por los socios al capital de la Concesionaria y se restan los $417.545 Millones de Pesos que fueron repartidos a los beneficiarios efectivos de Consol, se tiene una "aportación neta" de $-156.639 Millones de Pesos, que actualizada a marzo de 2019 da un total de $-189.873 Millones de Pesos. Ello quiere decir, según el perito, que "en el neto" y teniendo en cuenta el negocio "consolidado" de la Concesionaria y Consol, que se repite tiene los mismos beneficiarios efectivos, puede concluirse que dichos beneficiarios efectivos no solo recuperaron el 100% de su inversión (pues ya recuperaron, a través de Consol, un monto equivalente a los aportes de capital que habían realizado), sino que además obtuvieron un retorno de más del 50% de la misma.

A juicio de Episol, las anteriores afirmaciones son un error grave del perito, por referirse a *aportes netos consolidados*, y no entender que la Concesionaria y Consol, a pesar de tener como aportantes a los mismos beneficiarios efectivos, son dos sujetos jurídicos distintos. Episol también aduce que el perito desconoció que la Concesionaria nunca repartió dividendos.

Esto llevó al perito a dar respuesta a la Pregunta 10, que implicaba calcular, entre otros aspectos, el valor máximo a recuperar por parte de los accionistas de acuerdo con el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, en el sentido de que los socios ya no podrían ser beneficiarios de ningún tipo de remanente como producto de las restituciones mutuas que podrían derivarse de la eventual declaratoria de nulidad del contrato, por haber recuperado, en su totalidad, los flujos que invirtieron en el proyecto.

Para resolver la solicitud de Episol, el Tribunal procedió a verificar las fuentes en las que se basó el perito para sacar sus conclusiones, definir si las mismas tenían un sustento real y luego determinar si las mismas podían ser consideradas un error grave.

Así, el Contrato de Concesión tenía unas obligaciones mínimas de aportes de capital al proyecto, que se encontraban en la Sección 6.02 del mismo, así:



Nótese que de acuerdo con el Contrato, Odebrecht, Episol y CSS -que habían presentado su propuesta como una Promesa de Sociedad Futura-, tenían la obligación de hacer aportes al proyecto, o en su defecto fondearlo con deuda subordinada de los socios. Así, el Contrato de Concesión tenía unas obligaciones mínimas de aportes, que se encontraban en la Sección 6.02 del mismo, y que se traducían en que a la constitución del patrimonio autónomo debían ser aportados $45.000 Millones de Pesos, al 25 de enero de 2011 la suma de $75.000 Millones de Pesos, y al 25 de enero de 2012 la suma de $125.000 Millones de Pesos.

Los socios de la Concesionaria cumplieron con su obligación por la vía de aportes en dinero, lo cual a su vez se reflejó en el capital de la sociedad CRS que es superior a las obligaciones mínimas que tenían según el contrato, en los términos expuestos. En efecto, el capital de la sociedad, de acuerdo con sus estados financieros, es de $262.311 Millones, el cual fue aportado en cumplimento de las fechas anteriormente establecidas para la realización de aportes a la Fiduciaria.

No obstante, al revisar los estados financieros de Consol, o Epecista encargado de desarrollar la obra, junto con otras pruebas que obran en el expediente, se encuentran los siguientes movimientos por año. Para efectos de corroborar lo dicho por el perito, dichos movimientos (sombreados en verde) se comparan con los movimientos del capital de la Concesionaria (sombreados en naranja):

	2.009	2.010	2.011	2.012	2.013	2.014	2.015	2.016	2.017	2.018
APORTES A CAPITAL CRS (Valores Corrientes)										
SALDO INICIAL	0	26.000.000	46.930.500	125.860.500	262.310.500	262.310.500	262.310.500	262.310.500	262.310.500	262.310.500
INICIAL	2.000.000									
INCREMENTO	24.000.000	20.930.500	78.930.000	136.450.000	0	0	0	0	0	0
SALDO A DIC.31 CAPITAL	**26.000.000**	**46.930.500**	**125.860.500**	**262.310.500**	**262.310.500**	**262.310.500**	**262.310.500**	**262.310.500**	**262.310.500**	**262.310.500**
ANTICIPOS A CONSORCIADOS CONSOL (Valores Corrientes)										
SALDO INICIAL	0	0	68.101.083	191.440.909	228.738.628	171.491.821	178.341.956	43.115.071	66.906.000	71.858.570
INCREMENTO		**68.101.083**	123.339.826	37.297.719	-57.246.807	6.850.135	-135.226.885	23.790.929	4.952.570	1.404.430
Saldo a 31 de diciembre anticipos	**0**	**68.101.083**	**191.440.909**	**228.738.628**	**171.491.821**	**178.341.956**	**43.115.071**	**66.906.000**	**71.858.570**	**73.263.000**
DISTRIBUCIÓN DE EXCEDENTES CONSOL (Valores Corrientes)										
SALDO INICIAL	0	0	0	14.288.446	42.901.047	106.668.821	140.186.846	289.826.995	320.936.995	345.687.995
EXCEDENTES DISTRIBUIDOS			14.288.446	28.612.601	63.767.774	33.518.025	149.640.149	31.110.000	24.751.000	
Saldo a 31 de diciembre excedentes	**0**	**0**	**14.288.446**	**42.901.047**	**106.668.821**	**140.186.846**	**289.826.995**	**320.936.995**	**345.687.995**	**345.687.995**

Adviértase que para finales de 2010, los socios de la Concesionaria habían hecho aportes al proyecto por $46.930 Millones, pero simultáneamente habían retirado $68.101 Millones a esa misma fecha por concepto de anticipos en Consol. Para 2011 los aportes acumulados sumaban $125.000, pero los anticipos acumulados más las utilidades repartidas acumuladas a través de Consol sumaban $205.728 Millones (resultado de sumar 191.440 de anticipos más 14.288 de utilidades). En 2012 la

Concesionaria ya había alcanzado un capital de $262.310 Millones, pero en Consol se habían retirado $271.639 Millones. Al final de 2018 puede advertirse que el capital de la Concesionaria se había mantenido en $262.310 millones, pero los retiros por utilidades y excedentes en Consol habían alcanzado los $418.950 millones, que por unos pocos pesos coinciden con los $417.545 Millones que refleja el perito en su respuesta, quien a su vez los actualiza para dar un resultado en retiros equivalente a $529.934 Millones de pesos de 2019.

En otras palabras, lo que dice el perito en su respuesta a la Pregunta 10 hecha por el Tribunal, en este específico punto, es cierto. Otra cosa es que el perito haya podido incurrir en errores o imprecisiones jurídicas a la hora de valorar su hallazgo, lo cual deberá ser valorado por el Tribunal, de ser necesario. Incluso el perito reconsideró su posición en el escrito de aclaraciones y complementaciones, tal como se expone más adelante. Con todo, el resultado presentado por el perito en términos económicos y con todas las aclaraciones que aparecen en el dictamen original y a pesar de las posteriores opiniones del perito, responde a la realidad.

También encuentra el Tribunal que, por la forma en que se desarrolló el proyecto, en ocasiones resulta difícil trazar la línea que separa a la Concesionaria de Consol. La propia Concesionaria, hasta último momento -solo por dar un ejemplo-, presentó a este Tribunal y a los peritos la lista de los acreedores de Consol para que fueran incluidos en la liquidación del contrato[70]. Las partes también tuvieron que entregarle al perito toda la información de Consol, para efectos de hacer la debida valoración del CAPEX. Las mismas sumas que entraban a la Concesionaria como aportes eran retiradas prácticamente de manera inmediata a través de Consol, sin contar con que la información pública presentada por el Grupo Aval a la SEC (Securities and Exchange Commission) en los Estados Unidos, muestra los resultados de la Concesionaria y de Consol de manera consolidada[71]. Si ello es así, mal haría este Tribunal en atribuir un *error grave* al perito, que no es experto en temas legales, cuando las propias partes no dejan de ser ajenas al hecho que supuestamente lo origina.

El Consejo de Estado, al citar la historia de la jurisprudencia sobre el error grave, ha sostenido que no por el hecho de que las conclusiones de los peritos se encuentren erradas, existe error grave:

"En Sentencia de la Sección Tercera de marzo 5 de 2008(20), se sostuvo lo siguiente:

"Resulta pertinente precisar que para que se configure el "error grave", en el dictamen pericial, se requiere de la existencia de una equivocación en materia grave por parte de los peritos, una falla que tenga entidad suficiente para llevarlos a conclusiones igualmente equivocadas, tal y como lo exigen los numerales 4 y 5 del artículo 238 CPC"

En sentencia de la Sección Tercera, fechada el 17 de mayo de 2007, se afirmó lo siguiente:

"En punto a lo que debe entenderse como error grave, no hay discusión en la jurisprudencia que éste es el que se opone a la verdad, por la falta de identidad entre la realidad del objeto sobre el que se rinda el dictamen y la representación mental que de él haga el perito, pero constituirá error grave en estos términos, las conclusiones o inferencias a que

[70] Según comunicación enviada por correo electrónico por el representante legal de la Concesionaria a los peritos con copia a este Tribunal, el día 16 de Julio del año en curso.

[71] En relación con la información pública que provee el mercado de valores en Estados Unidos, por ejemplo, en el Formulario 20F que consolida la información del Grupo Aval a 31 de diciembre de 2014 y que se encuentra en https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1504764/000095010315003255/0000950103-15-003255-index.htm, entre otros, se habla de las "utilidades" percibidas por Corficolombiana y Episol en la Ruta del Sol: "*Los ingresos provenientes de inversiones en el sector real, que son el reflejo del comportamiento operativo de las subsidiarias no financieras que son consolidadas por Corficolombiana, decreció en 24.5 billones, principalmente como producto de una caída de 95.3 billones en los ingresos operacionales de Epiandes, dado que 2013 fue el último año en el que fueron registrados ingresos diferidos relacionados con los aportes gubernamentales asociados a la reducción del término de la concesión. Esta caída estuvo compensada parcialmente por un incremento en 38.5 billones de los ingresos operacionales de Episol debido a mayores utilidades provenientes de la Ruta del Sol, un incremento en 12.6 billones en los ingresos operacionales derivados de Hoteles Estelar, 9.3 billones provenientes de Pisa, 4.8 billones provenientes de Valora, 3.1 billones provenientes de Lehner y un incremento en 2.4 billones de los ingresos Operacionales de Gas Comprimido del Perú*". Traducción libre de: "*Income from non-financial sector investments, which reflects the operating performance of the non-financial subsidiaries consolidated by Corficolombiana, decreased by Ps 24.5 billion mainly driven by a Ps 95.3 billion decrease in the operating income from Epiandes (a toll road company) because 2013 was the last year in which deferred revenues related to government payments associated with the reduction of the term of the concession were recorded. This decrease was partially offset by a Ps 38.5 billion increase in the operating income from Episol (a toll road company) due to higher income from Ruta del Sol, Ps 12.6 billion increase in the operating income from Hoteles Estelar (a hotel chain company), a Ps 9.3 billion increase in the operating income from Pisa (a toll road company), a Ps 4.8 billion increase in the operating income from Valora (a real estate development company), a Ps 3.1 billion increase in the operating income from Lehner (a company in process of liquidation), and a Ps 2.4 billion increase in the operating income from Gas Comprimido del Perú (a gas company in Peru).*

lleguen los peritos, que bien pueden adolecer de otros defectos pero no de éste. En otros términos, la objeción por error grave debe referirse al objeto de la peritación, y no a la conclusión de los peritos"

En sentencia más reciente de la Sección Primera de la corporación, calendada el 26 de noviembre de 2009, se expuso lo siguiente:

"En efecto, para que prospere la objeción del dictamen pericial por error grave se requiere la existencia de una equivocación de tal gravedad o una falla que tenga entidad de conducir a conclusiones igualmente equivocadas. Así mismo, se ha dicho que éste se contrapone a la verdad, es decir, cuando se presenta una inexactitud de identidad entre la realidad del objeto sobre el que se rinda el dictamen y la representación mental que de él haga el perito. Sin embargo, se aclara que no constituirán error grave en estos términos, las conclusiones o inferencias a que lleguen los peritos, que bien pueden adolecer de otros defectos".

En otros términos, la objeción por error grave debe referirse al objeto de la peritación, y no a la conclusión de los peritos"[72].

En síntesis, el Tribunal no encuentra fundada la objeción, y por ello la declarará no probada.

1.2.2.5. Sobre el supuesto error grave al establecer el importe a amortizar de la deuda como límite máximo a reconocer a la Concesionaria, sin considerar los intereses causados y no pagados (Preguntas 9 y 10)

Como consecuencia de que el perito consideró que "en el resultado neto", luego de consolidar a la Concesionaria con Consol, los socios de la Concesionaria ya habían recuperado su inversión, también opinó -y así lo dijo- que en su concepto, el límite máximo a reconocer a la Concesionaria debía estar dado por el importe a amortizar de la deuda bancaria o incluso el valor de la referida deuda, neta de los beneficios retirados por los consorciados de Consol. Ello lo hizo a propósito de las respuestas a las Preguntas 9 y 10 hechas por el Tribunal que, en parte, estuvieron basadas en el hecho de que *en el consolidado*, tanto el grupo Odebrecht como Episol y CSS, ya habían recuperado hace tiempo el valor de su inversión.

En todo caso, se trata de opiniones del perito que no obligan al Tribunal y, en los términos expuestos, así estuvieran equivocadas, no tendrían la virtualidad para configurar un error grave en el dictamen pericial. Se reitera que el hecho de que al evaluar un hecho cierto las conclusiones del perito resulten erradas, no configura un error grave en el peritaje.

Por ello, el Tribunal no encuentra procedente la objeción.

1.2.3. Error grave por errores en el cálculo del valor neto a favor de la ANI reflejado en la respuesta a la Pregunta N° 10

El perito que rindió el dictamen presentado por Episol, la Firma Valora, presentó una lista de errores que ya han sido evaluados en los puntos anteriores, así:

1.2.3.1. Valora sostiene que D&P no tuvo en cuenta la fórmula que se le había planteado en la pregunta, lo cual lo llevó a cometer errores en el cálculo de los reconocimientos

Nuevamente, si el perito erró en los resultados de su dictamen, ello no constituye un error grave. La fórmula que se le presentó al perito es una fórmula legal que el Tribunal, de ser el caso, aplicará en la forma en que aparezca interpretada por los árbitros en el laudo y a tal punto se referirá más adelante.

Por tanto, no prospera la objeción.

1.2.3.2. Valora sostiene que D&P erró al hacer el cálculo en las aportaciones netas de capital

El punto ya fue ampliamente estudiado y el Tribunal reitera que cualquier error en las conclusiones o cálculos del perito será evaluado en el laudo, de ser el caso, y que no por el hecho de haber cometido

[72] Ibidem

un error en las conclusiones puede declararse probada la objeción por error grave del dictamen pericial.

1.2.3.3. Valora sostiene que D&P cometió un error grave en la estimación de perjuicios y del cost to complete

El Tribunal ya se pronunció sobre este punto, en el que declaró probada la objeción por error grave, en los términos ya expuestos.

1.2.4. Error grave por errores en la aplicación de la fórmula contenida en el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, en armonía con la sentencia C-207-19 de la Corte Constitucional

De acuerdo con Valora, D&P erró en los cálculos de los valores a reconocer a la Concesionaria, sus socios y los terceros de buena fe, de acuerdo con la norma y sentencia mencionadas. Este punto aparece ampliamente expuesto en el apartado pertinente, dentro del laudo.

No obstante, de acuerdo con lo dicho hasta aquí y teniendo en cuenta que este es un punto de puro derecho que no debe definir el perito sino el Tribunal, la objeción por error grave no está llamada a prosperar. Con todo, las apreciaciones de perito Valora serán tenidas en cuenta a la hora de fallar, de acuerdo con el deber del Tribunal de valorar las pruebas en su conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

1.3. **De las Objeciones de las Sociedades Odebrecht**

Las sociedades Odebrecht, por medio de su apoderado, presentaron escritos de objeciones por error grave junto con 7 escritos de complementaciones. Dichos escritos estuvieron acompañados de un dictamen pericial de la Firma FTI, con el que se pretende demostrar el error.

1.3.3. Aclaración previa

Las sociedades Odebrecht también presentan la solicitud, *in genere,* de que el Tribunal deseche por completo el dictamen de Duff & Phelps. Por las mismas razones que fueron expuestas en el caso de Episol, el Tribunal solo atenderá las peticiones puntuales que tengan un objeto determinado, con la precisión del error que se pretende mostrar.

Por su parte, existen peticiones que fueron presentadas por fuera del término a que se refiere el artículo 31 de la Ley 1563 de 2012. Sobre este particular, los incisos 4 y 5 del artículo 31 de la Ley 1563 de 2012 establecen el trámite del dictamen pericial judicial en procesos arbitrales, en los siguientes términos:

"Artículo 31. Audiencias y Pruebas.
(…)

El perito rendirá la experticia en el término que prudencialmente le señale el tribunal. Presentado el dictamen, de él se correrá traslado a las partes por un término de hasta diez (10) días, dentro del cual aquellas podrán solicitar aclaraciones o complementaciones, que si el tribunal estimare procedentes, habrá de atender el perito en informe que será puesto en conocimiento de las partes por el mismo término.

En ningún caso habrá lugar a trámite especial de objeción del dictamen por error grave. Dentro del término de su traslado, o del de sus aclaraciones o complementaciones, las partes podrán presentar experticias para controvertirlo. Adicionalmente, el tribunal, si lo considera necesario, convocará a una audiencia a la que deberán concurrir obligatoriamente el perito y los demás expertos, que podrán ser interrogados por el tribunal y por las partes."

De acuerdo con la disposición, una vez rendido el dictamen pericial, del mismo debe darse traslado a las partes por el término que fije el Tribunal, que tiene limité máximo legal de hasta 10 días. En este término, las partes pueden solicitar aclaraciones o complementaciones. El Tribunal a continuación decide si son procedentes tales solicitudes, y en caso afirmativo, el informe adicional del perito en que las responda es trasladado a las partes por el mismo término inicial.

La norma dispone que no hay trámite especial de objeción del dictamen por error grave, lo cual significa que el error grave del dictamen debe ser alegado en las oportunidades ordinarias, ya que no existe un término especial para hacerlo. Por lo tanto, las oportunidades para alegar el error grave del dictamen son dos, el traslado del dictamen pericial y el traslado del informe en el cual el perito responde las solicitudes de aclaraciones o complementaciones.

Aparte de lo anterior, debe notarse que de acuerdo con la norma citada, existen otros dos actos procesales, diferentes a la objeción por error grave, para realizar la contradicción del dictamen: la presentación de dictamen de contradicción y el interrogatorio del perito en audiencia.

En este proceso, los anteriores términos ocurrieron como se describe a continuación.

Mediante Auto 126 del 24 de mayo de 2019, el tribunal corrió traslado del dictamen pericial rendido el 20 de mayo de 2019 por el Perito Forest Partners, Estrada y Asociados, S.L. – Duff & Phelps Company. Este traslado se corrió por cinco (5) días hábiles, entre el 27 y el 31 de mayo de 2019. Este término de traslado de cinco días hábiles no fue recurrido por los sujetos procesales, por lo que quedó en firme y es el que se aplicó para el traslado del informe de aclaración y complementación del perito.

Durante este primer traslado del 27 al 31 de mayo de 2019, el apoderado de las Sociedades Odebrecht presentó solicitud de aclaración y complementación del dictamen pericial y objeción por error grave (memorial presentado el 31 de mayo de 2019).

En el Auto 129 del 6 de junio de 2019, el Tribunal dispuso ordenar al Perito rendir las aclaraciones y complementaciones al dictamen pericial solicitadas por los sujetos procesales, y le concedió término hasta el 11 de junio de 2019. En esta fecha, el perito presentó su informe de aclaraciones y complementaciones de su dictamen pericial.

En correo electrónico del Secretario del Tribunal arbitral, del 11 de marzo de 2019, se corrió traslado del escrito de aclaraciones y complementaciones del dictamen pericial, por el término ya indicado de cinco días hábiles, que corrió entre el 13 y el 19 de junio de 2019, según el numeral tercero del Auto 129 del 6 de junio de 2019.

Durante este segundo traslado, el apoderado de las Sociedades Odebrecht presentó memorial en el cual reitera y amplía su objeción por error grave en contra del dictamen pericial (memorial presentado el 19 de junio de 2019).

Con el vencimiento de este segundo término de traslado expiró la oportunidad para que los sujetos procesales formularan objeción por error grave en contra del dictamen pericial. No obstante, con posterioridad a esta fecha del 19 de junio de 2019, el apoderado de las Sociedades Odebrecht remitió cinco memoriales adicionales, en los cuales complementa su objeción al dictamen pericial por error grave, los cuales son extemporáneos. Tales memoriales son: Complementación No. 3 del 5 de julio de 2019, complementación No. 4 del 9 de julio de 2019, complementación No. 5 del 11 julio de 2019, complementaciones Nos. 6 y 7 del 12 de julio de 2019.

Cualquier contenido de las referidas comunicaciones no será tenido en cuenta para efectos de decidir sobre las objeciones por error grave, sin perjuicio de que sus contenidos sean apreciados por el Tribunal como alegatos de los sujetos procesales a la hora de fallar.

1.3.4. Sobre el error grave en el cálculo del valor del Contrato de Concesión: el perito, en vez de aplicar la fórmula contractual, procedió a tomar el VPIT calculado a 31 de diciembre de 2008 y a actualizarlo por inflación. Por este error el perito concluye que el valor del contrato a marzo de 2019 asciende a $4.034.157M.

De acuerdo con las sociedades Odebrecht, el anterior error tiene un efecto de propagación sobre las respuestas a las Preguntas 5, 9, 10 y en los cuadros 87, 88, 91, 130, entre otros.

Esta objeción, que es idéntica a la presentada por Episol, está llamada a prosperar en los términos ya resueltos.

1.3.5. Error grave en relación con el análisis de contraste entre el importe recibido por la Concesionaria y las aportaciones netas.

A juicio del apoderado de Odebrecht, el perito confundió los derechos y obligaciones de la sociedad con los del epecista, lo que lo llevó a mezclar resultados de unos y otros en aras de definir las aportaciones netas. Esto también llevó al perito a concluir que ni la Concesionaria ni el epecista aportaron fondos al proyecto, lo cual no tiene ningún sustento.

Idéntica objeción presentó Episol, y por las mismas razones ya expuestas no está llamada a prosperar.

1.3.6 Error grave en el cálculo de las prestaciones efectivamente ejecutadas por el Concesionario, al haber omitido los intereses en la respuesta a la Pregunta Nº 2.

De acuerdo con las sociedades Odebrecht, el perito incurrió en un error grave al no haber incluido el valor de los intereses debidos a los bancos en la respuesta a la Pregunta N° 2.

El Tribunal encuentra que la Pregunta N° 2 que está basada en el artículo 48 de la Ley 80, a diferencia de la Pregunta N° 3 que está basada en el artículo 20 de la Ley 1882, ni siquiera sugería la inclusión de los intereses. Por su parte, la premisa según la cual no existe discusión sobre si los intereses pagados a los bancos constituyen una prestación que deba ser reconocida bajo los cánones del artículo 48, como pretenden mostrarlo las sociedades Odebrecht, es ciertamente discutible. El perito, nuevamente, dio su opinión sobre las prestaciones que a su juicio están llamadas a satisfacer el interés público y, dentro de tal contexto, consideró que el pago de intereses por parte del Concesionario no cumple con tales condiciones. Cualquier consideración adicional sobre si tal posición respeta los cánones legales tiene que escapar a su experticio. Por último, el perito no tiene por qué opinar lo mismo que opinan las partes, o los árbitros.

Por lo anterior y con base en lo expuesto en los anteriores acápites, el Tribunal considera infundada la objeción.

1.3.7. Error grave en el cálculo de las obras ejecutadas (CAPEX).

Al respecto, el apoderado aporta un dictamen de FTI Consulting tendiente a demostrar que i) la metodología adoptada para calcular el CAPEX no se encuentra sustentada y/o no sería la más adecuada para este caso; ii) aún si fuese la metodología escogida por el perito la más adecuada, no fue implementada de manera apropiada; iii) aún de ser implementada de manera apropiada, no se realizó la validación e interpretación de los resultados de manera correcta.

En el acápite respectivo, este laudo deja suficiente memoria sobre la posición de las sociedades Odebrecht sobre el punto.

Una vez estudiado este cargo, el Tribunal nuevamente considera que procederá a desecharlo y la razón es muy simple: uno de los requisitos para que prospere la objeción por error grave radica en que, en los términos ya expuestos, el error tenga una entidad tal que, de comprobarse, se concluya que el resultado del dictamen habría sido completamente diferente.

No obstante, cuando el Tribunal compara las distintas valoraciones de CAPEX presentadas en los distintos dictámenes periciales aportados al expediente, no encuentra una diferencia sustancial en los resultados obtenidos por D&P frente a los resultados obtenidos por FTI y BDO y de hecho su resultado es muy superior al dictamen presentado por la Interventoría y al CAPEX máximo a retribuir que las partes habían discutido en el Acuerdo de Terminación. En efecto, al comparar los distintos escenarios que han sido presentados ante el Tribunal, se encuentra lo siguiente:

Cuadro comparativo de CAPEX (Cifras actualizadas a Marzo de 2019)

BDO	FTI	Interventoría (Mayo 2018)	D&P (Respuesta a pregunta 3)
4.445.639.587.718	4.550.807.191.292	3.353.884.653.744	4.126.550.556.448

Fuente: Alegatos de Conclusión de Construtora Norberto Odebrecht

Por lo anterior, el Tribunal no cree que el "error" que pretenden endilgar las Sociedades Odebrecht al dictamen pericial tenga la suficiente entidad para cambiar radicalmente los resultados del experticio. De hecho, el resultado no es sustancialmente distinto de los resultados obtenidos por los peritos que dichas sociedades presentaron al proceso y de hecho su variación ni siquiera llega al 10%.

Teniendo en cuenta los requisitos que se han anotado para que proceda la objeción, este Tribunal rechazará la solicitud de las sociedades Odebrecht.

1.3.8. Error grave por omitir la parte resolutiva de la sentencia citada en el comunicado de prensa de la Corte Constitucional

De acuerdo con las sociedades Odebrecht, el perito asume que los accionistas no tienen derecho a recuperar su capital invertido en el proyecto y extiende los alcances del fallo a Consol, cuando esta figura contractual no se encuentra inmersa en el escenario de la sentencia de la Corte Constitucional. Sobre estos puntos ya se pronunció el Tribunal, y por los motivos expuestos se rechazará la objeción.

1.3.9. Sobre el pretendido error grave por confundir el contrato de obra pública con el contrato de concesión e incluir los precios del INVIAS en el set de comparables para la determinación del valor del CAPEX

Las sociedades Odebrecht y su perito FTI consideran un grave error el que Duff & Phelps haya acudido, al determinar el set de comparables que lo llevó a la valoración del CAPEX, a contratos de obra pública. Al respecto, sostuvieron que los contratos de obra pública no son comparables a los contratos de concesión.

Este aspecto, que ha sido ampliamente discutido a lo largo del proceso, tampoco determina un error grave en el dictamen. Lo primero que se debe recordar es que el propio FTI hizo un dictamen pericial para este Tribunal (que aparece reseñado en todo el acápite del análisis económico) en el que valoró el CAPEX y en el que, en gran medida, no sólo acudió a otros contratos de obra pública, sino que también utilizó elementos propios de dichos contratos para realizar las valoraciones correspondientes, como serían los del AIU (administración, imprevistos, utilidad). El dictamen de FTI está lleno de remisiones a contratos de obra que son tomados para efectos de ponderar sus resultados y de hecho son dichos contratos de obra los que terminan por determinar puntos sustanciales en su valoración. Por ello, el Tribunal no encuentra coherencia con que FTI pretenda atribuir un error grave a D&P por haber hecho lo propio. El dictamen de BDO presentado por Odebrecht, así como lo que este perito declaró en sede de contradicción, también hace referencia a contratos de obra.

En segundo lugar, D&P no acude a contratos de obra para valorar la *Concesión*, sino para valorar el *CAPEX*, lo cual es bien distinto. Si D&P no tuviera claro que lo que se le puso de presente fue un contrato de Concesión, no habría incluido en sus valoraciones, además del AIU, los costos de operación y mantenimiento, los fondeos contractuales, los predios y, en fin, todos los elementos que pueden sumar a la hora de cuantificar las prestaciones del Concesionario. Pareciera que algunos sujetos procesales entienden que *además* de todas las prestaciones adicionales que comporta un contrato de Concesión, el Tribunal debe llegar a la conclusión de que el CAPEX individualmente considerado, en una concesión, siempre es distinto al CAPEX de una obra, lo cual no pareciera lógico. Pero lo que es más importante, ninguna de las partes se esforzó por demostrar que tal premisa es cierta -existe suficiente evidencia de que el Tribunal decretó todas las pruebas que le fueron solicitadas mediante sus poderes oficiosos- y, por el contrario, los propios dictámenes presentados por las partes refutan tal afirmación.

Por su parte, el Tribunal tampoco encuentra que Odebrecht haya probado que los precios del INVIAS no sean idóneos como criterio de comparación de los precios de las obras públicas en Colombia. El INVIAS es el Instituto Nacional de Vías y si se pretende afirmar que dicha institución no puede brindar al perito una idea de cuánto puede costar una obra en el país, ello tiene que estar debidamente sustentado y, sobre todo, probado.

Las valoraciones presentadas por las partes y por D&P en sí mismas demuestran la importancia que tienen los contratos de obra para hacer una valoración del CAPEX. El Tribunal, por su parte, no ve por qué los precios del INVIAS no puedan ser tenidos en cuenta para una valoración. Por lo tanto, la objeción no está llamada a prosperar.

1.3.10. El pretendido error grave por el proceso de selección, aplicación, interpretación y validación del método de estimación del CAPEX

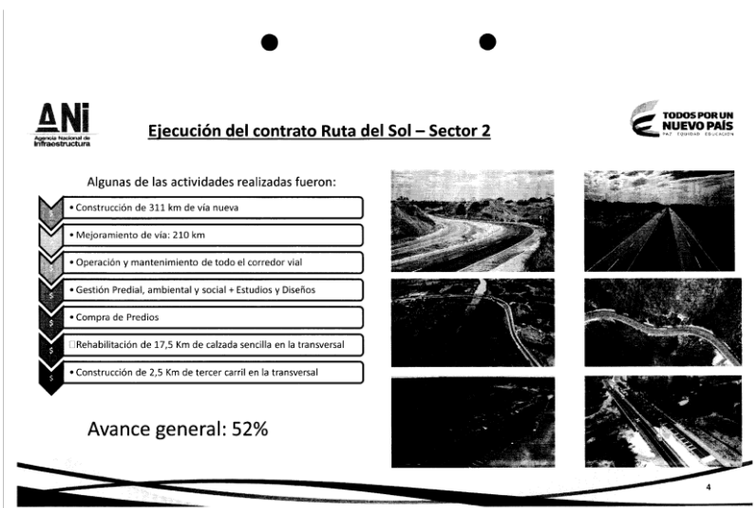
Nuevamente, al comparar las distintas valoraciones de CAPEX presentadas en los distintos dictámenes periciales aportados al expediente, el Tribunal no encuentra una diferencia sustancial en los resultados obtenidos por D&P frente a los resultados obtenidos por FTI y BDO y de hecho su resultado es muy superior al dictamen presentado por la Interventoría y al CAPEX máximo a retribuir que las partes habían discutido en el Acuerdo de Terminación.

Por lo anterior, el Tribunal no considera que los eventuales errores en que hubiera podido incurrir el perito como consecuencia de la selección del método de estimación del CAPEX, tenga la suficiente entidad para cambiar radicalmente los resultados del experticio. No se cumple entonces con uno de los requisitos esenciales para declarar probada la objeción.

1.3.11. El supuesto error grave por el proceso de estimación del avance físico de la obra

Las sociedades Odebrecht también consideran un exabrupto el método empleado por el perito para concluir que el grado de avance físico de la obra es del 50.33%.

No obstante, en varias ocasiones en este Tribunal se habló de un porcentaje similar. La ANI, al presentar el acuerdo de Terminación que pretendía tener la vocación de un acuerdo conciliatorio entre las partes, por ejemplo, en audiencia del 22 de junio de 2017 (folios 522 y siguientes del Cuaderno Principal 6), hizo una exposición sobre la ejecución del contrato de Concesión en la que, en relación con la ejecución, el Director de la Entidad sostuvo que estimaban el avance general de la obra en un 52%:



Este porcentaje nunca fue cuestionado por las partes y, lo que es más importante, ninguno de los sujetos procesales solicitó pruebas tendientes a refutarlo. El propio peritaje presentado por las sociedades Odebrecht pretende señalar que la metodología de medición es errada, pero no brinda un resultado contra el cual el porcentaje en comentario pueda ser comparado o refutado. Odebrecht pretende que el Tribunal socave por completo la prueba, sin hacer siquiera el esfuerzo de presentar el resultado que debería tomarse como correcto.

Por su parte, este Tribunal revisó la información pública que el Grupo Aval, como controlante de Episol, presentó ante la SEC (*Securities and Exchange Commission*) en los Estados Unidos. En dicha información se advierte que el mismo porcentaje de avance físico de la obra fue informado por uno de los socios del proyecto ante el mercado público de valores americano. Por tratarse de información pública, de libre acceso en internet, a continuación se transcriben los apartes pertinentes:

En Agosto de 2015, el Concesionario inició un proceso arbitral contra a la ANI para resolver ciertas disputas contractuales y económicas relacionadas con la concesión del proyecto de la Ruta del Sol sector 2. El 18 de enero de 2017, como producto de la confesión de culpabilidad de Odebrecht y el resultado de las investigaciones conducidas por la Fiscalía, la ANI solicitó al Tribunal la declaratoria de nulidad del Contrato de Concesión N° 001 de 2010 que tenía por objeto la Concesión para la construcción de la Ruta del Sol, Sector 2.
Para diciembre de 2016, el 52% de la carretera, aproximadamente, había sido construida. Frente a las pretensiones de la ANI, el Tribunal decretó y practicó varios testimonios y peritajes relacionados con los montos invertidos en la construcción de la obra parcialmente realizada, junto con otras pruebas que fueron requeridas por las partes y el Tribunal. Se espera que el Tribunal decida sobre la nulidad del contrato y sobre los montos, de haber lugar a ellos, que deberían ser reconocidos al Concesionario por su inversión en el proyecto[73].

Los argumentos de Odebrecht no cumplen con los requisitos para que el Tribunal declare probada la objeción por error grave.

1.3.12. El supuesto error grave porque el Perito no advirtió que en el presente caso había un "proyecto completo", lo cual lo llevó a hacer valoraciones completamente erradas

El Tribunal advierte que esta solicitud de las sociedades Odebrecht tampoco podría llevar al Tribunal a concluir que, de demostrarse el error, los resultados del dictamen habrían podido ser muy diferentes. Y es que con independencia de que el Tribunal crea o no en los resultados de Duff & Phelps, se repite, los mismos no distan mucho de los que presentaron las partes. Para el efecto, basta con transcribir el cuadro comparativo que se incluyó en los alegatos de conclusión de la Construtora Norberto Odebrecht sobre los posibles escenarios de una liquidación, para demostrar esta premisa:

[73] "*In August 2015, the Concessionaire initiated an arbitral proceeding against the ANI to resolve certain contractual and monetary disputes in connection with the construction of toll road concession Ruta del Sol Sector 2. On January 18, 2017, as a result of Odebrecht's admission of guilt and the results of the investigation conducted by the Fiscalía, the ANI requested the arbitration tribunal to declare null and void the Concession Contract No. 001 of 2010 for the construction of toll road concession Ruta del Sol Sector 2.*

As of December 2016, approximately 52% of the toll road had been built. In connection with the ANI's request, the arbitration tribunal ordered and received several testimonies and expert reports regarding the amounts invested in the construction of the partially-built toll road concession Ruta del Sol Sector 2, along with other evidence requested by the parties and the arbitration tribunal itself. Accordingly, the arbitration tribunal is expected to decide whether to declare the concession contract null and void and also on the amount, if any, to be paid to the Concessionaire for its investment in the project". Formulario 20F presentado ante la SEC, correspondiente al año 2018. Consultado en: https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1504764/000155837019003337/0001558370-19-003337-index.htm

Valores a Marzo de 2019

Criterios	BDO	BDO + FTI CAPEX	INTERVENTORIA		PERITAJE DE DUFF & PHELPS	
	contabilidad hasta oct 2017	Base BDO excepto capex hasta oct 2017	Informe interventoria de abril 2018	Informe interventoria de mayo 2018	RESPUESTA PREGUNTA 7.2 - Aclaracion y Complementacion	RESPUESTA PREGUNTA 7.3 - Aclaracion y Complementacion
AR	6,837,924,692,201	6,943,092,295,774	4,882,960,273,023	5,436,329,117,137	4,997,881,895,287	6,400,276,396,346
Capex	4,445,639,587,718	4,550,807,191,292	2,904,851,999,748	3,353,884,653,744	3,892,204,965,691	4,126,550,556,448
Opex	881,413,704,462	881,413,704,462	558,733,216,435	567,814,237,312	795,619,478,341	957,559,187,506
Intereses	1,046,642,463,894	1,046,642,463,894	942,998,024,608	1,037,236,554,924		1,006,109,201,138
Fondeos Contractuales	464,228,936,127	464,228,936,127	476,377,032,232	477,393,671,157	310,057,451,255	310,057,451,254
Menos aportes	1,867,556,184,776	1,867,556,184,776	1,945,027,388,794	1,942,811,160,732	1,645,700,534,653	1,645,700,534,653
Pago de avance de obra	1,469,321,916,879	1,469,321,916,879	1,480,361,423,520	1,476,808,716,669	1,487,805,737,147	1,487,805,737,147
Rendimientos financeiros	236,991,534,756	236,991,534,756	299,340,534,743	300,791,838,040		
Predios	161,242,733,140	161,242,733,140	165,325,430,531	165,210,606,023	157,894,797,507	157,894,797,507
Menos peajes	1,152,680,188,144	1,152,680,188,144	1,187,800,159,674	1,184,949,568,123	1,178,579,465,347	1,178,579,465,347
Menos multas						
VL (A)	3,817,688,319,282	3,922,855,922,855	1,750,132,724,555	2,308,568,388,282	2,173,601,895,287	3,575,996,396,346
DESCUENTOS - INTERVENTORIA	-		- 289,234,803,494	- 273,678,181,319		
DESCUENTOS - DUFF & PHELPS						
TOTAL DESCUENTOS (B)	-	-	- 289,234,803,494	- 273,678,181,319	-	-
SALDO (A - B)	**3,817,688,319,282**	**3,922,855,922,855**	**1,460,897,921,061**	**2,034,890,206,964**	**2,173,601,895,287**	**3,575,996,396,346**
PAGOS BANCOS	**1,511,593,268,088**	**1,511,593,268,088**	**1,511,593,268,088**	**1,511,593,268,088**	**1,511,593,268,088**	**1,511,593,268,088**
SALDO VL	**2,306,095,051,194**	**2,411,262,654,767**	- **50,695,347,027**	**523,296,938,876**	**662,008,627,199**	**2,064,403,128,258**

En definitiva, el Tribunal declara no probada la objeción, por todas las razones fácticas expuestas y por las razones jurídicas que han sido esbozadas a lo largo de este acápite.

Las demás solicitudes de objeción grave presentadas por las sociedades Odebrecht, que aparecen explicadas una a una en el capítulo correspondiente, fueron tramitadas por fuera de término. Con todo, es de advertir que al igual que sucede con la mayoría de peticiones hechas por el apoderado de dichas compañías, ninguna de ellas cumpliría con los requisitos establecidos por la Ley y la Jurisprudencia para declarar probadas las objeciones, en los términos ya expuestos.

De conformidad con lo anterior, únicamente procede la valoración integral de dicha prueba así rendida, junto con las demás decretadas y practicadas dentro del proceso y conforme a las reglas previstas en la ley, para resolver la controversia sometida a la consideración del Tribunal como lo hará más adelante.

III. CONSIDERACIONES

A. EL MARCO NORMATIVO Y DE POLÍTICA PÚBLICA SOBRE LA INFRAESTRUCTURA VIAL NACIONAL RELACIONADA CON EL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 001 DE 2010 Y SUS MODIFICACIONES SUSTANCIALES

1. En primer lugar, debe destacarse que la Constitución Política de 1991 estableció el marco para impulsar el desarrollo de la participación privada en infraestructura.

Seguidamente, con el Decreto 2171 de 1992 se reestructuró el Fondo Vial Nacional como el Instituto Nacional de Vías - INVIAS, cuyo objetivo principal sería la ejecución de políticas y proyectos relacionados con la infraestructura vial a cargo de la Nación, específicamente en la red de carreteras troncales y transversales del país.

2. A su vez, con las Leyes 80 y 105 de 1993, se dio desarrollo legal a las concesiones viales.[74]

[74] Cfr. CONPES 3413 del 6 de marzo de 2006, p. 5

De manera concreta, con la Ley 105 de 1993, por la cual se dictaron disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyeron competencias y recursos entre la Nación y las entidades territoriales; se reglamentó la planeación en el sector transporte y se dictaron otras disposiciones; se regularon, entre otros, varios temas esenciales, a saber: la infraestructura del transporte y, con ella, la definición de la infraestructura a cargo de la Nación; las especificaciones de la red nacional de carreteras; los planes de expansión de la red de transporte a cargo de la Nación; la integración de la infraestructura de transporte a cargo de los departamentos; y, la integración de la infraestructura distrital y municipal de transporte; las funciones y responsabilidades sobre la infraestructura de transporte; los recursos para la construcción y conservación de la infraestructura de transporte; y, las obras por concesión.

A partir de dicha Ley, se entiende por infraestructura del transporte a cargo de la Nación, aquella de su propiedad que cumple la función básica de integración de las principales zonas de producción y de consumo del país, y de éste con los demás países. Esta infraestructura está constituida, entre otras, por:

1) La red nacional de carreteras, con sus zonas, facilidades, y su señalización, que se define de acuerdo con los siguientes criterios:

a) Las carreteras cuyos volúmenes de tránsito sean superiores a aquellas que sirven hasta un 80% del total de la red vial de carreteras;

b) Las carreteras con dirección predominante sur-norte, denominadas troncales, que inician su recorrido en las fronteras internacionales y terminan en los puertos del Atlántico o en fronteras internacionales;

c) Las carreteras que unen las troncales anteriores entre sí, denominadas transversales, cuyo volumen de tránsito esté justificado, según el contenido del literal a, que comuniquen con los países limítrofes o con los puertos de comercio internacional;

d) Las carreteras que unen las capitales de departamento con la red conformada con los anteriores criterios, de acuerdo con su factibilidad técnica y económica, esta conexión puede ser de carácter intermodal;

e) Las vías para cuya construcción se ha comprometido el Gobierno Nacional con gobiernos extranjeros mediante convenios o pactos internacionales.

2) Los puentes construidos sobre los accesos viales en zonas de frontera.

3) Los viaductos, túneles, puentes y accesos en general a las capitales de departamentos, distritos y municipios (Artículo 12)

Por su parte, el artículo 15 de la Ley 105, posteriormente modificado por el artículo 276 de la Ley 1450 de 2011, determinó que el Ministerio de Transporte debe presentar al Consejo Nacional de Política Económica y Social CONPES para su aprobación, los planes de expansión vial, que deberán contener como mínimo lo siguiente: a) La conveniencia de hacer inversiones en nueva infraestructura vial nacional, de acuerdo con las prioridades del Plan Nacional de Desarrollo; b) Las inversiones públicas que deben efectuarse en infraestructura vial, y las privadas que deben estimularse; y, c) Las metodologías que deben aplicarse de modo general al establecer contraprestaciones por concesiones en infraestructura vial nacional. Dicha norma señala que los planes de expansión vial podrán modificar la red nacional de transporte, incorporando o excluyendo vías específicas; que las inversiones públicas que se hagan en materia de infraestructura vial nacional se ceñirán a lo expuesto en los planes de expansión vial y en el Plan Nacional de Desarrollo; y, que los planes de expansión vial se expedirán por medio de decretos reglamentarios del Plan Nacional de Desarrollo y de la Ley 105.

Finalmente, la Ley 105 establece que la Nación, los departamentos, los distritos y los municipios, en sus respectivos perímetros, podrán en forma individual o combinada o a través de sus entidades descentralizadas del sector de transporte, otorgar concesiones a particulares para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial.

Para la recuperación de la inversión, la Ley dispone que la Nación, los departamentos, los distritos y los municipios podrán establecer peajes y/o valorización. Conforme a dicha Ley, el procedimiento para causar y distribuir la valorización, y la fijación de peajes se regula por las normas sobre la materia, pero señala que la fórmula para la recuperación de la inversión debe quedar establecida en el contrato y es de obligatorio cumplimiento para las partes. La Ley determina que la variación de estas reglas sin el consentimiento del concesionario, implicará responsabilidad civil para la entidad quien, a su vez, podrá repetir contra el funcionario responsable.

La Ley establece que en los contratos que por concesión celebre el Instituto Nacional de Vías, se pueden incluir los accesos viales que hacen parte de la infraestructura distrital o municipal de transporte.

Así mismo, la Ley autoriza que los municipios, los departamentos, los distritos y la Nación puedan aportar partidas presupuestales para proyectos de infraestructura en los cuales, de acuerdo con los estudios, los concesionarios no puedan recuperar su inversión en el tiempo esperado.

La Ley determina que, bajo el esquema de concesión, los ingresos que produzca la obra dada en concesión, deben ser asignados en su totalidad al concesionario privado, hasta tanto éste obtenga, dentro del plazo estipulado en el contrato de concesión, el retorno al capital invertido. A su vez, la Ley dispone que el Estado recuperará su inversión con los ingresos provenientes de la operación una vez culminado el período de concesión.

Así mismo, la Ley determina que, para obras de infraestructura de transporte, por el sistema de concesión, la entidad concedente puede establecer garantías de ingresos mínimos utilizando recursos del presupuesto de la entidad respectiva. Igualmente, que se podrá establecer que cuando los ingresos sobrepasen un máximo, los ingresos adicionales sean transferidos a la entidad contratante a medida que se causen, sean llevados a reducir el plazo de la concesión, o utilizados para obras adicionales, dentro del mismo sistema vial.

La misma Ley ordena que en el contrato de concesión de obras de infraestructura de transporte, debe quedar establecida la forma de liquidación del contrato y los derechos de las partes en caso de incumplimiento de alguna de ellas.

3. A pesar del descrito marco legal del sector transporte contenido principalmente en la Ley 105 de 1993, para el año de 1995, se mantenían aún algunas deficiencias administrativas y contractuales en la ejecución de las obras viales, debido a que los proyectos de la red troncal que en ese momento se encontraban en ejecución fueron contratados bajo el esquema anterior. En efecto, en materia de contratación en general, el Documento CONPES 2765-DNP-UINFE-MINTRANSPORTE del 22 de febrero de 1995, reconoció que "La ejecución de los contratos vigentes presenta atrasos en relación a las metas físicas y financieras previstas, debido a los siguientes factores: (a) deficiencia en los estudios de preinversión, incluida la ausencia de consideraciones ambientales; (b) procesos de contratación inadecuados; (c) baja efectividad de los sistemas de control a la ejecución de las obras; y, (d) rezagos temporales en la disponibilidad de los recursos presupuestales."

En todo caso, con fundamento en lo previsto en la Ley 105 de 1993, a partir de 1994 se pusieron en marcha los nuevos proyectos de concesión vial bajo esquemas de estructuración y asignación de riesgos los cuales fueron evolucionando en el tiempo y, por ello, desde esa época se distinguen los proyectos de Concesión Vial de Primera, Segunda, Tercera, Tercera y Media y Cuarta Generación, estos últimos distribuidos en 1ª, 2ª. 3ª y 4ª olas.

4. Según lo establecido en el artículo 15 de la Ley 105 de 1993 y de acuerdo con los criterios previstos en dicha norma, con el Documento CONPES 2691 de febrero 23 de 1994, se aprobó el

Proyecto de Integración de la Red Nacional de Transporte. Dicho Documento identificó la Red de Carreteras que en ese momento estaría a cargo de la Nación a través del Instituto Nacional de Vías – INVIAS.

Así, a partir de 1994, se dio inicio al desarrollo de proyectos de concesión vial que culminó con la adjudicación y celebración de Contratos de Concesión de Obra Pública Vial los cuales se enmarcaron dentro de los que se considera son los **Contratos de Concesión Vial de Primera Generación** enfocados hacia obras de rehabilitación y ampliación de calzadas que se concentraron en el mejoramiento de los accesos y salidas de las ciudades, pero que al momento de su adjudicación y celebración no contaban con diseños a nivel de detalle, no se habían financiado y por lo mismo ni siquiera se habían adquirido los predios en los cuales se ejecutarían, así como tampoco se contaba con estudios de impacto ambiental ni licencias ambientales para su ejecución. A su vez, como en la fase de estructuración no se contó con el nivel de información requerido para asignar los riesgos constructivo y comercial al concesionario, se otorgaron por el Estado garantías de ingreso mínimo y sobrecostos.

Los Contratos de Concesión de Infraestructura Vial de Primera Generación son contratos conmutativos, cuyo objeto fue la elaboración de Estudios y Diseños de Detalle Definitivos -con base en el Anteproyecto Fase I, acompañado de las memorias descriptivas y cantidades de obra desagregadas por ítem que entregaba la entidad concedente- y, con base en ellos, la Rehabilitación, la Construcción, o la Construcción y el Mantenimiento de proyectos de infraestructura vial; para su ejecución se pactó un plazo fijo en sus distintas Etapas de Diseño y Programación, de Construcción y de Operación; su valor total y su pago, se acordó mediante la cesión de los derechos de recaudo de los peajes en él definidos de acuerdo con el correspondiente esquema tarifario; el cumplimiento del objeto contractual debió llevarse a cabo con la continua y especial vigilancia y control ejercidos por la entidad concedente; en ellos se pactó una garantía de ingreso mínimo utilizando recursos del presupuesto de la entidad respectiva, al tiempo que se acordó que cuando los ingresos sobrepasaran un máximo, los ingresos adicionales serían utilizados para obras adicionales, dentro del mismo sistema vial; con todo, en ellos se pactó la obligación, a cargo del Concesionario, de asumir la ejecución del objeto de la concesión por su cuenta y riesgo; en cada uno ellos se pactó la fórmula para la recuperación de la inversión, la cual es de obligatorio cumplimiento para las partes y se contemplaron tres posibles sistemas para el mantenimiento y/o el restablecimiento de su equilibrio financiero en caso de que se produjera su ruptura: i) el aumento en el plazo de la etapa de operación; ii) el aumento de las tarifas de peaje durante la etapa de operación (hasta 1.3 veces la variación del IPC); y, iii) las compensaciones con recursos del presupuesto de la entidad concedente.

Debido a los problemas antes enunciados, los Contratos de Concesión de Primera Generación requirieron múltiples modificaciones o adiciones entre las cuales las más frecuentes fueron – en todos los casos- el aumento de los aportes del Estado, especialmente para la adquisición de predios, por error o subestimación de los mismos; la autorización a cobrar tarifas inferiores a las contractuales; la contratación de obras complementarias; la ampliación de plazos de las etapas de diseño y de construcción; y, los acuerdos para restablecer el equilibrio económico y financiero cuando quiera que se produjo su ruptura o alteración, mediante la utilización de los esquemas o sistemas en ellos previstos.

5. En lo que se refiere a los nuevos proyectos viales iniciados a partir de 1994, el Documento CONPES 2765-DNP-UINFE-MINTRANSPORTE del 22 de febrero de 1995, señaló que "El INVIAS inició un plan de concesiones viales con el fin de que el sector privado financiara, construyera, operara y mantuviera vías que, por sus características, le fueran atractivas. Con ello, se busca liberar recursos públicos para otros proyectos y ampliar sustancialmente la inversión en las carreteras nacionales. Así mismo el esquema busca que la Nación comparta los riesgos del proyecto con el Concesionario[17]"[75]

A juicio del CONPES, "A pesar de las bondades, los resultados de las concesiones dependen en gran medida de los procesos iniciales de preparación, licitación y contratación de los proyectos. Deficiencias en estos procesos causan retrasos y sobrecostos importantes para el Estado, como ha

[75] "17. El esquema permite que los proyectos de construcción y rehabilitación se adelanten en menor tiempo posible, debido a que el interés de los inversionistas es iniciar operaciones con prontitud para recuperar su inversión (…)."

ocurrido en otros países. Sin embargo, estos problemas no se hacen evidentes antes de tres o cuatro años. En Colombia no se han presentado aún problemas financieros o de ejecución, pero los resultados de la primera etapa del proceso son preocupantes."

Así mismo, el CONPES reconoció, en lo que se refiere a las concesiones de la primera generación, que "se han presentado deficiencias en los diseños de los pliegos y en las minutas de los contratos, y un precario estado de los estudios de diseño suministrados como base para la elaboración de las propuestas, impidiendo la atracción de la inversión extranjera hacia estos proyectos", por una parte y, por la otra, que "la Nación está asumiendo riesgos muy altos a través de garantías de tráfico y de sobrecostos de construcción[19] que se están otorgando sin oportuno control fiscal.[76]"

Igualmente, dijo que, "Otro factor de riesgo es la falta de definición de reglas claras, entre otros, en: (a) los procesos de adquisición de predios; (b) el tratamiento de los aspectos ambientales;[77] y (c) la consecución de las diferentes licencias".

En tal virtud, concluyó, "De no solucionarse las situaciones descritas, el INVÍAS corre el riesgo de iniciar un proceso de contratación cuyos costos fiscales serían elevados, al igual que en el actual esquema de contratación".

De conformidad con lo anterior, el Documento CONPES señaló que "Para cumplir con las metas físicas programadas, es imprescindible revisar el sistema contractual vigente para la ejecución de obras viales a cargo del INVIAS. Teniendo en cuenta el carácter estructural del problema contractual, las acciones a realizar se enmarcan en una estrategia de corto plazo del Gobierno Nacional, y dentro de las estrategias de mediano y largo plazo que resulten de una evaluación conjunta entre el Gobierno y los agentes privados que participen en las diferentes etapas de ejecución de los proyectos viales."

En cuanto se refiere a las futuras Concesiones viales, el Documento señaló:

> "El proceso de concesiones de vías será revisado. Primero, se identificarán de manera clara para cada proyecto los elementos de riesgo controlables y no controlables, tanto por el inversionista privado como por el Estado. Una vez identificados los riesgos y los efectos de su impacto, éstos serán cuantificados.
>
> "Posteriormente se asignarán las responsabilidades, a través de los pliegos y contratos de cada elemento de riesgo, de manera acorde con las posibilidades de control de cada uno de los agentes públicos y privados. Esta asignación debe llevarse a cabo en cada una de las etapas de los proyectos. Durante la preparación se deben adelantar los estudios hasta un nivel en el cual el proponente quede en capacidad de cuantificar los riesgos reales de construcción, diseño y proyecciones de demanda.
>
> "Durante la licitación, el plazo deberá ser suficiente para que, con base en los estudios suministrados, el proponente pueda precisar los costos de obra con los cuales podrá competir en la adjudicación, disminuyendo, así, los sobrecostos que los inversionistas usualmente aplican por incertidumbre.
>
> "Respecto a lo anterior, se han identificado aspectos de conflicto que se deben resolver, ya que podrían aumentar el costo para el proponente o incluso desincentivar su participación en la licitación. Entre otros, se encuentra la definición de responsabilidades alrededor de: a) la negociación y pago de los predios, b) la realización de estudios ambientales, c) la obtención de la licencia respectiva, y d) el esquema de liquidación del contrato en caso de incumplimiento.
>
> "Con base en lo anterior, se buscará eliminar el exceso de garantías que está asumiendo la Nación y que reduce las ventajas inherentes a la participación privada. Así mismo, con un agresivo programa de

[76] "Si las garantías de los proyectos en mención se hacen efectivas, el INVÍAS ha estimado que la Nación deberá cubrir sobrecostos por $63.000 millones (pesos de 1994)."
[77] En este punto el mismo Documento reconoce más adelante que "La variable ambiental en la planeación de la infraestructura vial no ha sido considerada tradicionalmente como un elemento importante en la toma de decisiones. Esta situación no ha permitido la integración adecuada del sector con los otros sectores de la economía, ni la definición de proyectos que garanticen el desarrollo sostenible. // La problemática ambiental del sector vial radica en que no se consideran los criterios y costos ambientales, tales como las obras de mitigación, en la elaboración de pliegos de licitación de contratos y concesiones."

> promoción nacional e internacional, se mejorará el nivel de competencia en las licitaciones, contribuyendo a minimizar aún más los costos.
>
> "Por último, el INVIAS, con el apoyo del Ministerio de Hacienda y el DNP, estudiará mecanismos para modificar la estructura de los proyectos de concesión, buscando principalmente los siguientes objetivos: (a) minimizar las tarifas y la participación de los aportes de la Nación, (b) atraer la inversión extranjera, (c) desarrollar el mercado de capitales local, y (d) garantizar la consistencia global del sistema tarifario.
>
> "Para la revisión mencionada, se establecerá un grupo interinstitucional con asesoría externa que evalúe el proceso y que formule las recomendaciones pertinentes. Los elementos concretos del sistema de concesiones serán puestos a consideración del CONPES a más tardar el 30 de mayo de 1995."

De conformidad con lo anterior, al aprobarse el Documento CONPES 2765 del 22 de febrero de 1995, se ordenaron, entre otras, las siguientes actividades a desarrollar por parte del Ministerio de Transporte, el Ministerio de Hacienda y el DNP, con el objeto de ejecutar la política pública en él contenida:

> "a. Estudiar y formular las acciones administrativas, legales e institucionales que permitieran dar una solución de largo plazo a los problemas contractuales del sector vial.
>
> "b. Definir e implantar un sistema para el manejo de los desembolsos del Plan Anual de Caja, de tal forma que el flujo de caja coincida con el ciclo de construcción de las carreteras.
>
> "c. Llevar a cabo la revisión del programa de concesiones propuesto en ese documento, en materia de transferencias de riesgos, asignación de responsabilidades, formulación de garantías y demás elementos contractuales y financieros. La revisión, con los puntos concretos propuestos, sería puesta a consideración del CONPES a más tardar el 30 de mayo de 1995."

Años más adelante, al hacer un balance del proceso de concesiones en Colombia[78], entre ellos, los contratos de Primera Generación, se señaló que "Estos proyectos contaban con garantías ofrecidas por la Nación tanto de ingreso mínimo como de sobrecostos de construcción, debido a que en el momento en que salieron las licitaciones no se tenía la totalidad de los estudios de ingeniería ni de demanda que permitieran que el inversionista asumiera los riesgos.[79] Adicionalmente, estas garantías no contaban un mecanismo que asegurara su liquidez, lo que ha ocasionado demoras en los desembolsos mientras se surten los trámites presupuestales." Igualmente se indicó que "Por problemas de programación presupuestal y debido a que la causación de estas garantías no concuerda con la posibilidad de realizar pagos efectivos, también se ha tenido que pagar intereses corrientes e intereses de mora sobre estos muritos. Para 1999 el INVIAS tiene estimado un valor a pagar por garantías de $45.000 millones. Por otro lado, dado que los compromisos de pago de garantías son a mediano y largo plazo, el impacto fiscal de este esquema de contratación se prolongará hasta el año 2012." Finalmente, se señaló que, "la estructura contractual de los proyectos de Primera Generación no contempló algunos aspectos que eventualmente se presentaron,[80] tales como sobrecostos en compra de predios, problemas con las comunidades y problemas por realizar cobros de valorización."

6. En todo caso, siguiendo los principios y metas establecidos en el Plan Nacional de Desarrollo "El Salto Social", con el citado Documento CONPES 2765-DNP-UINFE-MINTRANSPORTE del 22 de febrero de 1995, se aprobó el Plan de Infraestructura Vial para el período 1995 – 1998, el cual incluyó como acciones prioritarias, el mantenimiento de la red, la rehabilitación de las vías y puentes en mal estado y la implantación de un programa para la prevención y atención de emergencias. Así

[78] Véase el Documento CONPES 3045 de 1999.

[79] "3. De igual forma, los estudios de ingeniería preliminares no contemplaban los aspectos de licencias ambientales y predios. Además, los procesos de concertación con las comunidades han obligado a establecer tarifas diferenciales, con el consecuente impacto en el recaudo real del concesionario."

[80] "6. Algunos aspectos que no fueron tratados con la debida profundidad durante el proceso de estructuración de la Primera Generación de concesiones fueron entre otros, la obtención de la financiación por parte del concesionario, la solución de controversias, la toma de posesión, los casos de fuerza mayor, los riesgos regulatorios, la evaluación de las propuestas y los mecanismos claros de liquidación de los contratos."

mismo, incluyó un programa de expansión que permitiría ampliar la cobertura de la red troncal nacional y mejorar sus especificaciones (mediante la construcción de dobles calzadas, variantes, etc.).

7. También, conforme a los principales objetivos que buscó el Plan Nacional de Desarrollo a través de la participación del sector privado en la infraestructura física, tales como, aumentar la eficiencia en la construcción y operación de proyectos y servicios, contar con recursos adicionales para suplir las necesidades en un menor tiempo, destinar los escasos recursos estatales prioritariamente a inversión en el sector social, reducir los riesgos que asumía el sector público y obtener beneficios de la competencia, mediante el Documento CONPES 2775 de abril 26 de 1995, se aprobó el Programa de Participación Privada en los Proyectos de Infraestructura Física relacionados con los sectores de Transporte, Energía, Telecomunicaciones y Agua Potable y Saneamiento Básico, un diagnóstico del estado de dicho proceso y un plan de acción para orientarlo.

Así mismo, conforme a las reglas generales contenidas en la Ley 80 de 1993, mediante el citado Documento CONPES 2775 de 1995, se adoptaron los primeros lineamientos de asignación de riesgos, sistemas de compensación, definición de responsabilidades, los aspectos financieros, legales y macroeconómicos, la protección a la inversión y procedimientos de la etapa de estructuración, de promoción de los proyectos y de apertura de los procesos de adjudicación de las concesiones entonces vigentes y de las futuras.

Así, como un intento de solucionar los problemas identificados en los contratos de primera generación, siguiendo los lineamientos fijados en el Documento CONPES 2775 de 1995, se inició el proceso de los **Contratos de Concesión Vial de Segunda Generación**.

En tal sentido, se determinó la necesidad de contar con estudios de ingeniería definitivos antes de la contratación, así como con estudios de demanda realizados por entidades internacionales especializadas, que permitieran la entrega de diseños con especificaciones acordes con los tráficos proyectados hasta el final de la concesión; se estableció que los contratistas debían completar la consecución de las licencias ambientales y las fichas prediales antes de iniciar la construcción de las obras y se modificó el esquema de garantías y los mecanismos de adjudicación; se le dio gran énfasis a la estructuración y promoción de los proyectos -factor que resultaba indispensable para obtener los beneficios que otorga la competencia (maximización de la eficiencia y reducción de los costos para el Estado y los usuarios)- para lo cual dicha estructuración y promoción se contrató con bancas de inversión, las cuales previeron garantías para cubrir el riesgo comercial (tráfico) y el riesgo cambiario de la deuda; excepto en los casos de alto riesgo geológico, el riesgo de construcción fue asignado al concesionario; la responsabilidad de la obtención de predios, la gestión de compra y entrega de los mismos, así como el riesgo de sobre costos por este concepto, se asignó a la entidad pública concedente, lo mismo que el riego de fuerza mayor asociado con casos de riesgos no asegurables; los riesgos de fuerza mayor asegurables quedaron en cabeza de los concesionarios; como aspecto novedoso, se introdujo el concepto de plazo variable de la concesión – a diferencia de los de primera, que fueron de plazo fijo-. Con este mecanismo, la Concesión revierte a la Nación al momento que se obtenga el "ingreso esperado", solicitado por el concesionario en su propuesta licitatoria, método que disminuiría la percepción de riesgo por parte del Concesionario ya que el período de concesión se podía alargar si los niveles de tráfico eran inferiores a los proyectados. Además, le permitía a la Nación obtener mediante la reversión la carretera en un menor plazo del programado si las condiciones de tráfico estaban por encima de las estimadas.

8. Igualmente, siguiendo los lineamientos del Plan Nacional de Desarrollo 1998 – 2002 "Cambio para construir la Paz", el Estado impulsó la competitividad tanto interna como externa del país, mediante la dotación de infraestructuras viales estratégicamente ubicadas, capaces de atender las demandas que plantearía el normal desarrollo de las actividades económicas y sociales.

De conformidad con lo anterior, mediante el Documento CONPES 3045 del 17 de agosto de 1999, se determinó que la política de concesiones viales del Plan Nacional de Desarrollo, se implementaría enmarcada dentro de las siguientes estrategias con base en las cuales se estructurarían los **Contratos de Concesión Vial de tercera generación**:

a. Concepción de los proyectos de concesión bajo criterios de Corredor

Dentro de esta estrategia se buscó definir los proyectos de concesión enmarcados dentro de un corredor de carga que integrara grandes centros de consumo con grandes centros de producción, y éstos a su vez con los puertos. Bajo esta concepción se buscaba evitar que se estructuraran proyectos que no brindaran toda la continuidad al tráfico, así como uniformar las estrategias de peajes y operación y los niveles de servicio. Igualmente, al incorporar el criterio de corredores viales dentro de la estructuración de proyectos, se pretendía brindar integralidad a las soluciones, incluyendo dentro de los proyectos los accesos a las ciudades y los puertos, para lo cual, el INVÍAS debía realizar las gestiones tendientes a producir los convenios correspondientes con las ciudades afectadas.

b. Concepción de los proyectos bajo el Criterio de Operación

El propósito consistía en que la definición de los proyectos y de las inversiones a realizar, debía basarse en criterios de optimización de la operación, buscando maximizar los beneficios de los usuarios al menor costo, para lo cual, los parámetros de nivel de servicio y capacidad de la vía, de acuerdo con los niveles y composición del tráfico, serían los que determinaran el momento y los tramos en donde se debían realizar nuevas inversiones. A través de esta estrategia se buscó la identificación de inversiones que produjeran los mayores beneficios en la zona de influencia del proyecto, con el menor costo.

Para lograr estos objetivos, el INVÍAS debía realizar un análisis de los niveles de servicio y de capacidad en los corredores y teniendo en cuenta las proyecciones de tráfico que existían en los mismos, debía formular los planes de expansión y mejoramiento focalizándose en las áreas en donde, con la menor inversión se lograra mejorar dichos parámetros. Al mismo tiempo, se buscó la operación integral del corredor, independientemente del número de concesiones adjudicadas para el mismo, estableciendo entre otros, unos criterios homogéneos para el cobro de peajes teniendo en cuenta tanto el nivel de servicio como la frecuencia de pago y unos niveles uniformes de seguridad vial y de mantenimiento de la estructura de la vía que permanecieran a lo largo de todo el corredor vial.

c. Evaluación de las alternativas de Proyecto bajo criterios económicos, de operación y ambientales

El objetivo sería que los nuevos proyectos de concesión buscaran desde el momento de su concepción -es decir con anterioridad a la elaboración de los estudios definitivos- que los trazados definitivos para las construcciones nuevas estuvieran en el punto de equilibrio donde se dieran los mínimos costos económicos, se garantizara la mejor operación de la vía, reflejada en su máximo nivel de servicio, y el nivel de susceptibilidad ambiental fuera el más bajo. Para tal efecto, cuando el INVIAS realizara la evaluación de las diferentes alternativas de proyecto, debía incluir todos esos parámetros e igualmente, en el momento de contratar los diseños de las obras, se debía incluir el factor de optimización de inversión y de operación y niveles de servicio.

d. Distribución de los aportes de la Nación en el mediano y largo plazo

Dada la entonces crisis fiscal, los nuevos proyectos de concesión debían buscar la minimización de los aportes estatales dentro de su estructuración financiera con el objetivo de disminuir el impacto fiscal de los mismos.

Sin embargo, en el caso en el que los proyectos fueran deficitarios y se necesitaran aportes de la Nación para garantizar su viabilidad financiera, se buscaría la forma de distribuir esos aportes en el tiempo de la concesión por medio de mecanismos tales como vigencias futuras, evitando en lo posible el desembolso de la totalidad de los mismos en los primeros años de la concesión. De esta forma, los aportes de la Nación se convertirían en una contrapartida o un "peaje sombra" que ayudara al inversionista privado a conseguir la financiación de largo plazo requerida para garantizar la viabilidad de los proyectos.

Para lograr este objetivo, los nuevos proyectos estarían enfocados a la optimización de la realización de las obras en el tiempo de acuerdo a las necesidades dadas por la capacidad de la vía y los niveles de servicio requeridos, lo cual permitiría tener períodos de construcción más largos que requirieran de inversiones más distribuidas durante la concesión.

e. Incorporación de criterios económicos y de tráfico en la estructuración de los proyectos

Esta estrategia buscaba analizar desde el punto de vista socioeconómico y de tráfico las diferentes alternativas del proyecto con el fin de escoger la que generara mayores beneficios para la Nación y para la sociedad a través de la incorporación de sinergias y economías de escala. Dentro de los aspectos a analizar, se incorporarían las características de la zona de influencia, para determinar los principales beneficios y costos de los proyectos, así como su rentabilidad y prioridad económica. Adicionalmente, las evaluaciones económicas serían un insumo fundamental en la etapa de optimización de los diseños existentes, así como para la determinación del momento óptimo para la realización de las obras.

f. Incorporación de criterios novedosos en la estructuración de los proyectos con el fin de lograr la financiabilidad de las concesiones y el fortalecimiento del mercado de capitales

Dado que uno de los grandes problemas que se habían presentado en el desarrollo de las concesiones de carreteras fue la obtención de créditos cuyas características de plazo, años de gracia, tasas y períodos de amortización, fueran concordantes con las necesidades de este tipo de proyectos, se buscaría a través de la estructuración incorporar criterios novedosos que hicieran atractivos estos proyectos para los mercados financieros y de capitales.

g. Fortalecimiento de la Gestión en negociación con las comunidades

A través de la implementación de esta estrategia se buscaría profundizar en mecanismos más eficaces de negociación con las comunidades y capacitar y especializar a un grupo de personas que fueran las responsables de estos procesos, para lo cual, el INVIAS debía analizar experiencias exitosas tanto en el ámbito nacional como internacional en el tema de gestión comunitaria y presentar una estrategia definida para los nuevos proyectos con el fin de evitar conflictos en especial en la colocación de casetas de peaje.

h. Fortalecimiento de la Gestión en valorización y compra de predios

Con esta estrategia se buscaría optimizar los procesos que facilitaran el recaudo de valorización e incentivaran el pago de la misma, para lo cual, en primera instancia, el INVIAS, debía diseñar estrategias de cobro que incluyeran la distancia del predio a la zona de vía, el tamaño y localización geográfica del predio y la forma de realizar el cobro en el momento en que dicha valorización se percibiera de manera efectiva por el propietario.

Igualmente, se buscaría desarrollar los mecanismos que permitieran intercambiar el recaudo por predios o descontarlos con una entidad financiera privada, todo con el fin de contribuir a la financiabilidad de los proyectos y, de igual forma, el INVIAS, debía buscar la forma de cobrar valorización de forma proporcional a la distancia con la zona de vía y desarrollar mecanismos que le permitieran cruzar la valorización a cobrar con los aportes que debía otorgar por compra de predios.

i. Fortalecimiento del seguimiento y control

Para lo cual se debían fortalecer los parámetros para las actividades de regulación y supervisión de los contratos de concesión, en aspectos técnicos, financieros, económicos y legales, con el objetivo de proteger los intereses del Estado y cumplir con la filosofía con la cual son estructurados los proyectos. El INVIAS o la entidad que quedara a cargo de la supervisión de las concesiones, desarrollaría un sistema de información gerencial, en donde se pudiera llevar un seguimiento estratégico a los principales parámetros contractuales de los proyectos concesionados, tales como indicadores financieros, de tráfico, de recaudo y de compromisos de las partes.

Sobre la base de estos lineamientos, se diseñó el Programa de Concesiones Viales 1998 - 2000: Tercera Generación de Concesiones, adoptado por el Documento CONPES 3045 de 1999, identificando ocho proyectos prioritarios para adjudicar por el sistema de concesión a corto y mediano plazo.

Este Documento CONPES reiteró que el impacto fiscal de las concesiones de primera generación afectaba de manera importante la capacidad de inversión del INVIAS, y que existía a su vez el riesgo de que ese impacto se incrementara puesto que en algunas concesiones los niveles de tráfico se podían ver afectados por las condiciones macroeconómicas. Por ello, se recomendó realizar las acciones encaminadas a resolver los problemas de fondo de las concesiones de primera generación de manera integrada y coherente. En ese sentido se determinó que el INVIAS, apoyado por el Ministerio de Transporte y el DNP, realizaría un estudio del estado de los contratos de concesión en ese momento existentes, analizando posibilidades contractuales de mitigar el impacto fiscal de las garantías otorgadas y buscando alternativas que minimizaran este impacto. Igualmente, analizaría metodologías para mejorar la gestión de seguimiento de tales concesiones, buscando entre otros optimizar la información del recaudo real y el tráfico real de las concesiones.

Por otro lado, dado que muchos de los problemas presentados por las concesiones de primera generación obedecían a una conceptualización de los proyectos desde la etapa de diseño que no contemplaba una optimización de la operación, se recomendó incorporar, en el momento del inicio de los proyectos, la evaluación de las alternativas del proyecto desde un punto de vista que integrara los aspectos técnicos, de operación, económicos y ambientales.

Finalmente debe señalarse que, al igual que en los contratos de segunda generación, el plazo de estas concesiones de tercera generación, también es variable, de manera que el corredor vial revierte a la Nación en el momento en que el concesionario obtenga el ingreso esperado.

En tal virtud, el Contrato de Concesión de Infraestructura Vial de Tercera Generación, es esencialmente un negocio financiero que se concreta o materializa a partir del diseño, construcción, mantenimiento y operación de una obra pública en virtud del cual el concesionario, directa o indirectamente, realiza una inversión para financiar el Contrato estatal de concesión, a cambio de una remuneración, que consiste en el mecanismo pactado para el retorno del capital invertido (su utilidad), la cual se mide usualmente, mediante la Tasa Interna de Retorno del flujo del proyecto que se compone del capital invertido por el concesionario y los flujos de caja que se obtienen de restar de los ingresos del proyecto todos los costos y gastos en los que se incurre. El plazo de los contratos de concesión normalmente es superior al plazo de construcción de la obra y en el caso de los contratos de tercera generación, corresponde al plazo necesario para que el concesionario alcance la rentabilidad esperada por su inversión, medida como la TIR del proyecto.[81]

Así, en estos Contratos de Concesión se utiliza el concepto de costo de capital.[82] Precisamente, en el documento "Metodología y estimación del costo promedio ponderado de capital para proyectos de infraestructura vial" del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional (2010), se lee lo siguiente:

> "Dentro de la regulación propuesta en el esquema de concesiones de carreteras se incorpora el concepto de ingreso real, considerado como los ingresos percibidos por el concesionario y expresado como el valor presente en términos reales de los mismos. Los ingresos percibidos provienen de dos fuentes, a saber: i) los ingresos generados en los aportes y/o pagos estatales y, ii) los ingresos percibidos de los usuarios por la prestación del servicio, donde el precio del servicio es regulado. El valor presente de estos ingresos, se evalúa con base en la tasa de descuento que se pretende regular en este documento, mediante el cálculo del costo promedio ponderado del capital.

[81] En tal sentido véanse, entre otros: Laudo proferido el 11 de mayo de 2016 por el Tribunal de Arbitramento al resolver las controversias entre la Sociedad Autopistas de La Sabana S.A.S. y la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI y Laudo proferido el 6 de octubre de 2016 por el Tribunal de Arbitramento al resolver las controversias entre la Unión Temporal del Norte de Bogotá DEVINORTE y la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI.

[82] El costo de capital es el rendimiento esperado por el inversionista, equivale a la tasa de descuento a la cual se traen a valor presente los flujos de caja del proyecto.

> "El costo de capital es uno de los factores más importantes que los reguladores y las compañías precisan estimar; dado que éste representa el rendimiento mínimo que debe obtener un proyecto o empresa de manera que los mercados financieros estén dispuestos a proveer recursos a ese proyecto o a comprar una participación en esa compañía. El costo de capital de una empresa debe ser igual a la tasa de rendimiento esperada que prevalece en los mercados de capitales para inversiones alternativas de riesgo similar. Esto indica que tanto el costo de capital de las empresas reguladas, como el de las que no lo están, está determinado por los mercados financieros."

Ello es así, porque en materia financiera, al momento de estudiar la viabilidad económica de un negocio o proyecto de inversión, generalmente se usan los parámetros del Valor Actual Neto VAN y la Tasa Interna de Retorno TIR, los cuales se sabe que no siempre coinciden, que tienen sus limitaciones y que sus resultados pueden ser inconsistentes en algunos casos.

Al estudiar la rentabilidad de un proyecto, el VAN lo hace en términos absolutos netos, es decir, en unidades monetarias, lo cual indica el valor del proyecto a un día determinado, mientras que la TIR, da una medida relativa, en tanto por ciento. Igualmente, estos métodos también se diferencian en el tratamiento de los flujos de caja. El VAN considera los distintos vencimientos de los flujos de caja, dando preferencia a los más próximos y reduciendo así el riesgo, asumiendo que todos los flujos se reinvierten a la misma tasa K, tasa de descuento que se emplea en el propio análisis. En cambio, la TIR no considera que los flujos de caja se reinviertan periódicamente a la tasa de descuento K, sino a un tanto de rendimiento r, sobrestimando la capacidad de inversión del proyecto.

El Valor Presente Neto constituye sencillamente la equivalencia financiera presente de todos los flujos netos atribuibles a un proyecto. La fórmula del VAN es la siguiente:

$$VAN = -A + \sum_{n=1}^{N} \frac{Q_n}{(1+i)^n}$$

Donde A es la Inversión, Qn es el flujo de caja del año "n", i es la tasa de interés con la que se calcula y N es el número de años de la inversión. Por lo tanto, para calcular el VAN se debe conocer el monto de la inversión, los flujos de caja netos proyectados y la tasa de interés.

La TIR es la Tasa Interna de Retorno, que, como su nombre lo indica, es la tasa a la cual se recupera una inversión en determinados años. Para Mokaten,

> "La TIR se define como la tasa de descuento intemporal a la cual los ingresos netos del proyecto apenas cubren los costos de inversión, de operación y de rentabilidades sacrificadas. Es la tasa de interés que, utilizada en el cálculo del VNP, hace que el valor presente neto del proyecto sea igual a cero. En otras palabras, indica la tasa de interés de oportunidad para la cual el proyecto apenas será aceptable.
>
> "La TIR es, entonces, un 'valor crítico' de la tasa de interés de oportunidad. Señala la tasa de rentabilidad generada por los fondos invertidos, asumiendo que los frutos de la inversión (los flujos netos positivos del proyecto) se reinvierten en el proyecto, o sea, se mantienen 'internos' en el proyecto, Es decir, se mide la rentabilidad del dinero mantenido dentro del proyecto."[83]

Mientras más alta sea la TIR, es más rentable el proyecto y, por el contrario, si la TIR es muy baja, el proyecto será muy vulnerable a la tasa de interés del momento, pero los expertos coinciden en que una gran ventaja o limitación de la TIR es que el comportamiento de la relación entre la tasa de interés de oportunidad y el VPN, y por ende de la TIR, depende de la forma del flujo de fondos del proyecto, pues existen flujos para los cuales no hay ninguna solución para la TIR, otros flujos que sólo tienen una solución y otros que generan múltiples soluciones. Con el fin de resolverlos, se ha definido la TIR ajustada, la cual se denomina Tasa Única de Retorno TUR, con la cual se garantiza la existencia de una sola tasa, independientemente de la estructura de los flujos

[83] Karen María Mokate. Evaluación Financiera de Proyectos de Inversión. Ediciones Uniandes y Alfaomega, Bogotá, 2004, p.145

9. De acuerdo con los criterios establecidos en la Ley 105 de 1993, mediante el Documento CONPES 3085 de 2000, se definió la extensión de la Red, al adoptar el Plan de Expansión de la Red Nacional de Carreteras, el cual se centró en definir la red a cargo del Instituto Nacional de Vías – INVIAS, e hizo especial énfasis en las estrategias de inversión pública en la Red Nacional de Carreteras no concesionada para el período 2001 – 2002.

10. Seguidamente, en el Plan Nacional de Desarrollo "Hacia un Estado Comunitario: 2002-2006", se reafirmó como política nacional, impulsar la participación privada en el desarrollo de la infraestructura con el objetivo de: i) fomentar la eficiencia en la construcción y operación de proyectos y servicios; ii) promover la competencia; iii) eliminar la presión fiscal que genera la financiación y operación pública de los proyectos y servicios; iv) aumentar los flujos de inversión local y extranjera; y, v) promover el desarrollo del mercado de capitales.

De conformidad con lo anterior, el proceso de vinculación de inversionistas privados en proyectos de concesión vial conllevó avances en la estructuración de los proyectos en lo relacionado con las condiciones mínimas de los oferentes en aspectos tales como la promoción de los proyectos, los plazos para elaboración de propuestas, o los criterios de selección. Igualmente, se avanzó en desarrollos contractuales relacionados con aspectos técnicos, financieros y legales.

11. A su vez, con el Decreto 423 de 2001, reglamentario de la Ley 448 de 1998,[84] se señalaron reglas para la adopción de la política de riesgo contractual del Estado, para lo cual, en los artículos 15 a 18 del citado Decreto se determinó que: 1) Las entidades estatales sometidas al régimen en él previsto, deben ajustarse a la política de riesgo contractual del Estado, conformada por los principios, pautas e instrucciones que determine el Gobierno Nacional, para la estipulación de obligaciones contingentes a su cargo; 2) El Consejo de Política Económica y Social, CONPES, orientará la política de riesgo contractual del Estado a partir del principio de que corresponde a las entidades estatales asumir los riesgos propios de su carácter público y del objeto social para el que fueron creadas o autorizadas, y a los contratistas aquéllos determinados por el lucro que constituye el objeto principal de su actividad; 3) Corresponde al Consejo de Política Económica y Social, CONPES, en materia de política de riesgo contractual del Estado recomendar las directrices que deben seguir las entidades estatales al estructurar proyectos, con participación de capital privado en infraestructura y, de manera específica, en lo concerniente a los riesgos que puedan asumir contractualmente como obligaciones contingentes; 4) El Consejo de Política Económica y Social, CONPES, debe revisar por lo menos una vez al año los lineamientos que determinan la política de riesgo establecida con el fin de asegurar su adaptación a la realidad de la contratación estatal del país; y, 5) Cuando se trate de contratos a cargo de las entidades del orden nacional o descentralizado del mismo nivel, la dependencia de planeación del organismo rector del respectivo sector administrativo, deberá conceptuar sobre la adecuación de tales contratos a la política de riesgo contractual del Estado establecida por el Consejo de Política Económica y Social, CONPES.

12. De conformidad con lo anterior, mediante el Documento CONPES 3107 del 3 de abril de 2001, se fijó la "Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura". Esta política fue modificada por el CONPES mediante el Documento CONPES 3133 del 3 de septiembre de 2001, la cual incluyó la ampliación del marco general de la política y la revisión de los lineamientos acerca del riesgo contractual derivado de obligaciones ambientales. En el Cuadro 4 de dicho Documento se precisa la Política de Riesgo para el Sector Transporte y se señala que los riesgos de construcción, operación, comercial –que incluye los riesgos de demanda y los riesgos de cartera-, de financiación, de liquidez cambiaria y los regulatorios en general, corresponderán a los concesionarios.[85]

[84] Mediante la Ley 448 de 1998 se adoptaron las medidas en relación con el manejo de las obligaciones contingentes de las entidades estatales y se dictaron otras disposiciones en materia de endeudamiento público, al tiempo que dicha Ley creó el Fondo de Contingencia de las Entidades Estatales.

[85] Conforme a ese mismo derrotero, la Ley 1150 sancionada el 16 de julio de 2007, que entró en vigencia el 16 de enero de 2008, determinó que: "Artículo 4. De la distribución de riesgos en los contratos estatales. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación. / En las licitaciones

El citado Documento CONPES 3107 de 2001, al revisar la evolución de las concesiones viales, hizo las siguientes comparaciones:

> "Los cuadros que se muestran a continuación reflejan la evolución tanto de la estructura como en los criterios de asignación de riesgos en este sector.

Cuadro 2
Diferencias en la estructura de concesiones de primera, segunda y tercera generación.

Descripción	Segunda y Tercera generación	Primera generación
Diseños	Diseños detallados (Fase III)	Diseños de factibilidad (Fase II)
Predios	Gestión a cargo de concesión y expropiación del INVIAS	Proceso de adquisición a cargo del INVIAS
Licencias Ambientales	Se cuenta con licencias y la gestión de modificación a cargo de la concesión	No contaba con licencias y toda la gestión a cargo del INVIAS
Plazo de la concesión	Variable (ver anexo 1)	Fijo
Ingresos	Se cuenta con estudios de tráfico	No se contó con estudios de tráfico
Gestión Social	Gestión conjunta entre la concesión y el INVIAS	No prevista en la estructura

Fuente: INVIAS, Mintransporte, DNP.

Cuadro3
Evolución de los criterios de asignación de Riesgos en Infraestructura Vial

Riesgo	Primera Generación		Segunda Generación		Tercera Generación	
	Concesionario	INVIAS	Concesionario	INVIAS	Concesionario	INVIAS
Constructivo	X	Parcial	X		X	
Tráfico		X	X		X	
Tarifa de Peajes		X				X
Predios		X		X	Gestión	X
Licencia Ambiental		X		X	Gestión	X
Tributario	X		X		X	
Cambiario	X	X	Parcial		X	Parcial
Fuerza Mayor (Asegurable)	X		X		X	
Financiación	X		X		X	

Fuente: INVIAS, Mintransporte, DNP.

13. Posteriormente, dentro del Plan de Modernización del Estado, con el Decreto 1800 del 26 de junio de 2003, se creó el Instituto Nacional de Concesiones INCO, con el objeto de planear, estructurar, contratar, ejecutar y administrar los negocios de infraestructura de transporte que se desarrollen con participación del capital privado y, en especial, las concesiones, en los modos carretero, fluvial, marítimo, férreo y portuario.

Para los efectos de esta controversia, aquí es importante señalar que la responsabilidad del proceso de selección, adjudicación y celebración del respectivo contrato de concesión, le fue atribuida por el Decreto Ley 1800 de 2003 al Gerente General de dicho Instituto. Sin embargo, en ejercicio de las atribuciones constitucionales y legales, en especial de las conferidas en los artículos 211 de la Constitución Política, 12 de la Ley 80 de 1993, 7° y 14 del Decreto 679 de 1994, 110 del Decreto 111 de 1996, 9° de la Ley 489 de 1998 y 8° del Decreto 1800 de 2003, mediante la Resolución No. 65 del

públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva." Con fundamento en dicha disposición legal, el Consejo Superior de Política Económica y Social, mediante el Documento CONPES 3174 de diciembre 1 de 2011, estableció una serie de lineamientos básicos para el entendimiento del concepto de *"riesgo previsible"* conforme a la las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios y de esta forma, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, determinó que las entidades públicas deberán incluir en los procesos de selección, la *tipificación, estimación, y asignación* de los riesgos previsibles involucrados en la contratación; y, generar un espacio de discusión del ejercicio realizado, para poder hacer la respectiva revisión con los particulares interesados en el proceso respectivo. Dicho Documento fue posteriormente modificado con el Documento CONPES 3807 de junio 3 de 2014, que contiene la Política de manejo de riesgo contractual del Estado para procesos de participación privada en infraestructura. Así, existe y debe existir una política pública de asignación de riesgos, la cual es obligatorio cumplimiento para las entidades estatales.

1 de febrero de 2005,[86] el Gerente General delegó tales funciones en el Subgerente de Estructuración y Adjudicación y en el Subgerente de Gestión Contractual, así:

En el Subgerente de Estructuración y Adjudicación delegó el ejercicio de las funciones para la realización de todas las actividades, trámites y actuaciones, así como la expedición de los actos propios e inherentes a los procesos de selección de los contratos relacionados con la misión del INCO, sin límite de cuantía, incluyendo el acto de adjudicación y la celebración del contrato o la declaratoria de desierta del respectivo proceso de selección. Esta delegación comprendía, entre otras, las actividades que a título enunciativo se describieron a continuación: La preparación y desarrollo del proceso de selección, la elaboración de pliegos de licitación, de términos de referencia o de documentos de selección; la realización de estudios previos de conveniencia y oportunidad; la solicitud de disponibilidades presupuestales; la expedición de certificaciones y de justificaciones previstas en las normas vigentes para el respectivo proceso de selección, la apertura de la licitación y las demás inherentes a la realización de los procesos de selección desde su etapa preparatoria y hasta la celebración del respectivo contrato y la verificación, trámite y expedición de los actos necesarios para configurar los requisitos de ejecución y legalización del contrato. De conformidad con el artículo 2° del Decreto 1800 de 2003, se entendió por contratos relacionados con la misión del INCO, aquellos que tenían por objeto la ejecución de proyectos de infraestructura de transporte que se desarrollaran con participación de capital privado en los modos carretero, fluvial, marítimo, férreo y portuario.

En el Subgerente de Gestión Contractual delegó la realización de todas las actividades, trámites y actuaciones, así como la expedición de los actos propios e inherentes a la actividad contractual de los contratos de concesión e interventoría después de que la Subgerencia de Estructuración y Adjudicación verificara, tramitara y expidiera los actos necesarios para configurar los requisitos de ejecución y legalización del contrato. Esta delegación comprendió, entre otras, las actividades que a título enunciativo se describieron a continuación: La suscripción del acta de inicio del respectivo contrato, la celebración de modificaciones, aclaraciones, adiciones, cesiones o prórrogas de los contratos celebrados en ejercicio de esta delegación; la aprobación de modificaciones a las pólizas o garantías bancarias la adopción de correctivos, la declaratoria de caducidad y la aplicación de cláusulas excepcionales, así como la de imposición de sanciones, multas y demás actos sancionatorios relativos a la actividad contractual; la liquidación, la facultad de dirección, control y vigilancia de dichos contratos así como los demás actos inherentes a la actividad contractual delegada.

14. Con el Documento CONPES 3261 de 2003, se adoptó el programa estratégico de mejoramiento de la infraestructura vial secundaria y terciaria orientado a promover la integración y el desarrollo regional.

15. Seguidamente, con el Documento CONPES 3272 del 23 de febrero de 2004, se aprobó la política integral de infraestructura vial orientada a mejorar la competitividad y productividad del país a través de dos componentes:

> **a.** Un programa de rehabilitación y mantenimiento integral de la red de carreteras a cargo de la Nación con el objeto de recuperar y mantener en buen estado los principales corredores viales de la Nación, los cuales soportaban más del 80% del tráfico y, a la vez, racionalizar el gasto fiscal en el sector y disminuir los costos de operación del parque automotor; y,
>
> **b.** Un programa de infraestructura vial de integración y desarrollo regional con el cual se buscaría mejorar la infraestructura vial secundaria y terciaria de forma que se lograra una mayor integración regional.

[86] Publicada en el Diario Oficial No. 45.816 del 8 de febrero de 2005

16. Por su parte, el Decreto 4730 de 2005, artículo 23, determinó que, como requisito previo a la declaración de importancia estratégica de un programa o proyecto, se debe contar con el aval fiscal del Consejo Superior de Política Fiscal CONFIS.

17. Así mismo, en el marco de los proyectos de la Agenda Interna para la productividad y competitividad[87] y Visión Colombia II Centenario – 2019[88], se planteó incrementar el nivel de servicio de los corredores de transporte de comercio exterior y de los que conectan los grandes centros de producción, mediante el desarrollo de proyectos de expansión de capacidad de la red nacional de carreteras.

En tal virtud, mediante el Documento CONPES 3413 del 6 de marzo de 2006, se adoptó el "Programa para el Desarrollo de Concesiones de Autopistas 2006 – 2014", a cargo del Instituto Nacional de Concesiones INCO que fue declarado de importancia estratégica -previo aval fiscal dado por el CONFIS para las vías de competitividad de dicho Programa en su sesión de la misma fecha-, y considerando los principios de: i) integración económica y comercial, ii) articulación de actividades económicas y de cadenas productivas con los países vecinos y de la región, iii) integración entre los principales centros nacionales de producción y consumo, iv) optimización de las inversiones públicas y privadas en infraestructura para incrementar la competitividad nacional y, v) complementariedad de la infraestructura de transporte.

Igualmente, con el objetivo de obtener reducciones de costos de operación de vehículos de carga y pasajeros, ahorros de tiempo de viaje, disminución de accidentalidad y mejoras en la accesibilidad de las instituciones estatales encargadas de la seguridad, se establecieron los siguientes lineamientos de política para la estructuración de proyectos que maximizaran los beneficios de su implementación bajo el esquema de concesión: i) Promover el desarrollo de proyectos de concesión vial que tuvieran un impacto favorable en la productividad y competitividad del país; ii) fomentar la participación privada en el desarrollo del Programa para el Desarrollo de Concesiones de Autopistas 2006 – 2014; iii) promover la optimización de la capacidad de inversión del Programa de Concesiones; y, iv) Implementar mecanismos de coordinación entre las diferentes entidades del sector transporte.

Así, con el "Programa para el Desarrollo de Concesiones de Autopistas 2006-2014", el CONPES declaró de importancia estratégica el programa de concesiones viales, que incluía el desarrollo de once proyectos carreteros. En este sentido, se solicitó al INCO desarrollar la estructuración de los contratos y de los procesos precontractuales de dichos proyectos, de acuerdo con lo previsto en los lineamientos de política para el desarrollo de concesiones viales y para el manejo de riesgo contractual del Estado en proyectos de participación privada en infraestructura. Dentro de las once concesiones contenidas en el citado Programa, se incluyó la realización de los siguientes tres proyectos, cuyos alcances pretendían mejorar la conexión vial del centro del país con la Costa Atlántica, a través del corredor Bogotá (El Cortijo) - Villeta – Puerto Salgar – San Alberto – Santa Marta:

a. **Concesión Vial "Ruta del Sol 1-A":** Bogotá (El Cortijo) – Villeta (Las obras del tramo "Ruta del Sol 1A", para el incremento de la capacidad de la vía Bogotá (El Cortijo) – Villeta, fueron adicionadas a la concesión Bogotá – Siberia – La Punta – El Vino en enero de 2008).

b. **Concesión Vial "Ruta del Sol 1-B":** Villeta – Honda – Mariquita – La Dorada – Puerto Salgar – San Alberto o Tobia Grande - Puerto Salgar – San Alberto.

c. **Concesión Vial "Ruta Del Sol 2":** San Alberto – La Loma – Bosconia – Ye de Ciénaga – Santa Marta.

Así mismo, conforme a dicho Documento, el esquema contractual previsto para la ejecución de este programa fue el de la Concesión -siguiendo los parámetros de la tercera generación-, "mediante el cual es posible obtener financiación anticipada para las actividades de inversión, asegurar altos

[87] Cfr. Documento CONPES 3297 de julio de 2004.
[88] Cfr. 2019 – Visión Colombia II Centenario – Propuesta para discusión, DNP, agosto de 2005.

estándares de niveles de servicio y mantenimiento de la infraestructura por períodos largos y hacer una repartición más eficiente de los riesgos. En este esquema los costos de inversión, mantenimiento, operación y financiación son cubiertos con recursos de peajes y aportes de la Nación."

"Adicionalmente, señaló el CONPES, la estructura financiera que se defina para cada proyecto de concesión deberá ajustarse a la capacidad de inversión pública y privada en el mismo y deberá permitir maximizar la participación del sector privado. En este sentido, el CONPES aprobó solicitar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público – MHCP, en coordinación con el INCO y el DNP, "identificar esquemas alternativos para la estructuración financiera de los proyectos, incluyendo la evaluación del costo de los mecanismos de cobertura de riesgo, para maximizar la participación del sector privado."

En desarrollo de lo anterior, se recomendó evaluar, entre otros, la conveniencia de adoptar un esquema que contemplara el concepto de Valor Presente de los Ingresos Esperados (VPIE)[89] como desarrollo complementario al concepto de Ingreso Esperado, como variable para establecer el plazo de la concesión. Lo anterior, teniendo en cuenta la solidez del sistema financiero y la existencia de condiciones de mercado para obtener financiación con mayores plazos para este tipo de proyectos. Para estos efectos, se recomendó evaluar las experiencias internacionales en la utilización de los conceptos de Ingreso Esperado y de Valor Presente Neto del Ingreso Esperado según lo presentado en el Anexo 2 de dicho Documento 3413 del 6 de marzo de 2006, y desarrollar los parámetros bajo los cuales se debía implementar el esquema que optimizara la capacidad de inversión del proyecto.

Conforme se señaló en el citado anexo,

> "El concepto de Ingreso Esperado ha sido incorporado en la estructuración de los proyectos de la denominada Tercera Generación de Concesiones con el objetivo de mitigar el riesgo comercial de demanda.[90] Dicho ingreso, que ha sido adoptado como variable de evaluación de los procesos licitatorios, corresponde al volumen de recursos de peaje cuantificados en términos constantes[91] que cada proponente espera recibir en desarrollo del proyecto, en caso de ser el adjudicatario de la concesión. En línea con lo anterior, el plazo de la concesión varía en función del tiempo requerido para que el proyecto genere los recursos esperados por el concesionario.
>
> "Este esquema ha permitido reducir la percepción del riesgo por parte de los inversionistas privados y de los agentes de los mercados de capitales, lo cual ha mejorado las condiciones de financiación de este tipo de proyectos. Teniendo en cuenta los efectos positivos de esta medida, se recomienda al Gobierno Nacional que evalúe la pertinencia de incorporar instrumentos complementarios orientados a mitigar los riesgos propios de los proyectos de concesión.
>
> "En particular, se recomienda al Gobierno Nacional evaluar la conveniencia de utilizar la alternativa del concepto de 'Valor Presente Neto de los Ingresos Esperados'. Este criterio corresponde a una variación del concepto de Ingreso Esperado y es entendido como la estimación que cada proponente hace del valor presente neto de los ingresos que puede generar la concesión en el horizonte de ejecución del proyecto, con base en los estudios de demanda de tráfico disponibles, las tarifas de peaje previamente establecidas y una tasa de descuento definida por el Gobierno con anticipación al proceso licitatorio.
>
> "Los análisis realizados por Engel, Fischer y Galetovic[92] permiten entrever que el concepto de 'Valor Presente Neto de los Ingresos Esperados' puede aportar nuevos elementos que complementen la política de manejo de riesgo contractual del Estado para procesos de participación privada en

[89] "Engel, E., Fischer, R., and Galetovic, A. Privatizing roads: An 'old' new approach to infrastructure provision. Regulation, the Cato Journal, Fall, 18-22, 2002. En dicho artículo se plantea que i) el ingreso del peaje se descuenta a una tasa predeterminada en el contrato; y ii) la tasa de descuento que defina el Gobierno debería ser una buena estimación de la tasa de interés de los créditos asumidos por el concesionario."

[90] De acuerdo con lo indicado en el Documento CONPES 3107 de 2001, el riesgo de demanda se presenta cuando los volúmenes de servicio son menores a los estimados. Existen diversos factores que inciden sobre la demanda, tales como la respuesta negativa por parte de los usuarios debido al aumento de tarifas, los ciclos económicos, el cambio de hábitos de consumo, o la presencia de tecnologías substitutas, entre otros.

[91] Flujos de ingresos indexados con la inflación.

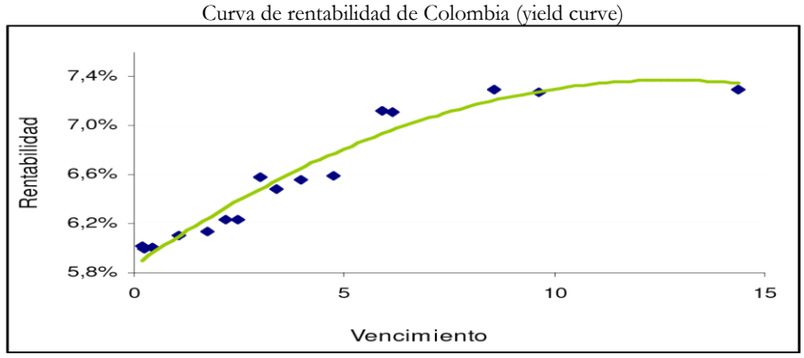
[92] Engel, E., Fischer, R., and Galetovic, A. Least-Present-Value-of-Revenue Auctions and Highway Franchising. Journal of Political Economy 10 (5), 993-102, 2001.

infraestructura[93]. El 'Valor Presente Neto de los Ingresos Esperados' incorpora una tasa de descuento asociada al costo de financiación. De acuerdo con lo planteado por Engel, Fischer y Galetovic, la tasa de descuento que defina el Gobierno debería ser una buena estimación de la tasa de interés de los créditos asumidos por el concesionario.[94]

"Por otra parte, se recomienda considerar, entre otros, los siguientes aspectos en la evaluación de esta alternativa:

"i) si la curva de rentabilidad del país (yield curve) aporta información para estimar la tasa de descuento de los proyectos. En la Figura No. 4 se presenta un ejemplo de este tipo de información;

Figura No. 4
Curva de rentabilidad de Colombia (yield curve)



Fuente: Grupo Aval

"ii) si la tasa de descuento que fije el Gobierno debe reconocer los cambios en las condiciones del mercado financiero que eventualmente ocurran entre la apertura del proceso licitatorio y el cierre financiero de los proyectos. La eliminación de esta incertidumbre podría contribuir a mejorar las condiciones de financiación de los proyectos; y

"iii) si el Gobierno Nacional debe establecer un límite superior para el 'Valor Presente Neto de los Ingresos Esperados', incentivando a los proponentes a que ajusten sus propuestas a valores propios de procesos licitatorios con amplia concurrencia."

De la misma manera, los proyectos que hicieran parte de este programa se desarrollarían de acuerdo con lo previsto en la Ley 448 de 1998, en el Decreto 423 de 2001 y en el marco legal vigente, y considerando las políticas de manejo de riesgo contractual del Estado en procesos de participación privada en infraestructura planteadas en los documentos CONPES 3107 y 3133 de 2001.

El CONPES aprobó solicitar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público que: i) definiera los esquemas financieros requeridos para dar un manejo flexible a los tiempos de las concesiones, buscando maximizar los recursos del sector privado que se apalanquen para el desarrollo de los proyectos; ii) estableciera los volúmenes de aportes de la Nación en aquellos proyectos que los requirieran, considerando las restricciones fiscales; y, iii) definiera el esquema de garantías y/o apropiación de los recursos necesarios para el manejo del riesgo y el adecuado financiamiento de los proyectos, previo cumplimiento de los requisitos establecidos para tal fin, y de acuerdo con las recomendaciones del CONFIS de marzo 6 de 2006, relacionados con las características de competitividad de cada proyecto.

Para la ejecución de las obras necesarias en los otros dos tramos, el INCO inició la consecución de recursos de cooperación que le permitieran adelantar los estudios necesarios para desarrollar la estructuración de una concesión vial que agrupara estos dos proyectos.

18. Fue así como, el 18 de octubre de 2007, el INCO suscribió un Convenio de Cooperación Técnica con la Corporación Financiera Internacional-IFC (Por sus siglas en Inglés. International Finance Corporation – IFC), para desarrollar un modelo de concesión que promoviera la

[93] Documentos CONPES 3107 y 3133 de 2001.
[94] Engel, E., Fischer, R., and Galetovic, A. Privatizing roads: An "old" new approach to infrastructure provision. Regulation, the Cato Journal, Fall, 18-22, 2002.

participación de inversionistas institucionales y financistas locales y mejorara la eficiencia de los procesos de licitación. La ejecución del citado Convenio se pactó en dos fases, cuyo objeto y actividades más relevantes se explican a continuación:

Fase 1 - Estructuración de la Transacción: entre cuyas actividades principales se destacan la definición de los objetivos de la transacción, la contratación de los consultores de apoyo para el proceso, la revisión y complementación de los estudios existentes, el análisis financiero del proyecto, el análisis de alternativas de licitación, y el diseño de la estructura de la concesión.

Fase 2 - Implementación: que consiste en la promoción del proyecto, la elaboración de los documentos licitatorios, la evaluación de las obligaciones contingentes, la definición del valor base de la variable de adjudicación, el análisis de ofertas, de ser el caso, y las actividades de cierre del proceso hasta la suscripción de contrato(s) y verificación de cierre(s) financiero(s).

En desarrollo de lo anterior, el IFC adelantó la estructuración del Proyecto entre octubre 18 de 2007 y marzo de 2009. Dicha estructuración, fue aprobada por el Consejo Directivo del INCO en fecha 9 de marzo de 2009, en cumplimiento de lo establecido en el Artículo 7° del Decreto 1800 de 2003.

19. El CONPES 3571 de marzo 9 de 2009, declaró el Proyecto Vial "*Autopista Ruta del Sol*", a cargo del Ministerio de Transporte y del Instituto Nacional de Concesiones – INCO, de importancia estratégica para el mejoramiento y ampliación de la infraestructura vial en Colombia, de acuerdo con lo establecido en la Ley 819 de 2003, con fundamento, entre otras, en las consideraciones que se resumen a continuación:

a. Objetivos del Proyecto Vial "*Autopista Ruta del Sol*"

El Proyecto Vial "Autopista Ruta del Sol" tuvo como objetivos fundamentales: i) Mejorar la infraestructura vial para incrementar la competitividad, promover el crecimiento económico y mejorar la calidad de vida de los colombianos; ii) Crear un modelo de concesión replicable que atraiga financiamiento de largo plazo; iii) Optimizar el uso de recursos públicos y la asignación de riesgos; iv) Consolidar mejores prácticas en los procesos de licitación; y, v) Ejecutar un proceso de licitación que fuera ágil, eficiente y transparente.

b. Descripción del Corredor

El Proyecto completo se extendería a lo largo del valle del río Magdalena y conectaría la zona centro del país con la costa Atlántica, como se ilustra en la figura 1

Figura 1
Proyecto Autopista Ruta del Sol



Fuente: IFC – Inco

La longitud total de la vía sería de 1,071 km, iniciando en Villeta (Cundinamarca) y terminando en la Ye de Ciénaga (Magdalena), incluyendo el trayecto Carmen de Bolívar (Bolívar) - Valledupar (Cesar), que cruza el tramo antes mencionado en Bosconia.

c. Alcance del Proyecto

El alcance del Proyecto contempló diferentes niveles de intervención, acordes con el estado de la vía, la capacidad de la misma y los niveles de servicio en los diversos trayectos. Entre las actividades a desarrollar se encontraban, entre otras:

Rehabilitación y mejoramiento de la vía existente. Dentro del alcance del Proyecto se incluyó la ejecución de actividades de rehabilitación y mejoramiento de la vía entonces existente entre Puerto Salgar – San Roque - Yé de Ciénaga y Carmen de Bolívar - Valledupar, así como actividades previas de rehabilitación prioritaria en algunos sectores de dichos tramos, con el fin de mantener en condiciones adecuadas la infraestructura para el seguro tránsito vehicular. Así mismo, se contemplaron intervenciones tendientes al mejoramiento de la transitabilidad en la vía, aumentando la velocidad de diseño a 100km/h.

Construcción de segunda calzada. Dado el alto volumen de tráfico en algunos tramos y las expectativas de crecimiento, se llevaría a cabo la construcción de una segunda calzada en los tramos Puerto Salgar – San Roque – Yé de Ciénaga y Bosconia – Valledupar. La construcción de la segunda calzada en el tramo Carmen de Bolívar – Bosconia estaría sujeta a las siguientes condiciones: i) que el concesionario contara con los diseños definitivos (diseños que debían ser realizados cuando el Tránsito Promedio Diario Anual de la vía superara los 4.000 vehículos); y, ii) que el Tránsito Promedio Diario Anual de la vía superara los 4.500 vehículos.

Construcción de nueva vía. El Proyecto contempló la construcción de una nueva vía en doble calzada en la zona de cruce de la Cordillera Central, entre Villeta y El Korán, buscando solucionar el problema de capacidad en la vía entonces existente en ese sector. La velocidad de diseño de la nueva carretera sería de 80km/h en el tramo Villeta-Guaduas y de 90km/h en el tramo Guaduas-El Korán, que representaría una mejora sustancial en especificaciones con respecto a la carretera entonces existente,

que tenía una velocidad de diseño de 30km/h. Las mejores características de esta nueva vía permitirían disminuir el tiempo de viaje entre Villeta y Puerto Salgar en más de una hora, mejorando las condiciones para el transporte de las mercancías y generando ahorros importantes en costos operacionales para los vehículos.

Operación y mantenimiento. Para asegurar el buen estado de la vía en el largo plazo, la operación y mantenimiento estarían a cargo del Concesionario del proyecto. Las actividades de este componente incluyó la ejecución del mantenimiento rutinario y periódico del corredor, con el propósito de conservar las condiciones óptimas para la transitabilidad en la vía de acuerdo con especificaciones técnicas mínimas definidas.

A continuación se presentan los tramos que conformarían la totalidad del Proyecto, con sus respectivos niveles de intervención:

Cuadro 2
Tramos contenidos en el alcance del Proyecto

Tramo	Longitud	Calzada	Nivel de Intervención
Puerto Salgar – Bosconia Carmen de Bolívar - Bosconia - Valledupar	862.5 km	Sencilla	Rehabilitación y Mejoramiento de vía existente.
Puerto Salgar – Ye de Ciénaga - Carmen de Bolívar - Bosconia – Valledupar	Hasta 993 km	Segunda	Expansión de capacidad (Sujeto a niveles de tráfico) La ejecución de la segunda Calzada del tramo Carmen de Bolívar – Bosconia estará sujeta a las condiciones establecidas en el aparte referente a "Construcción de segunda calzada" de esta sección.
Villeta – Pto Salgar	78.3 km	Doble calzada	Construcción de Nueva Vía.
Dindal – Caparrapí	18 km	Sencilla	Pavimentación.
Carretera Actual y Obras Nuevas	1,071 km		Operación y mantenimiento.

Fuente: IFC - INCO

En adición a lo anterior, de acuerdo con las recomendaciones de los estudios de estructuración, se consideró necesaria la construcción de intersecciones a desnivel y de variantes en diferentes poblaciones. Lo anterior, debido a que el corredor atravesaba los cascos urbanos de diferentes municipios que, por su tamaño, representaban un riesgo alto para la seguridad vial. La ejecución de estas obras, sería priorizada de acuerdo con el tamaño de los municipios y de las entonces condiciones de seguridad en los pasos nacionales.

El tramo comprendido entre Bosconia y Yé de Ciénaga se encontraba bajo la intervención de la sociedad Concesión Santa Marta – Paraguachón S.A.S. Para el cumplimiento de las actividades a ser ejecutadas en desarrollo del alcance físico del Proyecto, se señaló que ese tramo sería entregado al Concesionario, previo pago a la sociedad Concesión Santa Marta – Paraguachón S.A.[95], por parte del INCO, por las obras de rehabilitación ejecutadas en dicho tramo y de acuerdo con las condiciones pactadas en el contrato de adición suscrito para tal fin.[96]

d. Generalidades del Proyecto Vial "Autopista Ruta del Sol"

Considerando los tramos definidos por el CONPES 3413 (Ruta del Sol 1-B y Ruta del Sol 2), en desarrollo del proceso de estructuración se efectuó una evaluación del proyecto Vial "Autopista Ruta del Sol" agrupando dichos tramos. Sin embargo, dada su magnitud y la capacidad entonces del mercado financiero para asumirlo como un todo, se estimó conveniente dividir el proyecto en tres sectores para ser desarrollados por el sector privado en tres contratos distintos:

Sector 1. Corredor nuevo (78.3 km): Villeta – El Korán (7 km Norte de Puerto Salgar).

[95] La ejecución de algunas obras de rehabilitación, así como la operación y mantenimiento rutinario del tramo Bosconia-Ye de Ciénaga, fueron adicionados mediante contrato adicional No. 8 del 15 de septiembre de 2006 al Contrato de Concesión No. 0445 de 1994 celebrado entre el INCO y la sociedad Concesión Santa Marta Paraguachón S.A.

[96] El contrato adicional establece un mecanismo de reversión automática, sujeto al pago de las obras adelantadas por el concesionario, que permite incorporar con celeridad el tramo vial mencionado al proyecto "Autopista Ruta del Sol".

Sector 2. Corredor existente (528 km): Puerto Salgar – San Roque.

Sector 3. Corredor existente (465 km): San Roque – Yé de Ciénaga - Carmen de Bolívar – Bosconia - Valledupar

Dada la mayor complejidad del Sector 1 entre Villeta y El Korán, al ser esta una vía nueva, por la construcción en zona montañosa y la mayor incertidumbre en las proyecciones de tráfico, se tomó la decisión de suprimir el riesgo de demanda del contrato de concesión del Sector 1. En este sentido, se contempló un contrato de 7 años, que en los primeros 4 años, incluía la obligación del diseño definitivo, la gestión predial para obtener el derecho de vía, la obtención de licencias y/o modificación de licencias existentes, el financiamiento y la construcción de la vía en doble calzada, y en los últimos 3 años, la operación y mantenimiento rutinario de las obras ejecutadas. Este plazo de 3 años se definió como el óptimo para lograr consolidar el tráfico por la nueva vía, de manera que se tenga una base histórica de tráfico que permita al Gobierno Nacional adelantar una Concesión de Operación y Mantenimiento de más largo plazo a futuro. El Concesionario tendría a su cargo la operación de las casetas de cobro que se instalaran y el recaudo de los peajes en las mismas durante estos tres años. Los recursos recaudados por este concepto, netos del descuento de los costos asociados al recaudo y operación de peajes y servicios complementarios, serían consignados en una subcuenta especial del fideicomiso del proyecto. El INCO sería el único beneficiario de los recursos consignados en esta subcuenta, que deberían ser destinados a financiar los aportes estatales del proyecto. La fuente de remuneración del concesionario en este sector sería los recursos de aportes estatales por valor máximo de un billón novecientos treinta y un mil quinientos ochenta y siete millones de pesos ($1.931.587.000.000) constantes de 2008, que estarían vinculados con avances en las actividades de preconstrucción y construcción.

Los Sectores 2 y 3 se ejecutarían a través de contratos de concesión, cuyo plazo dependería del término en el que se alcanzara el Valor Presente Neto de Ingresos combinados de peaje y aportes estatales, solicitado por el adjudicatario. La duración estimada sería de 20 años y el alcance del contrato de concesión incluyó el diseño definitivo, la gestión predial para obtener el derecho de vía, la obtención de licencias y/o modificación de licencias existentes, el financiamiento, la rehabilitación y mejoramiento de la vía existente, la construcción de la segunda calzada (con excepción del tramo Bosconia – Carmen de Bolívar) y la operación y mantenimiento rutinario y periódico del tramo. Para la ejecución del alcance descrito se estimó la necesidad de financiación de aportes estatales por tres billones quinientos cuarenta mil ciento veintitrés millones de pesos ($3.540.123.000.000) constantes de 2008 para el Sector 2, y dos billones cuarenta y dos mil trecientos cuarenta y cinco millones de pesos ($2.042.345.000.000) constantes de 2008 para el Sector 3. Estos montos se destinarían a la financiación de parte del costo de las obras que se ejecutarían durante los primeros 6 años de concesión, incluyendo un (1) año de preconstrucción. Los aportes serían entregados a los concesionarios contra el cumplimiento a satisfacción de hitos parciales de obra a partir del inicio de la concesión.

Por último, como aspecto relevante de la estructura del proyecto y como mecanismo de maximización de beneficios para la Nación, se señaló que, pese a que el proyecto fue dividido en tres sectores, se permitiría la participación de un inversionista en uno, dos o tres de ellos. Para los Sectores 2 y 3 la variable de adjudicación sería el menor valor presente neto, en pesos de 2008, de los flujos de ingresos percibidos tanto por recaudo de peajes como por aportes estatales. Ambos flujos serían descontados a una única tasa establecida contractualmente. En cuanto al Sector 1, la adjudicación del proyecto estaría dada en función del menor valor presente neto de aportes estatales solicitados por el proponente

e. Plan de Inversiones

Para el Sector 1 el esquema planteado contempló 6 aportes estatales, 3 durante la etapa de construcción y 3 durante la etapa de operación y mantenimiento.

Para los Sectores 2 y 3 el esquema planteado contempló aportes estatales durante los primeros 5 años, que serían objeto de oferta en la licitación, y 10 pagos durante la etapa de operación y

mantenimiento que estarían fijos y definidos. Este esquema permitiría alinear los objetivos del Concesionario con los objetivos de la Nación, en cuanto a garantizar la prestación a largo plazo del servicio de operación y mantenimiento de la vía.

Los aportes estarían denominados en pesos constantes de 2008. Con el fin de ofrecer una cobertura parcial de riesgo cambiario y posibilitar el endeudamiento en dólares de los Concesionarios de los Sectores 2 y 3, cada oferente podría tomar una porción en dólares, no mayor al 20% para el Sector 2 y no mayor al 35% para el Sector 3, de las vigencias futuras totales del proyecto, de acuerdo con lo establecido en los pliegos de condiciones, que de resultar adjudicatario se convertirían en un compromiso en firme para las partes.

Teniendo en cuenta el alcance de los proyectos y los cronogramas de ejecución de obras, se requerirían aportes estatales por un valor de $7,5 billones de pesos de 2008, tal como se ilustró en el siguiente cuadro:

Cuadro 4
Aportes estatales máximos requeridos por el proyecto
(Millones pesos constantes de 2008)

Período	Año	Aportes Nación sector 1 (millones)	Aportes Nación sector 2 (millones)	Aportes Nación sector 3 (millones)	Aportes Nación (millones)
1	2011	631.518	149.761	236.595	1.017.874
2	2012	765.036	373.767	113.153	1.251.956
3	2013	184.812	210.894	50.910	446.616
4	2014	24.880	569.310	130.798	724.988
5	2015	17.499	660.550	503.929	1.181.978
6	2016	307.842	157.269	110.646	575.757
7	2017		172.996	147.528	320.524
8	2018		155.697	92.533	248.230
9	2019		155.697	93.790	249.487
10	2020		155.697	92.827	248.524
11	2021		155.697	93.241	248.938
12	2022		155.697	93.624	249.321
13	2023		155.697	93.983	249.680
14	2024		155.697	94.231	249.928
15	2025		155.697	94.557	250.254
Total		**1.931.587**	**3.540.123**	**2.042.345**	**7.514.055**

Fuente: IFC - INCO

Dado lo anterior, era necesario que el INCO realizara las gestiones presupuestales necesarias para asegurar la consecución de los recursos referidos, los cuales deberían ser gestionados para ser ejecutados a partir de la vigencia del 2010.[97] Así mismo, la realización de los proyectos requeriría de la autorización de vigencias futuras para cada sector con el fin de comprometer los recursos de las vigencias fiscales entre los años 2011 y 2025. De acuerdo con lo previsto en la Ley 819 de 2003, para contar con la autorización de vigencias futuras, el proyecto debía ser declarado como estratégico para el país, previo aval del Consejo Superior de Política Fiscal.[98] Dicho aval fue concedido en sesión del día 9 de marzo de 2009, para lo cual se revisaron y ajustaron el marco fiscal de mediano plazo y el marco de gasto de mediano plazo, con el fin de asegurar que no se afecte la sostenibilidad de la deuda pública colombiana.

f. Asignación de Riesgos

Este proyecto estaba enmarcado dentro de los lineamientos de la política de riesgo para el Sector Transporte establecidos en los documentos CONPES 3107 y 3133 de 2001.

En el sector transporte, se han desarrollado concesiones con esquema de plazo variable y de plazo fijo. Un ejemplo de esquemas de plazo variable es el concepto de Ingreso Esperado[99] que ha sido incorporado en la estructuración de los proyectos de la denominada Tercera Generación de Concesiones con el objetivo de mitigar el riesgo comercial de demanda. Dicho ingreso, que ha sido adoptado como variable de evaluación de los procesos licitatorios, corresponde al valor de recursos

[97] El INCO tiene previsto adelantar estas gestiones en los primeros tres meses de la vigencia 2010.
[98] En cumplimiento del Decreto 4730 de 2005.
[99] Anexo 1 del documento CONPES 3107 de 2001

de peaje cuantificados en términos constantes que cada proponente espera recibir en desarrollo del proyecto, en caso de ser el adjudicatario de la concesión. En línea con lo anterior, el plazo de la concesión varía en función del tiempo requerido para que el proyecto genere los recursos esperados por el concesionario. El documento CONPES 3413 de 2006 recomendó al Gobierno Nacional evaluar la conveniencia de utilizar la alternativa del concepto de "Valor Presente Neto de los Ingresos Esperados". En este sentido, la IFC y el INCO recomendaron utilizar el esquema que se presenta a continuación:

$$VPIT = \sum_{i=1}^{m} \frac{Aportes_i}{(1+TDI)^i} + \sum_{i=1}^{m} \frac{Aportes_i}{(1+TDI)^i}$$

Donde,

VPIT	Valor presente neto de ingresos totales en Pesos constantes.
Aportes*i*	Aportes INCO en Pesos constantes recibidos en el mes *i*. En aquellos meses en que no se reciban aportes el valor será cero.
Peajes*i*	Valor de los peajes netos recibidos en Pesos constantes.
TDI	Tasa de Descuento de los Ingresos

De conformidad con todo lo anteriormente expuesto, previa recomendación del Ministerio de Transporte, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Nacional de Planeación, el Consejo Nacional de Política Económica y Social CONPES, mediante el Documento CONPES 3571 de marzo 9 de 2009, declaró como estratégico para el país el Proyecto Vial "Autopista Ruta del Sol" en los términos propuestos en dicho Documento, según lo establecido en la Ley 819 de 2003; encargó al INCO adelantar las gestiones necesarias para la entrega de los sectores a los nuevos adjudicatarios del proyecto, mediante la cesión eficiente y oportuna de los tramos que se encontraban concesionados en el corredor, administrados a través del INCO, y de aquellos administrados por el INVIAS para el caso de los tramos del corredor que se encontraban en contratos de obra pública en ejecución; encargar al Ministerio de Transporte y al INCO adelantar las acciones necesarias para ejecutar las inversiones propuestas en el citado Documento y para la gestión de los trámites de aprobación de las Vigencias Futuras requeridas para la total financiación y ejecución de las obras, en concordancia con los montos y programas de inversiones propuestos en ese documento; encargar al Ministerio de Transporte y al INCO adelantar las acciones necesarias para la gestión de los trámites ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para la aprobación del esquema de riesgos y contingencias asociados a este Proyecto en desarrollo de lo dispuesto por las Leyes 448 de 1998 y 185 de 1995, y el Decreto reglamentario 423 de 2001; y, encargar al Viceministerio de Transporte adelantar las actividades de coordinación interinstitucional para el desarrollo y culminación exitosa del proceso licitatorio del Proyecto.

Como se verá más adelante, en cumplimiento de todo lo anterior fue que se adelantó la estructuración del proyecto, mediante la Resolución No. 186 del 27 de marzo de 2009, el INCO ordenó la apertura de la Licitación SEA-LP-001 de 2009 y luego de su evaluación, mediante la Resolución No. 641 del 15 de diciembre de 2009 el INCO se la adjudicó a la Promesa de Sociedad Futura Ruta del Sol y, posteriormente, el 14 de enero de 2010 se celebró el Contrato de Concesión No. 001 de 2010 entre el Instituto Nacional de Concesiones INCO y la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., el cual corresponde a un Contrato de Concesión de tercera y media generación y cuyo objeto es el otorgamiento de una concesión para que de conformidad con lo previsto en el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993,[100] el concesionario 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 trayecto comprendido entre Puerto Salgar y San Roque (Sector 2 del proyecto vial "Autopista Ruta del Sol").

20. Durante el proceso de evaluación de las ofertas presentadas en la Licitación SEA-LP-001 de 2009, el CONPES aprobó el Documento 3615 del 23 de septiembre de 2009, que contempló la

[100] La cual tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales.

"Iniciativa para la Modernización y Gestión de Activos Fijos Públicos", en el cual se señaló que resultaba particularmente importante "explorar la implementación de esquemas de Asociación Público-Privada (APP), que habían sido ampliamente utilizados con éxito, en diversos sectores, en la gestión de diferentes tipos de activos públicos en países como el Reino Unido, Irlanda, Australia, Canadá, Estados Unidos y México, entre otros. Una de las experiencias más destacadas a nivel mundial en el desarrollo de infraestructura bajo esquemas APP es la del gobierno británico, que ha impulsado el desarrollo de casi 900 proyectos con un valor acumulado de inversión de más US$ 120 mil millones[101] a través de los denominados "Public-Private Partnerships" (PPP),[102] involucrando al sector privado en el desarrollo de proyectos de infraestructura y servicios de largo plazo en diversas áreas. Los principales sectores donde se han desarrollado esquemas PPP en el Reino Unido son salud, educación, comunicaciones, edificaciones públicas, vivienda social, servicios penitenciales, defensa, manejo de residuos sólidos, medio ambiente, entre otros. De la misma manera, es necesario capitalizar las experiencias adquiridas en la atracción de capital privado a los sectores de infraestructura, aprovechar las fortalezas de la institucionalidad existente, y fortalecer los programas de participación privada, para abarcar nuevos sectores y atender las necesidades de las diferentes entidades del Estado en esta materia, canalizando y difundiendo el conocimiento adquirido."

El CONPES 3615 del 23 de septiembre de 2009 definió así la Asociación Público Privada (APP):

> "Es una tipología general de relación público privada materializada en un contrato entre una organización pública y una compañía privada para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados en un contexto de largo plazo, financiados indistintamente a través de pagos diferidos en el tiempo por parte del Estado, de los usuarios o una combinación de ambas fuentes. Dicha asociación se traduce en retención y transferencia de riesgos, en derechos y obligaciones para las partes, en mecanismos de pago relacionados con la disponibilidad y el nivel del servicio de la infraestructura y/o servicio, incentivos y deducciones, y en general, en el establecimiento de una regulación integral de los estándares de calidad de los servicios contratados e indicadores claves de cumplimiento.
>
> "Es así como, bajo un contrato APP, el sector privado tradicionalmente financia, diseña, construye o re-construye la infraestructura necesaria (escuela, hospital, prisión, etc.) para la provisión de un servicio público (educación, salud, custodia, etc.), y está encargado de proveer todos los servicios asociados a la gestión y mantenimiento de dicha infraestructura durante la duración del contrato, que por naturaleza es de largo plazo. Por su parte, el sector público retiene la responsabilidad de proveer el servicio público y paga al sector privado por la prestación de todos los servicios relacionados a la infraestructura (no sólo por la construcción de la misma), siempre y cuando la calidad del servicio cumpla los requisitos estipulados en el contrato. Al ser el sector público, y no el usuario, el que paga por el servicio, el riesgo del nivel de utilización del servicio es retenido por el sector público. En ciertos casos, los ingresos para el sector privado son una mezcla de pagos por parte del usuario y pagos por parte del sector público.
>
> "El uso de esquemas APP para el desarrollo de proyectos requiere de un cuidadoso análisis y evaluación de los beneficios que conlleva la realización de un proyecto mediante este mecanismo, o lo que se conoce como 'valor por dinero'. Un análisis cuantitativo y cualitativo de los beneficios o del 'valor por dinero' implica una aproximación hacia el costo ajustado por la transferencia de riesgo de un proyecto desarrollado mediante un esquema APP, que permita comparar el costo de su implementación con aquel que implicaría el desarrollo del mismo proyecto si fuera provisto bajo un esquema tradicional de obra pública con un cálculo adecuado del costo, para el sector público, de mantener el activo en óptimas condiciones a lo largo de su vida útil, teniendo en cuenta no sólo el mayor costo que implica la vinculación de recursos del sector privado, sino también el costo de la transferencia de riesgos al mismo."

Para tal efecto, el citado Documento apenas aprobó diseñar, en el marco de los programas de participación privada entonces existentes a nivel de Gobierno, una política para el uso de esquemas de Asociaciones Público Privadas que permitiera dar solución a los problemas en él expuestos, buscando la complementariedad entre los sectores público y privado y los beneficios que se derivan de la misma, no sólo en los aspectos puramente financieros sino en aspectos tales como: i) eficiencia en procesos de licitación y provisión de infraestructura pública de largo plazo, mediante un enfoque

[101] Fuente: Partnerships U.K.
[102] Sigla en Inglés del Término "Asociaciones Público-Privadas". El modelo de APP utilizado con más frecuencia en el Reino Unido es el de Private Finance Initiative (PFI).

basado en el concepto de servicio en términos de desempeño y no de especificaciones físicas de los activos o de la infraestructura; ii) optimización de la transferencia y distribución de riesgos entre los sectores público y privado; iii) oportunidad de obtener un "mejor valor por dinero" en el gasto público, gracias a la transferencia de riesgos al sector privado; iv) movilización de inversión, y capacidad de innovación y gestión de activos fijos públicos por parte del sector privado; v) reducción o eliminación de retrasos, costos suplementarios y renegociaciones, gracias a la coincidencia de pagos con la entrega de la infraestructura y comienzo de operaciones al momento acordado; vi) alineamiento de incentivos en las distintas fases de un proyecto (diseño, construcción, operación y mantenimiento) gracias a la obligación que se imparte al sector privado en términos de prestar los servicios bajo estándares de calidad, lo que a su vez conlleva a una reducción y control de costos de mantenimiento en el largo plazo; vii) transparencia y previsibilidad del gasto público a largo plazo, debido al esquema de pagos implícito (en general de aportes fijos atados a la adecuada prestación de los servicios); y lo que es más importante, viii) la modernización de los servicios prestados a los ciudadanos, lo que se esperaba redundara en un incremento de la satisfacción de los mismos.

Por otra parte, el citado Documento CONPES señaló que resultaba pertinente avanzar en las actividades que para ese momento venían adelantando el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Nacional de Planeación, con recursos del FOMIN, en materia de diseño de instrumentos para la estructuración de proyectos tendientes al desarrollo y/o modernización de infraestructura bajo esquemas de APP. Sobre el particular, se consideró necesario que las actividades se orientaran hacia el desarrollo de una metodología de aplicación generalizada de APP, que involucrara a los diferentes actores en materia de desarrollo de infraestructura física en los distintos sectores y estableciera la institucionalidad para que las entidades públicas pudieran, bajo lineamientos estándares preestablecidos y guías técnicas de los diferentes mecanismos de gestión de activos y de esquemas APP, implementar proyectos para el desarrollo y/o modernización y operación de la infraestructura operativa que requerían, generando valor para la sociedad.

Con el fin de retroalimentar el diseño de la metodología, se aprobó que el Departamento Nacional de Planeación y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público seleccionarían proyectos piloto de alto impacto para que fueran desarrollados bajo esquemas de APP, para lo cual se deberían definir las instancias de evaluación y aprobación de los proyectos presentados, que en todo caso deberían estar conformadas por el Departamento Nacional de Planeación y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Así mismo, se señaló que deberían establecerse mecanismos de interacción con el sector privado y los agentes del mercado financiero y de capitales, para asegurar su activa participación en el desarrollo y financiación de los proyectos de gestión de bienes públicos. Esta metodología debía involucrar a los diferentes actores en materia de desarrollo, modernización, operación y gestión de infraestructura física en los distintos sectores de injerencia del Estado y además debe establecer las directrices institucionales para que las entidades públicas pudieran, bajo lineamientos preestablecidos y guías técnicas de los diferentes mecanismos de gestión de activos y de esquemas de APP, implementar proyectos para el desarrollo, modernización y operación de la infraestructura operativa que requirieran dichas entidades. Bajo una estrategia que permitiera a las entidades públicas seguir desempeñando sus actividades operacionales, la metodología que crearía el Gobierno Nacional para la gestión de los activos fijos públicos mediante esquemas de APP, debería regirse por los principios de eficiencia, transparencia, responsabilidad y competitividad.

21. Posteriormente, dentro del Plan de Modernización del Estado conforme a las directrices señaladas por la Ley 1444 de 2011, con el Decreto Ley 4165 del 3 de noviembre de 2011, se dispuso el cambio de naturaleza jurídica del Instituto Nacional de Concesiones INCO de establecimiento público a Agencia Nacional Estatal de naturaleza especial, que se denominaría Agencia Nacional de Infraestructura ANI, la cual tendría por objeto de planear, coordinar, estructurar, contratar, ejecutar, administrar y evaluar los proyectos de concesiones y otras formas de Asociación Público Privada APP, para el diseño, construcción, mantenimiento, operación, administración y/o explotación de la infraestructura pública de transporte en todos sus modos y de los servicios conexos o relacionados y el desarrollo de proyectos de asociación público privada para otro tipo de infraestructura pública cuando así lo determine expresamente el Gobierno Nacional respecto de infraestructuras semejantes

a las atrás enunciadas, dentro del respeto a las normas que regulan la distribución de funciones y competencias y su asignación.

22. Solo con posterioridad a la adjudicación y celebración de los Contratos de Concesión de 3.5 generación como el que es objeto de examen, que fueron adjudicados y suscritos entre 2009 y 2010, la Ley 1508 de 2012, estableció el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, a las que definió como un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio (Artículo 1°).

En tal virtud, a juicio de la Corte Constitucional, "las APP se caracterizan por: (i) tener una larga duración; (ii) definir sus objetos alrededor de proyectos, lo que conlleva la previsión de actividades como el diseño, construcción y mantenimiento de la infraestructura pública sobre la que verse el contrato y/o los servicios asociados; (iii) contar con financiación privada o público privada; (iv) establecer como forma de remuneración el otorgamiento del derecho a la explotación de la infraestructura o servicio, aunque en algunos casos es posible pactar el desembolso de recursos públicos; (v) condicionar la remuneración a niveles de calidad; (vi) trasladar parte importante de los riesgos al contratista –por ejemplo, los asociados al diseño, niveles de demanda, deterioro y mantenimiento de la infraestructura- según su capacidad y experiencia; y (vii) distribuir las tareas entre las partes de acuerdo con su experiencia y ventaja competitiva."[103]

A su vez, a juicio del Consejo de Estado, de la definición legal contenida en la Ley 1508 de 2012, se pueden extraer sus elementos: i) es una herramienta de vinculación del capital privado, por lo que se constituye en un modelo o esquema para tal fin; ii) que tiene como pieza clave la celebración de un contrato entre el sujeto privado y el Estado; iii) a partir de un proyecto encaminado a proveer bienes públicos y los servicios con este relacionados; (iv) donde opera un claro fenómeno de transferencia de riesgos; (iv) así como la retención en los mecanismos de pago; (v) ligados a que pueda disponerse de una infraestructura o servicio con la calidad ofrecida.[104]

La Ley 1508 de 2012 determinó que las concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de Asociación Público Privadas, pero igualmente dispuso que las concesiones vigentes al momento de la promulgación de la dicha Ley -entre las cuales se encontraba la prevista en el Contrato de Concesión No. 001 de 2010 celebrado entre el INCO/ANI y la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S-, se seguirían rigiendo por las normas vigentes al momento de su celebración (Artículo 2).

Por lo tanto, dicha Ley 1508 de 2012, sólo es aplicable a todos aquellos contratos que se celebren a partir de su expedición en los cuales las entidades estatales encargan a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deben involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura. También pueden versar sobre infraestructura para la prestación de servicios públicos.

En estos contratos se retribuye la actividad con el derecho a la explotación económica de esa infraestructura o servicio, en las condiciones que se pacte, por el tiempo que se acuerde, con aportes del Estado cuando la naturaleza del proyecto lo requiera. Sólo se pueden realizar proyectos bajo esquemas de Asociación Público Privada cuyo monto de inversión sea superior a seis mil (6.000) smmlv.

[103] Corte Constitucional. Sentencia C-595 de 20 de agosto de 2014
[104] Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 29 de enero de 2018. Rad. 57.421. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Los procesos de selección y las reglas para la celebración y ejecución de los contratos que incluyan esquemas de Asociación Público Privada se deben regir por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, salvo en las materias particularmente reguladas en la Ley 1508 de 2012.

Aquellos sectores y entidades para las cuales existan normas especiales que regulen la vinculación de capital privado para el desarrollo de proyectos, continúan rigiéndose por dichas normas o dan cumplimiento a lo previsto en la Ley 1508, una vez se encuentren reglamentadas las particularidades aplicadas en dichos sectores. Así mismo, el Gobierno Nacional puede reglamentar las condiciones para el cumplimiento de la disponibilidad, los niveles de servicio, estándares de calidad, garantía de continuidad del servicio y más elementos que se consideren necesarios para el desarrollo de los esquemas de Asociación Pública Privada a que se refiere la Ley 1508, pudiendo aplicar criterios diferenciales por sectores.

Así, entonces, unos son los contratos de Concesión de Infraestructura Vial -de primera, segunda, tercera y tercera y media generación (1ª, 2ª, 3ª, y 3.5) celebrados hasta antes de la expedición de la Ley 1508 de 2012 y, otros, diferentes son los Contratos de Concesión bajo esquemas de Asociación Público Privada previstos a partir de 2012 por la Ley 1508, que luego fue modificada por la Ley 1882 de 2018.

El Contrato celebrado entre el INCO y la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. el 14 de enero de 2010, es un Contrato de Concesión de 3.5 generación regido íntegramente por las Leyes 80 y 105 de 1993, 185 de 1995, 448 de 1998, 819 de 2003 y 1150 de 2007, por sus decretos reglamentarios y las respectivas decisiones de política pública adoptadas por el Consejo Nacional de Política Económica y Social CONPES contenida en los Documentos antes citados, sin perjuicio de los ajustes que a dicha política y para los efectos de tales Contratos de Concesión se adoptaron con posterioridad, como por ejemplo los contenidos en el Documento CONPES 3817 de octubre 2 de 2014, que modificó el Documento CONPES 3571 de 2009 "Importancia Estratégica del Proyecto Vial Autopista Ruta del Sol", con el fin de declarar de importancia estratégica del corredor Ocaña (Río de Oro) – Aguaclara – Gamarra y las conexiones a puertos fluviales al norte y sur de Gamarra, con lo cual se adicionó el proyecto de gasto de inversión "*Mejoramiento apoyo estatal proyecto de concesión Ruta del Sol, sector 2 nacional",* que conllevó la modificación sustancial del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, mediante el Otrosí No. 6 del 14 de marzo de 2014, que será objeto de análisis más adelante.

23. Así, entendidos los diferentes esquemas o modalidades, con el Documento CONPES 3760 del 20 de agosto de 2013, se fijaron los lineamientos del programa de **Cuarta Generación de Concesiones Viales** (4G), dirigido a reducir la brecha en infraestructura y consolidar la red vial nacional a través de la conectividad continua y eficiente entre los centros de producción y de consumo, con las principales zonas portuarias y con las zonas de frontera del país. Los lineamientos se resumen en cuatro componentes principales: i) Estructuración eficaz para la aceleración de la inversión en infraestructura; ii) procesos de selección que promuevan participación con transparencia; iii) gestión contractual enfocada a resultados; y, iv) distribución de riesgos en el programa. Estos lineamientos deben ser utilizados en la estructuración, contratación y ejecución de los proyectos de los corredores viales que se priorizaron en ese documento.

24. La Ley 1682 de 2013, parcialmente adicionada por la Ley 1742 de 2014, actualizó las disposiciones generales, los principios y las políticas de la infraestructura del transporte. Señaló que la infraestructura del transporte es un sistema de movilidad integrado por un conjunto de bienes tangibles, intangibles y aquellos que se encuentren relacionados con éste, el cual está bajo la vigilancia y control del Estado, y se organiza de manera estable para permitir el traslado de las personas, los bienes y los servicios, el acceso y la integración de las diferentes zonas del país y que propende por el crecimiento, competitividad y mejora de la calidad de la vida de los ciudadanos. En tal virtud, dijo, la infraestructura de transporte como sistema se caracteriza por ser inteligente, eficiente, multimodal, segura, de acceso a todas las personas y carga, ambientalmente sostenible, adaptada al cambio climático y vulnerabilidad, con acciones de mitigación y está destinada a facilitar y hacer posible el transporte en todos sus modos.

La infraestructura de transporte está integrada, entre otros, por la red vial de transporte terrestre automotor con sus zonas de exclusión o fajas de retiro obligatorio, instalaciones operativas como estaciones de pesaje, centros de control de operaciones, estaciones de peaje, áreas de servicio y atención, facilidades y su señalización, entre otras; los puentes construidos sobre los accesos viales en Zonas de Frontera; los viaductos, túneles, puentes y accesos de las vías terrestres y a terminales portuarios y aeroportuarios.

La Ley determinó que las acciones de planificación, ejecución, mantenimiento, mejoramiento y rehabilitación de los proyectos y obras de infraestructura del transporte materializan el interés general previsto en la Constitución Política al fomentar el desarrollo y crecimiento económico del país; su competitividad internacional; la integración del Territorio Nacional, y el disfrute de los derechos de las personas y constituye un elemento de la soberanía y seguridad del Estado. En razón de ello, el desarrollo de las acciones antes indicadas constituye una función pública que se ejerce a través de las entidades y organismos competentes del orden nacional, departamental, municipal o distrital, directamente o con la participación de los particulares.

La Ley definió los siguientes principios, bajo los cuales se debe planear y desarrollar la infraestructura del transporte:

> Accesibilidad. En el desarrollo de los proyectos de infraestructura y los servicios de transporte deberán considerarse tarifas, cobertura y disposiciones que permitan el acceso de todas las personas e igualmente el acceso de la carga.
>
> Adaptación y mitigación al cambio climático. Los proyectos de infraestructura de transporte deben considerar la implementación de medidas técnicas para reducir la vulnerabilidad de los sistemas de transporte por razón de los efectos reales o esperados del cambio climático. Asimismo, deben implementar los cambios y reemplazos tecnológicos que reducen el insumo de recursos y las emisiones de gases contaminantes y material particulado por unidad de producción.
>
> Calidad del servicio. La infraestructura de transporte debe considerar las necesidades de los clientes, usuarios o ciudadanos, así como las características mínimas requeridas para cumplir con los niveles de servicio y los estándares nacionales o internacionales aplicables.
>
> Capacidad. Se buscará el mejoramiento de la capacidad de la infraestructura, de conformidad con las condiciones técnicas de oferta y demanda de cada modo de transporte.
>
> Competitividad. La planeación y desarrollo de los proyectos de infraestructura de transporte del país deberán estar orientados a mejorar la producción, el sostenimiento y la expansión de la industria nacional y el comercio exterior y su participación en los mercados internacionales, así como a propender por la generación de empleo. Se impulsará la consolidación de corredores que soporten carga de comercio exterior y que conecten los principales centros de producción y consumo con los puertos marítimos, aeropuertos y puntos fronterizos con la red vial terrestre, fluvial o aérea.
>
> Conectividad. Los proyectos de infraestructura de transporte deberán propender por la conectividad con las diferentes redes de transporte existentes a cargo de la nación, los departamentos y los municipios, razón por la cual el tipo de infraestructura a construir variará dependiendo de la probabilidad de afectaciones por causas naturales, los beneficios esperados y los costos de construcción.
>
> Eficiencia. En los proyectos de infraestructura de transporte se buscará la optimización del sistema de movilidad integrado, la adecuada organización de los diversos modos de transporte y la creación de las cadenas logísticas integradas.
>
> Seguridad. La infraestructura de transporte que se construya en el país deberá atender a criterios y estándares de calidad, oportunidad, seguridad y la visión de cero muertes en accidentes, para cualquier modo de transporte.
>
> Esta seguridad involucra las acciones de prevención o minimización de accidentes de tránsito y las encaminadas a proveer la información de las medidas que deben adoptarse para minimizar las consecuencias de un accidente al momento de su ocurrencia.

> Sostenibilidad ambiental. Los proyectos de infraestructura deberán cumplir con cada una de las exigencias establecidas en la legislación ambiental y contar con la licencia ambiental expedida por la ANLA o la autoridad competente.
>
> Los proyectos de infraestructura deberán diseñarse y desarrollarse con los más altos criterios de sostenibilidad ambiental, acorde con los estudios previos de impacto ambiental debidamente socializados y cumpliendo con todas las exigencias establecidas en la legislación para la protección de los recursos naturales y en las licencias expedidas por la autoridad ambiental competente, quien deberá hacer un estricto control y seguimiento en todas las actividades de los proyectos.

25. De conformidad con lo previsto en la Ley 1508 de 2012, con el Documento CONPES 3761 de agosto 20 de 2013, se presentaron los corredores viales que conformaron el grupo de proyectos pioneros del Programa Concesiones Viales de Cuarta Generación -4G-. A su vez, el Documento CONPES 3760 de 2013 anteriormente citado, fue modificado por el Documento CONPES 3800 del 27 de enero de 2014.

Por su parte, con el Documento CONPES 3820 del 13 de noviembre de 2014, se presentaron los ocho proyectos de Segunda Ola de la Cuarta Generación de Concesiones Viales; y, con el Documento CONPES 3844 del 2 de octubre de 2015 se priorizaron los tres proyectos de la Fase I de la Tercera Ola de la Cuarta Generación.

En ellos se pacta un plazo variable de manera tal que el plazo del Contrato transcurre entre la fecha de inicio y la fecha en que se termine la Etapa de Reversión, a más tardar al vencerse el Plazo Máximo de la Etapa de Reversión. A su vez, la fecha de terminación de la Etapa de Operación y Mantenimiento ocurrirá en cualquiera de los siguientes eventos, el que primero acaezca: i) Al cumplirse el año 25 contado a partir de la fecha de inicio si se ha alcanzado o superado el VPIP (Valor Presente al mes de Referencia del Recaudo de Peaje, ofrecido por la ANI al Concesionario en las reglas del Proceso de Selección), o; ii) En el momento en que, pasados los 25 años se verifique de acuerdo con el procedimiento de verificación del VPIP, que se ha alcanzado o superado el VPIP para lo cual se tendrá como fecha de terminación el décimo día hábil del mes correspondiente a la fecha en la que se verifica tal circunstancia, o, iii) Al cumplirse el año 29 contado a partir de la fecha de inicio, aun en el caso en que llegada esa fecha el Concesionario no hubiere obtenido el VPIP.

26. A su vez, en cumplimiento de lo señalado en el artículo 35[105] de la Ley 1687 de 2013,[106] el Documento CONPES 3817 de 2014, sometió a consideración del Consejo Nacional de Política Económica y Social – CONPES, la modificación al Documento CONPES 3571 de 2009 "Importancia Estratégica del Proyecto Vial Autopista Ruta del Sol", con el fin de declarar de importancia estratégica del corredor Ocaña (Río de Oro) – Aguaclara – Gamarra y las conexiones a puertos fluviales al norte y sur de Gamarra, con lo cual se adicionó el proyecto de gasto de inversión "*Mejoramiento apoyo estatal proyecto de concesión Ruta del Sol, sector 2 nacional*", sin necesidad de fuentes de financiamiento de la nación adicionales toda vez que se utilizarían los recursos que habían sido aprobados previamente para las vigencias 2024 y 2025 por un valor de $311.394 millones de pesos

---

105 "*Artículo 35. Las autorizaciones otorgadas por el Consejo Superior de Política Fiscal CONFIS, o quien este delegue para la asunción de obligaciones que afecten presupuestos de vigencias futuras deberán respetar, en todo momento, las condiciones sobre las cuales se otorgó.*
Las entidades u órganos que requieran modificar el plazo y/o los cupos anuales de vigencias futuras autorizados por el Consejo Superior de Política Fiscal - CONFIS, o quien este delegue requerirán, de manera previa a la asunción de la respectiva obligación o a la modificación de las condiciones de la obligación existente, de la reprogramación de las vigencias futuras en donde se especifique el nuevo plazo y/o cupos anuales autorizados.
Cuando con posterioridad al otorgamiento de una autorización de vigencias futuras, la entidad u órgano requiera la modificación del objeto u objetos o el monto de la contraprestación a su cargo, será necesario adelantar ante el Consejo Superior de Política Fiscal - CONFIS, o su delegado la solicitud de una nueva autorización de vigencias futuras que ampare las modificaciones o adiciones requeridas de manera previa a la asunción de la respectiva obligación o a la modificación de las condiciones de la obligación existente.
PARÁGRAFO 1. Las modificaciones al monto de la contraprestación a cargo de la entidad solicitante, que tengan origen exclusivamente en los ajustes financieros del monto y que no se encuentren asociados a la provisión de bienes o servicios adicionales a los previstos inicialmente, se tramitarán como una reprogramación de vigencias futuras.
PARÁGRAFO 2. Lo anterior sin perjuicio de que en caso de tratarse de nuevas vigencias futuras, se deberá contar con el aval fiscal del Consejo Superior de Política Fiscal -CONFIS, y declaratoria de importancia estratégica por parte del Consejo Nacional de Política Económica y Social -CONPES, en los casos en que las normas lo exijan. (…)"

106 Por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia del 1 de enero al 31 de diciembre de 2014.

constantes de 2008. De acuerdo con estimaciones realizadas por el Concesionario y avaladas por la ANI, dichos recursos quedarían disponibles pues se estimó la obtención del Valor Presente de los Ingresos Totales – VPIT ($2,094 billones de pesos de 2008) del Contrato básico en diciembre de 2023. Estos recursos disponibles serían utilizados para financiar el mejoramiento de la vía Ocaña (Río de Oro) - Aguaclara - Gamarra y las conexiones a puertos fluviales al norte y sur de Gamarra, la cual se conectaría con el proyecto Ruta del Sol Sector 2 en la intersección de Aguaclara. Esto permitiría una mejora sustancial en la conectividad de Cúcuta y Venezuela con el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol y con el Río Magdalena.[107]

Como atrás se vio, inicialmente el proyecto Ruta del Sol Sector 2 se componía de siete (7) tramos, y su tramo cinco (5) se extendía entre los municipios de San Alberto y Aguachica en el Departamento de Cesar (Ruta 4514 del PR00 al PR65). Dentro de este tramo, se encontraba en construcción la intersección a desnivel de Aguaclara, en el Municipio de Aguachica, la cual integraba: i) el corredor vial proveniente de Ocaña que atrae el tráfico del Departamento de Norte de Santander y, ii) el corredor vial que viene desde Gamarra el cual atrae el tráfico procedente de las poblaciones ribereñas del Río Magdalena pertenecientes al Departamento del Cesar, y de allí a Puerto Capulco.

Gráfico 2. Ubicación del proyecto



Fuente: Elaboración propia con información de la ANI.

La distancia por carretera desde Ocaña hasta Puerto Capulco es de aproximadamente 72 km en calzada sencilla y con un ancho promedio de 7 mt. El corredor se subdividía en dos tramos principales: **Tramo Ocaña – Aguaclara** y **Tramo Aguaclara – Gamarra – Puerto Capulco.**

Para mejorar las especificaciones de la vía, la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, propuso realizar obras de rehabilitación, ampliación de la sección trasversal, construcción de intersecciones, variantes y vías nuevas.

Gráfico. Tramo Aguaclara - Aguachica - Gamarra

[107] La ANI definirá el mecanismo jurídico a través del cual se ejecutará el proyecto de gasto de inversión que se va a adicionar en el presente documento.



Fuente: Elaboración propia con información de la ANI

El alcance de los trabajos para este tramo comprendería la construcción de 18 km de vía nueva, el mejoramiento y /o rehabilitación de 18,7 km de vía existente y la construcción de 454 mt de puentes. En específico se realizaría la rehabilitación del pavimento de vías en los accesos a Aguachica y Gamarra, la construcción de tres (3) glorietas a nivel en la circunvalar de Aguachica, dos (2) glorietas a nivel en la vía en Gamarra, y la construcción de cuatro (4) puentes, siendo el más importante de ellos el localizado sobre la ciénaga de Cascajal.

Tramo Aguaclara - Ocaña (Río de Oro)



Fuente: Elaboración propia con información de la ANI.

El CONPES señaló que los trabajos de rehabilitación y mejoramiento propuestos significarían un progreso sustancial en las condiciones de operación del Corredor Vial que hace parte del Proyecto Ruta del Sol, especialmente del Sector 2; mejoraría la conectividad de Ocaña con el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol y con el Río Magdalena, lo que optimizaría el transporte proveniente de Venezuela, toda vez que la vía sería ampliada y su trazado mejorado para permitir un adecuado flujo de vehículos de carga. El tramo Ocaña - Cúcuta, que completaba el corredor Venezuela - Río Magdalena, se encontraba en estructuración dentro de los proyectos viales de cuarta generación.

Adicionalmente, el corredor Aguaclara - Gamarra había sido definido como uno de los accesos prioritarios para el desarrollo logístico intermodal del Río Magdalena (Documento CONPES 3758 de 2013) y de acuerdo con el estudio de demanda realizado,[108] se identificó a Gamarra como uno de los cuatro puertos interiores con origen y destino de carga hacia los puertos de Barranquilla y Cartagena, estimando, dentro de las proyecciones un total de 91.559 toneladas a 2025[109] de carga entre Gamarra y Barranquilla.

[108] Estudio de Demanda del Sistema Fluvial del Río Magdalena - *Steer Davies,* 2013.
[109] Escenario de recuperación de la navegabilidad a mediano plazo y con baja captación.

A partir de la definición de las áreas de influencia, se determinó que, con la ejecución del proyecto se beneficiarán directamente 4 municipios de 2 departamentos y una población cercana a los 220.000 habitantes, como se muestra en la Tabla 2:

Tabla 2 Área de influencia directa del Proyecto

Departamento	Municipio	Habitantes (Proyección 2014)
Norte de Santander	Ocaña	97.479
Cesar	Aguachica	91.977
	Gamarra	16.438
	Río de Oro	14.085

Fuente: Cálculos ANI con base en proyecciones DANE (Censo 2005)

Como atrás se señaló, las proyecciones de recaudo del Proyecto Ruta del Sol Sector 2 arrojaron como resultado la posible obtención del Valor Presente de los Ingresos Totales – VPIT del Contrato básico o lo que es lo mismo del Contrato de Concesión original No. 001 suscrito el 14 de enero de 2010 ($2.094.286 millones de 2008) en diciembre de 2023. Con base en el resultado de la proyección, en este nuevo Documento CONPES se planteó adelantar la revisión del VPIT del contrato básico de diciembre de 2030 a diciembre de 2023, por lo que se podría finalizar el contrato básico de Ruta del Sol Sector 2, en este último año. Esto significa que las vigencias futuras que en ese momento se encontraban aprobadas para los años 2024 y 2025, y que se encontraban asociadas a la remuneración del VPIT del contrato básico, no se requerirían para el alcance básico y se podrían utilizar para la ejecución de las obras de construcción, rehabilitación y mantenimiento de la vía Ocaña - Aguaclara - Gamarra y las conexiones a puertos fluviales al norte y sur de Gamarra, así como la operación y mantenimiento del alcance básico durante la vida del contrato.

El valor de CAPEX[110] para realizar las obras de mejoramiento y rehabilitación en el tramo Ocaña - Aguaclara - Gamarra y las conexiones a puertos fluviales al norte y sur de Gamarra, sería de $1.2 billones (ver anexo 1), y el OPEX[111] estimado para dicho corredor y el alcance básico sería de $1.6 billones.[112]

Adicional a los recursos que se liberarían de las vigencias futuras del proyecto inicialmente declarado de importancia estratégica, el proyecto de gasto de inversión contaría ahora con las siguientes potenciales fuentes de financiación:

- Los recaudos de los cinco (5) peajes de la Ruta del sol Sector 2 que se recibirían a partir de enero de 2024.
- El posible mayor recaudo que se llegare a recibir una vez garantizado el cumplimiento del VPIT básico a diciembre de 2023.
- El aumento adicional al incremento previsto de las tarifas de los cinco (5) peajes de la Ruta del Sol Sector 2, a partir de año 2015, a razón del 3% anual y hasta completar el 15%. Tal incremento debía ser aprobado por el Ministerio de Transporte.
- La instalación de dos (2) nuevas Estaciones de Peaje entre Aguaclara y Gamarra y entre Aguaclara y Río de Oro, respectivamente. Esta instalación también debía ser aprobada por el Ministerio de Transporte.

En el modelo financiero se estableció un VPIT de $676.806,95 millones de 2008 (Cfr. anexo 2 Usos y Fuentes), distribuido de la siguiente manera:

- Valor presente de recaudo de Peajes: $556.299 millones de diciembre 2008 (82.19% del VPIT), de los cuales $302.128 millones serían del recaudo de los 5 peajes de ruta del Sol 2 a partir del 2024, $196.503 del mayor recaudo en los 5 peajes de ruta del Sol 2 una vez se cumpliera el VPIT a diciembre de 2023 y $57.668 millones de las nuevas dos estaciones de peaje.

[110] CAPEX (Capital Expenditures) o gastos de capital, en este ítem se incluyen todos los gastos necesarios para la construcción, mejoramiento o rehabilitación de la infraestructura vial.
[111] OPEX (Operational Expenditures), en este ítem se incluyen los gastos de operación y mantenimiento de la vía.
[112] Cifras en pesos contantes de 2013.

- Valor presente de Vigencias Futuras: $120.508 millones de diciembre de 2008 (17.81% del VPIT).

La estructura de financiación planteada para el desarrollo del proyecto, modificó la forma de terminación del contrato de concesión original, pues pasaría de una estructura de terminación de veinte (20) años de concesión u obtención del VPIT a un plazo fijo al año 2035, es decir, que independientemente de la obtención del VPIT adicional, el contrato finalizaría en el año 2035. En el caso que al finalizar el contrato se presentaran excedentes en el recaudo por peajes, éstos se dividirán en partes iguales entre el Estado y el Concesionario; en caso contrario, el Estado pagaría al concesionario el valor no recaudado al finalizar el contrato.

Es importante resaltar que el esquema de riesgos establecido en el contrato de concesión original mantuvo las mismas condiciones iniciales a excepción del riesgo comercial. En la asignación de riesgos del contrato original se contemplaba la obtención del Valor Presente de los Ingresos Totales – VPIT ($2.094 billones de pesos de 2008) en el año 20 del contrato (31 de diciembre de 2030); si el concesionario obtenía el VPIT previo al cumplimiento del plazo contractual se daría por terminado el contrato, en caso contrario, se concedía un plazo adicional máximo de (5) cinco años para que el concesionario obtuviera el VPIT. Finalmente, si cumplido este plazo adicional no se obtenía el VPIT, la ANI realizaría la compensación correspondiente por el valor faltante.

Con el nuevo esquema aprobado por el CONPES de 2014, se modificó el plazo para la obtención del VPIT, se incorporaron mecanismos de liquidez al Concesionario similares a los otorgados a los proyectos desarrollados en el programa de Cuarta Generación de Concesiones Viales – 4G.

Los cambios más importantes aprobados fueron:

- El nuevo plazo para la obtención del VPIT ($2.094 billones) se acortó a 13 años, (31 de diciembre de 2023) y en caso que no se obtuviera el VPIT la ANI debería compensar al concesionario.

- Se modificó el plazo del contrato a 25 años (31 de diciembre de 2035).

- Dentro del nuevo plazo se otorgarían garantías de tráfico así: (i) en el año 2023 VPIP2023 ($230,935 millones) y (ii) 2028 - VPIP2028 ($407,345 millones).

- Se incrementó el valor del VPIT a $2.771 billones de pesos de 2008, los cuales debían ser obtenidos al finalizar el año 2035. En caso de obtenerse con anterioridad, los ingresos serían compartidos entre la ANI y el concesionario por partes iguales. En caso contrario, la ANI debía reconocer la diferencia al privado.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, se declaró de importancia estratégica el corredor Ocaña (Río de Oro) - Aguaclara - Gamarra y las conexiones a puertos fluviales al norte y sur de Gamarra, adicionado al proyecto de gasto de inversión "*Mejoramiento apoyo estatal proyecto de concesión Ruta del Sol – Sector 2 Nacional*" declarado de importancia estratégica mediante Documento CONPES 3571 de 2009, y cuyo Plan de Aportes, requirió modificación del CONFIS en los siguientes términos:

Tabla 3. Modificación al plan de aportes

Vigencia	Aportes Estatales Aprobados Ruta del Sol 2 (millones de pesos 2008)	Aportes Estatales corredor Ocaña (Río de Oro) – Aguaclara – Gamarra y las Conexiones a puertos Fluviales	Aportes Estatales Ruta del Sol 2 Modificados (millones de pesos 2008)
2011	$ 149.761		$ 149.761
2012	$ 373.767		$ 373.767
2013	$ 210.894		$ 210.894
2014	$ 569.310		$ 569.310
2015	$ 660.550		$ 660.550

2016	$ 157.269	$ 103.798	$ 261.067
2017	$ 172.996	$ 103.798	$ 276.794
2018	$ 155.697	$ 103.798	$ 259.495
2019	$ 155.697		$ 155.697
2020	$ 155.697		$ 155.697
2021	$ 155.697		$ 155.697
2022	$ 155.697		$ 155.697
2023	$ 155.697		$ 155.697
2024	$ 155.697	$ 155.697	$ 0
2025	$ 155.697	$ 155.697	$ 0
Total	**$ 3.540.123**	**$ 0**	**$ 3.540.123**

Tal como se evidencia en la Tabla anterior, los cupos no utilizados por el proyecto original para las vigencias 2024 y 2025 equivalentes a $311.394 millones se utilizarían para el corredor Ocaña (Río de Oro) – Aguaclara – Gamarra y las conexiones a puertos fluviales al norte y sur de Gamarra, en tres partes iguales en las vigencias 2016, 2017 y 2018.

El impacto fiscal previo a la declaratoria de importancia estratégica sobre la rehabilitación y mejoramiento de la vía Ocaña (Río de Oro) - Aguaclara - Gamarra y las conexiones a puertos fluviales al norte y sur de Gamarra, fue aprobado por el Consejo Superior de Política Fiscal – CONFIS en sesión del 5 de junio de 2014, en cumplimiento de lo señalado en el artículo 35 de la Ley 1687 de 2013 y el Decreto 4730 de 2005, decisión que fue comunicada a la Entidad a través del oficio 2-2014-022414 del 18 de junio de 2014.

La modificación no alteró la etapa preoperativa de ejecución del proyecto, ni el valor total del mismo, y en todo caso los giros se sujetaron a la Programación Anual de Caja - PAC autorizada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la ANI.

DESGLOSE CAPEX

HITO	**SECTOR**	**VALOR TOTAL**
SUBTRAMO 1 PUERTO CAPULCO – AGUAS CLARAS		
HITO 56	GAMARRA – PUERTO CAPULCO	$ 144.572.503.812
HITO 57	GAMARRA – PUERTO DEL NORTE	$ 67.319.127.617
HITO 58	GAMARRA - AGUACHICA	$ 106.001.606.766
HITO 59	CIRCUNVALAR AGUACHICA	$ 97.074.337.401
SUBTRAMO 2 AGUAS CLARAS – PR 20		
HITO 60	AGUACLARA (PR o) – PR 10	$ 67.970.644.627
HITO 61	PR 10 – PR 20 (incluye glorietas y variante de San Andrés)	$ 72.702.061.601
SUBTRAMO 3 PR 20 – 43		
HITO 62	PR 20 – PR 30	$ 291.698.207.934
HITO 63	PR 30 – RIO DE ORO (PR 43)	$ 265.811.076.943
VALOR DE ACCESORIOS (2 PEAJES – 2 BASCULAS – SISTEMAS ITS – 11 PARADEROS		$ 10.349.420.531
VALOR TOTAL CON AIU		$ 1.123.498.987.232
VALOR BÁSICO DEL CONTRATO INCLUYE OBRAS COMPLEMENTANRIAS, AJUSTES E IVA		$ 1.183.949.771.399
SUBTOTAL ESTUDIOS Y DISEÑOS		$ 4.627.385.000
SUBTOTAL GESTIÓN AMBIENTAL, SOCIAL Y PREDIAL		$ 25.458.050.980
VALOR TOTAL CAPEX		**$ 1.214.035.207.379**

Cifras en millones de pesos constantes de diciembre de 2013.

USOS Y FUENTES DEL PROYECTO

	FUENTES	
	$ millones de 2013	**$ millones de 2008**
Vigencias Futuras	$ 357.072	$ 312.590
Ingresos de Peaje	$ 4. 127.647	$ 3.613.453

Total	**$ 4.484.647**	**$ 3.926.043**

VPIT (Millones de 2008) $ 676.807

	USOS	
	$ millones de 2013	**$ millones de 2008**
CAPEX (1)	$ 1.214.035	$ 1.062.799
OPEX (2)	$ 1.618.112	$ 1.416.539
Impuestos (3)	$ 518.252	$ 453.692
Fondeos Contractuales (4)	$ 89.128	$ 78.025
Rentabilidad (FCL)	$1.045.192	$914.989
Total	**$ 4.484.719**	**$ 3.926.043**

La incorporación de la Transversal Ocaña – Gamarra al Proyecto Vial Ruta del Sol Sector 2, como Tramo 8, se formalizó mediante la celebración entre la ANI y la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S del Otrosí No. 6 del 14 de marzo de 2014, al Contrato de Concesión No. 001 de 2010, con la cual se produjo una modificación sustancial a los términos y estipulaciones originales a dicho Contrato de Concesión, como se verá más adelante, cuando se analice dicho Otrosí.

B. CONSIDERACIONES NORMATIVAS GENERALES Y JURISPRUDENCIALES SOBRE EL CONTRATO DE CONCESIÓN PARA EL DESARROLLO DE LA INFRAESTRUCTURA VIAL NACIONAL QUE SIRVEN DE GUÍA PARA LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 001 DE 2010

El artículo 32 numeral 4º de la Ley 80 de 1993 define, de manera general, el contrato de concesión en los siguientes términos:

> Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

A su vez, de manera especial, los artículos 30 a 36 de la Ley 105 de 1993, que es norma posterior, precisa el régimen jurídico del contrato de concesión para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial, en los siguientes términos:

> **Artículo 30. Del contrato de Concesión**. La Nación, los departamentos, los distritos y los municipios, en sus respectivos perímetros, podrán en forma individual o combinada o a través de sus entidades descentralizadas del sector de transporte, otorgar concesiones a particulares para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial.
>
> Para la recuperación de la inversión, la Nación, los departamentos, los distritos y los municipios podrán establecer peajes y/o valorización. El procedimiento para causar y distribuir la valorización, y la fijación de peajes se regula por las normas sobre la materia. La fórmula para la recuperación de la inversión quedará establecida en el contrato y será de obligatorio cumplimiento para las partes.
>
> La variación de estas reglas sin el consentimiento del concesionario, implicará responsabilidad civil para la Entidad quien, a su vez, podrá repetir contra el funcionario responsable.
>
> En los contratos que por concesión celebre el Instituto Nacional de Vías, se podrán incluir los accesos viales que hacen parte de la infraestructura distrital o municipal de transporte.

Parágrafo 1. Los municipios, los departamentos, los distritos y la Nación podrán aportar partidas presupuestales para proyectos de infraestructura en los cuales, de acuerdo con los estudios, los concesionarios no puedan recuperar su inversión en el tiempo esperado.

Parágrafo 2. Los contratos a que se refiere en inciso 2 del artículo 81 de la Ley 80 de 1993, que a partir de la promulgación de esa Ley se celebren, se sujetarán en su formación a lo dispuesto en la misma. Sin embargo, estos no estarán sujetos a lo previsto en el numeral 4 del artículo 44 y el inciso 2 del artículo 45 de la citada Ley. En el Pliego de Condiciones se señalarán los criterios de adjudicación.

Parágrafo 3. Bajo el esquema de Concesión, los ingresos que produzca la obra dada en concesión, serán asignados en su totalidad al concesionario privado, hasta tanto éste obtenga dentro del plazo estipulado en el contrato de concesión, el retomo al capital invertido. El Estado recuperará su inversión con los ingresos provenientes de la operación una vez culminado el período de concesión.

Artículo 31. Titularización y crédito para concesionarios. Con el fin de garantizar las inversiones internas necesarias para la financiación de proyectos de infraestructura, los concesionarios, podrán titularizar los proyectos, mediante patrimonios autónomos, manteniendo la responsabilidad contractual.

Artículo 32. Cláusulas unilaterales. En los contratos de concesión, para obras de infraestructura de transporte, sólo habrá lugar a la aplicación de los artículos 17 de la Ley 80 de 1993, mientras el concesionario cumple la obligación de las inversiones de construcción o rehabilitación, a las que se comprometió en el contrato.

Artículo 33. Garantías de ingreso. Para obras de infraestructura de transporte, por el sistema de concesión, la entidad concedente podrá establecer garantías de ingresos mínimos utilizando recursos del presupuesto de la entidad respectiva. Igualmente, se podrá establecer que cuando los ingresos sobrepasen un máximo, los ingresos adicionales podrán ser transferidos a la entidad contratante a medida que se causen, ser llevados a reducir el plazo de la concesión, o utilizados para obras adicionales, dentro del mismo sistema vial.

Artículo 34. Adquisición de predios. En la adquisición de predios para la construcción de obras de infraestructura de transporte, la entidad estatal concedente podrá delegar esta función, en el concesionario o en un tercero. Los predios adquiridos figurarán a nombre de la entidad pública.

El máximo valor a pagar por los predios o por las mejoras, lo establecerá la entidad estatal contratante, de conformidad con las normas vigentes sobre la materia, o mediante avalúos comerciales que se harán por firmas afiliadas a las lonjas de propiedad raíz, con base en los criterios generales que determine para el efecto el Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

(…)

Artículo 36. Liquidación del contrato. En el contrato de concesión de obras de infraestructura de transporte, quedará establecida la forma de liquidación del contrato y los derechos de las partes en caso de incumplimiento de alguna de ellas.

Posteriormente, la Ley 1508 de 2012, por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, establece:

Artículo 2o. Concesiones. Las concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de Asociación Público Privadas.

Las concesiones vigentes al momento de la promulgación de la presente ley se seguirán rigiendo por las normas vigentes al momento de su celebración.

La Ley 1682 de 2013, por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias, dispuso lo siguiente en materia de contratación de infraestructura de transporte:

Artículo 13. Los contratos que en adelante desarrollen proyectos de infraestructura de transporte, incluirán una cláusula en la cual se establezca la fórmula matemática que determine las eventuales

prestaciones recíprocas en caso de terminarse anticipadamente por un acuerdo entre las partes o por decisión unilateral.

Parágrafo 1. La entidad pública contratante garantizará el equilibrio económico del contrato en cualquiera de las etapas de su ejecución y podrá proponer, si así lo considera, de acuerdo con la ley vigente, el pago anticipado de la recuperación de la inversión en la etapa de operación, de conformidad con la fórmula descrita en el contrato.

Parágrafo 2. Para los contratos celebrados con anterioridad a la sanción de la presente ley, que estén en etapa de operación, la entidad pública contratante podrá proponer fórmulas que aceleren la recuperación de la inversión, garantizando al contratista el pago de las prestaciones a que tiene derecho, posibilitando de común acuerdo la terminación anticipada del contrato, la cual deberá ser fundamentada en los motivos previstos en el Estatuto General de Contratación Estatal, siempre y cuando se requiera para ejecutar una obra de interés público o por motivos de utilidad e interés general. Las indemnizaciones o pagos a que haya lugar podrán ser determinadas de común acuerdo entre las partes o haciendo uso de la amigable composición, o de un tribunal arbitral, o de cualquier otro mecanismo alternativo de solución de conflictos.

Parágrafo 3. Por ministerio de la ley, la terminación anticipada implicará la subrogación de la entidad pública responsable en los derechos y obligaciones del titular de la licencia, los permisos o las autorizaciones ambientales, títulos mineros y en general otra clase de permisos o autorizaciones obtenidos para la ejecución del proyecto de infraestructura de transporte.

Lo anterior, sin perjuicio de las obligaciones pendientes al momento de la terminación, sobre las cuales las partes podrán acordar quién asume la respectiva responsabilidad, o deferir dicha decisión a un tercero, haciendo uso de cualquier mecanismo alternativo de solución de conflictos.

La Ley 1882 de 2018, modificó la Ley 1508 de 2012 y en su artículo 20, determinó que:

"**Artículo 20.** Modifíquese el Artículo 32 de la Ley 1508 de 2012, el cual quedará así:

Artículo 32. Terminación anticipada. En los contratos que desarrollen Proyecto de Asociación Público Privada, se incluirá una cláusula en la cual se establezca la fórmula matemática para determinar las eventuales prestaciones recíproca 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 e 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 tercero hayan aplicado al contratista en razón a la terminación anticipada de la relaciones contractuales no laborales, *salvo que se trate de aquellos asociados los contratos de crédito, leasing financiero o a la terminación de los contratos derivados e cobertura financiera del proyecto.*

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.

Esta 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°. De no ser suficientes los remanentes para el pago, la entidad hará efectivo el saldo de la penalidad contra las personas naturales o jurídicas responsables.

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. La forma como quedarán a disposición estos recursos será definida por el Gobierno Nacional.

La autoridad judicial o administrativa competente podrá decretar como medida preventiva la aplicación de los incisos anteriores a investigaciones en curso. En este supuesto, la penalidad mencionada en el presente parágrafo, descontada de los remanentes de la liquidación en los términos del mismo, se mantendrá a disposición die dicha autoridad administrativa o judicial en tanto se resuelva de manera definitiva la investigación. Al momento de decretar la medida preventiva, la autoridad administrativa o judicial deberá individualizar las personas afectas a la ilicitud o infracción administrativa, a quienes se les aplicarán las sanciones y efectos señalados en los incisos anteriores.

Lo previsto en este artículo se entiende sin perjuicio de las responsabilidades fiscales, disciplinarias o penales a que haya lugar.

Artículo 21. Vigencia. Esta ley rige a partir de su promulgación, los procesos procedimientos que se encuentren en curso se surtirán de acuerdo con las normas con las cuales se iniciaron."

Esta norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-207 del 16 de mayo de 2019, salvo los apartes resaltados en cursiva que fueron declarados inexequibles y aunque uno es el régimen jurídico aplicable a los contratos de concesión de infraestructura y otro el régimen aplicable a los contratos de concesión bajo la modalidad de APP, el inciso final del parágrafo del artículo 20 de Ley 1882, que fue declarado exequible por la Corte Constitucional, determina que esta última norma es 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.

Más adelante, para efectos de su interpretación y aplicación, se analizará dicha norma y la sentencia de la Corte Constitucional con la cual se hizo la revisión constitucional definitiva.

De conformidad con lo anterior y con lo dicho antes acerca de la política pública en materia de infraestructura vial, tanto la jurisprudencia constitucional como la contenciosa administrativa, han señalado lo siguiente en materia de concesiones.

En la Sentencia C-250 de 1996, la Corte Constitucional dijo:

> "En primer lugar, es del caso señalar que como lo ha venido sosteniendo la doctrina, los contratos de concesión son aquellos que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario, la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad contratante, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valoración, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.
>
> "De acuerdo con la anterior definición, el citado contrato presenta las siguientes características:
>
> "a) Implica una convención entre un ente estatal -concedente- y otra persona -concesionario-;
>
> "b) Se refiere a un servicio público o a una obra destinada al servicio o uso público.
>
> "c) puede tener por objeto la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra destinadas al servicio o uso público;
>
> "d) En dicho contrato existe la permanente vigilancia del ente estatal, lo cual se justifica por cuanto se trata de prestar un servicio público o construir o explotar un bien de uso público. Según la ley, se actúa bajo el control del ente concedente, lo que implica que siempre existirá la facultad del ente público de dar instrucciones en torno a la forma como se explota el bien o se presta el servicio.
>
> "Esta facultad es de origen constitucional, por cuanto según el artículo 365 de la Carta, el Estado tendrá siempre el control y la regulación de los servicios públicos. Esto implica que, en el contrato de concesión, deben distinguirse los aspectos puramente contractuales (que son objeto del acuerdo de las partes), de los normativos del servicio (que corresponden siempre a la entidad pública).
>
> "e) El concesionario debe asumir, así sea parcialmente, los riesgos del éxito o fracaso de su gestión, y por ello obra por su cuenta y riesgo. Al respecto, v.gr., la Ley 105 de 1993 dispone que, para recuperar la inversión en un contrato de concesión, se podrán establecer peajes o valorización.
>
> "Según la misma ley, los ingresos que produzca la obra dada en concesión serán en su totalidad del concesionario, hasta tanto éste obtenga dentro del plazo establecido en el contrato, el retorno del capital invertido.
>
> "f) En los contratos de concesión, deben pactarse las cláusulas excepcionales al derecho común, como son los de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad.
>
> "g) Dada la naturaleza especial del contrato de concesión, existen unas cláusulas que son de la esencia del contrato, como la de reversión, que, aunque no se pacten en forma expresa, deben entenderse ínsitas en el mismo contrato."

Luego, en la Sentencia C-711 de 1996, también de manera general, la Corte Constitucional dijo lo siguiente:

> "En términos generales, para la doctrina la **concesión** tiene por objeto otorgar a una persona facultad legal suficiente para la prestación, por su cuenta y riesgo, de un servicio que es responsabilidad de la administración; la concesión de servicios públicos implica entonces autorizar a un particular, para que

éste satisfaga, inmediata y permanentemente, una necesidad colectiva que es responsabilidad del Estado. La concesión de servicios públicos es un acto complejo, en el cual el concesionario se equipara a un agente público, cuyas obligaciones están determinadas por disposiciones de carácter legal y reglamentario, pero cuyos derechos y obligaciones se determinan contractualmente[113]."

Igualmente, en la Sentencia C-350 de 1997, además de reiterar la definición general hecha en la Sentencia anterior, la Corte Constitucional agregó

"La concesión de un servicio público se otorga, previo un proceso de selección que bien puede ser por invitación para efectuar una contratación directa, o por licitación, a través de la celebración de un contrato administrativo del Estado, '...por el cual el Estado encomienda a una persona, física o jurídica, privada o pública, la organización y el funcionamiento de un servicio público por un determinado lapso. Esta persona, 'concesionario', actúa por su propia costa y riesgo. La labor se retribuye con el *precio pagado* por los usuarios o con *subvenciones o garantías* otorgadas por el Estado, o con ambos medios a la vez.'

"La concesión implica en favor del concesionario una delegación de las respectivas facultades por parte de la Administración Pública, quien conserva la dirección y el control. La delegación convencional de atribuciones no significa un traspaso definitivo de las mismas.'[114]

Así mismo, en la Sentencia C-126 de 1998, de nuevo, de manera general, la Corte consideró que

"Tal y como lo ha señalado la doctrina y la jurisprudencia de esta Corte y de otras corporaciones judiciales[115], por medio de la concesión, las entidades estatales otorgan a una persona, llamada concesionario, la posibilidad de operar, explotar, o gestionar, un bien o servicio originariamente estatal, como puede ser un servicio público, o la construcción, explotación o conservación de una obra o bien destinados al servicio o uso público. Las labores se hacen por cuenta y riesgo del concesionario, pero bajo la vigilancia y control de la entidad estatal, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación. Como vemos, el contenido de la relación jurídica de concesión comprende un conjunto amplio de deberes y derechos del concesionario, así como de facultades y obligaciones de la autoridad pública, todo lo cual se encuentra regulado de manera general en la ley, pero puede completarse, en el caso específico, al otorgarse la respectiva concesión."

Por su parte, el Consejo de Estado, en sentencia del 9 de diciembre de 2004, señaló los siguientes elementos que, a su juicio, permiten identificar la naturaleza jurídica del Contrato de Concesión en general:

"a. La entidad estatal asume el carácter de cedente y otorga a un particular quien ostenta la calidad de concesionario, la operación, explotación, gestión, total o parcial de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra pública.

"b. El particular asume la gestión de un servicio público que corresponde al Estado sustituyendo a este en el cumplimiento de dicha carga.

"c. El particular asume la construcción y/o mantenimiento de una obra pública.

"d. El particular obtiene autorización para explotar un bien destinado al servicio o uso público.

"e. La entidad pública mantiene durante la ejecución del contrato la inspección vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario.

"f. El particular a cambio de la operación, explotación, construcción o mantenimiento de la actividad concedida recibe una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien o en general en cualquier otra modalidad de contraprestación.

[113] "Esta es la tesis de los denominadas "publicistas" franceses, entre ellos Duguit, Hauriou y Jéze."
[114] "Dromi Roberto, Derecho Administrativo, Edic. Ciudad Argentina, Buenos Aires Argentina, 1994."
[115] "Ver, por ejemplo, Corte Constitucional. Sentencia C-250 de 1996."

"g. El concesionario asume la condición de colaborador de la administración en el cumplimiento de los fines estatales, para la continua y eficiente prestación de los servicios públicos o la debida ejecución de las obras públicas.

"Como lo ha sostenido la doctrina, esta definición es omnicomprensiva, puesto que abarca una gran cantidad de diferentes opciones y actividades, tal y como quedó señalado. Además, en este contrato y a diferencia de lo que ocurre con el contrato de obra pública se confiere amplia facultad a las partes para pactar la remuneración que se considera elemento esencial del contrato."[116]

Así mismo, el Consejo de Estado en Sentencia del 30 de noviembre de 2006,[117] señaló -primero de manera general y luego, de manera concreta, en lo que se refiere al contrato de concesión para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial, - lo siguiente:

"En otras palabras, y como en otra ocasión lo ha expresado la Sala, puede definirse la concesión como el procedimiento por medio del cual una entidad de derecho público, llamada concedente, entrega a una persona natural o jurídica, llamada concesionario, el cumplimiento de uno de los siguientes objetivos: Prestación de un servicio público, o la construcción de una obra pública, o la explotación de un bien estatal[118].

(…)

"Prácticamente todas las definiciones al uso hacen referencia al menos a dos elementos como integrantes del tipo contractual que nos ocupa: de un lado, la existencia de un régimen legal —en sentido amplio— que de manera previa regula el funcionamiento del servicio concesionado, régimen que puede ser delineado, alterado o definido por la administración; y, de otro, las condiciones en que ésta última conviene con el particular la prestación del servicio, la construcción, el mantenimiento, la explotación de la obra, etc. En otros términos, se trata de una modalidad contractual por la que

'…sólo en virtud de una normativa previa y expresa, la Administración del Estado puede entregar o cometer a un particular la construcción y/o mantenimiento de una obra (...) y concederle su explotación ulterior, facultándolo temporalmente para cobrar determinadas sumas a quienes la utilicen como medio de financiar el costo de aquella'[119].

"También puede evidenciarse la presencia de los dos mencionados elementos, en la caracterización que del contrato de concesión ha efectuado la Sala, con base en la definición del mismo contenida en el más atrás citado artículo 32.4 de la Ley 80 de 1993, que permite identificar este tipo contractual a través de las siguientes particularidades:

'a. La entidad estatal asume el carácter de cedente y otorga a un particular quien ostenta la calidad de concesionario, la operación, explotación, gestión, total o parcial de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra pública.

'b. O el particular asume la gestión de un servicio público que corresponde al Estado sustituyendo a este en el cumplimiento de dicha carga.

'c. El particular asume la construcción y/o mantenimiento de una obra pública.

'd. El particular obtiene autorización para explotar un bien destinado al servicio o uso público.

'e. La entidad pública mantiene durante la ejecución del contrato la inspección vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario.

---

[116] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra, Sentencia de diciembre 9 de 2004, Radicación: 25000-23-26-000-2002-1216-01(27921).

[117] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, Sentencia del 30 de noviembre de 2006. Radicación número: 11001-03-26-000-1995-03074-01(13074). Actor: Jorge Eduardo Chemás Jaramillo. Demandado: La Nación-Ministerio de Transporte e INVIAS.

[118] "Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Ricardo Hoyos Duque, Sentencia de diecinueve (19) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998), Radicación número: 10217, Actor: Alberto Antonio Mendoza Daza, Demandado: Beneficencia del Cesar Lotería 'La Vallenata'."

[119] "Rufián Lizana, Dolores, *Manual de concesiones de obras públicas*, Fondo de Cultura Económica de Chile, Santiago, 1999, p. 23. Esta autora —p. 26— refiere otra noción —elaborada por Vargas Fritz, J.L., *La concesión de obras* públicas, La Ley, Ediciones Jurídicas, Santiago, 1997, pp. 117-118— en la cual son igualmente identificables los dos elementos del contrato que en esta sede nos interesa destacar: se trata, la concesión, de 'un contrato administrativo celebrado entre el Ministerio de Obras Públicas y un particular Concesionario, en virtud del cual este último asume, a su cuenta y riesgo, la ejecución, conservación o reparación de una Obra pública Fiscal, a cambio del derecho a explotar dicha Obra y a obtener la tarifa o peaje pactados, dentro del plazo y de acuerdo a las condiciones legales y reglamentarias contenidas en el Decreto Supremo de Adjudicación'."

> 'f. El particular a cambio de la operación, explotación, construcción o mantenimiento de la actividad concedida recibe una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien o en general en cualquier otra modalidad de contraprestación.
>
> 'g. El concesionario asume la condición de colaborador de la administración en el cumplimiento de los fines estatales, para la continua y eficiente prestación de los servicios públicos o la debida ejecución de las obras públicas.
>
> 'Como lo ha sostenido la doctrina, esta definición es omnicomprensiva, puesto que abarca una gran cantidad de diferentes opciones y actividades, tal y como quedó señalado. Además, en este contrato y a diferencia de lo que ocurre con el contrato de obra pública se confiere amplia facultad a las partes para pactar la remuneración que se considera elemento esencial del contrato'[120].

"A juicio de la Sala, la existencia de tales dos componentes en el tipo de contrato estatal que se comenta está fuera de toda discusión. Cosa distinta es la manera como esos dos elementos se articulan dentro del contrato de concesión mismo -si es que se admite que dicha articulación ocurre efectivamente- que es, precisamente, el punto que ha dado lugar a la polémica doctrinal en cuanto a la naturaleza jurídica del plurimencionado contrato.

"Sin ánimo de exhaustividad, y solo en la medida que este extremo resulta indispensable para dilucidar si la naturaleza jurídica del contrato de concesión se corresponde con el reconocimiento a terceras personas ajenas a la formalización de la relación contractual propiamente dicha -entidad pública concedente y particular concesionario- de la posibilidad de accionar judicialmente contra actos administrativos proferidos con ocasión de aquélla, menester resulta hacer alusión a que, en la doctrina, pueden encontrarse desde las tesis conforme a las cuales el contrato de concesión es un acto unilateral de la administración -de escasa acogida en la actualidad-, pasando por las que lo catalogan como un contrato de derecho privado, hasta llegar a las dos más ampliamente difundidas por los días que corren, de acuerdo con las cuales o bien se trata de un acto mixto -contractual y reglamentario-, ora de un contrato administrativo *strictu sensu.*[121]

"Para los partidarios de la tesis de acuerdo con la cual la concesión no es más que un acto unilateral de la administración pública, del que emanan las obligaciones, derechos y prerrogativas de que será titular el concesionario, carece de toda importancia la voluntad de éste, lo cual parte de negar la posibilidad de que existan contratos celebrados entre la administración pública[122]. Por su parte, la concepción de acuerdo con la cual el de concesión es un contrato exclusivamente de derecho privado, arranca por reconocer en él un verdadero acuerdo de voluntades, una verdadera relación contractual, pero enteramente regulada por el derecho privado. Paulatinamente, en la medida que la categoría de los contratos administrativos -o contratos estatales- se fue abriendo paso históricamente, esta tesis también fue perdiendo consistencia, entre otras cosas porque además de pretender someter al *ius comune* toda una serie de relaciones de indudable carácter público, nunca pudo explicar satisfactoriamente por qué el contrato de concesión no sólo afecta a las partes celebrantes -entidad concedente y concesionario-, sino que sus efectos también se extienden a terceros, esto es, a los usuarios del servicio, que no han intervenido en su formalización.[123]

"De ahí que se hayan consolidado las tesis, hoy en día mayoritarias, de acuerdo con las cuales la naturaleza jurídica del contrato de concesión es la de un instrumento de derecho público, pero en el que puede advertirse la presencia de dos categorías de cláusulas claramente diferenciables: unas de naturaleza legal o reglamentaria, y otras de estirpe puramente contractual. Al decir de Duguit, en la concesión existe, de un lado, una 'convención' que establece, sobre la base del acuerdo existente entre

---

[120] "Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra, Sentencia de diciembre 9 de 2004, Radicación: 25000-23-26-000-2002-1216-01(27921), Actor: Eptisa Proyectos Internacionales S.A. y otros, Demandado: Instituto Nacional de Vías."

[121] "Esta interesante aglutinación de las diversas posturas doctrinales desde las cuales históricamente se ha abordado el asunto de la naturaleza jurídica del contrato de concesión, es efectuada por los profesores Escola, Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*, Volumen II, Parte especial, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979, pp. 20-33, y Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III – B (contratos administrativos), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, pp. 596-604. En similar sentido también puede verse a Rufián Lizana, Dolores, *Manual de concesiones de obras públicas*, cit., pp. 139-141."

[122] "Ello explica la franca decadencia de esta postura en la actualidad. Entre sus exponentes, Mayer consideró que los derechos del concesionario derivaban de un acto unilateral de los gobernantes, mientras que sus obligaciones «...nacen de su sumisión voluntaria, que resulta de la petición de la concesión, la que aparece así como un acto administrativo». También se cuentan entre los defensores de esta postura, hoy en franco abandono, autores como Zanobini, Romano, Raneletti, Cameo y Vitta. Cfr. Escola, Héctor Jorge, *Tratado integral...*, cit., pp. 20-21; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., pp. 596-597."

[123] "Cfr. Escola, Héctor Jorge, *Tratado integral...*, cit., pp. 23-25; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., p. 598."

la administración pública y el concesionario, la aplicación de un conjunto normativo reglamentario, y por el otro, un verdadero contrato que rige el resto de las condiciones y situaciones de la concesión.'[124] En esa misma dirección, Hauriou sostenía que en el contrato de concesión se combinan los dos elementos reseñados, vale decir, una situación reglamentaria, referida a la organización y explotación del servicio y al otorgamiento de algunas prerrogativas de poder público de que será investido el concesionario, de un lado; y, de otro, una situación contractual, basada en el pliego de condiciones, que comprende las obligaciones que se deriven de la precedente situación reglamentaria, las condiciones financieras de la explotación, etc.[125]

"En España, Garrido Falla igualmente se decanta por esta posición y sostiene que «la situación jurídica del concesionario se regula, tanto por las cláusulas específicas de la concesión, cuanto por los preceptos reglamentarios unilateralmente dictados por la Administración para la regulación del servicio concedido»[126].

"Más allá de las doctrinas francesa y española, en la que estas ideas han encontrado amplio asidero, bien vale la pena hacer alusión a los planteamientos que, en latitudes más próximas a la nuestra, formula Dolores Rufián Lizama para explicitar la tesis que, se reitera, hoy en día disfruta de más vasta acogida en torno al punto que aquí nos ocupa:

> 'Es evidente que ambas características confluyen en el contrato de concesión que, si bien tiene naturaleza contractual al concurrir a su formación la voluntad de las partes, *está regido por normas de derecho público que sitúan a los contratantes en un plano de desigualdad*.
>
> *'La parte reglamentaria se refiere a todo lo que concierne a la organización y funcionamiento del servicio y a las potestades de intervención de la Administración en función del interés público*. Por consiguiente, este tipo de cláusulas reglamentarias no son objeto de debate entre las partes sino impuestas en bloque y unilateralmente al concesionario, lo que no es óbice para que opere la conjunción de voluntades entre la Administración y el concesionario; además *algunas normas pueden ser modificadas unilateralmente por la administración*, compensando adecuadamente al concesionario, pero éste no puede, por un acuerdo especial con el usuario, derogar alguna de estas disposiciones. En este sentido la calificación contractual de la concesión no obsta a que sobre cada uno de los determinados servicios públicos que pueden ser llevados a cabo, gestionados a través de la concesión, exista una determinada normativa de carácter reglamentario aplicable con anterioridad a la concesión del servicio y *la Administración podrá intervenir en el mismo en función de ese contenido reglamentario*.
>
> 'La parte contractual comprende la duración de la concesión y las ventajas financieras que la administración otorga al concesionario; además el derecho al equilibrio financiero del concesionario. Estos elementos, puesto que son contractuales, son garantizados al concesionario por el contrato. A su vez, en lo que respecta a este contenido contractual, confluyen en el contrato de concesión tanto normas del Derecho Público como del Derecho Privado...' (todas las cursivas son de la Sala)[127]

"Tal y como el propio Escola -uno de los detractores de los planteamientos recién expuestos- lo admite[128], la principal ventaja de esta teoría radica en la circunstancia de explicar fácil y coherentemente la situación jurídica de los usuarios de los servicios públicos, quienes a pesar de no ser parte en la celebración del contrato de concesión, innegablemente acaban viéndose concernidos por sus cláusulas, en especial por las que les son directamente aplicables -concretamente las que tienen que ver con la

---

[124] "Duguit, Leon, *Traité de droit constitutionnel*, París, 1923, t. III, pp. 446-447, *apud* Escola, Héctor Jorge, *Tratado integral...*, cit., p. 26."

[125] "Hauriou, Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public,* París, 1933, pp. 1014-1015, *apud* Escola, Héctor Jorge, *Tratado integral...*, cit., p. 27. Este último autor —también en p. 27— refiere que, para algunos —como Diez, M., *Derecho administrativo,* Buenos Aires, 1967, t. III, pp. 267 y ss.—, «la existencia de la situación reglamentaria es resultado de un acto-condición, por el cual el concesionario acepta hacer funcionar el servicio conforme a dichas normas reglamentarias, que la administración pública puede variar, con obligación de indemnizar al concesionario si se afecta el equilibrio financiero de la prestación». También puede incluirse entre los muchos autores que mantienen esta postura, a Gastón Jèze —respecto de cuyos planteamientos se harán algunas anotaciones más adelante— o Rafael Bielsa, para quien «la concesión presupone dos situaciones jurídicas: a) una *legal* o reglamentaria, que es la más importante y domina toda la operación; b) otra *contractual*, pero que no es, naturalmente, de derecho civil, sino de derecho administrativo, y que atribuye derechos e impone obligaciones al concesionario» (cursivas en el texto original). Cfr. su *Derecho administrativo,* sexta edición, Tomo II, La Ley, Buenos Aires, 1964, pp. 259-260."

[126] "Sin embargo, nótese que para este autor el aludido carácter mixto de la concesión debe predicarse, más que del contrato en sí, de la situación en la que el concesionario se encuentra. Es más, Garrido incluso no desconoce que resulta discutible esa calificación, en la medida que «la denominada situación reglamentaria del concesionario no deriva de ningún título jurídico especial, sino del estado de sumisión en que se encuentra frente al ejercicio por la Administración de su potestad reglamentaria en materia de organización de los servicios públicos». *Vid.* Garrido Falla, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo,* volumen II (Parte general. Conclusión), undécima edición, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 418-420. Por similar dirección marchan los planteamientos de Parejo Alfonso, Luciano, *et. al.*, *Manual de Derecho Administrativo*, volumen 1, quinta edición, Ariel Derecho, Madrid, 1998, p. 797."

[127] "Cfr. Rufián Lizana, Dolores, *Manual de concesiones de obras públicas*, cit., pp. 24- 26."

[128] "Escola, Héctor Jorge, *Tratado integral...*, cit., p. 28."

utilización de los servicios y el régimen tarifario-, lo que conduce a que puedan invocarlas tanto para usar el correspondiente servicio, como para obligar al concesionario a prestarlo en la forma debida.

"No obstante lo anterior, como ya se adelantaba, un cuarto grupo de teorías sobre la naturaleza jurídica del contrato de concesión sostiene que si bien éste es un instrumento negocial regido por el derecho público -al igual que lo exponen los planteamientos del tercer conjunto de autores que se acaba de enunciar-, en la concesión «no debe verse sino un contrato administrativo, en sentido estricto, con todos los elementos y características que son propios de los contratos de derecho público, y cuyo contenido es, como resulta obvio, de exclusiva índole contractual, apareciendo, por tanto, con una estructura homogénea y única'. Para esta postura la posibilidad de modificar la organización y funcionamiento del servicio —que es la razón para considerar que en el contrato de concesión viene incluida una parte reglamentaria— es apenas un corolario del carácter administrativo del contrato y de la exorbitancia de la posición en la que frente al acuerdo se ubica la administración. De ahí que se afirme que

> 'el interés público que se busca satisfacer justifica todas las modificaciones y alteraciones que la relación contractual pueda sufrir, como resultado de esa potestad modificatoria, y sólo la ley y el criterio de razonabilidad fijan los límites de esa potestad y sus posibles consecuencias restrictivas.
>
> 'Los derechos de los usuarios del servicio público quedan también explicados de manera directa y simple. No hay aquí nada que crear (...) Esos derechos -derecho al uso del servicio, y derecho de exigir su prestación- son resultado de la extensión de los efectos de los contratos administrativos no sólo a las partes que los celebran, sino también a terceros, tanto más cuanto que el contrato se lleva a cabo, en este caso, justamente para concretar la atención y realización de un servicio cuyos destinatarios son esos terceros»[129].
>
> 'Es quizás Marienhoff el autor que de manera más vehemente se opone a la catalogación de los contratos de concesión como 'actos mixtos', partiendo de considerar a los usuarios también como 'parte' en ellos, de suerte que es esa circunstancia la que justifica que puedan invocar en su beneficio las cláusulas de la concesión, pues, finalmente, el que los efectos de la misma les sean extensivos, responde a que es precisamente en interés de los administrados que la concesión se otorga. Por lo mismo, todas las modificaciones que ciertamente la Administración puede introducir al contrato, forman parte del mismo, integrándolo, sin que se trate de una situación 'legal' o 'reglamentaria', siendo más bien las consecuencias derivadas de la naturaleza de 'contrato administrativo' de la concesión[130].
>
> 'Sin embargo, las agudas críticas que este autor vierte en contra de las teorías que mayoritariamente catalogan el contrato de concesión como un 'acto mixto'[131], parecen atenuarse cuando matiza, refiriéndose a las posibles disputas entre el concesionario y el usuario, que 'la relación que se establezca entre éstos no es unívoca: depende de si la utilización del servicio es obligatoria o facultativa para el usuario. De acuerdo a esto, en unos casos la relación será reglamentaria y en otros contractual'[132].

"Sea como fuere, e independientemente de que se considere al contrato de concesión como un acto mixto o 'tan sólo' como un contrato administrativo *sensu stricto* —aunque, ciertamente, la operatividad de este tipo contractual en el derecho colombiano se explica con mucha mayor facilidad desde la teoría de su 'doble naturaleza' (contractual, y legal y reglamentaria), como el presente caso, en el que se controvierten actos administrativos de alcance general expedidos con ocasión del desarrollo de un contrato de concesión, lo pone de presente—, lo que a esta altura de la argumentación se antoja incontestable es que los usuarios del servicio u obra pública concesionada, es decir, los administrados, al encontrarse en una situación jurídica que les configura como titulares de verdaderos derechos tanto frente a administración concedente como al particular concesionario, deben encontrar en el ordenamiento cauces procesales a través de los cuales hacer efectivos esa situación y esos derechos.

---

[129] "Escola, Héctor Jorge, *Tratado integral*..., cit., pp. 31-32."

[130] "Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., pp. 601-603."

[131] "Afirma el autor que «(E)s inaceptable e inconcebible que, como consecuencia de un acuerdo de voluntades —llámesele '*contrato*' o '*convención*'—, una persona, además de quedar colocada en una situación '*contractual*', quede asimismo colocada en una situación '*legal*' o '*reglamentaria*'. La vigencia de la ley o del reglamento es extraña en absoluto a todo acuerdo entre el Estado y el administrado. La explicación de que la parte '*legal*' o '*reglamentaria*' tenga su vigencia en un '*acuerdo de partes*', cualquiera que sea el nombre que a éste se le dé, trasunta una evidente falla de lógica jurídica. La vigencia de la ley o del reglamento no depende de la voluntad de los administrados, sino del '*imperium*' que posee el Estado. Las obvias modificaciones o alteraciones de que puede ser objeto una concesión de servicio público en curso, tienen un fundamento jurídico distinto al expresado por Duguit y su escuela, fundamento que excluye la existencia del mencionado aspecto '*reglamentario*' o '*legal*' junto al aspecto '*contractual*'. La concesión de servicio público, considerada como un '*acto jurídico de derecho público*', es una figura '*homogénea*': contractual en todo su ámbito, circunstancia que en modo alguno obsta a las correspondientes '*modificaciones*' que deban introducirse en la '*organización*' o en el '*funcionamiento*' del servicio' (todas las cursivas en el texto original). Cfr. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., pp. 600-601."

[132] "Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., pp. 646-647."

"Y probablemente sea Gastón Jèze uno de los autores que de mejor manera explicite este extremo. De acuerdo con lo sostenido por el profesor francés, el contrato de concesión supone la organización de un servicio público por la administración, a través de un 'acto de organización' que es una ley o un reglamento, en virtud del cual todos los interesados obtienen la facultad de exigir una prestación —por su manifestación de voluntad unilateral— de aquel que hace funcionar el servicio. En ese sentido, para Jèze la situación jurídica del usuario del servicio concesionado no es diversa de la del usuario del servicio de justicia, si se tiene en cuenta que

> ' ...no hay contrato entre el usuario y el concesionario, *como tampoco lo hay entre el litigante y el juez*, pero existe un derecho del usuario en el sentido de exigir la prestación del concesionario y una obligación de este último de suministrar la prestación al usuario desde el momento que éste, mediante su manifestación unilateral de voluntad, ha ejercido el poder legal y reglamentario creado por el pliego de condiciones. El juez que se niega a resolver un recurso regularmente deducido, desconoce su obligación legal, viola el derecho del litigante. Hay denegación de justicia. *El litigante tiene recursos ante los tribunales, para agraviarse por la denegación de justicia del juez competente. La situación jurídica del usuario de un servicio público industrial es la misma* (subraya la Sala). Es erróneo hablar, en todas estas hipótesis, de *contrato*, de obligación *contractual*, de derecho de crédito *contractual*. La situación jurídica es general e impersonal, legal y reglamentaria, objetiva, en el sentido técnico de estas expresiones'[133].

"Tal la razón por la cual, a juicio de este autor -que la Sala comparte-,

> '*(L)a verdad es que todos los usuarios se hallan en la misma situación jurídica. Todos pueden invocar y sólo pueden invocar el pliego de condiciones de la concesión.* ***El recurso ante los tribunales judiciales debería permitírsele a todos, sin distinción***
> (...)
> 'En realidad, el usuario obtiene su derecho del *acto reglamentario de organización del servicio*, acto que muy a menudo se incluye en el contrato de concesión. **Ésta no es, pues, una acción surgida del contrato**' (cursiva en el texto original, negrilla de la Sala)[134].
>
> "En conclusión, bien se considere que la naturaleza jurídica de la concesión es la de un 'acto mixto' o 'acto condición' que supone la integración de un componente contractual y de uno legal y reglamentario -como, se reitera, parece más ajustado a la dinámica del contrato de concesión en el ordenamiento jurídico colombiano-, o bien se estime que la naturaleza de este tipo contractual es exclusivamente ésa, vale decir, la de un contrato estatal *stricto sensu*, cuyas estipulaciones vienen gobernadas, en todo caso, por el poder de dirección que en la prestación de los servicios públicos o en general, en el ejercicio de la función administrativa -incluso, o más aún, cuando ésta es desplegada por particulares- siempre concierne a la administración pública, desde cualquiera de las posiciones, forzoso es reconocer que los usuarios del servicio u obra concesionados derivan del reglamento incorporado al contrato, o del aludido poder de dirección entronizado en el convenio, una situación jurídica que comporta derechos -y obligaciones- cuya efectividad debe poder ser garantizada judicialmente, pues lo contrario implicaría una clara denegación de justicia, o mejor, la conculcación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva o al libre acceso de toda persona a la administración de justicia, consagrado en el artículo 229 de la Constitución Política.
>
> (…)'

"Tal y como la Sala lo ha referido en otras ocasiones[135], en Colombia, desde 1992, se inició un proceso de apertura a las licitaciones con el fin de entregar por el sistema de concesión algunos proyectos de la infraestructura vial del país, a los cuales contribuyó de manera definitiva la expedición de la Ley 105 de 1993, mediante la cual se dictaron disposiciones básicas en materia de transporte, se redistribuyeron competencias entre la nación y las entidades territoriales y se expidieron normas especiales sobre concesión para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial del

---

133 "Jèze, Gastón, *Principios Generales del Derecho Administrativo,* cit., pp. 388-389."

134 "Jèze, Gastón, *Principios Generales del Derecho Administrativo,* cit., p. 388 y 397-398. Ya antes —pp. 372-377— el autor había anotado ideas en esta dirección, para resolver el cuestionamiento que él mismo se formula en el siguiente sentido: 'Cuando un municipio o cualquier otras persona pública, luego de crear un servicio público, industrial, lo concede a un empresario, a una sociedad, ¿cuál es la situación de los individuos con respecto a este servicio público en su calidad de consumidores, usuarios, beneficiarios del servicio público, desde el momento que constituyen lo que se denomina el público? ¿Qué garantías tiene el individuo, en presencia de un servicio público, desde el punto de vista de la prestación que tiene derecho a esperar?'. El propio autor se contesta afirmando que 'los usuarios se hallan, con relación a los servicios públicos, en una *situación jurídica legal y reglamentaria*, y no en una situación jurídica individual. Tienen derecho a exigir que los servicios públicos funcionen de conformidad al acto reglamentario o legislativo de organización del servicio público». Y añade que 'los usuarios no han intervenido en el contrato de concesión. No son contratantes, en el sentido jurídico de la palabra. *El único contratante es la Administración concedente*. **De ahí se deduce que los usuarios, aisladamente o asociados, no pueden presentarse *como contratantes ante el juez del contrato*, para reclamar la ejecución de las obligaciones contractuales asumidas por el concesionario**». Todo lo cual no es óbice, por supuesto, para que Jèze parta de sostener que «todo usuario considerado aisladamente tiene interés en que la prestación se suministre en las condiciones establecidas en el contrato de concesión», y que, en ese orden de ideas, «**no es posible, pues, rechazar su intervención como la de una persona sin cualidad procesal**' (todas las cursivas, en el texto original, todas las negrillas son de la Sala)."

135 "Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, Sentencia de diciembre 9 de 2004, Radicación. 25000-23-26-000-2002-1216-01(27921), Actor: EPTISA Proyectos Internacionales S.A. y otros, Demandado: Instituto Nacional de Vías."

país. A raíz de ello se consideró oportuno ejecutar los proyectos de construcción y operación del sistema vial bajo el sistema de concesión, con el propósito fundamental de vincular el capital privado a la infraestructura del transporte, de suerte que fuese posible alcanzar mayores cotas de competitividad y liberar recursos de inversión requeridos para otros sectores prioritarios.

"La Corporación también ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto de la constitucionalidad y legalidad de la atribución, al Ministro de Transporte, de la facultad de señalar los sitios y tarifas de peajes que deben cobrarse por el uso de las vías a cargo de la Nación.[136] Lo hizo al resolver la acción de nulidad incoada contra el artículo 6 del Decreto 101 de 2000,[137] norma que establece las funciones atribuidas al cargo de Ministro de Transporte y que reemplazó al artículo 11 del Decreto 2171 de 1992, que era el precepto vigente, en este mismo sentido, al momento de expedirse las resoluciones acusadas mediante la demanda de nulidad que en esta sentencia se decide.[138] En aquella ocasión el Consejo de Estado expresó que el establecimiento de peajes es un asunto que trasciende los intereses de las colectividades territoriales, por comprometer el interés nacional, razón ésta que justifica su regulación por parte del poder central. (…)

También, el mismo Consejo de Estado, en Sentencia del 18 de marzo de 2010,[139] señaló -primero de manera general y luego, de manera concreta, en lo que se refiere al contrato de concesión de obra pública- (…).

Por su parte, de nuevo, en la Sentencia C-300 de 2012, la Corte Constitucional dijo lo siguiente sobre el Contrato de Concesión en general a la luz de las Leyes 80 de 1993 y 1508 de 2011 y del Contrato de Concesión de Infraestructura Vial conforme a sus regulaciones contenidas en la Ley 105 de 1993:

"Los contratos de concesión son entonces instrumentos a través de los cuales el Estado promueve el concurso de la inversión privada para el cumplimiento de sus fines. Estos contratos adquieren especial importancia en contextos en los que existen restricciones presupuestales, pues permiten la realización de importantes obras de infraestructura (vial, energética, de transporte, de telecomunicaciones, etc.) con el apoyo de los recursos y conocimientos privados; de este modo facilitan que los recursos públicos se enfoquen en otras necesidades de la actuación estatal. La doctrina expresa que una de las principales motivaciones de la participación privada en proyectos de concesión –especialmente de infraestructura- es obtener mayor valor por el dinero, es decir, mayores servicios por la misma cantidad de dinero, lo que hace que este tipo de proyectos redunde en ahorros para la entidad contratante y prácticas más eficientes.[140]

"El **objeto** de estos contratos, a grandes rasgos y según el artículo 32.4 de la Ley 80, es delegar a una persona –concesionario- '(…) [i] la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o [ii] la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o [iii] bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio'. Sin embargo, la determinación del objeto en cada caso concreto depende de la manera cómo se estructuren las respectivas prestaciones en el contrato, todo ello en el marco de los parámetros legales.

136 "Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P. Camilo Arciniegas Andrade, Sentencia de 8 de noviembre de 2001, Radicación:11001-03-24-000-2000-6345-01(6345), Actor: Germán Alonso Olano Becerra."

137 **"**De acuerdo con su publicación en el Diario Oficial 43882 del lunes 7 de febrero de 2000, su texto es el siguiente: 'Decreto 101 de 2000 (2 Feb. 2000), 'Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Transporte y se dictan otras disposiciones". "El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial, de la consagrada en el numeral 16 del artículo 189 de la Constitución Política, desarrollada en los artículos 37 de la Ley 105 de 1993 y 54 de la Ley 489 de 1998, (…) Artículo 6º. Funciones del Ministro. El Ministro de Transporte cumplirá, además de las funciones que determina el artículo 61 de la Ley 489 de 1998, las siguientes: (…) 9. Establecer los sitios y las tarifas de peajes que deben cobrarse por el uso de las vías a cargo de la Nación'."

138 "Y cuyo tenor literal era el siguiente: «Artículo 11. Despacho del Ministro. Son funciones del Ministro de Transporte, además de las señaladas por la Constitución Política y la ley, las siguientes: (...) 8. Establecer los sitios y las tarifas que deban cobrarse por el uso de las vías a cargo de la Nación».

139 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, Sentencia del 18 de marzo de 2010. Radicación: 25000-23-26-000-1994-00071-01(14390). Actor: Sociedad Compañía de Inversiones y Proyectos Coinverpro Ltda. Demandado: Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá D.C. A esta providencia se remitió la Sentencia del mismo Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, del 30 de enero de 2013, C.P. Stella Conto Díaz Del Castillo. Actor: Personería de Bogotá. Demandado: Distrito Capital de Bogotá.

140"Ver, Grimsey, Darrin y Lewis K, Mervin. 'Are Public Private Partnerships value for money? Evaluating alternative approaches and comparing academic and practitioner views' *Accounting Forum* Vol. 29 (2005)."

"La **remuneración** puede consistir '(…) en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue [al concesionario] en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual', entre otras posibilidades.

"El **plazo** debe corresponder a un término razonable que concilie, de un lado, la expectativa del concesionario de amortizar la inversión y obtener una remuneración justa, y de otro, la obligación del Estado de no imponer restricciones a la competencia más allá de lo necesario.[141]

"El concesionario se compromete a desarrollar el objeto del contrato **por su cuenta y riesgo**, lo que comprende usualmente la asunción de la responsabilidad de las inversiones y el desarrollo de las obras, pero **bajo la vigilancia y control de la entidad contratante**.

"La jurisprudencia constitucional ha entendido que el concepto 'bajo la vigilancia de la entidad contratante' se refiere a la facultad que conserva la entidad de dar instrucciones en torno a la ejecución del contrato, particularmente sobre cómo se debe prestar el respectivo servicio público, construir la obra o explotar el bien.[142] Como se indicó en la Sentencia C-250 de 1996, esta facultad, que tiene fundamento en el artículo 365 superior, exige diferenciar entre '(…) los aspectos puramente contractuales (que son objeto del acuerdo de las partes), de los normativos del servicio (que corresponden siempre a la entidad pública).' La facultad de vigilancia se refiere solamente al primer aspecto. Adicionalmente, la vigilancia estatal debe dirigirse a impedir que el concesionario abuse de su posición dominante frente a los usuarios de la obra, bien o servicio.

"De otro lado, sobre el concepto de desarrollo del objeto por el concesionario 'bajo su cuenta y riesgo', la Corte ha señalado que hace referencia a la asunción del riesgo del fracaso o éxito por el concesionario, sin perjuicio del mantenimiento del equilibrio económico del contrato, de conformidad con los principios generales de la contratación estatal.[143] Es por ello que bajo este tipo de transacciones, el contratista asume la mayor parte de la inversión que requiere la ejecución de la concesión, con la expectativa de amortizar la inversión y obtener su remuneración en el plazo del contrato.

"Finalmente, la jurisprudencia constitucional ha precisado que el contrato de concesión, por su finalidad, involucra la cláusula de reversión, así las partes no la pacten.[144]Según esta cláusula, al finalizar el contrato, los elementos y bienes afectados para su desarrollo, se vuelven de propiedad de la entidad contratante, sin necesidad de remuneración adicional (artículos 14.2 y 19 de la Ley 80). Por el contrario, antes de que termine el contrato, el concesionario mantiene el control y el derecho de uso de los bienes afectados por el contrato.

"2.1.1.2. Recientemente, la Ley 1508 de 2012 se ocupó nuevamente de la materia al introducir la denominación de las 'asociaciones público privadas' proveniente de la literatura internacional[145]. Su artículo 1° define estas asociaciones como '(…) un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio.' A continuación, el artículo 2° precisa que las concesiones -artículo 32.4 de la Ley 80- son una modalidad de asociación público privada y que, por tanto, según el artículo 3 ibídem, se deben regir de forma específica por esta ley cuando su precio exceda los 6.000 smmlv.

"En relación con la regulación del contrato, vale la pena destacar las siguientes disposiciones:

---

[141]"Ver Comunicación Interpretativa 2000/C121/02 del 29 de abril sobre concesiones en el derecho comunitario europeo, citada por Fernández Romero, Francisco José y López Jiménez, Jesús. *El contrato de concesión de obras públicas.* En 'Reflexiones sobre el contrato de concesión de obra pública'. Sevilla: Ed. Hispalex, 2005. p. 40."

[142]"Ver Sentencia C-250 de 1996."

[143]"Ver sentencia C-250 de 1996."

[144]"Ibídem. En este fallo, la Corte la Corte declaró la exequibilidad del artículo 19 de la Ley 80, pues concluyó que (i) la cláusula de reversión es de la esencia del contrato de concesión y (ii) no es una expropiación sin indemnización porque el precio de esos bienes es pagado por el Estado en el precio del contrato. Al respecto, la Corporación sostuvo: '(…) la eficacia jurídica del plazo pactado de duración del contrato permite la amortización de la inversión, por cuanto como es de la naturaleza del contrato, todo concesionario actúa por cuenta y riesgo propio, y como quiera que ha destinado un conjunto de bienes y elementos para llevar a cabo el objeto del contrato, tiene que amortizar el capital durante el término de la concesión o incluso antes, según ocurra la reversión o la transferencia. || Jurídicamente la transferencia se justifica en la medida en que ella obedece a que el valor de tales bienes está totalmente amortizado, siempre y cuando se encuentren satisfechos los presupuestos del vencimiento del término. Ese valor de los bienes que se utilicen para el desarrollo y ejecución del contrato de concesión, se paga por el Estado al momento de perfeccionar la concesión'."

[145]"Ver, Graeme A. Hodge & Carsten Greve 'Public–Private Partnerships: An International Performance Review'**, "**Public Administration Review" Volume 67, Issue 3, (May|June) 2007."

"Respecto a la **remuneración**, el artículo 3 prevé que '[e]n estos contratos se retribuirá la actividad con el derecho a la explotación económica de esa infraestructura o servicio, en las condiciones que se pacte, por el tiempo que se acuerde, con aportes del Estado cuando la naturaleza del proyecto lo requiera.' Luego, el artículo 5 agrega que '[e]l derecho al recaudo de recursos por la explotación económica del proyecto, a recibir desembolsos de recursos públicos o a cualquier otra retribución, (…) estará condicionado a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad en las distintas etapas del proyecto, y los demás requisitos que determine el reglamento', con lo que se buscó incluir indicadores de calidad para evaluar el desempeño del contratista.

"En materia de **distribución de riesgos**, el artículo 4 dispone que uno de los principios que debe guiar estas asociaciones es que los riesgos se repartan de forma eficiente, '(…) atribuyendo cada uno de ellos a la parte que esté en mejor capacidad de administrarlos, buscando mitigar el impacto que la ocurrencia de los mismos pueda generar sobre la disponibilidad de la infraestructura y la calidad del servicio'.

"Por último, sobre el **plazo** del contrato y las prórrogas, el artículo 6 zanjó la discusión mediante la fijación de un plazo máximo de 30 años, incluidas prórrogas, sin perjuicio de que se puedan establecer términos mayores, previo concepto favorable del CONPES.[146]

"2.1.1.3. A partir de estas definiciones, es posible deducir tres tipos de contratos de concesión: el de servicios, el de obra pública y el de explotación de bienes públicos. En esta oportunidad la Sala se enfocará en el **contrato de concesión de obra pública**.

"Este contrato tiene por **objeto**, en términos generales y de conformidad con el artículo 32.4 de la Ley 80: (i) la construcción de una obra pública destinada al uso público o a la prestación de un servicio público, (ii)y las actividades necesarias para el adecuado funcionamiento de la obra o para hacerla útil, incluido su mantenimiento durante el término de la concesión. Estas últimas actividades son llamadas por algunas legislaciones y doctrinantes **'obras accesorias'** y pueden comprender la proyección, ejecución, conservación, reposición y reparación (a)de **obras complementarias** necesarias para que la obra principal cumpla su finalidad y sea debidamente aprovechada, (b) de obras necesarias para adaptar y modernizar la obra principal a nuevas exigencias técnicas y funcionales; (c) de obras para la reparación y reposición de la obra principal, cuando sea necesario.

"En este sentido, por ejemplo, el artículo 7 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de España prevé que en el contrato de concesión de obra: '(…) podrá también prever que el concesionario esté obligado a proyectar, ejecutar, conservar, reponer y reparar aquellas obras que sean accesorias o estén vinculadas con la principal y que sean necesarias para que ésta cumpla la finalidad determinante de su construcción y que permitan su mejor funcionamiento y explotación, así como a efectuar las actuaciones ambientales relacionadas con las mismas que en ellos se prevean. En el supuesto de que las obras vinculadas o accesorias puedan ser objeto de explotación o aprovechamiento económico, éstos corresponderán al concesionario conjuntamente con la explotación de la obra principal, en la forma determinada por los pliegos respectivos.'

"En concordancia, algunos doctrinantes españoles señalan que **el contenido 'necesario'** de un contrato de obra pública es: 'a) La explotación de las obras públicas conforme a su naturaleza y finalidad. || b) La conservación de las obras. || c) La adecuación, reforma y modernización de las obras para adaptarlas a las características técnicas y funcionales requeridas para la correcta prestación de los servicios y actividades a los que aquéllas sirven de soporte material. || d) Las actuaciones de reposición y gran reparación que sean exigibles en relación con los elementos que ha de reunir cada una de las obras para mantenerse apta a fin de que los servicios y actividades a los que aquéllas sirven puedan ser desarrollados adecuadamente de acuerdo con las exigencias económicas y las demandas sociales'.[147]

"Esta descripción general del objeto por supuesto no desconoce las especificidades que se establezcan en el respectivo contrato; en otras palabras, el objeto del acuerdo depende de los documentos que

[146] "La Ley 1508 también se ocupa del proceso de selección del contratista en las asociaciones público privadas –sistema de precalificación, autoriza la estructuración de proyectos de esta naturaleza por iniciativa privada, ordena que la administración de los recursos de estos proyectos se realice por medio de patrimonios autónomos y crea un Registro Único de Asociaciones Público Privadas para priorizar los proyectos que demanda el desarrollo nacional, entre otros aspectos."

[147]"Ver Fernández Romero, Francisco José y López Jiménez, Jesús. *El contrato de concesión de obras públicas.* En 'Reflexiones sobre el contrato de concesión de obra pública'. Sevilla: Ed. Hispalex, 2005.p. 41."

integran el contrato, el cual en todo caso debe ajustarse en términos generales a los parámetros del artículo 32.4 de la Ley 80.

"Por otra parte, los riesgos de ejecución del objeto son en su mayoría asumidos por el concesionario. Estos comprenden usualmente aspectos técnicos, financieros y de gestión de la obra.[148] Como el concesionario se obliga a soportar la mayor parte de los riesgos, se crean incentivos para que obre de manera eficiente e invierta en innovaciones que le permitan reducir sus costos.[149]

"El contrato también se caracteriza por que la **remuneración** del concesionario usualmente se obtiene a partir de la **explotación de la obra**[150]**,** mediante el cobro de peajes y/o contribución por valorización a los usuarios o beneficiarios de la misma. En el caso de los peajes, la autorización de cobro se extiende regularmente hasta que el contratista recupere la inversión y obtenga la remuneración en los términos pactados. Es de acuerdo con este criterio con que se fija entonces el plazo del contrato.[151] En suma, la remuneración del concesionario es regularmente fruto de la explotación de la obra y de los servicios derivados de ella.

"En este orden de ideas, esta modalidad de contrato, además de atraer a la creación de infraestructura pública, la inversión, el conocimiento privado y los incentivos para la introducción de innovaciones que generen reducciones de costos, permite diluir en el tiempo el esfuerzo fiscal necesario para la realización de las obras.

"Finalmente, en materia de garantías, este contrato se caracteriza por la posibilidad de dividir la garantía según las etapas en las que se estructure el contrato y por la obligación del concesionario de prorrogar las garantías en cada una de las etapas subsiguientes (artículo 9 del Decreto 2474 de 2008, modificado por el Decreto 2493 de 2009).

"2.1.1.4. Existen a su vez diferentes modalidades del contrato de concesión de obra pública. Por ejemplo, la Ley 105 de 1993 "por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones" regula específicamente el contrato de concesión de obra de infraestructura de transporte.

(…)

Así mismo, de nuevo, el Consejo de Estado, en Sentencia del 16 de julio de 2015,[152] señaló lo siguiente en relación con el Contrato de Concesión en general:

"… el contrato de concesión se encuentra regulado de manera privativa por las normas de derecho público, en cuanto que a partir de su implementación y de cara a la escasez de recursos del Presupuesto Nacional se ha procurado que los particulares colaboren con el Estado en la consecución de sus fines incorporando capital privado, a cambio de que aquellos puedan explotar económicamente un bien, una obra o un servicio a cargo del Estado.

"El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, de manera general, definió el contrato de concesión como aquel que celebran las entidades estatales con una de estas dos finalidades: otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, de un lado, o encomendar a dicho concesionario la construcción, explotación o conservación, total o parcial, de una obra o un bien destinado al servicio o

[148]"Fernández Romero y López Jiménez ilustran esta afirmación con los siguientes ejemplos: 'Es al concesionario a quien incumbe, por ejemplo, la tarea de realizar inversiones necesarias para que su obra pueda, de forma útil, ponerse a disposición de los usuarios. También recae sobre él la carga de amortización de la obra. Por otra parte, el concesionario no sólo asume los riesgos vinculados cualquier construcción, sino que deberá también soportar los riesgos vinculados a la gestión y frecuentación del equipamiento.' *Cfr.* Fernández Romero, Francisco José y López Jiménez, Jesús. *El contrato de concesión de obras públicas.* En 'Reflexiones sobre el contrato de concesión de obra pública'. Sevilla: Ed. Hispalex, 2005. p. 30."

[149]"Ver Hart Oliver, Schleifer Andrei and Vishny Robert. 'The Proper Scope of Government: Theory and Application to Prisons', *Quarterly Journal of Economics,* Vol.112, No 4. (1997)."

[150]"Ver Fernández Romero, Francisco José y López Jiménez, Jesús. *El contrato de concesión de obras públicas.* En 'Reflexiones sobre el contrato de concesión de obra pública'. Sevilla: Ed. Hispalex, 2005. p. 29."

[151]"En este punto radica la principal diferencia del contrato de concesión de obra pública con el contrato de obra, pues mientras en el primero usualmente la remuneración es pagada por los usuarios de la obra por medio de peajes o contribución por valorización, en el contrato de obra la entidad contratante paga un precio con cargo a sus propios recursos. Sin embargo, esta no es una diferencia estructural –sino de la práctica, pues la ley 80 permite otros tipos de remuneración en el contrato de concesión."

[152] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C.P. Hernán Andrade Rincón, Sentencia del 16 de julio de 2015. Radicación: 76001-23-31-000-2002-04055-01(41768). Actor: Carlos Alberto Zabaleta Barreto. Demandado: Municipio La Victoria.

uso público; en ambos casos el contrato comprende las actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio, siempre por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad estatal.

"Como contraprestación se reconoce y paga una remuneración, la cual puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización o en la participación que se le otorgue a la entidad estatal en la explotación del bien o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden -artículo 32, numeral 4°[153]-."

Es la justicia arbitral la que, en varios Laudos, ha hecho importantes aportes a la definición, contenido y alcance del Contrato de Concesión de Obra Pública o de Infraestructura Vial.

Así, por ejemplo, en el Laudo Arbitral proferido el 24 de agosto de 2001 por el Tribunal de Arbitramento de Concesión Santa Marta Paraguachón S.A. vs. Instituto Nacional de Vías -INVIAS, se señaló:

"La concesión de obra pública, en los términos de su definición legal, no es cosa distinta que una de las múltiples modalidades permitidas por la ley para la ejecución de una obra pública; en efecto, su construcción se 'comete' o encarga por la administración a un particular, quien se hará cargo de la consecución de los recursos –técnicos y financieros- requeridos para su ejecución, asegurándose el repago de la misma, mediante la cesión por la entidad concedente, autorización de recaudo o pago directo de '*derechos, tarifas, tasas, valorización o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual, y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.'*

"Será entonces la fuente de los recursos destinados a financiar la construcción de la obra, el elemento básico que integra la definición del negocio concesional, distinguiéndolo del tradicional contrato de obra pública: Su construcción se acometerá con *'la financiación a cargo del concesionario pero repago por los terceros usuarios mediante el pago de una suma, denominada corrientemente peaje'* –sin perjuicio de cualquier forma de repago que adopten las partes en el contrato-. Este elemento *'distingue claramente la concesión del contrato de obra pública, porque en éste la retribución del contratista consiste en un precio'*.

'Lo anterior ha dado pie para que se defina la concesión, más que como un contrato estatal de obra bajo una determinada modalidad –sistema concesional-, como un típico negocio financiero:

"El particular destina a la construcción de una obra pública recursos propios o gestados por él bajo su propia cuenta y responsabilidad, y el Estado se obliga al pago de los mismos mediante cualquiera de los mecanismos permitidos por la ley para el repago de la inversión privada y sus rendimientos, de conformidad con las estipulaciones que a tal efecto se pacten por las partes en el contrato. La utilidad o ventaja económica que se persigue con la celebración de este contrato por el particular concesionario no surge del "precio" pactado equivalente al valor de la obra ejecutada, como ocurre en el típico contrato de obra, sino en el rendimiento de los recursos invertidos para su construcción, o en palabras más técnicas en el retorno de la inversión realizada. Este retorno constituye, entonces, en tanto móvil que conduce a la celebración del convenio, la ecuación económica o equivalente económico del contrato para el concesionario. Son entonces claras las ventajas perseguidas por las partes en el contrato de concesión: El beneficio estatal se concreta en la obra misma, sin que a tal fin se haya afectado el presupuesto del Estado; y el del contratista concesionario en los rendimientos del capital invertido. … El concesionario tendrá a su cargo la construcción y explotación de la obra por su cuenta y riesgo, lo que implica la consecución de los recursos técnicos y económicos requeridos a tal fin; como contrapartida el Estado contratante le otorgará, a más del derecho a construir la obra, la remuneración correspondiente, que usualmente consistirá en la explotación económica de la misma, con exclusión de terceros en esa actividad, a modo de privilegio, por un plazo determinado con el fin exclusivo de que recupere la inversión del capital destinado a la obra, y de esta forma, igualmente se garantice la utilidad que lo movió a celebrar el contrato, de conformidad con las normas legales que regulan la materia.

[153] (…) // En otras oportunidades se ha expresado: *'Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión total o parcial de un servicio público..., así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en... tarifas...'*. Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 4 de diciembre de 1995, C.P. Luis Camilo Osorio Isaza; Radicación: 750. En similar dirección, puede verse Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 11 de mayo de 2000, C. P. Jesús María Carrillo Ballesteros; Expediente: 12619."

"De allí las garantías legales al retorno de la inversión esperada, que enmarcan el criterio interpretativo de la expresión legal 'por cuenta y riesgo'. En efecto:

- La Ley 105 de 1993, concede a la Nación, los departamentos, los distritos y los municipios autorización expresa para el establecimiento de peajes y/o valorización (artículo 30), a fin de que constituyan la fuente o modo de recuperación de la inversión del contratista – concesionario.

- Ordena la misma norma que *'la fórmula para la recuperación de la inversión quedará establecida en el contrato y será de obligatorio cumplimiento para las partes.'*, prohibiendo su variación sin el consentimiento del concesionario. El incumplimiento de esta estipulación, acarreará a la entidad contratante responsabilidad civil, en los términos prescritos en la ley vigente.

- En materia de facultades excepcionales o exorbitantes de terminación, modificación o interpretación unilaterales, el legislador fue especialmente restrictivo, limitando temporalmente el ejercicio de las mismas al período en que *'el concesionario cumple con la obligación de las inversiones de construcción y rehabilitación a las que se comprometió en el contrato'* (art 32), prohibiendo de esta manera el ejercicio de dichas potestades durante el período de la operación de la obra pública, toda vez que es durante el mismo que el concesionario está llamado a recuperar la inversión realizada. De permitirse, de alguna manera se estaría negando el mandato legal que prohíbe la variación unilateral de la fórmula de recuperación de la inversión pactada en el contrato, esto es, sin el consentimiento del concesionario.

- De conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 1 del artículo 30 de la Ley 105/93, destaca el Tribunal la autorización legal que la norma confiere a la Nación, departamentos, distritos y municipios para *'aportar partidas presupuestales para proyectos de infraestructura, en los cuales, de acuerdo con los estudios, los concesionarios no puedan recuperar la inversión',* recursos que el ente público contratante estará habilitado para recuperar '*sólo cuando el concesionario haya recuperado la inversión realizada'*, con los ingresos provenientes de la operación de la obra. Así lo ordena el parágrafo 3 del artículo 30 de la misma ley, que dispone la destinación de los ingresos provenientes de la operación de la obra concesionada *'en su totalidad'* al concesionario privado, con el único fin de que éste obtenga el retorno del capital invertido en ella, en el plazo contractual fijado a este efecto"

Así mismo, en el Laudo proferido el 26 de marzo de 2003 por el Tribunal de Arbitramento de Concesión Sabana de Occidente S.A. vs el Instituto Nacional de Vías -INVIAS- señaló:

"a.- El objeto del contrato de concesión vial o de transporte, atañe a la construcción, rehabilitación y conservación de obras y proyectos de infraestructura vial (art. 30).

"b.- En su formación se somete al estatuto de contratación estatal, salvo en lo previsto en los numerales 4º del artículo 44 y el inciso 2º del artículo 45 de la Ley 80 de 1993;

"c.- Los pliegos de condiciones señalarán los criterios de adjudicación del contrato.

"d.- El ejercicio de las facultades excepcionales o cláusulas exorbitantes de terminación, modificación o interpretación unilaterales previstas en los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 80 de 1993, es procedente única y exclusivamente durante el período de cumplimiento de la obligación de realizar las inversiones de construcción o rehabilitación consagradas en el contrato y no con posterioridad (art. 32).

"e.- En seguridad de las inversiones internas necesarias para la financiación de las obras, sin excluir la responsabilidad del concesionario, se le autoriza para la titularización del proyecto (art. 31).

"f.- La Nación y sus entidades territoriales, además de los recursos del presupuesto nacional, podrán financiar la construcción, rehabilitación, conservación, mantenimiento, operación y desarrollo de las obras de infraestructura de transporte y asegurar la recuperación de la inversión mediante el establecimiento y cobro a los usuarios de peajes, tarifas, tasas y contribución de valoración (arts. 21, 23 y 30), cuyos ingresos se asignarán en su totalidad al concesionario privado hasta la obtención dentro del plazo contractual del 'retorno del capital invertido' pudiéndose aportar partidas presupuestales en aquellos casos en los cuales según los estudios no se pueda recuperar la inversión en el tiempo esperado (Art. 30, parágrafos 1º y 3º y art. 1º Ley 787 de 2002).

"g.- La 'fórmula para la recuperación de la inversión quedará establecida en el contrato y será de obligatorio cumplimiento para las partes', no es susceptible de modificación sin el consenso o anuencia del concesionario so pena de comprometerse la responsabilidad civil de la entidad concedente y, puede acordarse mediante el cobro de peajes o contribuciones de valorización o recursos de los tipos de gravámenes o a través de cualquier otro mecanismo, inclusive con partidas o apropiaciones presupuestales (art. 30).

"h.- En preservación de la integridad de la contraprestación e inversión del concesionario, el artículo 33 de la Ley 105 de 1993, permite la estipulación de garantías de ingreso mínimo con cargo a recursos del presupuesto nacional, disponiendo: 'Artículo 33. Garantías de ingreso. Para obras de infraestructura de transporte, por el sistema de concesión, la entidad concedente podrá establecer garantías de ingresos mínimos utilizando recursos del presupuesto de la entidad respectiva. Igualmente, se podrá establecer que cuando los ingresos sobrepasen un máximo, los ingresos adicionales podrán ser transferidos a la entidad contratante a medida que se causen, ser llevados a reducir el plazo de la concesión, o utilizados para obras adicionales, dentro del mismo sistema vial.'

"i.- La forma de liquidación y los derechos en caso de incumplimiento quedarán establecidas en el contrato de concesión (art. 36)

"j.- Las singulares previsiones de los artículos 30 y 33 de la Ley 105 de 1993, a propósito de la obligatoriedad de la fórmula para recuperación de la inversión, la aportación de partidas presupuestales cuando los estudios pertinentes concluyan la no recuperación de la inversión en el tiempo esperado, la estipulación de garantías de ingreso mínimo con cargo a recursos del presupuesto nacional y la asignación de la totalidad de los recursos al concesionario privado para el retorno del capital invertido, permiten concluir la naturaleza conmutativa de este tipo de contrato de concesión en virtud de la certidumbre de las prestaciones de las partes, su equivalencia, proporcionalidad y el aseguramiento del retorno del capital invertido.

"Cuando la concesión concierne a una obra pública, su construcción, mantenimiento o instalación se ejecuta con propios medios, por cuenta y riesgo del concesionario constituyendo un mecanismo idóneo de financiamiento por la destinación u obtención de recursos físicos, técnicos y económicos y, su pago por el usuario o beneficiario de la misma o por la entidad concedente (artículo 32, numerales 1 y 4, Ley 80 de 1993) quien, salvo estipulación contraria, garantiza el retorno de la inversión y sus rendimientos. En este aspecto, la concesión, ostenta características financieras singulares en virtud de la aportación, destinación y consecución de recursos técnicos y económicos por el concesionario para la organización, operación, explotación, gestión, construcción y funcionamiento de un servicio u obra pública. El concesionario, asume la responsabilidad de ejecutar por su cuenta y riesgo el objeto del contrato, aportar, destinar u obtener los recursos técnicos y financieros necesarios para tal efecto y, la entidad concedente, le confiere el derecho exclusivo para su ejecución obligándose al pago de la contraprestación económica que comprende la remuneración de la actividad, la recuperación de la inversión realizada y sus rendimientos o rentabilidad proyectada, generalmente, con la explotación del servicio u obra y los recursos generados por ésta durante el término o duración proyectados, sin perjuicio, por supuesto, de las estipulaciones contractuales, los mecanismos de pago acordados y los riesgos asumidos. El concesionario, en efecto, tiene derecho a una contraprestación determinada según la duración del contrato, las obras, actividades e inversiones que debe ejecutar, sus prestaciones y la naturaleza de los bienes, consistente ya en una suma periódica, única o porcentual, en una participación sobre la explotación, en derechos, tasas, tarifas, valoración o en cualquier otra modalidad convenida por las partes con sujeción al ordenamiento (art. 32, Ley 80 de 1993). 'Particular relevancia adquiere la previsión de las garantías de ingresos mínimos y las fórmulas de recuperación de la inversión en la actuación del equilibrio económico del contrato, […]'

"k.- En los aspectos específicamente no contemplados en la Ley 105 de 1993, la concesión de obras de infraestructura vial, se rige por el estatuto de contratación estatal, a cuyo tenor, la normatividad aplicable al contrato estatal, será la del derecho civil o comercial, 'salvo en las materias particularmente reguladas' en la Ley 80 de 1993 (…)."

Igualmente, en el Laudo proferido el 18 de marzo de 2014, el Tribunal Arbitral Concesión Santa Marta Paraguachón S.A. vs. la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI, señaló

"En derecho público, la voz concesión denota la gestión, organización, financiación, funcionamiento, prestación o explotación de los servicios públicos, la construcción de obra pública u otorgamiento de un derecho temporal, permiso, licencia, habilitación o autorización para usar y explotar un bien o

recurso público (*ad exemplum*, recursos naturales renovables, playas, puertos, juegos de suerte y azar).[59][154]

"Por el contrato estatal de concesión[60],[155] una parte denominada Concedente, el Estado o entidad de derecho público, confiere a otra llamada Concesionaria, la organización, funcionamiento, prestación, operación, explotación o gestión de servicios públicos, la construcción de una obra pública o la explotación de bienes estatales, por su propia cuenta, riesgo y costo a cambio de una contraprestación, consistente, ya en beneficios, estímulos, ayudas, garantías, subvenciones estatales, ora en el precio del servicio percibido de los usuarios.

"Trátese de contrato con *nomen,* tipicidad y disciplina *legis, intuitus personae*, oneroso, de prestaciones correlativas, usualmente de larga duración y de ejecución sucesiva.[61][156]

"La prestación, operación, explotación, organización o gestión de una obra o bien destinado al servicio público por cuenta y riesgo del concesionario, y la remuneración, contraprestación o retribución (arts. 1501, C.C. y 898 [2], C. de Co.), configuran elementos esenciales del contrato estatal de concesión. La retribución, podrá consistir en suma única o porcentual, fija, variable o periódica, determinada o indeterminada pero determinable, *'en derechos, tarifas, tasas, valorización […] y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden',* no prohibida por la ley y sujeta a la simetría prestacional (art. 32, Ley 80 de 1993)[62],[157] usualmente proveniente de la prestación del servicio público o explotación de los bienes concedidos, y establecida según el objeto del contrato, servicio, obra o bien, complejidad, prestaciones, esquema financiero, inversiones, riesgos, garantías, duración y la equivalencia contractual.[63][158]

(…)

"La concesión de obra pública atañedera a infraestructura vial o transporte, se rige igualmente por la Ley 105 de 30 de diciembre de 1993 y las normas que la modifican. Sobre sus caracteres, el Laudo Arbitral del 24 de agosto de 2001, pronunciando entre las partes y respecto del Contrato 445 de 1994, anotó:
(…)."

En idéntico sentido se lee en el Laudo proferido el 25 de agosto de 2014, por el Tribunal de Arbitraje de Tren de Occidente S.A. Vs. la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI.

Por su parte, en el Laudo proferido el 13 de enero de 2016, el Tribunal de Arbitramento de Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. CABG Vs. la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, se señaló:

"… La figura de la concesión de derecho público es muy antigua y ella se explica en muchos casos por la incapacidad del estado de financiar una obra y la necesidad de asegurar la buena gestión en su

[154] "[59] VM. María Diez, Derecho Administrativo, III, Contratos, Función Pública, Bibliográfica Omeba, Editores Libreros, Buenos Aires, 1967, pp. 267; Enrique Sayagues Laso, Tratado de derecho administrativo, Montevideo, 2a. ed., Montevideo, 1972, pp. 12 y ss."
[155] "[60] Artículo 32, numeral 4º de la ley 82 de 1993, preceptúa: 'Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden'."
[156] "[61] Corte Constitucional, Sentencia C-250 de 1996; Sentencia C-711 de 1996; Sentencia C-126 de 1998; Sentencia C-350 de 1997; Sentencia C-647 de 1997; Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 7 de marzo de 1994; André De Laubadere., "Traité du Droit Administratif". París. 1934. Tit. I-, M. María Diez, Derecho Administrativo, III, Contratos, Función pública, Bibliográfica Omeba, Editores Libreros, Buenos Aires, 1967, pp. 267. Roberto Dromi Derecho Administrativo, Edic. Ciudad Argentina, Buenos Aires Argentina, 1994; Fernando Garrido., Tratado de Derecho Administrativo, T. II, Editorial Tecnos, Madrid, 1992, pp. 358 ss; Enrique Sayagués Laso, Tratado de derecho administrativo, Montevideo, 2a. ed., Montevideo, 1972, pp. 12 ss. G. Vedel, Derecho Administrativo, Biblioteca jurídica Aguilar, Madrid, 1980, p. 708."
[157] "[62] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de octubre 12 de 2000: '(…) 2. La regulación legal del contrato de concesión admite diversas formas de remuneración consistentes en la participación de la explotación del bien, actividad o monopolio, o en una suma periódica, única o porcentual, o en cualquiera otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden, en virtud de la autonomía la voluntad.' ID., Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 26 de agosto de 1998, Rad. 1121 y Concepto 1439 de julio 18 de 2002; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en Sentencia 10929 de octubre 15 de 1999. Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández. Curso de Derecho Administrativo I, 10ª ed., Madrid, Editorial Civitas, 2000, p. 718."
[158] "[63] Artículos 3º, inc. 2; 4º, numerales 3º, 8º y 9º; 5º, 14-1, 23, 25-14, 26, numeral 2º; 27, numeral 1º; 28 y 50 Ley 80 de 1983; Ley 1150 de 2007; 2°, 13, 58, 83 y 90, Constitución Política."

construcción y conservación. Así surgen las concesiones europeas del siglo XVI[219][159]. En derecho colombiano las concesiones son también muy antiguas, es el caso por ejemplo del ferrocarril de Panamá de 1850 y de la concesión para construir y explotar el canal de Panamá de 1878, y también se explican en muchos casos por la incapacidad del estado de financiar obras que pueden adelantar los particulares y por la necesidad de asegurar su conservación.

"Ahora bien, en particular en el derecho público colombiano el contrato de concesión está tipificado en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el cual dispone en su numeral 4º lo siguiente:

> *4º Contrato de Concesión*
>
> *Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicios o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede constituir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.*

"De la definición legal resultan una serie de elementos que determinan la existencia del contrato de concesión:

"En primer lugar, la concesión se define por su objeto que es la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicios o uso público. De esta manera, puede haber concesión de servicios, concesión de obra o concesión de bienes públicos.

"Sin embargo para que haya concesión no es suficiente que el objeto del contrato sea el mencionado.

"En efecto, en segundo lugar, la ley exige que la actividad del concesionario se desarrolle por su cuenta y riesgo. Ahora bien, es pertinente recordar que ello no significa que el contrato de concesión suponga que el concesionario asuma todos los riesgo, pues desde los primeros casos en los que el Consejo de Estado Francés reconoció la existencia de reglas especiales aplicables a los contratos administrativos, aceptó que a los contratos de concesión se les debe aplicar el principio del equilibrio económico del contrato, por lo cual el concesionario si bien debe asumir ciertos riesgos, como más adelante se verá, dicha asunción no es ilimitada.

"En tercer lugar, se establece en la definición legal que el concesionario recibe a cambio de su labor una contraprestación que puede consistir en derechos tarifas, tasas, valorización, o participación en la explotación del bien, o una suma periódica, única o porcentual e incluso la ley permite cualquier contraprestación que se pacte.

"Como se puede apreciar, la Ley 80 es muy amplia en esta materia.

"En este punto es pertinente recordar que de acuerdo con la doctrina clásica el contrato de concesión de obra pública se caracteriza porque la remuneración del concesionario por razón de la obra no es pagada por la administración pública directamente sino por los administrados que la utilizan o se benefician de ella[220][160]. A esta misma idea se refiere el comisario del Gobierno en el célebre fallo de la compañía de Gas de Burdeos del Consejo de Estado Francés del 30 de marzo de 1916 en el cual se dijo que la *'concesión es el contrato por el cual se le encarga a un particular o a una sociedad ejecutar una obra pública o asegurar un servicio público, a su costo, con o sin subvención, o con o sin garantía, y que se remunera confiándole la explotación de la obra pública o la ejecución del servicio público, con el derecho de recibir los pagos de los usuarios de la obra o aquellos que se benefician del servicios público'*. En este sentido, tradicionalmente el Consejo de Estado Francés había señalado que un elemento esencial de la concesión consiste en que la remuneración del concesionario provenga de los pagos realizados por los usuarios[221][161]. Sin embargo, la doctrina más reciente se plantea si puede haber concesión aún en aquellos casos en que los ingresos no provienen de los usuarios, pues dicha Corporación ha reconocido la existencia de concesiones por ministerio de la

[159] "[219] Xavier Banzancon. Essai sur les contrats de travaux et des services publics. Ed. LDGJ. Paris, 1999, p. 6"
[160] "[220] En tal sentido Héctor José Escola. Tratado Integral de los Contratos Administrativos. Ed Depalma. Buenos aires 1979. Tomo II, p. 302. En el mismo sentido Marienhoff. Tratado de Derecho Administrativo Buenos Aires. 1970 Tomo III-B, p. 528"
[161] "[221] Concepto del 14 de octubre de 1980 citado por Xavier Benzancon. Essai sur les contrats de travaux et des services publics. Ed LDGJ. Paris 1999, p. 555"

ley en las cuales los ingresos del concesionario no tienen este origen. En este sentido se ha señalado que el hecho de que los ingresos del concesionario provengan de los usuarios no es un elemento esencial, sino que lo que importa es que el concesionario obtenga su remuneración de la explotación del servicio[222][162].

"En este sentido en el derecho europeo contemporáneo se ha precisado que la concesión de obra se distingue del contrato de obra por la forma de remuneración, por cuanto según la directiva de la Comunidad Económica Europea 2004/18, en la concesión la contrapartida de los trabajos consiste en el derecho de explotar la obra, o en dicho derecho y un precio.[223][163] A tal efecto dispone la Directiva europea que la concesión es *'un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la ejecución de obras a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar las obras objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago'.*

"De esta manera, dice la doctrina, la concesión puede ser distinguida del contrato de obra por los riesgos[225][164] pues en *principio 'se trasladan al concesionario privado los riesgos de construcción, explotación y financiación de la obra pública"[225][165]*. Así resulta de la Comunicación interpretativa de la Comisión Europea sobre las Concesiones en el derecho comunitario en la cual se señala entre otras cosas[226][166] *'Por otra parte, el concesionario no sólo asume los riesgos vinculados a cualquier construcción, sino que deberá también soportar los riesgos vinculados a la gestión y frecuentación del equipamiento'*. Igualmente se indica allí *'Aunque, en la mayor parte de los casos, el origen de las rentas – cobradas directamente al usuario de la obra – sea un elemento significativo, lo determinante es la presencia de riesgo de explotación, vinculado a la inversión realizada o a los capitales invertidos, en especial cuando la entidad concedente haya pagado un precio'. 'Las contingencias fruto del entramado financiero de la operación, que podríamos clasificar como <<riesgo económico>>, son inherentes al fenómeno de las concesiones'.*

'En conclusión, al derecho de explotación va unida la trasferencia al concesionario de los riesgos resultantes de esa misma explotación; el reparto de los riesgos entre concedente y concesionario se efectúan en cada caso en función de las respectivas aptitudes para gestionar de manera más eficaz los riegos en cuestión'.

"En esta concepción se inspira en Colombia la Ley 105 de 1993 que establece en su artículo 30 respecto de las obras de infraestructura que en los contratos de concesión para recuperar la inversión se podrá establecer *'peajes y/o valorización'* e igualmente contempla la posibilidad de '*aportar partidas presupuestales para proyectos de infraestructura en los cuales de acuerdo con los estudios, los concesionarios no puedan recuperar su inversión en el tiempo esperado'*. Así mismo contempla la ley en su artículo 33 que, para obras de infraestructura de transporte, por el sistema de concesión, la entidad concedente podrá establecer garantías de ingresos mínimos utilizando recursos del presupuesto de la entidad respectiva. En todo caso la ley establece que los ingresos que produzca la obra dada en concesión, serán asignados en su totalidad al concesionario privado, hasta tanto éste obtenga dentro del plazo estipulado en el contrato de concesión, el retorno al capital invertido. No sobra destacar que de acuerdo con el artículo 3 de la Ley 1508 de 2012 sobre asociaciones público privadas, entre las cuales de acuerdo con la propia ley está la concesión, la retribución de la actividad que se deba desarrollar en virtud del contrato se realizará con el derecho a la explotación económica de la infraestructura o servicio.

"En todo caso, como ya se ha visto desde su origen más remoto la concesión implica la asunción por el concesionario del riesgo de construcción, explotación y financiación. Es claro que los riesgos que se asumen son los riesgos normales, pues frente a riesgos extraordinarios opera el principio del equilibro económico del contrato. Para que opere este principio será necesario que claramente se establezca que la ruptura del equilibrio no es originada de una manera u otra por la conducta del propio contratante."

Similares consideraciones a todas las anteriores hicieron el Laudo proferido el 11 de mayo de 2016 por el Tribunal de Arbitramento de la sociedad **AUTOPISTAS DE LA SABANA S.A.S.** vs. la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI-;** el Laudo proferido el 6 de octubre de 2016 por el Tribunal de Arbitramento de las Sociedades **ÍNTEGRA DE COLOMBIA S.A.S., CASTRO TCHERASSI S.A., CIVILIA S.A., OFINSA INVERSIONES S.A.S., EQUIPO UNIVERSAL S.A., G4S SECURE SOLUTIONS COLOMBIA S.A. -G4S- y MINCIVIL S.A.**, vs la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI;** el Laudo

[162] "[222] Es la posición del comisario del gobierno en el fallo del 16 de abril de 1986 del Consejo de Estado Francés (Ibídem)
[163] "[223] Laurent Richer. Droit des Contrats Administratis. 8ª Ed LGDJ. Paris 2012, p. 563"
[164] "[224] Richer ob cit, p. 564"
[165] "[225] Alberto Ruiz Ojeda. La Concesión de Obra Pública. Ed Thomson - Civitas. Navarra, p. 264"
[166] "[226] Citada por Ruiz, p. 274 y disponible en http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRIMONIO/Junta%20Consultiva/Comunicaciones%20de%20la%20Comisi%C3%B3n%20Europea/Concesiones%20Comunicacion%20CE.pdf

proferido el 9 de agosto de 2018 por el Tribunal de Arbitramento de la Sociedad **CONCESIÓN RUNT S.A. vs LA NACIÓN – MINISTERIO DE TRANSPORTE;** el Laudo proferido el 26 de septiembre de 2018 por el Tribunal de Arbitramento de la **Sociedad OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE S.A. -AIRPLAN S.A**.- vs la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI- y el ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA -AOH- de Medellín**; el Laudo proferido el 29 de marzo de 2019 por el Tribunal de Arbitramento de las sociedades **ÍNTEGRA DE COLOMBIA S.A.S., CASTRO TCHERASSI S.A., CIVILIA S.A., OFINSA INVERSIONES S.A.S., EQUIPO UNIVERSAL S.A., G4S SECURE SOLUTIONS COLOMBIA S.A. -G4S- y MINCIVIL S.A.**, vs la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI;** y, el Laudo proferido el 11 de abril de 2019 por el Tribunal de Arbitramento de **CSS CONSTRUCTORES S.A.** vs. La **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI.**

Así entonces, de conformidad con todo lo anteriormente expuesto, el Contrato No. 001 de 2010 celebrado entre el Instituto Nacional de Concesiones – INCO/hoy Agencia Nacional de Infraestructura - ANI y la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., es un Contrato de Concesión de Infraestructura Vial, que se rige íntegramente por el marco normativo y de política pública existente al momento de su celebración – esto es, las Leyes 80 y 105 de 1993- así como por las normas que las modifican, complementan o sustituyen y que corresponde a los Proyectos Viales de Tercera y Media Generación, cuyas características principales no mutaron con la suscripción hasta su terminación de los documentos contractuales adicionales, otrosíes, adiciones, modificaciones y acuerdos.

C. SOBRE LA OCURRENCIA DE LOS HECHOS GENERALES QUE RODEARON LA ADJUDICACIÓN, CELEBRACIÓN, MODIFICACIÓN Y EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 001 DE 2010

1. Las actuaciones de o ante las autoridades de derecho público

Conforme a la revisión de todos y cada uno de los medios de prueba decretados, practicados e incorporados en legal forma durante la actuación procesal, el Tribunal destaca la ocurrencia de los siguientes hechos de los cuales fueron partícipes o actores autoridades de derecho público del orden nacional:

a. La Declaratoria del Proyecto Vial "Autopista Ruta del Sol" como estratégico para el país

Como atrás se señaló, previa recomendación del Ministerio de Transporte, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Nacional de Planeación, el Consejo Nacional de Política Económica y Social CONPES, mediante el Documento 3571 de marzo 9 de 2009, declaró como estratégico para el país el Proyecto Vial "Autopista Ruta del Sol" en los términos propuestos en dicho Documento, según lo establecido en la Ley 819 de 2003; encargó al INCO adelantar las gestiones necesarias para la entrega de los sectores a los nuevos adjudicatarios del proyecto, mediante la cesión eficiente y oportuna de los tramos que se encontraban concesionados en el corredor, administrados a través del INCO, y de aquellos administrados por el INVIAS para el caso de los tramos del corredor que se encontraban en contratos de obra pública en ejecución; encargó al Ministerio de Transporte y al INCO adelantar las acciones necesarias para ejecutar las inversiones propuestas en el citado Documento y para la gestión de los trámites de aprobación de las Vigencias Futuras requeridas para la total financiación y ejecución de las obras, en concordancia con los montos y programas de inversiones propuestos en ese documento; encargó al Ministerio de Transporte y al INCO adelantar las acciones necesarias para la gestión de los trámites ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para la aprobación del esquema de riesgos y contingencias asociados a este Proyecto en desarrollo de lo dispuesto por las Leyes 448 de 1998 y 185 de 1995, y el Decreto reglamentario 423 de 2001; y, encargó al Viceministerio de Transporte adelantar las

actividades de coordinación interinstitucional para el desarrollo y culminación exitosa del proceso licitatorio del Proyecto.

Para esta fecha ocupaba el cargo de Viceministro de Transporte, Código 0020, GABRIEL IGNACIO GARCIA MORALES, quien había sido nombrado por el Gobierno Nacional para esa alta posición con el Decreto No. 1427 del 27 de abril de 2007, funcionario que periódicamente era encargado de las funciones del Despacho del Director General del INVIAS o como Gerente del INCO.

Así mismo, en la sesión del 9 de marzo de 2009, el Consejo Nacional de Política Fiscal – CONFIS, dio su aval fiscal al Proyecto Ruta del Sol y en la sesión del 26 de marzo del mismo año, autorizó el cupo para la asunción de obligaciones de vigencias futuras excepcionales del presupuesto de gastos de inversión del INCO para la ejecución del citado Proyecto.

Por su parte, en su sesión del 9 de marzo de 2009, el Consejo Directivo del Instituto Nacional de Concesiones aprobó la estructuración técnica, legal y financiera del Proyecto de Concesión Ruta del Sol.

b. La apertura de la Licitación Pública SEA – LP- 001-2009

En virtud del encargo conferido por el Consejo Nacional de Política Económica y Social – CONPES, contenido en el Documento 3571 del 9 de marzo de 2009, a partir de esa fecha, el Viceministerio de Transporte adelantó todas las actividades de coordinación interinstitucional para el desarrollo y culminación exitosa del proceso licitatorio del Proyecto Ruta del Sol, lo que implica que esa dependencia tenía el absoluto e integral conocimiento e información del citado Proyecto, que incluía todos los documentos resultantes de la estructuración técnica, legal y financiera del mismo y, por lo mismo, de las condiciones técnicas, económicas y jurídicas establecidas en los pliegos de condiciones definitivos, anexos y demás documentos que integrarían el proceso de selección de los concesionarios para los sectores 1, 2 y 3.

Así, entonces, bajo la coordinación institucional del Viceministerio de Transporte, a cargo de GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES y sin perjuicio del ejercicio de control de tutela a cargo del Ministerio de Transporte sobre sus entidades adscritas o vinculadas, mediante la Resolución No. 186 del 27 de marzo de 2009, el Instituto Nacional de Concesiones INCO ordenó la apertura de la Licitación Pública SEA – LP- 001-2009, la cual tuvo por objeto "Seleccionar las Propuestas más favorables para la adjudicación de tres (3) Contratos de Concesión, cuyo objeto será el otorgamiento a cada uno de los Concesionarios de una Concesión para que realicen, por su cuenta y riesgo, las obras necesarias para la construcción, rehabilitación, ampliación y mejoramiento, según corresponda, 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 uno o más de los siguientes Sectores en los que se divide el Proyecto Sectores: Sector 1: Tobiagrande/Villeta – El Korán, Sector 2: Puerto Salgar – San Roque y Sector 3: San Roque – Ye de Ciénaga y Carmen de Bolívar – Valledupar."

Las condiciones técnicas, económicas y jurídicas para participar serían las establecidas en los pliegos de condiciones definitivos, anexos y demás documentos que integraban el proceso de selección, los cuales podían ser consultados en el SECOP o la página que hiciera sus veces, a partir de la fecha de apertura de conformidad con las Ley 80 de 1993 y 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios por lo que con dicha Resolución se ordenó la publicación de los pliegos y condiciones definitivos a partir de la fecha de apertura de la licitación.

c. El Viceministro de Transporte, coordinador interinstitucional del proyecto, es encargado de la Gerencia General del INCO

En el mes de abril de 2007, GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES fue nombrado mediante el Decreto 1427 de 2007 y asumió el cargo Viceministro de Transporte. A partir del 9 de marzo de 2009, como titular del cargo, adelantó las actividades de coordinación interinstitucional para el desarrollo y culminación exitosa del Proceso Licitatorio del Proyecto Ruta del Sol en los términos encomendados por el Consejo Nacional de Política Económica y Social CONPES, mediante el Documento 3571 de marzo 9 de 2009.

Periódicamente, García Morales era encargado de las funciones de Gerente del INCO. Así, por ejemplo, mediante la Resolución No. 4545 del 18 de septiembre de 2009, el Ministro de Transporte encargó a GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES, entonces Viceministro de Transporte, de las funciones de Gerente General del INCO -mientras duraba la ausencia del titular Álvaro José Soto García por comisión de servicios en el exterior en Seúl – Corea-, sin perjuicio de las funciones de Viceministro. García Morales tomó posesión del cargo el 21 de septiembre de 2009.

Dos días después, mediante el Decreto 3666 del 23 de septiembre de 2009, suscrito por el Ministro del Interior y de Justicia, delegatario de funciones presidenciales, Fabio Valencia Cossio y el Ministro de Transporte Andrés Uriel Gallego Henao, se aceptó la renuncia presentada por Álvaro José Soto García como Gerente General del INCO y se encargó a Gabriel Ignacio García Morales, Viceministro de Transporte, de las funciones del Despacho del Gerente General del Instituto Nacional de Concesiones INCO, sin perjuicio de sus funciones como Viceministro de Transporte, entre ellas, las de coordinación interinstitucional para el desarrollo y culminación exitosa del proceso licitatorio del Proyecto Ruta del Sol en los términos encomendados por el Consejo Nacional de Política Económica y Social CONPES, mediante el Documento 3571 de marzo 9 de 2009.

De esta manera GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES continuaba ejerciendo como Viceministro de Transporte las funciones de Coordinador Interinstitucional para el desarrollo y culminación exitosa del proceso licitatorio del Proyecto Ruta del Sol y a partir del 23 de septiembre de 2009, además, las funciones de ejecutor del mismo como Gerente General Encargado del Instituto Nacional de Concesiones.

Además, como se observará más adelante, el Viceministro de Transporte y Gerente Encargado del INCO participó directamente en el Comité Asesor que se reunía periódicamente en su despacho con los Comités Evaluadores de las Propuestas presentadas por los partícipes de la Licitación y, sin que mediara acto administrativo mediante el cual asumiera las funciones que por virtud de la Resolución 065 de 2005 habían sido delegadas en el Subgerente de Estructuración y Adjudicación, resolvió ejercer conjuntamente con tal funcionario las atribuciones que le permitieron adjudicar directamente la Licitación Pública SEA–LP-001-2009 al Proponente No. 3 ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.AS., representado legalmente por LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, e integrado por las sociedades CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A., ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRA-ESTRUCTURA LTDA., ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A. – EPISOL S.A. y CSS CONSTRUCTORES S.A., mediante la Resolución 641 del 15 de diciembre de 2019 y, ulteriormente, celebrar en nombre del INCO, junto con el Subgerente de Estructuración y Adjudicación, el Contrato de Concesión No. 001 del 14 de enero de 2010, para cuya firma concurrió la CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. por conducto de sus representantes legales.

d. La Oferta Económica presentada por la "Estructura Plural Promesa de Sociedad Futura Concesionaria Ruta del Sol S.A.S." conformada por CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A., ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRAESTRUCTURA LTDA., ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A. – EPISOL S.A. y CSS CONSTRUCTORES S.A.

El 27 de octubre de 2009, la "ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.AS." conformada por CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A., ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRA-ESTRUCTURA LTDA.,

ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A. – EPISOL S.A. y CSS CONSTRUCTORES S.A., presentó Oferta Económica Unitaria para el Sector 2 del Proyecto Vial Ruta del Sol en los siguientes términos:

SECTOR 2

VPIT $	2.094.286.000.000.00
Valor en letras	Dos billones noventa y cuatro mil doscientos ochenta y seis millones 00/100
Porcentaje en Dólares	20% (veinte por ciento)

El perfil de los Aportes INCO ofrecido es el siguiente:

2011	2012	2013	2014	2015
149.761	373.767	210.894	569.310	660.550

*Cifras en millones de Pesos constantes del 31 de diciembre de 2008

2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023	2024	2025
157.269	172.996	155.697	155.697	155.697	155.697	155.697	155.697	155.697	155.697

*Cifras en millones de Pesos constantes del 31 de diciembre de 2008

En caso que el VPIT ofertado sea inferior al valor presente neto de los Aportes del INCO ofrecidos calculado con la TDI, el valor que se tomará como Oferta Económica es el valor presente neto de los Aportes INCO ofrecidos calculado con la TDI.

d. La evaluación de las ofertas

Presentadas las Ofertas por los Partícipes en la Licitación Pública, fueron evaluadas por el Comité de Evaluación designado mediante Acta del 29 de octubre de 2009, modificada mediante Acta del 6 de noviembre de 2009.

El Comité de Evaluación estuvo integrado por:

Directora: CLAUDIA FERNANDA QUINTERO ALBARRACÍN, Coordinadora Grupo de Defensa Judicial y Conceptos.

Evaluación Jurídica: LUZ ELENA CALA ARENAS, MARTHA LUCÍA MAHECHA RODRIGUEZ, MÓNICA MARIA ARANGUREN IZQUIERDO, CARLOS ANDRES CASTRO PARDO, YEINNE TORCOROMA BARBOSA ANGARITA y ANA MARY BARRERA DE IZQUIERDO.

Evaluación Garantías: HARBEY JOSÉ CARRASCAL QUINTERO.

Evaluación Técnica: RAFAEL FRANCISCO GÓMEZ JIMÉNEZ, FRANCISCO ORDUZ BARÓN, LUIS FRANCISCO LÓPEZ CORTÉS, GUSTAVO ANDRÉS MARTÍNEZ TELLO, GUILLERMO ALFONSO BELTRÁN y CLAUDIA LILIANA RAMÍREZ.

Evaluación Financiera: MIGUEL ANGEL ACOSTA OSIO, CAMILO ANDRÉS JARAMILLO BERROCAL y MARIA TERESA GALLEGO PALACIO.

A su vez, se constituyó un Comité Asesor que estuvo integrado por ALESSIA ABELLO (Asesora Jurídica – Corporación Financiera Internacional), RICARDO IGNACIO HOYOS DUQUE (Asesor Jurídico Externo - INCO), GUSTAVO ALBERTO CUBEROS GÓMEZ (Asesor Jurídico Externo – INCO), RICHARD CAVELLO (Gerente de Asesoría en Infraestructura en América Latina y el Caribe – IFC) FAICE GUTIERREZ DE PIÑERES (Analista de Inversiones – Corporación Financiera Internacional) MANUEL FERNANDO MAIGUASHCA OLANO

(Asesor Financiero Externo – INCO) y DIETER CASTRILLÓN (Asesor Técnico Externo - INCO).

El Comité Asesor se reunía conjuntamente, en jun solo cuerpo, con los integrantes del Comité de Evaluación, los cuales exponían los casos ante aquel para obtener su recomendación, en la Sala de Juntas del Viceministerio de Transporte, siempre con la presencia del Viceministro de Transporte y Gerente General Encargado del INCO, GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES,[167] del Subgerente de Estructuración y Adjudicación, DAVID VILLALBA ESCOBAR y de la Directora del Comité de Evaluación CLAUDIA FERNANDA QUINTERO ALBARRACÍN Coordinadora del Grupo de Defensa Judicial, Doctrina y Conceptos, quien instalaba las reuniones, salvo la reunión registrada en el Acta No. 5, que fue presidida por el Viceministro de Transporte GARCIA MORALES.

e. La adjudicación de la licitación

El día 14 de diciembre de 2009, en el Auditorio Modesto Garcés del Ministerio de Transporte se realizó la Audiencia de Adjudicación y Apertura del Sobre No. 2 de las propuestas calificadas "Admisible" en desarrollo del proceso de la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009.

Presidió la audiencia el Viceministro de Transporte GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES quien al mismo tiempo fungió como Gerente General (E) del INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES INCO y asistieron a ella el Ministro de Transporte ANDRÉS URIEL GALLEGO HENAO, el Subgerente de Estructuración DAVID EDUARDO VILLALBA ESCOBAR, la Coordinadora del Grupo de Defensa Judicial, Doctrina y Conceptos CLAUDIA FERNANDA QUINTERO ALBARRACIN y los funcionarios responsables del proceso de evaluación por parte del INCO. También concurrieron los delegados de la Procuraduría General de la Nación HÉCTOR SILVA, PAULA ANDREA GUARÍN y FANY GONZALEZ y de la Contraloría General de la República, CESAR TORRENTE.

Una vez leído el Informe de Evaluación Definitiva, mediante la Resolución No. 641 del 15 de diciembre de 2009, suscrita por el Gerente General (E), GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES y el Subgerente de Estructuración DAVID EDUARDO VILLALBA ESCOBAR, se adjudicó el Sector 2 de la Licitación Pública SEA-LP-001-2009 al Proponente No. 3 ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.AS., representado legalmente por LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, e integrado por las siguientes sociedades: CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A., ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRA-ESTRUCTURA LTDA., ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A. – EPISOL S.A. y CSS CONSTRUCTORES S.A.

De acuerdo con el Documento de Promesa de Sociedad Futura constituido por el proponente ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.AS., el mismo se comprometió a constituir la sociedad en el término de ocho (8) días hábiles posteriores a la fecha de la expedición de esta Resolución y antes de la fecha de la suscripción del Contrato de Concesión. En tal virtud, mediante Escritura Pública No. 2103 del 22 de diciembre de 2009, otorgada en la Notaría 22 del Círculo de Bogotá, se constituyó la Sociedad CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.

f. El Contrato de Concesión No. 001 de 2010

El INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES INCO y la Sociedad CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S., celebraron el Contrato de Concesión No. 001 de 2010 el 14 de enero de 2010, cuyo objeto se describió así en la Sección 1.02:

[167] Cfr. Actas No. 1 a 6 del Comité Asesor.

"El objeto del presente Contrato es el otorgamiento de una concesión para que de conformidad con lo previsto en el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el Concesionario, 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.

(a) La Contraprestación del Concesionario consistirá en (i) los Aportes del INCO al Patrimonio Autónomo en los términos señalados en la Sección 13.03 del Contrato, y (ii) los ingresos provenientes del recaudo del Peaje, en los términos señalados en la Sección 13.05 del presente Contrato.

(b) La concesión incluye la ejecución completa y en los plazos previstos de (i) las obligaciones señaladas en la Sección 2.02 que deberán ejecutarse durante la Fase de Preconstrucción; (ii) las Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento, cumpliendo plenamente con lo previsto en las Especificaciones Técnicas y los demás documentos que hacen parte de este Contrato de Concesión, (iii) las Obras de Mantenimiento, cumpliendo plenamente con lo previsto en las Especificaciones Técnicas y los demás documentos que hacen parte de este Contrato de Concesión; (iv) las obligaciones de Operación conforme a las Especificaciones Técnicas y los demás documentos que hacen parte de este Contrato de Concesión; y (v) las demás obligaciones previstas en el presente Contrato, incluyendo pero sin limitarse a las Obligaciones Ambientales y de Gestión Social, así como la gestión y adquisición predial. Todas las obligaciones mencionadas en el presente Contrato son obligaciones de resultado a cargo del Concesionario.

(c) Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley aplicable, el Concesionario podrá usar para fines comerciales o publicitarios los activos concesionados así como los bienes inmuebles (incluyendo los inmuebles por adhesión o accesión) o muebles que formen parte del Sector que hayan sido construidos por el Concesionario o que hayan sido entregados por el INCO en concesión, en desarrollo del presente Contrato, en los términos y condiciones expresamente previstos en el presente Contrato, en particular en el Apéndice Técnico y en la Ley Aplicable.

(d) El alcance físico del Sector aparece indicado en el Apéndice Técnico."

El plazo total estimado del contrato fue de 20 años contados a partir de la Fecha de Inicio. Sin embargo, el plazo efectivo sería el que transcurriera entre la Fecha de Inicio y la fecha de suscripción del Acta de Recibo Final. En definitiva, el plazo efectivo podía ser superior o inferior al plazo total estimado, según si (i) el Concesionario alcanzaba el VPIT o (ii) si las obligaciones previstas para cada etapa llegaban a cumplirse después de lo previsto en el Contrato. El plazo real también podía ser superior en caso de suspensiones o adiciones de mutuo acuerdo. En todo caso, el contrato previó que si vencido el plazo total estimado el contratista no había obtenido el VPIT por causas a él no imputables, el plazo máximo se extendería en el menor tiempo adicional entre i) cinco años y ii) el tiempo en que el Concesionario recibiera el VPIT[168].

El valor inicial del Contrato fue de dos billones noventa y cuatro mil doscientos ochenta y seis millones de pesos ($2.094.286.000.000) constantes del 31 de diciembre de 2008[169]. Este valor corresponde al VPIT[170] solicitado por la Concesionaria en su propuesta, esto es, el valor de los Aportes del INCO y los recaudos por peajes solicitados por la Concesionaria, como contraprestación por la realización de las obras públicas objeto del Contrato de Concesión. En

[168] Ver Capítulo I, Parte General, Sección 1.04 del Contrato de Concesión No. 001 de 2010. Las generalidades de cada una de las etapas en las que se dividió la ejecución del Contrato estaban señaladas en la Sección 2.01 del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

[169] Ver Capítulo I, Parte General, Sección 1.04 del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

[170] De acuerdo con el Capítulo I –Parte General-, Sección 1.01 del Contrato de Concesión el término VPIT tenía el siguiente significado: *"VPIT". Es el valor presente calculado al 31 de diciembre de 2008 de los ingresos correspondientes a los Aportes INCO y a los recaudos de Peajes solicitado por el Concesionario en su Propuesta en Pesos constantes del 31 de diciembre de 2008 y que una vez alcanzado implicará la terminación del presente Contrato y por consiguiente la suscripción del Acta de Recibo Final, salvo que se venza el plazo máximo previsto en la Sección 1.04(d), caso en el cual se aplicará lo previsto en la Sección 1.04(e)".*

efecto, el literal "a" de la Sección 1.02 – Objeto del Contrato establecía: *"la contraprestación del Concesionario consistirá en (i) los Aportes del INCO* (ahora la ANI) *al Patrimonio Autónomo en los términos señalados en la Sección 13.03 del Contrato, y (ii) los ingresos provenientes del recaudo del Peaje, en los términos señalados en la Sección 13.05 del presente Contrato".*

De conformidad con la Sección 13.01, el valor del Contrato de Concesión a la fecha de su adjudicación incluía los costos y gastos directos e indirectos de los suministros y de los trabajos necesarios para cumplir con el objeto del Contrato, los estudios, diseños (incluyendo pero sin limitarse a los Estudios de Trazado y Diseños Geométricos y los Estudios de Detalle) y ensayos que se considerara necesario realizar, los costos de financiación, el retorno de capital, la adquisición de los Predios, la gestión social y predial del Apéndice Predial Social, las utilidades de la Concesionaria y los impuestos, tasas y contribuciones que resultaran aplicables.

Asimismo, esa misma Sección del Contrato establecía que el valor antes indicado incluía todas las labores complementarias para el cumplimiento del objeto contractual, con independencia de que estuvieran o no en el texto del Contrato o en los documentos que lo integraban como obligaciones a cargo de la Concesionaria. *También, establecía que el valor del Contrato incluía la asunción de los riesgos de construcción, geotécnicos, ambientales, de operación, administrativos, financieros, cambiarios, tributarios, regulatorios, de tráfico, políticos y todos los demás que se desprendieran de las obligaciones de la Concesionaria o que surgieran de las estipulaciones o de la naturaleza del Contrato.*

Para efectuar las contribuciones que la ANI tenía a su cargo, dicha entidad pública contó con autorización para comprometer vigencias futuras para los años 2011 a 2025, según se analizará más adelante.

Según la Sección 1.03 del Contrato, éste se entendió perfeccionado con la firma de las partes y el registro presupuestal que garantizaba la reserva de la disponibilidad presupuestal necesaria para permitir los aportes de la ANI al Patrimonio Autónomo que se creó para la ejecución del Contrato. Para estos efectos, se entregaría a la Concesionaria: i) certificado de disponibilidad presupuestal, ii) autorización del CONFIS para comprometer vigencias futuras y iii) copia del documento CONPES 3571 del 9 de marzo de 2009, mediante el cual se declaró el Proyecto Ruta del Sol como un proyecto prioritario.
Para dar inicio a la ejecución del Contrato era necesario suscribir el Acta de Inicio para lo cual se requería, entre otras cosas, de i) la presentación y aprobación de la Garantía Única de Cumplimiento del Contrato y de los demás mecanismos de cobertura, ii) la publicación del Contrato en el SECOP por parte de la ANI, y iii) la suscripción por parte de la ANI del contrato de interventoría[171]. También debían cumplirse otras formalidades, incluido el pago a la IFC[172] de los valores señalados en la Sección 19.23(a) del Contrato, por concepto de su comisión de éxito por la estructuración del Contrato. El Acta de Inicio se suscribió el 31 de marzo de 2010 ente la ANI, la Concesionaria y el Interventor, esto es, el Consorcio Proyección Vial Puerto Salgar.

Ahora bien, la ejecución del Contrato estuvo dividida en dos (2) etapas[173]. La primera, denominada "Etapa Preoperativa"[174] estaba compuesta por la Fase de Preconstrucción y la Fase de Construcción. Según el Contrato, dicha Etapa tendría una duración de seis (6) años, al cabo de los cuales se debía suscribir el Acta de Terminación de la Fase de Construcción.

La segunda, por su parte, era la "Etapa de Operación y Mantenimiento"[175] que iniciaba el día hábil siguiente a la fecha de suscripción del Acta de Terminación de la Fase de Construcción y terminaba cuando la Concesionaria hubiese obtenido el VPIT o se venciera el término máximo de duración del contrato, esto es, catorce (14) años.

171 Ver Capítulo I, Parte General, Sección 1.03 del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.
172 International Finance Corporation, quien hizo la estructuración del proyecto.
173 Ver Capítulo I, Parte General, Sección 1.05 del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.
174 Ver Capítulo I, Parte General, Sección 1.01. literal (ii) del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.
175 Ver Capítulo I, Parte General, Sección 1.01. literal (hh) del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

De acuerdo con el Contrato, en esta etapa la Concesionaria se encargaría de la realización de las actividades correspondientes a la Operación y a las Obras de Mantenimiento sobre el Sector. Una vez terminada la Etapa de Operación y Mantenimiento se iniciaría la liquidación del Contrato.

Las obligaciones de las partes durante las dos etapas señaladas en el punto anterior, estaban previstas en el "*Capítulo 11 – Generalidades sobre cada una de las etapas en que se divide la ejecución del contrato"* del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

Al momento de la celebración del Contrato, el Sector 2 del Proyecto correspondía únicamente al trayecto en doble calzada que unía al municipio de Puerto Salgar, Departamento de Cundinamarca con el municipio de San Roque, Departamento del Cesar, en una longitud establecida nominalmente en el Contrato de 528 kilómetros, aproximadamente.

No obstante, el Contrato fue objeto de varias modificaciones a través de las cuales se amplió el objeto del mismo y, consecuentemente, también su valor. En efecto, el Contrato de Concesión fue modificado por medio de diez (10) otrosíes, de los cuales el Tribunal se permite resaltar los siguientes aspectos por considerarlos más relevantes, tal y como se ilustra en el siguiente cuadro. Es de advertir que por su importancia en la discusión objeto de estudio, el Tribunal se permitirá hacer precisiones sobre las modificaciones sufridas por el contrato más adelante, particularmente en relación con los Otrosíes No. 3 del 15 de julio de 2013, junto con su acta modificatoria del 13 de marzo de 2014; y No. 6 del 14 de marzo de 2014.

Ahora bien, tal como ya se advirtió, el Tribunal considera pertinente referirse, de manera separada, a los Otrosíes No. 3 del 15 de julio de 2013 y No. 6 del 14 de marzo de 2014, en la medida en que esos acuerdos están ligados entre sí y modificaron sustancialmente el objeto y el valor del Contrato de Concesión.

El Otrosí No. 3 del del 15 de julio de 2013, entre otros aspectos, adicionó el Contrato de Concesión para que la Concesionaria elaborara i) los Estudios y Diseños Fase III para el Tramo Aguaclara-Gamarra-Puerto Capulco (incluyendo perimetral de Aguachica) y demás puertos ribereños localizados en una longitud de 5.8 kilómetros hacia el norte y 8.9 kilómetros hacia el sur del casco urbano del municipio de Gamarra; ii) las variantes de San Andrés, Río de Oro-Ocaña-Fase II y; iii) los Diseños Fase II para el tramo Aguaclara y Río de Oro. Adicionalmente, mediante este Otrosí No. 3 también se creó la Subcuenta de Obras, Estudios y Diseños dentro de la cuenta Aportes INCO del Patrimonio Autónomo.

El valor de las adiciones mencionadas al objeto del Contrato de Concesión tuvo un valor de tres mil ciento setenta y siete millones quinientos noventa y dos mil quinientos cincuenta y un mil pesos ($3.177.592.551) en pesos de mayo de 2013. Estos recursos serían asumidos por la Concesionaria y reconocidos por la ANI, así: el 90% del valor del Otrosí No. 3, al momento de la suscripción del acta de modificación del Otrosí No. 3, mediante solicitud a la Fiduciaria Corficolombiana de dar traslado, desde la *"Subcuenta Estudios y Obras*" a la Cuenta de "Aportes Concesionario". El 10% restante del valor del Otrosí sería trasladado una vez la Interventoría emitiera la certificación de aprobación de los estudios y diseños objeto del Otrosí No. 3.

El Otrosí No. 6, por su parte, adicionó el Contrato de Concesión para que la Concesionaria, por su cuenta y riesgo, elaborara los diseños, financiera, obtuviera las Licencias Ambientales y demás permisos, adquiriera los predios, rehabilitara, construyera, operara y mantuviera el Tramo denominado "Transversal Río de Oro – Aguaclara – Gamarra". Además, se aumentó el plazo total fijo del Contrato a veinticinco (25) años contados a partir de su inicio, es decir, hasta el año 2035. También se establecieron las fórmulas financieras a través de las cuales se calcularía el VPIP al que tendría derecho la Concesionaria.

En virtud del Otrosí No. 6, se adicionó al VPIT acordado por las partes en el Contrato de Concesión la suma de seiscientos setenta y seis mil ochocientos seis millones novecientos cincuenta y cuatro mil noventa y ocho pesos ($676.806.954.098), en pesos de diciembre de 2008. En consecuencia, el nuevo valor del VPIT del contrato fue de dos billones setecientos setenta y un mil

noventa y dos millones novecientos cincuenta y cuatro mil noventa y ocho pesos ($2.771.092.954.0989), en pesos de diciembre de 2008.

Un análisis más profundo del Otrosí No. 6 podrá advertirse en el punto 2 de este Capítulo.

Finalmente, el Capítulo XV señalaba que el Contrato de Concesión podía finalizar en los siguientes eventos: i.) al momento de la terminación de la Etapa de Operación y Mantenimiento, esto es, cuando la Concesionaria hubiese recibido el VPIT acordado; ii.) cuando se cumpliera el plazo máximo del Contrato; o iii.) en virtud de la declaratoria de caducidad del Contrato, por causas imputables al INCO, por eventos eximentes de responsabilidad o por la terminación unilateral del Contrato, en caso de que el INCO lo considerara pertinente.

Particularmente, es importante señalar que la Sección 1.04 literal (c) del Contrato de Concesión establecía que el Acta de Recibo Final se suscribiría en el momento en que se verificara por primera vez que el $VPIT_m$ era superior al VPIT. En ese orden de ideas, el Contrato de Concesión se terminaría en el Mes *m* en el que se cumpliera la siguiente relación:

$$VPIT_m \geq VPIT$$

Donde,

VPIT =	Tiene el significado que se asigna a este término en la Sección 1.01 (nnnn) del Contrato.
$VPIT_m$ =	Tiene el significado que se asigna a este término en la Sección 1.01 (oooo) del Contrato.

El valor $VPIT_m$ se calcularía de conformidad con la siguiente fórmula:

$$VPIT_m = \sum_{i=1}^{m} \frac{Aporte_i}{(1+TDI)^i} + \sum_{i=1}^{m} \frac{Peajes_i}{(1+TDI)^i}$$

Donde,

$VPIT_m$	Es el valor presente calculado al 31 de diciembre de 2008 de los ingresos correspondientes a los Aportes INCO y a los recaudos de peajes en Pesos constantes del 31 de diciembre de 2008 acumulados al mes m que se calculan con base en la fórmula de la Sección 1.04 (c) del Contrato.
$Aporte_i$	Cada uno de los Aportes INCO ofrecidos por el Concesionario en su propuesta expresados en Pesos constantes del 31 de diciembre de 2008, contribuidos en la Cuenta Aportes INCO en el mes i. En aquellos meses i en que no se efectúen Aportes INCO el valor será cero.
$Peajes_i$	Valor de los Peajes netos efectivamente recibidos (descontando únicamente la Contribución al Fondo de Seguridad Vial y la contribución al turismo del periodo i) expresados en Pesos constantes del 31 de diciembre de 2008 calculados de acuerdo con la siguiente fórmula: $Peajes_i = PeajesREC_i * \left(\frac{IPC_{dic2008}}{IPC_i}\right)$ Donde, PeajesRECi = Valor de los Peajes efectivamente recaudados en el mes i expresados en Pesos corrientes, descontando la Contribución al Fondo de Seguridad Vial y la contribución al turismo del periodo *i*
IPCdic2008	IPC de diciembre de 2008
IPCi	IPC del Mes i en que se efectuó el recaudo de Peaje
TDI	Tasa de descuento real de los ingresos expresada en términos efectivo mensual y que para efectos de esta valoración será del cero punto ochenta y nueve ochenta y cuatro por ciento (0.8984 %)

i	Contador para el cálculo del valor presente. El contador inicia en el primer Mes en el cual se inicia el cálculo del valor presente, es decir enero de 2009, y finaliza en el Mes *m* en el cual se termina la concesión.

En palabras simples, el VPIT o valor presente de los ingresos totales del contrato, consistió en la fórmula de remuneración de las obras desarrolladas por la Concesionaria, que tenía la función de retribuir la totalidad de las obligaciones contraídas y generarle su propia utilidad. De esta forma, durante todos los meses debía procederse al cálculo del VPIT, de manera que en el momento en el cual la Concesionaria hubiera obtenido ingresos equivalentes a la suma de $2.771.092.954.0989 calculada en pesos de 2008 de acuerdo con la aplicación de la referida fórmula, el contrato se terminaba. La fórmula, así concebida, implicaba la aplicación de una tasa de descuento que era real, es decir, una vez aplicada la inflación. Con ello, se protegió al Concesionario de que el precio a recibir por desarrollar el contrato quedara al vaivén de posibles riesgos inflacionarios.

Si vencido el plazo total estimado del Contrato (veinticinco (25) años en un principio y treinta (30) después del Otrosí No. 6) la Concesionaria no había obtenido el VPIT por razones no imputables a ella, el plazo máximo se extendería en el menor tiempo adicional entre i) cinco (5) años; y ii) el tiempo trascurrido entre la fecha para el cumplimiento del plazo total estimado del Contrato y la fecha en que la Concesionaria obtuviera el VPIT.

Del Contrato EPC

El Contrato de Concesión estableció que era obligación de la Concesionaria celebrar un contrato *Engineering, Procurement and Construction* (en adelante "EPC" por sus siglas en inglés)[176].

De acuerdo con las definiciones del Contrato de Concesión, el EPC era el contrato a precio global fijo que debía suscribir la Concesionaria, cuyo objeto radicaba en llevar a cabo la construcción del Sector y, concretamente, las obras de construcción, rehabilitación y mejoramiento. Por su parte, de acuerdo con las mismas definiciones, el contratista EPC era la persona jurídica, consorcio, unión temporal o cualquier otra forma de asociación entre personas jurídicas, nacionales o extranjeras, que celebraría el Contrato EPC con el Concesionario y que debía cumplir y acreditar los requisitos mínimos de experiencia señalados en la sección 5.01. Su celebración constituía un requisito necesario para la suscripción del Acta de Inicio de la Fase de Construcción[177].

El contratista EPC podía ser una persona jurídica o una persona plural compuesta por varias personas jurídicas que de manera conjunta pudieran acreditar la experiencia solicitada. Si se tratare de una persona plural, debían presentar de manera conjunta la declaración juramentada. En todo caso, los miembros de la persona plural debían declarar que quienes tenían la experiencia tendrían una participación en la persona plural de al menos el veinticinco por ciento (25%)[178]. El contratista EPC, por su parte, debía constituir unas garantías a favor del concesionario.

1.4. El contrato de Fiducia

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 de Concesión, se estableció la obligación en cabeza de la Concesionaria de celebrar un contrato de fiducia mercantil. En efecto, se estableció que dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de inicio[179] de ejecución del Proyecto, la Concesionaria debía poner a consideración del INCO i) la Fiduciaria seleccionada y ii) el texto del contrato de fiducia mercantil.

Dicho contrato de fiducia fue suscrito el 5 de mayo de 2010 entre la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y la Fiduciaria Corficolombiana S.A. Los términos en los que debía ser celebrado dicho

[176] Las especificaciones del contrato EPC estaban previstas en el capítulo V del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 celebrado entre la ANI y la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.
[177] Sección 2.01, 2.02
[178] Lit C), Sección 5.01
[179] De acuerdo con la Sección 1.01 del Capítulo I – Parte General del Contrato de Concesión, la definición del término "fecha de inicio" era el día hábil siguiente a la fecha en la cual se suscribiera el Acta de Inicio.

contrato de fiducia estaban previstos en el mismo Capítulo III del Contrato. De acuerdo con el mismo:

- La Concesionaria sería el fideicomitente del Patrimonio Autónomo. De acuerdo con el literal b) de la Sección 3.01 del Contrato, su objeto sería *"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, y si fuere el caso, servir de garantía de la financiación otorgada por los Prestamistas. Para fines de claridad únicamente, no habrá cesión de los derechos económicos derivados del presente Contrato de Concesión al Patrimonio Autónomo, el cual se constituirá con los aportes de capital a cargo del Concesionario"*.

- El Patrimonio Autónomo estaría dividido en dos cuentas: i) la Cuenta de Aportes INCO y ii) la Cuenta de Aportes Concesionario. La primera cuenta estaría compuesta por las siguientes subcuentas: Subcuenta de Interventoría, Subcuenta de Supervisión Aérea, Subcuenta Divulgación y Subcuenta Estudios y Obras[180]. Esta última fue añadida a través del Otrosí No. 3 al Contrato de Concesión. El único beneficiario de la Cuenta Aportes INCO, junto con todas sus subcuentas, sería el INCO.

- La segunda cuenta que conformaba el Patrimonio Autónomo era la Cuenta Aportes Concesionario y estaba compuesta por la Subcuenta de Predios.

- La Cuenta Aportes Concesionario 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. Los recursos disponibles en esta Cuenta se destinaría, 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. Todo lo cual incluía el fondeo de las subcuentas arriba señaladas.

- En la Cuenta Aportes INCO debían depositarse los Aportes que estaba obligada a efectuar la entidad pública contratante, con los cuales se fondearía la Cuenta Aportes Concesionario, según se vio con anterioridad. La Sección 13.03 del Contrato disponía que la contribución de los aportes del INCO al Patrimonio Autónomo podría efectuarse total o parcialmente durante toda la respectiva vigencia fiscal, en pesos corrientes del último día del mes anterior a la fecha del respectivo aporte parcial o total. Con todo, a más tardar el 31 de diciembre de cada vigencia fiscal, el INCO debía haber efectuado la totalidad del aporte de la vigencia respectiva.

- El contrato de fiducia mercantil estaría vigente hasta la liquidación del Contrato de Concesión, previo cumplimiento, por parte de la Fiduciaria, de las instrucciones correspondientes a la liquidación del Contrato y de la presentación al INCO y al interventor de un informe final. Si el Contrato de Concesión terminaba anticipadamente, también se terminaría el contrato de fiducia. Lo anterior, siempre que se hubiera aprobado el informe final por parte del INCO y del Interventor.

La Financiación del proyecto

Las obligaciones de las partes atinentes a la financiación del Proyecto estaban consagradas en el "Capítulo VI – Obligación de financiación de la construcción, rehabilitación y mejoramiento del Sector" del Contrato de Concesión.

La Concesionaria estaba en la obligación de financiar la ejecución del Proyecto a través de i) recursos propios (o deuda subordinada de los socios) y ii) recursos de deuda. Los préstamos o deudas debían ser tomados por la Concesionaria, y el Proyecto y los recursos que éste generara, debían servir de garantía para los mismos, sin perjuicio de las demás garantías que le fueran solicitadas al Patrimonio

[180] Las especificaciones de cada una de las Subcuentas están previstas en el Capítulo III, Sección 3.02 del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

Autónomo o a la Concesionaria por parte de los Prestamistas, las cuales correrían por cuenta y riesgo del Concesionario[181].

[181] Ver Sección 6.01 "obligación de financiación" del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

De acuerdo con la Sección 6.02. "Aportes de Capital del Concesionario" del Contrato, Ruta del Sol S.A.S. debía aportar a la Cuenta Aportes Concesionario una suma mínima igual a doscientos cuarenta y cinco mil millones ($245.000.000.000) de pesos de diciembre 31 de 2008, correspondientes a recursos de patrimonio o a deuda subordinada de sus socios.

Dicha suma debía ser aportada de la siguiente manera:

Fecha máxima	**Valor del aporte a la cuenta**
Constitución del Patrimonio Autónomo	$45.000.000.000.00
25 de enero de 2011	$75.000.000.000.00
25 de enero de 2012	$125.000.000.000.00

*Los valores de esta tabla corresponden a pesos del 2008.

Todos estos valores debían ser ajustados por la Concesionaria con base en los factores de ajuste de la fórmula prevista en la Sección 10.05 (d) del Contrato, en cada una de las fechas antes señaladas. Los conceptos que integran dicha fórmula serán enunciados más adelante.

En cuanto a los recursos de deuda, la Sección 6.03. *"Endeudamiento del Sector"* establecía que la Concesionaria debía gestionar y obtener la "financiación en firme" para ejecutar la totalidad de las obligaciones que tenía a su cargo.

El Contrato daba plena libertad a la Concesionaria para determinar su nivel de endeudamiento, con la aclaración de que ello no podía implicar *"la disminución de sus aportes de capital"*[182] y sin perjuicio del monto mínimo de endeudamiento de doscientos cuarenta y cinco mil millones de pesos (245.000.000.000) que, a la luz del Contrato, resultaba obligatorio. El contrato, por su parte, obligaba a la concesionaria a asumir cualquier responsabilidad con los Prestamistas. Con todo, la administración de los fondos correspondientes a la financiación debían transferirse a órdenes del Patrimonio Autónomo, para que fuesen administrados y utilizados en los términos del Contrato de Fiducia, antes señalados.

Se entendía que la Concesionaria había obtenido la "financiación en firme" cuando ésta informara al Interventor y a la ANI que había obtenido i) un endeudamiento mínimo de doscientos cuarenta y cinco mil millones ($245.000.000.000) de pesos constantes del 31 de diciembre de 2008 y ii) entregara a la ANI y al Interventor los documentos que exigía la Sección 6.03. (c) del Contrato, dependiendo de si la financiación se había obtenido a través de contratos de crédito suscritos con entidades financieras, emisión de títulos en el Mercado de Valores o préstamos de Fondos de Capital Privado. La "financiación en firme" debía acreditarse dentro de los once (11) meses siguientes contados a partir de la fecha de inicio del Contrato de Concesión.

Nótese que, de conformidad con el apartado (iv) de la Sección 6.03. *"Endeudamiento del Sector"*, la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. podía optar por i.) aportar efectivamente al Patrimonio Autónomo el monto mínimo de doscientos cuarenta y cinco mil millones ($245.000.000.000) de pesos de diciembre 31 de 2008 o ii.) aportar la suma que resultara de restar el monto del endeudamiento efectivamente obtenido por ella a los doscientos cuarenta y cinco mil millones ($245.000.000.000) de pesos de diciembre 31 de 2008 correspondientes a los aportes de capital de acuerdo con la sección 6.02. En ese orden de ideas, la Concesionaria estaba facultada para sustituir total o parcialmente el endeudamiento exigido por aportes adicionales de capital, pero siempre *"sin perjuicio de las obligaciones adquiridas en el numeral 6.02"*, relativas al monto mínimo de capital que debía ser aportado por la Concesionaria.

La Gestión Predial

[182] Literal c), Sección 6.03

La Sección 7.04 del Contrato preveía que la Concesionaria estaba obligada a financiar la adquisición de los predios mediante el traslado de los recursos necesarios para el efecto al Patrimonio Autónomo (Cuenta Aportes Concesionario - Subcuenta de Predios). En la misma Sección, se estipulaba que el valor estimado para la adquisición de los predios requeridos para la ejecución del Proyecto y de la aplicación del plan de compensaciones económicas de que trataba la Resolución 545 de 2008 expedida por el INCO (ahora la ANI), ascendía a la suma de noventa y cuatro mil seiscientos ochenta y tres millones novecientos treinta y nueve mil seiscientos treinta y cuatro ($94.683.939.634) pesos constantes del 31 de diciembre de 2008 (en adelante "el Valor Estimado de Predios y compensaciones").

Dicha suma debía estar disponible en la Subcuenta de Predios en las siguientes fechas:

Fecha máxima	Valor del aporte a la cuenta
Creación de la Subcuenta de Predios, es decir, al momento de la constitución del Patrimonio Autónomo.	40%
25 de enero de 2011	60%

*Estos valores debían actualizarse con la fórmula prevista en la Sección 10.05 (d) del Contrato en la fecha de su traslado a la Subcuenta de Predios.

Adviértase que el remanente de los recursos de la Subcuenta de Predios sería distribuido entre la Concesionaria y la ANI en una proporción sesenta/cuarenta, respectivamente. Lo anterior, siempre que más del ochenta por ciento (80%) de los Predios se hubieran adquirido por enajenación voluntaria, durante o antes del proceso de expropiación.

Si los recursos aportados por la Concesionaria llegaban a ser insuficientes para completar la adquisición de la totalidad de los predios y para la aplicación del plan de compensaciones económicas de que trataba la Resolución 545 de 2008 expedida por el INCO (ahora la ANI), la Concesionaria debía asumir los costos adicionales al Valor Estimado de Predios y compensaciones, hasta que dichos costos sumaran un veinte por ciento (20 %) más de ese valor.

Si el valor adicional del Valor Estimado de Predios y compensaciones superaba el veinte por ciento (20 %) más de ese valor, la ANI debía reembolsarle a la Concesionaria los valores adicionales con los recursos disponibles en el "Fondo Contingencias" dentro de los treinta (30) días siguientes a la presentación de la cuenta de cobro respectiva. En caso de que los recursos disponibles en ese Fondo fueran insuficientes, el INCO debía suscribir un acta en la que constaran las sumas pendientes de pago, dentro de los treinta (30) días siguientes a la presentación de la cuenta de cobro[183].

Plan Social Básico

De acuerdo con la Sección 7.07 del Contrato, el Plan Social Básico tenía como objetivo implementar los programas de Atención al Usuario, Vecinos, Seguridad Vial, Comunicar, Iniciativas y Programa Rehabilitar. El propósito de cada uno de esos programas era facilitar y potencializar la integración del Proyecto en el ordenamiento y realidad social, geográfica, administrativa, jurídica y económica de las regiones influenciadas con su ejecución[184].

Para la implementación del Plan Social Básico la Concesionaria debía proveer los recursos necesarios. En efecto, debía destinar dos mil cuatrocientos millones ($2.400.000.000) de pesos constantes del 31 de diciembre de 2008, que correspondían al cero punto uno por ciento (0.1 %) del presupuesto estimado de inversión. Dicha suma debía aportarse a la Subcuenta Divulgación en la

[183] De acuerdo con la Sección 7.04 (c) del Contrato, las sumas adicionales que constaran en el Acta debían ser pagadas por la ANI antes del vencimiento de los dieciocho (18) meses contados a partir de la suscripción del acta correspondiente. Durante este término se causarían intereses equivalentes a la tasa del DTF + 5% (el spread se sumaría a la DTF expresada en trimestre anticipado y este valor se reexpresaría en efectivo anual) sobre el monto adeudado, sin que en ningún caso los intereses remuneratorios pudieran exceder la tasa moratoria máxima permitida por la Ley Aplicable. Vencido este plazo sin que el INCO hubiese hecho los traslados a la Cuenta Aportes Concesionario, se causarían intereses moratorios, de conformidad con lo previsto en la Cláusula 19.01 de este Contrato.

[184] Los criterios de aplicación para cada uno de esos programas estaban contenidos en el Apéndice Predial Social del Contrato de Concesión.

fecha de constitución del Patrimonio Autónomo y actualizarse en dicha fecha con base en los factores de ajuste de la fórmula señalada en la Sección 10.05 (d) del Contrato de Concesión.

Recursos para los honorarios del Interventor

Para el pago de los honorarios del interventor, como remuneración por el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, la Concesionaria debía trasladar hasta la suma de ciento sesenta y siete mil doscientos trece millones ($167.213.000.000) de pesos constantes del 31 de diciembre de 2008, a la Subcuenta de Interventoría en los montos y en los años que se indican a continuación:

Fecha	**Pesos***
Al momento de la subscripción del contrato de fiducia, que era el mismo momento en el que se creaba la Subcuenta de Interventoría	554
2011	4.664
2012	6.925
2013	5.371
2014	13.456
2015	9.479
2016	9.056
2017	9.056
2018	9.056
2019	9.056
2020	9.056
2021	9.056
2022	9.056
2023	9.056
2024	9.056
2025	9.056
2026	9.056
2027	9.056
2028	9.056
2029	9.056
Total	167.213

*Valores expresados en millones de pesos constantes del 31 de diciembre de 2008.

Los valores que la Concesionaria debía aportar a partir del año 2011, debían trasladarse a la Subcuenta de Interventoría dentro de los primeros veinticinco (25) días de cada año calendario. En caso de que el Contrato de Concesión terminara anticipadamente, la Concesionaria debía efectuar el aporte correspondiente al año de terminación y quedaba relevado de efectuar aportes adicionales.
La Sección 10.05 (d) del Contrato de Concesión establecía que los valores previstos en la tabla anterior debían ser indexados a la fecha de traslado a la Subcuenta de Interventoría con base en la siguiente fórmula:

$$Af_n = Af_{m,2008} \times \frac{IPC_n}{IPC_{dic\,2008}}$$

Donde:

Af_n	Aporte anual a la Subcuenta de Interventoría que se hace en el Mes *n* en Pesos del Mes *n*
Af_m 2008	Aporte anual a la Subcuenta de Interventoría del año m, expresado en Pesos constantes del 31 de diciembre de 2008
IPC_n	IPC del Mes inmediatamente anterior l Mes n
IPC $_{dic\ 2008}$	IPC de diciembre de 2008

Si los fondos de la Subcuenta de Interventoría eran insuficientes, la ANI debía aportar los recursos faltantes, luego de obtener las autorizaciones presupuestales. Por el contrario, si quedaban saldos sin

utilizar en dicha Subcuenta, éstos pasarían a ser propiedad de la ANI. De acuerdo con la Sección 10.06 del Contrato de Concesión los montos sobrantes serían de libre disposición de la ANI, quien podía utilizarlos para cubrir cualquiera de sus obligaciones o disponer de ellos de cualquier otro modo permitido por la Ley.

En caso de que el Contrato de Concesión terminara anticipadamente, la Concesionaria debía efectuar el aporte correspondiente al año de terminación y quedaría relevada de efectuar aportes adicionales.

Aportes en cabeza de la ANI al Patrimonio Autónomo para cumplir con las obligaciones a su cargo en virtud del Contrato de Concesión

En la Sección 13.02 del Contrato de Concesión se estipuló que la ANI contaba con autorización para comprometer vigencias futuras para los años 2011 a 2025, según el Anexo 5 del Contrato. En consecuencia, la ANI estaba obligada a que dichas vigencias futuras quedaran incluidas en su presupuesto final aprobado. Nótese que, por solicitud de la Concesionaria en su propuesta, el total de las vigencias futuras estaba dividida en una parte denominada en dólares de los Estados Unidos de América y otra parte denominada en pesos colombianos constantes de 31 de diciembre de 2008.
De acuerdo con el literal (a) de la Sección 13.03 del Contrato, los aportes a cargo de la ANI podían efectuarse total o parcialmente en cualquier momento de la respectiva vigencia fiscal en la Cuenta denominada "Aportes INCO" del Patrimonio Autónomo, de manera que a 31 de diciembre ya se hubiera efectuado la totalidad del aporte a su cargo en la vigencia respectiva. La contribución de los aportes a la cuenta Aportes INCO se haría en pesos corrientes del último día del mes anterior a la fecha del respectivo aporte total o parcial.

Para efectos de la contribución a la Cuenta Aportes INCO de la fracción de las vigencias futuras en pesos colombianos constantes al 31 de diciembre de 2008, la ANI debía utilizar la variación del IPC hasta el mes inmediatamente anterior a la fecha del aporte, para convertir el monto del aporte a pesos corrientes. Por su parte, para efectos de la contribución a la Cuenta Aportes INCO de la fracción de las vigencias futuras en dólares, la ANI debía utilizar la Tasa Representativa del Mercado (TRM) del último día del mes anterior a la fecha del aporte para convertir ese monto en pesos corrientes[185].

Una vez que la ANI realizaba un aporte a la Cuenta Aportes INCO cesaba la obligación a su cargo de ajustar dicho aporte por la exposición a la inflación, para la fracción denominada en pesos colombianos y por la exposición a variaciones de la tasa de cambio, para la fracción denominada en dólares[186].

Por consiguiente, si la Concesionaria cumplía con uno de los hitos de construcción, después de que la ANI hubiera hecho un aporte a la Cuenta Aportes INCO, el valor del monto que tenía derecho le fuese trasladado desde la Cuenta Aportes INCO a la Cuenta Aportes Concesionario no incluía ajustes adicionales por variaciones en el IPC o de la TRM entre el momento del aporte del INCO y el momento efectivo del traslado a la Cuenta Aportes Concesionario[187]. Sin embargo, los rendimientos de los recursos de la Cuenta Aportes INCO que se hubieran generado sobre el saldo de los aportes efectuados por la ANI, desde el momento de su consignación al Patrimonio Autónomo hasta la fecha efectiva del traslado a la Cuenta Aportes Concesionario, serían trasladados a esta última cuenta una vez al año cuando se hubiera cumplido el ochenta por ciento (80 %) del Plan de Obras para el respetivo año. De lo contrario, se continuarían acumulando hasta que se verificara la meta[188].

185 Ver literales (b) y (c) de la Sección 13.03 del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.
186 Ver literal (d) de la Sección 13.03 del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.
187 Ver Sección 13.03 (d) del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.
188 Sobre los rendimientos de la Cuenta Aportes INCO, la Sección 13.03 (d) del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 señalaba textualmente que: *"En relación con los rendimientos de la Cuenta Aportes INCO, la obligación de la Fiduciaria será de medio y no de resultado y dichos recursos solamente podrán invertirse en las inversiones permitidas para dichos recursos en el presente Contrato".*

Por su parte, el literal (e) de la Sección 13.03 del Contrato establecía que para determinar el valor de pesos corrientes a trasladar a la Cuenta Aportes Concesionario, se utilizaría el registro de pesos corrientes efectivamente aportados a la Cuenta Aportes INCO para el aporte de cada año como base de cálculo. En efecto, ese mismo literal establecía que dado que el cálculo del valor a trasladar a la Cuenta Aportes Concesionario se hacía con base en los aportes INCO denominados en pesos de diciembre 31 del año 2008, se llevaría un registro detallado de qué porcentaje del aporte de la ANI de cada año se había acumulado y el valor del monto a trasladar se liquidaría aplicando ese porcentaje al valor en pesos corrientes efectivamente aportado a la Cuenta Aportes INCO para el aporte de la ANI correspondiente a cada año[189].

Existían dos tipos de Aportes a cargo de la ANI, cada uno asociado con diferentes etapas del Contrato de Concesión. La primera clase era los de la etapa Preoperativa que correspondían a los aportes de los años 2011 a 2015. La segunda, eran los que correspondían a la Etapa de Operación y Mantenimiento, los cuales eran los aportes de los años 2016 al 2025[190].

El valor del aporte que la ANI debía consignar en la Cuenta Aportes INCO durante esas dos etapas, esto es en la Etapa Preoperativa y en la Etapa de Operación y Mantenimiento, debía calcularse a partir de la siguiente fórmula:

$$ContINCO_i = AporteUSD_i * TRM_i + Aporte_i * (1 - FUSD) * \left(\frac{IPC_i}{IPC_{dic2008}} \right)$$

Donde:

$ContINCO_i$	=	Valor del Aporte INCO en Pesos corrientes que debe ser contribuido por parte del INCO a la Cuenta Aportes INCO en el mes *i*.
$AporteUSD_i$	=	Porción de cada Aporte INCO fija (sic) en Dólares calculada con la TRM del último día del mes anterior a la fecha de cierre de la Licitación correspondiente al Aporte INCO del mes *i*. Esta porción será calculada como se define en el literal (g) siguiente. (Se refería al literal (g) de la Sección 13.03 del Contrato de Concesión).
$Aporte_i$	=	Aportes INCO ofrecidos por el Concesionario expresados en Pesos constantes del 31 de diciembre de 2008, a ser contribuidos en la Cuenta Aportes INCO en el mes *i*. En aquellos meses *i* en que no se efectúen Aportes INCO el valor será cero.
FUSD	=	Fracción de los Aportes INCO fijo en Dólares solicitada por el Concesionario que puede ser corno máximo el veinte por ciento (20%).
$IPC_{dic2008}$	=	IPC de diciembre de 2008
IPC_i	=	IPC del Mes inmediatamente anterior a la fecha de la contribución del INCO a la Cuenta Aportes INCO.
TRM_i		TRM del último Día del Mes inmediatamente anterior a la fecha de la contribución a la Cuenta Aportes INCO certificada por la Superintendencia Financiera.

Finalmente, el literal (g) de la Sección 13.03 del Contrato preveía que del total del monto de los aportes a cargo de la ANI, la fracción en dólares se convertiría a pesos del último día del mes inmediatamente anterior a la fecha de cierra de la Licitación utilizando } como factor de indexación

[189] Ver Sección 13.03 (e) del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.
[190] Ver literal (b) de a Sección 13.04 del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

la variación del IPC hasta el mes anterior al Día del aporte, y se establecería un valor fijo en dólares a la TRM del último día del mes anterior a la fecha de cierre de la Licitación certificada por la Superintendencia Financiera. La porción de cada uno de los aportes a cargo del INCO fija en dólares se calcularía de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$AporteUSD_i = \frac{Aporte_i * (FUSD) * \left(\frac{IPC_o}{IPC_{dic2008}} \right)}{TRM_O}$$

Donde,

$AportesUSD_i$	=	Porción de cada Aporte INCO fijo en dólares calculada con la TRM del día de cierre de la Licitación correspondiente al Aporte INCO del mes *i*.
$Aporte_i$	=	Cada uno de los Aportes INCO ofrecido por el Concesionario expresados en Pesos constantes del 31 de diciembre de 2008, a ser contribuido en la Cuenta Aportes INCO en el mes *i*. En aquellos meses *i* en que no se efectuaran Aportes INCO el valor sería cero.
FUSD	=	Fracción de los Aportes INCO fija en dólares solicitada por la Concesionaria que puede ser como máximo el veinte por ciento (20 %)
$IPC_{dic2008}$	=	IPC de diciembre de 2008
IPC_o	=	IPC del Mes inmediatamente anterior a la fecha de cierre de la Licitación.
TRM_o		TRM del último Día del Mes anterior a la fecha de cierre de la Licitación certificada por la Superintendencia Financiera.

La Fiduciaria estaba en la obligación de llevar un control del valor exacto de los pesos recibidos en cada contribución de los Aportes a cargo de la ANI, correspondientes a cada año. Lo anterior, con el fin de poder hacer la liquidación del valor correspondiente a trasladar cuando se hiciera exigible el derecho a favor de la Concesionaria de percibir los Aportes realizados por la ANI, por el cumplimiento de los hitos que conformaban el Sector 2 del Proyecto. Las condiciones para que la Concesionaria adquiriera ese derecho serán expuestas más adelante.

Ahora bien, la Sección 13.04 del Contrato de Concesión establecía la valoración de los montos a trasladar desde la Cuenta Aportes INCO a la Cuenta Aportes Concesionario. Así, lo primero que regulaba esa sección eran los montos y las fechas en que la ANI debía realizar los aportes a su cargo durante la Etapa Preoperativa y durante la Etapa de Operación y Mantenimiento. Lo anterior, de conformidad con lo solicitado por la Concesionaria en su propuesta.

Efectivamente, respecto los aportes a cargo de la ANI en la Etapa Preoperativa el cronograma era el siguiente[191]:

[191] Ver literal (b) de la Sección 13.04 del Contrato de Concesión.

Pesos constantes del 31 de diciembre de 2008	2011	2012	2013	2014	2015	Total Aportes INCO Etapa Preoperativa
(A) Valor de la porción de Aportes INCO denominada en Dólares expresada en Pesos del 31 de diciembre de 2008: $Aporte_i * FUSD$	$29.952.200.000	$74.753.400.000	$42.178.800.000	$113.862.000.000	$132.110.000.000	$392.856.400.000
(A_{USD}) Valor de la porción de Aportes INCO denominada en Dólares "A" expresada en Dólares con la TRM del último día del Mes anterior al cierre de la Licitación: $AporteUSD_i$	$15.583.780.97	$38.893.548.39	$21.945.265.35	$59.241.415.19	$68.735.691.99	$204.399.791.88
(B) Valor de la porción de Aportes INCO denominada en Pesos expresada en Pesos del 31 de diciembre de 2008: $Aporte_i * (1 - FUSD)$	$119.808.800.000	$299.013.600.000	$168.715.200.000	$455.448.000.000	$528.440.000.000	$1.571.425.600.000
Total (A) + (B): $Aporte_i$	$149.761.000.000	$373.767.000.000	$210.894.000.000	$569.310.000.000	$660.550.000.000	$1.964.282.000.000

Adviértase que el sesenta por ciento (60 %) del total de los aportes de la ANI durante la Etapa Preoperativa estaría asociado a la terminación de la construcción de nueva Calzada. Mientras que el cuarenta por ciento (40 %) restante, se utilizaría para la terminación de Hitos de Mejoramiento y rehabilitación de la Calzada existente. Igualmente, que estos aportes estaban asociados a los Hitos correspondientes a secciones continuas de al menos diez (10) kilómetros dentro de cada Tramo, según el literal (d) de la Sección 13.04 del Contrato de Concesión.

Por su parte, los aportes a cargo de la ANI en la Etapa de Operación y Mantenimiento estaban sujetos al cronograma que se indica a continuación.

Pesos del 31 de diciembre de 2008	**2016**	**2017**	**2018**	**2019**	**2020**
(A) Valor de la porción de Aportes INCO denominada en Dólares expresada en Pesos del 31 de diciembre de 2008: $Aporte_i * FUSD$	$31.453.800.000	$34.599.200.000	$31.139.400.000	$31.139.400.000	$31.139.400.000
(A_{USD}) Valor de la porción de Aportes INCO denominada en Dólares "A" expresada en Dólares con la TRM del último día del mes inmediatamente anterior al día de cierre de la Licitación: $AporteUSD_i$	$16.365.140.48	$18.001.664.93	$16.201.560.87	$16.201.560.87	$16.201.560.87
(B) Valor de la porción de Aportes INCO denominada en Pesos expresada en Pesos del 31 de diciembre de 2008: $Aporte_i * (1 - FUSD)$	$125.815.200.000	$138.396.800.000	$124.557.600.000	$124.557.600.000	$124.557.600.000
Total (A) + (B): $Aporte_i$	$157.269.000.000	$172.996.000.000	$155.697.000.000	$155.697.000.000	$155.697.000.000

Pesos del 31 de diciembre de 2008	**2021**	**2022**	**2023**	**2024**	**2025**
(A) Valor de la porción de Aportes INCO denominada en Dólares expresada en Pesos del 31 de diciembre de 2008: $Aporte_i * FUSD$	$31.139.400.000	$31.139.400.000	$31.139.400.000	$31.139.400.000	$31.139.400.000
(A_{USD}) Valor de la porción de Aportes INCO denominada en Dólares "A" expresada en Dólares con la TRM del último día del mes inmediatamente anterior al día de cierre de la Licitación: $AporteUSD_i$	$16.201.560.87	$16.201.560.87	$16.201.560.87	$16.201.560.87	$16.201.560.87
(B) Valor de la porción de Aportes INCO denominada en Pesos expresada en Pesos del 31 de diciembre de 2008: $Aporte_i * (1 - FUSD)$	$124.557.600.000	$124.557.600.000	$124.557.600.000	$124.557.600.000	$124.557.600.000
Total (A) + (B): $Aporte_i$	$155,697.000.000	$155,697.000.000	$155,697.000.000	$155,697.000.000	$155,697.000.000

La Sección 13.04 del Contrato también consagraba las condiciones para que la Concesionaria adquiriera el derecho a que los aportes realizados por la ANI en la Cuenta Aportes INCO, durante la Etapa Preoperativa y la Etapa de Operación y Mantenimiento, fuesen trasladados a la cuenta Aportes Concesionaria.

Así las cosas, el literal (b) (ii) de la mencionada sección establecía que durante la Etapa de Operación y Mantenimiento, el traslado de los aportes efectuados por la ANI a la Cuenta Aportes Concesionario solamente se podía realizar con posterioridad a la fecha en que se hubiere suscrito el Acta de Terminación de la Fase de Construcción Preliminar y, adicionalmente, que el traslado se entendía efectuado tan pronto como los fondos correspondientes se encontraran disponibles en la Cuenta Aportes INCO. En este punto, el Contrato era claro al decir que la Concesionaria tenía derecho a esos aportes efectuados por la ANI siempre que el Contrato se encontrara vigente en la fecha correspondiente a cada aporte.

Ahora, durante la Etapa Preoperativa el derecho de la Concesionaria a que se efectuara el traslado de los aportes efectuados por la ANI desde la Cuenta Aportes INCO a la Cuenta Aportes Concesionaria, se consolidaba cuando se cumplieran las siguientes dos (2) condiciones: i.) que hubiese pasado el día 1 de enero de 2011 y ii.) que se hubiera suscrito el Acta de Terminación del Hito respectivo. El cumplimiento de solo una de esas condiciones, no era suficiente para que la Concesionaria tuviera el derecho a que se realizara el traslado de los aportes a cargo de la ANI.

Nótese que, según el literal (e) de la Sección 13.04 del Contrato, cada Acta de Terminación de Hitos incrementaba el valor del porcentaje de los aportes a cargo de la ANI a ser transferidos a la Cuenta Aportes Concesionario, en proporción al número de kilómetros terminados frente al total de kilómetros construidos de calzada nueva y el total de kilómetros mejorados y rehabilitados, dependiendo de si el Hito era de construcción de Calzada nueva o de Mejoramiento y rehabilitación. El cálculo de dicho porcentaje se haría cada mes, dentro de los primeros diez (10) días del mes inmediatamente siguiente, de conformidad con la siguiente fórmula[192]:

[192] Ver literal (h) de la Sección 13.04 del Contrato de Concesión.

$$PC_{j,u} = \left(\sum_{z=1}^{n} \Pr opN_{z,j} * 60\% + \sum_{y=1}^{m} \Pr opM_{y,j} * 40\% \right) * Aportes_{p} * Ajuste_{u} - M_{j}$$

Donde,

$PC_{j,u}$	=	Valor a ser trasladado de la Cuenta Aportes INCO a la Cuenta Aportes Concesionario en el Mes j+1, calculado en función de la terminación de Hitos de construcción en el mes *j*, asociado con el Aporte INCO que fue contribuido en la Cuenta Aportes INCO en el mes *u*.
$PropN_{zj}$	=	Parte proporcional a pagar del total de Aportes INCO de la Etapa Preoperativa (Aportes correspondientes a los años 2011 a 2015) asociada con la terminación del Hito z de construcción de calzada nueva. $\Pr opN_{z} = \frac{KmN_{z}}{KN}$ Donde, KmNz = Total de kilómetros de calzada nueva construidos en el Hito z, incluyendo variantes. KN = Total de kilómetros a ser construidos en calzada nueva en todo el Sector de acuerdo con los Estudios de Detalle definitivos. Este valor se estima en 528 km más el total de kilómetros a construir que se defina en el Estudio de Detalle de todas las variantes del respectivo Sector.
$PropM_{yj}$	=	Parte proporcional a trasladar a la Cuenta Aportes Concesionario del total de Aportes INCO de la Etapa Preoperativa (Aportes correspondientes a los años 2011 a 2015) asociada con la terminación del Hito y de Mejoramiento y rehabilitación de Calzada existente. $\Pr opM_{y} = \frac{kmM_{y}}{KM}$ Donde, KmMy=Ttoal de kilómetros y rehabilitados en el Hito y. KM= Total de kilómetros de la Calzada existente a ser Mejorados y rehabilitados en todo el Sector de acuerdo con los Estud ios de Detalle definitivos. Este valor se estima en 528 km.
$Aportes_{p}$	=	Suma de los Aportes INCO de la Etapa Preoperativa (Aportes correspondientes a los años 2011 a 2015) en Pesos constantes del 31 de diciembre de 2008 solicitados en la Propuesta.
n	=	Número de Hitos de construcción de Calzada nueva terminados en el mes *j*.
m	=	Número de Hitos de Mejoramiento y rehabilitación terminados en el mes *j*.
$Ajuste_{u}$	=	Factor de ajuste del traslado al Concesionario que se utiliza para convertir de Pesos constantes del 31 de diciembre de 2008 a Pesos corrientes en el momento de la contribución del $Aporte_{u}$ en la Cuenta Aportes INCO. Habrá un factor de $Ajuste_{u}$ para cada $ContINCO_{u}$ que se efectúe. El factor de ajuste *u* estará vigente para el cálculo del valor a trasladar desde la Cuenta Aportes INCO a la Cuenta Aportes Concesionario, hasta que se agoten los recursos correspondientes al respectivo $ContINCO_{u}$

		$Ajuste_u = \frac{ContINCO_u}{Aporte_u}$ Donde, $ContINCO_u$ = Valor del Aporte INCO en Pesos corrientes que deben ser contribuidos por el INCO a la Cuenta Aportes INCO en el mes *u*. Tal y como está definido en el numeral 13.03 (f). $Aporte_u$ = Aportes INCO ofrecidos por el Concesionario en la Licitación expresados en Pesos constantes del 31 diciembre de 2008, contribuidos a la Cuenta Aportes INCO en el mes *u*.
u	=	Mes correspondiente al ContINCO disponible, anterior o igual mes *j*.
M_j	=	Multas y descuentos del Concesionario en el mes *j*.

Por último, el literal (g) de la Sección 13.04 del Contrato, establecía que, siempre que existieran fondos suficientes la Cuenta Aportes INCO, una vez determinado el valor a trasladar a la Cuenta Aportes Concesionario el monto se imputaría a la Cuenta Aportes INCO. Cuando el valor acumulado a favor de la Concesionaria excediera el valor total disponible de los aportes a cargo de la ANI para un año determinado, el excedente se imputaría a los aportes a cargo de la ANI disponibles para el año inmediatamente siguiente, y así sucesivamente hasta agotar la totalidad de los aportes que la ANI debía efectuar en la Etapa Preoperativa.

De la cesión de los Peajes y el Derecho de Recaudo a favor de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

Como se mencionó, la contraprestación de la Concesionaria por cumplir con el objeto contractual, consistía no solamente en los aportes de la ANI al Patrimonio Autónomo en los términos ya señalados, sino también en los ingresos provenientes del recaudo de Peajes.

Por consiguiente, la Sección 13.05 del Contrato estipulaba que la ANI se comprometía a ceder y entregar a la Concesionaria, durante la vigencia del Contrato, los Peajes y los derechos de recaudo de los mismos correspondientes a las Estaciones de Peaje[193], que se encontraban detalladas en el literal (b) de la misma sección. A partir de la fecha de entrega de las Estaciones de Peaje a la Concesionaria, se cederían a favor de ella los recursos de los Peajes, por lo que esos recursos deberían ingresar directamente a la Cuenta Aportes Concesionario y no podría dársele una destinación distinta a los usos previstos para dicha cuenta en el contrato de fiducia mercantil y en el Contrato de Concesión.

La estructura Tarifaria[194] al momento de la suscripción del Contrato correspondía a las Tarifas aprobadas por el Ministerio de Transporte. Sin embargo, las Tarifas de cada una de las Estaciones de Peaje, serían ajustadas a más tardar el 20 de enero de cada año por el Ministerio de Transporte mediante resolución, las cuales se aplicarían para cada año calendario hasta el 19 de enero del año siguiente.

[193] De acuerdo con el literal (ce) de la Sección 1.01 del Contrato de Concesión, las Estaciones de Peaje se definían como *"la(s) instalación(es) existente(s) y/o por instalar o reubicar de propiedad de la Nación, para el recaudo del(os) Peaje(s) que ésta, a través del INCO, entregará al Concesionario, en virtud del presente Contrato, y respecto de la(s) cual(es) el Concesionario deberá cumplir las obligaciones de Operación y las Obras de Mantenimiento previstas en el Apéndice Técnico, así como cualquier otra obligación prevista en el presente Contrato"*.

[194] De acuerdo con el Capítulo I, Parte General, Sección 1.01., literal (ii) del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 el término estructura Tarifaria se refería a *"la estructura de Tarifas por categoría de vehículos que el Concesionario aplicará en cada una de las Estaciones de Peaje entregadas por el INCO durante la ejecución del Contrato"*.

El literal (b) de la Sección 13.05 del Contrato establecía la fórmula de ajuste con base en la cual se ajustaría el valor de las Tarifas, de acuerdo con el incremento del IPC y del Tráfico Promedio Diario Anual Promedio del Sector (TPDAPS)[195]. La fórmula era la siguiente:

$$Ajuste_t = \Delta IPC_{t-1} * \left(1 - \frac{\Delta TPDAPS_{t-1}}{5}\right)$$

t-1

Donde:

$Ajuste_i$	Factor anual de ajuste a las Tarifas para el año *t*.
ΔIPC_{t-1}	Variación anual del IPC del año calendario inmediatamente anterior al año *t*.
$\Delta TPDAPS_{t-1}$	Variación anual del Tráfico Promedio Diario Anual Promedio del Sector en el año calendario inmediatamente anterior al año *t*. La variación anual se calculará de acuerdo con la siguiente fórmula: $\Delta TPDAPS_{t-1} = \frac{TPDAPS_{t-1}}{TPDAPS_{t-2}} - 1$ TPDAPS $_{t-1}$ = Tráfico Promedio Diario Anual Promedio del Sector en el año calendario inmediatamente anterior al año t. $TPDAS_{t-2}$ = Tráfico Promedio Diario Anual Promedio del Sector en el año calendario inmediatamente anterior al año t-1
t	Año para el cual se calcula el ajuste.

A partir de esa fórmula de ajuste se ajustarían las tarifas de la siguiente manera[196]:

$$TarifaSR_t = Tarifa_{t-1} * (1 + Ajuste_t)$$

Donde:

$Ajuste_i$	Factor anual de ajuste de la tarifa para el año t, calculado con base en la fórmula de la Sección 13.06 (b) anterior.
$TarifaSR_t$	Para cada categoría de vehículos y cada Estación de Peaje es el valor de la Tarifa ajustada con el factor anual de ajuste para el año *t* expresada en Pesos corrientes del año *t*, sin el redondeo a la centena.
$Tarifa_{t-1}$	Para cada categoría de vehículos y cada Estación de Peaje es el valor de la Tarifa (sin incluir el aporte al Fondo de Seguridad Vial) del año calendario inmediatamente anterior al año *t*.

Una vez establecida la tarifa ajustada con el factor anual de ajuste sin el redondeo a la centena, se la adicionarían las tasas correspondientes al Fondo de Seguridad Vial y este resultado se ajustaría a la centena más cercaba de acuerdo con la siguiente fórmula[197]:

$$TarifaUsuario_t = \text{Re}dondeo100(TarifaSR_t + FSV_t)$$

Donde:

$TarifaUsuario_t$	Para cada categoría de vehículos y cada Estación de Peaje es el valor de la Tarifa a pagar por el Usuario en el año *t*.
$TarifaSR_t$	Para cada categoría de vehículos y cada Estación de Peaje es el valor de la Tarifa ajustada con el factor anual de ajuste para el año *t*, sin el ajuste a la centena.

[195] El Tráfico Promedio Diario Anual Promedio del Sector se definía de conformidad con las fórmulas previstas en el literal (i) de la Sección 13.06 del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.
[196] Ver literal (c) de la Sección 13.06 del C del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.
[197] Ver literal (d) de la Sección 13.06 del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

FSV_t	Es el valor del aporte al Fondo de Seguridad Vial para el año t vigente al momento del cálculo, expresado en Pesos corrientes del año t.
Redondeo100	Función que redondea un número al múltiplo de 100 más cercano. Redondea hacia la centena superior, si el residuo de dividir el número entre 100 es mayor o igual a 50. Redondea hacia la centena inferior, si el residuo de dividir el número entre 100 es menor que 50.

Ahora bien, la tarifa de peaje que daría lugar a la remuneración de la Concesionaria y a la estructura tarifaria del Proyecto, se obtendría de restar el Valor del Fondo de Seguridad Vial de la tarifa al usuario TarifaUsuario, de conformidad con la fórmula establecida en el literal (e) de la Sección 13.06 del Contrato de Concesión:

$$Tarifa_t = TarifaUsuario_t - FSV_t$$

Donde,

$Tarifa_i$	Para cada categoría de vehículos y cada Estación de Peajes es el valor de la Tarifa (sin incluir el aporte al Fondo de Seguridad Vial) en el año *t*, expresada en Pesos corrientes del año *t*.
$TarifaUsuario_i$	Para cada categoría de vehículos y cada Estación de Peaje es el valor de la Tarifa a pagar por el Usuario en el año *t*.
FSV_t	Es el valor del aporte al Fondo de Seguridad Vial para el año t vigente al momento del cálculo, expresado en Pesos corrientes del año t.

Adicionalmente, las tarifas adicionales para vehículos de carga, articulados, grúas y por ejes se actualizarán anualmente en la misma fecha de actualización de las tarifas de peaje con la siguiente fórmula:

$$TarifasAdicionales_t = \text{Redondeo100}\left[TarifasAdicionales_{t-1} * (1 + Ajuste_t)\right]$$

Donde,

$TarifasAdicionales_i$	Valor de cada una de las tarifas adicionales en el año t.
$TarifasAdicionales_{t-i}$	Valor de cada una de las tarifas adicionales del año calendario inmediatamente anterior al año t.
$Ajuste_t$	Factor anual de ajuste de la tarifa para el año t.
Redondeo100	Función que redondea un número al múltiplo de 100 más cercano. Redondea hacia la centena superior, si el resultado de dividir el número entre 100 es mayor o igual a 50. Redondea hacia la centena inferior, si el residuo de dividir el número entre 100 es menor que 50.

Los literales (g) a (m) de la Sección 13.06 del Contrato de Concesión se encargaban de precisar otros factores técnicos para ajustar las Tarifas de los Peajes.

Intereses y descuentos aplicables en caso de que la ANI o la Concesionaria incumplieran sus obligaciones relacionadas con los aportes al Proyecto

La Sección 13.07 del Contrato de Concesión estipulaba que si procedía un traslado de fondos de la Cuenta Aportes INCO a la Cuenta Aportes Concesionario, pero en la primera cuenta no existían fondos suficientes, la ANI estaba en la obligación de transferir directamente los recursos a la Cuenta

Aportes Concesionario, para cumplir con los plazos previstos en el literal (a) de la Sección 13.03 del Contrato[198].
Vencido dicho plazo sin que se hubieren transferido los recursos necesarios a la Cuenta Aportes Concesionario por parte de la ANI, se generarían intereses de mora a favor de la Concesionaria y a cargo de la ANI en los términos de la Sección 19.01 del Contrato de Concesión[199].
Por su parte, la Sección 13.08 del Contrato establecía los descuentos que la ANI podría deducir de los valores a trasladar desde la Cuenta Aportes INCO a la Cuenta Aportes Concesionario o de las contribuciones directas a la Cuenta Aportes Concesionario. Dichos descuentos eran los siguientes: i) Deducciones y retenciones tributarias que fuesen aplicables durante toda la vigencia del Contrato; ii) Cláusula Penal[200]; iii) Multas impuestas por autoridades Gubernamentales al INCO por causas imputables a la Concesionaria; iv) Multas en firme impuestas a la Concesionaria, de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo XI del Contrato.

De Las Modificaciones al Contrato De Concesión introducidas por medio del Otrosí No. 6 suscrito entre La ANI y la Concesionaria Ruta Del Sol S.A.S. el 14 De Marzo De 2014.

El Otrosí No. 6 del 14 de marzo de 2014 significó varias modificaciones importantes al objeto, al precio y, en general, a las condiciones que inicialmente contenía el Contrato de Concesión. A continuación se señalan las modificaciones más significativas:

Modificaciones al objeto del contrato

El Otrosí adicionó el objeto del Contrato de Concesión para que la Concesionaria, por su cuenta y riesgo, elaborara los diseños, obtuviera la financiación y las Licencias ambientales necesarias, adquiriera predios, rehabilitara, construyera, mejorara, operara y mantuviera el Tramo denominado "Transversal Río de Oro – Aguaclara – Gamarra"[201].

Modificaciones al precio del contrato

Aspectos Generales

Se adicionó al precio la suma de seiscientos setenta y seis mil ochocientos seis millones novecientos cincuenta y cuatro mil noventa y ocho pesos ($676.806.954.806) constantes del 31 de diciembre de 2008. De manera que el valor total del Contrato de Concesión pasó a ser de dos billones setecientos setenta y un mil noventa y dos millones novecientos cincuenta y cuatro mil noventa y ocho pesos ($2.771.092.954.098) constantes del 31 de diciembre de 2008[202].

198 El literal (a) de la Sección 13.03 del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, señalaba lo siguiente: *"La contribución de los Aportes INCO se podrá efectuar total o parcialmente durante toda la respectiva vigencia fiscal pero en todo caso, a más tardar el 31 de diciembre de cada vigencia fiscal, se deberá haber efectuado la tota lida d del Aporte INCO de la vigencia respectiva. La contribución de los Aportes INCO a la Cuenta Aportes INCO del Patrimonio Autónomo se hará en Pesos corrientes del último Día del Mes anterior a la fecha del respectivo aporte parcial o total".*

199 La Sección 19.01 del Contrato del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, señalaba lo siguiente: *"La tasa de mora será la tasa de interés bancario corriente para créditos ordinarios certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia, más la tercera parte de dicha tasa, pero en ningún caso una tasa mayor que la máxima permitida por la Ley Aplicable. Para este efecto, se utilizará la tasa certificada vigente para el día siguiente al día del vencimiento del plazo para el cumplimiento de la obligación originalmente pactado. Salvo estipulación en contrario contenida en otras Secciones o documentos de este Contrato, el plazo para el cumplimiento establecido para cualquier obligación dineraria que se genere entre las Partes, será de treinta (30) Días. Vencido este plazo, se causarán los intereses de mora establecidos en esta Sección".*

200 La Sección 19.07 establecía el monto de la Cláusula Penal en los siguientes términos: *"Sección 19.07: Pena Pecuniaria: Si se declara la caducidad del Contrato o terminación anticipada por causas imputables al Concesionario, se causará el pago de una Pena Pecuniaria indemnizatoria pero acumulable con la indemnización de perjuicios a favor del INCO y a cargo del Concesionario, liquidada así: (a) El DIEZ POR CIENTO (1.0 %) de UN MILLÓN (1.000.000) de salarios mínimos, si la caducidad o terminación anticipada por causas imputables al Concesionario se presenta dentro del período comprendido entre la fecha de suscripción del Contrato y la fecha de suscripción del Acta de Inicio de la Fase de Construcción; (b) El DIEZ POR CIENTO (10%) de UN MJLLÓN (1.000.000) de salarios mínimos, si la caducidad o terminación anticipada por causas imputables al Concesionario se presenta dentro del período comprendido entre la fecha de suscripción del Acta de Inicio de la Fase de Construcción y la fecha de suscripción del Acta de Terminación de la Fase de Construcción; (c) CUARENTA Y CINCO MIL MILLONES de Pesos ($45.000.000.000) constantes del 31 de diciembre de 2008 que se ajustarán anualmente con el IPC con base en la fórmula de la Sección 10.05(d), si la caducidad o terminación anticipada por causas imputables al Concesionario se presenta dentro del período comprendido entre la fecha de suscripción del Acta de Terminación de la Fase de Construcción y la Fecha Efectiva de Terminación del Contrato; (d) El monto de esta pena podrá ser deducido directamente de cualquier saldo adeudado al Concesionario.*

201 Ver Cláusula Primera. Objeto del Otrosí No. 6 del 14 de marzo de 2014 del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

202 Ver Cláusula Sexta del Otrosí No. 6 del 14 de marzo de 2014 del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

Por su parte, en el Parágrafo Primero de la Cláusula Sexta del Otrosí No. 6 se pactó que el valor inicial del contrato, esto es, la suma de dos billones noventa y cuatro mil doscientos ochenta y seis millones de pesos ($2.094.286.000.000) constantes del 31 de diciembre de 2008, debía obtenerse a favor de la Concesionaria, como máximo, el 31 de diciembre de 2023. Si llegada esa fecha, la Concesionaria no había obtenido el mencionado valor por razones no imputables a ella, la ANI debía reconocer y pagar a la Concesionaria el saldo faltante.

De acuerdo con los nuevos objetivos financieros, se modificó el cronograma de los aportes a cargo de la ANI durante la Etapa de Operación y Mantenimiento que estaban previstos en el ordinal (ii) del literal (b) de la Sección 13.04 del Contrato de Concesión, de la siguiente manera[203]:

Pesos constantes del 31 de dic de 2008	**2016**	**2017**	**2018**	**2019**
(A) Valor de la porción de Aportes INCO denominada en Dólares expresada en Pesos del 31 de diciembre de 2008: *Aporte$_i$ * FUSD*	$ 31.453.800.000	$ 34.599.200.000	$ 31.139.400.000	$ 31.139.400.000
(A_{USD}) Valor de la porción de Aportes INCO denominada en Dólares "A" expresada en Dólares con la TRM del último día del mes inmediatamente anterior al día de cierre de la Licitación: *AporteUSD$_i$*	$ 16.365.140	$ 18.001.665	$ 16.201.561	$ 16.201.561
(B) Valor de la porción de Aportes INCO denominada en Pesos expresada en Pesos del 31 de diciembre de 2008: *Aporte$_i$ * (1 – FUSD)*	$ 229.613.200.000	$ 242.194.800.000	$ 228.355.600.000	$ 124.557.600.000
Total (A) + (B): *Aporte$_i$*	**$ 261.067.000.000**	**$ 276.794.000.000**	**$ 259.495.000.000**	**$ 155.697.000.000**

[203] Ver Cláusula Decimo Primera del Otrosí No. 6 al Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

Pesos constantes del 31 de dic de 2008	2020	2021	2022	2023
(A) Valor de la porción de Aportes INCO denominada en Dólares expresada en Pesos del 31 de diciembre de 2008: $Aporte_i * FUSD$	$ 31.139.400.000	$ 31.139.400.000	$ 31.139.400.000	$ 31.139.400.000
(A_{USD}) Valor de la porción de Aportes INCO denominada en Dólares "A" expresada en Dólares con la TRM del último día del mes inmediatamente anterior al día de cierre de la Licitación: $AporteUSD_i$	$ 16.201.561	$ 16.201.561	$ 16.201.561	$ 16.201.561
(B) Valor de la porción de Aportes INCO denominada en Pesos expresada en Pesos del 31 de diciembre de 2008: $Aporte_i * (1 - FUSD)$	$ 124.557.600.000	$ 124.557.600.000	$ 124.557.600.000	$ 124.557.600.000
Total (A) + (B): $Aporte_i$	$ 155.697.000.000	$ 155.697.000.000	$ 155.697.000.000	$ 155.697.000.000

De manera consistente con lo anterior, la ANI se comprometió a adelantar actuaciones con el CONFIS y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que las vigencias futuras aprobadas para la ejecución del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, correspondientes a las vigencias 2024 y 2025, fuesen anticipadas y, en consecuencia, trasladadas a la Cuenta Aportes INCO en tres (3) pagos iguales en los años 2016, 2017 y 2018[204]. Las condiciones para hacer el traslado desde la Cuenta Aportes INCO a la Cuenta Aportes Concesionario estaban asociados a los avances de obra, de la siguiente manera: (i) enero de 2016: Un avance de obra igual o superior al 20%; (ii) enero de 2017: Un avance de obra igual o superior al 50%, y (iii) enero de 2018: Un avance de obra igual o superior al 80%. De no cumplirse con los avances de obra, se continuaría acumulando hasta que se verificara la meta.

Se pactó que una vez suscrita el Acta de Inicio para la construcción del Tramo "Transversal Río de Oro – Aguaclara – Gamarra", la ANI se comprometía con la Concesionaria a garantizarle el ingreso efectivo de los Ingresos de Recaudo del Modelo Financiero Marginal[205], los cuales, en términos generales, correspondían a ingresos por peajes o por aumentos en las tarifas de los peajes. Así las cosas, la Cláusula Séptima del Otrosí No. 6 señalaba que la ANI debía garantizarle a la Concesionaria el ingreso efectivo de los siguientes montos y en las siguientes fechas, por concepto de los Ingresos de Recaudo del Modelo Financiero Marginal:

[204] Ver Parágrafo Tercero de la Cláusula Decima Primera del Otrosí No. 6 al Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

[205] Los Ingresos de Recaudo del Modelo Financiero Marginal estaban definidos en la Cláusula Segunda del Otrosí No. 6 en los siguientes términos: Ingresos que se generen por: i.) incremento adicional, al previsto en la Sección 13.06 del Contrato de Concesión de las tarifas de los cinco (5) peajes de la Ruta del Sol Sector 2; ii.) Peajes netos efectivamente recibidos de las dos (2) nuevas Estaciones de Peaje entre Aguaclara y Gamarra y entre Aguaclara y Río de Oro respectivamente (descontando únicamente la Contribución al Fondo de Seguridad Vial y la contribución al turismo del período i), ubicados en la Transversal Río de Oro – Aguaclara – Gamarra; y iii.) para el periodo comprendido hasta diciembre de 2023, el excedente positivo de Peajes netos efectivamente recibidos del recaudo de los cinco (5) peajes de la Ruta del Sol Sector 2 que garantiza el cumplimiento del VPIT en diciembre de 2023, posterior a ese periodo, el valor de los Peajes efectivamente recaudos en los cinco (5) peajes de la Ruta del Sol Sector 2.

i) A diciembre de 2023[206] la suma de doscientos treinta mil novecientos treinta y cinco millones ciento treinta y tres mil trescientos veinticuatro pesos ($230.935.133.324) constantes del 31 de diciembre de 2008 (en adelante "el VPIP2023");

ii) A diciembre de 2028 la suma de cuatrocientos siete mil trescientos cuarenta y cinco millones trescientos cincuenta y siete mil setecientos veinte pesos ($407.345.357.720) constantes del 31 de diciembre de 2008 (en adelante "el VPIP2028").

Si la Concesionaria no conseguía dichos montos en esas fechas, la ANI estaba en la obligación de pagar la diferencia que correspondiera a favor de la Concesionaria en los respectivos años[207].

También se pactaron las fórmulas financieras para calcular el valor de los Ingresos de Recaudo del Modelo Financiero Marginal en i) cualquier mes de ejecución del Contrato anterior al vencimiento de diciembre de 2023 y; ii) a partir de enero de 2024, contado desde la Fecha de Inicio o al cumplimiento del valor adicionado al Contrato[208].

Dentro de este contexto, las partes acordaron que si al vencimiento de los años 2023 o 2028 el valor de los Ingresos de Recaudo del Modelo Financiero Marginal era inferior al VPIP2023 o al VPIP2028, la ANI estaría obligada a pagar a la Concesionaria la diferencia entre ambos valores, a más tardar dentro de los 30 días siguientes después de la finalización del año 2023 o 2028. Para corroborar dicho hecho, la Cláusula Octava del Otrosí No. 6 preveía una fórmula financiera. Los recursos para pagar dicha diferencia saldrían del Fondo de Contingencias. De no ser posible, la ANI debía adelantar las gestiones necesarias para incluir los recursos necesarios en su presupuesto.

Si los recursos disponibles en el Fondo de Contingencias eran insuficientes, la ANI suscribiría dentro de los treinta (30) días siguientes a la presentación de la Cuenta de Cobro, un Acta en la que constaran las sumas pendientes de pago, las cuales deberían ser pagadas por la ANI antes del vencimiento de los dieciocho (18) meses contados a partir de la suscripción del Acta correspondiente. Durante este término se causarían intereses equivalentes a la tasa del DTF+ 5% (el spread se sumaría a la DTF expresada en trimestre anticipado y este valor se reexpresaría en efectivo anual). Vencido este plazo sin que la ANI hubiese hecho los traslados a la Cuenta Aportes Concesionario, se causarían intereses moratorios de conformidad por lo previsto en la Cláusula 19.01 del Contrato de Concesión.

Modificaciones a la fórmula de remuneración del Contratista

En la Cláusula Novena se estipuló una nueva fórmula aplicable para calcular si la Concesionaria había obtenido el valor que se había adicionado a través del Otrosí No. 6 al Contrato de Concesión, en cualquier mes de ejecución del mismo. En efecto, tal fórmula era la siguiente:

$$VPIT\ Adicional_m = \sum_{i=1}^{m} \frac{ExPeajesRDS_i + Peajes_i + Peajes\ RG_i + DRC2023 + DRC2028 + AportesRG_i}{(1 + TDI)^i}$$

Donde,

VPIT Adicional$_m$	Es el valor presente calculado al 31 de diciembre de 2008 de los Ingresos de Recaudo del Modelo Financiero Marginal y los Aportes INCO de la Transversal Río de Oro - Aguaclara - Gamarra, en Pesos constantes del 31 de diciembre de 2008 acumulados al mes m.
ExPeajesRDS$_i$	Excedente positivo de recaudo de Peajes hasta diciembre de 2023, efectivamente recibido de los cinco (5) peajes de la Ruta del Sol Sector 2, por encima del recaudo que garantiza el cumplimiento del VPIT en diciembre de 2023, en Pesos constantes del 31 de diciembre de 2008. Dicho excedente incluye el incremento tarifaría adicional al previsto en la Sección 13.06 del

[206] Para calcular en cualquier mes de ejecución del Contrato anterior al vencimiento de diciembre de 2023 el valor de los Ingresos de Recaudo del Modelo Financiero Marginal, los cuales, se repite, correspondían básicamente a ingresos por peajes, el Otrosí No. 6 contenía una fórmula financiera en la Cláusula Octava.
[207] Ver Cláusula Séptima. Obtención del VPIP. del Otrosí No. 6 al Contrato de Concesión No. 001 de 2010.
[208] Ver Cláusula Octava del Otrosí No. 6 del 14 de marzo de 2014 del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

	Contrato de Concesión de las tarifas de los cinco (5) peajes de la Ruta del Sol Sector 2. $ExPeajesRDS_i = (Peajes_REC_i - Peajes_2023_i) * \left(\frac{IPC_{dic2008}}{IPC_i}\right)$ Donde, Peajes_REC$_i$ = Valor de los Peajes efectivamente recaudados de los cinco (5) peajes de la Ruta del Sol Sector 2, incluyendo el incremento adicional al previsto en lal Sección 13.06 del Contrato de Concesión de las tarifas de los cinco (5) peajes de la Ruta del Sol Sector 2, en el mes i expresados en Pesos corrientes, descontando la Contribución al Fondo de Seguridad Vial y la contribución al turismo del período *i*. Peajes_2023$_i$ = Valor que garantiza el cumplimiento del VPIT, de acuerdo al Modelo Financiero Marginal (Hoja de Cálculo "TPD RDS VPIT 2023"), en diciembre de 2023.
Peajes$_i$	Valor de los Peajes, a partir de enero de 2024, incluyendo el incremento adicional al previsto en la Sección 13.06 del Contrato de Concesión de las tarifas de los cinco (5) peajes de la Ruta del Sol Sector 2, netos efectivamente recibidos (descontando únicamente la Contribución al Fondo de Seguridad Vial y la contribución al turismo del período 1) expresados en Pesos constantes del 31 de diciembre de 2008 calculados de acuerdo con la siguiente fórmula: $Peajes_i = PeajesREC_i * \left(\frac{IPC_{dic2008}}{IPC_i}\right)$ Donde, PeajesRECi = Valor de los Peajes efectivamente recaudados, incluyendo el incremento adicional al previsto en la Sección 13.06 del Contrato de Concesión de las tarifas de los cinco (5) peajes de la Ruta del Sol Sector 2, en los cinco (5) peajes de la Ruta del Sol Sector 2 en el mes *i* expresados en Pesos corrientes, descontando la Contribución al Fondo de Seguridad Vial y la contribución al turismo del periodo *i*.
PeajesRG$_i$	Valor de los Peajes netos efectivamente recibidos (descontando únicamente la Contribución al Fondo de Seguridad Vial y la contribución al turismo del periodo 1) ubicados en la Transversal Río de Oro - Aguaclara - Gamarra expresados en Pesos constantes del 31 de diciembre de 2008 calculados de acuerdo con la siguiente fórmula: $PeajesRG_i = PeajesRG_REC_i * \left(\frac{IPC_{dic2008}}{IPC_i}\right)$ Donde, PeajesRG_REC = Valor de los Peajes efectivamente recaudados en el mes i expresados en Pesos corrientes ubicados en la Transversal Río de Oro-Aguaclara -Gamarra, descontando la Contribución al Fondo de Seguridad Vial y la contribución al turismo del periodo *i*.
DRC2023	Es la diferencia de Recaudo expresada en pesos constantes del31 de diciembre de 2008, contados a partir de la Fecha de Inicio. $DRC2023 = DR2023 * \left(\frac{IPC_{dic2008}}{IPC_{175}}\right)$
DRC2028	Es la diferencia de Recaudo expresada en pesos constantes del31 de diciembre de 2008, contados a partir de la Fecha de Inicio. $DRC2028 = DR2028 * \left(\frac{IPC_{dic2008}}{IPC_{235}}\right)$
AportesRG$_i$	Cada uno de los Aportes INCO para la transversal Río de Oro-Aguclara-Gamarra expresados en Pesos constantes del 31 de diciembre de 2008, contribuidos en la Cuenta Aportes INCO en mes i. En aquellos meses i en que no se efectúen aportes INCO el valor será cero.
IPC$_{dic2008}$	IPC de diciembre de 2008.
IPC$_i$	IPC del Mes i en que se efectuó el recaudo.
TDI	Tasa de descuento real de los ingresos expresada en términos efectivo mensual

	y que para efectos de esta valoración será del cero punto ochenta y nueve ochenta y cuatro por ciento (0.8984%).
L	Contador para el cálculo del valor presente. El contador inicia en el primer Mes en el cual se inicia el cálculo del valor presente, es decir, enero de 2009, y finaliza en el Mes *m* en el cual se termina la concesión.

En el parágrafo primero de la Cláusula Novena del Otrosí No. 6, las partes acordaron que en caso de que la Concesionaria obtuviera el monto adicional del Contrato –esto es, $676.806.954.806 pesos constantes del 31 de diciembre de 2008- en una fecha previa a diciembre de 2035, la Concesionaria tendría derecho al 50% de los Ingresos de Recaudo del Modelo Financiero Marginal a partir de esa fecha hasta el cumplimiento del plazo total fijo del Contrato (2035). La ANI, por su parte, tendría derecho al 50% restante, recursos que serían de su libre disposición[209]. Ahora, si la Concesionaria en el 2035 no había obtenido el mencionado valor adicional por razones no imputables a ella, la ANI recocería y pagaría a la Concesionaria el saldo no devengado.

Modificaciones a los aspectos de la gestión predial

La Concesionaria en este Otrosí quedó obligada a financiar la adquisición de los predios necesarios para construir la Transversal mediante el traslado de los recursos necesarios al Patrimonio Autónomo. El valor estimado de predios y compensaciones para esa Transversal correspondía a la suma de treinta y un mil quinientos ochenta y cuatro millones cuatrocientos ochenta y ocho mil quinientos siete pesos ($31.584.488.507) constantes del 31 de diciembre de 2008. De conformidad con la Cláusula Décima Cuarta del Otrosí No. 6 el monto mencionado debía estar disponible en la Subcuenta de Predios en las siguientes fechas:

i.) El cuarenta por ciento (40 %) se aportaría dentro de los once meses siguientes de suscribir el Acta de Inicio y;
ii.) El sesenta por ciento (60 %) restante deberá aportarse dentro del año siguiente al primer aporte.

Estos valores se actualizarían con la fórmula prevista en literal (d) de la Sección 10.05 del Contrato, según se analizó con anterioridad. Si los recursos llegaban a ser insuficientes, se seguirían las mismas reglas previstas para el caso en que los recursos para construir los Tramos que hacían parte del objeto inicial del Contrato de Concesión, fueran insuficientes[210].

Modificaciones a las reglas de la Subcuenta de Interventoría

El Otrosí aumentó el valor de los recursos que la Concesionaria debía trasladar a la Subcuenta de Interventoría de la Cuenta Aportes Concesionario. En efecto, se estipuló que i) en la Fase de Preconstrucción, al momento de la suscripción del Acta de Inicio, la Concesionaria debía aportar ochocientos cuarenta y dos millones doscientos cincuenta y tres mil veintisiete pesos ($842.253.027) constantes del 31 de diciembre de 2008; ii) en la Fase de Construcción debía aportar tres mil cuatrocientos cincuenta y tres millones doscientos treinta y siete mil cuatrocientos diez pesos ($3.453.237.410) anuales a pesos constantes del 31 de diciembre de 2008, al momento de inicio de la Fase de Construcción y; iii) en la Etapa de Operación y Mantenimiento debía trasladar mil setecientos veintiséis millones seiscientos dieciocho mil setecientos cinco pesos ($1.726.618.705) anuales a pesos constantes del 31 de diciembre de 2008, al inicio de la Etapa de Operación y

[209] Ver parágrafo segundo de la Cláusula Novena del Otrosí No. 6 al Contrato de Concesión No. 001 de 2010.
[210] De acuerdo con la Cláusula Décima Cuarta del Otrosí No. 6: *"Si los recursos aportados por **EL CONCESIONARIO** llegaren a ser insuficientes, **EL CONCESIONARIO** asumirá los costos adicionales hasta que dichos costos sumen un VEINTE POR CIENTO (20%) más del Valor Estimado de Predios y Compensaciones, efectivamente fondeado para la Transversal Río de Oro-Aguaclara- Gamarra. En caso que el faltante para Predios y Compensaciones sea superior al VEINTE POR CIENTO (20%) del Valor Estimado de Predios y Compensaciones, efectivamente fondeado para la Transversal Río de Oro –Aguaclara-Gamarra, **LA AGENCIA** reembolsará los valores adicionales **AL CONCESIONARIO** en los términos de los Literales (b) y (e) de la Sección 7.04 del Contrato de Concesión No. 001 de 2010".*

Mantenimiento. Estos valores se actualizarían con base en la fórmula prevista en literal (d) de la Sección 10.05 del Contrato.

Nuevas previsiones en materia de financiación

Se acordó que dentro de los seis (6) meses siguientes contados a partir de la firma del Acta de Inicio, la Concesionaria debía acreditar una financiación en firme por valor de trescientos mil millones de pesos ($300.000.0000.000) corrientes. Si en vencido ese plazo la Concesionaria no obtenía tal financiación, podía dar por terminado el Otrosí sin consecuencia de ninguna índole para las partes[211].

Modificación al plazo del contrato

El plazo del Contrato se amplió a veinticinco (25) años contados a partir de su fecha de inicio. Es decir, el plazo del contrato se amplió hasta el año 2035.

Matriz de riesgos del Contrato de Concesión:

El Capítulo XIV *"Ecuación Contractual y Asignación de Riesgos"* del Contrato de Concesión establecía los riesgos que asumía la Concesionaria a partir de la fecha de suscripción del Contrato. Dicha sección textualmente estipulaba que no procederían reclamaciones de la Concesionaria *"basadas en el acaecimiento de alguno de los riesgos que fueran asumidos por el Concesionario y –consecuentemente- el INCO* (ahora la ANI) *no hará reconocimiento alguno, ni se entenderá que ofrece garantía alguna al Concesionario que permita eliminar o mitigar los efectos causados por la ocurrencia de alguno de estos riesgos previstos, salvo que dicho reconocimiento o garantía se encuentren expresamente pactados en el Contrato"*[212].
Pues bien, de acuerdo con lo que establece dicho Capítulo, los riesgos asumidos por la Concesionaria y por la ANI en virtud de la celebración del Contrato de Concesión eran los siguientes:

Riesgo	ANI	Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.
Los efectos favorables o desfavorables de las variaciones en los precios de mercado de los insumos necesarios (incluyendo mano de obra y servicios) para adelantar las Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento y de las cantidades de obras que resultaran necesarias para la consecución de los resultados previstos para las mismas Obras.		**X**
Los efectos favorables o desfavorables derivados de las variaciones en los precios de mercado de los insumos necesarios para adelantar las Obras de Mantenimiento y de las cantidades de obra que resultaran necesarias para la consecución de los resultados previstos para las Obras de Mantenimiento.		**X**
Los efectos favorables o desfavorables derivados de las variaciones en los precios de mercado de los insumos necesarios para adelantar la Operación de acuerdo con lo señalado en las Especificaciones Técnicas del Apéndice Técnico del Contrato de Concesión.		**X**
Los efectos favorables o desfavorables derivados de las variaciones en los precios de mercado de los insumos necesarios para adelantar las actividades previstas durante la Etapa Preoperativa.		**X**
Los efectos favorables o desfavorables derivados de la gestión de adquisición de Predios necesarios para adelantar las Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento, salvo lo previsto para los casos en que la adquisición de los predios se hiciera por un valor superior al 120%.		**X**
Los efectos favorables o desfavorables derivados de las variaciones en la legislación ambiental.		**X**
Los efectos favorables o desfavorables derivados de las Obligaciones Ambientales y de Gestión Social.		**X**
Los efectos favorables o desfavorables derivados del riesgo geológico conexo a las Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento.		**X**

[211] Ver Cláusula décima novena del del Otrosí No. 6 del 14 de marzo de 2014 al Contrato de Concesión No. 001 de 2010.
[212] Ver literal (a) de la Sección 14.02 del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

Los efectos favorables o desfavorables derivados de la alteración de las condiciones de financiación y costos de liquidez que resultaran de la variación en las variables del mercado al momento de que conseguir la completa financiación para la ejecución del Proyecto.		**X**
Los efectos favorables o desfavorables derivados de todos y cualesquiera daños, perjuicios o pérdidas de los bienes de su propiedad causados por terceros diferentes de la ANI.		**X**
Los efectos favorables o desfavorables derivados de las variaciones en la rentabilidad del negocio y obtención de utilidades o sufrimiento de pérdidas.		**X**
Los efectos favorables o desfavorables derivados de las variaciones en la legislación tributaria de tal manera que la Concesionaria asumiría los efectos derivados de la variación de las tarifas impositivas, la creación de nuevos impuestos, la supresión o modificación de los existentes y en general cualquier evento que modifique las condiciones tributarias existentes al momento de la presentación de la Propuesta.		**X**
Los efectos favorables o desfavorables derivados de las variaciones de los componentes económicos y técnicos necesarios para cumplir con las obligaciones de la Concesionaria necesarias para la cabal ejecución del Contrato, relacionadas con la consecución de la financiación, la elaboración de sus propios Estudios de Detalle y Estudio de Trazado y Diseño Geométrico, la contratación del Contratista EPC, la contratación de personal, las labores administrativas, los procedimientos constructivos utilizados, los equipos y materiales requeridos, el manejo ambiental y social, el manejo del tráfico, entre otros.		**X**
Los efectos favorables o desfavorables derivados del acaecimiento de eventos cubiertos por las pólizas previstas en el Capítulo XII del Contrato de Concesión.		**X**
Los efectos favorables o desfavorables derivados del número y el tipo de vehículos que transiten por el Sector 2.		**X**
Los efectos favorables o desfavorables derivados de las variaciones de i) el valor del Peso con relación a cualquier otra moneda, incluyendo pero sin limitar al Dólar, ii) los índices económicos colombianos, iii) la economía colombiana o del país de origen de cualquiera de los accionistas o miembros de la Concesionaria o del país de origen de los Prestamistas.		**X**
Los efectos favorables o desfavorables derivados de los riesgos de liquidez asociados con el mecanismo de cobertura asociado con la conversión de Dólares constantes a Pesos corrientes de cada año, para un componente de los Aportes a cargo de la ANI, de acuerdo con la solicitud de la Concesionaria en su Propuesta.		**X**
Los efectos favorables o desfavorables derivados del cambio de cualquier Ley Aplicable a la concesión o a la Concesionaria (o cualquiera de sus accionistas o miembros).		**X**
Los efectos favorables o desfavorables derivados del incumplimiento por parte de la Concesionaria del Plan de Obras, por causas imputables a la Concesionaria o a cualquiera de sus subcontratistas.		**X**
Los efectos favorables o desfavorables derivados de la elusión y evasión de los Usuarios de los Peajes.		**X**
Los efectos negativos del resultado del manejo comercial que le diera la Concesionaria a las Tarifas de los peajes, dado que estaba facultada para disminuir temporalmente las Tarifas vigentes, como mecanismo de promoción comercial frente a los Usuarios del Sector.		**X**
Los efectos favorables o desfavorables derivados de la invasión del derecho de vía por parte de terceros.		**X**
Los efectos favorables o desfavorables de la modificación de la ubicación de las Estaciones de Peaje, siempre que el cambio de la ubicación de las mismas haya sido iniciativa de la Concesionaria.		**X**
Los efectos favorables o desfavorables de la existencia de daño emergente de la Concesionaria, por la ocurrencia de hechos de Evento Eximente de Responsabilidad, en los términos de la Sección 19.02 del Contrato, siempre que se trataran de obras que al momento de ocurrir tales hechos se encontraran afectas directamente al Sector.	**X**	
Los efectos favorables o desfavorables de derivados de una decisión de Autoridad Gubernamental o de juez de la República que impida el recaudo de Estaciones de Peaje o el cobro de las Tarifas por parte de la Concesionaria.	**X**	

Los efectos favorables o desfavorables del cambio de ubicación de las Estaciones de Peaje, cuando dicha modificación hubiese sido impuesta por la ANI o por cualquier entidad pública colombiana con capacidad para ordenar tal modificación.	**X**	
Los efectos favorables o desfavorables de cualquier reclamación o acción de terceros con ocasión de la gestión predial, en especial, en lo que tiene que ver con la valoración, pago de los Predios y el correcto manejo de los recursos que se destinen para el efecto. Además, los efectos favorables o desfavorables de las demandas o reclamaciones que se interpusieran contra la ANI, durante todo el periodo de la concesión por hechos u omisiones de la Concesionaria en su gestión predial a partir de la suscripción del Acta de Inicio. Asimismo, los efectos de cualquier error en la identificación del beneficiario, de los pagos o cualquier pago realizado en exceso sería atribuido al Concesionario y en consecuencia éste deberá rembolsar a la Subcuenta de Predios.		**X**
El valor en exceso del 120% de la adquisición predial	**X**	

Terminación del Contrato

La Sección 15.01 previó que el contrato finalizaría al momento de la terminación de la etapa de operación y mantenimiento[213], aunque también podía terminarse anticipadamente, en los siguientes casos: i) por declaratoria de caducidad; ii) por terminación unilateral de la ANI en los términos de la Sección 15.03 del Contrato y en las condiciones previstas en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993; iii) por causas imputables a la ANI en caso de no efectuar los traslados de los aportes en los plazos máximos y montos señalados en la sección 13.03, siempre que la mora superara los 90 días, así como por el incumplimiento reiterado de sus obligaciones; y iv) por evento eximente de responsabilidad que ocasionara la suspensión de la ejecución del contrato por un período de 3 meses continuos.

Liquidación del Contrato

De acuerdo con el Capítulo XVII del Contrato, existían varias fórmulas de liquidación, dependiendo de la causa que originara la terminación del Contrato. En tal evento, se activarían obligaciones a cargo de las Partes y la Concesionaria, todas tendientes a dar cauce al proceso de liquidación.

El contrato preveía fórmulas de liquidación para los siguientes casos:

(i) Por la terminación del contrato en caso de la obtención del VPIT o por vencimiento del plazo (Sección 17.03)
(ii) Por el incumplimiento del Concesionario en la fase de preconstrucción (Sección 17.04, lit a).

En este caso, la fórmula de liquidación incluía los costos relacionados con las obligaciones del Concesionario en fase de Preconstrucción, siempre que hubieran sido reconocidos por la ANI, a saber: estudios de trazado y diseño geométrico, estudios de detalle ejecutados, intervención prioritaria, estudios de impacto ambiental, costos de licencias ambientales y de la implementación del estudio de impacto ambiental, levantamiento de información predial, gestión y adquisición de predios, gestión social, costos de operación y mantenimiento y gastos de administración. Se partía de que la ANI, en este caso, debía reconocer los intereses corrientes pagados y los causados y no pagados por servicio de la deuda con los prestamistas, sin tener en cuenta los aportes de capital ni la deuda subordinada aportada por los socios o miembros del Concesionario. El valor reconocido por estas actividades se basaba en los valores brutos de inversión (sin incluir depreciaciones, amortizaciones o valorizaciones) registrados en los Estados Financieros y certificados por el interventor, los cuales debían corresponder exclusivamente a los costos directos asociados con estas actividades. Los valores reconocidos solo podían ser aquellos debidamente soportados en la contabilidad del Concesionario.

Las anteriores sumas, por su parte, debían afectarse con las multas impuestas al Concesionario y con la cláusula penal a imponer en los términos de la Sección 19.07

[213] Es decir, cuando el concesionario hubiera recibido el VPIT o se llegara al plazo máximo definido en el contrato.

Si luego de aplicada la fórmula establecida en el Contrato que tenía en cuenta las variables anteriormente expuestas, el resultado era una suma a cargo de la ANI, esta debía hacer el pago con los saldos disponibles en la cuenta Aportes INCO. Si la suma era a cargo del Concesionario, debía afectarse la cuenta de Aportes Concesionario. De haber saldos no cubiertos, la parte obligada tenía un plazo de 18 meses para pagar el saldo remanente, período durante el cual se causarían intereses equivalentes a la tasa del DTF+5 (el *spread* debía sumarse a la DTF expresada en trimestre anticipado y este valor se reexpresaría en efectivo anual). Vencidos estos términos, se causarían intereses de mora de acuerdo con lo establecido en la Sección 19.01 del Contrato.

(iii) Por el incumplimiento del Concesionario en la fase de Construcción (Sección 17.04, lit c)
En esta situación, ante todo, los prestamistas tenían ejercer su derecho de toma de posesión del contrato, que estaba contemplado en la Sección 16.01. Si los prestamistas no ejercieren tal derecho, la ANI debía asegurar la continuidad del proyecto, para lo cual debía seleccionar un nuevo Concesionario de acuerdo con la Ley que resultare aplicable y bajo la premisa de que el valor mínimo que podían ofrecer los proponentes era el valor de la deuda del Concesionario pendiente de pago, valor que debía ser aportado por el nuevo Concesionario. Dicho pago debía entregarse a los Prestamistas para la atención del saldo insoluto de la deuda.

En este caso, la liquidación consistía en una fórmula que partía de reconocer los costos relacionados con las obligaciones del Concesionario hasta la terminación durante la fase de Construcción, siempre que hubieran sido reconocidos por la ANI, a saber: estudios de trazado y diseño geométrico, estudios de detalle ejecutados, intervención prioritaria, estudios de impacto ambiental, costos de licencias ambientales y de la implementación del estudio de impacto ambiental, levantamiento de información predial, gestión y adquisición de predios, gestión social, costos de operación y mantenimiento, gastos de administración, obras de construcción, rehabilitación y mejoramiento efectuadas por el contratista EPC y verificadas por el Interventor. Se partía de que la ANI, en este caso, debía reconocer los intereses corrientes pagados y los causados y no pagados por servicio de la deuda con los prestamistas, sin tener en cuenta los aportes de capital ni la deuda subordinada aportada por los socios o miembros del Concesionario. El valor reconocido por estas actividades se basaba en los valores brutos de inversión (sin incluir depreciaciones, amortizaciones o valorizaciones) registrados en los Estados Financieros certificados por el interventor, los cuales debían corresponder exclusivamente a los costos directos asociados con estas actividades. Los valores reconocidos solo podían ser aquellos debidamente soportados en la contabilidad del Concesionario.

Las anteriores sumas, por su parte, debían afectarse con las multas impuestas al Concesionario y con la cláusula penal a imponer en los términos de la Sección 19.07 (b).

Si luego de aplicada la fórmula establecida en el Contrato que tenía en cuenta las variables anteriormente expuestas, el resultado era una suma a cargo de la ANI, esta debía hacer el pago con los saldos disponibles en la cuenta Aportes INCO. Si la suma era a cargo del Concesionario, debía afectarse la cuenta de Aportes Concesionario. De haber saldos no cubiertos, la parte obligada tenía un plazo de 18 meses para pagar el saldo remanente, período durante el cual se causarían intereses equivalentes a la tasa del DTF+5 (el *spread* debía sumarse a la DTF expresada en trimestre anticipado y este valor se reexpresaría en efectivo anual). Vencidos estos términos, se causarían intereses de mora de acuerdo con lo establecido en la Sección 19.01 del Contrato.

(iv) Por el incumplimiento del Concesionario en la fase de operación y mantenimiento (Sección 17.04, lit d)

En esta situación, los prestamistas tenían derecho a ejercer su derecho de toma de posesión del contrato, que estaba contemplado en la Sección 16.01. Si los prestamistas no ejercieren tal derecho, la ANI debía asegurar la continuidad del proyecto, para lo cual debía seleccionar un nuevo Concesionario de acuerdo con la Ley que resultare aplicable y bajo la premisa de que el valor mínimo que podían ofrecer los proponentes era el valor de la deuda del Concesionario pendiente de pago,

valor que debía ser aportado por el nuevo concesionario. Dicho pago debía entregarse a los Prestamistas para la atención del saldo insoluto de la deuda.

La liquidación consistía en una fórmula que partía de reconocer los costos relacionados con las obligaciones del Concesionario hasta la terminación durante la fase de Operación y Mantenimiento, siempre que hubieran sido reconocidos por la ANI, a saber: estudios de trazado y diseño geométrico, estudios de detalle ejecutados, intervención prioritaria, estudios de impacto ambiental, costos de licencias ambientales y de la implementación del estudio de impacto ambiental, levantamiento de información predial, gestión y adquisición de predios, gestión social, costos de operación y mantenimiento, gastos de administración, obras de construcción, rehabilitación y mejoramiento efectuadas por el contratista EPC y verificadas por el Interventor. Se partía de que la ANI, en este caso, debía reconocer los intereses corrientes pagados y los causados y no pagados por servicio de la deuda con los prestamistas, sin tener en cuenta los aportes de capital ni la deuda subordinada aportada por los socios o miembros del Concesionario. El valor reconocido por estas actividades se basaba en los valores brutos de inversión (sin incluir depreciaciones, amortizaciones o valorizaciones) registrados en los Estados Financieros certificados por el interventor, los cuales debían corresponder exclusivamente a los costos directos asociados con estas actividades. Los valores reconocidos solo podían ser aquellos debidamente soportados en la contabilidad del Concesionario.

Las anteriores sumas, por su parte, debían afectarse con las multas impuestas al Concesionario y con la cláusula penal a imponer en los términos de la Sección 19.07 (b).

Si luego de aplicada la fórmula establecida en el Contrato que tenía en cuenta las variables anteriormente expuestas, el resultado era una suma a cargo de la ANI, esta debía hacer el pago con los saldos disponibles en la cuenta Aportes INCO. Si la suma era a cargo del Concesionario, debía afectarse la cuenta de Aportes Concesionario. De haber saldos no cubiertos, la parte obligada tenía un plazo de 18 meses para pagar el saldo remanente, período durante el cual se causarían intereses equivalentes a la tasa del DTF+5 (el *spread* debía sumarse a la DTF expresada en trimestre anticipado y este valor se reexpresaría en efectivo anual). Vencidos estos términos, se causarían intereses de mora de acuerdo con lo establecido en la Sección 19.01 del Contrato.

(v) Por el incumplimiento de la ANI en la fase de Preconstrucción (Sección 17.05, lit a)

En este caso, la fórmula de liquidación partía de reconocer los costos relacionados con las obligaciones del Concesionario en fase de Preconstrucción, siempre que hubieran sido reconocidos por la ANI, a saber: estudios de trazado y diseño geométrico, estudios de detalle ejecutados, intervención prioritaria, estudios de impacto ambiental, costos de licencias ambientales y de la implementación del estudio de impacto ambiental, levantamiento de información predial, gestión y adquisición de predios, gestión social, costos de operación y mantenimiento y gastos de administración. Se partía de que la ANI, en este caso, debía reconocer los intereses corrientes pagados y los causados y no pagados por servicio de la deuda con los prestamistas, sin tener en cuenta los aportes de capital ni la deuda subordinada aportada por los socios o miembros del Concesionario. El valor reconocido por estas actividades se basaba en los valores brutos de inversión (sin incluir depreciaciones, amortizaciones o valorizaciones) registrados en los Estados Financieros y certificados por el interventor, los cuales debían corresponder exclusivamente a los costos directos asociados con estas actividades. Los valores reconocidos solo podían ser aquellos debidamente soportados en la contabilidad del Concesionario.

Las anteriores sumas, por su parte, debían afectarse con las multas impuestas al Concesionario y con la compensación que debía reconocer la ANI por la terminación anticipada, que se calculaba con base en una fórmula que tenía en cuenta los aportes de capital, la prima en colocación de acciones, la deuda subordinada, los dividendos decretados, los intereses sobre la deuda subordinada y una tasa de descuento efectiva anual del 11.33%.

Si luego de aplicada la fórmula establecida en el Contrato que tenía en cuenta las variables anteriormente expuestas, el resultado era una suma a cargo de la ANI, esta debía hacer el pago con los saldos disponibles en la cuenta Aportes INCO. Si la suma era a cargo del Concesionario, debía afectarse la cuenta de Aportes Concesionario. De haber saldos no cubiertos, la parte obligada tenía un plazo de 18 meses para pagar el saldo remanente, período durante el cual se causarían intereses equivalentes a la tasa del DTF+5 (el *spread* debía sumarse a la DTF expresada en trimestre anticipado y este valor se reexpresaría en efectivo anual). Vencidos estos términos, se causarían intereses de mora de acuerdo con lo establecido en la Sección 19.01 del Contrato.

(vi) Por el incumplimiento de la ANI en la fase de construcción (Sección 17.05, literal b)

En esta situación, los prestamistas tenían ejercer su derecho de toma de posesión del contrato, que estaba contemplado en la Sección 16.01. Si los prestamistas no ejercieren tal derecho, la ANI debía asegurar la continuidad del proyecto, para lo cual debía seleccionar un nuevo Concesionario de acuerdo con la Ley que resultare aplicable y bajo la premisa de que el valor mínimo que podían ofrecer los proponentes era el valor de la deuda del Concesionario pendiente de pago, valor que debía ser aportado por el nuevo concesionario. Dicho pago debía entregarse a los Prestamistas para la atención del saldo insoluto de la deuda.

La liquidación consistía en una fórmula que partía de reconocer los costos relacionados con las obligaciones del Concesionario hasta la terminación durante la fase de Construcción, siempre que hubieran sido reconocidos por la ANI, a saber: estudios de trazado y diseño geométrico, estudios de detalle ejecutados, intervención prioritaria, estudios de impacto ambiental, costos de licencias ambientales y de la implementación del estudio de impacto ambiental, levantamiento de información predial, gestión y adquisición de predios, gestión social, costos de operación y mantenimiento, gastos de administración, obras de construcción, rehabilitación y mejoramiento efectuadas por el contratista EPC y verificadas por el Interventor. Se partía de que la ANI, en este caso, debía reconocer los intereses corrientes pagados y los causados y no pagados por servicio de la deuda con los prestamistas, sin tener en cuenta los aportes de capital ni la deuda subordinada aportada por los socios o miembros del Concesionario. El valor reconocido por estas actividades se basaba en los valores brutos de inversión (sin incluir depreciaciones, amortizaciones o valorizaciones) registrados en los Estados Financieros certificados por el interventor, los cuales debían corresponder exclusivamente a los costos directos asociados con estas actividades. Los valores reconocidos solo podían ser aquellos debidamente soportados en la contabilidad del Concesionario.

Las anteriores sumas, por su parte, debían afectarse con las multas impuestas al Concesionario y con la compensación que debía reconocer la ANI por la terminación anticipada, que se calculaba con base en una fórmula que tenía en cuenta los aportes de capital, la prima en colocación de acciones, la deuda subordinada, los dividendos decretados, los intereses sobre la deuda subordinada y una tasa de descuento efectiva anual del 11.33%.

Si luego de aplicada la fórmula establecida en el Contrato que tenía en cuenta las variables anteriormente expuestas, el resultado era una suma a cargo de la ANI, esta debía hacer el pago con los saldos disponibles en la cuenta Aportes INCO. Si la suma era a cargo del Concesionario, debía afectarse la cuenta de Aportes Concesionario. De haber saldos no cubiertos, la parte obligada tenía un plazo de 18 meses para pagar el saldo remanente, período durante el cual se causarían intereses equivalentes a la tasa del DTF+5 (el *spread* debía sumarse a la DTF expresada en trimestre anticipado y este valor se reexpresaría en efectivo anual). Vencidos estos términos, se causarían intereses de mora de acuerdo con lo establecido en la Sección 19.01 del Contrato.

(vii) Por el incumplimiento de la ANI en la etapa de operación y mantenimiento (Sección 17.05 lit c)

La liquidación consistía en una fórmula que tenía en cuenta el valor presente de los ingresos totales del contrato solicitados por el Concesionario en pesos constantes del 31 de diciembre de 2008, el

valor presente de los ingresos totales recibidos, y el tiempo transcurrido entre diciembre de 2008 y el mes de terminación del contrato.

(viii) Por eventos eximentes de responsabilidad o por mutuo acuerdo en las fases de Preconstrucción (Sección 17.06 lit c), Construcción (17.06 lit. d), u Operación y Mantenimiento (17.06 lit e)

En tales situaciones no había lugar al reconocimiento de indemnizaciones a cualquiera de las partes, ni a la imposición de sanciones al Concesionario, salvo las sanciones impuestas durante la ejecución del contrato no relacionadas con la causal de terminación. También se establecía que el INCO debía adelantar los trámites necesarios para contar con los recursos que le permitieran pagar el saldo insoluto de la deuda del Concesionario con los prestamistas.

La fórmula de liquidación partía de reconocer los costos ejecutados dependiendo de la Fase del Contrato de acuerdo con lo expuesto en los anteriores numerales y sobre las sumas a cargo de la ANI o de la Concesionaria se aplicaban los intereses también de acuerdo con lo ya expuesto.

Si la terminación se daba en la fase de Construcción o de Operación y Mantenimiento, los prestamistas podían ejercer su derecho a la toma de posesión del contrato de acuerdo con la Sección 16.01 del Contrato.

g. El Acta de inicio del Contrato y el Acta de Inicio de la Fase de Construcción

El Acta de inicio del Contrato de Concesión No. 001 del 14 de enero de 2010, se suscribió el 31 de marzo de 2010 entre el Supervisor del INCO, el Interventor Cano Jiménez Estudios S.A. y el representante legal de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

Además, cumplidos los requisitos contractuales, el 7 de junio de 2011, las Partes suscribieron el Acta de Inicio de la Fase de Construcción del Contrato y se dio por terminada la Fase de Pre Construcción.

h. Las modificaciones al Contrato de Concesión No. 001 de 2010

El citado Contrato de Concesión No. 001 de 2010, fue modificado por las Partes mediante los siguientes acuerdos, entre los cuales se destaca el Otrosí No. 6 del 14 de marzo de 2014, que lo modificó de manera sustancial:

Otrosí No. 1, suscrito el 11 de marzo de 2013, por el cual se autorizó la suscripción del Acta de Terminación del Hito 43N PR 57+000 al PR 64+650 Ruta 4514 y se aclaró el Apéndice Técnico Parte A, Sección 3.4 del Contrato en el indicador técnico originalmente definido para el índice de ahuellamiento. Esta modificación no generó cambios al valor del Contrato.

Otrosí No. 2, suscrito el 5 de abril de 2013, para ampliar los plazos máximos para el inicio de la Operación de la doble calzada de los Tramos 1 y 5 de carretera previstos en el Numeral 3.2 del Apéndice Técnico Parte A y ajustar la Programación de las Obras de los Tramos 1, 5 y 6, por causa de la ocurrencia de los eximentes de responsabilidad expuestos en la parte motiva de este Otrosí. Esta modificación no generó cambios en el valor del Contrato ni en el plazo total estimado del mismo.

Otrosí No. 3 del 15 de julio de 2013, mediante el cual se adicionó el Contrato de Concesión para que el Concesionario elaborara los Estudios y Diseños Fase III del Tramo Aguaclara-Gamarra-Puerto Capulco y la vías de acceso a los demás puertos ribereños localizados en una longitud menor o igual a 5 km de distancia del casco urbano del Municipio de Gamarra, incluidas las variantes de Aguachica

y Ocaña y así mismo para que el Concesionario pudiera asumir sus responsabilidades como Concesionario dentro de este Contrato, incluyendo las responsabilidades por la construcción de la nueva obra, para seleccionar al constructor, a través del procedimiento se licitación privada. Tales obras se efectuarían siempre que de la estructuración financiera, jurídica y técnica del proyecto, la ANI concluyera en forma expresa y definitiva que el Proyecto era viable. La apertura de la Licitación Privada para la ejecución de los trabajos de construcción, rehabilitación y mejoramiento del Tramo Ocaña – Aguaclara – Gamarra – Puerto Capulco y las vías de acceso a los demás puertos ribereños, incluidas las variantes de Aguachica y Ocaña, estaría sujeta a la aprobación de los Estudios y Diseños Fase III por parte de la ANI y de la Estructuración Jurídica y Financiera por parte de la ANI, así como que de la estructuración financiera, jurídica y técnica del Proyecto, la ANI concluyera en forma expresa y definitiva que el Proyecto era viable y que se contaba con la disponibilidad presupuestal conforme a lo establecido en el Contrato de Concesión.

El alcance de los Estudios y Diseños Fase III correspondería al establecido en el Apéndice Técnico – Anexo 1 del Contrato de Concesión No. 001 de 2010. En este Otrosí se definió el alcance tanto de la estructuración jurídica como de la estructuración financiera los trabajos de construcción, rehabilitación y mejoramiento del Tramo Ocaña – Gamarra – Puerto Capulco y la vía de acceso a los demás puertos ribereños, incluidas las variantes de Aguachica y Ocaña.

Mediante este Otrosí también se creó la Subcuenta de Obras, Estudios y Diseños

Valor del Otrosí No. 3: Tres mil ciento setenta y siete millones quinientos noventa y dos mil quinientos cincuenta y un mil pesos ($3.177.592.551, en pesos de mayo de 2013). Estos recursos fueron asumidos por el Concesionario y reconocidos por la ANI, mediante solicitud a la Fiduciaria de efectuar el traslado a la Subcuenta Estudios y Obras de la Subcuenta Supervisión Aérea.

Acta Modificatoria Otrosí No. 3: Modificar el alcance del Otrosí No. 3 al Contrato de Concesión 001 el cual quedará así: Estudios y diseños Fase III del Tramo Aguaclara-Gamarra-Puerto Capulco (incluye perimetral de Aguachica) y demás puertos ribereños localizados en una longitud de 5.8 km hacia el norte y 8.9 km hacia el sur del casco urbano del municipio de Gamarra. Variantes de San Andrés, Río de Oro-Ocaña-Fase II. Diseños Fase II para el tramo Aguaclara y Río de Oro.

Otrosí No. 4, suscrito el 28 de octubre de 2013, mediante el cual se ampliaron los plazos máximos para el inicio de Operación de la doble calzada de los Tramos 2, 3, 4 y 7 del Sector 2 y ajustar la programación de las obras de los Tramos 2, 3, 4 y 7, por efecto de la ampliación de plazos de entrada en operación de los tramos 1 y 5 y el ajuste en la programación de las obras de los Tramos 1, 5 y 6 pactada en el Otrosí No 2 por hechos ocurridos hasta el 30 de noviembre de 2012; ampliar la duración máxima de la Fase de Construcción y de la Etapa Pre Operativa hasta el 13 de febrero de 2017. Esta modificación no generó cambios al valor del Contrato.

Otrosí No. 5, suscrito el 19 de diciembre de 2013, mediante el cual se adicionó el Contrato de Concesión para que el Concesionario elaborara los Estudios y Diseños Fase III de la intersección a desnivel para el acceso al Municipio de Puerto Boyacá – Departamento de Boyacá- ubicada en el Tramo 2 Hito 8 PR 97+060 RN 4511 del Proyecto Vial Ruta del Sol Sector 2, así como la estructuración financiera y jurídica del Proyecto y para el Concesionario asumiera sus responsabilidades como Concesionario dentro del Contrato de Concesión, incluyendo las responsabilidades por la construcción de la nueva obra para lo cual debía seleccionar y contratar al constructor, a través del procedimiento de licitación privada.

Tales obras se efectuarían siempre que de la estructuración financiera, jurídica y técnica del proyecto, la ANI concluyera en forma expresa y definitiva que el Proyecto era viable.

La apertura de la Licitación Privada para la ejecución de las obras de construcción de la intersección, estaría sujeta a la aprobación de los Estudios y Diseños Fase III por parte de la ANI y de la Estructuración Jurídica y Financiera por parte de la ANI, así como que de la estructuración financiera, jurídica y técnica del Proyecto, la ANI concluyera en forma expresa y definitiva que el

Proyecto era viable y que se contaba con la disponibilidad presupuestal conforme a lo establecido en el Contrato de Concesión.

En este Otrosí se definió el alcance de los Estudios y Diseños Fase III ajustados a las condiciones particulares de la estructura de la intersección, así como el alcance tanto de la estructuración jurídica como de la estructuración financiera los Estudios y Diseños Fase III de los trabajos de construcción de la intersección.

Valor del Otrosí No. 5: Ochocientos treinta y siete millones ochocientos setenta y un mil cuatrocientos ochenta y seis pesos ($837.871.486, en pesos de noviembre de 2013). Estos recursos fueron asumidos por el Concesionario y reconocidos por la ANI, mediante solicitud a la Fiduciaria de efectuar el traslado a la Subcuenta Estudios y Obras de la Subcuenta Supervisión Aérea.

Otrosí No. 6, suscrito el 14 marzo 2014, mediante el cual se acordó adicionar el Contrato de Concesión No. 001 de 2010, "para que EL CONCESIONARIO por su cuenta y riesgo, elabore los diseños, financie, obtenga las Licencias Ambientales y demás permisos, adquiera predios, rehabilite, construya, mejore, opere y mantenga el Tramo denominado '*Transversal Rio de Oro – Aguaclara – Gamarra',* de conformidad con lo previsto en el Numeral 4 del Artículo 32 de la Ley 80 de 1993; siempre y cuando se de aplicación a lo establecido en la Cláusula Décima Tercera del Otrosí." En ella, las Partes acordaron que en caso de que no se sucediera una cualquiera de las condiciones esenciales descritas en esta Cláusula, para continuar con el desarrollo del Proyecto, a no ser que las Partes acordaran otra cosa, este Otrosí se podía resolver, si consecuencia de ninguna índole para las Partes. Se definieron como condiciones esenciales para la ejecución del Proyecto, las siguientes: (a) Autorización por parte del CONFIS y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para trasladar las vigencias del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, programadas para los años 2024 y 2025, para los años 2016, 2017, 2018. (b) Autorización por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para adelantar la eventual compensación por la no obtención del VPIT del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, en el año 2023. (c) Autorización del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para aprobar la eventual compensación por la no obtención del VPIT2023, VPIT2028 y VPIT Adicional, en los años 2023, 2028 y 2035, respectivamente. (d) Autorización del Ministerio de Transporte, para el aumento en las tarifas de las estaciones de peaje del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 y expedición de la resolución correspondiente; (e) Autorización por parte del Ministerio de Transporte y expedición de la resolución correspondiente, para la ubicación, instalación y cobro de dos nuevas estaciones de peaje en el corredor vial l

Esta modificación es un contrato adicional y por lo tanto comportó una modificación sustancial al Contrato de Concesión No. 001 de 2010, para lo cual se realizó su propia estructuración financiera; ase adoptaron algunas de las características de la estructuración prevista para los contratos de 4G las cuales se ajustaron y desarrollaron en los acuerdos de este Contrato Adicional, en razón a las características especiales y particulares del objeto a desarrollar como lo eran: (a) Contrato Parte General 4G: Sección 3.4. específicamente obtención del VPIP; (b) Contrato Parte Específica: Sección 4.6 específicamente Cálculo de la Diferencia de Recaudo.

Las proyecciones de recaudo del Proyecto Ruta del Sol Sector 2, arrojaron como resultado la obtención del VPIT del Contrato Básico, es decir $2.094.286.000.000 constantes del 31 de diciembre de 2008, en diciembre de 2023. Ahora, con base en el resultado de la proyección antes mencionada, las Partes plante4aron adelantar la revisión del VPIT del contrato básico de diciembre de 2030 a diciembre de 2023, aspecto que permitiría finalizar el contrato básico en este último año. Entonces, con la finalización del Contrato Básico en diciembre de 2023, las Partes consideraron viable i) utilizar las vigencias futuras de los años 2024 y 2025 asociadas en ese momento a la remuneración del VPIT básico, en la ejecución de las obras de construcción, rehabilitación, mejoramiento, operación y mantenimiento de la Transversal Río de Oro – Aguaclara – Gamarra, desde enero de 2024; b) Destinar la totalidad de los recaudos de los 5 peajes de la Ruta del Sol Sector 2 para ingresos del modelo de la citada Transversal, desde enero de 2024. Otras fuentes de ingresos del modelo financiero de estructuración de la Transversal serían el aumento adicional al incremento de las tarifas de los 5 peajes de la Ruta del Sol a partir del 201, a razón del 3% anual hasta completar el 15%; la

instalación de dos nuevas estaciones de peaje entre Aguaclara y Gamarra y entre Agua Clara y Río de Oro, con las tarifas que hacían parte del modelo financiero; y, modificar el cupo del presupuesto de gastos de inversión de la ANI comprometido para el proyecto en Vigencias Futuras, reprogramando los valores de los años 2024 y 205, los cuales sr redistribuirían en tres pagos iguales en los años 2016, 2017 y 2018.

Con fundamento en la estructuración financiera presentada por el Concesionario en cumplimiento del Otrosí No. 3, las Partes acordaron adicionar al valor inicial del Contrato que correspondía al VPIT de $2.094.286.000.000, constantes a 31 de diciembre de 2008, la suma de $676.806.954.098, constantes del 31 de diciembre de 2008 correspondientes al VPIT Adicional, para un VPIT total del Contrato de Concesión de $2.771.092.954.098, constantes del 31 de diciembre de 2008. Así mismo acordaron la forma y fechas para la obtención del VPIP y el cálculo del VPIT Adicional.

De conformidad con lo anterior se modificó el plazo total del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, el cual sería de 25 años contados a partir de su fecha de inicio, es decir hasta el año 2035.

Esta adición se fundamentó en el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, que aunque había sido declarado exequible por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-300 de 2012, para el momento de la suscripción del Otrosí No. 6, ya había sido derogado por el artículo 39 de la Ley 1508 sancionada el 10 de enero de 2012, porque la Corte en dicha sentencia indicó que a pesar de ello, dicha disposición seguía rigiendo.

El 10 de noviembre de 2014, las Partes suscribieron el Acta Complementaria No. 1 del Otrosí No. 6 al Contrato de Concesión; el 7 de diciembre de 2014, firmaron el Acta de Revisión del Modelo Financiero Marginal y el 30 de abril de 2015, suscribieron el Acta Complementaria No. 2 del Otrosí No. 6 al Contrato de Concesión.

Otrosí No. 7, suscrito el 15 de mayo de 2014, mediante el cual se adicionó al Contrato la definición de "Acta de Cumplimiento de Indicadores relacionada con la terminación de la Construcción de la nueva Calzada y/o de las obras de Mejoramiento y de Rehabilitación de la Calzada Existente", y en concordancia con lo anterior, modificar el literal (a) de la Sección 8.08, Sección 8.09 y el literal (c) de la Sección 13.04 del Contrato de Concesión.

El 6 de junio de 2014, las Partes suscribieron el Acta Aclaratoria del Otrosí No. 7, en el sentido de que los Hitos de Construcción Nos. H4N-VPL, H5N, H37N, H38N, H46N, H47N y H48N, hacían parte de aquellos que se encontraban en proceso de verificación de cumplimiento de indicadores, atendiendo el requerimiento expreso del Concesionario, por lo cual para su revisión, reconocimiento y pago, se debía dar aplicación a lo acordado en el Otrosí No. 7.

Por su parte, el 8 de noviembre de 2014 suscribieron el Acta de Entendimiento No. 2, mediante el cual se aclaró el Literal (a) del Numeral 1.5, del Apéndice Técnico Sector 2 – Parte A del Contrato de Concesión, en cuanto a que el separador central también puede ser menor a 9.30 metros en los casos que sea justificable; de acuerdo con las disposiciones definidas en dicho documento.

Otrosí No. 8, suscrito el 23 diciembre de 2014, en el cual se acordó ingresar a la Subcuenta Estudios y Obras del Patrimonio Autónomo -Fideicomiso Ruta del Sol Sector 2-, la suma de $10.330.791.573 los que tenían como destinación inicial la ejecución de las obras relacionadas con la intersección a desnivel para el acceso al Municipio de Puerto Boyacá ubicada en el Tramo 2 Hito 8 PR 97+060 del Proyecto Vial Ruta del Sol Sector 2, en los términos que acordaran las Partes, siempre que dela estructuración financiera, jurídica y técnica del proyecto la ANI concluyera en forma expresa y definitiva que el proyecto era viable.

Otrosí No. 9, suscrito el 4 de diciembre de 2015, con el objeto de modificar la fórmula mensual para el cálculo de los traslados de los aportes INCO a la Cuenta de Aportes Concesionario durante la Etapa Pre-operativa.

Protocolo para aplicación del Otrosí No. 9, que corresponde a la metodología para la aplicación de la nueva fórmula de traslado de recursos pactada y el cual hace parte integral del Otrosí No. 9.

Acuerdo Conciliatorio de demanda arbitral 4190 (04 de diciembre de 2015: Conciliar exclusivamente las diferencias y reclamaciones existentes en el proceso arbitral No. 4190 por razón de los efectos financieros "por el desplazamiento en el recibo de los ingresos correspondientes a aportes de la ANI ("Aportes INCO"), aprobado por el Tribunal Arbitral mediante Auto No. 11 del 1 febrero de 2016 (Acta No. 9)

Acuerdo Conciliatorio de demanda arbitral 4209 (04 diciembre de 2015: Conciliar exclusivamente las diferencias y reclamaciones existentes en el proceso arbitral No. 4209 por los efectos financieros ocasionados "*por el desplazamiento en el recibo de los ingresos correspondientes a aportes de la ANI y las inversiones realizadas por parte de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.*", aprobado por el Tribunal mediante Auto No. 3 del 1 febrero de 2016 (Acta No. 4).

Otrosí No. 10, suscrito el 3 de noviembre de 2016, mediante el cual se modificó el alcance de las obligaciones del Concesionario contenidas en el numeral 1.2 del Contrato de Concesión y en su integridad del Anexo Técnico Parte A del Contrato, en relación con la vía comprendida entre el PR 34+000 al PR 39+080 del hito 1 Ruta 4510 del Tramo 1: Puerto Salgar-Caño Alegre, para que el Concesionario continuara en dicha vía únicamente con la operación y el mantenimiento de la calzada existente. Así mismo, se adicionó el Contrato de Concesión para que el Concesionario por su cuenta y riesgo financiara, obtuviera las licencias ambientales y demás permisos, adquiriera predios, construyera, operara y mantuviera las obras del Intercambiador de Puerto Boyacá.

Igualmente, las Partes suscribieron el Protocolo para la aplicación del Otrosí No. 10.

Finalmente, mediante Acuerdo celebrado el 22 de febrero de 2017, modificado el 27 de marzo del mismo año, de mutuo consenso, las Partes pactaron la terminación del Contrato, fijaron un período de transición y definieron una fórmula de Liquidación que se comprometieron a someter a la aprobación del juez competente.

El 20 de octubre de 2017, se suscribió el Acta de Reversión del Corredor Vial el cual simultáneamente fue entregado al INVIAS.

2. Las actuaciones de actores o partícipes de derecho privado

a. Las intención de participar en el Proyecto por parte de las Sociedades Odebrecht

1) Las Sociedades CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. Sucursal Colombia y ODEBRECHT INVESTIMENTOS EN INFRAESTRUCTURA LTDA

Para el año 2009, **CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.** era una sociedad constituida según las leyes entonces vigentes de la República Federativa del Brasil con sede en la ciudad de Río de Janeiro, con Sucursal en la República de Colombia, constituida mediante Escritura Pública No. 031 de la Notaría 25 del Círculo de Bogotá el 21 de febrero de 1992, registrada en la Cámara de Comercio de Bogotá con matrícula No. 00489542, con el NIT 800.155.291-4.

Para el año 2009, **ODEBRECHT INVESTIMENTOS EN INFRAESTRUCTURA LTDA.,** era una sociedad constituida según las leyes vigentes en la República Federativa del Brasil. No existe evidencia que se hubiera constituido sucursal en Colombia, constituida mediante escritura pública inscrita en el Registro Público Mercantil.

2) La búsqueda de aliados en Colombia para participar en el Proyecto

Decididas a participar en el Proyecto Ruta del Sol, con base en la información obtenida, las Sociedades Odebrecht buscaron en Colombia aliados estratégicos con experiencia económica y técnica.

Para tal efecto, buscó como aliado económico financiero a la Corporación Financiera Colombiana S.A. y más adelante, como aliado técnico a CSS Constructores S.A.

Para el año 2009, Estudios y Proyectos del Sol EPISOL S.A.S. era una sociedad constituida mediante Escritura Pública No. 10308 del 20 de diciembre de 2007, de la Notaría 71 de Bogotá, con NIT 9001922423, sociedad controlada por su Matriz, la CORPORACIÓN FINANCIERA COLOMBIANA S.A. -CORFICOLOMBIANA, establecimiento de crédito organizado y constituido bajo las Leyes de la República de Colombia, legalmente constituida por Escritura Pública No. 5710 del 27 de noviembre de 1961 otorgada en la Notaría 1 del Círculo de Bogotá.

Para el año 2009, CSS CONSTRUCTORES S.A., era una sociedad constituida mediante Escritura Pública No. 0001875 otorgada el 12 de diciembre de 2001 en la Notaría 2 de Zipaquirá.

b. La suscripción del Memorando de Entendimiento "MOU", Memorándum of Understanding entre la CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. Sucursal Colombia y la CORPORACIÓN FINANCIERA COLOMBIANA S.A.

El 10 de julio de 2009, **la CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. Sucursal Colombia** y la **CORPORACIÓN FINANCIERA COLOMBIANA S.A.**, suscribieron un Memorando de Entendimiento en el cual se definieron sus relaciones para participar en el Proyecto Ruta del Sol bajo los estrictos principios básicos, uno de estricta confidencialidad en el manejo de la Información Confidencial que se emplearía y el otro el de la exclusividad. En caso de que la licitación les fuera adjudicada, la obligación de confidencialidad se mantendría por un término de dos años contados a partir de la fecha de inicio de la Concesión. El mismo plazo se respetaría en caso de que la Licitación se declarara desierta o se cancelara por cualquier motivo. Tal obligación de confidencialidad de cada una de las partes, no implicaba que la información relativa al Proyecto no pudiera ser conocida por las matrices, filiales, subsidiarias y vinculadas de las Partes, sus representantes legales, directivos, trabajadores, subcontratistas, asesores y, en general otras personas naturales o jurídicas vinculadas a las mismas para la ejecución del Proyecto, en el entendido de que todas ellas estarían sujetas a la obligación de confidencialidad.

En virtud de dicho Memorando de Entendimiento, cada una de las Partes se comprometió a aportar: i) toda su experiencia en la evaluación del proyecto, el proceso de Licitación y en la preparación de la Propuesta a presentar en la Licitación; ii) a asumir todos los costos y gastos para la preparación y presentación de la propuesta para la Licitación según el porcentaje de participación vinculado al Concesionario que se definieran, inclusive los que se hubieren generado antes de la firma del Memorando una vez las Partes los hubieren conocido y aceptado expresamente, sobre Presupuesto de Gastos; iii) aportar las fianzas de la licitación o garantías de la oferta y sus contragarantías, de acuerdo con la participación que igualmente se definiera; iv) a suministrar y compartir toda la documentación que poseyeran y fuere necesaria para la preparación y presentación de la Propuesta, y v) a cumplir todas las demás obligaciones que se derivaran de la suscripción de dicho documento.

En dicho Memorando se acordó que en el Proceso de la Licitación, ODEBRECH sería el líder en la asociación que se conformara y en toda la estructuración de la Propuesta así como en la ejecución del Proyecto. En tal virtud, las Partes designaron como Coordinador General de la Propuesta a

ODEBRECH quien tendría a su cargo coordinar todas las informaciones necesarias para la evaluación del Proyecto, y la preparación y presentación de la Propuesta, así como también la administración y ejecución del Presupuesto de Gastos de la Propuesta que las Partes de común acuerdo y por escrito convinieran, en el cual debería quedar consignado entre otros, cuáles serían los gastos que se podrían incluir en dicho Presupuesto y la obligación de acreditar a satisfacción de la otra Parte los gastos incurridos por ellas, incluso con anterioridad a la suscripción del Memorando. Así mismo las Partes acordaron que constituirían un Comité Ejecutivo conformado por representantes de las Partes, quienes darían los lineamientos básicos que deberían ser seguidos por el Coordinador General de la Propuesta y que sería el responsable de establecer una agenda de trabajo donde se indicarían las principales actividades que deberían ser realizadas.

Con independencia de la participación de CORFICOLOMBIANA y ODEBRECHT en la figura asociativa que se empleara para participar en el Proyecto, se estimó inicialmente que sus porcentajes de participación en el mismo podrían ser los siguientes:

CORFICOLOMBIANA: En el Concesionario, Constructor y Operador de cada sector, 31%.

ODEBRECHT: En el Concesionario, Constructor y Operador de cada sector, 40%. En todo caso, ODEBRECHT siempre mantendría un porcentaje que le permitiera tener la mayoría y por ende el liderazgo dentro de la asociación.

El restante 29% de participación en el Concesionario, Constructor y Operador de cada sector, le correspondería al o los terceros que se vincularan a la asociación.

En caso de que no se vinculara a tercero alguno, la participación definitiva sería: CORFICOLOMBIANA: 33% y ODEBRECHT: 67%.

c. La Constitución de la Estructura Plural Promesa de Sociedad Futura

El 26 de octubre de 2009, mediante documento privado, las Sociedades CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A., constituida según las leyes entonces vigentes en la República Federativa del Brasil, con sede en la ciudad de Río de Janeiro, con sucursal en la República de Colombia, constituida mediante escritura pública No. 031 de la Notaría 25 de Bogotá el 21 de febrero de 1992, con una participación del 25.01%, ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRAESTRUTURA LTDA., constituida según las leyes entonces vigentes en la República Federativa del Brasil, con una participación del 37%, ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A. EPISOL S.A., con una participación del 33%, y CSS CONSTRUCTORES S.A., con una participación del 4.99%, constituyeron la ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. (CRS) y se obligaron a constituir en caso de resultar adjudicatarios del Contrato de Concesión correspondiente al Sector 2, la Sociedad CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. (CRS).

d. El Acuerdo de Accionistas

El 12 de noviembre de 2009, las Sociedades ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRAESTRUTURA LTDA., CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. y ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A. EPISOL S.A., celebraron el Acuerdo de Accionistas con el objeto de reglamentar las relaciones entre las Partes respecto de la Sociedad Concesionaria y durante la ejecución del Contrato de Concesión y la de CORFICOLOMBIANA con las Partes.

En virtud de dicho Acuerdo, estas tres sociedades accionistas se obligaron a hacer en la Sociedad Concesionaria una inversión inicial de nos menos de $245.000.000.000 en pesos constantes de 31 de diciembre de 2018, en los términos y condiciones que exigiera el Contrato de Concesión; se

obligaron a constituir la Sociedad Concesionaria para celebrar y ejecutar el Contrato de Concesión; a suscribir y pagar los aportes de capital del concesionario, así: CON 25.01%; OII 37% y EPISOL 33%; a adoptar los Estatutos Sociales de la Concesionaria; a proveer los cargos directivos: El Presidente designado por la Junta Directiva con la postulación que efectuara ODEBRECHT, un Director Administrativo y Financiero postulado por ODEBRECHT, un Director de Operaciones postulado por CORFICOLOMBIANA, un revisor fiscal postulado por ODEBTRECHT, un Controller postulado por CORFICOLOMBIANA y nombrado por el Presidente de la Concesionaria postulado por ODEBRECHT; a mantener absoluta confidencialidad sobre las conversaciones mantenidas y la información intercambiada, verbalmente o a través de cualquier soporte, así como sobre el contenido del Acuerdo de Accionistas y sobre toda la información confidencial. CORFICOLOMBIANA se obligó para con las Sociedades ODEBTRECHT a realizar todas las acciones que fueran necesarias para que EPISOL pudiera cumplir en todo tiempo con la totalidad de las obligaciones que contrajo o contraería por virtud del Acuerdo de Accionistas, el Contrato de Sociedad, los Pliegos de Condiciones y el Contrato de Concesión y para el logro de ese compromiso realizaría las capitalizaciones que EPISOL requiriera y en general a garantizar el cumplimiento de las obligaciones a cargo de EPISOL. En dicho Acuerdo también se pactó la solidaridad de los accionistas con la Sociedad Concesionaria y de los Accionistas entre sí frente al INCO en razón de las fianza exigida en el Pliego de Condiciones. La duración del acuerdo se pactó en 10 años prorrogables por períodos iguales.

Se advierte que este Acuerdo de Accionistas fue modificado el 11 de marzo de 2016.

e. La Constitución de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

Mediante Escritura Pública No. 2103 del 22 de diciembre de 2009, otorgada en la Notaría 22 del Círculo de Bogotá, las Sociedades CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. con participación del 25.01%, ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRAESTRUTURA LTDA. con participación del 37%, ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A. EPISOL S.A. con participación del 33% y CSS CONSTRUCTORES S.A. con participación del 4.99%, constituyeron la SOCIEDAD CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. – CRS., para i) la suscripción y ejecución del Contrato de Concesión correspondiente al Sector 2 de la Ruta del Sol; ii) la celebración y ejecución de otros contratos de infraestructura de todo tipo, previo el cumplimiento de los requisitos y las autorizaciones corporativos y legales; y iii) realizar cualquier actividad conexa con las anteriores. En dicha Escritura constitución se adoptaron sus Estatutos Sociales

f. Los Acuerdos para la constitución del Consorcio CONSOL

El 5 de abril de 2010, entre la CONSTRUTORA NORBERO ODEBRECHT S.A. Sucursal Colombia ODEBRECHT, ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A.S. EPISOL S.A.S. y CSS CONSTRUCTORES S.A. celebraron el Acuerdo de Constitución del CONSORCIO CONSTRUCTOR RUTA DEL SOL – CONSOL, el cual tendría por objeto único y exclusivo suscribir con la CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S., el Contrato EPC a que hace referencia el Capítulo V del Contrato de Concesión No. 001 del 14 de enero de 2010 que dicha Concesionaria suscribió con el INCO y una vez celebrado el mismo, ejecutar las obras de construcción, rehabilitación y mejoramiento del Sector 2 de la Ruta del Sol de acuerdo con los términos y condiciones establecidas en el mismo.

La Participación de cada una de las Partes en el Consorcio serían las siguientes:

ODEBRECHT	62.01%
EPISOL	33.00%
CSS	4.99%

Las Partes integrantes acordaron que la empresa Líder del Consorcio sería ODEBRECHT y en tal virtud designaron y otorgaron poder como representante común del Consorcio al Ing. Manuel Ricardo Cabral Ximenes, ciudadano brasilero y Luis Claudio Texeira, también ciudadano brasilero, los cuales se les atribuyeron plenas facultades para representar sin limitaciones a las Partes asociadas bajo la modalidad de CONSORCIO CONSTRUCTOR RUTA DEL SOL – CONSOL, pudiendo de acuerdo con lo anterior, actuar, obligar y responsabilizar a todas y cada una de las Partes del Consorcio por lo que podrían firmar el Contrato EPC y tomar todas las determinaciones necesarias respecto de su ejecución y liquidación. Así mismo, las Partes acordaron que "responderán de manera solidaria por el cumplimiento completo y oportuno de las obligaciones que se derivan del Contrato" de manera que, "la responsabilidad de las Partes será solidaria ante la Concesionaria y ante terceros, para todas las obligaciones adquiridas a través de la suscripción del Contrato, lo cual implica que el pago o cumplimiento que realice una de las Partes, liberará así mismo a la otra, sin perjuicio que la Parte que cancele la obligación a nombre del Consorcio pueda repetir contra la otra Parte por la porción que le correspondiere en razón de su participación."

En reemplazo del anterior, el 13 de abril de 2010, de nuevo, entre la CONSTRUTORA NORBERO ODEBRECHT S.A. Sucursal Colombia ODEBRECHT, ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A.S. EPISOL S.A.S. y CSS CONSTRUCTORES S.A. celebraron el Acuerdo de Consorcio en virtud del cual conformaron el CONSORCIO CONSTRUCTOR RUTA DEL SOL – CONSOL, el cual tendría por objeto único y exclusivo, el de suscribir con la CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S., el Contrato de Construcción para ejecutar las obras del sector 2 del Proyecto Ruta del Sol de acuerdo con los términos y condiciones pactadas en el mismo, estableciendo para el efecto las Partes que las actividades de ejecución de dicho Contrato se haría en forma conjunta y sin división física de alcance.

La Participación de cada una de las Partes en el Consorcio serían las siguientes:

ODEBRECHT	62.01%
EPISOL	33.00%
CSS	4.99%

Las Partes acordaron la responsabilidad solidaria ante la Sociedad Concesionaria, de todas las obligaciones adquiridas a través de la suscripción del Contrato de Construcción con los efectos legales correspondientes.

Así mismo, las Partes integrantes acordaron que la empresa Líder del Consorcio sería ODEBRECHT quien ejercería la representación y liderazgo del Consorcio, por lo que CSS CONSTRUCTORES Y EPISOL otorgaron al Líder del Consorcio a través del Director de Obra, designado por ODEBRECHT, todos los poderes necesarios para llevar a cabo las obligaciones derivadas del Plan de Acción Anual, o de cualquier modificación al mismo, aprobados ambos previamente por el Comité de Dirección, en virtud de la suscripción del Contrato de Construcción y autorizaron desde ese momento al Líder del Consorcio para la toma de todas las decisiones necesarias para la ejecución del objeto de este Acuerdo. El Líder del Consorcio sería el responsable por la custodia, archivo y mantenimiento de toda la documentación original relacionada con la ejecución de dicho Acuerdo, el Contrato de Construcción y todos los demás que se suscribieran en relación con el Consorcio.

Las Partes acordaron igualmente que con la suscripción de dicho Acuerdo, otorgar mandato sin representación a ODEBRECHT para que ésta realizara las actividades de gestión de las siguientes actividades, del Contrato EPC correspondiente al Sector 2 de la Ruta del Sol, en la República de Colombia: i) La gestión para la compra y para el mantenimiento de todos los equipos que requiriera la ejecución del Contrato EPC; ii) El acompañamiento en el montaje de las plantas industriales; y, iii) La asesoría en la coordinación del Proyecto. Este mandato se regularía a través de un contrato, que sería suscrito por el Consorcio, en calidad de mandante y ODEBRECHT en calidad de mandatario, cuyas condiciones serían acordadas por las Partes.

El máximo órgano del Consorcio sería el Comité de Dirección, el cual estaría conformado por tres representantes designados por las Partes así: dos por ODEBRECHT y uno por EPISOL.

Este Acuerdo de Consorcio fue modificado por los siguientes Otrosíes:

Otrosí No. 1, suscrito el 20 de abril de 2010, en virtud el cual dejaron sin efectos la Cláusula a través de la cual se otorgaba mandato sin representación a ODEBRECHT para la realización de algunas de las actividades relacionadas con el objeto del Consorcio y sustituir la regulación por aquella en la cual se estipuló que los Miembros del Consorcio se harían cargo de varios asuntos.

Otrosí No. 2 suscrito el 19 de enero de 2011, por el cual las Partes designaron y otorgaron poder como representante común del Consorcio a Manuel Ricardo Cabral Ximenez y Paulo Roberto Marcal Terreri, con facultades para representar si n limitaciones a las Partes asociadas bajo la modalidad de Consorcio.

Otrosí No. 3, suscrito el 1° de agosto de 2012, en virtud del cual modificaron el objeto del Consorcio y designaron como representantes del mismo, sin limitación alguna, a Ricardo Cabral Ximenes, Paulo Roberto Marcal Terreri y Antonio Carvalho Barra.

Otrosí No. 4, suscrito el 7 de enero de 2012, en virtud el cual las Partes designaron y otorgaron poder como representantes del Consorcio y sin limitaciones a Manuel Ricardo Cabral Ximenes, Maercelo Rodolfo Assumpcao Piller, Antonio Carvalho Barra, Luis Claudio Texeira y Teódulo Álvarez Montañez.

Otrosí No. 5, suscrito el 25 de junio de 2013, en virtud el cual las Partes designaron y otorgaron poder como representantes del Consorcio y sin limitaciones a Ricardo Antonio Paredes Reyes, Marcelo Rodolfo Assumpcao Piller, Luis Claudio Texeira y a Marco Antonio Gloria Acevedo.

Otrosí No. 6, suscrito el 18 de julio de 2014, en virtud del cual modificaron el objeto del Consorcio, y designaron y otorgaron poder como representantes y sin limitaciones a Ricardo Antonio Paredes Reyes, Marcelo Rodolfo Assumpcao Piller, Luis Claudio Texeira Dos Santos, Marco Antonio Gloria Acevedo y a André de Moura Ribeiro.

Otrosí No. 7, suscrito el 3 de octubre de 2014, en virtud del cual precisaron el objeto del Consorcio para suscribir y ejecutar el o los contratos de Construcción correspondientes a las obras del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol, incluida la ejecución de las obras del Tramo Río de Oro – Aguaclara – Gamarra, de acuerdo con los términos y condiciones pactadas en los respectivos EPCs y para participar dentro de la licitación privada abierta por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. para tal finalidad, al tiempo que designaron y otorgaron poder como representantes del Consorcio y sin limitaciones a Ricardo Antonio Paredes Reyes, Marcelo Rodolfo Assumpcao Piller, Newton Luiz Abrao, Luis Claudio Texeira Dos Santos, Jairo Brito Gomes y a André de Moura Ribeiro.

Otrosí No. 8, suscrito el 2 de febrero de 2015, en virtud del cual designaron y otorgaron poder como representantes del Consorcio y sin limitaciones a Ricardo Antonio Paredes Reyes, Marcio Marangoni, Luis Claudio Texeira Dos Santos y Jairo Brito Gomes.

Otrosí No. 9, suscrito el 1 de marzo de 2016. En dicho Acuerdo se firmó el Anexo 2, en el cual se limitaron algunas funciones de ODEBRECHT, se estableció un régimen de control, auditoría y cumplimiento a cargo de un Comité Permanente; se fijó una nueva estructura y régimen de personal; se eliminó el *fee* de liderazgo a partir de febrero de 2016 por lo que ODEBRECHT se obligó a reembolsar al Consorcio la suma de COP$8.898.109.848 por concepto de Fee de Liderazgo ya pagado, dentro de los 90 días siguientes a la suscripción del Contrato de Transacción, la cual el Consorcio distribuiría entre todos los consorciados como excedentes de aportes. La suma total que sería devuelta al Consorcio Constructor mediante la eliminación del cobro de Fee de Liderazgo y la devolución de la suma señalada ascendería a COP$33.081.998.394.

Otrosí No. 10, suscrito el 31 de marzo de 2016, en virtud del cual designaron y otorgaron poder como representantes del Consorcio y sin limitaciones a Ricardo Antonio Paredes Reyes, Marcio Marangoni, Jairo Brito Gomes y George Abbehusen Miguel.

Otrosí No. 11, suscrito el 8 de septiembre de 2017, en virtud del cual designaron y otorgaron poder como representantes del Consorcio y sin limitaciones a Igor Braga Vasconcelos Cruz, Ivo Alfonso Sánchez Mosquera, Teodulo Álvarez Montañez y a George Abbehusen Miguel.

g. Informe de la Comisión Investigadora

El 21 de octubre de 2015 se reunió el Comité de Ética – Sistema de Conformidades (Acta No. 03), con el objeto de presentar el informe de subcontratos objeto de cuestionamiento por parte de Corficolombiana.

El 26 de octubre de 2015 de nuevo se reunió el Comité de Ética – Sistema de Conformidades (Acta No. 04), con el objeto de tratar sobre los resultados de la verificación contractual a los soportes entregados por la Concesionaria y CONSOL y no hallaron reparo alguno y concluyeron la evaluación realizada sin inconformidades.

Con todo, el 30 de octubre de 2015 otra vez se reunió el Comité de Ética – Sistema de Conformidades (Acta No. 05), con el objeto de presentar los hallazgos encontrados por Corficolombiana en los subcontratos de la Concesionaria y CONSOL, para lo cual presentaron los siguientes listados:

Contratos a cargo de la Concesionaria:

1. Tres contratos celebrados con Inversiones Profesionales
2. Dos contratos celebrados con DESIMPRO
3. Cuatro Contratos celebrados con GESTORA DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA S.A.S
4. Dos contratos celebrados con CONSULTORES UNIDOS S.A.
5. Un contrato celebrado con PROFESIONALES DE BOLSA

Contratos a cargo de CONSOL

1. Contrato celebrado con el CONSORCIO SION
2. Contrato celebrado con RGQ LOGISTICS
3. Contrato celebrado con CONSORCIO TORROSA
4. Contrato celebrado con CONSULTORES UNIDOS S.A.

Seguidamente se designó una comisión integrada por los señores AMILTON SENDAI, YEZID AROCHA y GUILLERMO VELASQUEZ con el propósito de verificar los hallazgos encontrados por CORFICOLOMBIANA y realizar una investigación a los referidos contratos presentado un informe sobre los mismos.

El de Noviembre de 2015, se produjo el Informe de la Comisión Investigadora.

h. Contrato de Transacción

El 11 de marzo de 2016, las Sociedades ODEBRECHT LATINVEST COLOMBIA S.A.S., CONSTRUTORA NORBERTO ORDEBRECHT S.A. y ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A.S. EPISOL S.A.S. celebraron contrato en virtud del cual las Partes transigieron sus diferencias entonces presentes, "surgidas por ciertas desavenencias generadas con ocasión del manejo

administrativo y con la estructura de gobernanza del Proyecto, así como con las contrataciones y desembolsos realizados" hasta esa fecha.

Así, las Partes acordaron poner fin, con carácter definitivo, a las diferencias señaladas en el citado Contrato, precaviendo cualquier diferencia futura o litigio eventual entre las Partes sobre ese tema. Cada una de las Partes renunció a cualquier acción y/o reclamación en contra de la otra, cualquiera fuera la forma o la naturaleza de la misma. Para tal efecto, las Partes acordaron ajustar las condiciones de gobernanza de la Concesionaria y CONSOL y el régimen de control y auditoría de estas dos y a luego se declararon mutuamente a paz y salvo en relación con las reclamaciones efectuadas entre ellas.

Con el Otrosí No. 1 al Contrato de Transacción suscrito el 7 de abril de 2016, se adicionó el Acuerdo de Accionistas y el Acuerdo de Transacción en lo que se relaciona con el Régimen de Contratación – Control Previo, para lo cual adoptaron la Reglamentación del Control Previo en la Concesionaria.

3. Los Actores del Proyecto Ruta del Sol Sector 2

Tal y como se puede observar de todos los medios de prueba que obran en el plenario, hay varios actores relacionados con la Concesión Ruta del Sol Sector 2, a saber:

El dueño o titular del proyecto: La Nación - Ministerio de Transporte: Titular de la infraestructura vial y quien realiza los aportes que comprometieron del Presupuesto General de la Nación para varias vigencias y la Cesión del Recaudo de los Peajes;

La entidad pública Concedente: Instituto Nacional de Concesiones INCO, transformado luego por mandato legal en la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI;

El Oferente y luego Concesionario: La Promesa de Sociedad Futura que luego se concretó en la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.;

Las Sociedades accionistas de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., a saber: Construtora Norberto Odebrecht de Colombia S.A.S., Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S., Estudios y Proyectos del Sol S.A. EPISOL S.A. y CSS Constructores S.A.;

Los financiadores del proyecto, distintos de la Concesionaria: los Bancos Prestamistas (Crédito sindicado): Banco de Bogotá S.A., Banco de Occidente S.A., Banco Popular S.A., Banco AV Villas S.A. Banco Davivienda S.A., Bancolombia S.A., ITAÚ CORBANCA COLOMBIA S.A;

La Fiduciaria Corficolombiana S.A. en virtud del Contrato de Fiducia mercantil irrevocable de administración de recursos;

El Patrimonio Autónomo Fideicomiso Ruta del Rol Sector 2, por conducto de su vocera y administrador la Fiduciaria Corficolombiana S.A.;

Los Garantes: La Compañía Mundial de Seguros S.A. y la Compañía Seguros Confianza S.A.;

El Interventor: Primero lo fue la Sociedad Cano Jiménez y posteriormente lo ha sido el Consorcio Proyección Vial Puerto Salgar

El Constructor en virtud del Contrato EPC y el Contrato Adicional EPC (Engineering, Procurement and Construction): El Consorcio CONSOL integrado por Odebrecht, EPISOL S.A. y CSS Constructores S.A.

Estos son los actores relacionados con la Concesión Ruta del Sol Sector 2, pero con todos ellos no se debía integrar el contradictorio puesto que unas son las relaciones jurídicas debatidas en este proceso arbitral derivadas del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 y conforme al Pacto arbitral en él contenido que, por su naturaleza o disposición legal, han de resolverse de manera uniforme y que no es posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones y, otras diferentes, son aquellas relaciones derivadas de otros contratos coligados que contemplan sus propias cláusulas arbitrales y que en este proceso no se debaten, razón por la cual no repercuten para efectos de integrar el contradictorio.

4. Los Contratos coligados

Así mismo, tal y como también se puede observar de todos los medios de prueba que obran en el plenario, hay varios Contratos de los cuales surgen diferentes relaciones jurídicas entre los que los celebran:

El Contrato de Concesión No. 001 de 2010, con sus Otrosíes, Modificaciones y otros acuerdos contractuales complementarios, celebrados entre el Instituto Nacional de Concesiones INCO, transformado luego en la Agencia Nacional de Infraestructura ANI y la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. en el cual se pactó la cláusula compromisoria por cuya activación se tramita este proceso arbitral que acumuló dos trámites arbitrales.

Son contratos relacionados o coligados los siguientes:

El Contrato de Fiducia mercantil irrevocable de administración de recursos y la constitución y administración del Patrimonio Autónomo Fideicomiso Ruta del Sol Sector 2 celebrado entre la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y la Sociedad Fiduciaria Corficolombiana S.A. el 5 de mayo de 2010, modificado por el Otrosí No. 1 suscrito el 7 de diciembre de 2010 y por el Otrosí No. 2 suscrito el 27 de noviembre de 2013.

Los Contratos de Garantía celebrados entre la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S y la Compañía Mundial de Seguros S.A. o con la Compañía Seguros Confianza S.A.;

Los Contratos de Interventoría, que fueron varios entre 2010 y 2016, celebrados entre el Instituto Nacional de Concesiones INCO y/o la Agencia Nacional de Infraestructura ANI;

El Contratos EPC (Engineering, Procurement and Construction) celebrado el 26 de abril de 2010, entre la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y el Consorcio Constructor Ruta del Sol CONSOL - integrado por ODEBRECHT, EPISOL S.A. y CSS CONSTRUCTORES S.A.- para el diseño, suministro, construcción, mejoramiento y rehabilitación del Sector 2, modificado por el Otrosí No. y el Otrosí No. 2 suscrito el 17 de diciembre de 2014 y el Contrato Adicional al Contrato EPC para adelantar las actividades de construcción y complementarias de la Transversal Río de Oro – Aguaclara – Gamara, correspondientes al Tramo 8 del Sector 2 del Proyecto Vial Ruta del Sol, celebrado el 30 de enero de 2015.

El Contrato de Empréstito celebrado entre la Concesionaria Ruta del Sol .S.A.S. y los Bancos Prestamistas Banco Davivienda S.A., Bancolombia S.A., ITAÚ CORBANCA COLOMBIA S.A, Banco de Bogotá S.A., Banco de Occidente S.A., Banco Popular S.A. y Banco AV Villas S.A., el 25 de noviembre de 2010, el cual fue modificado sustancialmente por el Otrosí No. 1 suscrito el 16 de junio de 2014 y, con motivo de la celebración del Contrato Adicional contenido en el Otrosí No. 6 del 14 de marzo de 2014, el nuevo Contrato de Crédito celebrado entre la Concesionaria Ruta del Sol .S.A.S. y los Bancos Prestamistas Banco Davivienda S.A., Bancolombia S.A., ITAÚ CORBANCA COLOMBIA S.A, Banco de Bogotá S.A., Banco de Occidente S.A., Banco Popular S.A. y Banco AV Villas S.A., el 27 de noviembre de 2014.

El Contrato de Estabilidad Jurídica celebrado entre la Nación – Ministerio de Transporte y la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. el 31 de diciembre de 2012.

Respecto de los contratos coligados este Tribunal no tiene competencia alguna.

D. SOBRE LA VALIDEZ O LA NULIDAD DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 001 de 2010 Y LOS OTROSIES QUE LO MODIFICARON

1. Consideraciones previas

a. Sobre la competencia del Tribunal de Arbitramento para conocer y declarar la existencia o inexistencia y la validez o invalidez del Contrato estatal y la autonomía del pacto arbitral

A manera de antecedente, basta con señalar que el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI/UNCITRAL, aprobado por la Resolución 31/98 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 15 de diciembre de 1976, en su artículo 21 determinó que (1) El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de las objeciones de que carece de competencia, incluso de las objeciones respecto de la existencia o la validez de la cláusula compromisoria o del acuerdo de arbitraje separado; y, (2) que el tribunal estará facultado para determinar la existencia o la validez del contrato del que forma parte una cláusula compromisoria.

A los efectos del artículo 21, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato y que disponga la celebración del arbitraje con arreglo al citado Reglamento, se considera como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato, al tiempo que la decisión del tribunal arbitral sobre el contrato no entraña *ipso jure* la invalidez de la cláusula compromisoria.

A su vez, el numeral 2 del artículo 21 del reglamento de procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, en su versión de 1988, expresó:

> *"Artículo 21.*
>
> *"2. El tribunal arbitral estará facultado para determinar la existencia o la validez del contrato del que forma parte una cláusula compromisoria."*

También, a los efectos del artículo 21, una cláusula compromisoria que forma parte de un contrato y que disponga la celebración de un contrato de arbitraje con arreglo al citado reglamento, se considera como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entraña *ipso jure* la invalidez de la cláusula compromisoria.

También a manera de antecedente en lo que se relaciona con el arbitraje local o doméstico, recientemente en la legislación colombiana se tiene que el artículo 116 de la Ley 446 de 1998, que adicionó el Decreto Ley 2279 de 1989 con el artículo 2A, norma que estaba vigente al momento de la celebración del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, determinó lo siguiente:

> "**Artículo 2 A**. Se entenderá por cláusula compromisoria, el pacto contenido en un contrato o en un documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan seguir con ocasión del mismo, a la decisión de un tribunal arbitral.

> "Si las partes no determinaren las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su conflicto, se entenderá que el arbitraje es legal.
>
> "**Parágrafo. La cláusula compromisoria es autónoma con respecto de la existencia y la validez del contrato del cual forma parte. En consecuencia, podrán someterse al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debatan la existencia y la validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea nulo o inexistente.**" (Resaltado fuera del texto).

La Corte Constitucional, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del citado artículo 116 de la Ley 446 de 1998, en Sentencia C-248 de 1998, señaló lo siguiente:

> "(...) el legislador colombiano, siguiendo la senda de la doctrina internacional, ha decidido conferirle un carácter autónomo a la cláusula compromisoria. De esta manera, una decisión del legislador varía - ciertamente, en forma válida - el entendimiento general existente acerca de la relación entre el contrato y la cláusula compromisoria. En consecuencia, por obra de la resolución legislativa, la máxima jurídica que consagra que 'lo accesorio sigue la suerte de lo principal' ya no sería aplicable a la cláusula compromisoria, por cuanto ésta ya no tendría un carácter accesorio.
>
> (...)
>
> "La acusación del demandante acerca de la irracionalidad de la norma no tiene sustento. **El parágrafo acusado persigue que cuando se someta al juicio de los árbitros la decisión acerca de la validez del contrato, el laudo mantenga validez, incluso en los casos en los que el tribunal declara la nulidad o inexistencia del contrato. Con ello se determina que los árbitros continúan siendo competentes para decidir - es decir, se clarifica por parte del legislador quién es el juez de la causa -** y se evita dilaciones en la resolución de los conflictos, objetivos que no pueden considerarse irrazonables desde la perspectiva de la lógica de la institución arbitral y de los objetivos por ella perseguidos." [214]

Así, entonces, de manera expresa, la citada disposición declarada exequible por la Corte Constitucional, señaló algunas de las materias sobre las cuales el legislador consideró que se pueden pronunciar los Tribunales de Arbitramento. En efecto, expresamente determinó que éstos pueden conocer de la existencia y de la validez del contrato que les sea sometido a su conocimiento.

A partir de su expedición, tal disposición no admitió inteligencia distinta, no solo porque sus términos fueron absolutamente claros en el sentido de que "podrán someterse al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debatan la existencia y la validez del contrato", sino porque hubiera sido un contrasentido consagrar la autonomía de la cláusula compromisoria respecto de la validez del contrato, si no se autorizara, al mismo tiempo, la posibilidad que tienen los tribunales de arbitramento para decidir sobre ella.

Sobre este tema, en su momento. la doctrina señaló que:

> "Resulta conveniente la aclaración que el artículo 116 de la Ley 446 de 1998 introdujo al Decreto 2279 de 1989, cuando en el parágrafo del nuevo artículo 2 A del último estatuto, definió que la cláusula compromisoria es autónoma respecto de la existencia y validez del contrato del que forma parte. Fue afortunada esa nueva disposición, tanto más cuanto que agregó que podrán someterse a arbitramento los procesos en los que se controvierta 'la existencia y validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea nulo o inexistente'. En efecto, el nuevo artículo 2ª del Decreto 2279 de 1989 acabó con la discusión acerca de si un tribunal de arbitramento podía ocuparse de definir la eficacia del contrato que contenga la cláusula compromisoria. Ahora **ya no hay duda alguna de que el tribunal de arbitramento podrá pronunciarse sobre estos aspectos, declarando incluso la nulidad o la inexistencia del contrato que contenga la cláusula compromisoria.**"[215] (Se resalta)

[214] Corte Constitucional, Sentencia C-248 de 1999.
[215] Bejarano Guzmán, Ramiro, "Procesos declarativos", Editorial Temis, Bogotá – 1998, pp. 399 y 400.

De conformidad con lo anterior, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-1038 de 2002, señaló que la voluntariedad del arbitramento no excluye que el legislador pueda regular el proceso arbitral. Esta competencia, dijo la Corte, es clara, no sólo porque expresamente el artículo 116 de la Constitución Política indica que el ejercicio de la función arbitral se adelanta "*en los términos que determine la ley*", sino además porque esa intervención legislativa aparece necesaria para amparar el derecho al debido proceso (C.P. Art. 29). Por ello la Corte había señalado con claridad "*que el legislador goza de plena autonomía para dictar disposiciones tendientes a desarrollar el ejercicio de funciones judiciales por parte de particulares a través de la institución del arbitramento y, de esta forma, regular un procedimiento reconocido desde la propia Constitución como una forma alternativa de resolver conflictos jurídicos"* tal y como lo ha hecho, entre otras, con las Leyes 270 de 1996 y 1285 de 2009, Estatutarias de la Administración de Justicia, y las demás normas legales ordinarias que regulaban o regulan esta institución judicial, entre ellas, la Ley 446 de 1998 y ahora la Ley 1563 de 2012.

Del mismo criterio fue el Consejo de Estado, el cual, desde la providencia proferida el 14 de agosto de 2003, de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo[216], concluyó que los Tribunales de arbitramento tienen la competencia que les atribuyan las partes o las que les determine la Ley.

De conformidad con los anteriores antecedentes legales, jurisprudenciales y doctrinales, el inciso primero del artículo 5° de la Ley 1563 de 2012, norma que estaba vigente cuando se presentaron las demandas arbitrales del 6 y 19 de agosto de 2015 que dieron origen a este proceso arbitral, determinó, igualmente, lo siguiente:

> "**Artículo 5. Autonomía de la cláusula compromisoria.** La inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato no afecta la cláusula compromisoria. En consecuencia, podrán someterse a arbitraje las controversias en las que se debata la existencia, eficacia o validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea inexistente, ineficaz o inválido."

Así, entonces, si es el legislador -quien tiene la potestad para determinar cuáles son las materias que pueden ser objeto de decisión arbitral, y es él quien, en el caso de la validez de los contratos, decide impartir autorización a los tribunales de arbitramento para que se pronuncien sobre su existencia, eficacia o validez-, no hay duda de la competencia que éstos ostentan sobre esta materia en particular. Nos encontramos, en este caso, frente a una norma especial que, al establecer, de manera expresa, la competencia de los tribunales de arbitramento, debe ser aplicada y respetada.

Además del ejercicio de la facultad legal, para el caso *sub judice*, deberá tenerse en cuenta que bajo los criterios de interpretación de los actos y negocios jurídicos, de la manifestación de la voluntad de las Partes contenida en la Cláusula Compromisoria y de la interpretación sistemática de las demás Cláusulas del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, debe concluirse que las Partes otorgaron competencia a los árbitros para conocer sobre las divergencias que surjan con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, terminación y liquidación del Contrato y que, de conformidad con la ley, son susceptibles de ser conocidas y resueltas por la jurisdicción arbitral convenida, entre las cuales están aquellos aspectos relacionados con la existencia y nulidad del Contrato contentivo de la Cláusula Compromisoria.

Y ello es así, porque quien tiene potestad para juzgar el cumplimiento de un acto o negocio jurídico necesariamente debe examinar, como presupuesto para su decisión, la existencia y validez del título, pues no es posible adelantar la respectiva declaración judicial a espaldas del título que le sirve de fundamento. Por lo tanto, cualquier juzgamiento sobre el cumplimiento o no del Contrato, impone la obligación de examinar previamente por parte del Tribunal la existencia y validez del título que sirve de fundamento, no solo como principio lógico procesal para la definición de la litis, sino también por expreso mandato de las normas adjetivas procedimentales, que están instituidas para

[216] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. M. P. Alier Eduardo Hernández. Actor: Municipio de Pereira. Expediente 66001233100020020007101.

hacer efectivos los derechos sustanciales y no para hacer efectivos los procedimientos a espaldas de aquellos.

Así entonces, deberá tenerse en cuenta lo que en su momento dispuso el artículo 116 de la Ley 446 de 1998, que adicionó el Decreto 2279 de 1989 con el artículo 2A y lo que ahora dispone el inciso primero del artículo 5 de la Ley 1563 de 2012, que unida a la autonomía de la cláusula compromisoria con respecto a la existencia y validez del contrato del que hace parte, dispone de manera expresa que "podrán someterse a arbitraje las controversias en las que se debata la existencia, eficacia o validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea inexistente, ineficaz o inválido." La primera norma se encontraba vigente a la fecha de la celebración del pacto arbitral y la segunda se encontraba vigente a la presentación de las demandas arbitrales y la demanda de reconvención y su reforma, y por tener carácter procesal, es de orden público, de aplicación inmediata y de forzoso cumplimiento, de manera que debe ser aplicada e interpretada en concordancia con la cláusula compromisoria convenida por las Partes, circunstancia que no deja lugar a discusión alguna sobre el alcance de la competencia del Tribunal para pronunciarse sobre las pretensiones de nulidad absoluta invocadas por la Parte Convocada y sobre la solicitud dos veces reiterada por el Ministerio Público, así como para conocerla de oficio.

De esta manera, de acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y en la ley, y según el alcance dado por la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, el Tribunal de Arbitramento:

1) Ejerce función jurisdiccional conforme al ordenamiento jurídico y por lo mismo tiene las competencias, potestades, facultades, funciones y derechos, y los mismos deberes, obligaciones, prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades que cualquier corporación o funcionario judicial.

2) Al ejercer función jurisdiccional lo hace por habilitación de las partes en asuntos susceptibles de transacción, de conformidad con los procedimientos señalados por la ley, lo cual exige en todo caso revisar previamente la existencia o la validez del título del cual se derivan tales asuntos.

3) Al ejercer función jurisdiccional, lo hace conforme a las competencias, funciones, facultades y potestades que les atribuya el ordenamiento jurídico.

4) Conocerá de la existencia y validez del Contrato en general y de la existencia y validez de sus cláusulas en particular, de conformidad con la ley, bajo la premisa según la cual la cláusula compromisoria o el pacto arbitral es autónomo respecto del Contrato cuya validez o nulidad se declara.

b. Sobre la caducidad o no de la acción para pedir la nulidad del Contrato

Con memorial presentado el 18 de enero de 2017, la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, por conducto de su apoderado judicial, reformó la demanda de reconvención inicial en contra de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., con la que se formularon como súplicas principales, la declaratoria de nulidad absoluta del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, de sus Otrosíes y demás documentos acuerdos contractuales.

Sobre la oportunidad para presentar dichas pretensiones, la ANI señaló lo siguiente:

> "De conformidad con lo previsto por el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, la nulidad absoluta del contrato estatal puede ser solicitada ante el juez del contrato por los sujetos negociales, por el Ministerio Público y por cualquier tercero con interés, desde luego sin perjuicio del deber oficioso que recae en el juez para hacerlo.

(…)

"En el mismo sentido, el artículo 141 del CPACA dispone:

(…)

"En consecuencia, la ANI en su condición de Entidad Concedente y parte del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 se encuentra plenamente legitimada para solicitar la declaración de nulidad absoluta del referido negocio jurídico.

"Adicionalmente, teniendo en cuenta que el Contrato de Concesión No. 001 de 2010 aún se encuentra en ejecución, es claro que la pretensión de nulidad absoluta incorporada en esta demanda arbitral acumulada se ejerce dentro de la oportunidad consagrada en la Ley para el medio de control de controversias contractuales, específicamente en el literal 'J' del numeral 2° del artículo 164 del CPACA, norma que dispone sobre el particular:

(…)

"Así las cosas, no hay duda ni sobre la legitimación en la causa de la ANI para solicitar la declaratoria de nulidad absoluta del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 ni sobre la oportunidad en el ejercicio de dicha pretensión."

Por reunir los requisitos establecidos en la ley, mediante el Auto No. 35 del 19 de enero de 2017, el Tribunal Arbitral admitió a trámite la reforma de la demanda de reconvención presentada por la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI contra la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

Empero, con memorial radicado el 25 de enero de 2017, la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. interpuso recurso de reposición contra el Auto admisorio y al sustentarlo señaló lo siguiente:

"**1. La demanda de reconvención reformada debe ser rechazada por haber sido formulada después del vencimiento del término de caducidad.**

"De conformidad con el artículo 90 del Código General del Proceso, norma aplicable al presente proceso por la expresa remisión prevista en el artículo 20 de la Ley 1563 de 2012, la demanda debe ser rechazada cuando se encuentre vencido el término de caducidad para instaurarla:

(…)

"El artículo 136 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 1 de 1984), norma vigente para el momento del perfeccionamiento del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 y al amparo de la cual comenzó a correr el término de caducidad de la acción, establece en el literal e) de su numeral 10 que el término de caducidad para solicitar la nulidad absoluta del contrato es (i) de dos años contados desde su perfeccionamiento, o (ii) si el término de vigencia del contrato es superior a dos (2) años, el término de caducidad es igual al de vigencia del contrato, sin que en ningún caso pueda exceder los cinco (5) años desde el perfeccionamiento del contrato.

(…)

"Como quiera que el referido término de caducidad de la acción de nulidad absoluta comenzó a correr en vigencia del Código Contencioso Administrativo, dicho término se encuentra regido hasta su vencimiento por las normas del Código Contencioso Administrativo (Decreto 1 de 1984), sin que sea procedente la aplicación de normas posteriores que hubieren modificado el término de caducidad de dicha acción.

"En efecto, el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 desde épocas pretéritas establece claramente que los términos que ya hubiesen comenzado a correr, como lo es en este caso el término de caducidad de la acción de nulidad absoluta, se rigen por la ley vigente al momento en que empezaron a correr tales términos:

'Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero ***los términos que hubieren empezado a correr*** *y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas,* ***se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación****.'* (resaltado fuera del texto)

"Que no se diga que la anterior disposición, por vieja, ha quedado desueta, puesto que el artículo 1624 del Código General del Proceso reiteró y precisó el contenido del artículo 40 de la Ley 153 de 1887 en los siguientes términos:

(…)

"Adicionalmente, el Consejo de Estado, siguiendo el criterio de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido que por virtud de lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, '**la norma de caducidad aplicable** deberá ser la vigente al momento en que va hubieren empezado a correr los términos contemplados en las normas legales anteriores, las cuales se aplicarán de manera preferente':

'(...) En esta oportunidad, dado que se ha replanteado el criterio de la Sala acerca del carácter procesal que corresponde a las normas que establecen términos preclusivos para instaurar o ejercer las acciones ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ***la Sala considera que el 40 de la ley 153 de 1887 debe aplicarse para definir el conflicto en el tiempo respecto de la aplicación de normas sobre caducidad, en tanto se trate de términos que ya hubieren empezado a correr sin que haya iniciado el respectivo proceso****.*

'En efecto, cuando el artículo 40 ibidem se refiere a las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, está haciendo mención a las normas procesales, entre otras, a las normas de caducidad que, tal y como lo indica dicha norma, son de aplicación inmediata.

'Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado[217]:

'De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, la noma general que fija la ley es el efecto general inmediato de las nuevas disposiciones procesales, ***salvo en lo referente a los términos que hubiesen empezado a correr*** *y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas,* ***las cuales continúan rigiéndose por la ley antigua****. Esta norma general, en principio, no resulta contraria a la Constitución pues no tiene el alcance de desconocer derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas, que es lo que expresamente prohíbe el artículo 58 superior. Sin embargo, su aplicación debe respetar el principio de favorabilidad penal. (…).*

'Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha señalado lo siguiente:

'De corte similar es la ley 153 de 1887 en su artículo 40, que regula la vigencia de la ley procesal en el tiempo para las leyes concernientes a la sustanciación y al rito, en tanto establece que los términos que hubieren empezado a correr*, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas,* ***se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación****. Esta excepción al principio de vigencia inmediata de la ley procesal no tiene cabida tratándose de la regulación de competencias, a no ser que la nueva norma estipule algo diferente para el período de tránsito entre la disposición recién expedida y la derogada (...). Se tiene que la ley procesal rige, por principio, de manera inmediata afectando las actuaciones en curso,* ***salvo en aquellos eventos excluidos por el artículo 40 de la ley 153 de 1887*** *y por normas particulares que en cada ordenamiento regulan el tránsito de legislación.'[218] (Se resalta).*

"(...) En este orden de ideas, ***se tiene que la norma de caducidad aplicable deberá ser la vigente al momento en que ya hubieren empezado a correr los términos contemplados en normas legales anteriores, las cuales se aplicarán de manera preferente****. '[219] (resaltado fuera del texto)*

"El anterior criterio fue reiterado por la Sección Tercera en los siguientes términos:

---

[217] Corte Constitucional, sentencia C-619 de 2001, en la que se estudió la constitucionalidad del art. 40 de la ley 153 de 1887. Ver también, Corte Constitucional C-922/01 y C-200/02. (la nota al pie corresponde al texto original).

[218] Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal, Sentencia del 8 de febrero de 1995. Radicación:9923. Magistrado Ponente: Carlos Eduardo Mejía Escobar (la nota al pie corresponde al texto original).

[219] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de octubre de 2006. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Radicado No. 15001-23-31-000-2001-00993-01 (30566).

'Según lo expuesto, ***en cuanto las normas que regulan los términos de caducidad*** *para acudir a la jurisdicción deben tenerse como normas de carácter procesal,* ***a juicio de la Sala la disposición aplicable a los eventos señalados no puede ser otra que la consagrada en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887****, a cuyo tenor:*

(…) De lo anterior concluye la Sala que ***en los casos en que se configure el tránsito de legislación respecto de la regulación de términos de caducidad*** *salvo disposición legal expresa en sentido contrario,* ***debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887*** ***el cual consagra y ordena, como regla general, la aplicación inmediata de las disposiciones de orden procesal****, por manera que en esas materias, aun tratándose de procesos en curso, las actuaciones correspondientes deberán regirse por la ley nueva,* ***con excepción de dos (2) hipótesis fácticas diferentes entre sí, respecto de las cuales la misma ley determina la aplicación de las normas anteriores, esto es: i) los términos que ya hubieren empezado a correr****, y ii) las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas.*

'No sobra destacar que la primera eventualidad, contemplada en dicha excepción, se refiere de manera genérica y sin distinciones de ninguna especie, a todos los términos contemplados o establecidos en normas procesales en cuanto los mismos hubieren empezado a correr bajo el imperio de la ley anterior, sin importar que los mismos se surtan dentro de procesos ya iniciados o por fuera de ellos.

'(...) ***El entendimiento que se deja expuesto en relación con el alcance del aparte final del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, según el cual en asuntos procesales deben aplicarse las normas bajo cuyo imperio hubieren empezado i) a correr términos*** *o ii) a desarrollarse actuaciones o diligencias,* ***no ha ofrecido tampoco dificultad alguna para la jurisprudencia nacional, tal como lo refleja el pronunciamiento efectuado por la Corte Suprema de Justicia acerca de la aplicación inmediata de las leyes procesales****, en el cual se dijo:*

'… No hay duda: según la ley colombiana, las normas procesales tienen aplicación inmediata aun respecto de los procesos pendientes. Pero si bien es un principio de carácter general, tolera algunas concesiones, toda vez que la misma ley ha exceptuado, rindiendo con ello culto a la doctrina que distingue los actos procesales consumados de los no consumados, como éstas situaciones: 'Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la vigente al tiempo de su iniciación'. ***Estas excepciones están significando, entonces, que la ley antigua tiene, respecto de ellas, ultraactividad; de suerte tal que si*** *una actuación, una diligencia* ***o un término, ha empezado a tener operancia y no se han agotado cuando adviene la ley nueva, ellas y él terminarán regulados por la ley antigua. Salvedades que se muestran imperiosas y plenamente justificadas en aras del orden procesal'.***[220]

'Por su parte, la Corte Constitucional ha señalado:

'De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, la norma general que fija la ley es el efecto general inmediato de las nuevas disposiciones procesales, ***salvo en lo referente a los términos que hubiesen empezado a correr*** *y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas,* ***las cuales continúan rigiéndose por la ley antigua****. Esta norma general, en principio, no resulta contraria a la Constitución pues no tiene el alcance de desconocer derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas, que es lo que expresamente prohíbe el artículo 58 superior.'*[221]

'Y al ocuparse de examinar la constitucionalidad del propio artículo 40 de la Ley 153 de 1887, ***la Corte Constitucional reafirmó sin vacilaciones, sin que el entendimiento de la norma legal generare duda alguna y sin incluir elementos, distinciones o condicionamientos no previstos en ella, que los referidos i) términos que hubieren empezado a correr*** *y ii) las actuaciones y las diligencias que ya hubieren iniciado* ***se regirán por la ley que hubiere estado en vigor cuando empezaron unos u otras*** (resaltado fuera del texto)"

"Recientemente, mediante Auto del 5 de marzo de 2015, la Sección Tercera reiteró lo señalado en los pronunciamientos anteriormente transcritos, precisando que los términos de caducidad que empezaron a correr en vigencia del Código Contencioso Administrativo (Decreto 1 de 1984), como es el caso del

[220] Corte Suprema de Justicia, Auto de mayo 17 de 2005. M.P. Rafael Romero Sierra. (la nota al pie corresponde al texto original).
[221] Corte Constitucional, Sentencia C-619 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. (la nota al pie corresponde al texto original).

término para solicitar la nulidad absoluta del Contrato de Concesión, continúan rigiéndose por dicho Código hasta su vencimiento:

> *'19. No obstante lo anteriormente expuesto, la Sala debe precisar que, tal y como lo expuso el a quo,* ***a pesar de que las normas procesales son de aplicación inmediata, los términos que comenzaron a correr en vigencia de una ley anterior, específicamente el de caducidad, deben finalizar su conteo en aplicación de tal norma, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887****, que establece:*
>
> > *Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.*
>
> *'(...) 21. Según lo planteado,* ***comoquiera que para el momento en que fue adoptada la Ley 1437 de 2011, ya había iniciado a correr el término de caducidad, toda vez que el contrato n.° 175 y la resolución 1567 fueron proferidos antes de esa fecha - 7 de junio de 2011 y 4 de mayo de 2011-, entonces es preciso que dicho término continúa rigiéndose por lo señalado en el Código Contencioso Administrativo -Decreto 01 de 1984-****, sin perjuicio de que en los demás asuntos procesales le sea dispuesto lo establecido en el Código Contencioso de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. '[222](resaltado fuera del texto)

"El anterior criterio, que ya constituye una clara línea jurisprudencial, fue reiterado nuevamente por la Sección Tercera en sentencia del 21 de septiembre de 2016:

> *'Ahora bien, conviene recordar que la parte demandante aseguró que la contabilización del término de caducidad debía iniciarse una vez fuera pagada la condena impuesta por el Tribunal Administrativo de Santander; por su parte, para* ***el a quo el cómputo debía iniciarse una vez fenecieran los 18 meses de que trata el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo - Decreto 01 de 1984.***
>
> *En efecto,* ***la condena impuesta a la sociedad Televisión Regional del Oriente Ltda. y por la cual se pretende repetir*** *en contra del señor Sadi Alfonso Contreras Fuset, fue proferida por el Tribunal Administrativo de Santander en providencia del 9 de octubre de 2009, la cual* ***quedó debidamente ejecutoriada el 10 de noviembre de 2009, esto es, antes de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, por lo que el término de caducidad para el caso concreto deberá ser computado con arreglo a la norma anterior - Decreto 01 de 1984- por estar así dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 del Código General del Proceso.***[223]'[224]

"Como se aprecia, acorde con la ley y la jurisprudencia, no admite duda la aplicación al presente caso del término de caducidad previsto en el literal e) del numeral 10 del Código Contencioso Administrativo.

"No podrá decirse que por tratarse de un contrato de tracto sucesivo que se encuentra en ejecución, por tal razón no habría empezado a contabilizarse el término de caducidad de la acción de nulidad absoluta del Contrato, puesto que no es eso lo que señala la Ley que resulta aplicable al Contrato. Lo que dispone la Ley, para contratos de tracto sucesivo cuya vigencia es superior a dos (2) años, es que el término de caducidad empieza a contar desde su perfeccionamiento (artículo 41 de la Ley 80 de 1993) y se extiende hasta por cinco (5) años. Esto es lo que dispone la ley y lo hace así para dotar de la necesaria certeza a los actos jurídicos.

"Tampoco depende el término de caducidad del conocimiento que se tenga de los hechos. Por lo tanto, no es de recibo aducir que el término de caducidad de la acción no se encuentra vencido por cuanto que sólo en fecha reciente vinieron a conocerse los hechos que se señalan como soporte de las pretensiones de nulidad.

---

[222] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 5 de marzo de 2015, Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth. Radicación No. 25000-23-36-000-2013-01547-01 (49307).

[223] De conformidad con el artículo 308 de la ley 1437 de 2011, esta norma entró a regir el 2 de julio de 2012. (la nota al pie corresponde al texto original).

[224] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 21 de septiembre de 2016, Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón. Radicación número: 68001-23-33-000-2016-00525-01 (57821)

"Por consiguiente, dado que el Contrato de Concesión fue suscrito el 14 de enero de 2010 y que su término de vigencia es superior a dos años (ver Sección 1.04 del Contrato), el término de caducidad para instaurar la acción de nulidad absoluta se venció el 14 de enero de 2015, por lo que resulta evidente que la reforma de la demanda de reconvención presentada el 18 de enero de 2017, en la que se pretende la declaratoria de nulidad absoluta del Contrato de Concesión, fue presentada por fuera del término de caducidad y, por lo tanto, debe ser rechazada de conformidad con lo establecido en el artículo 90 del Código General del Proceso, tal como comedidamente solicito que lo haga el Tribunal.

"Por último, no está de más señalar que no porque se acuda al arbitraje no son aplicables los términos de caducidad previstos en la ley para el ejercicio de las acciones:

'**La operancia de la caducidad de la acción constituye un obstáculo legal infranqueable en virtud del cual por el hecho de la no presentación de la demanda en el lapso fijado por la ley, se extingue el derecho a incoar la acción y por ende se inhibe la potestad para administrar justicia (bien sea en la jurisdicción arbitral** o en la que naturalmente correspondería en caso de no existir la cláusula compromisoria) y por tanto para desatar el fondo de la controversia.'[225] (resaltado fuera del texto)"

Al descorrer el traslado del recurso anterior, mediante memorial radicado el 30 de enero de 2017, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado señaló que la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. "desconoce que en materia de la aplicación del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, existe norma expresa sobre su transición. En efecto, el artículo 308 establece un régimen de transición del CPACA en relación con el CCA, así:

'ARTÍCULO 308. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y VIGENCIA. El presente Código 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' (Destacado fuera del texto)."

En tal virtud, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, agregó lo siguiente:

"3.- Como se puede apreciar, la norma especial determina que, para los procesos judiciales que se inicien luego del 2 de julio de 2012, se aplica el CPACA. Esto quiere decir que si, por el contrario, el proceso se inició con anterioridad al 2 de julio de 2012, se debe aplicar el Código Contencioso Administrativo.

"4.- En el presente caso, la demanda es de 19 de agosto de 2015 y la de reconvención del 19 de febrero de 2016. De acuerdo con esto, en el presente Tribunal se debe dar aplicación del CPACA, en lo no reglado en la Ley 1563 de 2012. Dicho en otras palabras, se debe aplicar el CPACA, incluyendo su artículo 164, y no el Código Contencioso Administrativo.

"5.- De acuerdo con lo expuesto, lo aplicable es entonces el inciso segundo del literal j) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, disposición que permite afirmar que en el presente caso no ha operado la caducidad (fenómeno de carácter principalmente procesal y no sustancial[226]) pues consagra que *'podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente.'*

"6.- El impugnante invoca en favor de su precaria dialéctica el artículo 40 de la ley 153 de 1887, olvidando que la disposición aplicable a esta situación es el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, el cual dispone:

'En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

[225] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 9 de marzo de 2016, Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico. Radicación: 11001032600020150014400 (55319)

[226] Motivo adicional para desconocer la tesis de la aplicación del respeto de las normas en el tiempo. La caducidad, en este caso, es además una norma procesal de aplicación inmediata.

'Exceptúense de esta disposición:

'1. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato'

"7.- De lo anterior se colige que el argumento según el cual para este caso ha de aplicarse la norma que regulaba un término de caducidad de cinco años, no es de recibo, porque esa disposición se exceptúa de las leyes vigentes al momento de celebración de un contrato que se entienden incorporadas al mismo, como lo proclama el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 que el recurrente deliberadamente ha preferido ignorar intentando con ello provocar que el Tribunal incurra en un yerro judicial inexcusable.

"8.- El tema de si ha caducado o no una acción, tiene que ver con la ley que concierne al modo de reclamar en juicio los derechos derivados de un contrato. En efecto, cuando una ley define un término de caducidad para el ejercicio de una acción, lo que está regulando es el tiempo en el que resulta idóneo y hábil el ejercicio de esa acción. O lo que es lo mismo, de acuerdo con el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, las leyes sobre términos de caducidad se relacionan con las formas de reclamar en juicio un derecho, por lo cual no se entienden incorporadas en la legislación vigente al momento de celebrar el contrato, porque estos aspectos han de gobernarse con lo que defina la normatividad procesal acerca de la forma y términos en que ha de hacerse valer un derecho.

"9.- En ese orden de ideas, el término de caducidad para que una parte pueda demandar la nulidad de un contrato, no es la disposición alegremente invocada por el recurrente, sino la prevista en el inciso segundo del literal j) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, norma posterior, la cual, como ya se dijo, prevé que *'podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente'*

"10.- Esta interpretación ha sido privilegiada por el Consejo de Estado, en la providencia citada a continuación:

'A lo anterior se añade que la regla comentada -relativa a la aplicación inmediata de las disposiciones procesales-, contenida en el aludido artículo 40 de la Ley 153 de 1887, también debe observarse cuando se trata de reclamar en juicio los derechos emanados de un contrato, como quiera que así lo dispone -en igual sentido-, el numeral 12 del artículo 38 de la Ley 153 de 1887, al consagrar una de las excepciones a la mencionada regla general, según la cual 'en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración', por manera que **tales reclamaciones deberán regirse, entonces, por las leyes nuevas**.

'De la misma manera se impone precisar que la interpretación de los referidos artículos 38 y 40 de la Ley 153 de 1887 debe realizarse de manera armónica y sistemática, no sólo porque ese es deber del intérprete, para efecto de dotar de sentido y de eficacia a las normas legales y porque ambas disposiciones forman parte de un mismo cuerpo normativo, sino porque así lo indica el contenido material de dichas disposiciones, las cuales, lejos de resultar contradictorias u opuestas entre sí, en verdad son coincidentes como quiera que el numeral 1° del citado artículo 38 -como ya se indicó-, 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. Es por ello que 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 a ii) las actuaciones y diligencias ya iniciadas, naturalmente 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.'

"11.- Aunque las precedentes razones por sí solas bastan para no revocar la providencia impugnada, adviértase que reiterada jurisprudencia sostiene, sin duda alguna, que el término de caducidad debe computarse desde el momento en que se terminó el contrato. De acuerdo con providencia proferida por el Consejo de Estado en el 2011.

'con fundamento en la jurisprudencia de la Corporación que fijó la hermenéutica del postulado contenido en el inciso final del artículo 136 del C.C.A. -modificado por el decreto 2304 de 1989-, **mientras el contrato se encuentre en ejecución no resulta viable señalar que ha operado el**

> **fenómeno de la caducidad de la acción en relación con la pretensión puntual de nulidad absoluta del mismo** (...) En consecuencia, **la caducidad en el caso concreto no ha operado por la sencilla pero potísima razón de que el contrato estatal se mantiene en ejecución** y, por lo tanto, no se ha producido su terminación, momento éste desde el que, de haber acaecido, habría lugar a verificar el cómputo del plazo respectivo.'

"12.-Además no debe perder de vista el Tribunal la especial protección que ha otorgado nuestro ordenamiento jurídico a la exigibilidad de la nulidad absoluta cuando se manifiesta por la vía del objeto o la causa ilícita. Tal asunto fue confirmado por la Corte Constitucional mediante decisión fechada del 2001, al revisar demanda de constitucionalidad contra el aparte del artículo 136 del CCA según el cual '*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.'* Sentencia en la cual señaló:

> 'Al respecto ha de decirse por la Corte que, ciertamente la remisión que el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 hace a las causales de nulidad establecidas en el derecho común, adicionadas por las cinco expresamente contenidas en los numerales de esa norma legal, en definitiva, incorpora al Estatuto de la Contratación Administrativa, que es de Derecho Público, las circunstancias constitutivas de nulidad conforme al Código Civil. Ello significa, entonces, que por esa vía se hacen aplicables las normas de que tratan los artículos 1502, 1519, 1523, 1525, 1740, 1741 y 1746 del Código Civil, el penúltimo de ellos con la redacción que le imprimió el artículo 2° de la Ley 50 de 1936. Es decir que, conforme a ello el régimen propio de las nulidades contractuales cuando éstas son absolutas, es riguroso y severo. Por ello, **cuando las nulidades provengan de objeto o causa ilícita, no pueden ser saneadas por las partes a tenor de lo dispuesto por el artículo 2° de la Ley 50 de 1936.**'

"13.- Hay, además, dos razones para que no pueda aplicarse la norma citada por el recurrente para que se decrete la caducidad de la acción de nulidad por objeto ilícito planteada por la AN1.[227] La primera, consiste en que mal puede computarse un término de caducidad a partir del perfeccionamiento del contrato, frente a los graves motivos de nulidad invocados por la reconviniente; la segunda, que resulta insólito y al mismo tiempo deplorable, por decir lo menos, que sea precisamente la entidad que está sindicada de pagar sobornos a funcionarios públicos, lo cual ha generado un escándalo sin precedentes en el país, que pretenda cobijarse en el inmoral argumento de que como las autoridades competentes no se enteraron a tiempo de los punibles en los que incurría al menos uno de los consorciados de la sociedad demandante, entonces caiga sobre este asunto el manto corruptor de la impunidad para que el contrato groseramente nulo no pueda ser invalidado. Osorio y Gallardo en su inmortal libro *El Alma de la Toga* dijo para siempre que '*el ejercicio del derecho no es la habilidad del ingenio, sino la rectitud de la conciencia.*'

"14.- Así las cosas, resulta apenas lógico que los términos de caducidad deberán contabilizarse desde que se tuvo conocimiento de los motivos que la generaron. Y no desde cuando se suscribió el delictuoso contrato. Esto en la medida en que estos fueron actos ilegales y secretos que cometió al menos uno de los integrantes del concesionario con unos funcionarios, los cuales no pudo conocer el Estado hasta que se presentó la confesión de los poderosos e influyentes delincuentes de Odebrecht, que es de público conocimiento y fue reconocida por el Tribunal en el Auto No. 34 del 17 de enero de 2017, que obra en el Acta No. 29.

"15. El reconocido procesalista uruguayo Eduardo J Couture lo expresó de manera simple y contundente en el cuarto mandamiento de los abogados:

> '**IV. Lucha.** Tu deber es luchar por el Derecho, pero el día que encuentres en conflicto el Derecho con la Justicia, lucha por la Justicia.'

---

[227] "El literal e) del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo: "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. En ejercicio de esta acción se dará estricto cumplimiento al artículo 22 de la Ley 'por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia.'

"La tesis del demandado en reconvención no sólo contraviene el derecho. Es peor: contraviene los mandatos elementales de la justicia. Ello es así porque conlleva que los corruptos pueden beneficiarse de su ilícito. En efecto, si se acepta que la acción para declarar la nulidad absoluta caducara, a partir de aplicar una norma que no rige para este asunto, ello implicaría aceptar que los efectos últimos del soborno (obtener el contrato) son inmodificables y que beneficiarían al contratista corruptor, con tal de que no se deje descubrir.

"16.- Deja un sabor sombrío el recurso que se responde, porque en vez de haber negado con vehemencia los graves sucesos que comprometen a la entidad recurrente en gravísimos delitos, optó por el camino del atajo de una caducidad que no sólo resultaría ilegal sino inmoral declararla. Que silencio más diciente.

"17.- Por lo demás, resultaría inocua la aviesa declaratoria de caducidad que se propone, cuando los jueces tienen el deber de hacer uso de sus facultades oficiosas para declarar la nulidad absoluta del contrato, como lo ha reconocido en múltiples ocasiones el Consejo de Estado[228], tanto más cuanto en el sublite se está en presencia de un Consorcio del que hace parte una multinacional que ya confesó haber delinquido en contra de la administración pública colombiana.

"18.- Finalmente, advierte de manera subsidiaria el recurrente: '*el hecho de que la parte convocada no hubiera formulado una pretensión de condena relacionada con la declaratoria de nulidad del Contrato de Concesión, no excusa en modo alguno que esa parte hubiera omitido la estimación de las pretensiones principales de su reconvención reformada, puesto que, se reitera, la declaratoria de nulidad impone al juez el deber de definir las restituciones, compensaciones e indemnizaciones consecuencias a la nulidad, frente a las cuales el demandante debe hacer la respectiva estimación.'*

"19.- La precedente interpretación contradice por completo el medio probatorio del juramento estimatorio, previsto en el artículo 206 del Código General del Proceso, el cual impone la obligación de acudir a él sólo cuando se '*pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras*'. En el caso bajo estudio, la ANI pretende la declaratoria de nulidad y como tal resulta una solicitud que no se encuentra dentro de aquellas que exigen la formulación del juramento estimatorio que exige el Código. Si bien la anulación de un contrato puede tener consecuencias monetarias, ellas no se refieren al '*reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras'*, pues, bien sabido es, que decretada una nulidad, más en el caso de que sea absoluta por objeto ilícito, como aquí se pretende, solamente habrá lugar a remunerar lo que hubiere significado provecho económico para el Estado, no para que este tenga que indemnizar, compensar, o reconocer frutos o mejoras."

Así mismo, mediante memorial radicado el 31 de enero de 2017, la Agencia Nacional de Infraestructura, al descorrer el traslado del recurso de interposición interpuesto por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. contra el auto admisorio de la demanda de reconvención, se opuso a la prosperidad del mismo por las siguientes razones:

"1.- Muy a pesar de lo expuesto en el recurso, lo cierto es que en el presente caso no existe un conflicto de leyes procesales en el tiempo y, por ende, no hay lugar a aplicar la norma contenida en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 del Código General del Proceso, norma que, como se desprende de su tenor literal, solamente se aplica a los términos que estuviesen corriendo al interior de un proceso judicial cuando se produce el cambio de legislación, caso en el cual, como lo dispone la norma en comento, aunque la nueva ley procesal es de vigencia inmediata, la ley anterior se sigue aplicando pero solo para ese específico término que estaba corriendo cuando se produjo la modificación de la norma procesal.

"Precisamente para evitar que se presentara un conflicto de leyes procesales en el tiempo con las complicaciones y discusiones que ello pudiese generar, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) previó un sistema de entrada en vigencia que no permite que se generen conflictos en relación con su aplicación frente a la legislación anterior contenida en el Código Contencioso Administrativo. Esto significa, entonces, que el nuevo estatuto procesal de lo contencioso administrativo no permite que se presente conflicto alguno con la legislación anterior y, por ende, ello excluye la aplicación del artículo 40 de la Ley 153 de

[228] Sólo como ejemplo de esto, ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 3 de octubre de 2012. Radicación número: 23001-23-31-000-1998-08976-01(26140). C.P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

1887, disposición que precisamente está destinada a solucionar los problemas de aplicación en el tiempo que pueden generarse entre dos normas procesales.

"Al respecto, el artículo 308 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo dispuso su aplicación, sin excepción alguna, a los procesos promovidos con posterioridad al 2 de julio de 2012, de tal suerte que las demandas presentadas con anterioridad seguirán rigiéndose por el anterior Código Contencioso Administrativo.

"Dispone la norma en comento:

> '**Artículo 308. Régimen de transición y vigencia.** El presente Código 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.' (Negrillas y subrayas para resaltar).

"De acuerdo con la norma transcrita, la cual es clara, no hace excepciones y, por ende, no le permite al intérprete buscarle esguinces para su aplicación, es claro que el anterior Código Contencioso Administrativo, incluyendo los términos de caducidad que allí estaban previstos, solamente puede regir los procesos judiciales y, desde luego, arbitrales, promovidos antes del 2 de julio de 2012, fecha a partir de la cual todos los procesos iniciados con posterioridad de la misma -sin excepción alguna- se rigen por lo previsto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, incluyendo, desde luego, los términos de caducidad establecidos en dicho estatuto. De esta forma se evitaron los posibles conflictos de aplicación en el tiempo de los dos estatutos y, por ende, no tiene sentido discutir si frente a un determinado caso debe aplicarse uno u otro, pues simplemente debe partirse de un dato cierto para saber cuál es la norma aplicable: la fecha de presentación de la demanda.

"Desde esta perspectiva no cabe duda que el presente proceso arbitral debe regirse en su integridad por lo previsto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo por la sencilla e irrefutable razón de que la demanda se promovió con posterioridad al 2 de julio de 2012 y, por consiguiente, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 308 de dicho Estatuto, norma procesal de orden público y de obligatoria observancia, todos los aspectos procesales de este arbitraje en donde resulte necesario acudir al estatuto de lo contencioso administrativo, como lo es la caducidad del medio de control, deben buscarse, entonces, en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y no en el Código Contencioso Administrativo, motivo más que suficiente para concluir que la pretensión de nulidad absoluta del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 se promovió dentro del término consagrado con tal propósito en el literal "J" del numeral 2º del artículo 161 de aquél.

"Llegar a una conclusión diferente como la reclamada por el recurrente implicaría una clara y frontal violación del régimen de transición y vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y aplicarle a un proceso promovido luego del 2 de julio de 2012 las normas de caducidad de un estatuto inaplicable y hoy ya derogado.

"2.- No puede perderse de vista que el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por artículo 624 del Código General del Proceso, es una norma diseñada para solucionar los conflictos en la aplicación temporal de leyes procesales, conflicto que, como se vio, en el presente caso no existe pues por mandato del citado artículo 308 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo es dicho estatuto el llamado a gobernar lo relacionado con la caducidad del medio de control.

"Pero adicionalmente, de acuerdo con lo que ha entendido la jurisprudencia, la aplicación del citado artículo 40 de la Ley 153 de 1887 presupone necesariamente la existencia de un proceso judicial en curso cuando se produzca el cambio de legislación procesal.

"En sentencia del 5 de diciembre de 2006[229] se lee sobre el particular:

> 'Estima la Sala importante precisar que el artículo 40 aparte segundo de la citada ley, en cuanto prescribe que '...los plazos que hubieren comenzado a correr bajo el imperio de una norma se continuarán rigiendo por ésta...', es una excepción al principio de que la ley procesal rige hacia el futuro con efecto general e inmediato para darle efecto ultractivo a la ley procesal antigua, **pero está circunscrita a los procesos pendientes o en curso y sobre los actos procesales no consumados o que están en trámite cuando aparece la nueva ley procesal. La operancia de dicha excepción está condicionada a dos supuestos: (i) la existencia de un proceso en curso en el momento de entrar en vigencia la nueva ley; y (ii) que dentro del proceso en curso existan términos que hubieren empezado a correr, y actuaciones y diligencias iniciadas con antelación a la expedición de la nueva norma procesal.** De acuerdo con el precepto anterior, es válido afirmar que si las nuevas disposiciones instrumentales se aplican a los procesos en trámite tan pronto cobran vigencia, sin perjuicio de que sean respetados aquellos actos procesales que se han cumplido, consumado o estén pendientes de conformidad con la ley antigua, con mayor razón la nueva norma procesal entra a regular situaciones jurídicas no consolidadas que ni siquiera se han iniciado mediante la respectiva acción judicial.' (Negrillas y Subrayas fuera del texto).

"Como en el presente caso cuando se produjo el cambio de legislación aún el presente proceso arbitral no estaba en curso, mal puede, entonces, plantearse un conflicto de leyes procesales en el tiempo que permita aplicar la solución prevista en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887. Cuando la demanda arbitral se presentó ya el Código Contencioso Administrativo estaba derogado y, por ende, ninguna disposición del mismo podía aplicarse a este proceso y, mucho menos, plantear un inexistente conflicto de leyes, por lo que debe concluirse que la única norma que puede regular lo relacionada con la caducidad de la pretensión de nulidad absoluta indudablemente es el artículo 161, numeral 2°, literal 'J', del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, disposición que expresamente señala que mientras el contrato estatal esté vigente puede solicitarse y declararse la nulidad del mismo.

"Ahora bien, de aceptarse la tesis expuesta en el recurso de reposición se estaría permitiendo una mescolanza de aplicación de normas en este arbitraje que no tolera nuestra legislación, pues no tiene sentido que para todos aquellos aspectos procesales sea aplicable el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, menos para el tema de la caducidad, en donde el estatuto aplicable sea, entonces, el anterior y ya derogado Código Contencioso Administrativo; de hecho, no se entiende la contradicción de la parte Convocante quien, por ejemplo, para el tema de las medidas cautelares reclamó con vigor la aplicación de las disposiciones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, pero ahora, cuando es preciso acudir a ese estatuto en punto de la caducidad del medio de control, sí viene a despreciarlo y a reclamar la aplicación de una norma derogada.

"Este tipo de aspiraciones de la Convocante, para quien a su antojo a veces es mejora aplicar una norma que otra, no puede ser permitida por ese Honorable Tribunal de Arbitraje y, por consiguiente, debe mantenerse la decisión de aplicar el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en todos aquellos aspectos procesales, incluido el de la caducidad del medio de control de controversias contractuales.

"3.- Ahora bien, aceptando únicamente en gracia de discusión que en el presente caso la caducidad de la pretensión de nulidad absoluta del Contrato es de apenas cinco (5) años en virtud de la aplicación del anterior y ya derogado Código Contencioso Administrativo, dicho término en el particular caso no podría contarse desde el perfeccionamiento del Contrato de Concesión, puesto que la existencia de los delictuosos hechos que dieron origen a la formulación de la pretensión de nulidad absoluta del mismo, fueron conocidos luego del vencimiento de los mencionados cinco (5) años de la caducidad, lo cual obligaría a que su cómputo se hiciera desde el momento en que se tuvo conocimiento de su existencia.

"Esta interpretación desde luego resulta más adecuada a la realidad y más acorde con el derecho de acceso a la administración de justicia, pues de lo contrario se permitiría que en asuntos como el presente los hechos que dan origen al vicio del negocio jurídico sean desconocidos al menos para uno de los sujetos negociales (en este caso para la ANI), por lo cual se encuentre en imposibilidad de formular la pretensión de nulidad y pese a ello se le castigue con el rechazo de la demanda por

[229] Consejo de Estado, Sección Tercera, CP: Ruth Stella Correa Palacio, expediente 25000-23-26-000-1994-00044-01(13750).

caducidad del medio de control. No puede soslayarse, como lo hace el recurrente, que la ANI no conocía los presuntos hechos criminales que al parecer rodearon la celebración del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, máxime cuando el mismo fue adjudicado y suscrito por el anterior y hoy desparecido INCO, y, por ende, estaba en imposibilidad de pedir la nulidad absoluta del mismo, por lo que carece de sentido que pese a dicha imposibilidad en todo caso el término de caducidad se compute desde el perfeccionamiento del Contrato.

"Por ello, si llega a aceptar la tesis del recurso, el término de caducidad deberá ser contabilizado desde el momento en que se conocieron los hechos, más aún cuando el propio Tribunal ha reconocido que se trata de circunstancia sobrevinientes que, por ejemplo, ameritaron la cancelación o levantamiento de las medidas cautelares, por lo que es apenas elemental concluir que la caducidad debe, entonces, contabilizarse no desde el perfeccionamiento sino desde el momento en que tan lamentables hechos de corrupción presuntamente constitutivas de delitos fueron conocidas por la ANI, quien, por lo demás, tan pronto se supo de la existencia de los mismos, procedió a reformar la reconvención para incluir la pretensión de nulidad absoluta.

"En este sentido, es claro que no tiene ninguna lógica iniciar el computo de caducidad de la acción desde el perfeccionamiento del contrato cuando los hechos de corrupción solo fueron conocidos hasta hace pocos días y menos cuando el Contrato de Concesión aún está en ejecución. Esta tesis prohijaría situaciones como la ocurrida en este caso, en donde luego de vencidos los cinco (5) años para pedir la nulidad del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, lo que según la Concesionaria ocurrió el 14 de enero de 2015, una de las partes, a sabiendas de que ya no se puede pedir la nulidad, decide entonces promover demanda, como las que en efecto se promovieron en agosto de 2015 y que dieron origen a los procesos arbitrales hoy acumulados, pidiendo múltiples indemnizaciones y compensaciones, lo cual, a todas luces, generaría una abierta injusticia y desigualdad, pues para pedir la máxima sanción de todo negocio jurídico como lo es la nulidad ya habrían vencido los términos pese a que los hechos generadores de ella eran desconocidos al menos para una de las partes, mientras que para las cuantiosas pretensiones indemnizatorias de la otra parte los términos no habrían fenecido.

"Acerca de la forma como en estos casos debe contabilizarse el término de caducidad, en sentencia del 9 de mayo de 2011[230] dijo el Consejo de Estado:

> 'Así las cosas, tiene sentido verificar la ocurrencia o no del término de caducidad cuando se solicita la nulidad absoluta del contrato estatal en aquellos supuestos en que el vicio se materializa desde el mismo momento de la celebración del negocio jurídico, pero no ocurre igual en aquellas situaciones en las que la posible irregularidad se desprende de la promulgación o expedición de una norma que revistiendo superioridad jerárquica al contrato puede llegar a afectarlo, hipótesis esta última que lejos de poder ser asimilada a la primera, requiere una interpretación armónica de las disposiciones legales sobre caducidad, en aras de garantizar al máximo el respeto por los cánones constitucionales.
>
> 'En consecuencia, la caducidad en el caso concreto **no ha operado por la sencilla pero potísima razón de que el contrato estatal se mantiene en ejecución y, por lo tanto, no se ha producido su terminación, momento éste desde el que, de haber acaecido, habría lugar a verificar el cómputo del plazo respectivo**.' (negrilla fuera del texto).

"Por lo anterior, no cabe duda de que, incluso acogiendo la tesis expuesta por la Concesionaria, el término de caducidad no habría fenecido para el momento en que se solicitó ante este Tribunal de Arbitraje la nulidad absoluta del Contrato.

"4.- Si lo expuesto no fuere suficiente y al Honorable Tribunal le persistieran dudas sobre la evidente legalidad del auto admisorio de la reforma de la demanda de reconvención, dichas dudas deben resolverse a favor del ejercicio del derecho de acceso a la administración de justicia en aplicación del principio *'pro actione'*, el cual indica que en caso de que exista duda o falta de certeza respecto de si operó o no la caducidad, la demanda deberá ser admitida en aras de garantizar tal derecho fundamental y salvaguardar el derecho de acción.

[230] Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección C, Radicación número: 17001-23-31-000-1996-03070-01(17863), MP: Enrique Gil Botero, del 9 de mayo de 2011

"Sobre este punto en particular y dando aplicación al principio mencionado, en sentencia del 10 de noviembre de 2000[231] se dijo:

'**Sin embargo, la Sala ha sido flexible y ha garantizado el acceso a la administración de justicia en eventos en los que no se tiene certeza sobre cuándo se inicia el cómputo del término de caducidad, para que dentro del proceso se demuestren las condiciones que permitan determinar si operó o no dicho fenómeno (...)** En casos, como el que se analiza, la Sala ha sido flexible y ha garantizado el acceso a la justicia para que dentro del proceso se demuestren las condiciones que permitan suponer una fecha distinta - a la que primeramente parece obvia -, para iniciar el cómputo del término de caducidad**. En otras palabras, cuando no es manifiesta la caducidad, es viable admitir la demanda sin perjuicio de que el juez al momento de fallar, previo el análisis del material probatorio, vuelva sobre el punto. Con fundamento en todo lo anterior la Sala revocará el auto apelado y se resolverá sobre la admisión de la demanda. Ahora bien, de su estudio, encuentra la Sala que sí cumple con los requisitos formales previstos en la ley y, por lo tanto la admitirá.**' (negrilla del texto, subrayado fuera del texto).

"En este orden de ideas, es claro que la admisión debe mantenerse, pues de lo contrario se estaría patrocinando una tesis que limita notoriamente el derecho de acceso a la administración de justicia en cabeza de la ANI, entidad que resultaría sancionada por no haber solicitado la nulidad dentro de los cinco (5) años siguientes al perfeccionamiento del contrato, no obstante desconocer la ocurrencia de los hechos que hoy se esgrimen como motivo de nulidad absoluta. Si los hechos que afectan la validez del contrato solamente pudieron conocerse hasta ahora, carece de sentido privar a la ANI de ejercer el derecho de pedir la nulidad absoluta del contrato de concesión por la supuesta ocurrencia de la caducidad, pues precisamente por ese desconocimiento se encontraba en imposibilidad de formular la correspondiente pretensión ante el juez del contrato."

Por su parte, al descorrer el citado recurso el Ministerio Público señaló lo siguiente:

"En primer orden y en relación con el estatuto procesal aplicable en materia contenciosa administrativa dada la derogatoria del Decreto 01 de 1984 con sus respectivas modificaciones, es preciso indicar que la disposición que lo definió está contenida en el artículo 308 de la Ley 1437 de 18 de enero de 2011 *'por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo'*, (en adelante CPACA) preceptiva de naturaleza especial que establece lo siguiente:

*'ART. 308. **Régimen de transición y vigencia**. El presente código comenzará a regir el dos (2) de julio del año dos mil doce (2012).*

'El presente código solo se aplicará a los procedimientos y a 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.'

"De acuerdo con esta disposición, para establecer el estatuto procesal que en materia administrativa rige el ejercicio de la acción -hoy medio de control- contractual, concretamente de la pretensión de nulidad absoluta, debe acudirse a la regla que el artículo 308 del CPACA consagra, la cual es que las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 se gobiernan por este Código mientras que las demandas y procesos en curso a la vigencia del mismo, continuarían y terminarían al amparo del régimen jurídico anterior.

"Como la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 fue el 2 de julio de 2012 y la demanda que originó este proceso arbitral fue radicada el día 19 de agosto de 2015, no puede pretenderse que se aplique el Código Contencioso Administrativo -Decreto 01 de 1984 con sus modificaciones- porque las actuaciones procesales que conciernen a la demanda y a todo el proceso que se realice de allí en adelante, por disposición especial y prevalente se rigen por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

[231] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 10 de noviembre de 2000. expediente: 18.805, M.P. María Elena Giraldo Gómez.

"Por consiguiente, la norma aplicable para la pretensión de nulidad absoluta que plantea la reforma a la demanda de reconvención presentada el día 19 de febrero de 2016, en cuanto al término de caducidad es el inciso segundo, literal j), numeral 2 del artículo 164 del CPACA, cuyo tenor literal es el siguiente:

'Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda, La demanda deberá ser presentada:

2. (…)

j) (…)

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 de su perfeccionamiento. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras se encuentre vigente.'

"Con base en esta preceptiva, como el contrato de concesión N° 010 de 2010 para la fecha de la presentación de la reforma a la demanda de reconvención estaba vigente incluso aún lo sigue, el fenómeno de le caducidad no se configuró y de contera el recurso de reposición interpuesto por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. no tiene vocación de prosperidad.

"Ahora, en gracia de discusión y teniendo en cuenta lo planteado por la parte convocante respecto del término de caducidad de 5 años, se tiene que sobre la disposición a que hace alusión el escrito de reposición, la Corte Constitucional se pronunció en sentencia C-709 de 2001 que declaró exequible el artículo 44, numeral 10, literal e) 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.

"En la parte motiva de la providencia emitida por la Alta Corporación, se sostuvo lo siguiente:

'Así las cosas, si por la norma demandada se establece un término de caducidad, para demandar la nulidad absoluta de un contrato estatal, no podría concluirse que queda desprotegido el interés público, sino que debe haber celeridad en la defensa de la legalidad.

'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.'

"De acuerdo con lo decidido por la máxima Corporación de la Jurisdicción Constitucional es preciso verificar si la nulidad absoluta que se predica de la actividad contractual recae sobre sobre adiciones o modificaciones posteriores al contrato inicial pues en dicho evento el fenómeno de la caducidad se contaría desde la fecha de estas últimas como ocurre en el asunto objeto de esta controversia porque el contrato de concesión Nº 01 suscrito el 14 de enero de 2010 fue objeto entre otras, de las adiciones contentivas en los siguientes otrosíes:

"Otrosí Nº 3 del 15 de julio de 2013, por medio del cual las partes adicionaron el contrato de concesión para que: *'EL CONCESIONARIO elabore los Estudios y Diseños Fase III del Tramo Aguaclara - Gamarra - Puerto Capulco y la vía de acceso a los demás puertos ribereños localizados en una longitud menor o igual a 5 km de distancia del casco urbano del Municipio de Gamarra, incluidas las variantes de Aguachica y Ocaña; así como la estructuración jurídica, técnica y financiera del Proyecto relacionado con la vía Ocaña- Aguaclara- Gamarra- Puerto Capulco y la vía de acceso a los demás puertos ribereños localizados en una longitud menor igual a 5 km de distancia del casco urbano del Municipio de Gamarra, y las variantes de Aguachica y Ocaña. Así mismo, para que EL CONCESIONARIO pueda asumir sus responsabilidades como Concesionario dentro de este Contrato, incluyendo las responsabilidades por la construcción de la nueva obra, deberá seleccionar y contratar al constructor, a través del procedimiento de licitación privada de que trata el Literal (b) la Sección 13.01 del Contrato de Concesión No. 001 de 2010'*, cuya actuación fue modificada por Acta de marzo 10 de 2014.

"Otrosí Nº 6 del 14 de marzo de 2014, por medio del cual las partes decidieron: *'Adicionar el Contrato de Concesión No. 001 de 2010, para que EL CONCESIONARIO por su cuenta y riesgo, elabore los diseños, financie, obtenga las Licencias Ambientales y demás permisos, adquiera predios, rehabilite, construya, mejore, opere y mantenga el Tramo denominado 'Transversal Rio de Oro - Aguaclara – Gamarra', de conformidad con lo previsto en el Numeral 4 del Artículo 32 de la Ley 80 de 1993; siempre y cuando se de aplicación a lo establecido en la Cláusula Décima Tercera del presente Otrosí'*.

"La vía Ocaña - Gamarra, es una vía transversal al trazado del sector 2 de la denominada ruta del sol. Esta actuación contractual fue modificada mediante el Acta complementaria de 10 de noviembre de 2014.

"Los hechos que fundamentan la pretensión de nulidad absoluta que plantea la ANI hacen alusión a las adiciones antes referidas, pues según se infiere de lo expuesto por el Tribunal de Arbitramento en el proveído que levantó la medida cautelar de la información que suministra la página web de la Fiscalía General de la Nación, el flagelo de la corrupción también los impactó.

"En efecto, la página electrónica de la Fiscalía que en la considerativa del auto Nº 34 de 17 de enero de 2017 se transcribe, manifiesta:

'Fiscalía revela segundo pago efectuado por Odebrecht
'14 de enero de 2017 | 5:42 PM Bogotá
'Capturado exsenador Otto Bula.

'1.El pasado 21 de diciembre de 2016, con ocasión del acuerdo de colaboración suscrito por Odebrecht ante las autoridades de los Estados Unidos, el Departamento de Justicia de ese país manifestó -frente a los sobornos efectuados en 12 naciones - que 'En el caso de Colombia, los pagos suman 11 millones de dólares entre 2009 y 2014 para asegurarse contratos de obra pública.

'2. Las indagaciones de la Fiscalía han llegado a concluir que los pagos efectuados por Odebrecht para obtener dos (2) contratos de obra pública a nivel nacional, ascendieron a USD $ 11.100.000, oo, así:

'i. Un primer pago, de USD6.5 millones, para lograr la adjudicación de la concesión, por el Instituto Nacional de Concesiones (INCO), dirigido en calidad de encargado por Gabriel García Morales, entonces Viceministro de Transporte de la época, del Tramo Dos de la Ruta del Sol. Este contrato fue adjudicado en diciembre de 2009 y firmado en enero de 2010.

'ii. Un segundo pago, por USD4.6 millones, para la adjudicación de la vía Ocaña-Gamarra, mediante su contratación por adición al contrato del tramo Dos de la Ruta del Sol. Esta adición se hizo mediante el otrosí número 6, firmado el 14 de marzo de 2014 por el director de la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), Luis Fernando Andrade.

'Decisiones en Ruta del Sol Tramo Dos

'El pasado jueves 12 de enero la Fiscalía General de la Nación anunció la captura e Imputación por los delitos de cohecho, celebración indebida de contrato y enriquecimiento ilícito contra Gabriel García Morales, ex director del Inco y ex viceministro de Transporte, a propósito de la adjudicación del tramo dos (2) de la Ruta del Sol.

'La legalización de la captura se formalizó en la madrugada de este sábado y la audiencia de imputación quedó suspendida para desarrollarse este domingo 15 de enero ante un juez de control de Bogotá.

Decisiones sobre adición contractual dé la Vía Ocaña-Gamarra

'La Fiscalía General de la Nación estableció que la sucursal en Colombia de la firma Odebrecht contrató el cinco (5) de agosto de 2013 a Otto Nicolás Bula Bula, mediante la modalidad de 'honorarios por resultado o cuota de éxito', con el objeto de obtener el contrato de la vía Ocaña - Gamarra, a favor de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

'Al señor Bufa Bula asimismo se le confió el encargo de obtener la inclusión da ciertas condiciones económicas en el contrato, que se formalizó a través del otrosí número 6 mediante una ADICION al Contrato del Tramo dos (2) de Ruta del Sol.

'La adición contractual correspondiente para llevar a cabo la vía Ocaña-Gamarra, se perfeccionó el 14 de marzo de 2014, mediante contratación directa por 'adición', esto es sin licitación previa. El documento contractual del 2014 incorporó las mismas condiciones (número de peajes, aumento del valor de los peajes existentes y anticipo de las vigencias futuras) que habían sido requeridas por Odebrecht al contratista Bula, según la evidencia que posee la Fiscalía.

'Por asta gestión, Odebrecht efectuó pagos desde Brasil por USD $ 4.6 millones, que fueron fraccionados.

'Con las evidencias que se poseen en este caso, el fiscal de conocimiento imputará al señor Otto Bula los delitos de cohecho por dar u ofrecer y enriquecimiento ilícito de particulares.

'El señor Bula Bula fue capturado al medio día de hoy sábado por unidades del CTI. De manera complementaria, la fiscal de conocimiento ha dispuesto compulsa de copias de esta transacción por presunta violación al régimen de cambios internacionales".

"Finalmente y para este caso en concreto, si llegare a pensarse que fuera posible la aplicación del artículo 136 del C.C.A. desconociendo los razonamientos antes indicados, ante la magnitud de los hechos de corrupción administrativa que sustenta la nulidad absoluta que evidencia la vulneración de la moralidad y del interés general que consagra el artículo 209 de la Constitución Política, con fundamento en el artículo 4 *Ibídem*, procedería en este asunto la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad de la norma legal que se acaba de citar en cuanto al término de 5 años que prevé para la configuración de la caducidad.

"Corolario de lo antes expuesto y en criterio de esta Procuraduría, la caducidad que endilga la parte convocante a las pretensiones de la reforma a la demanda de reconvención no operó y por tanto, la providencia recurrida debe ser confirmada."

Al decidir el recurso de reposición, el Tribunal Arbitral mediante Auto No. 42 del 8 de febrero de 2017, confirmó el Auto No. 35 de 2017, admisorio de la reforma de la demanda de reconvención, para lo cual señaló lo siguiente:

"1. En el presente asunto se ejerce la acción de controversias contractuales derivada de un contrato estatal de concesión celebrado entre una entidad pública y un particular, cuyo conocimiento en ausencia de pacto arbitral correspondería a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

"Las demandas arbitrales principales se presentaron el 6 de agosto de 2015 en el expediente con radicado No. 4190 y el 19 de agosto de 2015 en el expediente radicado No. 4209, la reconvención y su reforma durante su trámite, o sea, son demandas y procesos instaurados con posterioridad a la vigencia de la Ley 1437 de 2011, en vigor el 2 de julio de 2012, cuyo artículo 308 consagra:

'ARTÍCULO 308. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y VIGENCIA. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

'Este Código solo 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**." (Subrayas ajenas al texto)

"A su vez, el artículo 164 disciplina la oportunidad para presentar la demanda, y establece:

'La demanda deberá ser presentada:
[…]

'2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

'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 sirven 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 éste se encuentre vigente' (Se subraya)

"El Tribunal, al admitir la reforma de la demanda de reconvención encontró cumplidos todos los requisitos legales, y consideró oportuno el ejercicio de la acción de nulidad absoluta al tenor de lo dispuesto en el artículo 164, [2, j)] de la Ley 1437 de 2011, pues, no obstante indicar para tal efecto un plazo de dos años contados a partir del día siguiente al perfeccionamiento, establece que, en todo caso, podrá demandarse mientras el contrato esté vigente.

"El Tribunal no desconoce la importante doctrina jurisprudencial relacionada en el recurso, en su oposición y en el concepto del Ministerio Público respecto de la norma reguladora del término de caducidad de las acciones contractuales derivadas de los contratos estatales cuando se presentan cambios normativos entre la celebración del contrato y su ejercicio, ni las distintas posturas sobre la naturaleza sustancial o procesal de la figura y sus efectos.

"Pertinente dejar sentado que las providencias mencionadas en esos escritos, algunas anteriores y otras posteriores a la vigencia de la Ley 1437 de 2011 que postulan, unas la aplicación de la norma vigente al tiempo de la celebración o perfeccionamiento del contrato, y otras, la de la ley en vigor al momento de la presentación de la demanda o ejercicio de la acción, no tratan de la problemática inherente a la especialidad, preferencia y prevalencia del régimen de transición consagrado en el artículo 308 transcrito en consonancia con el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, sobre las disposiciones generales de transición contempladas en el artículo 40 *esjudem*, para determinar en el caso concreto la aplicación de la norma precedente o ulterior, análisis que debe hacerse en armonía con la disciplina del contrato estatal, su invalidez absoluta por las causas del derecho común y las acciones relativas a controversias contractuales.

"Natural corolario de lo expuesto es que la caducidad de la acción de nulidad absoluta no luce manifiesta para el rechazo *in limine* de la demanda, pues mientras las normas ya indicadas del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo bajo cuya vigencia se presentaron las demandas y la reforma a la reconvención permiten demandar la nulidad absoluta del contrato estatal mientras esté vigente, la normatividad en vigor al tiempo de su celebración disponía un término máximo de cinco años contados a partir del perfeccionamiento, asunto que implica una motivación que excede el alcance de un auto, sobre lo cual habrá de pronunciarse la sentencia, como a título de ejemplo lo ha hecho el Honorable Consejo de Estado en las sentencias citadas por las partes, demostrativo de suyo que cuando la caducidad es prístina, a simple vista y con caracteres indiscutibles ha rechazado la demanda, y en otros, la ha admitido pronunciándose en la sentencia."

A la luz de lo solicitado por el Ministerio Público, el apoderado de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado solicitó que el Tribunal aclarara el punto específico relacionado con el pronunciamiento de que la nulidad solo se puede declarar en la sentencia.

Aquí debe tenerse presente que al contestar la demanda de reconvención, el apoderado de la Convocante y Convocada en reconvención, no se opuso a la competencia del Tribunal para declarar la nulidad del contrato de concesión por caducidad de la acción ni formuló en tal sentido excepción de mérito fundada en la caducidad de la acción. Solo formuló oposición a la pretensión de nulidad por ausencia de objeto de la misma en atención a que el Contrato de Concesión había terminado por acuerdo entre las partes.

Así mismo debe tenerse presente que mediante el Auto No. 63 proferido en la primera audiencia de trámite cumplida el 3 de octubre de 2017 (Acta No. 49), el Tribunal Arbitral asumió competencia para conocer tanto las pretensiones de las demandas arbitrales reformadas como las pretensiones de la demanda de reconvención reformada, sin que contra dicha providencia se hubiera presentado por parte de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. recurso alguno por falta de competencia del Tribunal

para tramitar la demanda de reconvención pretextando caducidad de la acción para pedir la nulidad del Contrato y, por el contrario, manifestó su conformidad con el contenido de la misma.

A su vez, terminada la instrucción de este proceso arbitral, la Convocante y convocada en reconvención no formuló reparo alguno en relación con la oportunidad para presentar la pretensión de nulidad del Contrato Estatal, así como tampoco formuló reparo alguno sobre la competencia del juez para decidirla en el Laudo. La Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. por conducto de su apoderado solo señaló cómo, a su juicio, no había mérito para declarar la nulidad del Contrato Estatal porque en su opinión no se había configurado causal alguna para tal fin.

Únicamente dos litisconsortes cuasinecesarios de la Convocante y Convocada en reconvención, en sus alegatos de conclusión, de nuevo, plantearon la ocurrencia de la caducidad de la acción para demandar la nulidad del Contrato de Concesión.

En efecto, en su alegato de conclusión entregado y sustentado en la audiencia celebrada el 17 de julio de 2019, la sociedad Construtora Odebrecht, por conducto de su apoderado, señaló lo siguiente:

> "1.1. Valoración de la validez del Contrato de Concesión – Imposibilidad jurídica de declarar la nulidad absoluta:
>
> "A partir de la introducción del tema que realizó la ANI con la Reforma a su Demanda de Reconvención, la validez del Contrato de Concesión, hoy en día, pasó a ser el principal asunto que el Tribunal Arbitral debe resolver en el caso puesto a su resolución. La ANI, de manera equivocada, alegó la nulidad del contrato, sin tener en cuenta el daño que le estaría causando a la legitimidad y estabilidad de las instituciones públicas y jurídicas, al desarrollo del país y la imagen de Colombia como destino de inversión. La nulidad del contrato, más que un instrumento de defensa de la moralidad pública y del deber ser de las instituciones, tal como se ha pretendido mostrar ante los medios y el público en general, en el presente caso lo que siempre ha sido es una estrategia jurídica tendiente a evitar el pago de los cuantiosos perjuicios ocasionados al Concesionario por la ejecución del contrato, por asuntos causados exclusivamente por la incuria de la Entidad Concedente.
>
> "Ante la evidencia procesal fuerte que fue presentada por la CONCESIONARIA RUTA DEL SOL, CRS, para cimentar la reclamación arbitral, la ANI encontró en la coyuntura el pretexto perfecto para eludir su responsabilidad civil, paradójicamente y contrario a los principios generales del derecho, alegando su propia culpa. No puede dejarse de lado que las conductas criminales que supuestamente afectaron el proceso de contratación, fueron adelantadas por un funcionario público, que, en su momento, era el director de la entidad concedente (cuando se llamaba INCO).
>
> "Varios entes administrativos, en su incesable afán de aprobación pública, ahora pretenden vender la idea de cuán injusto sería pagar la indemnización reclamada por la CRS, después de los eventos acaecidos alrededor del proyecto, apreciación que, sin embargo, no se acompasa en absoluto con el funcionamiento de las instituciones jurídicas del país. El "castigo social", no es precisamente la función de la nulidad absoluta, por lo que, si se quiere castigar los hechos acaecidos, para ello está la justicia penal, pero la institucionalidad arbitral, quien, basada en los principios de responsabilidad civil y el derecho contractual, no puede prestarse para semejante juego.
>
> "Hechas las apreciaciones precedentes, para efectos de resolver la presente controversia, el Tribunal Arbitral deberá establecer, en primer lugar, si el Contrato de Concesión No. 001 de 2010, suscrito entre el INCO (hoy ANI) y el CRS, es nulo absoluto por objeto ilícito y/o por desviación o abuso del poder, en razón de conductas delictivas que supuestamente afectaron el proceso de selección de contratista durante el trámite de licitación pública del contrato. Frente al cuestionamiento abordado, debo adelantar la respuesta: el Contrato de Concesión, muy a pesar de varios que así lo quieran, no es nulo bajo ninguna circunstancia. Y ello, no solamente porque no se dan los supuestos sustanciales para que se desate sus efectos, sino porque, también, y antes que todo, porque el Panel Arbitral, hoy en día, procesalmente se encuentra impedido a declararlo como tal.
>
> "Para efectos de desarrollar los planteamientos anteriores, en el presente acápite pasaré a exponer, en primer término, las razones procesales que impiden la declaratoria de la nulidad del contrato por parte

del Tribunal, y sin perjuicio de ello, de manera seguida, analizaré los elementos fácticos sustanciales que fueron probados en el caso, y por los cuales se pretende supuestamente edificar la nulidad.

"1.1.1. Criterio procesal – extinción de la competencia del Tribunal Arbitral para declarar la nulidad del contrato:

"El primer problema jurídico, ya anunciado, se centra en establecer si el Tribunal Arbitral, hoy en día, tiene la competencia procesal para poder declarar la nulidad absoluta del Contrato de Concesión. Frente a este cuestionamiento, desde ya, advierto que la respuesta al referido interrogante es negativa.

El Tribunal, en efecto, perdió su competencia para declarar la nulidad del negocio jurídico, en tanto, como pasaré a explicar, en la presente oportunidad operó el fenómeno de la caducidad. Y, como consecuencia del acaecimiento de dicho fenómeno procesal, el Panel Arbitral no puede declarar la nulidad del Contrato, ya sea en razón del análisis de las pretensiones presentadas por las contrapartes (ANI y Ministerio Público), o por el ejercicio del poder oficioso del juzgador.

"Las anteriores consideraciones se basan en dos premisas básicas: (i) por una parte, en razón de la ley procesal que debe aplicarse al caso, respecto a la contabilización del término de caducidad; y (ii) por otro lado, la extinción del poder oficioso del juzgador en razón de la mentada caducidad, por disposición de la jurisprudencia contencioso administrativa.

"(i). Norma procesal aplicable al caso – caducidad de la pretensión de nulidad del Contrato de Concesión:

"Para efectos de poder determinar si el fenómeno de caducidad ha operado en el presenta caso, es necesario establecer cuál es la norma jurídica que debe aplicarse al asunto concreto. Frente a este aspecto, debo destacar, que no es posible caer en el equívoco de asociar inmediatamente el hecho de que, en la medida que la demanda y las pretensiones de nulidad fueron interpuestas en vigencia de la Ley 1437 de 2011, es claro, entonces, que ésta es la ley que debe regir el asunto de la caducidad procesal. En efecto, si se recurre de manera plana al actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA-, tal como equivocadamente lo hizo la ANI en el proceso, se deberá aplicar lo preceptuado en el artículo 164 del referido estatuto, norma que, desde luego, indica que "En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente."

"Bajo esta égida, tal como lo alegará la ANI, el fenómeno de caducidad no acaeció, en tanto la solicitud de la nulidad fue presentada ante el Tribunal Arbitral en vigencia del Contrato de Concesión[232].

"El razonamiento que sin duda va a defender la ANI, sin embargo, deja de lado el hecho de que la caducidad, como fenómeno procesal, está sometida a un término, y las normas de aplicación de la ley procesal en el tiempo, frente a este asunto específico, son muy claras en establecer regulaciones especiales que buscan la protección del debido proceso y la estabilidad del ordenamiento jurídico. Esta consideración se encuentra establecida, principalmente, a partir del postulado decantado en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, el cual, en su versión original, establecía lo siguiente: "Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación." (Destacado fuera del texto)

"Ello significa que los términos procesales deben ser contabilizados de acuerdo a la ley vigente al momento en que éste empezó a correr, más no teniendo en cuenta alguna otra circunstancia, como lo es el momento en que se presentó la demanda. Lo preceptuado, Señores Árbitros, se acompasa con el artículo 40 edjusdem, el cual indica, como regla general y bajo los mismos términos, que la ley aplicable a la controversia será aquella que se encontraba vigente al momento de la celebración del contrato – principio de integración contractual-.

[232] "De hecho, Señores Árbitros, la pretensión de nulidad se presentó un mes antes de la firma del acta bilateral de terminación de la Concesión, en donde, sorpresivamente, y contrariando su postura develada en el proceso, la hoy Contraparte decidió acudir a los conductos regulares establecidos en el derecho contractual, para terminar una relación jurídica válida y eficaz. La actitud de la ANI frente a este asunto, en particular, nunca dejará de sorprender a nadie."

"Tan pacífico ha sido el asunto sobre la ley procesal aplicable en el tiempo, que, incluso, a partir de la modificación introducida por el Código General del Proceso, vigente al momento de incorporarse la pretensión de nulidad al presente trámite arbitral, se dispuso lo siguiente:

> 'Artículo 624. Modifíquese el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, el cual quedará así:
>
> '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. […]" (Destacado fuera del texto)

"Esto es, Señores Árbitros, a pesar de los cambios normativos que ha sufrido el derecho procesal recientemente, hoy en día se establece, tal como se hace desde hace mucho tiempo, que las normas procesales aplicables en materia de términos, deberán ser las vigentes cuando aquél empezó a transcurrir.

"Se equivoca entonces la ANI en establecer que la ley procesal aplicable, para todos los efectos, es aquella vigente al momento de presentar la demanda. Semejante examen, tan simplista, no tiene en cuenta las normas de aplicación de la ley procesal en el tiempo, tal como se ha expuesto. Ya quisieran las contrapartes (ANI, Ministerio Público y ANDJE) que así fuera el caso. Pero no. La ley aplicable en materia de caducidad, imperio a la cual está sometido el Juez del contrato según el principio constitucional[233], es aquella que se encontraba vigente al momento en que dicho término empezó a correr, el cual, de ninguna manera, tanto fáctica como jurídicamente, puede ser el CPACA, tal como explico a continuación.

"En efecto, si se tiene en cuenta que el Contrato de Concesión objeto de controversia fue perfeccionado en el año de 2010, se tiene que, en ese entonces, ni siquiera el CPACA existía, toda vez que la publicación de dicha norma se dio hasta el 18 de enero de 2011, en el Diario Oficial No. 47.956. Es más, si se tiene en cuenta lo establecido en el artículo 308 del CPACA, que dispuso que "El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012", la entrada en vigencia de dicho estatuto fue muy posterior al perfeccionamiento del Contrato de Concesión, por lo que resulta ser un imposible material acudir a dicho estatuto procesal en la presente oportunidad.

"Así las cosas, jurídicamente no puede acudirse al CPACA como norma que debe regir el asunto, al menos en materia de caducidad, tal como ya se expuso. No solo por lo establecido en la Ley 153 de 1887, vigente al momento de la suscripción del contrato, sino también en lo normado por el Código General del Proceso, vigente al momento de la interposición de la demanda. Y ambas normas, Señores Árbitros, incorporan la misma regla para determinar la ley aplicable en el tiempo en cuanto al término de caducidad.

"Entonces, teniendo en cuenta que la caducidad es considerada un fenómeno procesal[234], el Panel Arbitral, en virtud del mandato develado en la Ley 153 de 1887, deberá determinar, de manera imperativa y antes que todo, cuatro cosas: (i) cuál era la norma procesal vigente al momento del perfeccionamiento del Contrato de Concesión; (ii) si esta norma regulaba el asunto de caducidad de la pretensión de nulidad del contrato estatal; (iii) si, conforme a esa norma, ya estaba desplegándose algún

---

233 "ARTICULO 230. 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."

234 "(…) estima ahora la Sala que las normas relativas a la caducidad son de carácter procesal, como lo son todas las disposiciones que en la jurisdicción regulan cómo, cuándo, dónde y ante quién se ha de acudir para lograr la protección judicial (…); lo anterior al punto de que, precisamente, el aspecto de la caducidad debe examinarse dentro de los 'presupuestos procesales' e incluso en caso de verificar su ocurrencia, desde antes del inicio del proceso, se impone el rechazo de la demanda, de plano (artículo 143 C.C.A.). En consecuencia, para el asunto bajo estudio no resulta aplicable la regla general contenida en el inciso primero del referido artículo 38 de la Ley 153 de 1.887. Según lo expuesto, en cuanto las normas que regulan los términos de caducidad para acudir a la jurisdicción deben tenerse como normas de carácter procesal, a juicio de la Sala la disposición aplicable a los eventos señalados no puede ser otra que la consagrada en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887." Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 4 de diciembre de 2006. M.P. Mauricio Gómez Fajardo Expedite No. 15239.

término procesal relacionado con la caducidad; y, (iv) si ese término de caducidad inició antes o después de la entrada en vigencia del CPACA.

"Para efectos de todo lo anterior, basta hacer una mirada retrospectiva del momento en el cual se suscribió el Contrato de Concesión (año 2010), para determinar que, en ese entonces, sí existían reglas que resolvían todos los anteriores interrogantes.

"El Decreto No. 01 de 1985 -Código Contencioso Administrativo o CCA-, olvidado por completo por la ANI, era la norma procesal vigente al momento de signar el Contrato de Concesión. Y ello no tiene la más mínima discusión.

"Dicho estatuto, precisamente, en su artículo 136, señalaba lo siguiente:

> "ARTICULO 136. CADUCIDAD DE LAS ACCIONES.
>
> 10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.
>
> En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así: […]
>
> 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 (…) (Destacado fuera del texto)

"El CCA, sobre la materia, establecía los siguientes postulados:

"(i). Que, el termino de caducidad para pedir la nulidad del contrato, empieza a correr desde el perfeccionamiento del mismo;

"(ii). Que, el término de caducidad, por regla general, es de dos años;

"(iii). Empero, si la vigencia del contrato es superior a dos años: (a) el término de caducidad será igual al de la vigencia del contrato; y (b) pero, en todo caso, no podrá ser superior a cinco años.

"En los términos anteriormente decantados, podemos ver, a la luz de los mandatos normativos precitados, que sí existía un término procesal que estaba corriendo, el cual, precisamente, era el de caducidad de la pretensión de la nulidad del contrato, en tanto su contabilización, según lo preceptuado por el CCA, se daba desde el día de la suscripción del negocio jurídico, que, para el caso en particular, fue el 14 de enero de 2010.

"La discusión de cuál es la norma aplicable para efectos de contabilizar el término de caducidad de contratos estatales, suscritos antes de la vigencia del CPACA, ya fue ampliamente zanjada en el seno de la Sección Tercera del Consejo de Estado, al igual que en varios Laudos Arbitrales. Existen múltiples providencias proferidas en ambos escenarios judiciales, sobre casos con los mismos elementos fácticos del presente, en los que uniformemente se ha dicho que la regla aplicable sobre al asunto, sin duda, debe ser el antiguo CCA.

"Veamos:

"-. En Auto del 5 de marzo de 2015 (Radicado No. 49307), la Sección Tercera dispuso que:

> '(A) pesar de que las normas procesales son de aplicación inmediata, los términos que comenzaron a correr en vigencia de una ley anterior, específicamente el de caducidad, deben finalizar su conteo en aplicación de tal norma, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, que establece: "Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación." (…) En el mismo

sentido se advierte que, en principio, de acuerdo a lo establecido en el artículo 38 ibídem [Ley 153 de 1987], se debe aplicar la legislación vigente al momento de la suscripción del contrato, normatividad que establece dos excepciones, a saber: (i) las leyes relativas a las formas de reclamar en juicios las obligaciones derivadas de la suscripción de los mismos y, (ii) las penas que se impongan por el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el acuerdo de voluntades se regirán por las leyes vigentes al momento de su imposición. (…) comoquiera que para el momento en que fue adoptada la Ley 1437 de 2011, ya había iniciado a correr el término de caducidad, toda vez que el contrato n.º 175 y la resolución 1567 fueron proferidos antes de esa fecha –7 de junio de 2011 y 4 de mayo de 2011-, entonces es preciso que dicho término continúe rigiéndose por lo señalado en el Código Contencioso Administrativo -Decreto 01 de 1984, sin perjuicio de que en los demás asuntos procesales le sea dispuesto lo establecido en el Código Contencioso de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo." (Destacado fuera del texto)

"-. En idéntico sentido, en Auto del 20 de septiembre de 2017 (Radicado No. 58570), el órgano judicial manifestó:

'La demanda se presentó el 12 de septiembre de 2014, esto es, en vigencia de la Ley 1437 de 2011, por lo que las normas procesales aplicables al sub examine son las contenidas en ese cuerpo normativo. No obstante, para efectos del conteo de la caducidad y en vista de que dicho término empezó a correr en vigencia del Decreto 01 de 1984 -tal y como se verá más adelante-, se tendrán en cuenta las disposiciones del CCA y no las del CPACA. Precisado lo anterior, advierte el Despacho que el contrato de donación, a la luz de los artículos 51 y 175 del Decreto-ley 222 de 1983, se perfeccionó el 30 de diciembre de 1988, fecha en la cual se elevó a escritura pública. Lo anterior resulta importante, porque cuando se pide la nulidad absoluta del contrato -como ocurre en este caso-, tradicionalmente se ha dicho que el conteo de la caducidad inicia a partir de su perfeccionamiento. En ese sentido, se destaca que el término de la caducidad empezó a correr el 30 de diciembre de 1988, esto es, en vigencia del texto original del Decreto 01 de 1984 (es decir, antes las modificaciones introducidas por el artículo 23 del Decreto 2304 de 1989 y por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998), de ahí que, de conformidad con el artículo 136 del CCA, el plazo para demandar la nulidad absoluta del contrato de donación venció el 30 de diciembre de 1990. Siendo así, como la demanda se interpuso el 12 de septiembre de 2014, evidente viene a ser que operó el fenómeno procesal de la caducidad, el cual recae únicamente respecto de la pretensión de nulidad absoluta del contrato en cuestión.' (Destacado fuera del texto)

"-. En sentencia del 21 de julio de 2018, la Sección Tercera, al momento de analizar la caducidad de un Contrato de Concesión suscrito con anterioridad al CPCA, indicó lo siguiente:

'(…) en esta controversia resulta aplicable el término de caducidad previsto en el artículo 136 del C.C.A., antes de la mencionada modificación. Ello porque, si bien a la luz del artículo 42 de la Ley 153 de 1887 –en su contenido original-, las normas concernientes a la sustanciación y ritualidad de los procesos prevalecen sobre las disposiciones anteriores desde el momento en que entran en vigor, la disposición también indica que los términos que hayan comenzado a correr "se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.'[235] (Destacado fuera del texto)

"-. En el Laudo Arbitral de 21 de diciembre de 2016, expedido en el marco del Tribunal Arbitral convocado por Somos K S.A. y Transmasivo S.A., en contra de Transmilenio S.A., se dijo que:

'29.- En todo caso, el Tribunal quiere detenerse en el hecho de que, actualmente, el literal j) del artículo 164-2 del CPACA prevé que la pretensión de nulidad absoluta de un contrato estatal puede intentarse siempre que el mismo se encuentre vigente. Al respecto, podría entenderse que, en virtud de dicha norma, el transcurso del tiempo necesario para el saneamiento de la nulidad absoluta por la ocurrencia de la prescripción extraordinaria no resultaría relevante, pues lo cierto es que si está vigente la oportunidad para demandar la nulidad absoluta, también lo estaría la oportunidad para declarar la nulidad absoluta de oficio.

A lo anterior debe agregarse que el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 prevé que "los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se

[235] Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 21 de junio de 2018. M.P. María Adriana Marín. Expediente No. 37086.

> regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación", de tal manera que habiendo comenzado a correr el plazo de caducidad de la acción contractual en vigencia del artículo 136-10 del CCA, es dicha norma la aplicable y no el literal j) del artículo 164-2 del CPACA.' (Destacado fuera del texto)

"-. Esta lógica, también, fue replicada en el Laudo Arbitral de diciembre 20 de 2018, en el Tribunal Arbitral adelantado entre Masivo Capital S.A.S., en reorganización, en contra de Transmilenio S.A., en los siguientes términos:

> 'Ahora bien, la jurisprudencia contencioso administrativa ha señalado lo siguiente respecto al asunto: 'Según lo planteado, comoquiera que para el momento en que fue adoptada la Ley 1437 de 2011, ya había iniciado a correr el término de caducidad, toda vez que el contrato n.º 175 y la resolución 1567 fueron proferidos antes de esa fecha -7 de junio de 2011 y 4 de mayo de 2011-, entonces es preciso que dicho término continúe rigiéndose por lo señalado en el Código Contencioso Administrativo -Decreto 01 de 1984, sin perjuicio de que en los demás asuntos procesales le sea dispuesto lo establecido en el Código Contencioso de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.'
>
> De esa manera, la posición del Consejo de Estado ha sido que, si un contrato celebrado en vigencia del CCA, la caducidad del medio de control de controversias contractuales utilizará las reglas establecidas en dicho Código, mientras que el resto de reglas procesales a aplicar serían las del CPACA, si la demanda se presenta en vigencia de este último.' (Destacado fuera del texto)

"En conclusión, hay un gran respaldo normativo, jurisprudencial sobre las reglas aquí decantadas, que permiten establecer, sin ambages, la conclusión fatal sobre el asunto: que la solicitud de caducidad del Contrato de Concesión, alegada por la ANI, ya había caducado, al no haberse presentado durante el término prescrito para tales efectos.

"En este sentido, para el presente caso, si se tiene en cuenta lo siguiente:

"(i). Que, al momento de la suscripción del Contrato de Concesión, estaba vigente el CCA, el cual, en su artículo 136, regulaba, precisamente, el término de caducidad de la pretensión de nulidad del contrato estatal;

"(ii). Que, conforme a este postulado normativo, dicho término estaba transcurriendo desde la suscripción del acuerdo de voluntades;

"(iii). Que, la suscripción del Contrato de Concesión se dio el 14 de enero de 2010, esto es, antes de la entrada en vigencia del CPACA;

"(iv). Que, de conformidad con los postulados de la Ley 153 de 1887 (o Código General del Proceso, si se quiere), los términos procesales y sus efectos, deben desplegarse conforme a la norma vigente cuando empezaron a transcurrir;

"(v). Que, la ley aplicable al caso, en lo que respecta al conteo de la caducidad de la acción en el presente caso, es el CCA y no el CPACA;

"(vi). Que, el término de caducidad, según el CCA, es de máximo cinco años, en caso de que la vigencia del contrato que se pretenda su nulidad sea mayor a dos años;

"(vii). Que, la vigencia del Contrato de Concesión, en los términos inicialmente pactados, estaba proyectada en 20 años;

"La conclusión, entonces, es que la fecha de caducidad de la pretensión de nulidad del Contrato de Concesión, en virtud del CCA, acaeció el 14 de enero de 2015. De manera que, al momento de solicitarse la nulidad del Contrato de Concesión, la cual fue introducida al Tribunal Arbitral el 18 de enero de 2017, a partir de la Reforma a la Demanda de Reconvención presentada por parte de la ANI, la pretensión de nulidad, en ese instante, ya estaba más que caduca. Incluso, Señores Árbitros, si quieren, pueden tener en cuenta la fecha de la presentación de la demanda arbitral por parte de la CRS, la cual se dio en agosto de 2015, fecha en la cual, evidentemente, la pretensión de nulidad también ya

había caducado, de tal suerte que no es posible, por ningún lado que se le vea, alegar que se interrumpió el término o que el fenómeno no se materializó.

"Bajo esta línea de pensamiento, en síntesis, el Tribunal de Arbitramento deberá desechar las pretensiones de nulidad presentadas en la Demanda de Reconvención, toda vez que, insisto, concurrió el fenómeno de caducidad sobre las mismas."

A su vez, sobre este tema, en su alegato de conclusión entregado en la audiencia celebrad el 17 de julio de 2019, la Sociedad Odebrecht Latinvest señaló la improcedencia de declarar la nulidad del Contrato de Concesión por cuanto, dijo, la pretensión elevada por la ANI ha caducado, para lo cual expuso las siguientes consideraciones:

"1. En las pretensiones principales, primera y segunda, de la reforma a la demanda de reconvención, la ANI solicitó a este Tribunal declarar la nulidad absoluta del Contrato de Concesión, junto con sus otrosíes y adicionales. Tal como será expuesto a lo largo de este memorial, dicha pretensión debe ser desestimada, puesto que ha operado la caducidad, por ende, también deben desestimarse las pretensiones tercera y cuarta, al ser consecuenciales de aquella.

"2. En primer lugar, la disposición procesal aplicable al término de caducidad de la pretensión de nulidad del Contrato de Concesión es el Artículo 136, numeral 10, literal e) del Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984 ("CCA"), subrogado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998. No es, como erradamente lo sostiene la demandante en reconvención, el artículo 164, numeral 2, literal j), del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011 ("CPACA"). Esto en consideración a lo previsto por el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, tanto en su redacción original como en la reforma introducida por el Código General del Proceso, disposición relativa a la aplicación en el tiempo de las normas procesales:

"Texto original de la Ley 153 de 1887

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. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.

Artículo modificado por del artículo 624 de la Ley 1564 de 2012

ARTICULO 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.

(Énfasis fuera de texto)

"3. Resulta claro que los términos se rigen por las normas vigentes al momento en que inicia su computo, no por las disposiciones que las reformen o deroguen. El artículo 136, numeral 10, literal e) del CCA, norma procesal vigente al momento del perfeccionamiento del Contrato de Concesión el 14 de enero de 2010, disponía:

ARTICULO 136. CADUCIDAD DE LAS ACCIONES.

(…)

> 10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.
>
> En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así:
>
> (…)
>
> 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.
>
> (Énfasis fuera de texto).

"4. Ahora bien, el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 establece que "*los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito*". Aspecto que, tratándose del Contrato de Concesión, ocurrió el 14 de enero de 2010. Es decir, el término de caducidad de la pretensión de nulidad absoluta comenzó a correr a partir del 14 de enero de 2010, más de dos años antes de la entrada en vigor del CPACA, el 2 de julio de 2012, tal como este lo establece en su artículo 308. Por tanto, es claro que el cómputo del término de caducidad se rige por el CCA y en nada se ve afectado por el CPACA.

"5. Todo cuanto se ha dicho ha sido ratificado la jurisprudencia del Consejo de Estado y por diferentes Tribunales Arbitrales:

"- Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 23 de enero de 2017 (RAD. 56.014)

> La caducidad de esta pretensión como instituto procesal obtiene soporte y fundamento en el artículo 228 de la Constitución Política. (...) el término de caducidad se contará de acuerdo a la ley vigente al momento de su iniciación, sin que se altere ello por el hecho de que la acción contenciosa sea entablada en vigencia de otra legislación procesal, pues en tal evento esa última gobernará todas las cuestiones procesales de rigor a excepción de la caducidad en razón a que ese término principió en época anterior a la nueva ley y por elementales razones de seguridad jurídica y de aplicación del artículo 40 de la Ley 153 de 1887 se impone su observancia preferente. (...) En el sub lite, procede analizar si el medio de control de controversias contractuales se encuentra caducado con fundamento en la ley aplicable esta es el literal e) numeral 10) del artículo 136 del Decreto 01 de 1984 de conformidad con lo preceptuado en el artículo 624 del Código General del Proceso, por medio del cual modificó el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, dispuso que las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecían sobre las anteriores desde el momento en que empiezan a regir, no obstante, precisó que los términos que hubieren iniciado a correr se rigen por las leyes vigentes de cuando empezaron a correr los términos. (...) el término de caducidad del medio de control de controversias contractuales, cuando se solicita la nulidad absoluta del contrato, inicia desde el momento de su perfeccionamiento, y el término es de dos (2) años, salvo que el término de vigencia del negocio jurídico sea superior a dos (2) años, sin que pueda exceder el término de cinco (5) años que se contarán a partir de su perfeccionamiento. (...) Teniendo en cuenta que el contrato de concesión Nº GE6-143 se inscribió el 22 de junio de 2007, como en el mismo se estableció una vigencia de treinta (30) años y de conformidad con lo establecido en el literal e) del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, cuando el término de su vigencia sea 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, se encuentra que en este asunto ese término para intentar la demanda de controversias contractuales, bajo la pretensión de nulidad absoluta, inició a partir del perfeccionamiento del contrato (22 de junio de 2007) y feneció el 22 de junio de 2012. Como quiera que la demanda se presentó el 2 de septiembre de 2013, se concluye que operó la caducidad del medio de control.

"- Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto del 5 de marzo de 2015 (Rad. 49.307).

> [A] pesar de que las normas procesales son de aplicación inmediata, los términos que comenzaron a correr en vigencia de una Ley anterior, específicamente el de caducidad, deben finalizar su conteo en aplicación de tal norma, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, que establece: "Las Leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la Ley vigente al tiempo de su iniciación." (…) En el mismo sentido se advierte que, en principio, de acuerdo a lo establecido en el artículo 38 Ibídem [Ley 153 de 1887], se debe aplicar la legislación vigente al momento de la suscripción del contrato, normatividad que establece dos excepciones, a saber: (i) las Leyes relativas a las formas de reclamar en juicios las obligaciones derivadas de la suscripción de los mismos y, (ii) las penas que se impongan por el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el acuerdo de voluntades se regirán por las Leyes vigentes al momento de su imposición. (…) comoquiera que para el momento en que fue adoptada la Ley 1437 de 2011, ya había iniciado a correr el término de caducidad, toda vez que el contrato n.º 175 y la resolución 1567 fueron proferidos antes de esa fecha –7 de junio de 2011 y 4 de mayo de 2011-, entonces es preciso que dicho término continúe rigiéndose por lo señalado en el Código Contencioso Administrativo -Decreto 01 de 1984, sin perjuicio de que en los demás asuntos procesales le sea dispuesto lo establecido en el Código Contencioso de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
> (Énfasis fuera de texto)

"- Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto del 20 de septiembre de 2017 (Rad. 58.570).

> La demanda se presentó el 12 de septiembre de 2014, esto es, en vigencia de la Ley 1437 de 2011, por lo que las normas procesales aplicables al sub examine son las contenidas en ese cuerpo normativo. No obstante, para efectos del conteo de la caducidad y en vista de que dicho término empezó a correr en vigencia del Decreto 01 de 1984 -tal y como se verá más adelante-, se tendrán en cuenta las disposiciones del CCA y no las del CPACA. Precisado lo anterior, advierte el Despacho que el contrato de donación, a la luz de los artículos 51 y 175 del Decreto-Ley 222 de 1983, se perfeccionó el 30 de diciembre de 1988, fecha en la cual se elevó a escritura pública. Lo anterior resulta importante, porque cuando se pide la nulidad absoluta del contrato -como ocurre en este caso-, tradicionalmente se ha dicho que el conteo de la caducidad inicia a partir de su perfeccionamiento. En ese sentido, se destaca que el término de la caducidad empezó a correr el 30 de diciembre de 1988, esto es, en vigencia del texto original del Decreto 01 de 1984 (es decir, antes las modificaciones introducidas por el artículo 23 del Decreto 2304 de 1989 y por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998), de ahí que, de conformidad con el artículo 136 del CCA, el plazo para demandar la nulidad absoluta del contrato de donación venció el 30 de diciembre de 1990. Siendo así, como la demanda se interpuso el 12 de septiembre de 2014, evidente viene a ser que operó el fenómeno procesal de la caducidad, el cual recae únicamente respecto de la pretensión de nulidad absoluta del contrato en cuestión. (Énfasis fuera de texto).

"- Laudo Arbitral de 21 de diciembre de 2016. Somos K S.A. y Transmasivo S.A. v. Transmilenio S.A.

> 29.- En todo caso, el Tribunal quiere detenerse en el hecho de que, actualmente, el literal j) del artículo 164-2 del CPACA prevé que la pretensión de nulidad absoluta de un contrato estatal puede intentarse siempre que el mismo se encuentre vigente. Al respecto, podría entenderse que, en virtud de dicha norma, el transcurso del tiempo necesario para el saneamiento de la nulidad absoluta por la ocurrencia de la prescripción extraordinaria no resultaría relevante, pues lo cierto es que si está vigente la oportunidad para demandar la nulidad absoluta, también lo estaría la oportunidad para declarar la nulidad absoluta de oficio.
>
> A lo anterior debe agregarse que el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 prevé que "los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la Ley vigente al tiempo de su iniciación", de tal manera que habiendo comenzado a correr el plazo de caducidad de la acción contractual en vigencia del artículo 136-10 del CCA, es dicha norma la aplicable y no el literal j) del artículo 164-2 del CPACA.

"- Laudo Arbitral de diciembre 20 de 2018. Masivo Capital S.A.S. en reorganización v. Transmilenio S.A.

> Ahora bien, la jurisprudencia contencioso administrativa ha señalado lo siguiente respecto al asunto: 'Según lo planteado, comoquiera que para el momento en que fue adoptada la Ley 1437 de 2011, ya había iniciado a correr el término de caducidad, toda vez que el contrato n.º 175 y la resolución 1567 fueron proferidos antes de esa fecha -7 de junio de 2011 y 4 de mayo de 2011, entonces es preciso que dicho término continúe rigiéndose por lo señalado en el Código Contencioso Administrativo -Decreto 01 de 1984, sin perjuicio de que en los demás asuntos procesales le sea dispuesto lo establecido en el Código Contencioso de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo'
>
> De esa manera, la posición del Consejo de Estado ha sido que, si un contrato celebrado en vigencia del CCA, la caducidad del medio de control de controversias contractuales utilizará las reglas establecidas en dicho Código, mientras que el resto de reglas procesales a aplicar serían las del CPACA, si la demanda se presenta en vigencia de este último.

"6. La reforma de la demanda de reconvención no tornó inoperante la caducidad, puesto que se presentó cuanto esta ya se había producido. En efecto, el término de caducidad para alegar la nulidad absoluta del Contrato de Concesión venció el 14 de enero de 2015 y la ANI incoó dicha pretensión dos años y tres días después de esa fecha, el 18 de enero de 2017.

"7. Por todo lo anteriormente expuesto, este Tribunal de Arbitraje debe acatar lo previsto en el artículo 282 del CGP y, en consecuencia, declarar probada la excepción de caducidad y negar la prosperidad de las pretensiones principales de la reforma a la demanda de reconvención, por ser este un hecho impeditivo para su prosperidad. Nada hay qué controvertir en este punto."

Por su parte, en su alegato de conclusión entregado y sustentado en la audiencia celebrada el 17 de julio de 2019, la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, por conducto de su apoderado, señaló de nuevo lo siguiente:

"40. Teniendo en cuenta que en el presente caso la sociedad Convocante ha alegado una supuesta caducidad para reclamar la nulidad absoluta del contrato, es necesario pronunciarse sobre tal materia, no obstante que ese tema ya fue definido por el propio Tribunal mediante el Auto No. 42 del 8 de febrero de 2017, en donde se despachó de manera desfavorable el recurso de reposición interpuesto contra el Auto que admitió la demanda de reconvención en su versión reformada.

"41. En relación con la oportunidad o el término para demandar la nulidad absoluta del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, es claro que la norma aplicable es la consagrada en el literal J) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, que dispone que *"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."***

"42. De esta manera, puede demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras el mismo se encuentre vigente, lo cual indica que, incluso, superados los dos años posteriores al perfeccionamiento del contrato, la nulidad absoluta se abre paso siempre y cuando la misma sea invocada dentro de la vigencia del vínculo contractual. En el presente caso, sabido es que la nulidad absoluta del contrato fue solicitada a través de la demanda de reconvención en su versión reformada, cuya presentación se realizó mientras el Contrato de Concesión se encontraba vigente e incluso antes de la terminación del mismo. Basta con confrontar las fechas de radicación de la reforma de la demanda de reconvención (18 de enero de 2017) y la fecha alusiva a la terminación del contrato (22 de febrero de 2017).

"43. De aceptarse la tesis que en su momento expuso la Concesionaria acerca de que la normatividad aplicable para pretender la nulidad absoluta del Contrato era la contenida en el anterior Código Contencioso Administrativo, normatividad según la cual el término máximo para pretender dicha nulidad era el de cinco (5) años contados a partir del perfeccionamiento del Contrato, se llegaría a la curiosa situación de que las pretensiones de la Concesionaria relacionadas con un supuesto desequilibrio económico del Contrato no habrían caducado, mientras que las pretensiones de la ANI, encaminadas a que se imponga la máxima sanción de ineficacia negocial como consecuencia de notorios actos de corrupción, habría caducado, lo cual es francamente inaceptable.

"44. A lo anterior debe agregarse que los hechos de corrupción ocurridos en la adjudicación y celebración del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, solamente se conocieron en el mes de diciembre de 2016, circunstancia plenamente probada en el proceso, por lo que mal podía exigírsele a la ANI que la demanda encaminada a que se declarara la nulidad absoluta del mismo, se promoviera en una fecha anterior; la razonabilidad y la lógica imponen concluir que, en el peor de los casos, el término de cinco (5) años para pretender la invalidación del Contrato empezaron a contarse una vez se tuvo conocimiento de los graves hechos de corrupción.

"45. En todo caso, debe tener presente ese Honorable Tribunal de Arbitraje que si las pretensiones de la demanda inicial formulada por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. se presentaron en tiempo, la facultad para decretar de oficio la nulidad absoluta del Contrato se encuentra plenamente vigente, por lo cual no existe obstáculo jurídico alguno para que se invalide en mencionado vínculo negocial."

A su vez, en su intervención en la audiencia de alegaciones, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, destacó la legitimidad de la Agencia Nacional de Infraestructura para solicitar la nulidad absoluta del Contrato de Concesión 001 de 2010, por las siguientes consideraciones:

"Conforme lo establecido por el artículo 1742 del Código Civil, la nulidad absoluta del contrato *'puede y debe'* ser declarada por el juez[236]. Recientemente, la Corte Suprema de Justicia[237], ha manifestado que: *'…Respecto a la legitimación para alegar la invalidez negocial, el fallador desconoció que el artículo 1742 del Código Civil, remplazado por la ley 50 de 1936 (art. 2), establece en su claro tenor que la nulidad absoluta, además de poderse declarar de oficio por el juez, cuando aparece de manifiesto en el acto o negocio, «puede alegarse por todo el que tenga interés en ello», expresión esta que sustituyó a la anterior, de la ley 95 de 1890 (art. 15), que impedía su invocación para «el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba..'.*

"Adicionalmente, tenemos que el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 dispone que *'el contrato estatal es absolutamente nulo por las mismas causas que se prevén en el derecho común y, en especial entre otros eventos, cuando se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional o con abuso o desviación de poder.'*

"Y como normas de derecho común las establecidas en el artículo 1741 del Código Civil y 899 del Código de Comercio, como desde un principio lo advirtió esta Agencia en escrito del 3 de abril de 2017 (Nº 12 del archivo secretarial)

"De manera que no cabe duda, conforme lo establece el artículo 1742 del Código Civil y el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 la ANI estaba legitimada en el presente trámite arbitral para pedir la nulidad absoluta del Contrato de Concesión, como efectivamente lo solicitó en la demanda arbitral de reconvención reformada y el juez del contrato puede, y debe declararla al emitir el laudo que ponga fin al presente proceso.

"La **ANI** (antes INCO) que solicita la nulidad, como componente de la administración pública nacional no puede considerase corrupta por el solo hecho de que funcionarios abusando de su poder y desconociendo el mandato que les fuera concedido con su nombramiento, hayan subrepticiamente cobrado o pactado de algún modo dádivas indebidas por el cumplimiento de las funciones a su cargo. Así lo han dejado entrever diversos participes en este trámite arbitral que pretenden que se co-responsabilice de la nulidad a la **ANI**, de los hechos de corrupción, cuando lo probado es que institucionalmente la Nación ni promueve, ni premia esos comportamientos, ni en Colombia, ni en ningún otro país civilizado.

"De hecho, los diferentes servidores públicos que a la fecha han sido individualizados como autores mediatos o inmediatos de estas conductas realizadas en sede del **INCO** (hoy ANI) e incluso miembros del Congreso, han sido investigados y hasta condenados penalmente como consecuencia de sus faltas típicas, antijurídicas y culpables de carácter personal, más en ningún modo institucional, ya que **el abuso o la desviación del poder se predica del agente, no del Estado**."

---

[236] *"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". (resaltado fuera del texto)*

[237] Sala de Casación Civil, M.P. Aroldo Quiroz Monsalvo, Sentencia de Casación proferida el 28 de agosto de 2017 dentro del proceso radicado 76001-31-03-009-2000-00659-01 (SC13097-2017)

El Tribunal Arbitral señala que la caducidad es un hecho jurídico que opera cuando el término concedido por la ley para ejercitar determinadas acciones judiciales con el objeto de poner en movimiento el aparato jurisdiccional del Estado ha vencido; se edifica por el legislador sobre la conveniencia de señalar un plazo objetivo, independientemente de consideraciones que no sean el solo transcurso del tiempo. En este sentido, el término de caducidad no puede ser materia de convención ni de renuncia.

En materia contenciosa, la Corte Constitucional señaló que:

> "El fenómeno jurídico de la caducidad es la consecuencia de la expiración del término perentorio fijado en la ley para el ejercicio de ciertas acciones, cuando por un acto, hecho, omisión u operación administrativa por parte de una autoridad pública, se lesiona un derecho particular.
>
> (...)
>
> "Siempre se ha expresado que la caducidad es la extinción del derecho a la acción por cualquier causa, como el transcurso del tiempo, de manera que si el actor deja transcurrir los plazos fijados por la ley en forma objetiva, sin presentar la demanda, el mencionado derecho fenece inexorablemente, sin que pueda alegarse excusa alguna para revivirlos.
>
> "De esta manera, no sería dable alegar la carencia de medios de defensa en relación con el acceso a la administración de justicia si el interesado tuvo la oportunidad de iniciar un proceso dentro de los plazos preestablecidos, de los cuales por su propia incuria no hizo uso para el efecto de ejercer la acción correspondiente y, en consecuencia, obtener la reparación directa, frente a la responsabilidad patrimonial y como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente del Estado.
>
> "La ley establece un término para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas (art. 136 del C.C.A.), de manera que al no promoverse la acción dentro del mismo, se produce la caducidad. Ello surge a causa de la inactividad de los interesados para obtener por los medios judiciales requeridos la defensa y el reconocimiento de los daños antijurídicos imputables al Estado. Dichos plazos constituyen entonces, una garantía para la seguridad jurídica y el interés general. Y es que la caducidad representa el límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho; por ende, la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien, dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado."[238]

Por su parte, el Consejo de Estado ha señalado que:

> "**La operancia de la caducidad de la acción constituye un obstáculo legal infranqueable en virtud del cual por el hecho de la no presentación de la demanda en el lapso fijado por la ley, se extingue el derecho a incoar la acción y por ende se inhibe la potestad para administrar justicia (bien sea en la jurisdicción arbitral** o en la que naturalmente correspondería en caso de no existir la cláusula compromisoria) y por tanto para desatar el fondo de la controversia."[239]

Entonces, la facultad potestativa de accionar, comienza a contarse con el **plazo** prefijado y nada obsta para que se ejercite desde el primer día, pero fenece definitivamente al terminar el plazo, improrrogable.

Así, el término de caducidad opera para las Partes y exclusivamente para ellas.

De conformidad con el artículo 90 del Código General del Proceso, norma aplicable al presente proceso por la expresa remisión prevista en el artículo 20 de la Ley 1563 de 2012, la demanda debe ser rechazada cuando se encuentre vencido el término de caducidad para instaurarla:

> "**Artículo 90. Admisión, inadmisión y rechazo de la demanda.**

[238] Corte Constitucional, Sentencia C-115 de 1998. M.P. Hernando Herrera Vergara
[239] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 9 de marzo de 2016, Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico. Radicación: 11001032600020150014400 (55319)

(…)

"**El juez rechazará la demanda** cuando carezca de jurisdicción o de competencia o **cuando esté vencido el término de caducidad para instaurarla.** En los dos primeros casos ordenará enviarla con sus anexos al que considere competente; en el último, ordenará devolver los anexos sin necesidad de desglose."

En este proceso arbitral acumulado, las acciones contractuales se ejercitaron en tiempo, lo que significa que ellas no estaban caducadas y, por ello, las demandas presentadas el 6 y 19 de agosto de 2015 fueron admitidas a trámite lo que generó los Procesos Nos. 4190 y 4209 que, posteriormente, a solicitud de las Partes, fueron acumulados. A su vez, la parte demandada o convocada pudo ejercer su derecho a contrademandar en tiempo y a formular con su demanda sus respectivas pretensiones, contrademanda o demanda de reconvención que también fue admitida a trámite en este proceso arbitral.

La oportunidad para que las Partes soliciten del juez decretar la nulidad del Contrato según el Código Contencioso Administrativo contenido en el Decreto Ley 01 de 1984

En primer lugar, el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo contenido en el Decreto Ley 01 de 1984, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, norma que estaba vigente al momento de la Celebración del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, determinó lo siguiente:

"**Artículo 87. De las controversias contractuales.** Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.

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.

(…)"

A su vez, el artículo 136 del mismo Código Contencioso Administrativo contenido en el Decreto 01 de 1984, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, norma que estaba vigente para el momento de la celebración del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, en el literal e) de su numeral 10 determinó lo siguiente:

"**Artículo 136** *(Modificado por el Artículo 44 de la Ley 446 de 1998).* **Caducidad de las acciones.**
(…)

"10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

"En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así:

(…)

"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. En ejercicio de esta acción se dará estricto cumplimiento al artículo 22 de la Ley 'por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia'."

El citado literal e) del artículo 136 del C.C.A., modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-709 del 5 de julio de 2001, en 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. Dijo entonces la Corte:

"Pues bien, en punto a la caducidad de la acción contractual para impetrar la declaración judicial de una nulidad absoluta respecto de contratos estatales, el artículo 44, numeral 10, literal e, de la Ley 446 de 1998, que modificó el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, de manera expresa estableció un término de caducidad para el efecto. Eso 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.

"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.

"Por otra parte, como lo dispone el numeral 10, literal e) del artículo 44 de la Ley 446 de 1998, se encuentran legitimados para impetrar que se declare la nulidad absoluta del contrato no sólo las partes contratantes, sino también el Ministerio Público al que corresponde constitucionalmente la defensa de los intereses de la sociedad, así como vigilar el cumplimiento de la Constitución y de las leyes, y la defensa de los intereses colectivos. De esta suerte, es claro para la Corte que en relación con los contratos estatales tiene la Procuraduría General de la Nación, amplias atribuciones para impetrar cuando fuere necesario su declaración de nulidad absoluta por las causas señaladas por la ley, a las que corresponde una inmensa responsabilidad en el ejercicio oportuno y eficiente de tales atribuciones, so pena de que se incurra en las sanciones civiles, fiscales, penales y disciplinarias previstas por la Constitución y la ley en caso de omisión, retardo o deficiencia que ocasionen perjuicio o detrimento patrimonial del Estado en cualquiera de sus niveles.

"Así mismo, ha de recordarse por la Corte que conforme al artículo 40 de la Constitución, los ciudadanos tienen derecho a participar en el control del poder político, lo que quiere decir que si se encuentra por uno de ellos que un contrato estatal adolece de nulidad absoluta, bien puede en ejercicio del derecho de petición solicitarle a la Procuraduría General de la Nación, como cabeza del Ministerio Público que inicie no sólo la investigación de carácter administrativo correspondiente, sino, además, que ejercite ante la jurisdicción contenciosa administrativa la acción de nulidad respectiva, cuando a ello haya lugar.

"Del mismo modo, podrían los ciudadanos acudir al ejercicio de las acciones populares consagradas en el artículo 88 de la Constitución Política, para la protección del patrimonio público y la moral administrativa, en los términos señalados por la ley.

"Así las cosas, si por la norma demandada se establece un término de caducidad, para demandar la nulidad absoluta de un contrato estatal, no podría concluirse que queda desprotegido el interés público, sino que debe haber celeridad en la defensa de la legalidad.

"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 oportunidad para que las Partes soliciten del juez decretar la nulidad del Contrato según el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA

En primer lugar, el artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA contenido en la Ley 1437 de 2011, vigente a partir del 2 de julio de 2012 y por lo tanto vigente para las fechas en las cuales se presentaron las demandas arbitrales, dispuso que

"**Artículo 141. Controversias contractuales.** Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.

"Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso.

"El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes."

A su vez, el artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA contenido en la Ley 1437 de 2011, vigente a partir del 2 de julio de 2012 y por lo tanto vigente para las fechas en las cuales se presentaron las demandas arbitrales, determina que cuando se pretende la nulidad absoluta del contrato, el término para demandar será de dos años desde el día siguiente a su perfeccionamiento, pero que, en todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras éste se encuentre vigente.

"**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.**

"En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así:

"i) En los de ejecución instantánea desde el día siguiente a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;

"ii) En los que no requieran de liquidación, desde el día siguiente al de la terminación del contrato por cualquier causa;

"iii) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada de común acuerdo por las partes, desde el día siguiente al de la firma del acta;

"iv) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada unilateralmente por la administración, desde el día siguiente al de la ejecutoria del acto administrativo que la apruebe;

"v) En los que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga;

"k) Cuando se pretenda la ejecución con títulos derivados del contrato, de decisiones judiciales proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en cualquier materia y de laudos arbitrales contractuales estatales, el término para solicitar su ejecución será de cinco (5) años contados a partir de la exigibilidad de la obligación en ellos contenida;

"l) Cuando se pretenda repetir para recuperar lo pagado como consecuencia de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, el término será de dos (2) años, contados a partir del día siguiente de la fecha del pago, o, a más tardar desde el vencimiento del plazo con que cuenta la administración para el pago de condenas de conformidad con lo previsto en este Código."

El artículo 305 del CPACA señala que en los aspectos no contemplados en ese Código se seguirá el Código General del Proceso en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Ahora, en cuanto se refiere a la aplicación del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA, para evitar el conflicto de las normas en el tiempo, se previó norma expresa sobre su transición.

En efecto, el artículo 308 estableció de manera especial un régimen de transición del CPACA en relación con el CCA, así:

"**Artículo 308. Régimen de transición y vigencia.** El presente Código 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."

Así, entonces, la norma especial sobre el régimen de transición, determinó que, para las demandas y procesos judiciales que se instauraran con posterioridad a la entrada en vigencia del Código, esto es, del 2 de julio de 2012, se aplica el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA. A contrario sensu, si las demandas y procesos se hubieren instaurado con anterioridad al 2 de julio de 2012, para su admisión y trámite se debía aplicar el Código Contencioso Administrativo.

Téngase en cuenta que el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, dispone que en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, pero el numeral 1° de ese mismo artículo exceptúa de esa disposición las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, lo que indica que éstas, por ser de orden público, prevalen sobre las demás y son de aplicación inmediata.

A su vez, no se pierda de vista que el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 del Código General del Proceso, determinó que "Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir", al tiempo que precisó que, "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 (…)", todo ello relacionado con las actuaciones y procesos ya iniciados, en curso cuando se produzca el cambio de legislación procesal, y no respecto de aquellos que aún no se han promovido o instaurado, tal como lo señaló el Consejo de Estado en Sentencia del 5 de diciembre de 2006, así:

> "Estima la Sala importante precisar que el artículo 40 aparte segundo de la citada ley, en cuanto prescribe que '...los plazos que hubieren comenzado a correr bajo el imperio de una norma se continuarán rigiendo por ésta...', es una excepción al principio de que la ley procesal rige hacia el futuro con efecto general e inmediato para darle efecto ultractivo a la ley procesal antigua, **pero está circunscrita a los procesos pendientes o en curso y sobre los actos procesales no consumados o que están en trámite cuando aparece la nueva ley procesal. La operancia de dicha excepción está condicionada a dos supuestos: (i) la existencia de un proceso en curso en el momento de entrar en vigencia la nueva ley; y (ii) que dentro del proceso en curso existan términos que hubieren empezado a correr, y actuaciones y diligencias iniciadas con antelación a la expedición de la nueva norma procesal.** De acuerdo con el precepto anterior, es válido afirmar que si las nuevas disposiciones instrumentales se aplican a los procesos en trámite tan pronto cobran vigencia, sin perjuicio de que sean respetados aquellos actos procesales que se han cumplido, consumado o estén pendientes de conformidad con la ley antigua, con mayor razón la nueva norma procesal entra a regular situaciones jurídicas no consolidadas que ni siquiera se han iniciado mediante la respectiva acción judicial."[240]

Téngase en cuenta que cuando se produjo el cambio de legislación, del CCA al CPACA, este proceso arbitral no se había instaurado, la acción contractual no se había ejercitado, las demandas no se habían presentado y por ello los procesos judiciales no estaban en curso, razón por la cual no es posible plantear un conflicto de leyes procesales en el tiempo que permita aplicar el artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

Las demandas arbitrales fueron presentadas el 6 y 19 de agosto de 2015 y que la demanda de reconvención y su reforma fueron presentadas durante su trámite, esto es, el 19 de febrero de 2016 y su reforma el 17 de enero de 2017. Entonces, son demandas y procesos instaurados con posterioridad a la entrada en vigencia del CPACA contenido en la Ley 1437 de 2011, en vigor desde

[240] Consejo de Estado, Sección Tercera, CP: Ruth Stella Correa Palacio, expediente 25000-23-26-000-1994-00044-01(13750).

el 2 de julio de 2012, en cuyo artículo 308 se determinó que ese Código sólo se aplica a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a su entrada en vigencia.

De conformidad con lo anterior, tal y como lo señaló el Auto No. 42 del 8 de febrero de 2017 que confirmó el Auto No. 35 de 2017, que admitió a trámite la reforma de la demanda de reconvención y ahora se reitera, el Tribunal debe aplicar el CPACA, en lo no reglado en la Ley 1563 de 2012, de manera especial sus artículos 141, 164 y 308 en cuanto se refiere a la oportunidad para formular la solicitud de nulidad del contrato estatal.

Como lo señaló el Tribunal en el Auto No. 42 del 8 de febrero de 2017 y ahora se reitera, es pertinente dejar sentado que las providencias mencionadas en el escrito presentado por la Convocada en reconvención y ahora las mencionadas por las sociedades Odebrecht litisconsortes cuasinecesarias suyas en sus alegaciones, algunas anteriores y otras posteriores a la vigencia del CPACA que postulan la aplicación de la norma vigente al tiempo de la celebración o perfeccionamiento del contrato, no tratan de la problemática inherente a la especialidad, preferencia y prevalencia del régimen de transición consagrado en el artículo 308 transcrito en consonancia con el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, sobre las disposiciones generales de transición contempladas en el artículo 40 *esjudem*, para determinar en el caso concreto la aplicación de la norma precedente o ulterior, análisis que debe hacerse en armonía con la disciplina del contrato estatal, su invalidez absoluta por las causas del derecho común y las acciones relativas a controversias contractuales.

Por otra parte, téngase en cuenta que el Contrato de Concesión se celebró el 14 de enero de 2010, pero también fue modificado por, entre otros, los siguientes acuerdos contractuales: Otrosí No. 1, suscrito el 11 de marzo de 2013; Otrosí No. 2, suscrito el 5 de abril de 2013; Otrosí No. 3, suscrito el 15 de julio de 2013; Otrosí No. 4, suscrito el 28 de octubre de 2013; Otrosí No. 5, suscrito el 19 de diciembre de 2013; Otrosí No. 6, suscrito el 14 de marzo de 2014; Otrosí No. 7, suscrito el 15 de mayo de 2014; Otrosí No. 8, suscrito el 23 de diciembre de 2014; Otrosí No. 9, suscrito el 4 de diciembre de 2015; y, Otrosí No. 10, suscrito el 3 de noviembre de 2016.

De estas modificaciones y de manera especial, para los efectos de este proceso arbitral, es esencial tener en cuenta el Otrosí No. 3, suscrito el 15 de julio de 2013 y el Otrosí No. 6, suscrito el 14 de marzo de 2014, los cuales, especialmente el último, tal y como atrás quedó explicado, introdujo modificaciones sustanciales al Contrato de Concesión No. 001 de 2010 y por virtud del cual, se modificó la estructura financiera del contrato tanto para aumentar su valor como para ampliar el plazo al haberse incorporado al Sector 2 de la Ruta del Sol constituido por los Tramos 1 a 7 de la Troncal Puerto Salgar – San Roque, la Transversal Ocaña – Gamarra que pasó a constituirse en el Tramo 8 del Contrato. Tales modificaciones sustanciales, sin perjuicio de las demás también sustanciales, extienden en el término de caducidad porque no será posible admitir, a manera d ejemplo, que la acción contractual, que incluye la posibilidad de demandar la nulidad de tales otrosíes haya caducado en los mimos términos que el contrato base.

De aplicarse, sólo en gracia de discusión, el término de caducidad de la acción prevista en el Código Contencioso Administrativo contenido en el Decreto 01 de 1984, las pretensiones de nulidad del Contrato y de sus modificaciones sustanciales introducidas por los citados Otrosíes, fueron formuladas oportunamente en los términos señalados por la Corte Constitucional en la Sentencia C-709 del 5 de julio de 2001, atrás transcrita y con mayor razón lo fueron en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en los términos previstos en los artículos 141, 164 y 308 ya analizados.

En consecuencia de todo lo anteriormente expuesto, aunque no se formuló excepción alguna de mérito relacionada con la caducidad de la acción, puesto que el tema ya había sido resuelto al desatarse el recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda de reconvención, ni tampoco se formuló recurso alguno contra el auto de competencia con el cual el Tribunal la asumió para resolver las pretensiones de nulidad formuladas en la reforma de la demanda de reconvención, y sobre la caducidad apenas se hizo mención de nuevo en la audiencia de alegatos de conclusión por dos sociedades litisconsortes, ni siquiera por la Convocada en reconvención, el Tribunal señala que

la demanda de reconvención fue presentada en tiempo y no operó la caducidad para demandar la nulidad del contrato de concesión.

c. Sobre la oportunidad de la petición de nulidad elevada por el Ministerio Público, coadyuvada por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Sin perjuicio de la pretensión de nulidad elevada por la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI en la reforma de la demanda de reconvención que radicada el 18 de enero de 2017 fue admitida a trámite por el Tribunal Arbitral, por separado, en la audiencia celebrada el 8 de febrero de 2017, en ejercicio de las facultades que le atribuyen la Constitución Política y las leyes, el Ministerio Público solicitó del Tribunal que declarara de manera inmediata la nulidad absoluta del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 y de sus Otrosíes y demás actos contractuales, por las razones y con fundamento en los hechos descritos en el escrito que para tal efecto radicó en esa fecha.

Con esta solicitud, la Procuraduría General de la Nación acompañó un CD que contenía copias de los siguientes documentos en ese momento reservados: La imputación de los cargos formulados por la Fiscalía General de la Nación contra el Señor Gabriel García Morales y la aceptación de tales cargos por parte del señor García Morales.

La anterior solicitud fue coadyuvada en la audiencia celebrada el 8 de febrero de 2017 por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y le pidió al Tribunal que se pronunciara de inmediato de conformidad con lo establecido en el artículo 12 de la Ley 1563 de 2012 y del inciso final del artículo 141 del CPACA.

Con relación a la solicitud formulada por la Procuraduría General de la Nación y coadyuvada por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en el sentido de proferir una decisión inmediata sobre la nulidad absoluta del Contrato, con el Auto No. 45 del 8 de febrero de 2017, el Tribunal consideró necesario garantizar el debido proceso y el derecho de defensa y contradicción de todas las Partes del proceso por lo cual ordenó incorporar al expediente el documento "reservado" para que se pronunciaran sobre éste y sobre las pruebas que decía contener el CD, para cuyo efecto se les otorgó un término de cinco días.

Seguidamente, por las consideraciones expuestas y que quedaron consignadas en el Acta No. de la audiencia celebrada el 8 de febrero de 2017, los Árbitros y la Secretaria comunicaron a las Partes su decisión de renunciar, como en efecto lo hicieron de manera irrevocable e inmediata a tal condición en el presente proceso arbitral.

La reiteración de la solicitud para que se declare la nulidad absoluta del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 formulada por la Procuraduría General de la Nación

Mediante memorial radicado el 4 de abril de 2017, al descorrer el traslado del Acuerdo de terminación y liquidación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 según lo ordenado en el Auto No. 47 del 22 de marzo de 2017, la Procuraduría General de la Nación reiteró su solicitud para que el Tribunal declarara de inmediato la nulidad absoluta del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 con sus otrosíes y demás modificaciones.

El Tribunal Arbitral, mediante Auto No. 48 proferido el 6 de abril de 2017 (Acta No. 37), consideró lo siguiente:

> "**2. Sobre la petición de declaración inmediata de la nulidad del contrato de concesión, formulada por el Ministerio Público**
>
> "En la audiencia del 8 de febrero de 2017, el agente especial del Ministerio Público, Dr. Iván Darío Gómez Lee, Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa, solicitó a este Tribunal:

"1. Que de manera inmediata se adopten las decisiones y se realicen las actuaciones necesarias para que se reconozca la existencia de la nulidad absoluta del contrato de concesión, y en consecuencia, se nieguen las pretensiones de contenido económico solicitadas por la convocante.

"2. Abstenerse de realizar actuaciones que conduzcan a cualquier tipo de reconocimiento económico para el Concesionario.

"La ANI y la ANDJE han manifestado su acuerdo con esta solicitud, en la medida en que comparten su fundamento. Sin embargo, ni el solicitante, como tampoco los coadyuvantes de la petición, se refirieron a la competencia de este Tribunal para decidir sobre el asunto en este momento.

"A su turno, la Convocante se opuso a esta petición, por considerarla carente de objeto.

"Antes de estudiar el fondo de la petición del Ministerio Público, este Tribunal considera necesario pronunciarse sobre la competencia que tiene para entrar a estudiar la solicitud formulada.

"De acuerdo con el artículo 30 de la Ley 1563 de 2012, es la Primera Audiencia de Trámite, que por lo demás aún no se ha surtido en este proceso, el momento procesal en el que el Tribunal puede resolver sobre su propia competencia para resolver sobre el *fondo* de la controversia.

"En este sentido, en el proceso arbitral, la decisión del Tribunal sobre su competencia sólo ocurre después de que se han surtido las actuaciones necesarias para trabar la litis y asegurar el derecho de defensa de las partes, o lo que es lo mismo, la decisión del Tribunal sobre su propia competencia para conocer el fondo de la cuestión litigiosa no ocurre al inicio del proceso, sino que se produce, por disposición legal, en una etapa posterior.

"Por lo anterior, antes de que el Tribunal decida sobre su propia competencia para resolver de fondo, lo cual solo puede ocurrir en el momento procesal establecido en la Ley, sus actuaciones están limitadas a las funciones que la misma Ley le otorga, que serían entre otras, las de admitir, inadmitir o rechazar la demanda; permitir el ejercicio del derecho de defensa, decretar medidas cautelares y convocar a las partes a la audiencia de conciliación. Dentro de dichas facultades, como se advierte, no se contempla la adopción de pronunciamientos sobre el fondo del asunto debatido en el litigio. Presumir tal competencia, además, iría en contra del principio constitucional según el cual los servidores públicos solo pueden hacer lo que les es permitido por la Ley y, en consecuencia, son responsables por extralimitación en el ejercicio de sus funciones (artículo 6 de la C.P.).

"Esto significa que, en esta etapa procesal, el Tribunal Arbitral carece de competencia para decretar la nulidad del Contrato de Concesión."

En tal virtud, con el citado Auto, el Tribunal declaró que en ese estado del proceso, no era competente para decidir la petición de declaración inmediata de nulidad absoluta del Contrato de Concesión, presentada por el agente especial de la Procuraduría General de la Nación.

La segunda reiteración de la solicitud para que se declare la nulidad absoluta del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 formulada por la Procuraduría General de la Nación

Mediante memorial leído y radicado el 3 de octubre de 2017, en la audiencia que se dio inicio a la primera audiencia de trámite y luego que el Tribunal asumiera competencia según consta en el Acta No. 49, la Procuraduría General de la Nación reiteró su solicitud para que el Tribunal declarara de inmediato la nulidad absoluta del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 con sus otrosíes y demás modificaciones conforme se indicó en el escrito radicado el 8 de febrero de 2017 y además señaló lo siguiente:

"Por consiguiente y como lo puntualiza la jurisprudencia del H. Consejo de Estado[241] si la nulidad absoluta del contrato puede y debe ser declarada por solicitud de parte o de oficio, cuando está

[241] Sentencia de 27 de enero de 2016, expediente N° 76001123310002005023710O (49.847), emitida por la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, actor: C.E.S.I., Centro de Estudios para los Sistemas de Información, demandados: Municipio de Cali-Secretaría de Educación e Institución Educativa Eustaquio Palacios.

> demostrada, el principal y prioritario asunto que en este proceso arbitral se debe ventilar y decidir es la pretensión que en este sentido se plantea respecto del negocio jurídico que contiene el contrato 01 de 14 de enero de 2010, conforme lo prevé el artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo."

Además, la Procuraduría solicitó el decreto y la práctica de pruebas que sustentan el pedimento de nulidad.

La anterior solicitud fue incorporada al expediente y de ella el Tribunal corrió traslado a las partes hasta el 9 de octubre de 2017.

Con el Auto No. 65 proferido el siete (7) de noviembre de 2017, en la continuación de la primera audiencia de trámite (Acta No. 50), el Tribunal Arbitral rechazó, por improcedente, la petición de la Procuraduría General de la Nación de declarar en ese momento la nulidad inmediata del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 que dio origen a la controversia que se dirime, para lo cual señaló lo siguiente:

> "Este Tribunal, por mandato constitucional, debe atender los postulados del debido proceso. Por ello, teniendo en cuenta que dentro del trámite arbitral no han sido decretadas y practicadas las pruebas en que fundamenta la Procuraduría su petición, como tampoco han sido controvertidas por la parte contra las que se pretenden hacer valer, no resulta procedente en este momento declarar la nulidad del contrato de concesión que dio origen a la presente discusión. Dicha petición, de ser procedente, será decidida una vez que se hayan agotado los términos prescritos en la ley procesal, en la oportunidad pertinente y una vez garantizado a todas las partes el ejercicio de su derecho de defensa.
>
> "Es importante advertir que la petición de la Procuraduría no menciona las normas que podrían sustentar la facultad de este Tribunal para declarar la nulidad inmediata del contrato sin agotar los procedimientos prescritos en la Ley y sin haber decretado y practicado las pruebas que resulten pertinentes. Este Tribunal tampoco ha encontrado disposiciones, razones o principios que pudieren sustentar una actuación semejante. Por el contrario, a todas las partes de este proceso, pero sobre todo al orden constitucional y al orden público, les interesa que el desarrollo del caso transcurra dentro de los estrictos términos establecidos en la legislación."

En su intervención en la audiencia de alegaciones, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, señaló la necesidad de resolver la solicitud de nulidad presentada por la Procuraduría General de la Nación, para lo cual señaló:

> "No obstante la solicitud de nulidad absoluta impetrada por la ANI y de la facultad oficiosa que le asiste a este Tribunal de declararla, habrá de considerarse que **la Procuraduría General de la Nación, mediante escrito del 8 de febrero de 2017 también solicitó al Tribunal que declarara la nulidad** absoluta del negocio jurídico y de sus otrosíes, petición que en su momento también coadyuvó la **ANI** y la **ANDJE** en escrito del 28 de marzo de 2017. Para esos efectos, el Tribunal en Auto Nº 65 del 7 de noviembre de 2017, manifestó:
>
> > *Dicha petición, de ser procedente, será decidida una vez que se hayan agotado los términos prescritos en la ley procesal, en la oportunidad pertinente y una vez garantizado a todas las partes el ejercicio de su derecho de defensa.*
>
> "De manera que, aun cuando de momento se desestimó esa pretensión de nulidad de inmediato, el Tribunal postergó la decisión para el Laudo; razón por la cual, respetuosamente solicitamos decisión al respecto."

Entonces, estamos en presencia de una petición distinta, aunque con la misma finalidad, elevada por el Ministerio Público en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, la cual tiene su propia fuente normativa y requiere entonces una decisión expresa del Tribunal.

Téngase presente que el artículo 1742 del Código Civil, subrogado por el art. 2º de la Ley 50 de 1936, facultó al Ministerio Público para pedir la nulidad absoluta del contrato "en interés de la moral o de la ley".[242]

> "**Artículo 1742.** <Artículo subrogado por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1936> … 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." (Resaltado y subrayado fuera del texto)

A su vez, el original artículo 87 del Código Contencioso Administrativo contenido en el Decreto Ley 01 de 1984, determinó:

> "**Artículo 87. Acciones relativas a contratos.** Cualquiera de las partes de un contrato de derecho privado de la administración en que se haya incluido la cláusula de caducidad, o de los contratos administrativos o interadministrativos, podrá pedir un pronunciamiento sobre su existencia o validez, que se decrete su revisión, que se declare su incumplimiento y la responsabilidad derivada de él.
>
> "**La nulidad absoluta también podrá pedirse por el Ministerio Público** y por quien demuestre interés directo en el contrato.
>
> "Los actos separables del contrato serán controlables por medio de las otras acciones previstas en este Código." (Resaltado y subrayado fuera del texto)

Complementariamente, el artículo 127 original del mismo C.C.A. determinó que:

> "**Artículo 127. Objeto de la actuación del ministerio público; atribuciones.** En las actuaciones y procesos que se sigan ante el Consejo de Estado y los tribunales administrativos, el ministerio público intervendrá en interés del orden jurídico y, para ello, podrá actuar como parte.
>
> "Todas las providencias se le notificarán personalmente y él decidirá en cuáles actuaciones y procesos requiere su intervención.
>
> "El Ministerio Público podrá incoar cualquiera de las acciones consagradas en este código, cuando las circunstancias lo ameriten."

Posteriormente, el mismo artículo 87 del Código Contencioso Administrativo contenido en el Decreto Ley 01 de 1984, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, determinó lo siguiente:

> "**Artículo 87. De las controversias contractuales.** Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

[242] Para Georges Ripert "Por mucho que los redactores del Código Civil francés hayan deseado separar el dominio del derecho del de la moral, no han logrado eliminar completamente la necesaria apelación a las buenas costumbres. Si el artículo 6o. del Código Civil puede explicarse como una simple aplicación del valor obligatorio de las leyes de orden público en cuanto por ese precepto la regla moral no se impone al respeto sino después de su consagración legal, los artículos 900 y 1172 sobre la condición, 1133 sobre la causa, 1387 sobre las convenciones matrimoniales limitan expresamente el poder contractual por el necesario respeto de las buenas costumbres. En virtud de estos textos se confía a los tribunales un derecho de inspección, que consiste precisamente en asegurar la observancia de la regla moral. El juez, constituido en guardián de la moral pública, debe censurar las manifestaciones abusivas de las voluntades individuales". *La regla moral en las obligaciones civiles.* Bogotá, Ediciones. Gran Colombia, 1946, pág. 41.

(…)

"**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.

(…)" (Subrayado y resaltado fuera del texto)

A su vez, el artículo 136 del mismo Código Contencioso Administrativo contenido en el Decreto 01 de 1984, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, en el literal e) de su numeral 10 determinó lo siguiente:

"**Artículo 136** *(Modificado por el Artículo 44 de la Ley 446 de 1998).* **Caducidad de las acciones.**
(…)

"10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

"En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así:

(…)

"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. En ejercicio de esta acción se dará estricto cumplimiento al artículo 22 de la Ley 'por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia'." (Resaltado y subrayado fuera del texto)

De conformidad con esta norma, la petición del Ministerio Público debía tener el mismo tratamiento en cuanto se refiere a la oportunidad para proponerla que la acción que se ejercite por quien la pretenda.

Ahora, el inciso final del artículo 141 del CPACA señala que

"**El Ministerio Público** o un tercero que acredite un interés directo **podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato**. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes."(Resaltado y subrayado fuera del texto)

A su vez, el artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA contenido en la Ley 1437 de 2011, vigente a partir del 2 de julio de 2012, el cual **regula exclusivamente la oportunidad para presentar la demanda**, determina que cuando se pretende la nulidad absoluta del contrato, **el término para demandar** será de dos años desde el día siguiente a su perfeccionamiento, pero que, en todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras éste se encuentre vigente.

Por su parte, el artículo 303 del mismo CPACA, señala que el Ministerio Público está facultado para actuar como demandante o como sujeto procesal especial y que podrá intervenir en todos los procesos e incidentes que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en defensa del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos y garantías fundamentales, pero también señala, por separado, que además tendrá la atribución especial de "3. Pedir que se declare la nulidad absoluta de los contratos estatales."

Ello indica que la atribución del Ministerio Público es distinta y especial y en cuanto se refiere a la oportunidad para ejercerla y ella no está sometida al término de caducidad para presentar una demanda, razón por la cual, la formulada el 8 de febrero de 2017 en este proceso por el Ministerio Público y reiterada en dos oportunidades como atrás se señaló debe resolverse en este Laudo como se hará más adelante.

d. Sobre la potestad del juez para decretarla de oficio. Es una facultad y un deber legal, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato, la cual potestad no ha sido retirada del ordenamiento jurídico por autoridad legislativa o judicial competente

En su alegato de conclusión entregado y sustentado en la audiencia celebrada el 17 de julio de 2019, la sociedad Construtora Odebrecht, por conducto de su apoderado, señaló lo siguiente:

"**(ii). <u>Extinción del poder oficioso del Tribunal de Arbitramento de declarar la nulidad del Contrato de Concesión como consecuencia de la caducidad – regla jurisprudencial</u>:**

"Al poder comprobarse que se extinguió el derecho de acción en cabeza de la contraparte sobre el asunto en particular, al menos en lo que respecta a la pretensión de nulidad del Contrato de Concesión, esta circunstancia, <u>en virtud de las vigentes reglas jurisprudenciales</u>, tiene una consecuencia formidable en la competencia del Tribunal Arbitral frente a este asunto específico. La nulidad absoluta del Contrato de Concesión, en virtud de las normas procesales y sustanciales, no solamente puede ser alegada por alguna de las partes intervinientes en el acto o por el Ministerio Público, sino que, también, puede ser declarada de manera oficiosa por parte del juzgador.

"Respecto a esta última facultad judicial, tradicionalmente se estableció que la caducidad afectaba únicamente el derecho de acción de la parte que lo solicitaba, pero, en razón de su naturaleza procesal, no tenía la capacidad de soslayar la competencia del juez, quien podía declararla oficiosamente en cualquier momento. Así, en una situación particular, a pesar de estar caducada la acción de nulidad, el juez del contrato podía declararla oficiosamente, siempre y cuando concurrieran los requisitos para ello, esto es: (i) que las partes intervinientes en el negocio o sus causahabientes concurrieran al proceso; (ii) que alguna de las causales estuviera probada; y (iii), que no hubiera acaecido el fenómeno de la prescripción.

"Este criterio tradicional, Señores Árbitros, tuvo un decisivo viraje en el seno de la Sección Tercera del Consejo de Estado (y precisamente en sede del Recurso de Anulación), quien, en hora buena, <u>y en procura de la cohesión del sistema</u>, entró a aclarar y rectificar el asunto, de cara a los presupuestos procesales exigidos por el legislador en el marco de un proceso judicial.

"El Consejo de Estado, en sentencia del 3 de diciembre de 2018, con ponencia del Doctor Guillermo Sánchez Luque (Expediente No. 60716), <u>declaró la nulidad de un Laudo Arbitral, en el cual, precisamente, el Tribunal Arbitral, oficiosamente, declaró nulo un contrato estatal, a pesar de que la acción, al momento de la radicación de la demanda, ya había caducado</u>. La Corporación Judicial, en efecto, estableció que la caducidad de la acción, al ser un fenómeno procesal, busca la estabilidad jurídica del ordenamiento, en la medida que su propósito es aniquilar la incertidumbre que puede generar la aparición de litigios indefinidamente en el tiempo, que, al final, afectan el ejercicio de la función pública.

"La caducidad, al ser un castigo a la parte que no la alega en el tiempo determinado en la ley para tal efecto, encontraba un remedio que premiaba la desidia de la parte interesada en la nulidad, en la posibilidad de que el juez pudiera declararla de oficio (bien sea por su propia iniciativa o "provocada"

por una de las partes al solicitarle al juez que la "decretará de oficio"). Bajo la concepción clásica de la caducidad y el poder oficioso del juzgador, entonces, el criterio teleológico de la figura procesal no se estaba cumpliendo.

"Teniendo en cuenta las falencias del pasado, fue que el Consejo de Estado, a partir de la sentencia precitada, asentó la regla jurisprudencial que debe tenerse en cuenta sobre el presente asunto, que indica que, una vez caducada la acción de nulidad, el juez del contrato pierde la capacidad de declararla oficiosamente. Y no es para menos que se exija que el derecho de acción se encuentre vigente. No solo por las razones de justicia y correcto funcionamiento de la administración pública ya mencionadas, sino, también, porque el Juez debe tener en cuenta todos los presupuestos procesales para tomar una decisión.

"En tal tenor el Consejo de Estado, en la brillante sentencia reseñada, se pronunció en los siguientes términos:

> '9. Para que el juez pueda emitir un pronunciamiento de fondo deben hallarse reunidos los presupuestos procesales, los cuales constituyen condiciones previas relacionadas con la formación del proceso que no atañen al derecho sustancial que se reclama en juicio. Dentro de ellas está, justamente, la presentación de la demanda en tiempo.
>
> Para garantizar la seguridad jurídica, el legislador instituyó la figura de la caducidad como una sanción para el demandante en los eventos en que determinadas pretensiones no se ejercen en un término específico.
>
> El propósito fundamental de la caducidad es el de dotar de firmeza a las relaciones jurídicas, mediante el señalamiento de un momento a partir del cual ya no es posible controvertir algunas actuaciones, pues el sistema jurídico no puede estar sometido a un estado de incertidumbre que entorpecería el cumplimiento de las funciones públicas. Este fenómeno se configura cuando vence el término previsto en la ley para acudir ante los jueces para demandar. Límite que está concebido para definir un plazo objetivo e invariable para que quien pretenda ser titular de un derecho, opte por accionar. La caducidad tiene lugar justamente cuando expira ese término perentorio fijado por la ley.
>
> Este límite al derecho a demandar una decisión judicial de fondo, impide que el juez se pronuncie por haber sido formulada la demanda por fuera del plazo previsto en la ley. Así, la demanda en tiempo es un presupuesto procesal indispensable para que el juez se pronuncie.
>
> 10. Un entendimiento integral y armónico de las normas que regulan el proceso, concebido como una serie de fases sucesivas encaminadas a producir una sentencia, exige que los requisitos legales para producir una decisión de fondo se hallen satisfechos, aun en el evento en que el juez declare de oficio la nulidad absoluta del contrato.
>
> En efecto, desde la admisión de la demanda, el juez debe verificar si fue presentada en tiempo y podrá rechazarla si fue extemporánea (art 169 del CAPCA y 143 del CCA). Incluso puede declarar de oficio la caducidad en la sentencia, si la encuentra probada, aun cuando se hubiere admitido y tramitado el proceso hasta la fase del fallo (arts, 187 del CPACA y 164 del CCA).
>
> Así, aunque el artículo 87 del CCA y ahora el 141 del CPACA no hayan previsto como requisito para que el juez declare la nulidad absoluta del contrato, que no hubiere operado la caducidad, no significa que ese presupuesto procesal no deba ser satisfecho, para proferir una decisión en ese sentido. Omisión que se explica en que se trata de un presupuesto procesal, que se requiere para adoptar cualquier decisión de fondo.' (Destacado fuera del texto)

"Ahora, en la misma Sentencia, el Consejo de Estado reconoce que, en algunos pronunciamientos pasados de la Corporación, se hizo mención a aquel criterio tradicional, que menciona que la caducidad no afecta el ejercicio oficioso del Operador Judicial. Sin embargo, al hacer un análisis de los pronunciamientos develados, la Corporación Judicial encontró que los mismos eran reglas jurisprudenciales apenas en apariencia, puesto que las menciones que se hicieron en otras providencias sobre la caducidad de la pretensión de nulidad del contrato, no tenían relación directa y estrecha con la parte resolutiva del caso, por lo que su mención, sin lugar a dudas, fueron dichos de paso –obiter dictum-, que no son vinculantes y, por lo tanto, no generan una verdadera regla o precedente judicial.

"Veamos:

> '11. Si bien esta Sección en algunos pronunciamiento ha indicado que la decisión de anular el contrato no está sometida al término de caducidad del medio de control, porque el ejercicio de una potestad difiere del ejercicio del derecho de acción, por virtud del cual se acude a la jurisdicción para pedir el reconocimiento de una o varias pretensiones[243], este criterio no es vinculante [obiter dictum]. En efecto, esas consideraciones no guardaron una relación estrecha y directa con la decisión adoptada [ratio decidendi[, pues en ambas oportunidades la demanda fue presentada en tiempo, de manera que no constituyeron el motivo esencial de la resolución judicial que se tomó.'

"A diferencia, entonces, de los demás pronunciamientos realizados por la Corporación –aislados, por demás-, en la sentencia del pasado mes de diciembre el Consejo de Estado, ahí sí, entró a analizar directamente la caducidad de la acción –ratio decidendum-, para efectos de tomar la decisión sobre el asunto concreto. El precedente transcrito, por lo tanto, constituye la regla jurisprudencial vigente sobre la materia. En consecuencia, al poder establecerse que la demanda y/o la pretensión de nulidad, fueron interpuestas pasados los cinco años de caducidad de la pretensión de nulidad contractual, el Tribunal Arbitral, en virtud de la regla jurisprudencial precitada (que además lo vincula por tratarse de un fallo que resuelve, precisamente, un Recurso de Anulación a cuyas causales el Tribunal se encuentra atado), no puede ejercer su poder oficioso de declarar la nulidad absoluta del Contrato de Concesión, so pena de desconocer el debido proceso con su decisión.

"Debo recordarles, Señores Árbitros, de manera respetuosa, que los precedentes judiciales de las altas cortes, como lo es el Consejo de Estado, son vinculantes, no solo por lo dispuesto por el legislador (v. g. Artículo 7 del Código General del Proceso, por ejemplo[244]); sino, también, porque la Corte Constitucional en amplísima jurisprudencia así lo ha señalado.

"En efecto, dicha Célula Judicial se ha manifestado sobre el asunto en los siguientes términos:

> 'Como bien lo ha sostenido la Corte, la fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura -sala disciplinaria- y la Corte Constitucional, como órganos de cierre de sus jurisdicciones, proviene fundamentalmente: (i) de la obligación de los jueces de aplicar la igualdad frente a la ley y de brindar igualdad de trato en cuanto autoridades que son; (ii) de la potestad otorgada constitucionalmente a las altas corporaciones, como órganos de cierre en sus respectivas jurisdicciones y el cometido de unificación jurisprudencial en el ámbito correspondiente de actuación; (iii) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (iv) de la necesidad de seguridad jurídica del ciudadano respecto de la protección de sus derechos, entendida como la predictibilidad razonable de las decisiones judiciales en la resolución de conflictos, derivada del principio de igualdad ante la ley como de la confianza legítima en la autoridad judicial.'[245] (Destacado fuera del texto)

"Por lo tanto, en línea de principio, el Tribunal Arbitral debe aplicar el precedente entablado recientemente por el Consejo de Estado sobre el asunto, absteniéndose de ejercer facultades oficiosas que, por rigor jurídico, ya no le son dadas.

"Ahora bien, no puede desconocerse por su puesto que, si el Tribunal Arbitral quiere separarse del precedente multicitado, puede hacerlo. Sin embargo, conforme a la doctrina constitucional, para ello debe establecer verdaderas razones, suficientes y adecuadas, para tomar semejante determinación. La carga argumentativa, en este caso, sería especial y muy superior, por lo que no cualquier argumento puede ser satisfactoria, máxime cuando con ello puede derivarse una flagrante violación de derechos fundamentales de mis Representadas. Bien ha dicho la Corte, al respecto, que **"**Una decisión judicial que desconozca caprichosamente la jurisprudencia y trate de manera distinta casos previamente

[243] Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 6 de julio de 2005, Radicado No. 12249 [fundamento jurídico 4] y sentencia de 23 de junio de 2010, Radicado No. 18294 [fundamento jurídico 2.3].
[244] ARTÍCULO 7o. LEGALIDAD. Los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina. Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos.
[245] Corte Constitucional. Sentencia C-621 de 2015. M.P. Jorge Ignacio Pretelt.

analizados por la jurisprudencia, so pretexto de la autonomía judicial, en realidad está desconociéndolos y omitiendo el cumplimiento de un deber constitucional."[246]

"Para el presente caso, entonces, no se puede avizorar, de ninguna manera, cómo podría el Tribunal Arbitral separarse del precedente judicial decantado por el Consejo de Estado, sin perjuicio de la vulneración de derechos fundamentales, teniendo en cuenta que ambos casos, tanto el presente como aquel que se resolvió en sentencia del 3 de diciembre de 2018, tienen los mismos fundamentos fácticos.

"En efecto:

"(i). Ambos tratan sobre controversias contractuales;

"(ii). Ambos contratos fueron suscritos en vigencia del CCA;

"(iii). Las reglas que rigen el término de caducidad, en los dos casos, son los postulados del CCA;

"(iv). Respecto de los dos contratos, el término de caducidad empezó a correr desde el momento de su suscripción;

"(v). En los dos negocios, el término de caducidad era de cinco años;

"(vi). En ambos casos, la demanda fue interpuesta con posterioridad a la caducidad de la pretensión de nulidad absoluta del contrato.

"Ante los mismos supuestos de hecho, en aras de garantizar el principio constitucional de igualdad (artículo 13 CN), debe aplicarse los mismos fundamentos de derecho. Y en el presente caso, Señores Árbitros, todos los ingredientes están servidos.

"Y, en todo caso, en el evento que se quiera ir por este último camino, a pesar de las anotaciones antedichas, sobra recordar que la obediencia a lo dispuesto en reglas jurisprudenciales dictadas en el seno del Consejo de Estado, en particular en materia de anulación de laudos arbitrales, se ve especialmente reforzada en virtud de lo dispuesto por el Legislador sobre el asunto. En efecto, conforme al artículo 104 y 147 de la Ley 1437 de 2011, es la jurisdicción de lo contencioso administrativa, en cabeza del Consejo de Estado, quien es la competente para resolver **'**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.'

"En razón del mandato legislativo antedicho, es el Consejo de Estado, y no otro juez, quien es el encargado de definir el alcance e interpretación que se le debe dar a las causales de anulación de laudos arbitrales, reglas que, por supuesto, un Tribunal de Arbitramento, juicioso con sus deberes, debe comprender y obedecer a cabalidad, so pena de las gravosas consecuencias que aparejar su desconocimiento. Entonces, si bien el Tribunal de Arbitramento puede tener independencia para resolver la controversia sustancial, en materia de asuntos procedimentales, tales como la caducidad de la acción contractual, en la medida que son normas de carácter público, su interpretación y aplicación debe estar estrictamente ceñida a lo que el legislador a establecido sobre el asunto, así como lo que el órgano judicial, competente por disposición de la Ley para definir su alcance, ha interpretado sobre la materia.

"El ordenamiento jurídico no le ha dado la competencia al Tribunal Arbitral para decidir si su laudo es nulo o no, o cuál debe ser el entendimiento correcto que debe hacérsele a una causal de anulación específica, pues esa tarea, debo insistir, ya ha sido develada a otro órgano judicial de cierre, que para este caos sería el Consejo de Estado.

"Este asunto ha sido debidamente clarificado por esta Corporación Judicial en los siguientes términos:

> '[…] la función de los árbitros está limitada y por tanto no es amplia, no sólo respecto de la transitoriedad de su operador jurídico (sujeto activo de la definición) sino por la naturaleza del asunto sometido a su conocimiento (objeto del mecanismo); así lo concluyó la jurisprudencia constitucional de la Corte Constitucional en juicio de constitucionalidad, al considerar que la

[246] Corte Constitucional. Sentencia C-836 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

> competencia de los árbitros, que son particulares con función judicial transitoria, la delimitan las partes, en la cláusula compromisoria o en el compromiso, y debe ejercerse "[…] con estricta sujeción a los linderos que clara y expresamente señalan la Constitución y la ley" porque tanto el juez ordinario como el excepcional poseen competencias explícitas nunca sobreentendidas o implícitas.'[247] (Destacado fuera del texto)

> "La tesis develada por la Corte Constitucional, que ya fue reseñada en líneas anteriores, que establece que los jueces –y Tribunales Arbitrales - debe obedecer las normas de los altos tribunales, en razón de que una de sus funciones es el servir como órgano de cierre y armonización del sistema jurídico, se ve reforzada, también por lo establecido por el Legislador sobre el asunto. El Tribunal Arbitral, en caso de querer desconocer lo que se ha definido en materia de caducidad de la pretensión de nulidad de contratos estatales signados en vigencia del CCA, estaría contraviniendo tres fuentes de derecho que le dicen qué hacer en asuntos de carácter procesal, que son (i) la Constitución Política; (ii) la Ley; y (iii) la jurisprudencia de órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa.

> "Por lo tanto, el asunto que nos convoca, como se explicará a continuación, si bien no concurren elementos probatorios suficientes que permitan llevar al traste un negocio jurídico en razón de la concurrencia de una causal de nulidad, en el evento que el Tribunal Arbitral considere lo contrario, de todas maneras, no tiene la competencia procesal para hacerlo, toda vez que, se insiste, ya acaeció el fenómeno de la caducidad. Y si, aun así, el Panel Arbitral resuelve el caso decretando la nulidad en ejercicio de su poder oficioso, el Laudo Arbitral, indefectiblemente, incurrirá, también, en la causal de nulidad establecida en el numeral 2 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012[248].

> "Los anteriores argumentos son más que suficientes para enervar cualquier pretensión de nulidad en el proceso, ya sea aquellas que invocó la contraparte, o por otra circunstancia que considere el Tribunal Arbitral. Por asuntos de rigor jurídico, y como parte del deber de protección de los derechos de igualdad y el debido proceso, el Tribunal Arbitral, en definitiva, no puede decidir el caso declarando la nulidad del Contrato de Concesión.

> "Sobre el tema de la nulidad, en particular en lo referido a la falta de competencia, hoy en día, para ser decretada de oficio por el Tribunal Arbitral, las Sociedades que represento solicitaron un concepto jurídico al Maestro, Doctor Hernán Fabio López Blanco, estudio que efectivamente fue entregado el día 19 de abril del presente año, y de acuerdo a sus expresas autorizaciones para ser aportadas a los procesos judiciales que sean necesarios, hago entrega de una copia del mismo, como anexo y parte integral de estos alegatos de conclusión."

A su vez, sobre este tema, en su alegato de conclusión entregado en la audiencia celebrada el 17 de julio de 2019, la Sociedad Odebrecht Latinvest señaló que el Tribunal no puede declarar de oficio la nulidad absoluta del Contrato de Concesión porque, dijo, no se reúnen los presupuestos procesales para ello y se debe acatar el precedente sentado por la Sección Tercera del Consejo de Estado en la sentencia de diciembre 3 de 2018.

> "1. El Tribunal de Arbitraje no puede declarar la nulidad absoluta del Contrato de Concesión puesto que no se reúne uno de los presupuestos procesales para fallar al respecto: la presentación de la demanda en tiempo. Al haber operado la caducidad sobre las pretensiones para alegar la nulidad del Contrato de Concesión, el Tribunal no puede impartir esa declaración en ejercicio de sus facultades oficiosas. Este es el precedente que el Consejo de Estado sentó en sentencia del 3 de diciembre de 2018[249] y que el Tribunal debe cumplir, so pena de obviar la caducidad como institución de orden público y el derecho fundamental a la igualdad de trato jurídico.

> "2. La razón de la decisión (*ratio decidendi*) de ese fallo, en el cual se declaró fundado un recurso de anulación en contra de un laudo arbitral, es la siguiente: para declarar nulo un contrato estatal, a petición parte o de oficio, el actor debe demandar en tiempo. Es decir, la caducidad no puede haber operado para declarar oficiosamente la nulidad.

---

[247] Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 27 de julio de 2004. M.P. María Elena Giraldo. Véase también Corte Constitucional. Sentencia C-294 de 1995.

[248] ARTÍCULO 41. CAUSALES DEL RECURSO DE ANULACIÓN. Son causales del recurso de anulación: (…) 2. La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia.

[249] Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 03 de diciembre de 2018. Rad. 60716. C.P Guillermo Sánchez Luque.

"3. El Consejo de Estado ha establecido las cargas que debe cumplir quien afirma la existencia de un precedente. En sentencia de abril 25 de 2018 indicó:

> 4.23.- Así concebido el asunto, son tres las labores que deben ser asumidas cuando se pretende afirmar la existencia de un precedente en un caso concreto: (i) interpretar e identificar la base factual relevante del caso precedente, (ii) hacer un juicio de igualación o comparación de los hechos de ambos casos, anterior y actual, y (iii) interpretar las consideraciones relevantes expuestas en el fallo precedente y extraer de allí la ratio decidendi como subregla de derecho que debe ser aplicada en el nuevo caso abordado. Una vez configurados esos elementos el precedente despliega su fuerza gravitacional como norma llamada a controlar la resolución del nuevo caso.

"4. Cargas y requisitos que se reúnen en este litigio. Veamos.

"**A. LA BASE FÁCTICA DE LA SENTENCIA QUE CONTIENE EL PRECEDENTE QUE EL TRIBUNAL DE ARBITRAJE DEBE OBEDECER**

"1. Los hechos jurídicamente relevantes de la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado de diciembre 03 de 2018 son los siguientes:

> "i. El 1 de abril de 2010, la Federación Colombiana de Municipios celebró un contrato estatal para la operación de servicios de telemedicina con Saludcoop EPS, Cruz Blanca EPS S.A y Cafesalud EPS S.A.
>
> "ii. Estas últimas tres sociedades convocaron un Tribunal de Arbitraje con el fin de soluciones diferencias surgidas con la Federación Colombiana de Municipios por el incumplimiento del contrato.
>
> "iii. La caducidad había operado en el momento en que se formuló la demanda, tal y como lo señaló el Consejo de Estado.
>
> "iv. El 20 de octubre se dictó el laudo arbitral recurrido. El Tribunal de Arbitraje consideró que el contrato tenía objeto ilícito y declaró su nulidad absoluta. Lo hizo en ejercicio de sus facultades oficiosas y no a solicitud de una de las partes procesales.
>
> "v. La Federación Colombiana de Municipios solicitó que se anulara el laudo arbitral con fundamento en la causal del numeral 2º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, la cual reza así:
>
> '*Son causales del recurso de anulación (…)*
>
> *'2. La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia*'.
>
> "vi. El Consejo de Estado declaró fundado el recurso y anuló el laudo.

"**B. LA ANALOGÍA FÁCTICA Y JURÍDICA ENTRE EL CASO FALLADO Y EL LITIGIO SOMETIDO A CONSIDERACIÓN DEL TRIBUNAL**

"1. La Corte Constitucional ha dicho:

> El principio de igualdad ordena –entre otros aspectos- dar un trato igual a situaciones o sujetos ubicados en idéntica situación; un trato semejante a quienes se hallan en condiciones semejantes, y un trato diverso a quienes se encuentran en distintas circunstancias fácticas. La igualdad, las semejanzas y las diferencias deben evaluarse desde un punto de vista jurídicamente relevante y, generalmente, el juez se ve obligado a ponderar el peso de las igualdades y las diferencias antes de concluir si está determinado un trato igual, semejante o diverso. La aplicación del precedente, ligada al principio de igualdad, plantea similares exigencias al operador jurídico. (…) 59. En ese sentido, dado que solo constituye un precedente la sentencia previa que decidió hechos análogos a los que configuran un nuevo proceso, el juez debe seguir el mismo principio de decisión previamente establecido; aplicar la misma regla de conducta a situaciones de hecho similares en lo relevante.

"2. ¿Cuál es la semejanza, analogía o similitud jurídicamente relevante entre el caso analizado por el Consejo de Estado y el litigio sometido a decisión de este Tribunal Arbitral? La respuesta no admite vacilaciones.

"3. En el expediente estudiado por el Consejo de Estado, un Tribunal Arbitral declaró de oficio la nulidad absoluta de un contrato estatal, pese a que al momento en que se presentó la demanda había operado la caducidad. Así, el problema jurídico del presente caso guarda identidad con el de la citada sentencia: ¿El Tribunal de Arbitraje puede declarar de oficio la nulidad absoluta del Contrato de Concesión a pesar de haber operado la caducidad? Esta identidad fáctica y legal entre el caso fallado por el Consejo de Estado y el litigio que involucra a la ANI y a la Concesionaria impone el acatamiento de la regla de decisión adoptada en el fallo. El precedente debe ser obedecido.

"**C. LA RATIO DECIDENDI O REGLA CONTROLANTE DEL CASO**

"1. No todo el texto de una sentencia constituye precedente. Únicamente la regla de la decisión, la *ratio decidendi* del fallo, tiene ese carácter. Dice Bernal Pulido: "*la ratio decidendi se define como la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica. La ratio decidendi es la concreción normativa del alcance de las disposiciones jurídicas. Ella explicita qué es aquello que el derecho prohíbe, permite, ordena o habilita para cierto tipo de casos*"[250].

"2. ¿Cuál es la *ratio decidendi* de la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado de diciembre 03 de 2018? O lo que es lo mismo, ¿cuál fue y es la respuesta al problema jurídico de si un Tribunal de Arbitraje puede declarar, en ejercicio de sus facultades oficiosas, la nulidad absoluta de un contrato estatal a pesar de haber operado la caducidad?

"3. La regla de decisión es que un Tribunal de Arbitraje no puede declarar la nulidad absoluta de un contrato estatal en ejercicio de sus poderes oficiosos si, al promoverse la demanda, había operado la caducidad. Este es un presupuesto procesal de la decisión.

"4. El precedente sentado por el Consejo de Estado dice:

> El artículo 624 del CGP, que modificó el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, prescribe que los términos se rigen por las Leyes vigentes al momento en que empiezan a correr. Como en este caso el término empezó a contarse desde el 28 de agosto de 2011, según se dijo, día siguiente a la fecha hasta la cual se tenía para liquidar el contrato, la Ley aplicable es el Código Contencioso Administrativo.
>
> El término para formular la demanda de controversias contractuales de conformidad con el literal d), numeral 10 del artículo 136 del CCA es dentro de los dos años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar el contrato. Como la demanda fue presentada el 23 de julio de 2014 (f. 1 c. 1), operó el fenómeno de la caducidad, pues fue incoada vencido el plazo de dos años contado desde la fecha en que se venció el plazo previsto por las partes para la liquidación del contrato, el cual transcurrió del 28 agosto de 2011 al 28 de agosto de 2013.
>
> 7. Los árbitros declararon la nulidad absoluta del contrato, no obstante que operó el fenómeno de la caducidad, según se explicó en los numerales anteriores. Por este motivo, la Sala debe precisar cuál es el alcance de la competencia para declarar de oficio dicha nulidad y cuál es el efecto que, sobre esa materia, genera la presentación extemporánea de la demanda.
>
> 8. La Sala ha reconocido la competencia del juez contencioso administrativo para declarar de oficio nulidad absoluta del contrato, aun cuando el artículo 87 del CCA original omitiera esa competencia, con fundamento en lo dispuesto en el parágrafo 78 del Decreto Ley 222 de 1983 y los artículos 1740 y 1742 del Código Civil.
>
> El artículo 45 de la Ley 80 de 1993 hizo suyo este criterio jurisprudencial, al atribuir la competencia al juez contencioso para declarar de oficio la nulidad absoluta cuando aparezca de manifiesto en el contrato. En concordancia con esta norma, los artículos 87 del CCA, modificado por la Ley 446 de 1998 y el actual 141 del CPACA, facultan al juez para declarar de

[250] Bernal Pulido, Carlos. El precedente en Colombia. *Revista Derecho del Estado*. 21 (1), 81-94. Disponible en: https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/493.

oficio la nulidad absoluta del contrato cuando: (i) esté plenamente demostrada y (ii) en el proceso hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes.

Según la Sala Plena de esta Corporación, con base en el marco jurídico reseñado, la facultad del juez de lo contencioso administrativo para declarar de oficio la nulidad absoluta de un contrato estatal, encuentra su límite en dos condiciones: que la nulidad absoluta se encuentre plenamente demostrada en el proceso, y que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes. La Sección Tercera ha reiterado este criterio y ha señalado que, probadas ambas circunstancias, el juez del contrato tiene el deber de hacer tal declaración.

9. Para que el juez pueda emitir un pronunciamiento de fondo deben hallarse reunidos los presupuestos procesales, los cuales constituyen condiciones previas relacionadas con la formación del proceso que no atañen al derecho sustancial que se reclama en juicio. Dentro de ellas está, justamente, la presentación de la demanda en tiempo.

Para garantizar la seguridad jurídica, el legislador instituyó la figura de la caducidad como una sanción para el demandante en los eventos en que determinadas pretensiones no se ejercen en un término específico.

El propósito fundamental de la caducidad es el de dotar de firmeza a las relaciones jurídicas, mediante el señalamiento de un momento a partir del cual ya no es posible controvertir algunas actuaciones, pues el sistema jurídico no puede estar sometido a un estado de incertidumbre que entorpecería el cumplimiento de las funciones públicas. Este fenómeno se configura cuando vence el término previsto en la Ley para acudir ante los jueces para demandar. Límite que está concebido para definir un plazo objetivo e invariable para que quien pretenda ser titular de un derecho, opte por accionar. La caducidad tiene lugar justamente cuando expira ese término perentorio fijado por la Ley.

Este límite al derecho a demandar una decisión judicial de fondo, impide que el juez se pronuncie por haber sido formulada la demanda por fuera del plazo previsto en la Ley. Así, la demanda en tiempo es un presupuesto procesal indispensable para que el juez se pronuncie.

10. Un entendimiento integral y armónico de las normas que regulan el proceso, concebido como una serie de fases sucesivas encaminadas a producir una sentencia, exige que los requisitos legales para producir una decisión de fondo se hallen satisfechos, aun en el evento en que el juez declare de oficio la nulidad absoluta del contrato.

En efecto, desde la admisión de la demanda, el juez debe verificar si fue presentada en tiempo y podrá rechazarla si fue extemporánea (art 169 del CAPCA y 143 del CCA). Incluso puede declarar de oficio la caducidad en la sentencia, si la encuentra probada, aun cuando se hubiere admitido y tramitado el proceso hasta la fase del fallo (arts, 187 del CPACA y 164 del CCA).

Así, aunque el artículo 87 del CCA y ahora el 141 del CPACA no hayan previsto como requisito para que el juez declare la nulidad absoluta del contrato, que no hubiere operado la caducidad, no significa que ese presupuesto procesal no deba ser satisfecho, para proferir una decisión en ese sentido. Omisión que se explica en que se trata de un presupuesto procesal, que se requiere para adoptar cualquier decisión de fondo.

11. Si bien esta Sección en algunos pronunciamientos ha indicado que la decisión de anular el contrato no está sometida al término de caducidad del medio de control, porque el ejercicio de una potestad difiere del ejercicio del derecho de acción, por virtud del cual se acude a la jurisdicción para pedir el reconocimiento de una o varias pretensiones, este criterio no es vinculante [obiter dictum]. En efecto, esas consideraciones no guardaron una relación estrecha y directa con la decisión adoptada [ratio decidendi], pues en ambas oportunidades la demanda fue presentada en tiempo, de manera que no constituyeron el motivo esencial de la resolución judicial que se tomó.

12. Como la demanda no fue presentada en tiempo y, no obstante ello, el Tribunal Arbitral declaró la nulidad absoluta del contrato, esto es, decidió de fondo la controversia, se configura la causal alegada en el recurso (Énfasis añadido).

"5. La nulidad de un contrato estatal no puede ser declarada de oficio por el juez si se encuentra probado que la caducidad había operado al momento de presentarse la demanda. Dicho en otras palabras, según la sentencia del 03 de diciembre de 2018, para que un juez o un Tribunal de Arbitraje declare de oficio la nulidad de un contrato estatal deben reunirse cuatro requisitos: (i) que la causal de nulidad se encuentre plenamente demostrada, (ii) que en el proceso hayan intervenido las partes contractuales o sus causahabientes, (iii) que no se hubiese saneado la nulidad por prescripción extraordinaria y (iv) que la caducidad de la acción no hubiese operado al promoverse la demanda.

"6. En esta controversia no se reúnen los requisitos primero y cuarto. Por consiguiente, el Contrato de Concesión no puede ser declarado nulo por decisión oficiosa del Tribunal. En cuanto al primer requisito, su ausencia será abordada más adelante.

"7. El precedente no se agota aquí, su alcance es mayor. Según el Consejo de Estado, las providencias en las que se había sostenido que la caducidad de la acción no enerva la potestad del juez de declarar la nulidad de oficio carecen de valor normativo por constituir, esas sí, meros dichos al pasar u *obiter dictum*. A diferencia de la sentencia del 03 de diciembre de 2018, esas providencias no son precedentes obligatorios. En ese sentido, no ha habido un cambio jurisprudencial.

"**D. NO EXISTEN RAZONES ATENDIBLES PARA DESOBEDECER EL PRECEDENTE**

"1. El Tribunal de Arbitraje debe acatar el precedente del Consejo de Estado. No existen motivos ni razones jurídicamente atendibles para desobedecerlo.

"2. Contra lo dicho podría decirse que la sentencia del 3 de diciembre de 2018 no es obligatoria, pues no corresponde a una sentencia de unificación jurisprudencial. Este, sin embargo, es un planteamiento falaz. El valor normativo de un precedente judicial como el que se ha caracterizado no depende de que se encuentre contenido en una sentencia de unificación jurisprudencial.

"3. Ocurre que esa clasificación de las sentencias judiciales prevista en el artículo 270 de la Ley 1437 de 2011 tiene una finalidad por completo diferente, a saber: precisar el ámbito de aplicación del mecanismo de extensión de los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial (artículos 102 y 267 del CPACA) y del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia (artículo 258 del CPACA). La clasificación de las sentencias no es un elemento constitutivo o esencial del precedente judicial.

"4. El Consejo de Estado y la Corte Constitucional han sostenido que los precedentes judiciales en materia administrativa no se confunden con las sentencias de unificación jurisprudencial. Aquellos pueden o no estar contenidos en estas. En un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil enfatizó en lo falso de esta equivalencia:

> Ahora bien, en relación con el deber de las autoridades administrativas de tener en cuenta las decisiones del Consejo de Estado para solucionar asuntos que se presentan en sede administrativa, es necesario hacer una aclaración final. Podría pensarse, como parece derivarse de la consulta, que los diversos mecanismos de activación judicial y administrativa de los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial establecidos en la Ley 1437 de 2011, conllevan de suyo que las demás sentencias del Consejo de Estado que no tienen esa condición carecen de todo efecto vinculante al momento de adoptar las decisiones administrativas; sería tanto como decir que cuando no hay sentencias de unificación jurisprudencial en los términos del artículo 270 del CPACA, la administración puede actuar con absoluta libertad de interpretación a pesar de que exista un precedente claro y específico aplicable al caso concreto o incluso jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado.
>
> La Sala aclara que dicho entendimiento no es posible y resulta contrario a la Constitución. Si bien es cierto que los mecanismos de los artículos 102 y 269 (extensión de jurisprudencia); 256 (recurso extraordinario de unificación) 272 (revisión eventual de acciones populares y de grupo) y 271 (traslado de asuntos a la Sala Plena del Consejo de Estado y de sus Secciones) exigen para su procedencia una sentencia de unificación jurisprudencial en la forma definida en el artículo 270 del CPACA, ello no significa que las demás sentencias del Consejo de Estado hayan perdido su valor como precedente a tener en cuenta por la Administración al momento de adoptar sus decisiones, tal como ya se señaló.

Al respecto se pronunció expresamente la Corte Constitucional en la Sentencia C588 de 2012 al declarar exequible el artículo 270 de la Ley 1437 de 2011 y rechazar el cargo relacionado con la pérdida de valor de las sentencias del Consejo de Estado no incluidas en la definición de dicho artículo: "5.2.5. Ahora bien, en cuanto a la presunta omisión en el mecanismo de extensión de otras sentencias del Consejo de Estado distintas de las de unificación jurisprudencial, téngase en cuenta que, como bien se ha dicho, estas sentencias de unificación cumplen la función especial y específica de ordenar y clarificar el precedente aplicable. En este sentido, es plenamente razonable que sean estas sentencias y no otras del Consejo de Estado, las llamadas a ser aplicadas en el mecanismo de extensión de jurisprudencia. Las demás sentencias del Consejo de Estado siguen teniendo su valor como precedente del órgano de cierre de lo contencioso-administrativo, pero son un tipo especial de providencias -las sentencias de unificación jurisprudencial- a las que el Legislador, en ejercicio de su poder de configuración normativa, asignó la potestad de ser aplicadas en el mecanismo de extensión de jurisprudencia".

Los artículos 102 y 269 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo deben ser interpretados, acorde con la Constitución Política, de manera tal que se entienda que el procedimiento de extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado es aplicable no solamente a las sentencias de unificación jurisprudencial que allí se definen, sino también a todo precedente judicial adoptado por el Consejo de Estado, entendido como una sentencia en la cual esta Corporación haya adoptado una postura interpretativa determinada frente a un punto de derecho, sea que se haya desarrollado en una línea jurisprudencial o no, y siempre que se encuentre vigente y actualizada en tanto postura jurisprudencial del Consejo de Estado.

Ha de entenderse por precedente judicial vinculante únicamente la ratio decidendi de una sentencia en la cual el Consejo de Estado haya adoptado una postura interpretativa determinada frente a un punto de derecho, y que dicha ratio decidendi se define como el fundamento jurídico-normativo directo y razón suficiente de la decisión material adoptada en su parte resolutiva, en términos específicos para los hechos del caso, esto es, como la regla de derecho determinante del sentido de la decisión y su contenido específico.

La obligatoriedad de aplicar la ratio decidendi de un precedente a un caso pendiente de resolución, depende de que los supuestos de hecho y de derecho de los dos casos sean similares, y de que la postura jurisprudencial que consta en el precedente no haya sido cambiada o haya evolucionado hacia una postura distinta o más específica que modifique algún supuesto de hecho para su aplicación[251].

"5. Desvirtuada esta objeción, podría indicarse que la obligatoriedad del precedente del Consejo de Estado no es una camisa de fuerza para el Tribunal de Arbitraje. El Panel puede apartarse legítimamente de dicho precedente si ofrece argumentos legítimos y suficientes.

"6. Aquello es cierto. Sin embargo, la suficiencia de los argumentos para apartarse legítimamente del precedente no es cualquiera. Solo en casos excepcionales se justifica la discriminación negativa y la desigualdad de trato jurídico que se introduce al no acatar un precedente. Esta excepcionalidad explica por qué, en la jurisprudencia constitucional, los argumentos que se consideran válidos para hacerlo tienen un alcance muy restringido. La Corte Constitucional los precisó en las sentencias SU 774 de 2014 y T 775 del mismo año:

Motivos válidos para apartarse del precedente.

Por su vinculación con el principio de igualdad, la adecuada aplicación e interpretación de los precedentes va ligada también al principio de razonabilidad. En esa dirección, el abandono de los precedentes puede concebirse como un trato diferenciado legítimo si cuenta con fundamentos suficientes, o como una discriminación prohibida por el artículo 13 de la Carta Política, si ocurre sin motivación adecuada y suficiente. Así pues, el manejo de los precedentes depende de la satisfacción de distintas cargas argumentativas. De las razones para actuar conforme las decisiones previas (su existencia es en sí misma una razón) y de las razones para alejarse de ellas, o adecuarlas a nuevos contextos sociales y normativos. A continuación, se hará

[251] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 10 de diciembre de 2013. Rad. 2177. C.P William Zambrano Cetina.

referencia a los motivos que justifican apartarse de un precedente y a la naturaleza de las cargas que corresponde asumir al juez.

[Es legítimo apartarse del precedente] en primer lugar, cuando la doctrina, habiendo sido adecuada en una situación social determinada, no responda adecuadamente al cambio social posterior. Como se analizó de manera general en el numeral 18 supra, este tipo de error sobreviniente justifica que la Corte cambie su propia jurisprudencia. En segundo lugar, la Corte puede considerar que la jurisprudencia resulta errónea, por ser contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico. En estos casos también está justificado que la Corte Suprema cambie su jurisprudencia para evitar prolongar en el tiempo las injusticias del pasado, haciendo explícita tal decisión. En tercer lugar, como resulta apenas obvio, por cambios en el ordenamiento jurídico positivo, es decir, debido a un tránsito constitucional o legal relevante.

Adicionalmente, el juez puede observar que a pesar de las similitudes entre el caso que debe resolver y uno resuelto anteriormente existen diferencias relevantes no consideradas en el primero, y que impiden igualarlos, y en consecuencia, estaría permitido que el juez se desviara de la doctrina judicial que en apariencia resulta aplicable. A contrario sensu, puede haber dos casos que en principio parezcan diferentes, pero que, observados detalladamente, tengan un término de comparación –tertium comparationis- que permita asimilarlos en algún aspecto. En esa medida, resulta adecuado que el juez emplee criterios de igualación entre los dos, siempre y cuando la equiparación se restrinja a aquellos aspectos en que son equiparables, y solamente en la medida en que lo sean. En este caso, el juez debe hacer explícitas las razones por las cuales, a pesar de las similitudes aparentes, los casos no merezcan un tratamiento igualitario o, a la inversa, debe argumentar porqué, a pesar de las diferencias aparentes, los casos deben recibir un trato idéntico o similar. Tanto en una como en otra hipótesis, los criterios de igualación o de diferenciación deben ser jurídicamente relevantes, y el trato debe ser proporcional a la diferencia en la situación de hecho.

Las consideraciones expuestas comprenden entonces cuatro motivos válidos para apartarse del precedente. Tres de ellos hacen referencia a serias modificaciones en el derecho positivo, en el orden axiológico subyacente a los principios constitucionales o en las circunstancias sociales, de tal entidad que justifican una modificación de la regla jurisprudencial de decisión. El cuarto motivo se refiere exclusivamente a las diferencias fácticas entre el caso previo y el que debe resolver el operador jurídico[252].

"7. El primer motivo para apartarse del precedente no puede invocarse. Las explicaciones están de más. Entre diciembre de 2018 y mediados de 2019 no ha habido un remesón en las circunstancias sociales del país que permitan sostener que el precedente pudo ser adecuado para una situación social determinada, pero no responde adecuadamente a nuevas circunstancias.

"8. Mucho menos puede invocarse el segundo motivo para apartarse del precedente. Lejos de contrariar valores, objetivos, principios y derechos en los que se funda el ordenamiento jurídico, el precedente del Consejo de Estado los ampara. Primero, al poner coto a la posibilidad de que, pasadas décadas, pueda seguirse discutiendo la nulidad absoluta de un contrato con las consecuencias que eso trae para el tráfico y la seguridad jurídica. Y, segundo, al ratificar que para la validez de una decisión arbitral deben reunirse todos los presupuestos procesales, incluido el de demanda en tiempo.

"9. Para desobedecer el precedente tampoco puede traerse a colación el tercer motivo registrado por la Corte Constitucional. No ha habido un cambio jurídico o modificación normativa relevante entre diciembre de 2018 y la fecha en que se expedirá el laudo. La única novedad que se presentó fue el pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre la exequibilidad del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018. Sin embargo, esta decisión no tiene ninguna repercusión, pues versó sobre un tema ajeno a la caducidad de la acción y sus implicaciones procesales, esto es, sobre las limitaciones al reconocimiento de inversiones, costos y gastos del contratista respecto de quien se haya desvirtuado la buena fe.

"10. Finalmente, en lo que se refiere a la [dis]analogía entre el caso previo y el que debe resolverse, basta reproducir el comentario hecho en páginas anteriores: pesan más las semejanzas entre la sentencia del 03 de diciembre de 2018 y la base fáctica del proceso arbitral que sus diferencias. Y pesan

[252] Corte Constitucional. Sentencia T 775 de 2014. M.P Luis Ernesto Vargas.

> más por una sencilla razón: el problema jurídico que se examinó en la sentencia del 03 de diciembre de 2018 es el mismo que está sobre la mesa en este trámite: ¿El Tribunal de Arbitraje puede declarar de oficio la nulidad absoluta del Contrato de Concesión a pesar de haber operado la caducidad? La respuesta, según se ha visto, es negativa.
>
> "11. En suma, el Tribunal de Arbitraje debe acatar el precedente del Consejo de Estado. En verdad, no existe motivo para desobedecerlo. O sí existe, solo que no es atendible desde el punto de vista jurídico: el deseo de adoptar una decisión del gusto del público, pero alejada del respeto debido a la Ley y a los precedentes del máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.
>
> "**E. LA CONSECUENCIA EN DERECHO: EL TRIBUNAL DE ARBITRAJE NO PUEDE DECLARAR DE OFICIO LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN**
>
> "1. El Contrato de Concesión no puede ser declarado nulo a instancia de parte, ni el Tribunal puede hacerlo en uso de sus facultades oficiosas. Según el precedente del Consejo de Estado, si ha operado la caducidad sobre la pretensión de nulidad absoluta, un Tribunal de Arbitraje no tiene la competencia para declarar nulo un contrato estatal. Si lo hace, lo anulable no es el contrato, sino el laudo."

Como se puede observar, este tema obviamente no había sido planteado antes por la sencilla razón que la providencia que se ha traído con los alegatos de conclusión fue proferida apenas el 3 de diciembre de 2018 y el concepto emitido por el asesor de Odebrecht para explicarla es del 10 de abril de 2019.

De público conocimiento la citada Sentencia del 3 de noviembre de 2018 proferida por la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, debe señalarse que de su lectura y del Laudo que con ella fue anulado, se infiere que, no obstante el esfuerzo argumentativo de los apoderados de la Construtora Odebrecht y de Odebrecht Latinvest para señalar que el caso analizado es idéntico o al menos similar al caso que se examina en este proceso arbitral, como los mismos apoderado lo reconocen, ellas tiene un presupuesto esencialmente diferente que hace que dicha providencia no deba ser tenida en cuenta por este Tribunal para que, en caso de ser necesario, se ejerza la potestad de declarar de oficio la nulidad del contrato estatal si la encuentra probada.

Como se observa en la citada sentencia y lo admite el apoderado de la Construtora Odebrecht, con ella se anuló un Laudo Arbitral que declaró nulo un contrato estatal a pesar de que la acción de controversias contractuales -no se refiere a la acción de nulidad del contrato estatal- al momento de la radicación de la demanda arbitral, ya había caducado.

En efecto, el Contrato allá celebrado en el año 2010, terminó anticipadamente el 3 de febrero de 2011 y por lo tanto no estaba vigente, por cuanto la norma que sirvió de soporte para celebrarlo, fue declarada inexequible por la Corte Constitucional con efectos retroactivos a partir de su expedición. La acción de controversias contractuales que debió ejercitarse dentro de los dos años contados a partir de su liquidación, había caducado en 2013, solo vino a ejercitarse en el año 2014.
El Tribunal Arbitral que de entrada ha debido rechazar la demanda por caducidad de la acción no lo hizo sino que la admitió y luego falló el proceso con el Laudo que luego fue objeto del recurso de anulación. En ese proceso tampoco se formuló petición de nulidad del Contrato Estatal y tampoco se planteó la caducidad como excepción de mérito. Fue el Tribunal el que de oficio en el Laudo proferido el 20 de octubre de 2017, declaró la nulidad del contrato estatal en un proceso judicial que nunca debió iniciarse por haber caducado la acción de controversias contractuales y, por ello, la causal invocada de anulación que fue la que el Consejo de Estado prohijó, fue la prevista en el numeral 2 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, por la caducidad de la acción contractual, esto es, porque la demanda no fue presentada en tiempo y, no obstante ello, el Tribunal arbitral admitió la demanda, la tramitó y la falló y con dicho fallo declaró de oficio la nulidad del Contrato.

Por lo tanto, son hechos distintos a los que son objeto de examen en este Tribunal Arbitral y por lo tanto, la respetuosa decisión del 3 de diciembre de 2018 citada, podrá llegar a constituir precedente judicial para otros casos que a partir de su expedición tenga hechos parecidos respecto de los cuales

quepa aplicarla como precedente judicial, pero no en este proceso que inició tres años y medio antes del citado fallo y que, se repite, tiene hechos y presupuestos sustancialmente diferentes que hacen que aquella providencia no pueda constituir precedente judicial aplicable en esta controversia.

Baste con señalar que aquí en este proceso arbitral, las demandas arbitrales fueron presentadas oportunamente y por ello fueron admitidas y los procesos se han surtido con fundamento en la Constitución Política y en la ley, al tiempo que la demanda de reconvención también lo fue, así como su reforma, mientras que allá, la acción de controversias contractuales había caducado un año antes de radicarse la demanda arbitral.

Téngase presente además que, los precedentes judiciales serán indicativos para casos futuros que se presenten después de proferida la providencia y conforme a reiterada jurisprudencia internacional sobre la protección de los derechos fundamentales de igualdad, audiencia, defensa, contradicción y, en general, del debido proceso, razón por la cual, no es idóneo aplicar un precedente que apenas se construye a partir de un providencia hito para casos que analizan y resuelven pretensiones con fundamento en hechos que ocurrieron con anterioridad a la sentencia hito que marca el inicio del precedente.

Además de todo lo anterior, la potestad que corresponde a una atribución conferida expresamente en la ley, solo deja de serlo a partir del retiro del ordenamiento jurídico de la norma que la contempla con efectos erga omnes, sea por derogatoria que de ella haga el legislador que la creó y la atribuyó o por la declaratoria de inexequibilidad de la norma que la contempla, aspectos que no se han presentado porque ni el legislador la ha derogado ni la Corte Constitucional -como juez de la ley-, la ha declarado inexequible con sentencia que haya hecho tránsito a cosa juzgada constitucional con efectos erga omnes. Ni siquiera la providencia en mención hizo un análisis de constitucionalidad de las normas que la contemplan para, por la vía de la aplicación del principio de supremacía constitucional, disponer para el caso concreto, la inaplicación de las normas que contemplan la potestad del juez y con ella la atribución y el deber legal de declarar de oficio la nulidad de un contrato como ella esté debidamente probada, las cuales siguen vigentes en el Código Civil, en el Estatuto Contractual y en la Ley Procesal. Lo que hizo la Sentencia fue un respetuosa interpretación de las facultades de un Tribunal a partir de un laudo en un proceso judicial en el cual había operado la caducidad de la acción contractual y a pesar de ello admitió la demanda y la falló, razón suficiente para que prosperara, como ocurrió, la causal de anulación invocada, hechos que no son siquiera parecidos a los que en este proceso se analizan.

Por lo tanto, debe admitirse que continúa vigente el artículo 1742 del Código Civil, subrogado por el artículo 2 de la Ley 50 de 1936, que determina:

> "**Artículo 1742.** <Artículo subrogado por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1936> **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." (Resaltado y subrayado fuera del texto)

A manera de antecedente, téngase en cuenta que en su oportunidad, el artículo 78 del Decreto Ley 222 de 1983, dispuso

> "**Artículo 78. De las causales de nulidad absoluta.** Además de los casos previstos en las disposiciones vigentes, los contratos a que se refiere el presente estatuto son absolutamente nulos:
>
> a) Cuando se celebren con personas afectadas por causa de inhabilidades e incompatibilidades según este estatuto.
> b) Cuando contravengan normas de derecho público.

c) Cuando se celebren contra prohibición constitucional o legal.
d) Cuando se hubieren celebrado por funcionarios que carezcan de competencia o con abuso o desvío de poder.

"Parágrafo. Las causales aquí previstas pueden alegarse por el Ministerio Público en interés del orden jurídico **o ser declarada oficiosamente, cuando estén plenamente comprobadas.** No se sanean por ratificación de las partes. (Resaltado y subrayado fuera del texto)

Ahora, la Ley 80 de 1993, en su artículo 45, inciso primero, establece:

"**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." (Subrayado fuera del texto)

A su vez, también a manera de antecedente, el penúltimo inciso del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo contenido en el Decreto Ley 01 de 1984, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, determinó lo siguiente:

"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.

(…)" (Subrayado y resaltado fuera del texto)

Ahora, el inciso final del artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA, contenido en la Ley 1437 de 2011, vigente a partir del 2 de julio de 2012, dispone:

"El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. **El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes**."

De conformidad con dicha disposición legal, el Juez no está atado al término de caducidad previsto para las partes en el artículo 164 del mismo Código para pedir del juez que declare la nulidad absoluta del Contrato estatal.

El artículo 141 del CPACA prevé la oportunidad del Juez para declarar de oficio la nulidad del contrato cuando esté plenamente demostrada en el proceso, mientras que el artículo 164 del Código prevé la oportunidad para presentar la demanda o lo que es lo mismo el término para demandar, término que obviamente no puede predicarse del Juez.

La oportunidad prevista en el artículo 1742 del C.C. modificado por el artículo de la Ley 50 de 1936, en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993 y, ahora, en el artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA es para que el juez ejerza la potestad la cual implica facultad y al mismo tiempo deber de declarar la nulidad absoluta del contrato, esto es, cuando esté plenamente demostrada en el proceso.

El término para presentar la demanda o para demandar es el término que la ley exige para ejercitar oportunamente el derecho de acción. En efecto, el artículo 164 del citado Código dispone:

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 éste se encuentre vigente.**

(…)"

Es voluminosa la jurisprudencia del Consejo de Estado con las cuales se ha trazado una línea jurisprudencial que ha servido de precedente judicial que proclama y mantiene la potestad del juez ordinario, del juez contencioso administrativo y del juez arbitral, para declarar la nulidad absoluta del contrato cuando la halle debidamente probada con fundamento en lo previsto en las normas citadas, aplicadas por cada autoridad judicial según el ámbito de competencias que les son propias.

En el caso del contrato estatal, repárese a manera de ejemplo, la Sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, con ponencia del Dr. Jorge Valencia Arango, del 1) de noviembre de 1976 en la cual señaló que:

"… En consecuencia, contra los contratos o convenciones administrativas, como contra los civiles o privados, proceden las acciones de nulidad relativas y absolutas; estas por objeto y causa ilícitas, como la violación u omisión de norma obligatoria de derecho, que puede '**alegarse** por todo **el que** tenga interés en **ello**' (se subraya), o incoarse '**por el** Ministerio Público **en interés de la moral o de la ley**' (también se subraya) y aún declararse oficiosamente por el juez que conoce del litigio 'cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato' (artículo 2º de la Ley 50 de 1936). En otros términos, solo quien tenga interés jurídico concreto puede promover la acción de nulidad de un contrato o convención administrativa y con el objeto de hacer valer su pretensión sin perjuicio de que el juez que conozca del litigio pueda declararla oficiosamente por objeto o causa ilícitos, o de que el Agente del Ministerio Público motu propio pronunciarla por los mismos motivos por tener exclusivamente, según el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, el poder de obrar en interés público, en guarda a la moral y de la ley".

También la famosa sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, proferida el 1º de febrero de 1979, con ponencia del Consejero Jorge Dangond Flórez, en la cual se señaló que:

"… es imposible desconocer, en el campo del derecho administrativo, el contenido y alcance general del artículo 2o. de la ley 50 de 1936: '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 alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede asimismo 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'.

"Conviene repasar los antecedentes de la disposición transcrita: El artículo 1742 del Código Civil, sancionado el 26 de mayo de 1873 y adoptado por la Ley 57 de 1887, que era igual al artículo 1683 del chileno proyectado por don Andrés Bello, fue modificado por el artículo 90 de la Ley 153 de 1887 en el sentido de suprimir la facultad concedida a los jueces para declarar, de oficio, la nulidad absoluta. Pero convencido el legislador, posteriormente, del error cometido con la modificación del artículo 1742 del Código y al efecto resolvió restablecer la doctrina que dispuso en el artículo 15 de la Ley 95 de 1890: '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, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley; y no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso de tiempo que no pase de treinta años' - Como se ve, esta norma volvió al sistema anterior que, aparte de establecer la declaración judicial oficiosa de la nulidad absoluta, reconocía la acción a los interesados y al Ministerio Público, pero exceptuaba a quien había ejecutado el acto o celebrado el contrato con conocimiento o con la obligación de conocer el vicio que lo invalidaba. Sin embargo, esa excepción impuesta por la ley, como pena por la infracción del orden jurídico, no se aplicaba a la Nación de acuerdo con la siguiente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia: 'Es claro e indudable que tratándose de personas de derecho público, como la Nación, el Departamento y el Municipio, no lo es aplicable a éstas la prohibición consagrada en esa norma, no sólo porque ella en realidad implica una sanción de carácter personal destinada a garantizar el fiel cumplimiento requisitos legales en la esfera de las

relaciones de las formalidades y privadas, sino porque tales entidades estatales son incapaces de proceder con dolo, es decir, toda especie de astucia, maquinación o artificio que se emplea para engañar a otro. El origen y el carácter del Estado, sus naturales funciones y sus fines lo colocan en un plano donde no es posible presumir que actúe con animus nocendi' - (G. J. Tomo XLVI, No. 1934, pág. 229). Y en el año de 1935, con ponencia del magistrado Eduardo Zuleta Ángel, 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 debe ser interpretado con la mayor amplitud posible. - Cuando en el acto o contrato no aparece de manifiesto, no puede ser declarada por el juez, haya sido alegada por una de las partes, si esa parte que la alega no tiene interés en ello o ha ejecutado el acto o celebrado el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Pero 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, pues sería ésta una peregrina manera de sanear las nulidades absolutas, bastaría para ello que quien celebró el contrato a sabiendas del vicio alegara la nulidad para que quedara en firme". (G. J. Tomo XLII, No. 1899, pág. 372).

"Sin duda, esa decisión de la Corte Suprema impulsó al legislador a modificar el artículo 15 de la Ley 95 de 1890, por medio del artículo 2o. de la Ley 50 de 1936, para suprimir del texto la disposición: excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. De manera que, desde la última reforma, desapareció esta excepción y la Corte Suprema pudo reiterar, con clarísimo fundamento legal, que el poder otorgado al juez para declarar de oficio la nulidad absoluta sólo está condicionado por el conjunto de tres circunstancias: '1o. Que la nulidad aparezca de manifiesto en el acto o contrato, es decir que a la vez que el instrumento pruebe la celebración del acto o contrato, muestre o ponga de bulto por sí sólo los elementos que configuran el vicio determinante de la nulidad absoluta; 2o. Que el acto o contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derecho u obligaciones para las partes, y 3o. Que al pleito concurran, en calidad de partes, las personas que intervinieron en la celebración de aquel o sus causahabientes, en guarda del principio general que enseña que la declaración de nulidad de un acto o contrato en su totalidad no puede pronunciarse sino con audiencia de todos los que lo celebraron". (G. J. Tomos XLVII, No. 1940, pág. 66; LX, pág. 363; LXXII, pág. 125; LXIII, pág. 395).

"A las exigencias puntualizadas se puede agregar, otra que la Corte omitió tal vez por considerarla obvia: la competencia del juez para declarar la nulidad del acto o contrato".

El mismo Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, con Ponencia del Consejero Julio César Uribe Acosta, en sentencia del 1 de octubre 1987 señaló que

"Los particulares pueden alegar la nulidad absoluta de todos los actos y contratos que celebren cuando '... tengan interés en ello' (art. 2º Ley 50 de 1936), y, en tratándose de los contratos enlistados en el inciso 1º del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, '... si demuestran interés directo en el contrato'.

"Aunque el artículo citado omite la facultad oficiosa del juez para declarar la nulidad absoluta, ésta brota del parágrafo del artículo 78 del Decreto 222 de 1983 que preceptúa:

'Parágrafo: Las causales aquí previstas pueden. . . ser declaradas oficiosamente, cuando estén plenamente probadas'.

"A lo anterior se agrega que este poder oficioso del sentenciador puede hacerse manifiesto declarando de oficio una excepción. cuando halle probados los hechos que la constituyen, en los términos de los artículos 306 del Código de Procedimiento Civil y 164 del Código Contencioso Administrativo.

"Así lo ha entendido la jurisprudencia de la Corporación, al afirmar, en reciente providencia, que:

'c) Quizás, para dar base a la introducción desaconsejada de los 'actos separables', se comenzó por crear el vacío legal y es la única explicación que se encuentra la restricción que el inciso penúltimo del artículo 87 del actual Código Contencioso Administrativo, crea a la previsión amplia del artículo 2º de la Ley 50 de 1936, al prescribir: 'la nulidad absoluta también podrá

pedirse por el Ministerio Público y por quien demuestre interés directo en el contrato', recortando la posibilidad para el juez del contrato de declarar, de oficio, la pretensión de nulidad absoluta que implica prever necesariamente sobre sus consecuencias como son, entre otras, las restituciones mutuas a que haya lugar (rayas del texto);

'Distinta situación a la que se deduce de la posibilidad jurídica para el juez del contrato de declarar, de oficio, la excepción de nulidad absoluta del contrato cuando éste se hace valer como causa petendi, pero no va sino hasta su declaración como excepción, con su poder enervante de la pretensión derivada del contrato, pero sin que pueda ir hasta la declaración oficiosa de las consecuencias 'ínter partes' de dicha declaración'. (Auto de agosto 21 de 1987. Expediente 4880. Actor: Occidental de Colombia Inc. y otra. Consejero ponente: Doctor Jorge Valencia Arango). (Subraya la Sala).

"En relación con los poderes del juez para declarar de oficio la nulidad absoluta, el doctor Carlos Betancur Jaramillo, en sus notas de clase, precisa:

'Aunque el nuevo código omite el poder oficioso del juez para declararla, no por eso podemos entender como si éste hubiera perdido la capacidad para hacerlo en los casos en que aparezca plenamente comprobada la causal y en el proceso actúen las partes contratantes. Se entiende vigente el mandato contemplado en el parágrafo del artículo 78 del Decreto 222 '... cuando estén plenamente comprobadas', modificatorio en este punto del artículo 2º de la Ley 50 de 1936 que le permitía al juez su declaratoria oficiosa cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato' (Subrayas de la Sala).

'Y se acepta su vigencia no sólo porque no pugna con norma posterior alguna, sino porque este poder encaja en el que tiene el juez administrativo para declarar de oficio las excepciones del fondo.

'Más adelante, agrega: ... el artículo 2ª de la Ley 50 de 1036. . . ya había sido subrogado por el parágrafo del artículo 78 del Decreto 222, como se explicó atrás'.

'Además, estimamos que el poder oficioso del juez podrá ejercerse al dictar el fallo correspondiente, en cualquiera de las instancias; y aún podrá hacerlo el tribunal cuando la controversia gire en torno a un contrato nacional, siempre y cuando la acción no sea de nulidad absoluta, porque ésta no podrá instaurarse sino ante el Consejo de Estado.

'La modificación introducida por el ante citado artículo 78 del Decreto 222 al artículo 2º de la Ley 50 de 1936 ('cuando estén plenamente comprobadas') se considera más técnica y más azor de con las reglas que gobiernan el trámite y la decisión de los litigios.

'. . . Aunque la reforma no lo dice, el juez sólo podrá ejercer esa facultad cuando en el proceso intervengan ambos contratantes. Esta exigencia es obvia porque, de lo contrario, frente a los no intervinientes se violaría la garantía constitucional de debido proceso (art. 26 de la Constitución Nacional).

'Creemos que el silencio del Código Administrativo frente a esa oficiosidad obedeció más que todo a un problema de técnica. Al fin y a la postre su artículo 87 en su inciso 2º sólo enuncia a las personas que pueden demandar esa nulidad absoluta y el juez no puede hacerlo. Distinto es, como ya se insinuó atrás, que dentro de los poderes oficiosos que la ley otorga en el inciso 2º del artículo 164 del Código Contencioso Administrativo puede declararla en la sentencia como excepción de fondo en los casos en que sus supuestos estén plenamente probados dentro del proceso como se dijo en párrafo precedente'.

Además, independientemente de la discusión objeto de examen, es preciso señala que para decidir toda controversia patrimonial o económica derivada de la formación, celebración, ejecución y terminación de un contrato estatal, sea relacionada con la responsabilidad contractual, con el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones, relacionada con el equilibrio o desequilibrio prestacional y su restablecimiento o de la reparación o indemnización de los daños, es necesario, obligatorio, *prima facie* examinar la existencia y validez del contrato que sirve de fuente, sin que pueda obviarse que lo mismo ocurre con la nulidad absoluta por las causas cuya declaración *ex officio* le impone el ordenamiento jurídico

al juzgador cuando están plenamente probadas y en el proceso intervienen todas las partes, cuestión ésta que, según una opinión jurisprudencial en firme que este Tribunal sigue desde el inicio de este proceso, no está sujeta a caducidad alguna, tal como lo ha señalado igualmente el Consejo de Estado en múltiples sentencias. A manera de ejemplo, al señalar que:

> '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 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 la jurisdicción 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, pues, para declarar la nulidad de manera oficiosa, se 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,[253] ii) que en 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[254]'[255]"

Ello es suficiente para demostrar que, no obstante las "advertencias" hechas a este Tribunal Arbitral por las Sociedades Odebrecht en sus los alegatos de conclusión, con fundamento en la Ley y en la abundante jurisprudencia del Consejo de Estado proferida como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y sin perjuicio de la aislada providencia del 3 de diciembre de 2018, que no constituye precedente judicial que deba ser aplicado en este proceso, sigue vigente la potestad d*el juez* para declarar la nulidad absoluta del contrato cuando la encontrare probada, la cual, además de comportar una atribución, constituye un deber legal, en procura de garantizar el imperio de la ley, la seguridad jurídica y la moral administrativa, especialmente si se tiene en cuenta que la nulidad absoluta del contrato es insaneable.

e. La declaratoria de nulidad de un contrato ya terminado

En la contestación de la reforma de la demanda de reconvención, en relación con las pretensiones principales relacionadas con la nulidad absoluta del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. se opuso a ellas por considerar que no se podría declarar la nulidad de un contrato ya terminado.

A su vez, en su alegato de conclusión entregado en la audiencia celebrada el 17 de julio de 2019, la Sociedad Odebrecht Latinvest señaló que el Contrato de Concesión no es susceptible de ser declarado nulo porque, dijo, el mismo no se encuentra vigente, según explicó en las siguientes consideraciones:

> "1. Otro motivo que impide que se declare la nulidad del Contrato de Concesión es que este no se encuentra vigente. El Contrato de Concesión 001 de 2010 terminó desde el 22 de febrero de 2017, sobre lo cual las partes no discrepan. Al encontrarse terminado desde hace más de dos años, no es posible declarar su nulidad. La vigencia del contrato estatal es un presupuesto sustancial para que este pueda ser declarado nulo.
>
> "2. De tiempo atrás se ha reconocido que la vigencia del contrato es un presupuesto sustancial para que este pueda ser nulo. Ya lo hacía el CCA, que en el numeral 10 de su artículo 136 sometía la posibilidad de alegar la nulidad de un contrato estatal al hecho de su vigencia. Este principio no sufrió modificaciones tras la expedición del CPACA; el inciso segundo del ordinal j de su artículo 164 lo ratificó al señalar que "*podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente*". *A*

[253] "Corte Constitucional, sentencia C-597 de 1998"
[254] "Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 16 de febrero de 2006. Exp. 13.4142"
[255] "Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 16 de septiembre de 2013, Radicación número: 855001-23-31-000-1998-00118-01 (19705)"

contrario, no puede pedirse por una parte ni declararse por el juez cuando este ya ha terminado, es decir, cuando ya no tiene vigencia.

"3. Esto ocurre con el Contrato de Concesión 001 de 2010. Desde el 22 de febrero de 2017 no se encuentra vigente, por lo que no puede ser declarado nulo. Su terminación de mutuo acuerdo el 22 de febrero de 2017 constituye, en los términos del inciso cuatro del artículo 281 del CGP, un hecho ocurrido luego de haberse propuesto la demanda de reconvención reformada que impide la prosperidad de la pretensión de nulidad contenida en ella, así como su declaración oficiosa.

"4. En contra de esta tesis podría aducirse que la terminación bilateral de un contrato no involucra, a diferencia de la declaración de nulidad, un análisis sobre los requisitos de validez del contrato, ni un reproche sobre la moralidad del negocio, por lo que esa declaración sí es procedente. Referido al Contrato de Concesión este planteamiento no es correcto. Si se revisan los antecedentes del acuerdo de terminación y liquidación se encuentra que los hechos de corrupción y su incidencia sobre la validez del Contrato de Concesión sí fueron determinantes en su celebración. Tanto lo fueron que la fórmula de liquidación que se pactó correspondía, en realidad, a la fórmula para determinar las restituciones mutuas entre las partes con arreglo a lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 80 de 1993.

"5. Pero incluso si lo anterior no fuera cierto, el hecho de que la terminación bilateral del Contrato de Concesión no conlleve una determinación sobre su validez no faculta al Tribunal para declarar su nulidad. De la premisa no se sigue la conclusión. La declaración judicial de nulidad de un contrato es un modo indirecto de extinción de las obligaciones, según lo enseña el numeral 8º del artículo 1625 Código Civil. Es indirecto en el sentido que no atañe a la obligación propiamente dicha, sino a su fuente, es decir, al contrato. En este sentido, la nulidad no constituye nada diferente a una forma de terminación del vínculo jurídico. Por ende, para que sea declarada, debe recaer sobre uno existente. Si el contrato ya se ha terminado por otros modos (resolución, revocación bilateral, rescisión) su declaración, además de inane, es improcedente."

Por su parte, en lo que se refiere a este aspecto, en su alegato de conclusión, la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, señaló lo siguiente:

"1. La ANI suscribió con la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., el documento denominado "*Acuerdo Para la Terminación y Liquidación del Contrato de Concesión No. 001 DE 2010"* de fecha 22 de febrero de 2017, cuyo propósito fundamental fue dar por culminado el vínculo o relación jurídica entre las partes, fijando a continuación unas prestaciones a cargo de las mismas, encaminadas a realizar la liquidación del contrato.

"2. Tal Acuerdo de Terminación, fue fundamentado, según se lee en su texto, en la necesidad de garantizar la continuidad del proyecto, el acceso a la infraestructura, la eficiente prestación del servicio público de trasporte y cumplir con las ordenes proferidas por Autoridades Judiciales y Administrativas que, ante la clara evidencia y prueba de la existencia de actos de corrupción que afectaron el proceso de selección del contratista, procedieron, dentro de los distintos campos de su competencia, a impartir órdenes de contenido cautelar que conducían al cese del vínculo contractual. En consecuencia, el Acuerdo de Terminación versó, fundamentalmente sobre dos aspectos: (i) La Terminación de mutuo acuerdo del Contrato de Concesión; y, (ii) Las consecuencias derivadas de tal terminación, en particular, los aspectos relativos a la liquidación y reversión, así como el desistimiento de las pretensiones formuladas ante el Tribunal de Arbitraje que convocó el Concesionario.

"3. La terminación de mutuo acuerdo del Contrato de Concesión se configuró como una estipulación pura y simple, no sometida a término o condición, lo cual implicó que, a partir de la suscripción del "*Acuerdo Para la Terminación y Liquidación del Contrato de Concesión No. 001 DE 2010"* se produjeron los efectos convenidos, siendo estos los de cesación, terminación o rompimiento del vínculo jurídico entre las partes. Fueron claras las partes al manifestar que, a partir de la fecha de suscrición del citado documento, se terminaría el Contrato, culminando así el vínculo contractual como resultado del mutuo consenso que se perfeccionó con la firma del documento.

"4. Adicionalmente, las partes convinieron una serie de prestaciones y obligaciones propias de la liquidación del contrato, las cuales quedaron sujetas a condición. Dichas prestaciones tenían que ver, entre otras, con la aplicación de la respectiva fórmula de liquidación contenida en el Acuerdo de Terminación, cuyos efectos, por expresa voluntad de las partes, quedaron condicionados a la presentación para aprobación de la respectiva autoridad judicial competente. En efecto, en el Acuerdo

se convino que las partes someterían al conocimiento y estudio del Tribunal la fórmula de liquidación contenida en el Acuerdo de Terminación.

"5. En este sentido, las prestaciones y obligaciones relacionadas con la liquidación del contrato, quedaron sometidas a condición suspensiva, lo cual implica que, su nacimiento y exigibilidad quedaron sujetos a la ocurrencia de los supuestos de hecho pactados.

"6. Lo anterior se desprende claramente del contenido de la Cláusula Segunda y Octava del Acuerdo de Terminación del 22 de febrero de 2017, las cuales son del siguiente tenor:

> *'SEGUNDO.- LIQUIDACIÓN.*
>
> *Como consecuencia de la terminación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, las partes acuerdan proceder inmediatamente a buscar la aprobación de autoridad judicial competente de la fórmula de liquidación (…)'.*
>
> *'OCTAVO. - EFECTOS DE LA TERMINACIÓN Y POSTERIOR APROBACIÓN DEL ACUERDO DE LIQUIDACIÓN. Mediante la suscripción del presente acuerdo y como resultado de la terminación a partir de la fecha del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, las partes se comprometen a adelantar todas las gestiones necesarias para proceder a su liquidación en los términos aquí acordados, comenzando por <u>someter a conocimiento de autoridad judicial competente los asuntos relativos a la fórmula de liquidación y a su aplicación.'</u>* (Se subraya)

"En igual sentido manifestaron su voluntad las partes en la Cláusula Sexta del Acuerdo inicial, con la modificación introducida por la Cláusula Cuarta del texto acordado el 27 de marzo de 2017, en donde se indicó lo siguiente:

> *'**CUARTO.-** Modificar el numeral SEXTO del ACUERDO PARA LA TERMINACIÓN Y LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 001 de 2010, el cual quedará así: 3 Teniendo en cuenta la terminación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, las PARTES presentarán como acuerdo conciliatorio ante el Tribunal de Arbitramento el presente acuerdo, junto con sus modificaciones, para aprobación de la fórmula de liquidación, incluyendo dentro del mismo, el desistimiento de las reclamaciones formuladas por las partes que se ventilan en el proceso arbitral (expedientes acumulados 4190 y 4209). Lo anterior, sin perjuicio de la aprobación que imparta cualquier otra autoridad judicial competente.'*

"Así las cosas, las obligaciones referentes a la liquidación fueron sometidas a una clara condición: el sometimiento a la aprobación del Tribunal de la fórmula de liquidación.

"7. Una vez surtida la Audiencia de Conciliación dentro del presente trámite arbitral, las partes no sometieron a aprobación del Tribunal las respectivas prestaciones y obligaciones relativas a la liquidación del Contrato, dando como resultado que el panel Arbitral haya declarado fallida la conciliación y haya decidido continuar con el proceso. La decisión de no someter a aprobación la liquidación del contrato se fundamentó en el desacuerdo que sobre el resultado de la fórmula arrojaba la liquidación, lo cual llevó a que mi representada no estuviese de acuerdo con realizar una liquidación en términos que claramente le serían desfavorables y que no consultaban la realidad de la nulidad absoluta del contrato y sus efectos económicos.

"8. Como se evidencia en el Acta No. 45 del 3 de agosto de 2017, la partes en el curso de la audiencia de conciliación, se abstuvieron de someter a aprobación del Tribunal la fórmula de liquidación contenida en el Acuerdo de Terminación, motivo por el cual no se le impartió aprobación y se declaró fallida la audiencia. Así las cosas, los hechos futuros o condiciones a las que se sujetó el nacimiento de las obligaciones relativas a la liquidación, no acontecieron y por ende, al no verificarse el acaecimiento de la condición, no surgió la obligación pactada en modo condicional.

"9. Este análisis previo al estudio de la nulidad resulta necesario pues no puede el Tribunal darle validez y/o tener como antecedente la fórmula de liquidación vertida en el "*Acuerdo Para la Terminación y Liquidación del Contrato de Concesión No. 001 DE 2010"*, dado que la misma no tiene validez jurídica y nunca se tornó vinculante por las consideraciones jurídicas atrás descritas.

"10. Debe ponerse de presente que no obstante el vínculo contractual cesó en virtud del citado Acuerdo de Terminación que suscribieron las partes, no puede olvidarse que tal acuerdo tuvo como causa las órdenes judiciales y administrativas que en su momento se emitieron por parte de la

Superintendencia de Industria y Comercio y del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, tal y como se indicó en la parte considerativa del acuerdo[256]. De esta forma, la ANI mediante el convenio de terminación dio cumplimiento a las ordenes administrativas y judiciales proferidas, pues se dispuso de manera pura y simple la conclusión o terminación de la relación contractual.

"11. Ahora bien, tal acuerdo de terminación no es óbice para que el Tribunal declare la nulidad del Contrato, la cual, por sus efectos connaturales, implicará igualmente la nulidad de todo acuerdo posterior a los hechos acaecidos que dieron lugar a la configuración de nulidad absoluta alegada oportunamente."

Sobre el particular el Tribunal señala que la terminación de un contrato estatal sea por voluntad de las partes y aún por el ejercicio de una facultad excepcional de la administración en sede administrativa como puede ser la terminación unilateral por motivos de interés público, por caducidad administrativa o por terminación unilateral con motivo de la ocurrencia de una causal de nulidad en los términos del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, no enerva la facultad del juez natural del contrato para conocer de su validez o invalidez. La administración no es el juez del contrato, como no lo es una autoridad administrativa, v.gr. una Superintendencia así ejerza funciones de policía administrativa y tampoco lo son las demás autoridades judiciales a las cuales no les ha sido atribuida dicha competencia. Repárese, por ejemplo, en el juez popular o en el juez penal. Igualmente, las Partes del Contrato, así una de ellas, sea una entidad pública, no es juez del contrato y aunque conforme a la ley tiene facultades de disposición patrimonial, no tiene en ningún caso facultad alguna para disponer sobre la validez o invalidez del contrato, sin perjuicio de reconocer, como lo hicieron en el Acuerdo de terminación, que el mismo adolecía de causales de nulidad y que era conveniente para la satisfacción del interés público de darlo por terminado de común acuerdo, sin perjuicio de la competencia que este tribunal conservaba para conocer como juez del contrato de su validez o invalidez. E haberse sometido a loa aprobación del Tribunal la fórmula de liquidación del Contrato, lo primero que le correspondía analizar al Tribunal era si el contrato era válido o no.

Desde la Sentencia del 16 de febrero de 1982, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, con ponencia del Consejero, Carlos Betancur Jaramillo ha admitido la competencia del juez contencioso para conocer de la validez de un contrato ya terminado.

"Nada impide en el derecho colombiano que la nulidad de un contrato pueda pedirse y declararse después de su terminación normal; fenómeno que para el caso sería la ejecución de lo convenido dentro del plazo. Si tal no fuera la solución de principio, los contratos de ejecución instantánea no podrían anularse en ningún caso. Se diferencia así el fenómeno de la nulidad del de la terminación o resciliación que exigen un contrato vigente o en vía de ejecución."

---

[256] *"Luego de admitida la demanda y vinculados de oficio varios intervinientes al proceso constitucional, el 9 de febrero de 2017 el Despacho de conocimiento decretó medidas cautelares en el entendimiento de que resulta necesario superar el estado actual de incertidumbre jurídica en que se encuentra el Estado por causa de los actos de corrupción relacionados con el Contrato de Concesión No. 001 de 2010, por la importancia social y económica para la Nación de la obra de infraestructura vial Ruta del Sol II y por la prolongación indefinida de la suerte jurídica de este contrato. Fundamentó igualmente el decreto de dichas medidas porque las entidades públicas concernidas tienen la obligación de encarar de una vez los efectos jurídicos, técnicos, financieros y presupuestales que se generan sobre una obra pública de las características del proyecto Ruta del Sol II, debido a las evidencias que obran en el proceso "sobre la comisión de hechos de corrupción administrativa en la ejecución de una obra pública de las características de la Ruta del Sol Sector II". También consideró el Tribunal que a la luz de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público y los principios que rigen la contratación estatal, algunos particulares se están lucrando institucionalmente y con dineros públicos por la comisión de los ilícitos mencionados. Que con base en estas consideraciones, el Despacho de conocimiento ordenó: i) suspender el contrato de Concesión, ii) requerir al Señor Presidente de la República para que designe la autoridad que administrará y tomará posesión del proyecto vial, para continuar la ejecución de las obras de infraestructura, iii) embargar las cuentas bancarias y dividendos obtenidos por la* ***CONCESIONARIA****, así como de las sociedades socias de esta, al igual que de las siguientes personas naturales involucradas en los sobornos y actos de corrupción, Gabriel García Morales, Luiz Antonio Bueno Junior, Luiz Antonio Mameri y Luiz Eduardo Da Rocha Soares, con el objeto de preservar los recursos con los que el Estado pueda verse abocado a indemnizar perjuicios por causa de las irregularidades relativas al contrato, los sobrecostos en que se incurrirá al retomar la obra pública, los costos que implica una nueva licitación y los perjuicios reputacionales ocasionados al sector de obras de infraestructura. El pasado 16 de febrero de 2017, el señor Superintendente de Industria y Comercio dentro de investigación administrativa preliminar que adelanta por las conductas que pueden afectar la libre competencia en el proceso de Licitación del Proyecto Ruta del Sol II, y con base en la necesidad inmediata de evitar que el derecho constitucional de la libre competencia se siga afectando, decretó medidas cautelares en el sentido de ordenar a la* ***ANI*** *dar por terminado el Contrato de Concesión de manera inmediata, y como consecuencia proceder a su liquidación en el estado en que se encuentre. Que las partes son conscientes de que mantener la vigencia del contrato generaría dificultades para la prestación del servicio, para la estabilidad del sistema financiero colombiano que brindó crédito para la ejecución del proyecto, así como para el cumplimiento del fin esencial de brindar la prestación pública del servicio. Que las partes son conocedoras que para dar cumplimiento efectivo a las órdenes dispuestas por el juez popular, al igual que para garantizar la correcta prestación del servicio público de transporte, resulta indispensable concluir el vínculo negocial anticipadamente."*

f. Las Partes requeridas para poder decretar la nulidad absoluta del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 y sus otrosíes y modificaciones

Como se ha dicho en repetidas oportunidades, las Partes iniciales en el Contrato, fueron de un parte el **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO**, por una parte y, por la otra, la Sociedad **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.**

Del examen de los documentos obrantes en el expediente, se advierte que el Contrato de Concesión No. 001 del 14 de enero de 2010, modificado sustancialmente por el Otrosí No. 6 del 14 de marzo de 2014, origen de la litis y del pacto arbitral contenido en aquél, fue suscrito por el **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES - INCO**, establecimiento público del orden nacional creado por el Decreto Ley 1800 del 26 de junio de 2003. Si bien fue convocada a este proceso como parte demandada la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** y ésta compareció en calidad de tal, lo hizo porque mediante el Decreto Ley 4165 de 3 de noviembre de 2011, expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 1144 de 2011, se cambió la naturaleza jurídica del **INCO** de Establecimiento Público a Agencia Estatal de Naturaleza Especial (artículo 1°) y se dispuso que *"Los derechos y obligaciones que a la fecha de expedición del presente decreto tenga el Instituto Nacional de Concesiones –INCO, continuarán a favor y a cargo de la Agencia Nacional de Infraestructura"* (artículo 25).

A su vez, también del examen de los documentos obrantes en el expediente, se observa que el citado Contrato de Concesión No. 001 del 14 de enero de 2010, origen de la litis y del pacto arbitral contenido en aquél, fue suscrito igualmente por la Sociedad **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.**, la cual se encuentra amparada por el pacto arbitral contenido en dicho Contrato de Concesión, por lo que está legitimada para comparecer a este proceso en la calidad mencionada.

El artículo 87 del Código Contencioso Administrativo contenido en el Decreto Ley 01 de 1984, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, norma que estaba vigente al momento de la Celebración del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, determinó lo siguiente:

> "**Artículo 87. De las controversias contractuales.**
>
> **(…)**
>
> 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.
>
> (…)" Subrayado y resaltado fuera del texto)

A su vez, el inciso final del artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA contenido en la Ley 1437 de 2011, vigente a partir del 2 de julio de 2012 y por lo tanto vigente para las fechas en las cuales se presentaron las demandas arbitrales, dispuso que

> "**Artículo 141. Controversias contractuales.**
>
> (…)
>
> "El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio

cuando esté plenamente demostrada en el proceso, **siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes** o sus causahabientes." (Subrayado fuera del texto)

Por todo lo anterior concluye el Tribunal que la eventual nulidad del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, sus Otrosíes y demás acuerdos contractuales puede ser declarada, pues se cumple el requisito exigido en las anteriores disposiciones.

7. Sobre la necesidad o no de demandar el acto de adjudicación y el Contrato sus otrosíes y adicionales

Los señores apoderados de las sociedades Odebrecht manifestaron en su alegato de conclusión que en este proceso se ha impetrado la nulidad del Contrato de Concesión pero que nunca se demandó la nulidad del acto administrativo de adjudicación.

El Consejo de Estado, en providencia de la Sección Tercera del 13 de diciembre de 2001, sobre esta materia dijo:

"Ahora bien, cuando la norma señala que 'una vez celebrado éste, (se refiere al contrato)*, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato', haya que entender que una vez celebrado el contrato ya no se podrá instaurar esas acciones en forma separada o independiente y la ilegalidad de tales actos sólo podrá alegarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato. Dicho de otra manera, podrá pedirse o bien la nulidad del contrato por ilegalidad del acto de adjudicación o la nulidad del acto de adjudicación y como consecuencia la del contrato, sin que pueda en esta hipótesis hablarse de una acumulación indebida de pretensiones y en ambos casos la acción principal será la nulidad del contrato, o sea la de controversias contractuales prevista en el art. 87 citado".*

De conformidad con lo anterior, concluye el Tribunal que una vez celebrado como lo fue el Contrato de Concesión No. 001 de 2010, la ilegalidad de los actos previos solamente puede invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato y por lo tanto no hay necesidad de ejercitar acciones separadas o independientes pues como lo ha señalado el Consejo de Estado, una vez celebrado el contrato estatal, puede pedirse o bien la nulidad del contrato por ilegalidad del acto de adjudicación o la nulidad del acto de adjudicación y como consecuencia la del contrato, sin que pueda en esta hipótesis hablarse de una acumulación indebida de pretensiones y en ambos casos la acción principal será la nulidad del contrato, o sea la de controversias contractuales.

E. SOBRE LA NULIDAD DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 001 de 2010, DE SUS OTROSÍES Y DEMÁS ACUERDOS CONTRACTUALES

1. Las nulidad absoluta impetrada por la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

1.1. Las pretensiones

Con memorial presentado el 18 de enero de 2017, la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, por conducto de su apoderado judicial, reformó la demanda de reconvención inicial en contra de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., con la que se formularon las siguientes súplicas principales:

"**PRETENSIONES PRINCIPALES**

"**PRETENSIONES RELACIONADAS CON LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN**

"**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 ésta 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 Vial 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 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 ésta 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.**"

1.2. Los hechos que le sirven de causa a las pretensiones de nulidad

Los hechos en que se fundamentan las pretensiones de esta demanda de reconvención en su versión reformada básicamente son los siguientes:

"**1.-** Mediante Resolución No. 186 del 27 de marzo de 2009 expedida por el **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES - INCO** (que en adelante en esta demanda se identificará como **INCO**), se ordenó la apertura de la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009, cuyo objeto fue *'Seleccionar las propuestas más favorables para la adjudicación de tres (3) contratos de concesión, cuyo objeto será el otorgamiento a cada uno de los concesionarios de una concesión para que realicen, por su cuenta y riesgo, las obras necesarias para la construcción, rehabilitación, ampliación y mejoramiento, según corresponda, 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 uno o más de los siguientes sectores en que se divide el Proyecto. Sector 1: Tobiagrande/Villeta-El Koran; Sector 2: Puerto Salgar-San Roque; y Sector 3: San Roque- ye de Ciénaga y Carmen de Bolívar-Valledupar.'*

"**2.-** La hoy **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S**., presentó propuesta en la mencionada Licitación para el Sector II del Proyecto Vial Ruta del Sol, comprendido entre Puerto Salgar y San Roque.

"**3.-**La referida oferta o propuesta se presentó mediante la modalidad de promesa de sociedad futura, que se denominó *'Estructura Plural Promesa de Sociedad Futura Concesionaria Ruta del Sol S.A.S'*, compuesta por las siguientes personas jurídicas:

"**a.- CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.**

"**b.- ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRAESTRUCTURA LTDA.**

"**c.- ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A. - EPISOL S.A.;**

"**d.- CSS CONSTRUCTORES S.A.**

"**4.-** Además de la presentada por la hoy **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.,** se presentaron las siguientes propuestas para el Sector ll del Proyecto Vial Ruta del Sol:

"**a.**- Propuesta presentada por **VIAS DEL SOL AUTOPISTAS S.A**. (Promesa de Sociedad Futura)

"**b**.- Propuesta presentada por la **UNIÓN TEMPORAL CONCESIÓN RDS.**

"**5.-** En desarrollo de los trámites, pasos, procedimientos, fases y etapas consagradas en la Ley para la licitación pública, la propuesta presentada por la hoy **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.,** se declaró hábil de acuerdo con lo establecido en los pliegos de condiciones de la licitación.

6.- En la audiencia de adjudicación celebrada el día 15 de diciembre de 2009, se dio a conocer el informe definitivo de evaluación, de la siguiente manera:

PROPONENTE	RESULTADO DE LA EVALUACION
VIAS DEL SOL AUTOPISTAS S.A.	NO ADMISIBLE
ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.	ADMISIBLE
UNIÓN TEMPORAL CONCESIÓN RDS.	RECHAZADO

"**7.-** En dicha audiencia de adjudicación se procedió, entonces, a evaluar la propuesta económica del único proponente habilitado, dando como resultado que la hoy **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.** fue la ganadora de la Licitación Pública No. SEA-LP-OOI -2009.

"**8.-** Por lo anterior, se expidió la Resolución No. 641 del 15 de diciembre de 2009, mediante la cual se adjudicó el Contrato de Concesión objeto de este proceso a favor de la hoy **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.**

"**9.-** La anterior Resolución fue suscrita por David Eduardo Villalba Escobar en su condición de Subgerente de Estructuración del **INCO** y por Gabriel Ignacio García Morales, Gerente General Encargado de dicha Entidad.

"**10.-** Por escritura Pública No. 2103 del 22 de diciembre de 2009, otorgada en la Notaría 22 del Círculo de Bogotá, en cumplimiento de -lo establecido en los Pliegos de Condiciones y en virtud de lo prometido en el documento de promesa de sociedad futura, se constituyó la sociedad **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.**, cuyos socios son las siguientes personas jurídicas:

SOCIO	PORCENTAJE DE PARTICIPACION EN EL CAPITAL SOCIAL
CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.	25%
ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRAESTRUCTURA LTDA.	37%
ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A.- EPISOL S.A.	33%
CSS CONSTRUCTORES S.A.	5%

"Debe aclararse que en la actualidad la composición accionaria de la **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.** ha cambiado, pues la sociedad **ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRAESTRUCTURA LTDA**. transfirió sus acciones a la sociedad **ODEBRECHT LATINVEST COLOMBIA S.A.S.**

"**11.-** El 14 de enero de 2010 se suscribió entre el entonces **INCO** y la **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.** el Contrato de Concesión No. 001 de 2010, cuyo objeto es elaboración de los diseños, financiación, obtención de las Licencias Ambientales y demás permisos, adquisición de los

Predios, rehabilitación, construcción, mejoramiento, operación y mantenimiento del Sector II del Proyecto Vial Ruta del Sol, comprendido entre Puerto Salgar y San Roque.

"**12.-** El Contrato de Concesión No. 001 de 2010 fue suscrito, por parte del entonces **INCO,** por David Eduardo Villalba Escobar en su condición de Subgerente de Estructuración y por Gabriel Ignacio García Morales, Gerente General Encargado. Por parte de la **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S**. el referido Contrato de Concesión fue suscrito por Amilton Hideaki Sendai, entonces representante legal principal de la Compañía y por Manuel Ricardo Cabral Ximenes, entonces representante legal suplente.

"**13.-** De conformidad con los señalado en la Sección 1.04 del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, se estimó que el plazo total del mismo sería de veinte (20) años contados a partir de su iniciación.

"**14.-** Mediante Otrosí No. 6 al Contrato de Concesión No. 001 de 2010, suscrito el 14 de marzo de 2014, entre otros acuerdos negociales, se aumentó el plazo total fijo del Contrato, tal y como consta en la Cláusula Décima del referido Otrosí, de tal suerte que el plazo total es de veinticinco (25) años contados desde su inicio, los cuales vencen en el año 2035.

"**15.-** Suscrito el Contrato de Concesión y cumplidos los requisitos establecidos al efecto, el 31 de marzo de 2010 se suscribió el Acta de Inicio del Contrato y, posteriormente, el 7 de junio de 2011 fue suscrita el Acta de Inicio de la Fase de Construcción, por lo que en la actualidad el Contrato de Concesión No. 001 de 2010 se encuentra vigente y en ejecución.

"**16.-** La **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** (que en adelante se denominará **ANI**) sustituyó al **INCO** en la posición contractual de parte Concedente en el Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

"**17.-** A la fecha, se han suscrito, entre otros documentos negociales, los siguientes Otrosíes al Contrato de Concesión No. 001 de 2010:

a. Otrosí No. 1 de fecha 11 de marzo de 2013.
b. Otrosí No. 2 de fecha 5 de abril de 2013.
c. Otrosí No. 3 de fecha 15 de julio de 2013, modificado el 13 de marzo de 2014.
d. Otrosí No. 4 de fecha 28 de octubre de 2013.
e. Otrosí No. 5 de fecha 19 de diciembre de 2013.
f. Otrosí No. 6 de fecha 14 de marzo de 2014, junto con su acta complementaria de fecha 30 de abril.de2015.
g. Otrosí No. 7 de fecha ,15 de, mayo de 2014, junto con su acta aclaratoria de fecha 6 de junio de 2014.
h. Otrosí No. 8 de fecha 23 de diciembre de 2014.
i. Otrosí No. 9 de fecha 4 de diciembre de 2015.
j. Otrosí No. 10 de fecha 3 de noviembre de 2016.

"**18.-** Según lo han referido y destacado la mayoría de los medios de comunicación de nuestro país en los últimos días, en el trámite de la Licitación Pública No. SEA-LP001-2009 se incurrió en una serie de conductas al parecer constitutivas de delitos que generaron que la adjudicación de aquella y, por ende, la celebración del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 haya sido el fruto de actos de corrupción.

"**19.-** Los mencionados actos de corrupción consistieron al parecer en la entrega de sobornos y coimas a los funcionarios encargados de adjudicar la mencionada Licitación Pública y celebrar el Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

"**20.-** A la fecha de elaboración y presentación de esta demanda arbitral de reconvención en su versión reformada, la justicia penal Colombiana ha dado apertura a varias investigaciones penales por la supuesta comisión de graves delitos durante la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009 y por ello se ha producido la captura del entonces Director General Encargado del **INCO**, lo cual parece demostrar que la celebración del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 no fue el fruto de un proceso de selección ajustado a la Constitución y a la Ley, sino de actos delictivos que están siendo materia de investigación.

"**21.-** Ante autoridades judiciales extranjeras, las sociedades matrices, controlantes o vinculadas a algunos de los socios de **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.,** específicamente de las sociedades **CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A**. y **ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRAESTRUCTURA LTDA**., han reconocido el pago de sobornos y coimas a las autoridades Colombianas en relación con el Proyecto objeto de este proceso.

"**22.-** Lo anterior implica que el Contrato de Concesión No. 001 de 2010 se encuentra viciado de nulidad absoluta por objeto ilícito y por haber sido celebrado con desviación de poder, lo cual deberá ser declarado por ese Honorable Tribunal de Arbitraje, pues su celebración fue producto de delitos y conductas irregulares no solamente de algunos socios del proponente sino de los funcionarios públicos encargados de adjudicarlo, todo lo cual está siendo investigado por las autoridades Colombianas.

"**23.-** Como consecuencia de la declaración de nulidad absoluta del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, debe ordenarse su terminación y, en aplicación de la regla prevista en el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, disponerse que la **ANI** solamente está obligada a reconocer y pagar a favor de la **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S**. las prestaciones, contractuales ejecutadas y cumplidas hasta el momento de la declaración de nulidad, siempre y cuando dichas prestaciones hayan beneficiado a Entidad Pública Concedente y únicamente hasta el monto del beneficio obtenido."

1.3. Los fundamentos de la nulidad absoluta del contrato pretendida con la demanda de reconvención reformada

Con suficiente fundamento legal y jurisprudencial, la ANI respaldó la pretensión de nulidad absoluta del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, por adolecer de objeto ilícito y por haber sido celebrado con desviación de poder, de llegar a demostrarse que durante el trámite de la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009 se cometieron actos de corrupción por parte del proponente que resultó adjudicatario y de los funcionarios públicos encargados de adelantar dicho proceso de selección, que implicaron la vulneración de un sinnúmero de normas de orden público que regulan las actuaciones de la administración pública en desarrollo de la actividad contractual del Estado.

1.4. La oposición de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

En la contestación de la reforma de la demanda de reconvención, en relación con las pretensiones principales relacionadas con la nulidad absoluta del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. se opuso a ellas por las siguientes razones:

"**Primera.** A la primera pretensión planteada me opongo en los términos planteados, respecto de los cuales caben los siguientes pronunciamientos:

"Con independencia de la gravedad de los hechos que sustentan la pretensión, y en efecto los medios de comunicación han dado cuenta de las investigaciones adelantadas por los órganos judiciales y administrativos nacionales y extranjeros, es claro que, para la fecha de presentación de la presente contestación, el contrato fue terminado de forma bilateral por las partes en consideración precisamente a la gravedad de los hechos determinados.

"En efecto, mediante documento denominado 'Acuerdo para la Terminación y Liquidación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, celebrado entre la Agencia Nacional de Infraestructura y la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.' de fecha 22 de febrero de 2017 (en adelante referido como el 'Acuerdo de Terminación') y la Modificación No. 1 al Acuerdo de terminación de fecha 27 de marzo de 2017 (en adelante referido como la 'Modificación No. 1') que obran en el expediente, la ANI y el Concesionario, previas unas consideraciones de hecho y de derecho, acordaron la terminación del Contrato de Concesión y la Liquidación del mismo, las cuales fueron puestas en conocimiento del honorable Tribunal.

"En ese sentido, tal y como se desprende de la parte considerativa del Acuerdo de Terminación, las partes involucraron los hechos sobre los cuales se fundamenta la pretensión de la reconviniente, (Página 11 del Acuerdo de Terminación). De la misma manera, las partes tuvieron en consideración, las

pretensiones de la demanda en reconvención reformada, entre otros asuntos incluidos dentro de la parte considerativa.

"Así entonces, al considerar las partes los hechos sobre los cuales se fundamenta la pretensión primera de la reconviniente, así como la pretensión misma, de la cual derivaron la terminación anticipada del Contrato de Concesión, no existe fundamento alguno para un pronunciamiento favorable por parte del Tribunal, por haber sido éste definido por las partes de manera previa en el Acuerdo de Terminación.

"Sin perjuicio de lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad del contrato (en caso que el Tribunal rechace los argumentos que aquí se presentan), no puede de manera alguna extenderse al Acuerdo de Terminación, ya que éste de manera específica trata respecto de la referida nulidad, y determina las consecuencias asociadas a la terminación, buscando proteger el interés público y dentro de los muy estrictos parámetros previstos en el artículo 48 de la ley 80 de 1993.

"Adicionalmente, en el Acuerdo de Terminación y la Modificación No. 1 las partes convinieron someter la fórmula de dicha liquidación a aprobación del Tribunal Arbitral en el marco de un acuerdo conciliatorio, el cual incluirá además el desistimiento de las pretensiones elevadas dentro del presente proceso arbitral, en consideración a lo dispuesto en el artículo 6° del documento del 22 de febrero de 2017 modificado por la Modificación No. 1, que es del siguiente tenor:

'SEXTO. - PROCESO ARBITRAL.

'Teniendo en cuenta la terminación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, las PARTES presentarán como acuerdo conciliatorio ante el Tribunal de Arbitramento el presente acuerdo, junto con sus modificaciones, para aprobación de la fórmula de liquidación, incluyendo dentro del mismo, el desistimiento de las reclamaciones formuladas por las partes que se ventilan en el proceso arbitral (expedientes acumulados 4190 y 4209). Lo anterior, sin perjuicio de la aprobación que imparta cualquier otra autoridad judicial competente.'

"**Segunda.** Como consecuencial que es de la primera pretensión principal, ésta pretensión, al igual que aquella, me opongo y respecto de la misma, procede igual pronunciamiento.

"Se reitera que en caso que decida la procedencia de la declaratoria de nulidad del contrato (en caso que el Tribunal rechace los argumentos que aquí se presentan), no puede de manera alguna extenderse al Acuerdo de Terminación, ya que éste de manera específica trata respecto de la referida nulidad, y determina las consecuencias asociadas a la terminación, buscando proteger el interés público y dentro de los muy estrictos parámetros previstos en el artículo 48 de la ley 80 de 1993.

"De la misma manera, las Partes definieron los mecanismos que consideraron convenientes y necesarios, para evitar perjuicios a terceros involucrados dentro del proyecto, incluyendo la población con protección constitucional especial, buscando regular un proceso de por si complejo.

"**Tercera.** Respecto de la pretensión me opongo en los términos planteados, ya que, para la fecha de presentación del presente libelo, el contrato se encuentra terminado por acuerdo entre las partes (lo cual, entre otros, acató la orden de terminación por parte la Superintendencia de Industria y Comercio mediante Resolución 5216 del 16 de febrero de 2017), mediante el Acuerdo de Terminación antes referenciado. En efecto, el aparte pertinente señala textualmente lo siguiente:

'PRIMERO. TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN:

'Las partes son conscientes de la necesidad de concluir cuanto antes el vínculo negocial, por las determinaciones que las autoridades jurisdiccionales y administrativas han adoptado frente a este negocio estatal, y tiene como propósito fundamental efectuar las acciones que propendan por dicha conclusión, con el objeto igualmente, de adoptar decisiones que permitan la continuidad en la prestación del servicio público de infraestructura de transporte de calidad.

'Así, la ANI, en su condición de entidad concedente, y al CONCESIONARIA, en condición de concesionaria, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, en cumplimiento de las órdenes que le son aplicables a cada una de ellas, y contando con las debidas autorizaciones para tal efecto, deciden terminar anticipadamente a partir de la fecha de la firma del presente documento el Contrato de Concesión No. 001 de 2010 cuyo objeto es la elaboración de diseños, financiación, obtención de las Licencias Ambientales y demás permisos, adquisición de Predios,

rehabilitación, construcción, mejoramiento, operación y mantenimiento del Sector II del Proyecto Vial Ruta del Sol, comprendido entre Puerto Salgar y San Roque'

"**Cuarta.** -A la pretensión planteada no me opongo en lo que respecta al reconocimiento de la ANI de las prestaciones contractuales ejecutadas y cumplidas por Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., en tanto las partes, dentro Acuerdo de Terminación, de manera expresa y en ejercicio de la autonomía de voluntad que le concede la ley, y cumpliendo los requisitos para el efecto, acordaron una forma de liquidación, ajustada en un todo a lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, que es justamente lo que la demandante pretende con esta pretensión y que es, además, la misma parte que firmó el mencionado Acuerdo. Por lo anterior, para la fecha de presentación de este libelo, las partes dejaron sin objeto la pretensión. La decisión de Liquidación, así como la fórmula como se ejecuta la misma, está desarrollada en el artículo Segundo del Acuerdo de Terminación reformado por la Modificación No. 1, sin perjuicio de los cambios que las partes acuerden de forma posterior, para facilitar el propósito de liquidación del Contrato de Concesión en los términos planteados.

"**Quinta.** Respecto de la pretensión de costas, a la misma me opongo, en tanto media acuerdo entre las partes en relación con la terminación del contrato y la fórmula para su liquidación.

(…)

"**V.- EXCEPCIONES DE MÉRITO**

"**A. EXCEPCIÓN GENERAL PARA TODAS LAS PRETENSIONES**

"**TERMINACIÓN BILATERAL DE CONTRATO**

"De manera general, la totalidad de las pretensiones fueron formuladas, antes de la terminación bilateral del Contrato de Concesión, en virtud de lo dispuesto en el Acuerdo de Terminación y en su Modificación No. 1.

"La terminación en ese sentido implica como resulta obvio, el cese de las actividades de las partes encaminadas a la ejecución del contrato, y el inicio de todas las actividades que permitan la liquidación del mismo, de manera que se pueda garantizar la continuidad del servicio y por lo mismo, el interés general.

"Por lo mismo, todas aquellas pretensiones que parten del supuesto de que el Contrato continua, y que exigen obligaciones de hacer por parte del Concesionario, son totalmente improcedentes.

"**B. EXCEPCIONES A LAS 'PRETENSIONES RELACIONADAS CON LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN'**

"**1. Ausencia de objeto de la pretensión de nulidad**

"A través del Acuerdo de Terminación arrimado al expediente, las partes decidieron dar por terminado de mutuo acuerdo el Contrato de Concesión, en los términos trascritos a continuación:

'PRIMERO. - TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN:

'Las partes son conscientes de la necesidad de concluir cuanto antes el vínculo negocial, por las determinaciones que las autoridades jurisdiccionales y administrativas has adoptado frente a este negocio estatal, y tienen como propósito fundamental efectuar las acciones que propendan por dicha conclusión, con el objeto igualmente, de adoptar decisiones que permitan la continuidad de la prestación del servicio público de infraestructura de transporte calidad.

*'Así, la **ANI**, en su condición de entidad concedente, y la **CONCESIONARIA**, en condición de concesionaria, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, en cumplimiento de las órdenes que le son aplicables a cada una de ellas, y contando con las debidas autorizaciones para tal efecto, deciden terminar anticipadamente a partir de la fecha de firma del presente documento el Contrato de Concesión No. 001 de 2010 cuyo objeto es la elaboración de los diseños, financiación, obtención de las Licencias Ambientales y demás permisos, adquisición de*

los Predios, rehabilitación, construcción, mejoramiento, operación y mantenimiento del Sector II del Proyecto Vial Ruta del Sol, comprendido entre Puerto Salgar y San Roque.'

"La motivación de las partes para adoptar la anterior decisión se plasma tanto en el texto trascrito como en las consideraciones del Acuerdo de Terminación, en los siguientes términos:

'La demanda de reconvención en su versión reformada, en donde se reclama la declaratoria de nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito y desviación de poder, fue admitida mediante Auto No. 35 del 19 de enero de 2017 y, confirmada su admisión el 8 de febrero de 2017.

'Además de las pretensiones tendientes a la declaratoria de la nulidad absoluta del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 que se ventilan en el mencionado proceso arbitral, en la actualidad se están adelantando investigaciones penales y disciplinarias en contra de servidores públicos y particulares que tuvieron a cargo su participación en la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009 y los asuntos relativos al mencionado Contrato de Concesión, por la posible comisión de conductas delictivas.'

'Que las partes son conscientes de que mantener la vigencia del contrato generaría dificultades para la prestación del servicio, para la estabilidad del sistema financiero colombiano que brindó crédito para la ejecución del proyecto, así como para el cumplimiento del fin esencial de brindar la prestación publica del servicio.'

'Que las partes son conocedoras que para dar cumplimiento efectivo a las órdenes dispuestas por el juez popular, al igual que para garantizar la correcta prestación del servicio público de transporte, resulta indiscutible concluir el vínculo negocia/ anticipadamente.'

'Así con el propósito de evitar un perjuicio al interés público, permitir la pronta continuidad del proyecto Ruta del Sol Sector 2, permitir que la ***ANI*** *pueda dar cumplimiento a las decisiones judiciales y administrativas que se han adoptado frente a la ejecución del contrato, los sujetos negociales, esto es, la* ***ANI*** *y la* ***CONCESIONARIA****, han decidido terminar anticipadamente el mencionado Contrato y proceder a su inmediata liquidación.'*

"Por lo tanto, del texto del Acuerdo de Terminación se desprende claramente que la intención de las partes al dar por terminado el Contrato de Concesión, y superar de la mejor manera posible, los diferentes impases surgidos con ocasión de los eventos conocidos después de suscribir el Contrato.

"Adicionalmente, en el Acuerdo de Terminación y su modificación las partes convinieron liquidar el Contrato de Concesión mediante un procedimiento que atendiera los requerimientos del artículo 48 de la Ley 80 de 1993, aplicable a la presente situación, y someter dicha fórmula de liquidación a aprobación del Tribunal Arbitral en calidad de acuerdo conciliatorio, el cual incluirá además el desistimiento de las pretensiones elevadas dentro del presente proceso arbitral, en consideración a lo dispuesto en el artículo 6°del documento del 22 de febrero de 2017 modificado por la Modificación No. 1, que es del siguiente tenor:

'SEXTO. - PROCESO ARBITRAL.

'Teniendo en cuenta la terminación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, las PARTES presentarán como acuerdo conciliatorio ante el Tribunal de Arbitramento el presente acuerdo, junto con sus modificaciones, para aprobación de la fórmula de liquidación, incluyendo dentro del mismo, el desistimiento de las reclamaciones formuladas por las partes que se ventilan en el proceso arbitral (expedientes acumulados 4190 y 4209). Lo anterior, sin perjuicio de la aprobación que imparta cualquier otra autoridad judicial competente.'

"En este orden de ideas, es evidente que la pretensión de nulidad formulada en la reforma de la demanda de reconvención ha perdido su objeto por cuanto el Contrato de Concesión se dio por terminado por mutuo acuerdo entre las partes atendiendo, entre otras muchas casusas, que la ANI hubiera previamente solicitado al Tribunal la nulidad del mismo.

"Se reitera que en caso que decida la procedencia de la declaratoria de nulidad del contrato (en caso que el Tribunal rechace los argumentos que aquí se presentan), no puede de manera alguna extenderse al Acuerdo de Terminación, ya que éste de manera específica trata respecto de la referida nulidad, y determina las consecuencias asociadas a la terminación, buscando proteger el interés público y dentro de los muy estrictos parámetros previstos en el artículo 48 de la ley 80 de 1993.

"De la misma manera, las Partes definieron los mecanismos que consideraron convenientes y necesarios, para evitar perjuicios a terceros involucrados dentro del proyecto, incluyendo la población con protección constitucional especial, buscando regular un proceso de por si complejo.

1.5. La posición del Ministerio Público

El Ministerio Público al descorrer el traslado de la reforma de la demanda de reconvención, mediante escrito radicado el 6 de abril de 2017, manifestar su acuerdo con la pretensión de nulidad absoluta planteada por la ANI, así como en los aspectos de hecho y de derecho que la fundamentan y reiteró la intervención judicial del señor Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa que había formulado al presentar su solicitud de nulidad el 8 de febrero de 2017, a la cual se hará referencia más adelante.

1.6. La posición de la ANI frente a las excepciones propuestas por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S en la contestación de la demanda

En relación con las excepciones de mérito formuladas por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. en el escrito de contestación de la demanda de reconvención en su versión reformada, mediante memorial radicado el 17 de abril de 2017, la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, señaló lo siguiente:

"(…) Frente a las excepciones propuestas contra las pretensiones principales, que apuntan a la declaratoria de nulidad absoluta del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 por objeto ilícito y por haber sido celebrado con abuso y desviación de poder, deberá tenerse en cuenta que dichos medios exceptivos no desconocen, controvierten ni desvirtúan la existencia de los hechos constitutivos de la nulidad absoluta del referido negocio jurídico, sino que simplemente apuntan a que la pretensión de nulidad absoluta ha '*perdido su objeto por cuanto el Contrato de Concesión se dio por terminado por mutuo acuerdo entre las partes atendiendo, entre otras muchas causas, que la ANI hubiera previamente solicitado al Tribunal la nulidad del mismo*' (página 93 de la contestación).

"En consecuencia, en el momento procesal oportuno ese Honorable Tribunal de Arbitraje deberá tener en cuenta que a través de las excepciones de mérito la Concesionaria no cuestionó ni desvirtuó los fundamentos fácticos y jurídicos que le dan sustento a la nulidad absoluta del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, sino que esgrimió la terminación bilateral del mismo para alegar la ausencia de objeto de la pretensión de nulidad incorporada en la demanda de reconvención en su versión reformada."

2. Las solicitudes de nulidad elevadas por el Ministerio Público

2.1. Las solicitudes

Mediante memorial radicado el 8 de febrero de 2017, el Ministerio Público solicitó del Tribunal Arbitral declarar inmediatamente la nulidad del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, en los siguientes términos:

"1.- Que ante la flagrante, manifiesta y evidente nulidad absoluta del negocio jurídico, incluido dentro de este todos los otrosíes, fundamentos de esta controversia, se solicita al honorable Tribunal de Arbitramento que de manera inmediata se adopten las decisiones y se realicen las actuaciones necesarias para que se reconozca la existencia de esa nulidad absoluta y en consecuencia, se nieguen las pretensiones de contenido económico solicitadas por la parte convocante en su causa arbitral.

"2.- Que ante los vicios de nulidad existentes que ya están probados y plenamente enmarcados en las causales de nulidad absoluta, abstenerse de realizar actuaciones que conduzcan a cualquier tipo de reconocimiento económico a favor de la Concesionaria, es manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico, en cuanto a las pretensiones de esta parte que ascienden a la suma de QUINIENTOS

SETENTA Y TRES MIL CIENTO DOS MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA MIL DOSCIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS ($573.102.240.278) y que según el dictamen pericial aportado por el convocante el valor de los presuntos perjuicios por sobrecostos más los intereses consolidados ascienden a la suma de SETECIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS VEINTITRÉS MILLONES TRESCIENTOS VEINTIOCHO MIL TRESCIENTOS SESENTA Y TRES PESOS ($798.823.328.363). En ese sentido ante la ilicitud manifiesta del negocio jurídico materia de la controversia, la Procuraduría General de la Nación se opone al decreto y práctica de pruebas en el Tribunal de Arbitramento que propendan por el reconocimiento económico a la Concesionaria de las pretensiones señaladas; cuando resulta claro, indiscutible y evidente la causa ilícita del contrato, la desviación de poder, la celebración indebida del contrato y por las actuaciones realizadas en contra de las disposiciones constitucionales y legales que resultaban aplicables.

"Estas peticiones respetuosas, se fundamentan en los siguientes hechos:

2.2. Los hechos que fundamentan estas solicitudes

"1. El 14 de enero de 2010, el Instituto Nacional de Concesiones INCO y la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, suscribieron el contrato de Concesión 001, con el objeto de que el Concesionario, por su cuenta y riesgo, elaborara los diseños, financiara, obtuviera las Licencias Ambientales y demás permisos, adquiriera los Predios, rehabilitara, construyera, mejorara, operara y mantuviera el Sector 2: Puerto Salgar - San Roque.

"2. Dicho contrato fue suscrito por los siguientes intervinientes: i) GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES, identificado con cédula de ciudadanía número 73.151.343 de Cartagena, en su calidad de Gerente General Encargado del INCO, ii) DAVID EDUARDO VILLALBA ESCOBAR, identificado con cédula de ciudadanía número 79.777.696 de Bogotá, en su calidad de Subgerente de Estructuración y Adjudicación, en representación del Instituto Nacional de Concesiones - INCO, iii) AMILTON HIDEAKI SENDAI identificado con la cédula de extranjería temporal No. E372177, en calidad de representante legal principal de la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., y, iv) MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES identificado con la cédula de extranjería temporal No. E372291, en calidad de representante legal suplente de la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. (Prueba 4.10)

"3. El señor GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES, exdirector del INCO, privado de la libertad por una decisión judicial, en la audiencia del 15 de enero de 2017 ante el Juzgado 26 Penal Municipal con funciones de Control de Garantías, aceptó sin condición y de manera libre los cargos imputados, teniendo en cuenta que se encuentra en un proceso de colaboración, por los siguientes delitos en concurso heterogéneo: cohecho impropio (inciso primero del artículo 406 del Código Penal); interés indebido en la celebración de contratos (artículo 409 del Código Penal) y enriquecimiento ilícito (artículo 412 del Código Penal), siendo la cuantía del cohecho la suma de 6.5 millones de dólares; quien reconoció haberse comprometido a asesorar al Grupo Odebrecht en la confección de la propuesta y a influir en el proceso licitatorio que dio lugar a la celebración del contrato de concesión N° 01 de 2010.

"Los hechos que se acaban de referir tienen como contexto las siguientes circunstancias:

"a.- El honorable Tribunal de Arbitramento al levantar las medidas cautelares en las actuaciones previas, se refirió a los siguientes puntos: El Departamento de Justicia de los EE. UU reveló el 21 de diciembre de 2016 en el caso U.S. vs. Braskem S.A. -Odebrecht S.A., No. 16-CR-643, que Odebrecht S.A. aceptó ante el Tribunal del Distrito Este de Nueva York prácticas criminales de corrupción y actos de soborno a funcionarios gubernamentales de distintos países, entre ellos Colombia, luego de la acusación penal y condena impuesta a Marcelo Bahía Odebrecht y otros, por actuaciones corruptas ocurridas en Brasil por el Grupo Odebrecht y la constructora Norberto Odebrecht. Antes de esa fecha la prensa internacional había difundido la acusación penal y condena impuesta a Marcelo Bahía Odebrecht y otros por actos de corrupción acaecidos en la República de Brasil del llamado 'Grupo Odebrecht' y la 'Constructora Norberto Odebrecht'.

"b.- La Fiscalía General de la Nación en su página web hizo la siguiente publicación:

'Exviceministro García Morales aceptó cargos por escándalo de corrupción en Odebrecht
16 de enero de 2017 /10:59 AM / Bogotá

"Gabriel Ignacio García Morales, exviceministro de Transporte, aceptó los cargos que la Fiscalía le imputó por los hechos que lo vinculan con las irregularidades en la adjudicación de los contratos del Tramo Dos de la Ruta del Sol a la firma brasileña Odebrecht a finales de 2008.

"Para esa época, García Morales se desempeñaba como director del Instituto Nacional de Concesiones (Inco).

"El exfuncionario público deberá responder entonces por los delitos de cohecho impropio, interés indebido en la celebración de contratos y enriquecimiento ilícito.

"Según lo establecido en la investigación, García Morales, primer capturado por el caso Odebrecht, habría recibido US$6.5 millones para dicha adjudicación.

"El juez de control de garantías acogió los argumentos expuestos por la Fiscalía y le dictó medida de aseguramiento intramuros al procesado"

2.3. Los fundamentos de las solicitudes

Los anteriores hechos y circunstancias, dijo el Agente del Ministerio Público, ponen en evidencia la situación de ilicitud manifiesta del contrato de concesión N° 001 de 2010 y que teniendo en cuenta las disposiciones legales que a continuación se transcribió, dijo, imponen que se acceda a las solicitudes formuladas en la primera parte de esta intervención, en el sentido de su causa ilícita, objeto ilícito y/o desviación de poder.

2.4. La coadyuvancia de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Al descorrer el traslado de la solicitud elevada por la Procuraduría General de la Nación, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado mediante memoriales radicados el 23 de marzo y el 3 de abril de 2017 coadyuvó la petición de nulidad elevada por el Ministerio Público. En este último, hizo los siguientes razonamientos:

"En el presente caso existen dos (2) causales que dan lugar a declarar la nulidad del Contrato de Concesión No. 01 de 2010, a saber: el objeto ilícito y la desviación de poder o causa ilícita. A continuación, se aclarará por qué se configura cada una de dichas causales.

"**1. Nulidad por objeto ilícito: vulneración de normas públicas**

"El alcance del encuentra consagración legal en los artículos 1519 y 1523 del Código Civil, de la siguiente manera:

'ARTICULO 1519. ***Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación.*** *Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella es nula por el vicio del objeto.'*

'ARTICULO 1523. Hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes'. (Negrilla con subraya por fuera del texto original)

"Sobre el entendimiento de esta causal de nulidad, el Consejo de Estado se ha pronunciado en los siguientes términos:

'(...) razonable resulta concluir que dicha circunstancia da lugar a que se configure la causal de nulidad prevista en el artículo 1519 del Código Civil, en concordancia con lo previsto en el artículo 1741 ibídem - incorporada en el Estatuto Contractual-, consistente en la configuración de objeto ilícito por la vulneración de normas legales de

orden público, en este caso, de los aludidos normas contenidas en el Estatuto de Contratación Estatal'[257] (Destacado fuera del texto).

(…)

"En el presente caso, el objeto ilícito se configura en la medida en que en la elección del eventual contratista se violaron todas las disposiciones que establecen que su selección debe ser objetiva. En particular se vulneraron las siguientes disposiciones normativas de Ley 80:

'ARTÍCULO 24. EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA. En virtud de este principio:

(…)

5o. <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> En los pliegos de condiciones o terminos de referencia:

(…)

b) <Literal CONDICIONALMENTE exequible> «Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> ***Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva*** *y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o ~~concurso.~~*

(..)

8o. Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y. ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto*'* (Destacado fuera del texto).

'ARTÍCULO 25. DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA. En virtud de este principio:

(…)

1o. <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> En las normas de selección y en los pliegos de condiciones ~~o terminos de referencia~~ para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios ***para asegurar la selección objetiva*** *de la propuesta más favorable. Para este propósito, se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones'* (Destacado fuera del texto).

'ARTÍCULO 3o. DE LA ESTRUCTURA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN. <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> La licitación ~~o concurso~~ se efectuará conforme a las siguientes reglas:

(…)

2o. <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> La entidad interesada elaborará los correspondientes pliegos de condiciones o terminos de referencia de conformidad con lo previsto en el numeral 50. del artículo 24 de esta ley, en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas' (Destacado fuera del texto).

"Por su parte, de la Ley 1150 se desconoció el artículo 5° que establece el deber de selección objetiva, del siguiente modo:

[257] "Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 16 de julio de 2015. Radicación: 76001-23-31-000-2002-04055-01(41768). C.P.: Hernán Andrade Rincón (E)."

'ARTÍCULO 5°. LA SELECCIÓN OBJETIVA. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes tendrán en cuenta los siguientes criterios:

(...)' (Destacado fuera del texto).

"Finalmente, también se violaron flagrantemente las siguientes disposiciones del Decreto 2474 de 2008, norma entonces reglamentaria del Estatuto General de Contratación:

'ARTÍCULO 12. Ofrecimiento más favorable a la entidad. El ofrecimiento más favorable para la entidad a que se refiere el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007 se determinará de la siguiente manera:

(…)

PARÁGRAFO 2º. Para la evaluación de las propuestas en proceso de selección por licitación, selección abreviada o concurso de méritos, la Entidad designará un comité asesor, conformado por servidores públicos o por particulares contratados para el efecto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 82 del presente decreto, que deberá realizar dicha labor de manera objetiva, ciñéndose exclusivamente a las reglas contenidas en el pliego de condiciones' (Destacado fuera del texto).

"Todas las normas citadas refieren al deber de garantizar la selección objetiva en los procedimientos que adelanta la Administración al momento de celebrar un contrato estatal. Esta selección objetiva se caracteriza porque busca la oferta más favorable para suplir las necesidades de la administración, sin tener en cuenta motivaciones de carácter subjetivo.

"En ese sentido, todas las normas transcritas imponen el deber de no favorecer a un particular sobre otro por motivos personales, y por supuesto, por razones subrepticias, ocultas y antiéticas.

"En el presente estas normas claramente se vulneraron. Como es de público conocimiento, al punto que ya resulta ser un hecho notorio, en el presente Contrato se seleccionó al Consorcio contratista porque al menos uno de sus miembros sobornó funcionarios públicos. Dicho en otras palabras, se sabe, por lo menos, que Odebrecht cometió una conducta delictiva (cohecho) para obtener el contrato.

"**2. Desviación de poder o causa ilícita**

(…)

"Como se puede ver, la causal de desviación de poder resulta equivalente a la causa ilícita. En efecto, la desviación de poder se presenta cuando con una actuación pública no se persiguen los fines que debería tener. En el caso de la contratación sería que ésta (o en su procedimiento de selección) no se busque elegir al contratista con la oferta que mejor se adecúe a las necesidades de la entidad estatal, sino, por ejemplo, beneficiar a un particular.

"No obstante, ese mismo supuesto de hecho implica que la causa desconoce el ordenamiento jurídico, pues la contratación estatal debe regirse siempre por la selección objetiva. En este sentido, ese supuesto también constituiría causa ilícita.

"Lo que ocurrió en el presente caso fue justamente que no se buscó seleccionar al mejor contratista, sino beneficiar a un proponente en particular. En efecto, se buscó con la contratación favorecer a la empresa sobornadora, con lo cual los servidores públicos se beneficiaron del cohecho.

"Es importante tener en cuenta que el contrato estatal es un contrato *intuito personae*, al tenor del inciso tercero[258] del artículo 41 de la Ley 80 de 1993. En ese sentido, la selección del contratista termina teniendo una relación directa con las finalidades de la contratación. En ese sentido, seleccionar un contratista por motivos subjetivos, implicará que habría una causa ilícita.

[258] "Los contratos estatales son *intuito personae* y, en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante".

"De acuerdo con lo anterior, es absolutamente claro que en el presente caso se configuraron dos causales de nulidad: por un lado, el objeto ilícito y, por el otro, la causa ilícita o la desviación de poder.

"Finalmente, es preciso realizar dos precisiones adicionales: en primer lugar, la nulidad del Contrato de Concesión No. 01 de 2010 conllevará la nulidad de los modificatorios de dicho negocio jurídico. Esto sin perjuicio de que se llegue a demostrar que hubo motivos autónomos de anulación de dichos modificatorios, ya que, vale la pena decir que sobre algunos de ellos también hay dudas acerca de si las motivaciones para su celebración fue lícita."

2.5. La coadyuvancia de la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

La Agencia Nacional de Infraestructura ANI, mediante memorial radicado el 29 de marzo de 2017, señaló estar de acuerdo con el contenido de la solicitud del Ministerio Público "en el sentido de que debe declararse la nulidad absoluta por objeto y causa ilícita y por desviación de poder, del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 celebrado entre mi mandante y la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., así como de todos sus adicionales, anexos y otrosíes, decisión que habrá de adoptar ese Honorable Tribunal en la oportunidad procesal respectiva y luego de que se hayan surtido las etapas procesales correspondientes."

"Tal y como se expresó en la referida audiencia del pasado 8 de febrero de 2017, la Agencia Nacional de Infraestructura no puede sino expresar que la petición del Ministerio Público se ajusta a derecho y a la realidad probatoria, máxime si dicha petición está en concordancia con las pretensiones principales incorporadas en la reforma de la demanda de reconvención.

"En cuanto a la petición formulada por el Ministerio Público, en el sentido de que no se efectúe ningún reconocimiento económico a favor de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. por concepto de mayor permanencia en obra, mayores costos, perjuicios, desequilibrio económico, etc, debe tenerse presente que ya el extremo convocado ha renunciado expresamente a dichas pretensiones de contenido económico, renuncia que aparece consignada en el texto de los acuerdos negociales a que han llegado las partes y que han sido puestos en conocimiento tanto de ese Honorable Tribunal de Arbitraje como de los demás intervinientes procesales.

"Esa manifestación debe ser tenida en cuenta por el Honorable Tribunal en la oportunidad procesal correspondiente."

2.6. La oposición de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S

Por su parte, la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., con memorial radicado el 29 de marzo de 2017, se opuso a las solicitudes elevadas por el Ministerio Público, "toda vez que las mismas carecen de objeto por cuanto las partes mediante documento del 22 de febrero de 2017 y su Modificación No. 1 del 27 de marzo de 2017, que obran en el expediente, decidieron dar por terminado de mutuo acuerdo el Contrato de Concesión No. 001 del 14 de enero de 2010 y proceder a desistir de las pretensiones incoadas en el presente trámite arbitral, en las condiciones contenidas en el referido acuerdo y su correspondiente modificación. Igualmente utilizó las mismas razones expuestas para oponerse a las pretensiones de la ANI en la demanda de reconvención.

2.7. Sobre la reiteración de la solicitud de nulidad del Contrato de Concesión elevada por el Ministerio Público

Al descorrer el traslado de la reiteración de la solicitud de nulidad elevada por el Ministerio Público, con memorial radicado el 9 de octubre de 2017, Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. – EPISOL, señaló que en garantía del debido proceso, ella debe ser resuelta en el Laudo.

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, al descorrer el traslado de la solicitud de la Procuraduría, con memorial radicado el 9 de octubre de 2017, coadyuvó la solicitud de incluir al trámite arbitral las pruebas aportadas y solicitadas en el escrito del 3 de octubre de 2017.

A su vez, la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, al descorrer el traslado de la solicitud de la Procuraduría, con memorial radicado el 9 de octubre de 2017, manifestó que i) "está de acuerdo en que el Contrato de Concesión No. 001 de 2010 está afectado de nulidad absoluta en la forma como fue planteado en la reforma de la demanda de reconvención"; ii) "el Tribunal así deberá disponerlo en el laudo con el que se le ponga fin este proceso"; y, iii) "el Tribunal cuenta con suficientes facultades, poderes y deberes para decretar de oficio todas las pruebas que estime pertinentes y procedentes para resolver los asuntos litigiosos sometidos a su conocimiento, en especial, para demostrar la nulidad absoluta que afecta el Contrato de Concesión No. 001 de 2010."

Por su parte, mediante memorial radicado electrónicamente el 9 de octubre y físicamente el 10 del mismo mes y año, la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., señaló que para que prospere la nulidad del contrato objeto de litis pretendida por parte del Ministerio Publico y la Convocada y Convocante en Reconvención, ésta debe ser probada dentro del proceso para lo cual deberá surtirse todas las formalidades procesales previstas en la Ley, entre las que se cuentan, el decreto, práctica y contradicción de las pruebas solicitadas. Todo con el ánimo de salvaguardar el debido proceso y el derecho de defensa y contradicción de los sujetos procesales.

3. Los alegatos de conclusión acerca de la procedencia o no material de la nulidad absoluta

3.1. Las alegaciones de la ANI

En sus alegatos de conclusión, la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, señaló lo siguiente:

A. <u>Configuración de la nulidad absoluta por objeto ilícito del Contrato de Concesión No. 001 de 2010</u>

1. En la demanda de reconvención en su versión reformada, se lee claramente en el acápite de pretensiones principales que la ANI solicitó *"la nulidad absoluta, por adolecer de 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.,(…)"*

2. Por su parte, la Procuraduría General de la Nación en cumplimiento de su deber de protección del orden público y la legalidad, mediante escrito de fecha 8 de febrero de 2017, solicitó *"que ante la flagrante, manifiesta y evidente nulidad absoluta del negocio jurídico, incluido dentro de este todos los otrosíes, fundamentos de esta controversia, se solicita al honorable Tribunal de Arbitramento que de manera inmediata se adopten las decisiones y se realicen las actuaciones necesarias para que se reconozca la existencia de esa nulidad absoluta y en consecuencia, se nieguen las pretensiones de contenido económico solicitadas por la parte convocante en su causa arbitral."*

3. Sustentó su pedimento el Ministerio Publico en la causales de nulidad de los contratos estatales consagradas en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, así como en aquellas causales de nulidad de los contratos en derecho común, como lo es el objeto o causa ilícita, pues a su buen criterio, en el presente caso, la corrupción que se constató en la adjudicación del contrato dio paso al nacimiento de un negocio jurídico carente de validez.

4. Tales pedimentos de nulidad (tanto los de la ANI como los del Ministerio Público) se fundamentan en la ocurrencia de hechos o actos de corrupción ocurridos dentro de la licitación publica y la adjudicación del Contrato de Concesión objeto de análisis.

5. No hay duda alguna de que en el presente caso se ha configurado la nulidad absoluta del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 por los conocidos y aceptados hechos de corrupción que llevaron a la

adjudicación del proceso de selección de la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009, que dio origen al Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

6. Tal afirmación encuentra pleno respaldo probatorio y ha sido incluso asentida por la conducta procesal de la Concesionaria y sus socios, quienes a lo largo del trámite arbitral renunciaron a la defensa de la validez del contrato y abandonaron sus peticiones iniciales sobre controversias contractuales, a punto que, incluso, han realizados esfuerzos probatorios encaminados única y exclusivamente a debatir lo relacionado a las consecuencias económicas de la nulidad.

7. No obstante la claridad de los hechos (corrupción) y la aceptación de los mismos por parte de quienes integran el contradictorio[259], conviene a efectos jurídicos, hacer una breve recapitulación de aquellas piezas procesales que demuestran la ocurrencia de los graves actos de corrupción que rodearon la adjudicación del Contrato No. 001 del 2010 y que por defecto influyen sobre la validez del mismo, tornándolo nulo absolutamente.

8. En el expediente reposan las siguientes piezas procesales:

- Aceptación de cargos y sentencia anticipada del funcionario que adjudicó el Contrato de Concesión (Gabriel Ignacio García Morales)

9. El 15 de enero de 2017 Gabriel Ignacio García Morales, ex Viceministro de Transporte y ex Gerente General (E) del Instituto Nacional de Concesiones - INCO, quién suscribiera el acto de adjudicación, Resolución No. 641 del 15 de diciembre de 2009, así como el contrato de Concesión No. 001 del 14 de enero de 2010, ante el Juez de Control de Garantías aceptó los cargos en su contra formulados por el delito de cohecho impropio, en concurso con interés indebido en celebración de contratos y enriquecimiento ilícito.

10. Como resultado de la aceptación de cargos se profirió sentencia penal condenatoria en firme, donde claramente se demostró la ocurrencia de los graves hechos de corrupción por la confesión y aceptación hecha por parte de unos de los autores directos de los actos ilegales que condujeron a la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

La Sentencia proferida por el Juzgado 31 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá de fecha 12 de septiembre de 2017, dispone de manera clara:

> *"Interés del que no existe duda alguna, no lo por los señalamientos inequívocos efectuados por los ciudadanos Brasileros, sino por la prueba documental obrante en la actuación donde se evidencia el resultado final de la tarea materializada en la citada Resolución No. 641 del 15 de diciembre de 2009, "por la cual se adjudica el Sector 2 de la Licitación Pública SEA-LP-001-2009"* ***DONDE SE ADVIERTE QUE GARCÍA MORALES SIN MAYORES ARGUMENTOS*** *descartó a otros proponentes y adjudicó la licitación a ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIO RUTA DEL SOL S.A.S. representado legalmente por LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR cumpliendo así el compromiso fraguado desde mayo de 2009.*
>
> ***Los altos directivos de Odebrecht no tuvieron ningún miramiento a la hora de señalar categóricamente a GARCÍA MORALES, como responsable de la escogencia subjetiva de su consorcio para adjudicarle la licitación aludida; señalaron pormenorizadamente circunstancias de modo, tiempo y lugar como se produjeron sus encuentros y las componendas efectuadas todas dirigidas para que la licitación les fuera adjudicada; para ello recibieron de GARCÍA MORALES no solo la asesoría necesaria sino también la promesa de que nadie se interpondría en el camino para que el contrato les fuera adjudicado por él mismo, lo que en efecto ocurrió*** *(negrillas y subrayas del texto)"*

[259] El Concesionario al dar contestación a la demanda de reconvención reformada en donde se incluyó como pretensión principal la declaratoria de nulidad absoluta del contrato por objeto o causa ilícita y/o haber sido celebrado con abuso y desviación de poder, asintió de forma indirecta y reconoció que la corrupción en la adjudicación del contrato y sus consecuencia penales son *"hechos conocidos y de publico conocimiento"* que *"fueron tomados por las partes como consideración para acordar la terminación del contrato (…)"*. Adicionalmente, en la contestación a la demanda de reconvención en su versión reformada, no se adujo ni un solo argumento o excepción encaminada a defender la validez del Contrato No. 001 de 2010 o a refutar la existencia de actos de corrupción que invalidan desde su génesis el vinculo contractual. De esta forma, así fuese de manera pasiva, la Concesionaria asintió a los cargos de nulidad o, en el peor de los casos, aceptó los supuestos fácticos que configuran la invalidez del Contrato de Concesión.

11. Adicionalmente, el señor Gabriel Ignacio García Morales al rendir testimonio dentro del presente tramite arbitral ratificó la existencia de actos de corrupción en la adjudicación y celebración del Contrato de Concesión objeto de este litigio arbitral.

Por la importancia del testimonio, el mismo se transcribe extensamente:

"DR. ARANGO: Díganos todo lo relativo a su nombre, estado civil, los generales de ley, relaciones con las partes en este proceso y todo lo que sepa sobre el tema concreto al cual se va a referir en su declaración y al cual corresponde esta diligencia?

(…)

He dado información en relación a los otros involucrados en lo que tuvo que ver con dicha adjudicación, de manera que cualquier detalle que no alcance yo a expresar en esta reunión está en las declaraciones que hice ante la Fiscalía General de La Nación en los interrogatorios y en las declaraciones que he hecho ante la Procuraduría General de La Nación en más de 6 ocasiones. Los delitos que cometí se dieron en medio del proceso de adjudicación de Ruta del Sol sector 2, fui el encargado de en ese entonces Instituto Nacional de Concesiones alrededor del 20 de septiembre de 2009 cuando ya los pliegos se encontraban cerrados y cuando ya el proceso estaba solamente para recibir propuestas y proceder a la adjudicación.

(…)

A lo cual tengo que reconocer que, a pesar de que yo tenía una inhabilidad, no fui lo suficientemente contundente y permití que la inapropiada propuesta se ampliara y se iniciara una relación que hoy reconozco como indebida, en la medida en que yo tenía en mi competencia una adjudicación en la cual él ya está siendo beneficiario y esta relación…

SR. GARCÍA: Ya siendo gerente encargado del INCO tuve varias conversaciones con él, tuve esa conversación indebida en la cual, primero, se me hizo la oferta futura de una vinculación, etcétera, y reconozco que no he debido dejar que esa conversación avanzara, porque yo tenía dentro de mi competencia una adjudicación que los beneficiaba a ellos y esto podría constituir en el futuro un interés indebido en la celebración de contratos.

Pero en ese momento no se me requirió ninguna intervención ni ninguna tarea específica como retribución por esa pre oferta, diría yo. En desarrollo de esas conversaciones llega un momento en que el señor Luiz Bueno me manifestó que a él le preocupaba mucho que en Colombia había muchas quejas con los procesos licitatorios y que ellos lo único que querían era que se les diera un tratamiento justo y equitativo en cumplimiento de la ley de los pliegos, me manifestó que ellos, por su competencia técnica, pero además por su capacidad financiera y con el socio que tenían en Colombia que era el grupo Sarmiento, consideraban ellos que tenían la mejor oferta posible.

Luego, en una reunión clandestina que tuvimos, él me hizo una oferta concreta de que, si yo me aseguraba de que no hubiera intervenciones indebidas en el contrato, ellos estaban dispuestos a darme una compensación, digo compensación, porque los términos en que lo refirió eran esos, yo reconozco que no era más que un soborno disfrazado de una buena expresión, pero su solicitud fue en términos de que se acogiera lo que estaba establecido en los pliegos y que se respetara el proceso licitatorio como tal. Esto fue después de presentadas las propuestas, que ellos tenían la total seguridad de que difícilmente alguien podía competir con ellos en esas condiciones.

Posteriormente, cuando salió el primer informe de evaluación él me ratifica diciendo que los otros 2 proponentes, algunos habían cometido no solamente errores, sino falsedades y otro proponente, específicamente OHL había cometido un error en la presentación de la propuesta, o no un error, sino una decisión que le restaba puntos en la calificación técnica, él en todo momento insistió en que yo debía acoger lo que estuviese respaldado por la Procuraduría y la Contraloría de ese entonces y para efectos de esta evaluación yo determiné crear mediante resolución un grupo asesor especial conformado por diferentes especialistas.

Recuerdo específicamente la participación del doctor Ricardo Hoyos en los temas de derecho administrativo, recuerdo la participación del doctor Gustavo Bueno en temas comerciales, recuerdo a otros expertos, si mal no recuerdo estaba una abogada Alessia Abello de Posse Herrera en ese comité, estaba el director de infraestructura para América Latina de la IFC, Richard Cabello, entre otros. Esa información yo se la suministré a la Procuraduría, las copias que tenía se las entregué a la Procuraduría, así que próximamente podré tener copia y se las haré llegar.

La función de ese comité asesor era dirimir diferencias o inquietudes que se presentaran al interior del comité evaluador, porque en todo momento lo que se esperaba de esa evaluación es que fuera consensuada, es decir, que no hubiese ninguna diferencia de alguno de los miembros, ese comité conceptuó sobre aquellas cosas en las que tuvo duda el comité evaluador, específicamente la razón por la cual las personas de OHL quedaban descalificadas, el comité aceptó las recomendaciones de ese consejo asesor, porque los conceptos de ese comité no son vinculantes, pero el comité evaluador decidió aceptar.

El resultado final, luego de haber recibido todas las observaciones e inquietudes por parte de los participantes, de la Procuraduría y de la Contraloría, era que quedaba adjudicada a Odebrecht, al consorcio en el cual participaba Odebrecht. De manera que la intención que él tenía era, en sus palabras, que algunos de los participantes tuvieran influencias indebidas como las que él mismo estaba realizando, como se lo he narrado a la Fiscalía, para efectos de esa adjudicación también le solicité al señor Luiz Bueno que me diera un concepto personal, porque uno de los eventos que me ocurrió con él fue que en algún momento los medios diseminaron el rumor de que eso iba a ser adjudicado a los señores Nule, quienes ya habían sido incluso descalificados por parte del comité evaluador.

Frente a eso, él en alguna reunión me manifestó que tuviera presente que, si ellos no eran adjudicatarios, iban a demandar ante el Consejo de Estado, a lo cual yo respondí que era su derecho, pero también me dijo que me demandaría a mí penalmente por celebración indebida de contratos, dado que ellos tenían la total seguridad de que ellos ganaban esa propuesta por los aspectos técnicos y jurídicos. Frente a eso, días más tarde, frente a mi preocupación de que yo pudiera estar en medio de una disputa jurídica, le solicité extraoficialmente de manera clandestina que necesitaba el concepto de un abogado sobre la legalidad de dicha adjudicación, todo esto frente a la advertencia que él me hizo sobre la presunta denuncia penal.

Él me puso un listado de abogados que eran o de planta o asesores de Corficolombiana, entre los cuales yo escogí a un abogado y el día de la audiencia de la adjudicación recibí de manera clandestina ese concepto, yo ese concepto lo guardé y lo aporté a las entidades que ya he mencionado, es un concepto que, como la Fiscalía pudo probar, efectivamente fue pagado por Corficolombiana y era un abogado que tenía una relación de tiempo atrás con Corficolombiana, yo escogí ese abogado simplemente porque reconocía su prestigio profesional, no lo conocía personalmente, pero conocía la trayectoria de su carrera.

DRA. HOYOS: Hubo algo que no entendí bien y es lo relacionado con el concepto que usted pide del doctor Hugo Palacios. Nos puede precisar por qué usted pide ese concepto y qué dice el mismo?

SR. GARCÍA: Sí, no solo se lo puedo precisar, sino que le puedo hacer llegar copia del concepto, en el proceso de adjudicación hubo una carta que, si mal no recuerdo, salió del comité evaluador el 19 de noviembre de 2009 en donde lo que se dice es que hay algunos temas subsanables y se les dice a los participantes que hay una serie de elementos subsanables que debían proporcionar y al final, hay un párrafo que dice que, de no entregar dicha información en el término de tantos días, su propuesta será rechazada.

El señor Luiz Bueno en primera instancia entendió eso como que había un interés de rechazarlo, no sé si el procedimiento en Brasil sea sustancialmente diferente, pero él lo sintió como una amenaza, así que llega a mi oficina y me dice que yo estoy poniendo en riesgo no solamente las inversiones y gastos que ellos han hecho en materia del lobby, sino que además estoy poniendo en riesgo unos aportes a la campaña de Santos Presidente, a lo cual ellos se habían comprometido como resultado de dicha adjudicación.

Ahí es cuando me dice que ellos demandarían, que sus jefes y socios me mandan a decir que no solamente ellos demandarían la adjudicación, sino que me denunciarían penalmente por celebración indebida de contratos, si yo no acogía la evaluación o los términos en que el comité evaluador lo estaba sugiriendo, en otras palabras, que no fueran ellos los adjudicatarios. Frente a esa amenaza, muchos días más tarde en la audiencia de adjudicación, este proceso se adjudicó en 2 sesiones de audiencia de adjudicación en el 14 y 15 de diciembre.

DR. GONZÁLEZ: Usted tuvo conocimiento de comentarios de funcionarios de Odebrecht o del consorcio o de cualquiera de los socios vinculados o al consorcio o a la sociedad en el sentido de que esas platas que se pagaron por sobornos iban a salir del mismo contrato de concesión?

SR. GARCÍA: No, todo lo contrario, siempre se me indicó que, dentro de su modus operandi, Odebrecht destinaba como costo de las nuevas propuestas un monto que no salía del contrato, que no hacía parte ni de la fiducia ni del contrato, que eran recursos que ni siquiera estaban en el país como efectivamente se pudo demostrar, que eran recursos que estaban en el exterior y que ellos destinaban a través de la oficina de estructuraciones para gestionar este tipo de contratos, de manera que en esos recursos de los cuales giraban a los que ellos llamaban lobistas, pero también giraban para sobornos a los funcionarios, como es mi caso.

Pero siempre se me dijo que esa plata no salía de los contrato y de hecho, si ustedes pueden comparar los giros que se hayan hecho en la fiducia, no debe haber ningún giro relacionado con esos montos que se giraron y a mí siempre se me dijo que esos eran dineros que la empresa destinaba como parte de su promoción para lograr los objetivos de participar en las licitaciones y lograrlas. También se me habló mucho de la influencia que ellos tenían sobre el… y que dentro de la estrategia del gobierno brasilero de internacionalizar las compañías de ingeniería, el banco nacional le daba créditos subsidiados y a veces no reembolsables para promocionar la participación de estas empresas en el exterior.

DR. VICUÑA: Usted firmó el contrato de concesión Ruta del Sol 2?

SR. GARCÍA: Yo firmé el contrato de concesión, sí.

DR. VICUÑA: Usted firmó a sabiendas de que iba a recibir esa plata?

SR. GARCÍA: Sí, cuando firmé el contrato no había recibido nada, no tenía ninguna garantía, ni documentos ni pagarés, pero sí había la expectativa de recibir un soborno a futuro, aunque mi encargo en el INCO terminó el 20 de enero y yo me retiré del Viceministerio a principios de abril, cuando yo me retiré del INCO y vi que ellos no contactaban a Enrique, llegué a pensar que habían incumplido, pero sí tenía la expectativa cuando firmé el contrato de recibir un soborno.

DR. VICUÑA: Al estilo de las preguntas de la Agencia, a usted le pagaron básicamente por cumplir con su deber?

SR. GARCÍA: Eso es lo que he entendido que se denomina cohecho impropio, que en cumplimiento de mi deber reciba sobornos, a pesar de estar cumpliendo con mi deber.

DR. SANABRIA: Le había preguntado acerca de su entendimiento cuando celebró el contrato de concesión número 001 de 2010, usted me había dicho que ya lo había celebrado previo un acuerdo con los señores de Odebrecht para recibir una contraprestación por lo que en su momento habían acordado. Usted ha señalado que el acuerdo consistía en que se cumpliera la ley, en que no hubiese ninguna interferencia. Puede deducirse de esas respuestas anterior que ese acuerdo al que usted llegó con una remuneración, en sus palabras, con un soborno era para que nadie se atravesara en la adjudicación?

SR. GARCÍA: Sí, en los términos en que lo conversé con ellos era que no hubiera ninguna interferencia indebida en el normal transcurso del proceso licitatorio, dado que ellos consideraban que ellos eran los únicos habilitados y, por lo tanto, los beneficiarios de la adjudicación.

DR. SANABRIA: Para ese momento usted nos puede recordar en qué etapa se encontraba la respectiva licitación pública?

SR. GARCÍA: Ya estábamos en la etapa para recibir las propuestas, un mes antes de la recepción de propuestas.

DR. SANABRIA: En consecuencia, a partir de ese momento ya existía el acuerdo al que usted había llegado con las sociedades Odebrecht?

SR. GARCÍA: No, el acuerdo se hizo durante el mes de octubre, fue cuando se empezó a concretar el acuerdo.

DR. SANABRIA: Luego, para el momento en que se produce la adjudicación ya estaba en vigencia ese acuerdo verbal al que usted había llegado con las personas de Odebrecht?

SR. GARCÍA: Sí, el acuerdo verbal, correcto.

DR. SANABRIA: Me pareció entenderle que no se cuadró o no se acordó una suma fija por ese valor o el acuerdo incluía esa suma?

SR. GARCÍA: No, es que estas son unas conversaciones que dan en unas condiciones de clandestinidad y el señor Luiz Bueno no hablaba muy bien español, en esas conversaciones él nunca habló de una suma como la que terminó siendo, era eso a lo que me refería, él en la última conversación que tuvimos ya en diciembre previo a la adjudicación lo único que me dijo que iba a mejorar las condiciones, pero nunca me especificó el monto."

12. La aceptación de la comisión del delito en la adjudicación y celebración del Contrato por parte del funcionario encargado al efecto, es más que suficiente para declarar la nulidad absoluta pretendida en reconvención.

- **Declaración rendida por Enrique José Ghisays Manzur**

13. En la declaración rendida en este proceso, el testigo Enrique José Ghisays Manzur aceptó que recibió los recursos provenientes del soborno y sirvió como intermediario para la recepción y lavado de los mismos.

Dijo el testigo:

"SR. GHISAYS: Lo que quiero decir es que todos los pagos se iniciaron en marzo de 2010, después de la adjudicación.

DRA. HOYOS: Cuál era su relación con el viceministro García Morales?

SR. GHISAYS: Amigos de la infancia.

DRA. HOYOS: Una vez que usted recibió los pagos qué hizo con ellos?

SR. GHISAYS: Luego, se abrió una cuenta en el banco UBS en Miami, se trasfirió la plata y de ahí se hicieron ciertos pagos que me instruía Gabriel, había unos giros a unos proveedores de mi empresa.

DRA. CONTRERAS: Usted nos acaba de manifestar que va a allegar una serie de información en extractos bancarios y también nos ha hecho referencia a que usted se comunicó con una persona que se identificaba como Tushio. Sabe usted cuál es el nombre real de esa persona que se hacía llamar Tushio?

SR. GHISAYS: Antes le comento que todos esos documentos están en la Procuraduría, el nombre de Tushio es Luiz Eduardo de Rocha Soares, pero yo siempre lo conocí como Tushio…

DR. DE VEGA: Yo simplemente quisiera confirmar lo que entendí de sus declaraciones en el sentido de que ese pago al que usted se refirió muy claramente de 6.5 millones de dólares fue fruto de lo que se pudiera llamar comisión de éxito, coima o soborno por la adjudicación del contrato de Ruta del Sol 2?

SR. GHISAYS: Correcto.

DR. DE VEGA: Es decir, rotundamente así fue?

SR. GHISAYS: Correcto.

DR. DE VEGA: Básicamente, le hecho de que hubo un pago de 6.5 millones de adjudicación es el hecho fundamental por el cual el doctor García y usted mismo fueron condenados, cierto?

SR. GHISAYS: Correcto."

- **Declaración de Luis Antonio Bueno Jr rendida ante la Fiscalía el 28 de abril 2017**

14. La referida declaración fue allegada al expediente mediante Oficio del 6 de abril de 2018 de la Procuraduría General de la Nación, en donde, en cumplimiento de una orden impartida por el Tribunal, se anexaron diversas piezas procesales de las declaraciones de los implicados en los hechos de corrupción, piezas procesales a las que ha tenido acceso el Ministerio Publico en cumplimiento de sus funciones.

En dicha declaración el Señor Luis Antonio Bueno Jr relata la forma como se concertó el pago de las coimas y manifiesta que tales hechos fueron debidamente concertados entre los socios de la Concesionaria.

(…)

15. Son abundantes las piezas procesales que demuestran la gravedad de los hechos de corrupción que tuvieron una clara y directa incidencia en la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 cuya validez es materia de estudio en el presente caso. No es necesario ahondar en disquisiciones jurídicas sobre la causalidad y efectos de los actos de corrupción ni adentrarse a debatir argumentos caprichosos que tratan de mitigar y aminorar la gravísima situación de corrupción que rodeó la adjudicación del contrato, pues es indudable que en el presente caso se concertaron acuerdos ilegales, se hicieron pagos de coimas y se materializaron un sinnúmero de delitos entorno a la adjudicación del contrato, a tal punto que, el propio Gerente de la Entidad Concedente (INCO) y quien adjudicó el Contrato, confesó los actos de corrupción y fue condenado por tal hecho punible. Igualmente, es palmario que los hechos que aquejaron la adjudicación fueron propiciados por algunos los entonces proponentes, hoy socios del Concesionario.

16. La institución de la nulidad absoluta del contrato estatal se fundamenta en la necesidad de darle vigencia y arraigo al principio de legalidad, que rige toda actuación administrativa, incluida la actividad contractual del estado. Por ello, se sanciona con nulidad absoluta cualquier irregularidad del contrato que conlleve la transgresión de las normas sobre la capacidad para contratar, los principios que orientan la contratación pública y los abusos del poder, entre otros.

Así, la Ley 80 de 1993, en su artículo 44, consagra como causales de nulidad absoluta del contrato estatal las siguientes:

> ***"Artículo 44º.-*** *De las Causales de Nulidad Absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:*
>
> *1. Se celebren con personas incurras en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;*
>
> *2. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal.*
> *3. Se celebren con abuso o desviación de poder.*
>
> *4. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y*
>
> *5. 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."*

17. El juicio sobre la nulidad absoluta del Contrato Estatal se encuentra consagrado y regulado en el citado artículo 44, norma que debe entenderse complementada por las causales de nulidad de los contratos en el derecho común, lo cual implica integrar las normas sobre los requisitos para obligarse consagrados en el artículo 1502 del Código Civil, el artículo 1741 del mismo Código y lo dispuesto en el artículo 899 del Código de Comercio, en consonancia con el artículo 13 del mismo Estatuto. Así, a la hora de estudiar y determinar si un Contrato Estatal se encuentra viciado de nulidad absoluta, habrá que verificar si se configura alguna de las causales establecidas tanto en la Ley 80 de 1993, como en el Código Civil y el Código de Comercio.

18. Los supuestos fácticos aducidos y debidamente probados en el presente tramite arbitral (graves hechos de corrupción), conllevan inevitablemente a la nulidad absoluta del contrato, bien sea por la existencia de un objeto o causa ilícita, por haberse celebrado con abuso o desviación de poder o, incluso, por haberse celebrado contra expresa prohibición constitucional o legal.

19. El Código Civil en su artículo 1519 establece que *"Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto"*, norma esta consonante con lo establecido en el artículo 1523 la cual enseña que *"Hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes."* El Código de Comercio, del mismo modo, señala en su artículo 899 que será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos: 1) Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa; 2) Cuando tenga causa u objeto ilícitos, y 3) Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz.

20. Lo anterior se materializa en punto de la contratación estatal en que, se podrá predicar la existencia de un objeto o causa ilícita en aquellos eventos en donde se transgrede una prohibición

genérica o una prohibición implícita del estatuto contractual, como aquellas que se desprenden de los principios que rigen la contratación pública.

21. Ha sostenido sobre la nulidad por objeto ilícito nuestra jurisprudencia Contencioso Administrativa lo siguiente[260]:

> "*si se desacata una prohibición genérica o una prohibición implícita del estatuto contractual, el contrato será absolutamente nulo por violar el régimen legal pero la causal no será la enlistada en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 sino una diferente según el caso.*
>
> *En consecuencia, cuando la ley de contratación estatal dispone que en el proceso de selección del contratista debe tenerse en cuenta el principio de transparencia y el deber de selección objetiva, la elusión de estos mandatos comporta una transgresión al orden legal que conduce a la nulidad absoluta del contrato.*
>
> *Si lo primero, es decir no se observa el principio de transparencia, se genera una nulidad absoluta por objeto ilícito porque de acuerdo con el derecho común esto es lo que se configura en todo acto que contraviene al derecho público; si lo segundo, esto es se incumple el deber de selección objetiva, se produce una nulidad absoluta por celebrarse el contrato con abuso o desviación de poder.*
> *(…)*
>
> *La violación del principio de transparencia y del deber de selección objetiva determina la nulidad absoluta del mencionado contrato ya que por lo primero se configura un objeto ilícito y por lo segundo un abuso o desviación de poder, nulidad esta que no puede ser saneada por ratificación de las partes"*

22. Casos de corrupción en materia de contratación podrían encausarse dentro de la causal de nulidad por objeto o causa ilícita, pues claramente constituyen una transgresión al derecho público de la Nación, al violentar los principios que rigen la contratación pública y desconocer los cánones generales del derecho.

23. El numeral segundo del artículo 44 de la ley 80 de 1993 prevé que los contratos estatales que sean celebrados con abuso o desviación de poder están viciados de nulidad absoluta.

24. La jurisprudencia ha entendido que la desviación de poder se presenta cuando:

> *"Esta causal, entre otras cosas, constituye para la Sala un supuesto de "causa ilícita", prevista en el art. 1524 del código civil, pues según esta norma la causa es el motivo que induce a la celebración del acto o contrato, y causa ilícita es aquélla que contraría la moral, las buenas costumbres, el orden público y en general la prohibida por la ley –art. 1524-.*
>
> *En este orden de ideas, toda desviación de poder, y en especial el supuesto analizado en este proceso, se involucra con la causa ilicita del negocio, es decir, que aquélla figura se contiene en ésta. Incluso, si el numeral 3 del art. 44 no hubiera contemplado esta causal de nulidad, en forma independiente, de todas maneras obrar con desviación de poder generaría el vicio de nulidad del negocio, según lo dispuesto en los arts. 1524 y 1741 del CC., además de lo dispuesto en el art. 899.2 del Co. de Co., normas estas aplicables a los contratos estatales, según ya se dijo."*[261]

En otra decisión el Consejo de Estado señaló:

> *"Pero adicional a lo anterior, al hablar de abuso o desviación de poder también deben tenerse en cuenta las causales de nulidad previstas en el régimen común, es decir las consagradas en los artículos 1740 a 1742 del Código Civil, así como también las de los artículos 899 y 900 del Código de Comercio.*
>
> *Según lo establecen el artículo 1741 del Código Civil y el No. 2º del artículo 899 del Código de Comercio, hay nulidad absoluta en todo contrato que tenga objeto o causa ilícitos.*
>
> *Luego, si se entiende que la causa es "el motivo que induce a la celebración del acto o contrato, que la causa ilícita es aquella contraria a la moral, las buenas costumbres, el orden público y en general la prohibida por la ley – art. 1524-." y que la desviación o abuso de poder se configura cuando un funcionario público celebra un contrato con*

[260] Consejo de Estado, Sección Tercera, subsección C, 24 de Marzo de 2011, Radicación número: 63001-23-31-000-1998-00752 01(18118).
[261] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 22 de marzo de 2007, Exp: 28010.

fines diversos a los previstos en la ley, debe entenderse también que la desviación o abuso de poder igualmente se encuadra en la causal de nulidad absoluta del contrato por causa ilícita prevista en el derecho común."[262]

25. De esta forma, la corrupción como hecho ilícito que vicia el contrato, puede ser catalogada como un acto desviación o abuso del poder, pues no obstante se cumplen las formalidades de procedimiento y sin incurrir en violación de la ley, se instrumentalizan los poderes o atribuciones con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales, en detrimento de la legalidad y el ordenamiento jurídico. Por ello, un acto de corrupción como el aquí constatado, con independencia de sus efectos finales e incidencia sobre el resultado de la adjudicación, constituye un claro caso de celebración de un contrato *con abuso o desviación de poder*, al haberse trastocado y desdibujado las finalidades buscadas con la contratación.

3.2. De la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

En sus alegatos de conclusión, la Concesionaria Ruta del Sol señaló lo siguiente:

1 Los hechos asociados a las reclamaciones derivadas

Una organización de los hechos permite establecer tres etapas, todas las cuales resultan relevantes para el asunto; una primera relacionada con la etapa precontractual; una segunda con la ejecución del contrato y una tercera con la terminación propiamente dicha.

1.1 Los hechos asociados a la etapa precontractual

(…)

El proyecto Ruta del Sol fue estructurado por el INCO, que para la fecha era la institución de concesiones creada por el Gobierno Nacional, precisamente para manejar este tipo de proyectos. En ese sentido, el INCO fue concebido para ser una parte dentro de los contratos de concesión, y dentro de ese objetivo, para ser la institución encargada de la concepción, estructuración y manejo de estos.

(…)
(…)

Nótese que la ejecución del programa, en la forma como está descrito, y que justifica la motivación del Estado para la contratación de la Ruta del Sol, se ajusta en un todo los objetivos de interés general y por supuesto de política pública.

Para este proyecto particular, que se insiste, era considerado como el de mayor magnitud en la historia del país, había tres tramos, a los cuales los interesados presentarse a uno, a dos o a todos, según escogiera.

Los términos de referencia, y por lo mismo, los requisitos desde el punto de vista de experiencia y capacidad que debían probar los interesados eran considerablemente altos, asunto que se concibió así, precisamente por el tamaño del proyecto.

Sabemos de la misma manera, que aún a pesar de que era posible adjudicar el proyecto a un solo proponente, en realidad cada tramo tenía diferentes interesados; para el tramo II había 3 interesados principales; el grupo OHL, el grupo Nule, y el grupo que finalmente se convertiría en los accionistas de CRS.

Hasta aquí lo que se puede inferir de los documentos que obran en el expediente, respecto de la estructura del proyecto, por supuesto puestos de una forma resumida.

De la misma manera, de la declaración del Señor Gabriel García, es posible complementar la información anterior, de la siguiente manera:

[262] Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 27 de enero de 2016, Exp 49847

El señor García se venía desempeñando como Viceministro de Transporte durante el Gobierno Uribe desde el año 2009, desde donde participó de manera marginal en los pliegos de condiciones. En ese sentido, manifestó lo siguiente:

> *"De manera que no tuve ninguna intervención en los temas de pliegos y solo marginalmente como viceministro tuve participación en algunas reuniones de estructuración, especialmente en lo que tiene que ver con las proyecciones de demanda, que es el tema de mi experiencia profesional y algunos temas financieros, pero no tuve ninguna injerencia en los temas de definición de los términos de referencia"*

Posteriormente, fue nombrado director del INCO; para la fecha cuando García es director del INCO, los términos de referencia del proyecto Ruta del Sol, ya habían sido expedidos, y la licitación estaba pendiente de las propuestas finales. En ese sentido, el señor García señaló en su declaración al Tribunal lo siguiente:

> …*"fui el encargado de en ese entonces Instituto Nacional de Concesiones alrededor del 20 de septiembre de 2009 cuando ya los pliegos se encontraban cerrados y cuando ya el proceso estaba solamente para recibir propuestas y proceder a la adjudicación."*

Ahora bien, estando en la definición de quien sería el adjudicatario del Tramo II de Ruta del Sol, el señor Luiz Bueno, funcionario de la empresa ODEBRECHT (En adelante ODB), abordó al señor García, primero con una oferta para vincularlo una vez venciera su inhabilidad, y luego para manifestarle la preocupación que tenía ODB por esa sensación de corrupción que para la fecha era pública, particularmente por la participación del Grupo Nule, como competidor dentro de la misma.

En ese sentido, el señor García señala lo siguiente:

> *"SR. GARCÍA: Ya siendo gerente encargado del INCO tuve varias conversaciones con él, tuve esa conversación indebida en la cual, primero, se me hizo la oferta futura de una vinculación, etcétera, y reconozco que no he debido dejar que esa conversación avanzara, porque yo tenía dentro de mi competencia una adjudicación que los beneficiaba a ellos y esto podría constituir en el futuro un interés indebido en la celebración de contratos.*

Y luego afirmó que ODB no le exigió nada a cambio del supuesto apoyo, de la siguiente manera:

> *"Pero en ese momento no se me requirió ninguna intervención ni ninguna tarea específica como retribución por esa pre oferta, diría yo. En desarrollo de esas conversaciones llega un momento en que el señor Luiz Bueno me manifestó que a él le preocupaba mucho que en Colombia había muchas quejas con los procesos licitatorios y que ellos lo único que querían era que se les diera un tratamiento justo y equitativo en cumplimiento de la ley de los pliegos, me manifestó que ellos, por su competencia técnica, pero además por su capacidad financiera y con el socio que tenían en Colombia que era el grupo Sarmiento, consideraban ellos que tenían la mejor oferta posible."*

En efecto, para esa fecha, tal y como lo registró la Revista Semana, en la portada titulada "Los Nuevos Cacaos"[263], el grupo identificado como los Nule eran percibidos como un grupo en ascenso, con prácticas poco comunes que finalmente resultaron ser corruptas. En otras palabras, era un grupo con influencia en su momento, que podía actuar para ajustar los términos de referencia o la adjudicación en su favor.

En ese sentido, cuando el señor Luiz Bueno le hace el ofrecimiento ilegal de una "compensación" al señor Gabriel García, lo hace no para que favorezca los intereses de ODB específicamente, sino para que no cediera a las intenciones de los grupos rivales, es decir, de los señores Nule con su propuesta. Lo anterior se puede evidenciar de la prueba testimonial del señor García, de la siguiente manera:

> *" Luego, en una reunión clandestina que tuvimos, él me hizo una oferta concreta de que, si yo me aseguraba de que no hubiera intervenciones indebidas en el contrato, ellos estaban dispuestos a darme una compensación, digo compensación, porque los términos en que lo refirió eran esos, yo reconozco que no era más que un soborno disfrazado de una buena expresión, pero su solicitud fue en términos de que se acogiera lo que estaba establecido en los pliegos y que se respetara el proceso licitatorio como tal. Esto fue después de presentadas las propuestas, que ellos tenían la total seguridad de que difícilmente alguien podía competir con ellos en esas condiciones.*

[263] Revista Semana. https://www.semana.com/nacion/articulo/los-nuevos-cacaos/81120-3 vi

De acuerdo con lo anterior, el ofrecimiento de soborno se da una vez se presentaron las propuestas, que por supuesto fueron elaboradas de acuerdo con los términos de referencia.

La evaluación de las propuestas, según el decir del Señor García, y que además encuentran respaldo dentro de la documentación del proceso de contratación[264], tenía en consideración un comité de evaluación, cuyas diferencias eran dirimidas por otro comité conformado por personas del más alto perfil. El señor García al respecto manifestó en su testimonio ante el Tribunal:

> *"Posteriormente, cuando salió el primer informe de evaluación él me ratifica diciendo que los otros 2 proponentes, algunos habían cometido no solamente errores, sino falsedades y otro proponente, específicamente OHL había cometido un error en la presentación de la propuesta, o no un error, sino una decisión que le restaba puntos en la calificación técnica, él en todo momento insistió en que yo debía acoger lo que estuviese respaldado por la Procuraduría y la Contraloría de ese entonces y para efectos de esta evaluación yo determiné crear mediante resolución un grupo asesor especial conformado por diferentes especialistas.*
>
> *Recuerdo específicamente la participación del doctor Ricardo Hoyos en los temas de derecho administrativo, recuerdo la participación del doctor Gustavo Bueno en temas comerciales, recuerdo a otros expertos, si mal no recuerdo estaba una abogada Alessia Abello de Posse Herrera en ese comité, estaba el director de infraestructura para América Latina de la IFC, Richard Cabello, entre otros. Esa información yo se la suministré a la Procuraduría, las copias que tenía se las entregué a la Procuraduría, así que próximamente podré tener copia y se las haré llegar."*

Y respecto de lo anterior, el mismo señor García califica la actuación de Bueno, señalando que lo que quería era realmente que se mantuvieran las reglas definidas para la licitación, y que no existieran otros intereses que pudieran modificar las condiciones establecidas en los términos de referencia. El señor García afirmó:

> *"El resultado final, luego de haber recibido todas las observaciones e inquietudes por parte de los participantes, de la Procuraduría y de la Contraloría, era que quedaba adjudicada a Odebrecht, al consorcio en el cual participaba Odebrecht. De manera que la intención que él tenía era, en sus palabras, que algunos de los participantes tuvieran influencias indebidas como las que él mismo estaba realizando"*

En ese mismo sentido, el Señor García al ser preguntado respecto de los objetivos para los cuales le fue prometido el pago de una coima, éste fue claro en decir que en realidad le habían pagado por cumplir con su deber, esto es, por adjudicar de acuerdo con los términos de referencia, y por no dejarse influenciar de grupo rivales para "torcer el proceso"; en palabras del señor García, dijo exactamente lo siguiente:

> "*DRA. HOYOS: Quiero que sea más preciso. Qué era lo que usted tenía que hacer, porque según usted acaba de decir, lo único que tenía que hacer era no atravesarse, eso fue lo que le entendí. Usted no tuvo ninguna participación directa ni ejerció ningún comportamiento tendiente a que la licitación fuera efectivamente adjudicada a Odebrecht. Le pido que lo ponga en sus palabras y precise ese punto?*
>
> *SR. GARCÍA: Quiero dejar absoluta claridad sobre ese tema, porque como lo ha podido comprobar la Fiscalía y desafortunadamente algunos medios han tratado de manipular la información diciendo que hubo una intervención mía en la estructuración de los pliegos, quiero dejar absoluta claridad, porque entiendo que algunos de esos medios están involucrados también en estos hechos, algunos, no todos, a mí nunca se me solicitó ni manipular los pliegos, lo cual no pude hacer, entre otras cosas, porque mi cargo comienza el 20 de septiembre y la estructuración fue responsabilidad del IFC y nunca se me exigió que me aparta ni de la ley de contratación ni de los pliegos de condiciones.*
>
> *Lo que se me pidió fue que fuera garante de que se diera la adjudicación en los términos de los pliegos y de la ley y nuevamente insisto en que lo que se me dijo fue que tenían mucho temor de que hubiese intervenciones de terceros, en otras palabras, ellos estaban pensando que había otras firmas que estaban haciendo lo mismo que ellos y la prueba de ello es que la firma OHL, la única que fue eliminada por error y no por ilegalidades ni falsedades, como sí lo fueron los señores Nule, esa firma no demandó la adjudicación"…(Se subraya para resaltar)*

El conocimiento que el Señor García tuvo del entramado a través del cual se urdió el plan, le permitió afirmar incluso que dichos pagos eran hechos por fuera de los recursos del contrato, y que estos eran

[264] https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=09-1-41316

hechos a través de compañías internacionales, respecto de las cuales incluso insinuó que eran incentivados por el Gobierno Brasilero a través de créditos blandos o créditos sin obligación de pago. En efecto, a una pregunta del Árbitro Mauricio González, este respondió lo siguiente:

> *"DR. GONZÁLEZ: Usted tuvo conocimiento de comentarios de funcionarios de Odebrecht o del consorcio o de cualquiera de los socios vinculados o al consorcio o a la sociedad en el sentido de que esas platas que se pagaron por sobornos iban a salir del mismo contrato de concesión?*
>
> *SR. GARCÍA: No, todo lo contrario, siempre se me indicó que, dentro de su modus operandi, Odebrecht destinaba como costo de las nuevas propuestas un monto que no salía del contrato, que no hacía parte ni de la fiducia ni del contrato, que eran recursos que ni siquiera estaban en el país como efectivamente se pudo demostrar, que eran recursos que estaban en el exterior y que ellos destinaban a través de la oficina de estructuraciones para gestionar este tipo de contratos, de manera que en esos recursos de los cuales giraban a los que ellos llamaban lobistas, pero también giraban para sobornos a los funcionarios, como es mi caso.*
>
> *Pero siempre se me dijo que esa plata no salía de los contrato y de hecho, si ustedes pueden comparar los giros que se hayan hecho en la fiducia, no debe haber ningún giro relacionado con esos montos que se giraron y a mí siempre se me dijo que esos eran dineros que la empresa destinaba como parte de su promoción para lograr los objetivos de participar en las licitaciones y lograrlas. También se me habló mucho de la influencia que ellos tenían sobre el… y que dentro de la estrategia del gobierno brasilero de internacionalizar las compañías de ingeniería, el banco nacional le daba créditos subsidiados y a veces no reembolsables para promocionar la participación de estas empresas en el exterior"*

Finalmente, y frente a la pregunta de si García había firmado a sabiendas del ilícito, de manera clara y expresa manifestó lo siguiente:

> "*DR. CASTAÑEDA: Usted firmó el contrato de concesión Ruta del Sol 2?*
>
> *SR. GARCÍA: Yo firmé el contrato de concesión, sí.*
>
> *DR. CASTAÑEDA: Usted firmó a sabiendas de que iba a recibir esa plata?*
>
> *SR. GARCÍA: Sí, cuando firmé el contrato no había recibido nada, no tenía ninguna garantía, ni documentos ni pagarés, pero sí había la expectativa de recibir un soborno a futuro, aunque mi encargo en el INCO terminó el 20 de enero y yo me retiré del Viceministerio a principios de abril, cuando yo me retiré del INCO y vi que ellos no contactaban a Enrique, llegué a pensar que habían incumplido, pero sí tenía la expectativa cuando firmé el contrato de recibir un soborno."*

Todo lo anterior, muestra las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en los que se dio el ilícito, las cuales son relevantes para el caso que nos ocupa, en la medida que permiten determinar exactamente en qué consistió, cuál era el objeto y la intención del mismo, la relación con el Contrato, y finalmente, si el mismo constituye o no, un fundamento suficiente para afectar su legalidad. En ese orden de ideas, me permito resaltar algunas de ellas de la siguiente manera:

En primer lugar, el Señor García no afectó el curso natural del proceso de contratación, no solamente porque en sí mismo no podía hacerlo, dada la estructura que se montó precisamente para garantizar la transparencia del proceso, sino, además, porque los pagos prometidos no eran para que hiciera modificación alguna, sino todo lo contrario, era para que no cediera a tentaciones indebidas de modificación, mucho más considerando la calidad de la competencia.

En segundo lugar, el ilícito en nada determinó ni la causa ni objeto del Contrato de Concesión, en la medida que para la fecha en que este se dio, dichos asuntos ya habían sido definidos, y solo restaba la adjudicación del proceso; en otras palabras, la causa del Contrato, fue definida por el Gobierno Nacional, con el acompañamiento del Banco Interamericano de Desarrollo, y estaba ligada a la necesidad de mejorar la infraestructura vial del país y al mismo tiempo el objeto del Contrato, a través de obligaciones concretas de dar, hacer y no hacer.

En tercer lugar, García, en su condición de representante del Inco, y por tanto del Estado colombiano, aceptó que firmó el contrato a sabiendas del ilícito que planeaba cometer, el cual, si bien no se había concretado, si esperaba que fuera cumplido.

1.2 La etapa Contractual

Ahora bien, la etapa contractual, tal y como se desprende de los diferentes documentos allegados al expediente por la ANI, se desarrolló de una manera relativamente normal, resaltando que el tramo 2 de la Ruta del Sol, no solamente era el más avanzado de los tres tramos, sino que adicionalmente, era éste el que mostraba el gobierno como el gran logro de los contratos de concesión de tercera generación.

Durante la ejecución del contrato, fue en la etapa donde se presentaron los eventos a partir de los cuales se justificaron las reclamaciones inicialmente presentadas por la concesionaria, que al mismo tiempo derivaron en la solicitud de medidas cautelares al Tribunal Arbitral inicialmente convocado.

El contrato en ese sentido se ejecutó dentro del objeto previsto dentro del mismo, tal y como lo demuestran los testimonios de los diferentes funcionarios, que mostraban la forma como se cumplieron las actividades de mantenimiento, así como las de construcción en las diferentes formas previstas dentro del acuerdo[265].

Sobra decir que, dicha ejecución fue posible fundamentalmente porque se logró el cierre financiero del proyecto y en ese sentido, no sólo se logró que los bancos aceptaran conceder los créditos, sino que, adicionalmente, los socios realizaron el aporte de capital en los términos previstos dentro del acuerdo.

Fue hasta el momento en que se conoció el "Indictment" suscrito por ODB con el Departamento de Justicia de los Estados Unidos (que reposa dentro del expediente), que se vino a saber de manera general de unos actos de corrupción en Colombia de parte de ODB.

Una vez conocidas dichas versiones, así como el testimonio del Garcia, que las partes empezaron a recibir presiones importantes para afectar su funcionamiento; puede afirmarse que, de no ser por el actuar equivocado de las autoridades estatales, y de manera particular de la Superintendencia de Industria y Comercio, y del Tribunal de Cundinamarca entre otros, que se involucraron de manera anticipada en el desarrollo del Contrato, es muy posible que para la fecha en que se escriben estas letras, el contrato hubiese estado completamente terminado, y por lo menos el país podría beneficiarse de las obras construidas, que resultan ser el verdadero interés general que dichas autoridades debieron considerar y proteger.

1.3 La etapa de Terminación

Finalmente, entramos a la etapa de terminación del acuerdo, la cual, tal y como se desprende del texto del "Acuerdo de Terminación", fue el resultado de las medidas solicitadas de un lado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, y al mismo tiempo, de la absurda medida tomada por el Superintendente de Industria y Comercio de la época, que ordenó, a través de una medida cautelar, la terminación del Contrato, incluyendo la adición de la transversal de Ocaña y Gamarra.

(…)

Es necesario entonces, determinar si los hechos antes probados durante el trámite arbitral, fueron la causa del Contrato de Concesión, o si éstos pudieron inducir en su causa, para posteriormente adentrarnos en las causales de nulidad, de la siguiente manera:

2 Los efectos de los hechos asociados al ilícito

Antes de desarrollar este punto, resulta completamente pertinente aclarar que, desde ningún punto de vista este documento tiene por objeto o por efecto negar la existencia de actos de corrupción, que fueron suficientemente mostrados a lo largo proceso, y en ese sentido, tampoco se pretende una excusa para los mismos.

Lo que se busca, por el contrario, es establecer el alcance específico de tales actos ilícitos, respecto del Contrato de Concesión 001, y de manera particular de mostrar cómo tales actos no tienen que ver ni con el objeto ni con la causa del contrato de concesión, ni derivado de estos puede declararse, ya sea por petición de parte o de oficio, la nulidad del acuerdo.

[265] En ese sentido, se declararon los señores Carlos Gustavo Ramírez Vila, Iván Pinto, entre otros.

Dicho lo anterior, en este acápite específico, nos concentraremos en evaluar las diferentes perspectivas que pueden tenerse respecto del ilícito, para establecer si el "ilícito" como tal, confesado por el señor García Morales fue una condición necesaria para que el contrato efectivamente se produjera, y de otro lado si el ilícito tuvo alguna influencia en la determinación de su objeto.

Así, tal y como lo confesaron las personas que participaron específicamente en el ilícito, este se dio una vez estaban cerrados los pliegos de condiciones, y por lo mismo, estaban definidas las condiciones y de manera específica las experiencias que debían producir los interesados que quisieran participar dentro del proceso.

Esta primera conclusión, derivada por supuesto de los hechos probados dentro del proceso, permite establecer sin ninguna duda que, los términos de referencia no fueron influenciados por el funcionario que se prestó a la corrupción, ni estos fueron deliberadamente hechos para favorecer a uno u otro proponente; en esencia, puede afirmarse sin lugar a equívocos que los términos de referencia, las condiciones incluidas en el mismo, la experiencia y demás elementos que se determinaron como habitantes para presentar una propuesta económica dentro del proceso de Ruta del Sol, no fueron afectados en lo más mínimo por el acto ilícito.

De la misma manera, una segunda conclusión derivada de los hechos probados dentro del expediente, permitiría establecer que el ilícito tenía como objetivo clarísimo, el de evitar que pudieran existir actos corruptos que pudieran afectar el conducto normal y regular del proceso, y en ese sentido, que se adjudicara por fuera de los términos de referencia, y de las condiciones en estos prevista.

De los hechos probados, es igualmente claro y evidente, que no hubo ningún intento por modificar los términos de referencia, ni tampoco de manipular las calificaciones que se hicieron a los diferentes proponentes; por el contrario, la calificación que se hizo a través de un procedimiento que involucraba no solamente un comité de evaluación, sino adicionalmente un comité adicional para dirimir las diferencias de ese comité de evaluación, determinó como ganador claro a la entonces Promesa de Sociedad Futura Concesionaria Ruta Del Sol, y en ese sentido, tampoco puede decirse que el ilícito, afectó de manera directa o indirecta, las resultas del proceso.

Otra posible conclusión de los hechos, ésta derivada de las declaraciones particularmente del señor Gabriel García, es que el temor que tenía ODB de que existieran otras fuerzas que pudieran ejercer presión a través de actos de corrupción, directos o indirectos del INCO, nunca se produjeron, o por lo menos de estas no existe cuenta alguna, que permita determinar que o bien la calificación, o bien los términos de referencia, o bien la adjudicación se hubiese modificado de manera tal que no favoreciera a la promesa de sociedad futura de la Concesionaria Ruta del Sol.

Si lo anterior resulta así, es evidente y claro que, el ilícito en estricto sentido, a pesar de haberse efectivamente producido y consumado, no afectó las resultas del proceso, ni determinó de manera positiva o negativa las condiciones con las cuales éste se adjudicó, ni mucho menos, el texto o los alcances del contrato. En otras palabras, no existe un nexo causal entre el ilícito y el procedimiento contractual, o el contrato, o la ejecución de este.

Es evidente que, el ilícito per se, tal y como lo declaró el señor García Morales, tenía por objeto que el funcionario público cumpliera con su deber, y en la medida que cumplir con su deber le implicaba dejar las cosas en su curso natural, no tuvo en realidad que hacer esfuerzo alguno para cumplir con los cometidos ilegales a los cuales se había comprometido.

De acuerdo con lo anterior, si el ilícito como tal no fue determinante ni en la elaboración de los términos de referencia, ni en la selección del contratista, ni en el contrato mismo, es necesario entonces evaluar si, el ilícito como tal es suficiente para establecer un objeto o una causa ilícita del contrato, todo lo cual se desarrolla en el siguiente acápite.

3 Marco Jurídico de la nulidad de los contratos de naturaleza pública

En el derecho administrativo, desde los tiempos memorables[266], se percibía la necesidad de tener un marco jurídico especial y adecuado, no solamente a la naturaleza de una de las partes que era el Estado, sino adicionalmente, a los objetivos que perseguía la contratación estatal, asociados por naturaleza a un interés general.

Así, el derecho contractual público, deriva su esencia fundamentalmente del nexo que existe entre la función natural del Estado de trabajar en función del interés público, y el contrato suscrito por este para cumplir dichos cometidos[267].

Sin pretender hacer un recuento de lo que es la contratación pública, interesa sobremanera recalcar que, por naturaleza, los contratos que suscribe el Estado, están justificados precisamente porque estos buscan y tienen por objeto de manera directa o indirecta, la satisfacción de un interés general, que adicionalmente está asociado a un deber que la carta política le impone al mismo, respecto de los habitantes del territorio.

El tratamiento especial, que en su momento solicitaba la doctrina, y que poco a poco fue creando las excepciones aplicables a la contratación pública respecto de la contratación privada, determinó no solamente la posibilidad de incluir las famosas cláusulas exorbitantes que permiten al Estado facultades especiales para orientar el curso del contrato precisamente a esos objetivos de naturaleza pública, sino adicionalmente, permitió evidenciar que el interés particular del cual partía el derecho privado, y respecto del cual se construían diferentes normas basadas en la equivalencia de las partes, no se cumplían cuando fuera el Estado el que participará como parte contratante.

Lo anterior, permitiría afirmar que, en materia de derecho privado, cuando se habla de la nulidad de un contrato privado, por objeto o por causa ilícita, o por falta de objeto o por falta de causa, si bien que se busca proteger es el interés público materializado en la obligación básica de todo asociado de cumplir la ley, no tenía más afectación que las partes mismas.

Así, si un contrato cualquiera de naturaleza privada, se declaraba nulo por objeto ilícito, en la medida en que las partes dispusieron de su propio interés en el acuerdo afectado, los efectos de la declaración se limitaban a aquellos que formaron parte del acuerdo, y era a través de la misma declaratoria de nulidad, como se garantizaba el interés público, se insiste, asociado exclusivamente al principio según el cual la ley es de obligatorio cumplimiento.

Sin embargo, este principio cuando quiera que una de las partes contratantes resulta ser una parte pública, no tiene los mismos impactos, ni tampoco puede ser evaluado con el mismo rasero.

Lo anterior porque el Estado funciona bajo la presunción de legalidad de sus actos, la cual a su vez encuentra su fundamento en que el Estado actúa en cumplimiento y en función de un interés público, del cual deriva su propia existencia; en segundo lugar porque, al momento de actuar buscando garantizar un interés general distinto de aquel de hacer cumplir la ley per se, quitarle los efectos a un contrato existente, afecta intereses ulteriores, que sin duda tienen a su vez repercusiones frente a terceros, a los cuales precisamente quería beneficiar el Estado en primer lugar.

Lo anterior, implica necesariamente, para efecto de calificar la nulidad o no de un contrato de naturaleza pública, que el juez del contrato deba ser particularmente riguroso al momento de evaluar las condiciones que pudieran dar lugar a dicha declaratoria, ya que, de lo contrario, estaría poniendo el contrato público al mismo nivel del contrato privado, y por lo mismo, olvidando que el Estado actúa para satisfacer los intereses de la comunidad.

Es posible que el Tribunal Arbitral en el caso particular, se vea tentado a saltarse la rigurosidad para la declaratoria de la nulidad, en razón a que el contrato fue terminado de manera anticipada, y que al mismo tiempo, el interés general ya fue afectado, precisamente por intervención torpe de los diferentes organismos del Estado; sin embargo, y como seguramente es consciente el Tribunal Arbitral, la decisión que está a punto de tomar realmente tiene repercusiones mucho más allá de este Contrato, y que va a tener una huella positiva o negativa en los futuros contratos de APP que realice el Estado, y de manera particular, en la confianza de los particulares que hacen realidad tales proyectos, a través de la inversión en los mismos.

[266] Jeze, Gastón. "Principios generales del derecho Administrativo". Editorial De Palma. Buenos Aires. Tomo I
[267] Bercaitz, Miguel Ángel. "Teoría General de los Contratos Administrativos" Editorial de Palma. Buenos Aires. pp. 143 a 184

En ese sentido, es importante aclarar en este punto específico que nuestra intención no es que el Tribunal Arbitral no cumpla con su deber, sino que, por el contrario, sea riguroso en la aplicación del mismo, teniendo en consideración los diferentes intereses públicos que se yuxtaponen en el presente litigio.

Ahora bien, ya del asunto que nos ocupa, podemos materializar de manera absolutamente clara la forma como se propone que deba fallar el tribunal arbitral, considerando los hechos probados dentro del proceso, y al mismo tiempo el marco jurídico.

Así, es claro, y no está puesto en duda, que los hechos confesados por los señores Gabriel García y Luiz bueno, son total y absolutamente contrarios a la ley; lo anterior, se insiste, no está puesto en discusión, y resultaría absurdo ir en contra de estos.

Lo que se discute entonces, son los efectos que ese acto ilícito pudo tener en el contrato mismo, considerando que el Contrato de Concesión 001, tenía por objeto la construcción y adaptación de una vía, en unas condiciones y con una calidad definida específicamente dentro del acuerdo.

Así, en primer lugar, es evidente que el Contrato de Concesión 001, no tenía ni podría tener un objeto ilícito; muy por el contrario, el objeto del contrato era el de satisfacer el interés general asociado a la necesidad de contar con vías que permitieran la conexión de los centros de consumo con los puntos de producción e importación, que permitieran, al decir del gobierno de turno, mejorar la competitividad del país en materia de transporte.

¿Puede ese objeto ser de alguna manera ilícito o contrario a derecho?

La respuesta necesariamente es que no, y no lo es porque fue suscrito por el Estado, institución que por naturaleza y en principio actúa procurando el interés general de los ciudadanos y además, porque el objeto mismo refleja de la mejor manera, la materialización del interés general.

Así, señala el artículo 1517 del Código Civil, que el objeto es todo aquello que muestre la declaración de voluntad de una o más cosas, que se trata de "dar, hacer o no hacer", que en el caso del Contrato de Concesión 001 están determinadas por las obligaciones que las partes asumieron con la suscripción del mismo. De un lado, conseguir la financiación del proyecto, y proceder a la construcción, ampliación, mantenimiento y demás obligaciones de la CRS, y al mismo tiempo la de realizar las reservas asociadas a las vigencias futuras para efectos de garantizar el pago del mismo, en cabeza por supuesto del Estado.

Las obligaciones generales en cabeza de las partes estaban contenidas de manera clara en el Documento de Estudios Previos, que forma parte del proceso de contratación. En efecto señaló lo siguiente:

> Concesión según corresponda: (i) las obligaciones señaladas en los respectivos contratos que deberán ejecutarse durante la fase de preconstrucción; (ii) las obras de construcción y rehabilitación, cumpliendo plenamente con lo previsto en las especificaciones técnicas y los demás documentos que hacen parte de los contratos, (iii) las obligaciones de mantenimiento, cumpliendo plenamente con lo previsto en las especificaciones técnicas y los demás documentos que hacen parte de los contratos; y (iv) las obligaciones de operación conforme a las especificaciones técnicas. Las obligaciones mencionadas son todas obligaciones de resultado a cargo del constructor y los concesionarios respectivamente. El alcance físico de cada uno de los sectores aparece indicado en los respectivos apéndices.
>
> La contraprestación de los concesionarios consistirá en (i) los aportes del INCO al patrimonio autónomo constituido para el efecto en los términos señalados en el contrato respectivo y (ii) el recaudo de las estaciones de peaje en los términos señalados en el Pliego y los respectivos contratos, este último únicamente para los sectores 2 y 3.

En ese sentido, es absolutamente claro, que ninguna de las obligaciones de "dar hacer o no hacer" incluidas en el Contrato para cualquiera de las Partes, puede ser considerada como un objeto ilícito, en la medida que no contraviene el orden público (CC. Art. 1519), ni tampoco norma alguna que prevenga la ejecución de este (CC. Art. 1523).

Si se asume, que el objeto del Contrato es ilícito, se tendría que aceptar igualmente que, dentro del acervo probatorio es claro que el Estado suscribió a través de un representante el Contrato, y que lo hizo a sabiendas del ilícito, lo que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1525 del Código Civil,

sumada a la interpretación constitucional que la Corte Constitución hizo del mismo, implicaría que este perdería el precio, y que no podría repetir en contrato del Concesionario.

Ahora bien, lo mismo puede afirmarse respecto de la causa del contrato, y de las posibles acusaciones que se pudieran derivar frente a una eventual "causa ilícita".

En este punto específico, es importante recordar que, cronológicamente es absolutamente imposible que el Contrato de Concesión 001 hubiese tenido como causa el ilícito ejecutado por el entonces director del INCO y el señor Luiz bueno, fundamentalmente porque, como se dijo con anterioridad, el contrato fue fundamentado y estructurado con mucha anticipación a la fecha en que efectivamente se acordó el ilícito, y mucho antes de que el ilícito efectivamente se consumiera a través del pago de los sobornos.

Así, el artículo 1524 del Código Civil, determina de manera clara que, "*se entiende por causa, el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley o contraria a las buenas costumbres o al orden público*", siendo claro que, en el Contrato de Concesión 001 no puede hablarse de causa ilícita derivado precisamente del ilícito que ejecutaron los señores García y Bueno.

Lo anterior es así, en primer lugar, porque al decir de los partícipes del ilícito, el "ilícito" mismo no tenía como objetivo que se suscribiera el Contrato de Concesión 001, sino, que el funcionario no se prestará para actos de corrupción que interrumpieran el normal desarrollo del proceso, mediante actos tales como la modificación abrupta de los términos de referencia, o una calificación indebida para validar experiencias que en efecto, de acuerdo con los términos de referencia, y el proceso de preguntas y respuestas, no era permitido.[268]

En segundo lugar, porque el ilícito no tuvo que ver en las consideraciones que el Estado tuvo en cuenta, para efecto de abrir la contratación bajo el esquema de APP, no solamente porque cronológicamente esto no es posible, sino porque adicionalmente no existe nada que así lo determine. Se reitera que la causa clara del Contrato, fue establecida en el documento Estudios Previos, y ésta está perfectamente alineada con lo que es considerado sin duda alguna, un interés general[269].

La escogencia de la entonces Promesa de Sociedad Futura Concesionaria Ruta del Sol, fue el desenlace lógico que se dio en ese proceso, cuando se aplicó de manera juiciosa tanto los requisitos de carácter financiero y técnico, así como la experiencia que requería el proceso para asegurar de la mejor manera posible, el cumplimiento de los cometidos estatales.

De acuerdo con lo anterior entonces, resulta totalmente claro que, el ilícito en la forma como sucedió, no tiene un nexo causal directo o indirecto, ni con el objeto, ni con la causa del contrato de concesión, y por el contrario, es clarísimo que este tenía como motivación y por ende como causa, el cumplimiento de un cometido estatal claramente definido por el Estado, y tenía por objeto la materialización de las actividades necesarias para satisfacer el mismo.

3.3. De la Sociedad EPISOL S.A.S.

Por su parte, en sus alegatos de conclusión, esta sociedad, por conducto de su apoderada señaló lo siguiente:

"**D. LA INEXISTENCIA DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN.**

"**1. De la nulidad de los contratos públicos, su régimen jurídico y tratamiento jurisprudencial**

[268] En ese sentido, tal y como consta en el acta de calificación, la propuesta de OHL no cumplía con los requisitos de los Términos de Referencia, y el otro Grupo Liderado por los Nule, pretendió validar como experiencia aquella de un socio en ferrocarriles, experiencia esta que claramente no fue validada.

[269] Croley, Steven. "Regulation and Public Interest. The possibility of Good regulatory government". Princeton University Press. 2008

Con apoyo en instituciones propias del derecho privado, en la contratación pública se adoptó la figura de la nulidad de los contratos estatales, sancionando con invalidez aquellos negocios jurídicos en los que exista un vicio sustancial de legalidad originario[270].

No sobra comentar que hay lugar a establecer los caracteres de la nulidad así:

a) Constituye una sanción, por corresponder a una conducta indebida, que contraría determinada disposición legal;

b) Debe ser de carácter legal, porque su fundamento es el quebranto manifiesto de un precepto de orden superior[271];

Igualmente señala la doctrina que:

> *"La nulidad, como institución jurídica se relaciona tanto con el vicio que afecta al acto, como con la declaración misma del estado que produce y con los efectos a que el vicio da lugar. Como fuente de anomalía jurídica, la nulidad es:*
>
> *1) Vicio en la entidad del acto; la nulidad es un concepto objetivo, esto es, que existiendo materialmente en el acto su reconocimiento no es el resultado de apreciación subjetiva.*
>
> *2) Determinado el vicio, que la ley señala en forma taxativa, la nulidad debe ser declarada judicialmente.*
>
> *3) Como situación jurídica, la nulidad se refiere al acto ya realizado; cuando el vicio es de cierta naturaleza, compete al juez declarar la nulidad".*

En cuanto al numeral segundo antes citado y tal y como reiteradamente lo ha expuesto la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, las causales de nulidad absoluta, por tratarse de una sanción a ciertas conductas, son de aplicación taxativa e interpretación restrictiva, por lo que el juez que tenga en su conocimiento controversias referentes a la nulidad de un contrato no se encuentra en la libertad de crear o hacer interpretaciones extensivas para encontrar acreditadas causales que no se acrediten en el proceso[272].

Para esos efectos, es necesario acudir a las disposiciones legales en las que se establecen las causales de nulidad de los contratos estatales.

(…)

En el caso del Contrato de Concesión 001 de 2010, se tiene que éste se celebró por personas y entidades jurídicamente capaces para entrar en un acuerdo de voluntades. Adicionalmente, ni la ANI, ni la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., ni alguno de sus integrantes, se encontraba incurso en causal de inhabilidad o incompatibilidad para suscribir el contrato.

A su vez, de acuerdo con la exigencia prevista en el artículo 39 de la Ley 80 de 1993[273], el Contrato de Concesión No. 001 de 2010 consta por escrito, lo cual corrobora el cumplimiento de ley para su existencia.

---

[270] Eduardo A. Zannoni, Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos, Buenos Aires, Editorial Astrea , 1986.

[271] Pedro Antonio Lampresa, Anulación de los actos administrativos de la Administración Pública, Bogotá D.C., Editorial Doctrina y Ley, primera edición, 1996.

[272] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B; Sentencia 20185 de 2011: *Las causales de nulidad absoluta del contrato, como en todo régimen de sanciones, son de carácter taxativo y de interpretación restrictiva, razón por la cual respecto de ellas no cabe la aplicación por analogía, lo cual impone que se encuentren expresamente previstas en la ley.*

[273] Artículo 39º.- De la Forma del Contrato Estatal. Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles, y en general aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad.

Las entidades estatales establecerán las medidas que demande la preservación, inmutabilidad y seguridad de los originales de los contratos estatales.

En este orden de ideas, el Consejo de Estado ha sido incisivo sobre el tema de la taxatividad de las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales, y sobre el particular, de modo reiterativo ha dispuesto lo siguiente:

> *"Con el fin de salvaguardar el principio de legalidad, el interés general, el orden público y de otorgar seguridad jurídica, la ley ha previsto algunas situaciones como constitutivas de nulidad absoluta de los contratos estatales, cuando quiera que no se cumplan los requisitos esenciales para su formación o existencia, las cuales acarrean como consecuencia, la privación de los efectos jurídicos del negocio celebrado en tales condiciones.*
>
> *Las causales de nulidad absoluta del contrato, como en todo régimen de sanciones, son de carácter taxativo y de interpretación restrictiva, razón por la cual respecto de ellas no cabe la aplicación por analogía, lo cual impone que se encuentren expresamente previstas en la ley."* [274]

Asimismo, reitera la Sala lo siguiente:

> *"Advierte la Sala que el pronunciamiento judicial que comporten la nulidad absoluta del contrato, como son el recaer, entre otras, en causales de objeto o causa ilícitas, o como lo entendió el a quo en abuso o desviación de poder están previstas en la legislación para salvaguardar el orden jurídico en aspectos de interés general[28]. Y, cuya justificación, se halla en el fundamento mismo de tal especie de nulidad, establecida como se sabe en interés de la moral, el orden público y el respeto debido a las normas de carácter imperativo.*
>
> *Salta a la vista que en materia de contratación de la administración pública, la institución de la nulidad absoluta debe ser aplicada con el mayor rigor, toda vez que los contratos que celebran las entidades estatales llevan ínsito el principio de legalidad de las actuaciones de la Administración y tienen la impronta del interés general, en la medida en que actualmente el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, consagra que los mismos deben cumplir con los fines de la contratación estatal"*[275]

En este sentido, es evidente que la institución de la nulidad en materia de contratación estatal, exige, como es evidente, un estudio de mayor rigor que la nulidad en los contratos de derecho privado, toda vez que, los contratos que celebran las entidades del Estado, llevan inmerso el principio de legalidad y la impronta del interés general. Un asunto tan mediático como éste, de ninguna manera puede alterar el orden jurídico colombiano, y menos trastocar las posiciones jurisprudenciales fijadas de tiempo atrás por el Consejo de Estado, como resulta palmario en esta sentencia que se cita.

Por tal motivo, el juez del contrato debe hacer un estudio juicioso y a fondo de la causal invocada por la parte que lo hace o de oficio por parte del Tribunal, cuando avizore que la misma puede configurarse, puesto que, dadas las consecuencias de tamaña declaración, debe imponerse la absoluta certeza judicial de su existencia en atención, por sobre todo, al interés público inmerso en el contrato que demanda toda la severidad del juez en su sujeción a las normas de orden público impuestas por el legislador que gobiernan este instituto.

2. De las causales de nulidad invocadas en la demanda de reconvención y su inexistencia en el Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

La declaración judicial de nulidad absoluta del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 fue solicitada por la ANI en la Reforma de la Demanda de Reconvención, como antes se señaló, teniendo como causales supuestamente, el haberse celebrado el Contrato de Concesión No. 001 con desviación de poder del funcionario responsable y por contar el convenio con objeto ilícito.

Es menester destacar, como bien se ha probado a lo largo de este trámite arbitral, que la declaratoria de nulidad del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, **es improcedente** toda vez que no es posible verificar la configuración de causal de nulidad alguna, tal y como se procederá a explicar en este capítulo.

2.1. Del Objeto Ilícito

[274] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B; Sentencia del 24 de marzo de 2011; C.P.: Olga Mélida Valle de De La Hoz.
[275] Ibídem.

En punto al "objeto ilícito" invocado como causal de nulidad del Contrato por el apoderado de la ANI[276], se tiene que la misma está consagrada en el artículo 1519 del Código Civil, disposición según la cual: *"Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación (…)".* Y *"Hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes"*, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1523 Ibídem.

Sin embargo, a efectos de comprensión integral del concepto de "objeto ilícito", resulta necesario acudir a lo dispuesto por la jurisprudencia del Consejo de Estado, para así, sin duda alguna, poder establecer que los hechos acaecidos durante la celebración del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, no constituyen -ni pueden constituir- supuestos de la referida causal. Ha señalado la Alta Corporación que:

> *"Ahora bien, para determinar si un contrato tiene objeto ilícito se deben analizar especialmente las prestaciones pactadas, pues, como se sabe, el objeto de los actos jurídicos "está constituido por el contenido específico de cada acto, determinado por las regulaciones voluntarias de los agentes".* ***Es decir, para determinar la licitud o ilicitud del objeto se debe examinar si las prestaciones pactadas en el contrato, esto es, el objeto del contrato, atentan contra el ordenamiento jurídico o las buenas costumbres, en los términos explicados.***
>
> ***La Sala no ignora que la expresión objeto ilícito, como causal de nulidad del contrato, es un concepto jurídico indeterminado, pero no por eso le confiere al juez del contrato discrecionalidad para decir cuándo hay y cuándo no hay objeto ilícito.*** *Es evidente que la expresión objeto ilícito alude muy particularmente a las mutuas prestaciones que las partes acordaron, prestaciones que devienen ilícitas porque estaba prohibido que se pacten o porque se pactaron para facilitar la violación de otras normas o para perjudicar a terceros. O, al decir de Ospina Fernández, cuando las cláusulas también resultan contrarias al orden público y a las buenas costumbres.*
>
> *Lo ilícito, en consecuencia, debe predicarse de una, varias o todas las obligaciones asumidas por las partes, pues estas obligaciones son el objeto del contrato"*[277]. (Resaltado y negrillas fuera del texto)

Establecido, conforme a la jurisprudencia en cita, el concepto de objeto ilícito como causal de nulidad de los contratos estatales, es necesario puntualizar que las restricciones que encuentra el fallador en cada caso en concreto, son de imperativa observancia, por lo que, y en consonancia con lo hasta lo aquí expuesto, le está vedado aplicar causales no contempladas en la ley y de igual manera, realizar interpretaciones extensivas de las normas a efectos de pretender ilegítima y reprochablemente adecuar las circunstancias de cada caso en las causales legales de nulidad contractual. Se trata aquí de estipulaciones de interpretación restrictiva que no admiten su extensión a supuestos fácticos no previstos expresamente en ellas.[278]

Por lo que refiere a la legalidad de las prestaciones a efectos de determinar la legalidad del negocio jurídico, es necesario atender al contenido prestacional del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, celebrado entre la CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. y el entonces INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO, según el cual:

> ***"SECCIÓN 1.02. Objeto***
>
> *El objeto del presente Contrato es el otorgamiento de una concesión para que de conformidad con lo previsto en el numeral 4 del artículo 32 de la ley 80 de 1993, el Concesionario, por su cuenta y riesgo, elabore los diseños,*

[276] Pretensiones demanda de reconvención: *"Primera. – Declare 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., cuyo objeto es que ésta ultima, 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 Vial Ruta del Sol, comprendido entre Puerto Salgar y San Roque."*. Por su parte, dentro de las razones expuestas en la demanda de reconvención para argumentar el supuesto objeto ilícito, la convocada señala que: *"Cuando se vulneran normas imperativas como lo son las que consagran los principios orientadores de la contratación estatal, el respectivo contrato adolece de objeto ilícito y, por ende, queda afectado de nulidad absoluta… No se necesitan muchas explicaciones y extensas elucubraciones para concluir que un contrato que se (Sic) fruto de actos de corrupción y de conductas violatorias de la ley constitutivas de delitos, es un contrato que adolece de objeto ilícito por la violación sistemática, directa, frontal y evidente de todas las normas legales de carácter imperativo y de orden público que consagran los principios orientadores de la actividad contractual del Estado"*

[277] Tribunal Arbitral de Consorcio Vías del Cabrero y sus Integrantes contra Empresa de Desarrollo Urbano de Bolívar S.A., Laudo del 90 de Mayo de 2018, Cámara de Comercio de Cartagena

[278] Artículo 38, Código Civil

financie, obtenga las Licencias Ambientales y demás permisos, adquiera los Predios, rehabilite, construya, mejore, opere y mantenga el Sector.

(a) La contraprestación del Concesionario consistirá en (i) los Aportes del INCO al Patrimonio Autónomo en los términos señalados en la Sección 13.03 del Contrato, y (ii) los ingresos provenientes del recaudo del Peaje, en los términos señalados en la Sección 13.05 del presente Contrato.
(…)"[279]

No es posible predicar nulidad alguna respecto del Contrato de Concesión por "objeto ilícito", toda vez que su contenido obligacional, comprendido en su objeto, NO está prohibido por las leyes, ni tampoco se incurre en contravención alguna del derecho público y más aún, cuando se trata de un contrato que expresamente se encuentra permitido y tipificado en el estatuto contractual público[280] y el cual fue ejecutado por un espacio cercano a siete (7) años, hasta la terminación de mutuo acuerdo y en forma bilateral que hicieron las partes por orden de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Otro punto a tener cuenta en el análisis que abordará el Tribunal en punto al invocado "objeto ilícito" como causal de nulidad, es el supuesto según el cual -en el sentir de la demandante en reconvención- en la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 se incurrió, a raíz de la realización de actividades delictivas en el curso del proceso de licitación que antecedió al contrato, en violación de los principios de planeación, selección objetiva y transparencia[281].

Sobre el particular, vale la pena aclarar que no siempre, cuando se produzca violación de alguno de los principios que gobiernan el procedimiento de selección de contratistas estatales, se está en presencia -de modo automático, como parece entenderlo la ANI- en ilicitud del objeto contractual. Sobre este particular, ha precisado el Consejo de Estado:

"(…) cuando la ley de contratación estatal dispone que en el proceso de selección del contratista debe tenerse en cuenta el principio de transparencia y el deber de selección objetiva, la elusión de estos mandatos comporta una transgresión al orden legal que conduce a la nulidad absoluta del contrato.

Si lo primero, es decir no se observa el principio de transparencia, se genera una nulidad absoluta por objeto ilícito porque de acuerdo con el derecho común esto es lo que se configura en todo acto que contraviene al derecho público; si lo segundo, esto es se incumple el deber de selección objetiva, se produce una nulidad absoluta por celebrarse el contrato con abuso o desviación de poder". [282] (Negrillas fuera del texto original).

En el proceso licitatorio que antecedió la suscripción del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, como se ha probado, **NO SE DIO NI LO UNO NI LO OTRO.** En efecto, se dio estricto cumplimiento a los principios de transparencia y selección objetiva; en el procedimiento de licitación pública que precedió la celebración del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, se respetaron la totalidad de los principios que rigen la contratación pública, sin que los hechos de corrupción de Odebrecht los hubiesen vulnerado o violentado. En consecuencia, en lo que hace a la eventual

[279] Cuaderno de Pruebas No. 1; Folio No. 17

[280] Ley 80 de 1993, "Art. 32: De los Contratos Estatales. "*Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación.*
4o. Contrato de concesión
Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden".

[281] Al respecto del principio de transparencia ha dicho la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado en sentencia del 18 de mayo de 2017, Rad. No. 54480. M.P. Jaime Orlando Santofimio, que: *En efecto, como desarrollo, entre otros, del principio de transparencia se impone que la escogencia de los contratistas esté precedida de un conjunto de reglas que rijan todo el proceso de selección y adjudicación, así como todo lo atinente al contrato que se proyecta celebrar, de tal suerte que queden definidos de antemano y de manera clara y objetiva todos los aspectos jurídicos, técnicos, económicos y financieros del negocio jurídico cuya celebración se persigue, conjunto de reglas este que se contiene precisamente en el pliego de condiciones y por consiguiente este se constituye en una regulación que cobija imperativamente a todo el iter contractual*". Como ya se ha adelantado, en la estructuración del proyecto Ruta del Sol intervinieron diferentes actores, todos de reconocida idoneidad nacional e internacional, que permitieron establecer reglas claras en el proceso de selección, tanto desde el punto de vista jurídico como financieros y técnicos. En esa medida, mal podría predicarse que en la licitación pública que precedió a la celebración del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 se actuó al margen de los postulados que materializan el principio de transparencia.

[282] Consejo de Estado, Sentencia del 27 de enero de 2016, consejero ponente JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

declaración de nulidad por objeto ilícito del contrato en virtud de la violación al principio de transparencia que debe observarse con irrestricto cumplimiento en la celebración de contratos estatales, es dable aclarar que las conductas constitutivas de delitos, que tuvieron como autores a las empresas Odebrecht y ejecutivos suyos, y al entonces Gerente General (E) del INCO, el Sr. GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES, no tuvieron incidencia alguna en el desarrollo de las etapas precontractuales, tales como la Estructuración de los Pliegos de Condiciones, la Licitación Pública y, por ende, en la celebración misma del Contrato.[283]

Por otra parte, en lo que se refiere a la vulneración del principio de selección objetiva, es menester manifestar desde ya - a pesar de que este punto en particular será estudiado en detalle el numeral subsiguiente relativo a la supuesta desviación de poder – que en la celebración del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, igualmente se respetó integralmente el principio de selección objetiva, lo cual se evidencia en que la escogencia de la promesa de sociedad futura Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., tuvo como fundamento único la favorabilidad de su propuesta de cara a las exigencias plasmadas en el pliego de condiciones, por lo que resultó ser la única propuesta calificada como admisible para el Sector II del Proyecto Ruta del Sol, sin que pueda predicarse que por los hechos de corrupción de Odebrecht y del señor GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES se hubiese dejado de escoger la mejor propuesta.

2.2. Del Abuso y Desviación de Poder.

Por otro lado, respecto de la nulidad de los contratos estatales por haber sido celebrados con abuso o desviación de poder, es recurrente la entidad demandante en reconvención en aducir que hubo una violación al principio de selección objetiva en la celebración del Contrato de Concesión No. 001 del 2010, afirmando que dicha transgresión *"(…) indudablemente ocurre en aquellos casos en que durante la licitación se han presentado actos de corrupción"*[284], atribuyendo a este hecho en particular la configuración de la causal invocada.

Agrega también la actora en reconvención, lo siguiente:

> *"En consecuencia, cuando un contrato estatal se celebra como consecuencia de conductas irregulares, ilícitas y delictivas, es claro que se configura una clara desviación del poder, la cual se genera "cuando se está ante la intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa en nombre de la Administración, en la búsqueda de una finalidad contraria a la establecida en las normas que rigen la materia"*[285]

En relación con la causal alegada por la ANI, y como se estableció con anterioridad, la celebración de contratos estatales con abuso o desviación de poder se relaciona, intrínsecamente, con la violación al principio de selección objetiva que debe observarse en la formación y celebración de todo contrato estatal. Lo anterior se encuentra consagrado en el numeral 3º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

Respecto de la configuración de esta causal, la jurisprudencia ha establecido que se trata, además, de una causa ilícita del contrato, por cuanto los motivos y fines que se persiguen con la actuación indebida del funcionario son contrarios al interés general. Sobre el particular, el Consejo de Estado estableció lo siguiente:

> *"Luego, si se entiende que la causa es "el motivo que induce a la celebración del acto o contrato, que la causa ilícita es aquella contraria a la moral, las buenas costumbres, el orden público y en general la prohibida por la ley – art. 1524-." y que* ***la desviación o abuso de poder se configura cuando un funcionario público celebra un contrato con fines diversos a los previstos en la ley, debe entenderse también que la desviación o abuso de poder igualmente se encuadra en la causal de nulidad absoluta del contrato por causa ilícita prevista en el derecho común"***[286]***.*** *(Resaltado fuera de texto)*

[283] Argumento que, bajo la óptica de lo que constituye ilicitud del objeto, abordaremos desde la injerencia que pueda tener una sentencia penal proferida, como en este caso sucede, en la apreciación probatoria que se adelante en un proceso de controversias contractuales.
[284] Reforma de la Demanda de Reconvención; Cuaderno Principal No. 5, Folio No. 75
[285] Reforma de la Demanda de Reconvención; Cuaderno Principal No. 5, Folio No. 75
[286] Consejo de Estado, Sentencia del 27 de enero de 2016, C.P.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Expediente 76001233100020050237100 (49.847)

De igual forma, se ha mantenido por parte de la jurisprudencia que la acreditación de esta causal de nulidad comporta, para quien la alegue, una carga probatoria consistente en demostrar el interés indebido que conlleva a la celebración del acto por parte del funcionario, de la siguiente manera:

> *"La desviación de poder supone la utilización de los poderes, atribuciones o competencias para el logro de una finalidad contraria a los fines para los cuales se otorgaron. Se trata de un vicio que se predica de quien expide el acto administrativo por lo que* ***su prueba requiere de la acreditación de los motivos personales o subjetivos que permearon la expedición del acto****"*[287]*. (Resaltado fuera de texto)*

En ratificación de lo expuesto, el Consejo de Estado, reiterando su posición, ha manifestado que:

> *"Se tiene entendido que para la configuración de la causal de nulidad teniendo como fundamento el abuso o desviación de poder,* ***se requiere que la atribución de que está investido un funcionario, se ejerce, no hacia el fin exigido por la ley, sino en busca de logros diferentes.***
>
> *La desviación de poder consiste en el hecho de que una autoridad administrativa, con la competencia suficiente para dictar un acto ajustado, en lo externo, a las ritualidades de forma, lo ejerce, no con el fin para el cual se le ha investido de esa competencia, sino para otro distinto y* ***quien alega abuso o desviación de poder, debe probarlo a satisfacción***[288]*". (Resaltado fuera de texto).*

En conclusión, para que opere la declaratoria de nulidad de un contrato estatal, por haberse celebrado con Abuso o Desviación de Poder, es necesario la existencia de dos supuestos fundamentales: **(i)** La actuación del funcionario o autoridad administrativa dentro de las competencias que le fueron conferidas y **(ii)** la **prueba indiscutible** del motivo o interés indebido en la celebración del contrato.

En el caso en concreto y, como puede apreciarse en relación con el material probatorio allegado al expediente, no se ha demostrado, fehacientemente, que la celebración del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, se haya realizado con fines o motivos distintos del que exige la norma. En esta medida, si se pretende desvirtuar la causa que llevó a la adjudicación del contrato, y por ende, la celebración del mismo, es indispensable acreditar la violación al principio de selección objetiva, que es en últimas lo que se ataca por parte de la entidad en su demanda de reconvención, con apoyo en la jurisprudencia del Consejo de Estado que así ha determinado el contenido de esta causal de nulidad.

En virtud de lo anterior, es pertinente analizar, según el acervo probatorio que obra en el expediente, si la suscripción del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 fue ajustada a los fines dispuestos por la ley, prestando especial atención al cumplimiento del principio de selección objetiva, el cual permaneció inquebrantado en la etapa de celebración del acto negocial en estudio.

Para estos efectos, se presenta a continuación y a título ilustrativo una línea de tiempo en la cual se evidencia por una parte, el estado del trámite precontractual surtido de manera previa al ingreso del señor GABRIEL GARCIA MORALES al entonces INCO y por otra parte, las actuaciones surtidas con posterioridad a dicha fecha, todo con miras a demostrar que con el estado de avance del procedimiento licitatorio, el señor GARCIA MORALES se encontraba en imposibilidad fáctica de influenciar la escogencia de la Promesa de Sociedad Futura Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., como en efecto NO LO HIZO.

(…)

Tal como se puede apreciar, el procedimiento de licitación pública del Contrato 001 de 2010, contó no solamente con diferentes cuerpos colegiados encargados de realizar las evaluaciones de las propuestas presentadas por los oferentes, quienes fueron finalmente los que definieron su adjudicación a la Promesa de Sociedad Futura Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., sino que ha de estimarse por éste Tribunal que en la estructuración del proyecto intervinieron diferentes actores, situación que imposibilita acceder a la declaratoria de nulidad del Contrato bajo el argumento de que las "coimas" dadas por Odebrecht fueron determinantes en la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

[287] Consejo de Estado, Sección Cuarta, C.P.: Jorge Octavio Ramírez Ramírez, Expediente 11001-03-27-000-2015-00044-00 (21848)
[288] Consejo de Estado. Fallo 20185 de 2011, Sección Tercera Subsección C. Consejera Ponente OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ.

En cuanto a la génesis del Contrato de Concesión de marras, resulta destacable manifestar que el Proyecto Ruta del Sol (en sus tres sectores) data del 6 de marzo de 2006, fecha en la cual se profirió el documento CONPES 3413 en el que se determinó la importancia estratégica en el desarrollo de las concesiones viales y se recomienda al entonces INCO iniciar los procedimientos necesarios para llevar cabo la estructuración del Proyecto y desarrollar los procedimientos precontractuales para celebrar los contratos de concesión requeridos[289]. De igual manera, se recomendó al Ministerio de Hacienda definir los esquemas financieros aplicables al Proyecto y los aportes a efectuar por parte de la Nación[290].

Así pues, también es necesario señalar que producto de las anteriores recomendaciones, el entonces INCO procedió a la contratación de International Finance Corporation - entidad del grupo Banco Mundial - para que llevara a cabo la estructuración del Proyecto, por lo que, una vez realizada la labor encomendada, se profirió el documento CONPES 3751 del 29 de marzo de 2009 en el que se recomendó:

> *"**VII. RECOMENDACIONES***
>
> *El Ministerio de Transporte, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Nacional de Planeación recomiendan al Conpes:*
>
> *3. Encargar al Ministerio de Transporte y al Inco adelantar las acciones necesarias para ejecutar las inversiones propuestas en el presente documento y para la gestión de los trámites de aprobación de las Vigencias Futuras requeridas para la total financiación y ejecución de las obras y su respectiva interventoría, en concordancia con los montos y programas de inversiones propuestos en este documento."*[291]

Bajo el estricto cumplimiento de los requisitos legales, el 10 de marzo de 2009 se publicó en el SECOP el proyecto de Pliego de Condiciones y, posteriormente, el Pliego de Condiciones Definitivo fue publicado el 27 de marzo de 2009.[292]

En este sentido, en la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009 se impusieron requisitos habilitantes lo suficientemente estrictos para que la adjudicación y posterior contratación estuvieran amparadas de

---

[289] *2. Solicitar al INCO: i) Desarrollar la estructuración de los contratos y de los procesos precontractuales según lo previsto en los lineamientos de política para el desarrollo de concesiones viales y para el manejo de riesgo contractual del Estado en proyectos de participación privada en infraestructura.*

[290] *7. Encargar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público completar las tareas de las recomendaciones 5 y 6 entre el 15 y el 30 de abril de 2006. En este sentido, se recomienda al Ministerio de Hacienda y Crédito Público que: i) defina los esquemas financieros requeridos para dar un manejo flexible a los tiempos de las concesiones, buscando maximizar los recursos del sector privado; y ii) establezca los volúmenes de aportes de la Nación o las garantías necesarias en aquellos proyectos que así lo requieran, considerando las restricciones fiscales.*

[291] CONPES 3571 del 9 de marzo de 2009; Págs. 19-20.

[292] Tal como ya se ha anunciado, en el pliego de condiciones de plasmaron de manera detallada y pormenorizada los diversos aspectos tanto técnicos, financieros y jurídicos con los que debían cumplir los oferentes en el proceso de selección, con lo que se demuestra que los requisitos que habían de cumplirse no eran de menor entidad, sino que, dada la importancia estratégica del proyecto, en el pliego, se establecieron una serie de factores que garantizaran tanto la idoneidad del futuro Concesionario como otros destinados a garantizar la materialización de los principios rectores de la actividad precontractual pública, en particular, el de selección objetiva:

"5.1.1. Los Proponentes del Sector 2 deberán acreditar que han participado en por lo menos una (1) Concesión de Proyectos de Infraestructura dentro de los últimos quince (15) años contados a partir de la fecha de apertura de la Licitación.

5.1.3. Para efectos de lo señalado en el literal (b) del numeral 5.1.2. anterior, será válida la experiencia del Proponente que haya obtenido financiación del (a) Sector Financiero o (b) mercado de capitales (nacional o internacional) o (iii) una combinación de las dos anteriores alternativas, de (i) dos (2) Concesiones de Proyecto de Infraestructura cuyo valor de financiación haya sido de por lo menos DOSCIENTOS MILLONES DE DÓLARES (USD$200.000.000), cada uno ; o (ii) una (1) Concesión de Proyectos de Infraestructura cuyo valor de financiación haya sido de por lo menos TRESCIENTOS MILLONES DE DÓLARES (USD$300.000.000).

5.1.6. Los Proponentes podrán acreditar experiencia obtenida bajo figuras asociativas con terceros incluyendo patrimonios autónomos (pero no Fondos de Capital Privado[292]), siempre que la participación del Proponente en dicha figura asociativa hubiere sido de al menor el treinta por ciento (30%).

5.3. PATRIMONIO NETO DESCONTANDO VALORIZACIONES.

5.3.1. El Proponente deberá contar con un Patrimonio Neto descontando Valorizaciones mínimo de TRESCIENTOS CINCUENTA MILLONES DE DOLARES (USD$350.000.000) según sus Estados Financieros con corte al 31 de diciembre de 2008 o al último cierre ordinario, según corresponda.

5.3.2. En las Estructuras Plurales, se podrán sumar los Patrimonios Netos de los miembros de la misma, sin embargo al menos uno de los MAP deberá contar con un Patrimonio Neto descontando Valorizaciones mínimo de CIENTO CUARENTA MILLONES DE DOLARES (USD$140.000.000) y los miembros restantes que tengan un porcentaje de participación de mínimo veinte por ciento (20%), incluyendo los demás MAP, sumarán aritméticamente sus respectivos Patrimonios Netos al del MAP. Los demás miembros de la Estructura Plural que tengan una participación inferior al veinte por ciento (20%) sumarán de manera proporcional a su participación en la Estructura Plural.

5.4. FLUJO DE CAJA OPERATIVO.

5.4.1. El Proponente deberá acreditar un Flujo de Caja Operativo mínimo de SETENTA Y CINCO MILLONES DE DÓLARES (USD$75.000.000), lo cual debe constar en los Estados Financieros del Proponente.

5.4.2. En una Estructura Plural un MAP deberá tener como mínimo un Flujo de Caja Operativo de TREINTA MILLONES DE DOLARES (USD$30.000.000) y los miembros restantes que tengan un porcentaje de participación de mínimo veinte por ciento (20%), incluyendo los demás MAP, sumarán aritméticamente sus respectivos Flujos de Caja Operativo al del MAP. Los demás miembros de la Estructura Plural que tengan una participación inferior al veinte por ciento (20%) sumaran de manera proporcional a su participación en la Estructura Plural".

legalidad, que no permitiera injerencia de ningún funcionario, así fueran éstos de la calidad de los que hoy en día se encuentran cuestionados por la justicia penal colombiana, ya que no cualquier proponente podía cumplir con estos exigentes requisitos, como podrá verificarlo el Tribunal en la revisión de la etapa precontractual.

Por lo que se refiere a la participación del señor GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES en el entonces INCO, resulta claro que su llegada a la Entidad fue el 20 de septiembre de 2009, es decir, cuando ya se contaba con la estructuración definitiva del Proyecto, y con los Pliegos de Condiciones, igualmente definitivos, que gobernarían el proceso de selección. En consecuencia, las reglas del proceso de selección estaban plenamente definidas, determinadas e inamovibles, especialmente los requisitos habilitantes y los factores de evaluación y de calificación de ofertas[293], sin que en su confección nada hubiese contribuido el señor GABRIEL IGNACIO GARCIA MORALES o los miembros de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. Esta situación dista enormemente del rol activo y determinante que sí tuvo el INCO (sin García Morales) en la elaboración y posterior aprobación de la totalidad de Estudios Previos, Prepliegos, Pliegos de Condiciones y demás documentos relevantes en la etapa precontractual, con el único fin de acatar las recomendaciones del CONPES 3571, por lo que, HOY LA ANI, integralmente considerada, está yendo en contra de sus propios actos al solicitar la nulidad absoluta del Contrato de Concesión, por afirmar manipulaciones, por demás inexistentes, en su propia gestión, de documentos generados con su activa participación -no del funcionario acusado- y tachando de ilicitud un procedimiento en el que tanto celo y empeño puso por garantizar su transparencia. No está de más resaltar que la ANI es sucesora del INCO en sus derechos y obligaciones.[294]

Como ya se ha adelantado, el 20 de septiembre de 2009, ingresó al INCO el señor GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES en calidad de Gerente General (E) de la Entidad, fecha que resulta de gran preponderancia a efectos de determinar el rol desplegado por este funcionario y desde luego, su nula injerencia en la adjudicación del Proyecto. Es decir, el señor GARCÍA MORALES ingresa al INCO de manera previa a la presentación de las propuestas.

En el procedimiento de selección se presentaron tres ofertas para la adjudicación de las obras a contratar en el Sector 2 de la Ruta del Sol:

- VIAS DEL SOL AUTOPISTAS S.A. PSF.
- ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD DUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.
- UNIÓN TEMPORAL CONCESIÓN RDS

Como se puede notar, en cumplimiento de la ley y en aras de garantizar la legalidad del trámite licitatorio, mediante el Acta del 29 de octubre de 2009 se designó el Comité Evaluador de las propuestas, cuya finalidad era precisamente efectuar una valoración objetiva de las ofertas teniendo en cuenta los requisitos habilitantes y criterios de selección contenidos en el Pliego de Condiciones.

De acuerdo con la prueba documental aportada al expediente arbitral, se evidencia que en el proceso de selección, se adoptaron medidas que incluso iban más allá de la dispuesto en la ley, lo que sin duda alguna se observa con claridad en la Resolución No. 593 del 29 de octubre de 2009 del entonces INCO, mediante la cual se nombró un Comité Asesor Especial, para que colaborara mancomunadamente con el Comité Evaluador, que debía integrarse por miembros del estructurador (IFC), función que hacía parte de su contrato. Así, tampoco en su integración tuvo, ni pudo tener, injerencia alguna el sr. García Morales.

Producto de lo anterior, el 9 de diciembre de 2009, una vez revisadas y evaluadas las propuestas para el Sector 2, se procedió a la publicación del *"Informe de Evaluación Definitivo"* por medio del SECOP, el cual fue realizado por el comité evaluador de la Licitación Pública, integrado por reconocidas firmas y entidades del orden nacional e internacional, y el cual arrojó los siguientes resultados:

[293] En cuanto corresponde a las modificaciones de las que fue objeto el Pliego de Condiciones, basta efectuar un simple análisis de las mismas, para evidenciar con total claridad que con posterioridad al 20 de septiembre de 2009, si bien, hubo tres modificaciones a los pliegos, ninguna de ellas hacía referencia condiciones trascendentales, por el contrario, su objeto fue realizar ajustes de mero trámite que en nada afectaron los factores de habilitación y/o calificación de las propuestas.
[294] Decretos 4165 de 2011 – Decreto 1745 de 2013

PROPONENTE	CALIFICACIÓN
VIAS DEL SOL AUTOPISTAS S.A., PSF	NO ADMISIBLE
ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.	ADMISIBLE
UNIÓN TEMPORAL CONCESIÓN RDS	RECHAZADO

Se tuvieron en cuenta para tal determinación, los requisitos habilitantes consagrados en el Pliego de Condiciones y desde luego su acreditación en cada una de las propuestas presentadas. De dicho ejercicio, concluyó el Comité Asesor y desde luego el Comité Evaluador que VIAS DEL SOL AUTOPISTAS S.A. no cumplía con los parámetros establecidos en el Pliego de Condiciones. Especial atención merece tal calificación, en la medida en que se ha insinuado que dicha consideración redundó en un beneficio injustificado de la Promesa de Sociedad Futura Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., argumento que no encuentra asidero en el material probatorio aportado al proceso, si se tiene en cuenta la claridad del Pliego de Condiciones y el error evidente en que incurrió VIAS DEL SOL AUTOPISTAS S.A. en la estructuración de su propuesta, advertidos por el Grupo Evaluador y confirmados por el Comité Asesor.

El Pliego de Condiciones (numeral 7.4.1.) reguló lo relativo al cumplimiento de requisitos habilitantes cuando un proponente decidiera presentar propuestas en varios sectores de la Ruta del Sol, así:

> *"7.4. INSUFICIENCIA DE LOS REQUISITOS HABILITANTES EN VARIOS SECTORES.*
>
> *7.4.1. Durante la evaluación de los Requisitos Habilitantes, el comité evaluador determinará si los Requisitos Habilitantes acreditados son suficientes, en los términos de los requisitos señalados en estos Pliegos, para participar por el número de Sectores optado por el Proponente. En caso de no cumplir con lo previsto en el presente Pliego la oferta no será admitida."*

En virtud de lo anterior, a la fecha de presentación de las propuestas, la PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA VÍAS DEL SOL AUTOPISTAS S.A. PSF presentó oferta con **economía de escala** para los sectores 1 y 2, por lo que, de acuerdo al Pliego de Condiciones, debía cumplir con los requisitos habilitantes en estos dos sectores, so pena que, si llegaba a incumplir en uno de éstos, automáticamente sería considerado no admisible en el otro.

En relación con la acreditación de la experiencia, en el Pliego de Condiciones se hizo énfasis en el sentido que serían tenidos en cuenta aquellos contratos cuyo objeto implicara la ejecución de las actividades establecidas en el literal bbb) del numeral 1.4.[295] del Pliego de Condiciones; sin embargo VÍAS DEL SOL AUTOPISTAS S.A. PSF pretendió que se tuvieran en cuenta contratos con objetos propios de la industria ferroviaria, los cuales no eran admisibles para acreditar la experiencia necesaria para cumplir con los requisitos habilitantes y además otros contratos que pretendía sirvieran para la acreditación de la experiencia, presentaban errores que impedían verificar su real contenido.

En relación con el incumplimiento del requisito habilitante en mención, tanto el Comité Evaluador como el Comité Asesor manifestaron que la propuesta se tenía como no habilitada teniendo en cuenta lo expresamente dispuesto en el Pliego de Condiciones[296].

---

[295] *(a) Generación de Energía, (b) Transmisión de Energía. (c) Distribución de Energía. (d) Agua Potable. (e) Saneamiento Básico (f) Carreteras. (g) Puertos. (h) Aeropuertos. (i) Infraestructura Vial de Sistemas de Transporte Masivo de Pasajeros. (j) Transporte de Hidrocarburos. (k) Transporte de Gas.*

[296] En cuanto a la no habilitación de VÍAS DEL SOL AUTOPISTAS S.A., el Comité Evaluador en el Informe de Evaluación del 24 de noviembre de 2009 señaló que teniendo en cuenta que se pretendía acreditar experiencia con contratos cuyo objeto no se encontraba en lo dispuesto en el literal bbb) del numeral 1.4 del Pliego de Condiciones y las falencias presentadas en otros dos contratos, la propuesta resultaba no admisible, así: *Situación ésta que fue precisada en la OCTAVA RONDA DE PREGUNTAS Y RESPUESTAS publicada en el SECOP el 14 de octubre de 2009, como consta en las respuestas 32 y 156, por tanto los contratos de orden 1 y 2 NO CUMPLEN los requisitos previstos en el numeral 4.1.1. del Pliego de Condiciones.*

Por su parte, el Comité Asesor manifestó que: *El INCO considera que la experiencia en construcción de ferrocarriles y metro no corresponde con la complejidad de obras de construcción asociadas con los sectores incluidos en la definición de sector de infraestructura que se utiliza para acreditar experiencia en construcción en general (…) Teniendo en cuenta lo anterior el proponente observado no cumplió con el requisito de habilidad del numeral 7.1 combinación escogida por él para participar en el presente proceso, toda vez, que no acreditó la experiencia en construcción en general, solicitada en el capítulo VII de los pliegos de condiciones, no acreditando, ni cumpliendo así con los requisitos habilitantes suficientes requeridos en el proceso. (…) Sorprende entonces que el proponente objetado pretenda habiendo acreditado una experiencia que reiteradamente se le informó que no era admisible para el proceso validar su participación y habiendo optado por la presentación a los sectores 1 y 2 que determinaba requisitos concurrentes y no excluyentes pretenda ahora, que lo que antes era no permitido ahora se vuelva viable mediante la desarticulación interpretativa del pliego de condiciones y menos aún que la administración de, un sentido diferente a su voluntad de participación contenida en la carta de presentación de la oferta, desconociendo la regla establecida en el pliego de condiciones*

Respecto de la propuesta presentada por la UNIÓN TEMPORAL CONCESIÓN RDS, cabe recordar que la misma fue rechazada dado que el proponente decidió no subsanar las solicitudes que le fueran formuladas por la entidad, relacionadas con la garantía de seriedad exigida en el pliego de condiciones

Por lo anterior, por medio de la Resolución No. 641 de 2009, y una vez agotado el proceso de evaluación, con las observaciones y contra observaciones planteadas por los distintos oferentes a las evaluaciones hechas por la Entidad, se procedió a la adjudicación del Sector 2 de la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009, al proponente ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.

Para efectos de resolver la controversia que ha sido planteada por la ANI acerca de la nulidad del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 y con el propósito de explicar que los motivos por los cuales en el proceso licitatorio que condujo a la celebración se cumplió con el principio de selección objetiva, escogiendo la propuesta más favorable para la Entidad, se procede a explicar la razón por la cual, con fundamento en el material probatorio obrante en el expediente arbitral, las actuaciones delictivas desplegadas por el señor GABRIEL GARCÍA MORALES no influenciaron en absoluto la adjudicación del Contrato.

Como bien es sabido, las reglas del proceso de selección ya estaban más que definidas para la fecha en la cual el señor GARCÍA MORALES ingresó al entonces INCO – 20 de septiembre de 2009 -, tal y como se explicó a plenitud en la declaración rendida ante este Tribunal, por manera que con ello se desvirtúa nuevamente que el argumento que la adjudicación del Contrato fue amañada o dirigida a favor de la Promesa de Sociedad Futura Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.:

> *"(…) Los delitos que cometí se dieron en medio del proceso de adjudicación de Ruta del Sol sector 2, fui el encargado de en ese entonces Instituto Nacional de Concesiones alrededor del 20 de septiembre de 2009* ***cuando ya los pliegos se encontraban cerrados y cuando ya el proceso estaba solamente para recibir propuestas y proceder a la adjudicación.***
>
> ***De manera que no tuve ninguna intervención en los temas de pliegos*** *y solo marginalmente como viceministro tuve participación en algunas reuniones de estructuración, especialmente en lo que tiene que ver con las proyecciones de demanda, que es el tema de mi experiencia profesional y algunos temas financieros, pero no tuve ninguna injerencia en los temas de definición de los términos de referencia (…)"*[297] (Resalto y negrilla fuera de texto)
>
> *"DR. BENAVIDES: Yo quiero preguntarle un poco de lo que usted ya ha manifestado esta mañana sobre el proceso de licitación. Usted participó en la elaboración de la Resolución 641 del 15 de diciembre de 2009 por la cual se adjudicaron los tramos de Ruta del Sol sector 2?*
>
> *SR. GARCÍA: Claro que yo la suscribí.*
>
> *DR. BENAVIDES: Pero usted participó en la elaboración de la misma o simplemente la suscribió?*
>
> *SR. GARCÍA: No, yo la suscribí, pero ya tenía el pleno conocimiento de lo que allí se estaba decidiendo,* ***primero, por el informe que recibí de la evaluación y, segundo, por el resultado de la audiencia de adjudicación.***
>
> *DR. BENAVIDES: Usted, frente a ese tema del comité evaluador en la audiencia de adjudicación, manifestó lo siguiente,* ***"La evaluación del proceso fue unánime y no hubo disentimiento sobre sus resultados entre el comité evaluador y el comité asesor especial."*** *Eso fue así?*
>
> *SR. GARCÍA: Sí, en la última decisión obviamente hubo discusiones o conversaciones al respecto, pero en el último informe que me llega a mí de que tanto el comité evaluador como el comité asesor coincidían en la decisión.*
>
> *DR. BENAVIDES: Ese comité asesor estaba compuesto, usted lo manifestó esta mañana, por el doctor Ricardo Hoyos, por el doctor Gustavo Cuberos y por la agente de la IFC, cierto?*

dejarlo admisible en el sector 2. (…) la entidad ratifica la respuesta dada anteriormente, en el sentido, que el proponente no cumple con los requisitos habilitantes para los sectores 1 y 2".

[297] Transcripción del Testimonio del señor Gabriel Ignacio García Morales, p. 10

SR. GARCÍA: Y otros, había otros, había también una abogada de Posse Herrera y Manuel Manoasca que era un funcionario que era viceministro de Minas y otros funcionarios que fueron escogidos de común acuerdo con la IFC.

DR. BENAVIDES: ***Entonces, la pregunta es por qué pedir otro concepto adicional para corroborar lo que esos expertos prestantes en materia de contratación ya habían dispuesto?***

SR. GARCÍA: ***Se refiere al concepto del doctor Hugo Palacios?***

DR. BENAVIDES: ***Del doctor Hugo Palacios Mejía, sí señor.***

SR. GARCÍA: ***Porque, de todas maneras, yo quería tener para mi protección, como funcionario público uno siempre se ve sujeto a auditorías de parte de la Contraloría y de la Procuraduría y yo quería tener para futuras investigaciones, en caso de darse, que no se dieron nunca, el apoyo de un concepto jurídico de una persona de grandes calidades que fuera complementario al que ya habían presentado los evaluadores y el comité asesor."***[298][299](Resaltado y negrillas fuera del texto)

De otra parte, corroborando la nula incidencia que tuvo dentro del proceso de licitación, en el testimonio rendido por el Sr. **GARCIA MORALES** en audiencia celebrada el día 26 de febrero de 2018, donde relató sobre su relación y las conversaciones mantenidas con el Sr. **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, el más alto funcionario de Odebrecht en Colombia, manifestó lo siguiente:

*"**SR. GARCÍA**: (…) Luego, en una reunión clandestina que tuvimos,* ***él me hizo una oferta concreta de que, si yo me aseguraba de que no hubiera intervenciones indebidas en el contrato****, ellos estaban dispuestos a darme una compensación, digo compensación, porque los términos en que lo refirió eran esos, yo reconozco que no era más que un soborno disfrazado de una buena expresión, pero su solicitud* ***fue en términos de que se acogiera lo que estaba establecido en los pliegos y que se respetara el proceso licitatorio como tal****. Esto fue después de presentadas las propuestas, que ellos tenían la total seguridad de que difícilmente alguien podía competir con ellos en esas condiciones.*

Posteriormente, cuando salió el primer informe de evaluación él me ratifica diciendo que los otros 2 proponentes, algunos habían cometido no solamente errores, sino falsedades y otro proponente, específicamente OHL había cometido un error en la presentación de la propuesta, o no un error, sino una decisión que le restaba puntos en la calificación técnica, ***él en todo momento insistió en que yo debía acoger lo que estuviese respaldado por la Procuraduría y la Contraloría*** *de ese entonces y para efectos de esta evaluación yo determiné crear* ***mediante resolución un grupo asesor especial conformado por diferentes especialistas****. (…)*[300]

(…) La función de ese comité asesor era dirimir diferencias o inquietudes que se presentaran al interior del comité evaluador, porque en todo momento lo que se esperaba de esa evaluación es que fuera consensuada, es decir, que no hubiese ninguna diferencia de alguno de los miembros, ese comité conceptuó sobre aquellas cosas en las que tuvo duda el comité evaluador, específicamente la razón por la cual las personas de OHL quedaban descalificadas, el comité aceptó las recomendaciones de ese consejo asesor, porque los conceptos de ese comité no son vinculantes, pero el comité evaluador decidió aceptar.

---

[298] Transcripción del Testimonio del señor Gabriel García Morales; p. 26

[299] Si bien es cierto que durante el curso del proceso, ya ha quedado claro que la adjudicación del Contrato No. 001 de 2010 se dio de acuerdo a los parámetros establecidos en el pliego de condiciones, sin que para la misma hubiese sido relevante el rol del señor Gabriel Ignacio García Morales, no es menos cierto que la descalificación de VÍAS DEL SOL AUTOPISTAS S.A. obedeció al incumplimiento de las reglas fijadas para la participación en el proceso de selección, tanto así que obra en el expediente el concepto rendido por el Dr. Hugo Palacios en el que se corrobora lo evidente, es decir, que la propuesta presentada por VIAS DEL SOL AUTOPISTAS S.A. no podía resultar adjudicataria del proceso de selección por incumplir con las reglas prestablecidas en Pliego de Condiciones: "*Así las cosas, si el comité evaluador determina que dicho proponente no cumple con la totalidad de los requisitos habilitantes exigidos en el Capitulo VII para ofertas que incluían varios sectores de modo conjunto, y en particular para los sectores 1 y 2 en conjunto, su propuesta, según el numeral 7.4.1 debe considerarse insuficiente para participar por los sectores optados por el proponente. Y la oferta no será admitida. (…) Encuentro que las consecuencias previstas en el numeral 7.4.1. son claramente distintas de las que contempla el numeral 7.4.2., para el evento de una o más propuestas por un sector individual sin economía de escala; por lo tanto, la consecuencia de haber presentado una propuesta conjunta para varios sectores con economía de escala es la obligación de cumplir con la totalidad de los requisitos habilitantes previstos para ese evento, y la imposibilidad de obtener una evaluación de requisitos como si sólo se hubiese presentado propuesta para un sector individual y sin economía de escala".*

[300] Página No. 12 de la transcripción de la declaración del señor García Morales.

> ***El resultado final, luego de haber recibido todas las observaciones e inquietudes por parte de los participantes, de la Procuraduría y de la Contraloría, era que quedaba adjudicada a Odebrecht, al consorcio en el cual participaba Odebrecht.*** *De manera que la intención que él tenía era, en sus palabras, que algunos de los participantes tuvieran influencias indebidas como las que él mismo estaba realizando, como se lo he narrado a la Fiscalía (…)"*[301] (Resalto y negrilla fuera de texto)

Asimismo, el ex Gerente General (E) del INCO, en respuesta a las preguntas realizadas por la Señora Arbitro doctora CATALINA HOYOS, ratificó lo dicho frente a la inexistencia de injerencia alguna en la adjudicación que fue favorable a la PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL Al respecto expuso el ex funcionario:

> *"**DRA. HOYOS:** Quiero que sea más preciso. Qué era lo que usted tenía que hacer, porque según usted acaba de decir, lo único que tenía que hacer era no atravesarse, eso fue lo que le entendí. Usted no tuvo ninguna participación directa ni ejerció ningún comportamiento tendiente a que la licitación fuera efectivamente adjudicada a Odebrecht. Le pido que lo ponga en sus palabras y precise ese punto?*
>
> ***SR. GARCÍA:** Quiero dejar absoluta claridad sobre ese tema, porque como lo ha podido comprobar la Fiscalía y desafortunadamente algunos medios han tratado de manipular la información diciendo que hubo una intervención mía en la estructuración de los pliegos, quiero dejar absoluta claridad, porque entiendo que algunos de esos medios están involucrados también en estos hechos, algunos, no todos, **a mí nunca se me solicitó ni manipular los pliegos, lo cual no pude hacer, entre otras cosas, porque mi cargo comienza el 20 de septiembre y la estructuración fue responsabilidad del IFC y nunca se me exigió que me apartara ni de la ley de contratación ni de los pliegos de condiciones.***
>
> *Lo que se me pidió fue **que fuera garante de que se diera la adjudicación en los términos de los pliegos y de la ley** y nuevamente insisto en que lo que se me dijo fue que tenían mucho temor de que hubiese intervenciones de terceros, en otras palabras, ellos estaban pensando que había otras firmas que estaban haciendo lo mismo que ellos y la prueba de ello es que la firma OHL, la única que fue eliminada por error y no por ilegalidades ni falsedades, como sí lo fueron los señores Nule, esa firma no demandó la adjudicación, a pesar de que sí manifestó que…(sic)*
>
> *(…) Sí, la firma OHL que fue eliminada por unos errores que detectó el comité evaluador, la mayor prueba de que sí se ajustó a la ley la adjudicación fue que ellos no demandaron, teniendo el derecho de demandar, ellos pudieron haber demandado su adjudicación y no lo hicieron, pero en fin, la Fiscalía ha podido comprobar y quiero aclarar que quien hace esta asunción soy yo, ellos pensaron que había alguna interferencia en la adjudicación por parte de otros funcionarios y les preocupaba que esa interferencia diera al traste con su objetivo de ser los adjudicatarios de la Ruta del Sol.*
>
> *Si mal no recuerdo, hubo varias comunicaciones, por ejemplo, hubo una comunicación que envió OHL donde le hacía copia al secretario general de presidencia y ellos interpretaron eso como que OHL tenía una cercanía con presidencia a través de ese funcionario y probablemente podría intentar interferir en la adjudicación, quiero aclarar que nunca tuve ninguna intervención por parte de ese funcionario, pero sí hubo varias señas que a ellos los hacía pensar que había otros intereses en la adjudicación que iba en contravía de sus intereses de ser los adjudicatarios de dicha licitación".*[302] (Resalto y negrilla fuera de texto)

Ahora bien, en cuanto al interrogatorio absuelto por el Sr. García Morales, en el transcurso del presente Tribunal, se le interrogó sobre la necesidad que tenía Odebrecht de hacer entrega de dádivas para la adjudicación favorable del proyecto Ruta del Sol Sector II, respecto de lo cual manifestó a la pregunta formulada por el apoderado de la ANDJE:

> ***"DR. GALLEGO:** La última pregunta. De acuerdo con lo que usted ha expuesto, con la recomendación del comité evaluador de la licitación de Ruta del Sol, con el comité especial, con el concepto de doctor Hugo Palacios Mejía, lo que uno observa es que Odebrecht **no tenía necesidad de pagar un peso para obtener esa licitación. Ese entendimiento es correcto**?*

[301] Página No. 12 de la transcripción de la declaración del señor García Morales.
[302] Páginas No. 15-16 de la transcripción de la declaración del señor García Morales.

> ***SR. GARCÍA:*** ***Para ganar la licitación la verdad es que no tenía necesidad de pagar,*** *esta es mi percepción personal, yo creo que ellos estaban llegando de nuevo al país y estaban buscando una estrategia de posicionamiento en la cual querían tener una relación con funcionarios del sector y lo digo, porque en alguna de las conversaciones con el señor Luiz Bueno, cuando me habló de que estaban haciendo o que iban a hacer unos aportes a la campaña, estaban sujetos a la adjudicación, yo lo entendí como una forma de sugerirme que, si yo actuaba en ese sentido, iba a tener una buena recomendación en cuanto a mi trabajo en el futuro Gobierno.*
>
> *Lo que él no sabía era que yo venía renunciando a la función pública desde hacía más de un año y que me iba a retirar casi enseguida, es decir, él no sabía que yo me retiraba una vez se firmara ese contrato, entonces, yo lo que entiendo es que, primero, era como un seguro por los gastos que habían hecho y querían tener total seguridad de que yo no iba a actuar contrario a sus intereses y, segundo, como una estrategia de posicionamiento, porque me veían como una persona que podía estar en el sector por más tiempo"*[303]. (Resalto y negrilla fuera de texto)

La anterior adjudicación procedió a realizarse al proponente descrito debido a que era el **ÚNICO** admisible como resultado de los informes de evaluación realizados por el comité designado para el efecto, en estricto cumplimiento de los preceptos legales y los principios que rigen la contratación pública en el país. En esta medida, no puede desvirtuarse la causa por la cual fue adjudicado el contrato, que fue el proceso licitatorio mismo, en el cual no hubo injerencia alguna para la desestimación de proponentes cumpliéndose en debida forma con el principio de selección objetiva.

Por lo anterior, no entiende esta apoderada cómo pretende la ANI que el Tribunal Arbitral declare la nulidad del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 por haber sido celebrado con abuso y desviación de poder, cuando la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009 se llevó a cabo con las plenas garantías y cumpliendo con los principios rectores de la contratación estatal, preservando los derechos de todos los proponentes y con una cantidad considerable de expertos en la materia que recomendaron adjudicar el contrato a la **OFERTA MÁS FAVORABLE**, es decir, la de la PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.

Es más, la Licitación Pública fue llevada a cabo con tal legalidad y con las plenas garantías para todos los proponentes que, una vez proferida la Resolución No. 641 que dispone que será la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. la que ejecutará el Contrato de Concesión 001 de 2010, **NINGUNO** de los proponentes de la misma procedió a demandar tal decisión. Lo anterior, fue precisado por el ex Gerente General (E) del INCO en los siguientes términos:

> *"SR. GARCÍA:* ***Sí, la firma OHL que fue eliminada por unos errores que detectó el comité evaluador, la mayor prueba de que sí se ajustó a la ley la adjudicación fue que ellos no demandaron, teniendo el derecho de demandar, ellos pudieron haber demandado su adjudicación y no lo hicieron, pero en fin, la Fiscalía ha podido comprobar y quiero aclarar que quien hace esta asunción soy yo, ellos pensaron que había alguna interferencia en la adjudicación por parte de otros funcionarios y les preocupaba que esa interferencia diera al traste con su objetivo de ser los adjudicatarios de la Ruta del Sol.*** *(...).*[304](Resaltado y negrillas fuera del texto).

Lo anterior fue corroborado por el Ex Presidente de la ANI, Dimitri Zaninovich, mediante Informe rendido bajo juramento, presentado al Tribunal el 28 de febrero de 2018, de la siguiente manera:

> *"**No existe reporte alguno de la existencia de procesos de reparación directa o acciones contractuales, iniciados con ocasión de la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010** correspondiente al Proyecto Ruta del Sol – Sector 2"*

Así mismo, el Dr. Alberto Mariño, miembro de la Junta Directiva de la Concesionaria Ruta del Sol, confirmó la inexistencia de demandas en contra de la adjudicación de Sector II de la Ruta del Sol, tal y como se lee:

> *"DRA. MIER: ¿Usted sabe si se instauraron demandas contras las adjudicaciones en los 3 sectores?*

[303] Páginas No. 32-33 de la transcripción de la declaración del señor García Morales.
[304] Transcripción del Testimonio del Sr. Gabriel García Morales; Pág. 16.

SR. MARIÑO: ***No, que yo sepa hasta hoy y que alguien hubiera demandado la adjudicación, no, me queda la duda, no, no, la verdad no y específicamente en el sector 2 que yo conozca no ha habido demandas por esa adjudicación****."*[305]

Y es que lo anterior no pudo ser de otra manera, puesto que ninguno de los proponentes que no resultaron adjudicados en el proceso de selección contaba con fundamentos fácticos y jurídicos para demandar la Resolución No. 641 de 2010, dado que está fue proferida en apego a la ley.

Así pues, es irrefutable que el proceso de selección se realizó con el respeto de los derechos de los demás proponentes, realizándose cada una de las etapas de los procesos precontractuales en debida forma, dando como resultado que la propuesta presentada por mi poderdante, como socio de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., no era sólo la más favorable, sino que también la única de posible escogencia frente a las otras propuestas, que no contaban con los requisitos de admisibilidad, de acuerdo a los resultados arrojados por el Comité Evaluador en su respectivo informe, por el Comité Asesor, situación refrendada en el concepto rendido por el Dr. Hugo Palacios Mejía, que obra en el expediente.

En esta medida, y teniendo en cuenta todo lo expuesto a lo largo de este capítulo, se le pone de presente al Tribunal, nuevamente, que la Promesa de Sociedad Futura Concesionaria Ruta del Sol cumplió con **LA TOTALIDAD DE REQUISITOS** para que le fuera adjudicado el Contrato, cumpliendo así con el Acto Administrativo – Pliego de Condiciones, expedido por la ANI y materializándose la condición plasmada en éste, por lo que era inevitable la adjudicación a la Promesa de Sociedad Futura Concesionaria Ruta del Sol. Esto es, QUIENQUIERA HUBIERA SIDO EL REPRESENTANTE LEGAL DEL INCO (Hoy ANI) **HUBIERA TENIDO** QUE ADJUDICAR EL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 001 DE 2010 A LA OFERTA MÁS FAVORABLE DE CONFORMIDAD CON LOS PLIEGOS DE CONDICIONES Y LA LEY, Y ESA OFERTA FUE LA PRESENTADA POR LA PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL II.

Y es que única y exclusivamente tendría que ser así, puesto que el Pliego de Condiciones plasma, en efecto, los requisitos que se le exigen a los oferentes para que uno de ellos sea adjudicatario del contrato, situación que se materializa cuando el oferente cumple estos requisitos y se configura como la oferta más favorable para la entidad contratante, justo en ese momento, se crea una situación jurídica individual para el oferente que ha de ser respetada por la entidad, en la medida que se debe preservar y respetar lo contemplado en los pliegos de condiciones y, por ende, adjudicarle el Contrato a éste.

(…)

Dicha definición se encuentra íntimamente ligada con el Pliego de Condiciones y que, el cumplimiento de los mismos, le otorgan a la Promesa de Sociedad Futura Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. la capacidad para exigir el respeto de dicho estatuto y que, al ésta cumplir efectivamente con la totalidad de condiciones y requisitos allí exigidos, tenía el **DERECHO** a ser adjudicataria, como en efecto y en cumplimiento de la ley, efectivamente lo fue.

Por tal motivo, y por todos los argumentos anteriormente expuestos, no puede predicar este Tribunal, bajo ninguna circunstancia, la existencia de una nulidad -cualquiera sea la causal que quiera aplicar- del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, pero menos aún, la existencia de "desviación de poder" por omisión del principio de selección objetiva, puesto que, como viene de verse, en el procedimiento de selección que antecedió a su celebración se respetaron íntegramente los principios primigenios de la contratación pública y se adjudicó el Contrato al mejor oferente: **La Promesa de Sociedad Futura Concesionaria Ruta del Sol, hoy Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.**

Y si bien se presentaron conductas ilícitas relacionadas con la entrega de dádivas, situación que de ninguna manera desconocemos ya que así se han evidenciado por la justicia penal y se ratificó en este proceso por sus propios actores, y en las que claramente la sociedad que apodero **NO PARTICIPÓ** -como en seguida se demuestra-, debemos advertir igualmente que en el caso del entonces Gerente General (E) del INCO, Gabriel García Morales, éstas no fueron para incidir en un resultado determinado, ni interferir indebidamente en actividades precontractuales ni mucho menos en lo concerniente a la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, las cuales, como se

[305] Transcripción del Testimonio del Sr. Alberto Mariño; Pág. 6

destacan en estos Alegatos y se probó en este proceso, obedecieron al acatamiento de los principios rectores de la contratación estatal todo lo cual demuestra que el contrato tiene una **CAUSA LÍCITA** que no fue objeto de prueba en contrario en este proceso, y que su celebración no estuvo viciada de desviación de poder, por no haberse acreditado los supuestos constitutivos de dicha causal de nulidad, como viene de verse, y muy por el contrario, haberse probado el ajuste integral del proceso de selección a los postulados legales que gobiernan la materia.

Debe añadirse a lo anterior que en el proceso arbitral reposan piezas del proceso penal adelantado en contra del señor GABRIEL GARCIA MORALES en las que consta su allanamiento a los cargos que le fueron imputados, sin embargo, es menester precisar los motivos por los cuales, dicha aceptación no tiene efectos en las controversias suscitadas en el procedimiento arbitral. Clara y reiterativa ha sido la jurisprudencia de máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo al señalar que las sentencias proferidas en materia penal no tienen incidencia inmediata en la relación contractual y mucho menos, que producto de la misma se pueda predicar automáticamente la existencia de una causal de nulidad del contrato público:

> *"Ha sido reiterada la jurisprudencia del Consejo de Estado, como lo afirma la señora apoderada del GEVB,* ***en el sentido que la sentencia penal no tiene efecto de cosa juzgada dentro del proceso contencioso administrativo, o por analogía en el arbitraje como es el presente caso.*** *Pero si es indiscutible lo anterior, también lo es que la sentencia penal sí puede ser considerada en el arbitraje. Ha dicho el Consejo de Estado a este respecto:*
>
> ***"La Sala reitera el criterio jurisprudencial conforme al cual la sentencia penal que se profiera en el proceso penal que se adelante contra el servidor estatal, sea ésta condenatoria o absolutoria, no tiene efectos de cosa juzgada en la acción de reparación que se adelante contra el Estado por esos mismos hechos, porque, conforme se ha sostenido en las providencias en las que se ha acogido dicho criterio: (i) las partes, el objeto y la causa en ambos procesos son diferentes: a través del ejercicio de la acción penal, el Estado pretende la protección de la sociedad, con la represión del delito y para ello investiga quién es el autor del mismo y cuál su responsabilidad; a través del ejercicio de la acción de reparación, la víctima del daño antijurídico pretende la indemnización de los perjuicios que le ha causado el Estado con una acción que le sea imputable; (ii) los principios y normas que rigen ambos procesos son, en consecuencia, diferentes,…".***
>
> *La Corte Suprema de Justicia y hoy la Corte Constitucional han mantenido constante la jurisprudencia sobre el tema de que todo lo que viola el orden público y el derecho público de la Nación es nulo absolutamente por objeto ilícito. Dice la primera de las Cortes mencionadas, al referirse al artículo 1741 del C. C. C.: "Están atacados de nulidad absoluta aquellos negocios que lesionan los intereses del orden público;…"*
>
> *Recientemente la Corte Constitucional, de manera clara, enfática y a todas luce acertada, se pronunció sobre la interpretación del artículo 44 de la Ley 80 de 1983, en los siguientes términos:*
>
> *"Según el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, adolece de una nulidad absoluta el contrato estatal en los casos establecidos en el derecho común y en los que se celebre contra expresa prohibición constitucional y legal (num.2º). De conformidad con los artículos 1519 y 1741 del Código Civil hay objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público de la Nación y la nulidad que se produce por objeto ilícito es una nulidad absoluta".*
>
> *Considera también aplicable al presente proceso la sentencia citada por la apoderada del GEVB, como sustento de su posición, la cual nuevamente transcribimos, pues más adelante se interpretará de manera radicalmente distinta:* ***'la sentencia procedente de un proceso diferente, considerada como tal, sirve solo para acreditar su existencia, lo que en ella se ha decidido, su procedencia y su fecha, pero no los soportes probatorios de que se valió quien la profirió, los que, por el simple hecho de aparecer mencionados en el cuerpo de ese proveído, no tienen virtud de surtir efectos en ese proceso****"*[306] – Resalto y negrilla fuera de texto -

En el mismo sentido, el Consejo de Estado, en atención al Recurso de Anulación interpuesto en contra del Laudo Arbitral del Grupo Empresarial Vías Bogotá que resolvió la controversia planteada por éste

[306] Laudo Arbitral, Grupo Empresarial Vías Bogotá Contra el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU.

en contra del Instituto de Desarrollo Urbano - IDU, en donde se pretendía la declaratoria de nulidad por objeto ilícito, se manifestó diciendo lo siguiente:

"En la sentencia penal arrimada a este proceso, hay que tener en cuenta que se trata de un proceso penal contra una persona – Inocencio Meléndez, y que éste se acogió al principio de oportunidad y confesó, y el sustento de la condena es básicamente su dicho en el proceso penal, ***y existe una carencia absoluta de soporte probatorio que corrobore su versión o al menos no es mencionado en el fallo****.*

En consonancia con lo anterior, no hay que perder de vista el artículo 232 del CPC, que dice: (…) Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión.

Los que nos lleva hacer claridad, que en materia de contratos, la sola declaración de una persona sobre ejecución de contratos, ***sin soporte de documentos, no es suficiente para probar hechos contractuales y darle la consecuencia jurídica que se persigue****. En este caso, sí bien es cierto, se trasladó un fallo penal, producto de una confesión y un preacuerdo con la Fiscalía, pero no se trasladó pruebas testimoniales, ni periciales, ni documentales, que permita hacer un mayor análisis de los hechos y en especial en la que tiene que ver con el contrato 136 de 2007.*

(…) Se hace el siguiente análisis por parte de esta agencia del Ministerio Público, en relación si se puede determinar a partir del fallo condenatorio de Inocencio Meléndez, la posible existencia de la causal de nulidad del contrato 136 de 2007, por objeto ilícito, que llevaría a la nulidad absoluta de este contrato.

-En el fallo penal en comento, se puede determinar que el mismo se produjo por las conductas, acciones y omisiones desplegadas por Inocencio Meléndez, y relacionadas con el contrato 137 de 2007.

-Que aunque en el mismo fallo se hace alusión a otros contratos y a supuestas irregularidades cometidas por Inocencio Meléndez, entre los que se encuentra el 136 de 2007, estas no fueron el soporte principal y determinante para su condena. Y por tal razón, si no fueron determinantes y no fueron el fundamento básico de la condena, mal podrían sí ser determinantes para que se declare en este trámite arbitral del contrato 136 de 2017 (sic), el objeto ilícito y la nulidad del contrato.

-El soporte de documental y probatorio del fallo es muy precario y contiene muchas generalidades, ***que no permiten soportar en pruebas concretas e individualizadas las imputaciones que se hacen****.*

-En el fallo se dice que Inocencio, fue vinculado por el IDU mediante Resolución del 16 de marzo de 2007 en la Dirección Técnica Legal y posteriormente nombrado Subdirector Jurídico, mediante Resolución del 24 de abril de 2009; En el fallo se dice que en desarrollo de sus funciones emitía conceptos, coordinaba y controlaba los contratos.

*Este punto es de especial relevancia, puesto, que si se observa que Inocencio Meléndez, solo ejercía funciones de emitir conceptos, coordinación y control a los contratos****, pero en las mismas no estaban las de: adjudicar contratos, suscribir contratos, suscribir prórrogas, suscribir contratos adiciones*** *(sic) y mucho menos la ordenación del gasto. Lo anterior guarda consonancia con el numeral 5º del artículo 26 de la Ley 80 de 1995 (sic), que dice: La responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del luego, (sic) jefe o representante de la entidad estatal quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de las misma. Luego, las funciones anteriores estaban en cabeza de la doctora Liliana Pardo, quien era la directora del IDU para la época, y quien suscribía los contratos, y en dicho fallo penal no se establece el grado de participación de ella en las conductas por las cuales se sancionó a Inocencio Meléndez y tampoco se estableció si las conductas asumidas por Inocencio, fueron determinantes o no para la suscripción del contrato 136 de 2007, por parte de la doctora Pardo. Esta agencia, no comprende por qué se condenó a Inocencio Meléndez por el delito de celebración de contratos sin el cumplimiento de requisitos legales, si éste no suscribió ningún contrato ni tenía poder decisorio"*

En su concepto el Ministerio Público, estudia el principio de planeación conforme al ordenamiento jurídico y a la jurisprudencia del Consejo de Estado para indicar que su vulneración no genera nulidad absoluta del contrato y concluir:

"Argumentos estos últimos que comparte en su integridad esta agencia del Ministerio Público, luego considero que no existe ilicitud del objeto, por violación del principio de planeación, y por ende, tampoco nulidad absoluta del contrato, por lo que no se desarrollará el tema si existió o no falta de planeación, teniendo en cuenta lo irrelevante para determinar la ilicitud del objeto, por carencia del mismo".

Atendidas las anteriores consideraciones, para el Tribunal es evidente que la actuación penal que concluyó con la sentencia condenatoria en contra del entonces funcionario del IDU doctor Inocencio Meléndez y asumiendo que el traslado de la prueba se hizo legalmente, concierne con un contrato que tuvo partes y objeto diferente y ella no contiene elemento alguno que permita predicar la existencia de nulidad del Contrato IDU-136-2007 y, por tales razones, se niega su declaración." (Resaltado y negrillas fuera del texto)

Así las cosas, independientemente del delito por el que haya sido condenado el señor García Morales y la intención que éste haya tenido, lo cierto es que el funcionario público hoy condenado **NO PODÍA APARTARSE DEL PLIEGO DE CONDICIONES Y EN EFECTO NO LO HIZO,** y se ha dado cuenta en todas las instancias en las que se han tratado los actos de corrupción de Odebrecht, que el pago realizado por la multinacional se dio para que éste simplemente preservara la legalidad de dichos pliegos.

Por lo anterior, teniendo en cuenta que la Promesa de Sociedad Futura Concesionaria Ruta del Sol., en efecto, presentó la propuesta más favorable, tenía la adjudicación constituyó una completa preservación del bien jurídico protegido: el interés general, en la medida que dicha adjudicación otorgaba el desarrollo de una concesión a una Concesionaria controlada por la que entonces era considerada como una de las empresas más reputadas en América Latina y el mundo y que acreditaba con creces los requisitos habilitantes y puntuables.

En este sentido, mal haría el Tribunal en declarar la nulidad de un contrato estatal, en la medida que su adjudicación se dio en estricto cumplimiento de las prerrogativas legales que un procedimiento de ésta magnitud trae para sí y, además, que no adjudicarle el proyecto a la Promesa de Sociedad Futura Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., en efecto y se afirma con toda claridad, **SÍ HUBIERA IDO EN DESMEDRO DEL INTERÉS GENERAL.**

3.4. De la Sociedad Construtora Odebrecht

Esta Sociedad por conducto de su apoderado señaló lo siguiente:

"**1.1.2. Criterio sustancial – inexistencia de afectación alguna sobre la decisión de la Administración al momento de la consolidación del Contrato de Concesión -:**

Sin perjuicio de lo anteriormente desarrollado, que a juicio del suscrito son argumentos jurídicos más que suficientes para que el Tribunal Arbitral deseche en absoluto cualquier intención de anular el Contrato de Concesión, es preciso analizar, a continuación, si las conductas que ahora se enrostran realmente tienen la dimensión que se les indilga para efectos de llevar al traste el negocio acordado. El Tribunal Arbitral, en ese contexto, deberá determinar, como problema jurídico, si la conducta delictiva que tuvo lugar durante la adjudicación del Contrato de Concesión, esto es, el soborno que fue dado y recibido al Director del INCO, constituyó un acto que afectó la decisión de la Administración al momento de la adjudicación, y que es suficiente para derivar la nulidad del negocio jurídico.

Para empezar con este asunto, debo advertir, de entrada, que, lejos de cualquier consideración sobre la decisión que deba ser tomada, según algunos, a partir de los medios probatorios que fueron allegados al expediente arbitral, existen formidables reparos sobre la tesis que tanto ha defendido la ANI y sus compañeros de litigio, en establecer que el Contrato de Concesión está viciado de nulidad. Este reparo, por supuesto, tiene lugar al asociar falsamente el hecho de que, una conducta delictiva realizada por un funcionario público en el marco de un proceso de contratación, sin más, deriva la nulidad absoluta del negocio. Semejante posición, dañina por demás para la estabilidad del sistema jurídico, como lo hemos advertido, es exageradamente simplista, en tanto, no se puede pretender derivar perversamente consecuencias automatizadas, sin tener en cuenta los detalles fácticos de lo sucedido.

Como ya he dicho, cada caso es diferente. Y este, en particular, sí que lo es. Si se pretende analizar la validez del negocio jurídico, tendrá que mirarse causalmente si la conducta del soborno, en efecto, fue determinante para la adjudicación del Contrato de Concesión, y si, con ello, se afectó –vició- la actuación de la Administración elementalmente.

Para realizar tal valoración, quisiera partir de varias premisas que constituyen la tesis jurídica que han defendido varias entidades públicas sobre el caso. Estas, pueden extraerse fácilmente de los escritos de (i) acusación de la Fiscalía y la sentencia penal por medio de la cual se declaró responsable penalmente a Gabriel García Morales; (ii) el fallo de responsabilidad disciplinaria expedido por el Ministerio Público en contra del mismo funcionario; (iii) la Acción Popular presentada por la Procuraduría ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa; y, (iv) la Demanda de Reconvención presentada por la ANI en el presente trámite arbitral.

Tan simple y repetitivo ha sido el discurso que han manejado las diferentes entidades, que es posible sintetizarlo en los siguientes postulados, a saber:

(i). Que, el soborno tenía la intención de que García Morales asesorara a Odebrecht, para que el Concesionario del que hace parte, presentara, en su momento, la propuesta "perfecta" conforme había sido estructurado el proyecto;

(ii). Que, el soborno sirvió para que García Morales, en su calidad de Director del INCO, direccionara el proceso de licitación en favor de Odebrecht, descalificando a los demás proponentes por vicios formales e impidiendo la flexibilización de los "requisitos" señalados en el pliego de condiciones[307].

(iii). Que, por lo tanto, la celebración del Contrato de Concesión, no se dio por el cumplimiento de las normas que gobiernan la contratación estatal, sino con ocasión de conductas delictivas que afectaron la decisión de la Administración, por lo que no se garantizó la selección objetiva del contratista.

Las anteriores premisas, por supuesto, tienen lugar ya que las entidades públicas no han hecho un análisis temporal y casual adecuado de la conducta desplegada. Las imputaciones que se han realizado, con las cuales se pretende cuestionar la validez del contrato, son producto de una valoración anacrónica y sesgada, basada en imposibles materiales conforme a las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la licitación pública en ese entonces.

El delito confeso, Señores Árbitros, no tuvo incidencia en el resultado del proceso de selección. La licitación del Contrato de Concesión, contrario a lo que mediáticamente se piensa, se adelantó de manera estricta y conforme al procedimiento establecido en la ley. La propuesta elaborada por la **CRS**, en su momento, fue la vencedora, puesto que, al contrario de aquellas que fueron presentadas por los demás proponentes, era la más beneficiosa para la entidad en términos técnicos, económicos y jurídicos. Al haberse escogido la mejor propuesta, implica que la conducta delictiva ya confesada, en últimas, no tuvo la capacidad de afectar la decisión finalmente adoptada por la Administración, por lo que no existe vicio alguno en la celebración del Contrato de Concesión que derive en una afectación al interés general.

Para fundamentar lo dicho, y sea de paso, para desmitificar las premisas que fundamentan la teoría del caso de la ANI y del Ministerio Público, a continuación resalto, de manera sintetizada, los principales hitos del proceso de selección del Contrato de Concesión, teniendo en cuenta dos etapas que se dividen en el antes y el después de presentada la propuesta por parte de la CRS. Y una vez agotado ello, pasaré a confrontar los supuestos fácticos del caso, con las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales, para acabar, de una vez por todas, con cualquier pretensión relacionada con ese asunto.

a. Elementos fácticos de caso.

(i). Primera etapa – hechos ocurridos antes del cierre de la licitación:

[307] "La componenda consistió en que GABRIEL IGNACIO GARCIA MORALES" asesorara al consorcio previamente referido, para que la propuesta que presentasen fuera perfecta, a más que también se comprometía a descalificar las propuestas con vicios formales y a impedir la flexibilización de los requisitos, es decir, a que el consorcio del que hacia parte (sic) ODEBRETCH fuera el ganador del proceso licitatorio." Juzgado Treinta y Uno Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento. Sentencia del 12 de diciembre de 2017. Imputado Gabriel Ignacio García Morales. Proceso 2017-077.

1. Es falso que el soborno dado a García Morales, fuera tendiente a beneficiar la propuesta presentada por Odebrecht y sus socios.

La trama que han utilizado la ANI, el Ministerio Público y sus demás compañeros de litigio para efectos de solicitar la nulidad del contrato, no tiene en cuenta, para nada, cuáles fueron las circunstancias en las cuales se dieron las conductas delictivas que ahora enrostran. La estrategia de las contrapartes, desde un inicio, ha sido convertir la controversia arbitral en un escándalo mediático sin precedentes, mostrando la imagen equivocada ante el país de que, en el marco de la Licitación Pública del Contrato de Concesión, se benefició a la **CRS** para que, de manera mal habida, fuera adjudicataria del Proyecto Ruta del Sol II.

Sin embargo, tal como pudo demostrarse en el marco del proceso, no es cierto que García Morales haya favorecido al Concesionario del que hacía parte Odebrecht en el marco del proceso de licitación. El entonces Director del INCO, hoy la ANI, de ninguna forma adelantó gestiones tendientes a dar tratos benévolos y diferenciados a la CRS respecto de los demás proponentes en la licitación, ni mucho menos omitió los procedimientos legalmente establecidos para la adjudicación del Contrato de Concesión.

Así lo dio a entender muy claramente García Morales en el testimonio rendido ante el Tribunal, en los siguientes términos:

"SR. GARCÍA: […] El compromiso adquirido era respetar los pliegos y acoger el informe que presentara el comité evaluador y las observaciones que presentaran las entidad de control, en ese momento la Contraloría y la Procuraduría, como prueba de eso también adjunté una carta que radica el contralor delegado para infraestructura el día de la audiencia donde ratifica que el proceso de evaluación había sido objetivo y que el cumplimiento de garantías consideraba que el resultado de la evaluación presentada por el comité cumplía con todos los requisitos y yo debía acogerlo." (…).

DRA. HOYOS: Quiero que sea más preciso. Qué era lo que usted tenía que hacer, porque según usted acaba de decir, lo único que tenía que hacer era no atravesarse, eso fue lo que le entendí. ¿Usted no tuvo ninguna participación directa ni ejerció ningún comportamiento tendiente a que la licitación fuera efectivamente adjudicada a Odebrecht? Le pido que lo ponga en sus palabras y precise ese punto.

SR. GARCÍA: Quiero dejar absoluta claridad sobre ese tema, porque como lo ha podido comprobar la Fiscalía y desafortunadamente algunos medios han tratado de manipular la información diciendo que hubo una intervención mía en la estructuración de los pliegos, quiero dejar absoluta claridad, porque entiendo que algunos de esos medios están involucrados también en estos hechos, algunos, no todos, a mí nunca se me solicitó ni manipular los pliegos, lo cual no pude hacer, entre otras cosas, porque mi cargo comienza el 20 de septiembre y la estructuración fue responsabilidad del IFC y nunca se me exigió que me aparta ni de la ley de contratación ni de los pliegos de condiciones.

Lo que se me pidió fue que fuera garante de que se diera la adjudicación en los términos de los pliegos y de la ley y nuevamente insisto en que lo que se me dijo fue que tenían mucho temor de que hubiese intervenciones de terceros, en otras palabras, ellos estaban pensando que había otras firmas que estaban haciendo lo mismo que ellos y la prueba de ello es que la firma OHL, la única que fue eliminada por error y no por ilegalidades ni falsedades, como sí lo fueron los señores Nule, esa firma no demandó la adjudicación […]"[308] (Destacado fuera del texto).

Esta deposición rendida ante el Tribunal, Señores Árbitros, es absolutamente consistente con declaraciones que ha realizado García Morales ante otras autoridades judiciales. Así, por ejemplo, ante la Corte Suprema de Justicia, el entonces Director del INCO manifestó lo siguiente:

"DR. GARCÍA: […] Y posteriormente ya fue él [Luis Bueno] directamente quien se me (sic) presento, se me presentaba en la oficina en los momentos que me pidió mi intervención en sus palabras para que la adjudicación se diera en los términos en que fue estructurado el proyecto, los términos de ley y en los términos de los términos de referencia. Él insistió mucho en que él solamente quería una garantía de que el proyecto se adjudicara (INAUDIBLE 0:22:49.2) atendiendo los requerimientos del pliego, y atendiendo la ley; como lo he declarado ante la fiscalía él, yo desistí mucho en que yo no me iba a enfrentar si había alguna, alguna observación por parte de la Procuraduría, las cuales acogimos en su

[308] Transcripción de la declaración Gabriel García Morales. Audiencia del 26 de febrero de 2018. Páginas 6 a 7.

integridad siempre y la Contraloría, y él me insistió en que no iba haber ninguna dificultad con la Contraloría, ni con la Procuraduría. Prueba de ellos es algún oficio que entregue en la fiscalía en donde el procurador delegado en el primer día de la audiencia me manda una carta formal, radicada, en donde dice que se habían cumplido todos los procedimientos, que se habían dado todas las garantías y que había que proceder, y que dado que había unanimidad en el grupo de obra había que proceder con la adjudicación. El compromiso ilegal que yo aquí di con él, era no, no interponerme frente al normal transcurso de la licitación, no aceptar que se dieran cambios en los pliegos lo cual quiero hacer claridad que en el momento que yo entre al, a la entidad ya no se podían hacer cambios por ley de los pliegos; de manera que mi intervención es su palabra era simplemente que me asegurara que se dieran los, los, se dieran todos los pasos de acuerdo en lo establecido en la ley y en los términos de referencia. De todas maneras por eso se configura un delito de interés indebido porque a pesar de que mi actuación en cuanto a la adjudicación fuera legal, pues yo tenía un interés ilegal en ese procedimiento."[309] (Destacado fuera del texto).

Como puede verse del texto transcrito, en palabras del directo implicado, nunca se generó un beneficio mal habido a favor de la CRS. La intención efectivamente era otra. Lo que se le pidió, según su propio dicho, era que garantizara que el proceso de licitación se desarrollara en su normal cause, y que éste no se viera afectado por la intervención de terceros. No es, por lo tanto, que se torciera el proceso a favor de Odebrecht y sus socios, tal como lo quieren hacer valer las contrapartes ante el Tribunal y la opinión pública.

Llama la atención de la anterior transcripción, cómo el Ministerio Público, en ese entonces, dijo que el proceso de licitación se había desarrollado conforme a los cánones legales. Y ahora, contradictoriamente, defiende una posición que no se acompasa con su comportamiento previo sobre el asunto. En fin.

Las declaraciones rendidas por García Morales, concuerdan con las precisiones que ha realizado el Señor Luiz Antonio Bueno ante la Corte Suprema de Justicia, en otro proceso penal relacionado con el caso y cuya prueba reposa en el expediente, así:

"SR. LUIZ BUENO: Porque paso en el 2009, ¿No? Es que, bien cuando yo estaba recién llegado, llegado al país y conociendo, conociendo las costumbres de Colombia, lo que pasaba en Colombia. Y ya estábamos estudiando la carretera, nuestro consorcio Odebrecht, Corficolombiana y un poquito después llega a Carlos Olarte hacer parte de ese consorcio. Y mucha, mucha gente me decía en este momento, mucha; Luiz tenga mucha preocupación con las audiencias en Colombia, muchas veces existen un mal manejo en las audiencias, las audiencias son demasiado burocráticas y muy largas; y mi experiencia, yo ya tenía algún tiempo en la empresa, ¿No? Yo ya tenía estar en Brasilia en Angola, y de verdad las audiencias son demasiadas largas una gran, una gran pelea entre abogados.

MAGISTRADO JOSÉ NIETO: Estas, esas audiencias a las que usted se refiere, son las audiencias de adjudicación de contratos.

SR. LUIZ BUENO: Sí señor, sí señor, perfectamente. Entonces mis socios y otras personas me generaron esa preocupación, y eso paso creo que para después de la mitad de, del 2009; yo ya tenía un conocimiento grande de las personas, ya conocía a muchos políticos, el ministro Andrés Uriel Gallego. Y yo buscaba hablar con los formadores de opinión para enviar mensajes al ministerio de Transporte, para que se cumpliese las (sic) geves de los pliegos en la audiencia de la Ruta del Sol; lo que paso en el sector II, pero tuvimos una mala experiencia en el sector III de la Ruta del Sol. Entonces yo buscaba a mucha gente, a los formadores de opinión incluso los medios de comunicación, para celebrar que nuestro consorcio Odebrecht, Grupo Aval y Carlos Olarte, no necesita ningún tipo de protección, cero protección; yo quiero solamente que se cumpla los pliegos. En algún momento doctor nuestra preeminencia en la Ruta del Sol quedo muy fuerte, porque hicimos una gran cantidad de preguntas, inmensa cantidad preguntas formales, participábamos de las juntas, para que ustedes tengan idea, nosotros hicimos una inversión de casi diez millones de dólares en los estudios de la Ruta del Sol; era un consorcio demasiado fuerte. Entonces era muy importante, y yo quedaba y nuestros socios, muy preocupado con el incumplimiento, en la audiencia, de la carretera y alguna empresa que no hubiera cumplido con las exigencias técnicas o jurídicas, tuviera la oportunidad de subsanar su oferta y abrir sus precios. Entonces de eso yo hablaba y buscaba, y mucha gente los formadores de opinión para llegar

[309] Transcripción del testimonio rendido por Gabriel García Morales ante la Corte Suprema de Justicia. Op Cit. Página 9.

mensajes al Ministerio de Transporte; incluso yo lo dije acá, las personas de CCI, Cámara Colombiana de Infraestructura, ¿Cierto?" [310] (Destacado fuera del texto).

En este extracto se corrobora que, las conductas ahora reprochadas, tuvieron lugar en el afán que tenían algunos miembros de Odebrecht en que el proceso licitatorio se hiciera de manera correcta. Conforme a la información que había obtenido en su momento Luiz Bueno, se forjó la idea de que los procesos de selección de contratistas, en el sector público en Colombia, eran susceptibles de permearse de irregularidades, que podrían llegar a que, de alguna u otra manera, se beneficiara a proponentes, que sin tener los méritos conforme a los pliegos de condiciones del proyecto, se quedaran con el contrato. Basado en esa percepción fue que Luiz Bueno –inadecuadamente, claro está-, contactó a García Morales, para efectos, únicamente, de que garantizara el normal desarrollo del proceso.

Señores Árbitros: Ustedes deben analizar adecuadamente la causa de la conducta punible, para determinar si, en efecto, en verdad lo que se buscaba, desde un inicio hasta un final, era el desvío de la licitación y la afectación de la decisión de la Administración.

Todo lo anteriormente transcrito, es suficiente para desmitificar la premisa falsa de las contrapartes, quienes han hecho un esfuerzo monumental para defender que el Contrato de Concesión fue adjudicado, no como producto del proceso de licitación ceñido a la Ley, sino en razón del despliegue de actos de corrupción[311]. Esto no es cierto. La causa de las conductas delictivas fueron otras y, en todo caso, totalmente contrarias a las manifestadas por las contrapartes. De allí es que se explica el comportamiento desplegado por García Morales en el marco de la licitación, en donde, no obstante no tenía ninguna competencia para desviar el desarrollo normal de la licitación, de todas formas tampoco desarrolló actos torticeros para favorecer a la CRS, tal como paso a explicar.

2. García Morales no tenía el conocimiento detallado del proceso, como para "asesorar" a la CRS o sus socios para presentar una propuesta "perfecta".

Tanto la Fiscalía como la Procuraduría General han manifestado, entre otras cosas, que el soborno tenía el propósito de que García Morales "asesorara" a Odebrecht para presentar la propuesta "perfecta", para así, finalmente, resultar adjudicatario del Contrato de Concesión. Este asunto, fue debidamente aclarado en el testimonio que fue rendido por García Morales en el Tribunal, además de otras declaraciones dadas por los directos implicados. Según estas deposiciones, resulta ser totalmente falso que el Director del INCO "asesoró" a Odebrecht para la presentación de la propuesta. Eso nunca pasó.

La anterior respuesta, en todo caso, no solamente se puede llegar a partir de lo expuesto por los testigos, sino también a través de otros medios probatorios.

Así, teniendo en cuenta la tesis de la supuesta asesoría, al realizar un análisis deductivo de dicha posición, para que se pudiera hacer la propuesta "perfecta" era necesario que García Morales:

(i). Tuviera conocimiento de todas las condiciones económicas, financieras, presupuestales, técnicas y jurídicas del proyecto, en absoluto detalle y rigor;

(ii). Que el director del INCO tuviera la posibilidad de interferir para hacer cambios en la estructuración del proyecto, para que ésta se acomodara a los deseos de la CRS y sus socios; y,
(iii). Que conociera las propuestas económicas de los demás proponentes que se presentaron a la licitación, para efectos de que aquella allegada por la CRS, fuera efectivamente la mejor comparada con las demás.

Pues bien, Señores Árbitros, ninguno de estos supuestos se dio en el presente caso. García Morales no tuvo ninguna injerencia, en general, en todo el proceso, y menos aún en su etapa precontractual. La

[310] Transcripción de la declaración de Luiz Antonio Bueno Junior ante la Corte Suprema De Justicia. Proceso adelantado contra Bernardo Elías y Plinio Olano.
[311] Véase, por ejemplo, en la Demanda de Reconvención de la ANI. Hecho No. 20. "A la fecha de elaboración y presentación de esta demanda arbitral de reconvención en su versión reformada, la justicia penal (sic) Colombiana ha dado apertura a varias investigaciones penales por la supuesta comisión de graves delitos durante la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009 y con ello se ha producido la captura del entonces Director General Encargado del INCO, lo cual parece demostrar que la celebración del Contrato de Concesión No. 001 no fue fruto de un proceso de selección ajustado a la Constitución y a la Ley, sino de actos delictivos que están siendo materia de investigación." (Destacado fuera del texto)

tesis develada por las contrapartes en el proceso, corresponde a un análisis anacrónico del caso, que no tiene ni siquiera en cuenta lo realmente sucedido.

Por una parte, García Morales no sabía en absoluto todos los detalles de la estructuración del contrato, ni tenía acceso a los mismos, sencillamente porque él no intervino en dicha etapa. Así lo dio a conocer al Tribunal en los siguientes términos:

"DR. GARCÍA: (…) De manera que no tuve ninguna intervención en los temas de pliegos y solo marginalmente como viceministro tuve participación en algunas reuniones de estructuración, especialmente en lo que tiene que ver con las proyecciones de demanda, que es el tema de mi experiencia profesional y algunos temas financieros, pero no tuve ninguna injerencia en los temas de definición de los términos de referencia. (…)" (Destacado fuera del texto)

La estructuración del proyecto, fue adelantada por IFC, organismo perteneciente al Banco Mundial, quien, a su vez, estuvo apoyado por un equipo interdisciplinario quienes fueron los que definieron las condiciones económicas, técnicas y jurídicas del proyecto Ruta del Sol. No fue García Morales. Incluso, el Ministerio de Transporte, del cual García Morales era su viceministro al momento de la estructuración del Proyecto Ruta del Sol, adoptó la posición de marginarse de ese proceso, en razón del carácter independiente que ostentaba el INCO en su momento.

Así lo dio a entender García Morales ante el Tribunal:

"DR. GARCÍA: Si muy bien. Como viceministro yo no tenía ninguna injerencia directa, las funciones del viceministro, es decir el INCO es una entidad autónoma; de manera que en la estructuración solamente, ocasionalmente cuando habían reuniones con planeación nacional se me presentaban temas técnicos que son los temas de mí profesión, los temas específicamente relacionados con la demanda de tráfico en esos tramos y los temas financieros. Asistía a reuniones en las cuales, reuniones informativas; como viceministro la función del viceministro es básicamente apoyar al ministro en tema de formulación de política pública, no en tema de ejecución, el ministerio no ejecuta nada no; y a pesar de que tiene unas áreas que hacen algunas…, que ejerce, ejerce algunas funciones operativas, el viceministro no tenía en ese momento, no conozco como es la estructura hoy, creo que hay dos viceministerios. No tenía ni siquiera capacidad nominativa, ósea yo no podía nombrar ni siquiera a personal, no tenía mucho menos ordenador de gastos; mi función era eminentemente técnica por mi formación, yo tenía la función de apoyar al ministro en la formulación de las políticas públicas y en eso básicamente participaba en la elaboración de documentos de planes maestros, los documentos CONPES por ejemplo, era algo que en la cual yo tenía, son documentos de política pública en lo cual yo tenía un papel importante, y en los temas de planeación; pero en temas de ejecución ninguno. En el INCO si me (sic) toco la última etapa como dije que era ya la etapa de adjudicación; en ese momento había una delegación, delegación por parte del gerente que venía desde el año 2005 si mal no recuerdo, en donde el gerente de estructuración podía suscribir los contratos si mal no estoy, estructuración, uno de los gerentes no quiero, podía suscribir los contratos.; a pesar de que yo no, no formalmente yo no... Pero era la, el encargo, el ministro si me pidió que daba la importancia del proyecto, que yo asumiera la competencia, yo mismo firmara el contrato. Por eso fue que incluso termine firmando el contrato, y firmando la resolución de adjudicación. Básicamente fue la última etapa que correspondía conducir, la última etapa que corresponde a la evaluación y adjudicación." (Destacado fuera del texto)

Aquí se establece de manera más clara cuál fue la tímida función del Señor García Morales durante el proceso de adjudicación del Contrato de Concesión: su nombramiento, más que todo, se dio por un asunto político del Gobierno Nacional, el cual quiso mostrar un rol activo –pero incipiente- del ente central, frente a los procesos de contratación de infraestructura pública manejados por el INCO. Téngase en cuenta, además, que a la fecha en que ingresó García el proceso de licitación estaba muy avanzado. Faltaba la presentación de propuestas y la audiencia de adjudicación. Por eso es que García Morales ratificó el hecho de que su intervención, solamente se limitó a suscribir la resolución de adjudicación del contrato y el contrato mismo, no más.

Por último, hay que destacar que, para García Morales, no obstante no tener conocimiento absoluto de los asuntos económicos y presupuestales del proyecto al no haber participado en su estructuración, también le era absolutamente imposible saber la propuesta de contenido económico de los demás proponentes en el proceso de selección, para efectos de "asesorar" a Odebrecht para que su propuesta fuera la efectivamente escogida.

Así lo dio a entender García Morales en su declaración rendida ante la Corte Suprema de Justica en los siguientes términos:

"JUEZ: Usted como director del INCO doctor García, ¿Conoció las propuestas económicas de los tres oferentes?

DR. GARCÍA: solo se conocieron las propuestas por el procedimiento adoptado, las propuesta económicas están en poder de una empresa de valores, y esas propuestas solo fueron conocidas luego de haber hecho la evaluación técnica; de manera que las propuestas que fueran descalificadas nunca se abrió el sobre económico, se fue, fue devuelto en las mismas condiciones con las firmas y los sellos del notario con que se recibió, yo nunca conocí las propuestas de aquellas firmas que fueron descalificadas, ni del grupo evaluador."[312] (Destacado fuera del texto)

En síntesis, en ejercicio de la mera lógica y la razón deductiva, para cualquiera es posible concluir que, una asesoría dada por el entonces Director del INCO, sería absolutamente estéril, teniendo en cuenta la mayúscula complejidad que un proyecto de infraestructura apareja y el mínimo conocimiento que tenía García Morales sobre el asunto.

Para nadie le sería atractivo buscar la "asesoría" del Director del INCO teniendo en cuenta que su nivel de información no le permitiría nunca llegar al supuesto propósito encomendado, esto es, presentar la supuesta propuesta "perfecta".

3. Cronológicamente es imposible que García Morales haya beneficiado a Odebrecht al momento de la presentación de su propuesta.

Para aseverar que Odebrecht obtuvo alguna clase de beneficio por parte de García Morales, para efectos de presentar su propuesta en el marco de la licitación pública, reitero, tiene que hacerse un análisis anacrónico y sesgado del caso, pues, esa conclusión, no tiene en cuenta, de manera rigurosa, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio la conducta delictiva que supuestamente afectó el proceso de licitación.

La cronología del caso, no permite de ninguna manera evidenciar, cómo García Morales pudo haber influenciado en el proceso, para efectos de la presentación de la propuesta. Como ya se mencionó en los acápites anteriores, no solo porque el referido exfuncionario no intervino en la estructuración del proyecto de infraestructura, y, por lo tanto, no tenía conocimiento fidedigno de todos los requisitos que demandaba la concesión, como para poder "asesorar" al proponente; sino, también, porque era imposible materialmente que lo hiciera, si se tiene en cuenta (i) la fecha de entrada de García Morales como Director General del INCO; (ii) los primeros contactos que se entablaron entre antiguos ejecutivos de Odebrecht; (iii) la fecha en que se concertó el soborno; y (iv), la fecha en que se entregaron las propuestas.

Veamos:

-. Respecto de la manera como se dio su intervención en el proceso de licitación, García Morales dijo lo siguiente:

"Los delitos que cometí se dieron en medio del proceso de adjudicación de Ruta del Sol sector 2, fui el encargado de en ese entonces Instituto Nacional de Concesiones alrededor del 20 de septiembre de 2009 cuando ya los pliegos se encontraban cerrados y cuando ya el proceso estaba solamente para recibir propuestas y proceder a la adjudicación.

De manera que no tuve ninguna intervención en los temas de pliegos y solo marginalmente como viceministro tuve participación en algunas reuniones de estructuración, especialmente en lo que tiene que ver con las proyecciones de demanda, que es el tema de mi experiencia profesional y algunos temas financieros, pero no tuve ninguna injerencia en los temas de definición de los términos de referencia."[313] (Destacado fuera del texto)

[312] Declaración rendida por Gabriel García Morales ante la Corte Suprema de Justicia. Op. Cit. Página 7.
[313] Declaración de Gabriel García Morales. Tribunal de Arbitramento. Op. Cit. Página 2.

Lo anterior, se complementa con lo expuesto por García Morales sobre cuándo fue que se concertó el ilícito en relación a las fechas de presentación de las propuestas. El deponente dijo lo que sigue:

"DRA. CONTRERAS: Nos puede precisar en el apartamento al que usted ha hecho referencia en qué fechas se reunieron y cuál fue el objeto de esas reuniones?

SR. GARCÍA: Fue un 27 de octubre si mal no estoy, que era el día en que se hacía entrega de las propuestas, ese día él me citó para ratificarme que, si bien no sería una oferta laboral, porque tenían algunas dificultades al interior de la entidad por haber hecho lo mismo en otras ocasiones, en sus palabras ellos querían que eso fuera una bonificación o compensación, ese fue el tema que se trató."[314] (Destacado fuera del texto)

Conforme a lo expuesto, se tienen varias premisas. Por una parte, García Morales ratificó que no intervino en la etapa precontractual del proceso licitatorio que nos ocupa. La estructuración del proyecto, como ya se dijo, la realizó una firma internacional –IFC-, y García Morales, en ejercicio de sus funciones como Viceministro de Transporte, intervino en algunas reuniones de manera incipiente, y solamente para debatir asuntos tales como las proyecciones de demanda en el corredor vial. De tal suerte que, era imposible que García Morales direccionara de alguna manera el proceso, y ello, no solo porque no fue el encargado de la estructuración, sino también, porque, a la fecha de su llegada al INCO, esto es, el 20 de septiembre de 2009, el proceso de licitación ya estaba en su etapa final.

Al momento de la llegada del exdirector del INCO, la Entidad ya había expedido en ese entonces 6 adendas. Y, en todo caso, los asuntos técnicos, económicos o jurídicos que eran objeto de discusión, y que generaron la expedición de adendas en la licitación posteriores a la llegada de García Morales, no las analizaba y decidía exclusivamente él, sino todo un equipo interdisciplinario de expertos de la Entidad.

La participación de García Morales, en palabras textuales, se limitó entonces a suscribir la resolución de adjudicación y el contrato mismo. No más.

Todo esto lo expresó García Morales ante la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos:

"DR. GARCÍA: […] Debo aclarar que mi participación se limitó a la suscripción de la resolución de adjudicación, y por supuesto a la suscripción del contrato; hubo un equipo valor, y un equipo asesor que reviso todos los temas desde la mano del IFC, de la Corporación Financiera Internacional quien fue de estructurador en donde participaron pues abogados muy connotados que sugirieron la adjudicación tal como se dio, yo no tuve ninguna intervención ninguna, ni siquiera una observación sobre la, la... Digamos el dictamen del grupo valor."[315] (Destacado fuera del texto)

Y, en complemento de lo anterior, téngase en cuenta el momento en el cual se configuró el ilícito, el cual, según palabras mismas de García Morales, fue el mismo día en que se presentaban las propuestas. Entonces, a lo sumo, si se configuró el interés indebido en la celebración del contrato, personal y únicamente en la cabeza de García Morales, este se dio al cierre de la licitación. El suscrito, entonces, se pregunta ¿cómo fue que cronológicamente García Morales pudo asesorar a Odebrecht en la elaboración de su propuesta, si el pacto ilícito que se tejió con el Exdirector del INCO se dio el mismo día del cierre de la licitación? La tesis de las contrapartes, a la luz de la evidencia del caso, no tiene ningún sentido.

En síntesis, es absolutamente falso que García Morales hubiese intervenido en favor de Odebrecht para la presentación de su propuesta. No solo porque, tal como lo confesó el Director Encargado del INCO, ese no fue el propósito del soborno recibido; sino porque, también, los tiempos en cómo se dieron las cosas no cuadran, como para que el despliegue conductual de García Morales tuviera el propósito de favorecer la propuesta al momento de su presentación.

Hasta aquí, está absolutamente probado que la propuesta presentada por la CRS, se dio bajo las mismas condiciones de igualdad frente a los demás proponentes. Odebrecht no tuvo acceso a información privilegiada que le diera una ventaja mal habida frente a sus demás competidores. La cronología del caso, en suma, permite demostrar que, esta circunstancia, materialmente era imposible.

[314] Ibíd. Página 19.
[315] Declaración Gabriel García Morales. Corte Suprema de Justicia. Op. Cit. Página 5.

(ii). <u>Segunda etapa – eventos posteriores a la presentación de la propuesta</u>.

1. <u>Es falso que García Morales tuvo injerencia en el proceso de decisión del adjudicatario del Contrato de Concesión</u>.

Con el propósito de desmitificar las falsas acusaciones realizadas por las Contrapartes, quienes alegan que García Morales intervino indebidamente en el proceso de licitación para favorecer la propuesta de la CRS, es necesario analizar, además de lo dicho en líneas anteriores, quiénes eran los competentes para calificar o descalificar las propuestas conforme a las reglas de la licitación del Contrato de Concesión, para efectos de establecer si García Morales, en efecto, tenía la capacidad de adelantar la gestión que se especula haber hecho.

Y ello, en la medida que, al hacer un análisis deductivo de la tesis del caso en la perversa lógica de las contrapartes, para que García Morales beneficiara a Odebrecht de alguna forma, una vez se presentaron las propuestas, este funcionario (i) debía tener competencia para evaluarlas; y, (ii) su calificación –si es que podía hacerla- debió ser arbitraria.

Pues bien, para empezar, es preciso destacar que el señor Gabriel García Morales, por muy director encargado del INCO que fuera, no era la persona competente para realizar la valoración y calificación de las propuestas entregadas en el proceso de licitación, ni tampoco hizo parte del equipo encargado de su evaluación.

El pliego de condiciones del proyecto, en efecto, definió desde un principio quién era el encargado de la evaluación de las propuestas en los siguientes términos:

"10.2 Evaluación del Sobre No. 1

10.2.1. La evaluación del sobre No. 1 de los Sectores 1, 2 y 3 <u>se llevará a cabo por parte del comité evaluador que designe el INCO</u>, que podrá estar conformado por funcionarios del INCO y/o por personas externas a la entidad." (Destacado fuera del texto)

Empezando solo por este punto, se puede ver claramente que García Morales, por más arbitrariedad que hubiese querido darle al asunto, no tenía el poder para hacerlo, en tanto, quién evaluaba las propuestas, no era el Director de la Entidad, sino el equipo interdisciplinario que fue conformado para integrar el Comité de Evaluación de la licitación. Y esta estructura procedimental, como bien lo sabe el Tribunal Arbitral, además, tiene pleno soporte en el Estatuto General de Contratación Pública.

Respecto a este asunto, García Morales ha manifestado, no solamente que él no hacía parte de ese Comité de Evaluación, sino que las decisiones que este Comité tomara, encontraban, en todo caso, un formidable contrapeso en el Comité Asesor que, en ese momento, fue conformado por la Entidad en razón de la complejidad que aparejaba el proceso de selección.

Veamos:

-. Ante la Corte Suprema de justicia, el entonces Director del INCO, respecto a su participación en el proceso de evaluación, dijo lo siguiente:

"DR. GARCÍA: El proceso dividió en tres tramos como ya se conoce. Me correspondió pues la parte, la parte etapa final de adjudicación que fue un proceso que estuvo rodeado de algunas intrigas periodísticas, me referiría más adelante a eso, porque eso hacia parte de la misma estrategia de estos señores de Odebrecht; y durante el proceso en el primer tramo se presentaron tres componentes, hubo un proponente eliminado que se había presentado también en el segundo tramo; el segundo tramo se presentaron tres componentes, fueron dos rechazados por circunstancias que fueron justificadas debidamente jurídicamente, y en el tercer tramo hubo un solo proponente que también se presentó en el segundo tramo y que fue rechazado. <u>Debo aclarar que mi participación se limitó a la suscripción de la resolución de adjudicación, y por supuesto a la suscripción del contrato; hubo un equipo valor, y un equipo asesor que reviso todos los temas desde la mano del IFC, de la Corporación Financiera Internacional quien fue de estructurador en donde participaron pues abogados muy connotados que</u>

sugirieron la adjudicación tal como se dio, yo no tuve ninguna intervención ninguna, ni siquiera una observación sobre la, la... Digamos el dictamen del grupo valor."[316] (Destacado fuera del texto)

-. Para efectos de aclarar si, en algún momento García Morales intervino en el proceso de decisión del Comité de Evaluación o el Asesor, el deponente dijo que:

"JUEZ: En ese rol que usted nos acaba de reseñar, ¿Interactuaba usted con otros funcionarios en esa parte técnica? Y le hago la pregunta de manera explícita, ¿Con funcionarios de la ANI?

DR. GARCÍA: Es que en ese entonces no existía la ANI, era el INCO, el INCO, sí. En ese entonces como los aspectos técnicos, económicos y financieros ya estaban definidos; no había, no había lugar de discusión en esa materia. Eso fue un tema que ya estaba totalmente definido, los alcances. Las únicas intercambios que habían formalmente en reuniones de las cuales consta acta, incluso era con el comité asesor, que era un comité que estaba de alguna manera, servía como contrapeso al comité evaluador, es decir y además de apoyo al comité evaluador; cuando el comité evaluador tenía alguna duda la asumía el comité asesor, cuando el comité, el comité asesor revisaba y sí tenía alguna duda, se la presentaba primero al comité evaluador; y si no tenía, no se sentía respondida esa duda la subía si ya a la dirección. No fue un caso que nunca se dio, siempre las, las inquietudes se resolvieron internamente."[317] (Destacado fuera del texto)

-. Y ante este Tribunal Arbitral, García Morales aclaró lo que sigue:

"DR. GARCIA: […] para efectos de esta evaluación yo determiné crear mediante resolución un grupo asesor especial conformado por diferentes especialistas.

Recuerdo específicamente la participación del doctor Ricardo Hoyos en los temas de derecho administrativo, recuerdo la participación del doctor Gustavo Cuberos en temas comerciales, recuerdo a otros expertos, si mal no recuerdo estaba una abogada Alessia Abello de Posse Herrera en ese comité, estaba el director de infraestructura para América Latina de la IFC, Richard Cabello, entre otros. Esa información yo se la suministré a la Procuraduría, las copias que tenía se las entregué a la Procuraduría, así que próximamente podré tener copia y se las haré llegar.

La función de ese comité asesor era dirimir diferencias o inquietudes que se presentaran al interior del comité evaluador, porque en todo momento lo que se esperaba de esa evaluación es que fuera consensuada, es decir, que no hubiese ninguna diferencia de alguno de los miembros, ese comité conceptuó sobre aquellas cosas en las que tuvo duda el comité evaluador, […]

DR. BENAVIDES: Ese comité asesor estaba compuesto, usted lo manifestó esta mañana, por el doctor Ricardo Hoyos, por el doctor Gustavo Cuberos y por la (sic) agente de la IFC, cierto?

SR. GARCÍA: Y otros, había otros, había también una abogada de Posse Herrera y Manuel Manoasca que era un funcionario que era viceministro de Minas y otros funcionarios que fueron escogidos de común acuerdo con la IFC." (Destacado fuera del texto)

Conforme bien lo relata el testigo en su declaración, las decisiones que se tomaron dentro del proceso, fueron forjadas por el Comité Evaluador de la Licitación, quien, a su vez, encontró aval y respaldo por el Comité Asesor creado por solicitud del mismo García Morales.

Conforme al Acta del 29 de octubre de 2009 que obra en el expediente del Contrato de Concesión, el INCO conformó el Comité Evaluador de la Licitación Pública, el cual estaba conformado, a su turno, por tres comités distintos: (i) jurídico; (ii) técnico; y (iii) financiero.

Este comité estaba conformado por los siguientes funcionarios:

Comité	**Nombre**
Jurídico	Ana María Barrera de Izquierdo

[316] Declaración Gabriel García Morales ante la Corte Suprema de Justicia. Op. Cit. Página 5.
[317] Ibid. Páginas 25 y 26.

	Luz Elena Cala Arenas
	Martha Lucia Mahecha Rodríguez
	Mónica María Aranguren Izquierdo
	Carlos Andrés Castor Pardo
	Yeiner Torcoroma Barbosa Angarita
	Harbey José Carrascal Quinteror
Técnico	Rodolfo Castiblanco
	Francisco Orduz
	Gustavo Andrés Martínez Tello
	Guillermo Alfonso Beltrán
	Rafael Francisco Gómez
	Luis Francisco López Cortes
Financiero	Miguel Ángel Actos Osio
	Camilo Andrés Jaramillo Berrocal

Y, por otra parte, como puede verse en la Resolución No. 593 del 29 de octubre de 2009, obrante en el expediente arbitral, se conformó el Comité Asesor de la Licitación Pública del proyecto Ruta del Sol, el cual estaba conformado por los siguientes personajes:

Nombre	**Función**
Alessia Abello	Asesor Jurídico
Ricardo Hoyos Duque	Asesor Jurídico
Gustavo Cuberos Gómez	Asesor Jurídico
Richard Cabello	Asesor Jurídico
Faice Guiterrez de Piñeres	Analista de inversiones – IFC
Rene Cortés Forero	Asesor financiero
Manuel Fernando Maiguashca Olano	Asesor Financiero
Dieter Castrillón	Asesor Técnico

Entonces, el proceso decisorio, en el marco de la adjudicación del Contrato de concesión, no fue tomado exclusivamente por García Morales en su calidad de Director Encargado del INCO. Se insiste que su función, como bien nos lo relató, se limitó a firmar la resolución de adjudicación y el mismo contrato, no más. En consecuencia, lejos de la arbitrariedad que expresan las contrapartes sobre el caso, García Morales nunca tuvo la capacidad de direccionar el proceso de ninguna forma. La voluntad de la administración en el Contrato de Concesión, se forjó a partir del análisis juicioso de las propuestas por parte del Comité de Evaluación, cuyas decisiones, en su momento, fueron totalmente respaldadas por el Comité Asesor.

Ambos grupos, Señores Árbitros, estaban conformados por prestantes profesionales con amplia trayectoria en el ámbito de la infraestructura pública. No fue entonces, se reitera, García Morales, en un acto tiránico, irrazonado o, incluso, teñido de aparente legalidad, quien decidió quién era el adjudicatario del Contrato de Concesión.

Si entonces la ANI y sus compañeros de la causa judicial querían derivar la nulidad del contrato, tenían que probar que el soborno, tal como lo han expuesto a la opinión pública nacional, fue el que produjo que se le adjudicara el Contrato de Concesión a la CRS. Y para ello, Señores Árbitros, les correspondía probar que los 15 miembros que hacían parte del Comité Evaluador de la licitación, junto con los 8 miembros del Comité Asesor, también fueron participes del ilícito.

Señores Árbitros: La decisión de adjudicar a la CRS no fue tomada por Gabriel García Morales. La decisión fue el producto de la discusión de 23 PERSONAS, de los más variados orígenes y titulares de diferentes disciplinas, quienes, no solo se mantuvieron al margen de las actuaciones ilícitas que adelantó subrepticiamente el Exdirector del INCO. La premisa falsa de que el Contrato de Concesión fue producto de un actuar delictivo, con solo mirar cuáles eran las competencias del Director del INCO en el caso concreto, así como su intervención efectiva, queda completamente destruida.

2. Las propuestas de los competidores de la CRS fueron descalificadas porque no cumplieron con los requisitos que exigía el pliego de condiciones.

Tan no fue cierto que García Morales intervino en el proceso de evaluación de las propuestas, como tampoco es cierto, muy a pesar de la ANI y el Ministerio Público, que la adjudicación del Contrato de Concesión se hizo de manera arbitraria. En efecto, las pruebas arrimadas al proceso, permiten concluir, sin temor alguno, que, no solo la propuesta de la CRS era la mejor de cara a las exigencias de la Entidad, sino que las otras propuestas no cumplían, de lejos, los requerimientos que fueron exigidos en el pliego de condiciones.

La descalificación de las propuestas competidoras a aquella de la CRS, conforme se desarrolló el proceso de selección, se dio por razones ponderadas y estrictamente ceñidas a la ley y el Pliego de Condiciones de la licitación, mas no por supuestos actos de corrupción como lo quieren señalar.

Para llegar a las anteriores premisas, basta con mirar qué fue lo que pasó en el proceso:

-. A la Licitación Pública SEA-LP-001 de 2009, que correspondía al Tramo II de Ruta del SOL, en primer término, se presentaron los siguientes proponentes, a saber:

No.	PROPONENTE	INTEGRANTE	%	PAÍS	SECTOR
2	VÍAS DEL SOL AUTOPISTAS S.A. PSF	OBRASCON HUARTE LAIN S.A.	70	España	1 y 2
		CONCAY S.A.	7,5	Colombia	
		ICEIN S.A.	7,5	Colombia	
		PAVIMENTOS DE COLOMBIA S.A.	7,5	Colombia	
3	ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.	CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.	25	Brasil	2
		ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRAESTRUCTURA LTDA	37	Brasil	
		ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A.	33	Colombia	
		CSS CONSTRUCTORES S.A.	4,99	Colombia	
5	UNIÓN TEMPORAL CONCESIÓN RDS	MNV S.A.	30	Colombia	1 o 2 o 3
		GAS KAPITAL GR S.A.	25	Colombia	
		CHINA RAILWAY SHISIJU GROUP CORPORATION	25	China	
		INVERSIONES GRANDES VÍAS E INGENIERÍA LTDA.	20	Colombia	

Conforme a lo conceptuado en el primer informe rendido por el Comité de Evaluación, todas las propuestas tenían que ser subsanadas, en tanto, según las exigencias del Pliego, no fueron allegados varios documentos que habilitaban su participación en el proceso. Ya en el segundo informe proferido por el Comité Evaluador, en razón de las observaciones que se hicieron entre los proponentes en el marco de un proceso competitivo como lo es una licitación pública, se dieron importantes cambios.

Respecto del proponente Unión Temporal Concesión RDS, del cual hacían parte el reconocido Grupo Nule, el Comité de Evaluación decidió rechazar su propuesta, puesto que la misma, en esencia, no cumplió con varios de los requisitos habilitantes del proceso, los cuales se sintetizan en el siguiente recuadro:

CAPACIDAD JURÍDICA	- No aportó apostilla de documentos existencia y representación legal de la empresa China Railway. - No aportó traducción de poderes otorgados por los representantes legales de China Railway. - No aportó documentos relacionados con la fiducia mercantil constituida como garantía o aportó algunos con varias falencias. - No aportó documentos de competencia jurídica de la empresa China Railway y su naturaleza subordinada respecto del Holding China Railway Shisiju Group Corporation.
CAPACIDAD FINANCIERA	- No aportó los estados financieros de la empresa China Railway, correspondiente a los años 2007 y 2008. - No aportó los estados financieros de las empresas MNV, Gas Kapital, Inversiones Vías e Ingeniería, correspondiente a los años 2007 y 2008. - No aportó documentos relacionados con los antecedentes disciplinarios de los revisores fiscales de las empresas integrantes de la promesa de la Unión Temporal. - No aportó documentos relacionados con las declaraciones de renta rendidas por las compañías que hacían parte de la Unión Temporal.

	- Se detectaron inconsistencias en los cálculos de los flujos de caja operativos de las empresas que hacían parte de la Unión Temporal.
CAPACIDAD TÉCNICA - EXPERIENCIA	- No aportó documentos debidamente traducidos y apostillados, ejecutados por la empresa China Railway. - No aportó documentos debidamente traducidos y apostillados que acreditaran la experiencia en la consecución de financiación de los proyectos ejecutados por la empresa China Railway. - No aportó los documentos que acrediten experiencia de la controlante de China Railway. - No individualizó (i) la clase de contrato ejecutados por la empresa China Railway; y (ii) la ubicación geográfica de las obras.

Este proponente, en su momento, manifestó que no podía subsanar las observaciones dadas, en el periodo de tiempo asignado en el marco de la licitación. Sin embargo, nunca manifestó razones objetivas que le impidieran cumplir con los presupuestos del Contrato.

Ahora, en relación al proponente No. 2, denominado "Vías del Sol Autopistas S.A. PSF", la CRS, durante la puja en la licitación, solicitó que no se tuviera en cuenta la experiencia presentada por OHL, uno de los integrantes del mencionado proponente. Lo anterior, en tanto, la Compañía precitada presentó, como parte de su experiencia, la ejecución de contratos en sistemas ferroviarios, contrariando las instrucciones establecidas en los pliegos, las rondas de preguntas y respuestas, y las adendas del proceso de licitación.

El Comité Evaluador del INCO, como consecuencia de lo anterior, accedió a la observación, la cual no fue producida por un capricho o arbitrariedad, sino que, al contrario, fue debidamente sustentada, a partir de la transcripción in extenso de pronunciamientos realizados por el INCO en el marco del proceso de contratación, en donde se estableció, de manera clara, que los contratos relacionados con sistemas ferroviarios no debían tenerse en cuenta como experiencia para el proceso de licitación.

El informe de evaluación definitivo, respecto al asunto, dijo lo siguiente:

"Así las cosas, conforme a lo observado en la octava ronda de preguntas y respuestas, no fueron modificaciones anunciadas al pliego de condiciones, sino fueron solicitudes para modificar el pliego de condiciones, cuyo efecto era ampliar la definición de los literales (bbb) Sector de Infraestructura y/o literal (ss) Proyecto de infraestructura, con el fin de que los proyectos de tipo férreo interpretados como ferroviarios entre ciudades o metros de carácter urbano, fueran parte integrante de la definición (ss) Proyecto de infraestructura y/o (bbb) Sector de Infraestructura, solicitud que no prosperó, por lo tanto, la experiencia ferroviaria nunca fue considerada parte integrante del pliego, o considerados como experiencia general válida, para efectos de este proceso, ni nunca la administración previó la posibilidad de incluir alguna modificación."(Destacado fuera del texto)

Toda vez que "Vías del Sol Autopistas S.A. PSF" se había presentado para la ejecución de dos (2) sectores (1 y 2), los requerimientos exigidos en cuanto a la experiencia en proyectos de infraestructura eran mucho más rigurosos, en contraste a si el proponente se presentaba a un solo sector. Y ello es apenas natural, en tanto, por la dimensión y todo lo que implicaba el Proyecto Ruta del Sol, era necesario que el proponente tuviera la suficiente robustez para aventurarse al diseño, construcción, mantenimiento y demás obligaciones respecto de dos o más sectores. Estos requisitos de experiencia, que fueron claros desde un inicio, no fueron debidamente satisfechos por OHL, por lo que la propuesta presentada por el conglomerado del que hacía parte, no cumplió con el requisito habilitante de experiencia.

Así lo señaló el Comité de Evaluación, quien, en su informe definitivo, sentenció lo siguiente:

"Estudiado y analizado el pliego de condiciones se verifica que en el numeral 7.4 INSUFICIENCIA DE LOS REQUISITOS HABILITANTES EN VARIOS SECTORES numeral 7.4.1 establece: "Durante la evaluación de los Requisitos Habilitantes, el comité evaluador determinará si los requisitos habilitantes acreditados son suficientes, en los términos de los requisitos señalados en estos pliegos, para participar por el (sic) numero de Sectores optado por el Proponente. En caso de no cumplir con lo previsto en el presente pliego la oferta no será admitida", además el CAPITULO VII REQUISITOS HABILITANTES APLICABLES A LAS PROPUESTAS POR VARIOS SECTORES en su numeral 7.1 EXPERIENCIA PARA LOS SECTORES 1 Y 2 O PARA LOS SECTORES 1 Y 3 prevé claramente como requisitos de habilidad el cumplimiento de la Experiencia en Construcción en

General, Experiencia en Construcción de Carreteras o Vías Urbanas Principales y Experiencia en Concesiones de Proyectos de Infraestructura en General.

Teniendo en cuenta lo anterior el proponente observado no cumplió con el requisito de habilidad del numeral 7.1 combinación escogida por él para participar en el presente proceso, toda vez, que no acreditó la experiencia en construcción en general, solicitada en el (sic) capítulo VII de los pliegos de condiciones, no acreditando, ni cumpliendo así con los requisitos habilitantes suficientes requeridos en el proceso." (Destacado fuera del texto)

La falta de acreditación de experiencia por parte de este proponente fue uno de los factores de descalificación. El otro, fue en razón a que las pólizas presentadas no cumplían con la cobertura exigida en el pliego de condiciones.

Como resultado de todo lo anterior, el informe de evaluación definitivo, respecto de los proponentes que intervinieron en la licitación Pública, concluyó lo siguiente:

	PROPONENTE	**CAP. JURÍDICA**	**CAP. FINANCIERA**	**EXPERIENCIA EN CONCESIONES DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA**	**EVALUACIÓN DEFINITIVA**
2	Vías del Sol Autopistas S.A. PSF	No Admisible	Admisible	No admisible	No admisible
3	Estructura Plural Promesa de Sociedad Futura Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.	Admisible	Admisible	Admisible	Admisible
5	Unión Temporal Concesión RDS	Rechazada	Rechazada	Rechazada	Rechazada

3. La selección de la CRS fue suficientemente respaldada. Es falso que haya sido producto de un ilícito.

Como puede observarse, la descalificación de las propuestas competidoras a la del CRS, tuvo una amplia y acertada justificación. Nunca se puede decir que fue producto de la arbitrariedad o de un ilícito, en tanto, como estoy mostrando, conforme a los documentos del proceso, ello jamás sucedió.

De hecho, García Morales, al referirse a las razones por las cuales el INCO descalificó a los proponentes competidores de la CRS, dijo lo que sigue:

"JUEZ: Doctor García usted nos ha mencionado que las dos firmas eliminadas al grupo Nule y la firma OHL fueron descalificadas, ¿Usted sabe los motivos por los cuales fueron descalificadas?

DR. GARCÍA: Si. En el caso del grupo Nule hubo múltiples razones; garantía insuficientes, los seguros en concepto de los abogados asesores y del comité evaluador, los seguros no cumplían con los requerimientos mínimos, las experiencias estaban modificadas y con base a una información que recabamos en la embajada de la China pudimos verificar que el alcance de su acuerdo con la firma Yen que se había presentado no cobijaba los requerimientos de, que exigía la licitación. De manera que la eliminación del grupo Nule por múltiples razones de tipo financiero, de tipo jurídico y de tipo económico. En el caso de OHL, los señores de OHL se presentaron en dos grupos para quienes se presentaban en dos grupos, en que este era el caso; en el grupo uno y en el grupo dos habían unos requerimientos especiales debido a que, pues obviamente ejecutaron una obra de esa magnitud dos proyectos al mismo tiempo exigía unas, unos requerimientos un poco más altos que para quienes se presentaban en un solo grupo. Y el origen de eso viene desde la misma estructuración del proyecto; inicialmente el proyecto Ruta Del Sol iba hacer un solo tramo, pero debido a las complicaciones que habían en materia de de economía de escala asociadas al tamaño del proyecto, al momento que vivía el país en momento económico que vivía el país, hay que recordar que para ese momento el país no tenía grado de inversión, de manera que conseguir los recursos para financiar el proyecto en mercado

internacional se hacía muy difícil; entonces se establecieron el IFC estableció una serie de requisitos especiales para aquellos que se presentaban en más de un, en más de un tramo. Desafortunadamente para la firma OHL incurrió un error que los descalificaba automáticamente en ambos tramos por no cumplir en lo que había establecido el pliego para aquellos que se presentaban en más de un tramo; eso es básicamente la razón por la que OHL fue descalificado."[318] (Destacado fuera del texto).

Entonces, la selección del contratista se dio por motivos razonados y justos, y no por caprichos cubiertos con apariencia de legalidad. Muestra de ello, es que el Comité Asesor coadyuvó la decisión del Comité de Evaluación, tal como lo resaltó García Morales, así:

"La función de ese comité asesor era dirimir diferencias o inquietudes que se presentaran al interior del comité evaluador, porque en todo momento lo que se esperaba de esa evaluación es que fuera consensuada, es decir, que no hubiese ninguna diferencia de alguno de los miembros, ese comité conceptuó sobre aquellas cosas en las que tuvo duda el comité evaluador, específicamente la razón por la cual las personas de OHL quedaban descalificadas, el comité aceptó las recomendaciones de ese consejo asesor, porque los conceptos de ese comité no son vinculantes, pero el comité evaluador decidió aceptar.

El resultado final, luego de haber recibido todas las observaciones e inquietudes por parte de los participantes, de la Procuraduría y de la Contraloría, era que quedaba adjudicada a Odebrecht, al consorcio en el cual participaba Odebrecht." (Destacado fuera del texto)

En cuanto a la manera de cómo se tomó la decisión por parte de los dos Comités -Evaluador y Asesor -, García Morales, en su calidad de testigo directo de los hechos, mencionó que ésta fue de manera UNÁNIME:

"DR. BENAVIDES: Usted, frente a ese tema del comité evaluador en la audiencia de adjudicación, manifestó lo siguiente, "La evaluación del proceso fue unánime y no hubo disentimiento sobre sus resultados entre el comité evaluador y el comité asesor especial." Eso fue así?

SR. GARCÍA: Sí, en la última decisión obviamente hubo discusiones o conversaciones al respecto, pero en el último informe que me llega a mí de que tanto el comité evaluador como el comité asesor coincidían en la decisión." (Destacado fuera del texto)

Con todo lo anteriormente expuesto, lo que se pudo demostrar en el proceso, fue que García Morales, ni fue quien tomó la decisión, ni pudo intervenir en el proceso decisorio. Y para rematar, quienes sí tenían el poder de decisión sobre el asunto, conceptuaron de manera unánime que la mejor propuesta era la de la CRS, y no otra.

Incluso, al indagársele al Exdirector del INCO si al momento de firmar la resolución de adjudicación y el contrato, lo hizo con el propósito de beneficiar a la CRS, claramente dijo que esa no fue la razón.

Veamos:

"DR. VICUÑA: Le insisto en la pregunta. Al momento de firmar usted lo hizo a sabiendas de que iba a recibir esa plata o por otra razón?

SR. GARCÍA: No, en primer lugar, firmé porque estaba seguro de que la adjudicación se había hecho conforme a la ley, pero también tenía la expectativa, es ahí donde se configura mi delito de interés indebido, de una compensación futura."[319] (Destacado fuera del texto)

Es más, dijo que, si los Entes de Control durante el proceso de adjudicación se oponían a adjudicar el Contrato de Concesión a la CRS, éste no intercedería para contradecirlos:

"DR. GARCÍA: […] Y posteriormente ya fue él [Luis Bueno] directamente quien se me (sic) presento, se me presentaba en la oficina en los momentos que me pidió mi intervención en sus palabras para que la adjudicación se diera en los términos en que fue estructurado el proyecto, los términos de ley y en los términos de los términos de referencia. Él insistió mucho en que él solamente quería una garantía

[318] Declaración Gabriel García Morales ante la Corte Suprema de Justicia. Op. Cit. Páginas 6 y 7.
[319] Declaración Gabriel García Morales ante el Tribunal de Arbitramento. Op. Cit. Página 14.

de que el proyecto se adjudicara (INAUDIBLE 0:22:49.2) atendiendo los requerimientos del pliego, y atendiendo la ley; como lo he declarado ante la fiscalía él, yo desistí mucho en que yo no me iba a enfrentar si había alguna, alguna observación por parte de la Procuraduría, las cuales acogimos en su integridad siempre y la Contraloría, y él me insistió en que no iba haber ninguna dificultad con la Contraloría, ni con la Procuraduría. Prueba de ellos es algún oficio que entregue en la fiscalía en donde el procurador delegado en el primer día de la audiencia me manda una carta formal, radicada, en donde dice que se habían cumplido todos los procedimientos, que se habían dado todas las garantías y que había que proceder, y que dado que había unanimidad en el grupo de obra había que proceder con la adjudicación."[320] (Destacado fuera del texto)

Conforme a todo lo que se pudo establecer en el proceso, el suscrito se pregunta ¿Cómo fue que el interés personal indebido del contratista en la celebración de un contrato, afectó el contrato en sí mismo? Pues, sin duda hay faltas disciplinarias al igual que la configuración de delitos por parte de un funcionario público. Pero las conductas que son reprochadas, son a título personal, por lo que únicamente recaen sobre el funcionario. En efecto, no se ha establecido la manera como la Entidad erró en escoger a Odebretch y a sus socios. No se ha establecido que la propuesta de estos, no cumplió con los requisitos del pliego y aun así se escogió la propuesta. No se ha establecido que la propuesta de Odebretch y sus socios, fue evaluada con mayor benevolencia respecto a las demás. No se ha establecido que los otros proponentes fueron descalificados indebidamente.

En fin, Señores Árbitros, no se comprobó, de manera fehaciente, que el ámbito de corrupción de un funcionario público, trascendió de su esfera personal e infestó la institucionalidad pública, a tal punto que la Entidad cayó en error al escoger a la CRS.

Tratar de automatizar el hecho de que, en la medida que un funcionario recibió un soborno, el contrato es nulo, es un argumento falaz. No solamente porque no tiene en cuenta lo que verdaderamente sucedió en el caso –que nunca se desvió indebidamente el proceso de selección-; sino, también, porque se asimila injustificadamente la actuación de García Morales a título personal, con el despliegue de la voluntad contractual realizada por el INCO como institución.

Como se pudo demostrar, el forjamiento de la voluntad de la Administración, lejos de ser dada únicamente por la persona que la representaba en ese entonces, fue intercedía por un proceso largo y riguroso, en el cual interactuaron varios sujetos: (i) un estructurador –IFC-, quien, a partir de un equipo interdisciplinario, definió las requerimientos técnicos, económicos y jurídicos del proyecto; (ii) los mismos proponentes, quienes, en el marco de un proceso competitivo, formularon preguntas y respuestas a los pliegos, además de presentar observaciones a las propuestas de sus competidores; (iii) un Comité Evaluador, cuyas decisiones fueron respaldadas por un Comité Asesor; y ello, sin tener en cuenta el conjunto de funcionarios públicos del INCO que intervinieron en el proceso, y los conceptos emitidos por la Procuraduría y la Contraloría que avalaron la decisión adoptada.

(iii). Conclusiones:

Las siguientes son, en esencia, las conclusiones de lo acá expuesto:

(i). Que el proceso de estructuración se adelantó bajo los estrictos criterios de la ley, por lo cual no puede sostenerse, ni probarse, que el pliego de condiciones estuvo "hecho a la medida" de la CRS.

(ii). Que nunca se le exigió a García Morales que desviara el proceso de selección para favorecer a ningún proponente.

(iii). Que el proceso de selección nunca fue desviado de manera indebida, ya sea por la intervención de García Morales o por algún otro actor del proceso.

(iv). Que Odebrecht y sus socios nunca recibieron asesoría para la elaboración de la propuesta por parte de García Morales.

(v). Que, por lo tanto, la propuesta que fue presentada por la CRS, se dio bajo las mismas condiciones de igualdad frente a los demás competidores.

[320] Declaración de Gabriel García Morales ante la Corte Suprema de Justicia. Op. Cit. Página 9.

(vi). Que la decisión de adjudicar el contrato a la CRS, no fue tomada por García Morales, sino por el Comité de Evaluación.

(vii). Que el Comité de Evaluación descalificó las propuestas de los demás competidores, en tanto no cumplieron con los requisitos que se exigieron desde un principio en el pliego de condiciones de la licitación.

(viii). Que la decisión adoptada por el Comité de Evaluación fue ampliamente respaldada por el Comité Asesor.

(ix). Que García Morales ni siquiera tuvo injerencia alguna en el proceso de valoración de las propuestas presentadas.

(x). Que, en consecuencia, la decisión de adjudicar a la CRS el Contrato de Concesión, no fue arbitraria ni injusta, ni tampoco se debió a la comisión de ningún delito o ilegalidad.

b. Confrontación de los supuestos fácticos del caso con las causales de nulidad de los contratos estatales.

Agotadas las anteriores consideraciones, ahora corresponde hacer la confrontación de los supuestos fácticos del caso a la luz de las causales de nulidad de los contratos estatales. Sobre el particular, debo empezar haciendo algunas consideraciones elementales a manera introductoria sobre la temática, en tanto, solo con ello, se enervaría cualquier intento de provocar la destrucción del negocio jurídico, estas son: (i) cualquier vicio que se le pueda imputar al contrato, no es ni evidente ni de bulto, siendo esto un presupuesto fundamental para declarar la nulidad de un contrato conforme a la jurisprudencia moderna; y (ii), las conductas delictuales por las que GABRIEL GARCIA MORALES y otros fueron imputados, en razón de los actos cometidos durante la licitación del Contrato, demuestran, por sí solas, que el proceso de selección nunca fue torcido a favor de la **CRS**, ni de mis Representadas.

1. Los supuestos fácticos del caso demuestran que no hay un vicio que salga "de bulto" del Contrato de Concesión. Sin este presupuesto, no puede declararse la nulidad del negocio.

Los elementos fácticos que quedaron demostrados en el proceso, reitero, no son suficientes para poder llevar al traste el negocio jurídico frente al cual la ANI y la Procuraduría, de manera contradictoria a la posición que defendían en ese entonces, solicitan su anulación. Independientemente de la causal de nulidad que se quiera aplicar, en tanto, en razón de su amplitud y vaguedad fácilmente cualquier cosa podría ser acomodada dentro de las mismas, lo cierto es que, en el presente caso, no se está cumpliendo un elemento cardinal para que la misma sea declarada, especialmente si es en ejercicio del poder oficioso del Juez.

Respecto de la nulidad absoluta de un negocio, tanto la jurisprudencia[321] como la doctrina[322] han establecido que, para efectos de declararla, es necesario que la misma quede probada en el acto o contrato. Esa probanza, no se agota en un sencillo ejercicio de interpretación del deber ser del contrato, conforme al mandato ético o moral del hermeneuta, sino que su configuración, con la simple constatación de las pruebas del expediente, para cualquiera, debe aparecer de bulto. Ese adjetivo –de bulto-, conforme a la Real Academia Española, es utilizado **"(…) especialmente de un error o de un fallo: Muy manifiesto o considerable**."

Para el presente caso, a partir de las pruebas debidamente practicadas en el proceso, ese calificativo de manifiesto y considerable, no se dio. Así, más que esa falsa seguridad que se ha vendido a la opinión

[321] "Para que el juez administrativo pueda declarar de oficio una nulidad absoluta, de antiguo esta Corporación acogiendo jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, y en aplicación de la norma anterior, ha manifestado que se requiere: a) que el vicio esté probado en el mismo instrumento o contrato que sirve de prueba al respectivo negocio jurídico, del cual surjan de bulto los elementos que configuran la causal de nulidad. (…)" (Destacado fuera del texto). Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia del 8 de marzo de 2007. M.P. Ruth Estella Correa. Expediente No. 15052.

[322] "Otro punto de interés probatorio consiste en que el juez, a pesar de estar facultado para decretar de oficio la nulidad absoluta del contrato, tiene una restricción probatoria, pues al ser este un poder excepcional, se somete a que la nulidad aparezca de bulto, en el contrato o en el instrumento que lo contiene, y a que el acto o contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derecho u obligaciones para las partes, pues al juez le está vedado practicar otros medios probatorios, distintos a los obrantes en el plenario para declarar de oficio la nulidad absoluta." (Destacado fuera del texto). Toscano López, Fredy. La pretensión de nulidad de contratos civiles y mercantiles en Colombia. Universidad Externado de Colombia. Disponible en https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3313/3462. Visto el 10 de mayo de 2018.

pública de que el Contrato de Concesión fue producto de actos ilícitos, lo que se pudo comprobar es que, la conducta aislada de un funcionario público, no tuvo el potencial ni injerencia alguna en el proceso decisorio de la Administración al momento de adjudicar el contrato que ahora se pretende califica como viciado.

Al asunto, Señores Árbitros, tal como lo he presentado hasta este momento, no se le puede dar ese calificativo "de bulto" que requiere el ordenamiento jurídico. Más que certeza sobre los supuestos vicios, lo que quedó del proceso fueron dudas de la tesis manejada por las contrapartes. La tan alegada transgresión al interés general, que la ANI y el Ministerio Público quieren manejar como si fueran "hechos notorios", no es tan clara ni tan evidente.

2. Análisis del caso conforme a las causales de nulidad de los contratos estatales.

El análisis de las causales de nulidad de la contratación estatal, debe realizarse a partir de una lectura integral que el derecho sustancial ha definido sobre la materia, por lo que, a continuación, haré de manera suscita la valoración del caso, conforme a las causales establecidas, tanto en la Ley 80 de 1993, así como según las reglas del derecho común.

a. Causales de nulidad de la Ley 80 de 1993.

Conforme al artículo 44 del Estatuto de la Contratación Estatal, un contrato de naturaleza pública puede ser declarado nulo absoluto, cuando el mismo, entre otras cosas[323], (i) se celebre contra expresa prohibición constitucional o legal; y (ii) Se celebre con abuso o desviación de poder.

Respecto a la primera de las causales, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha hecho un ingente esfuerzo para delimitar su aplicación, pues, una interpretación equivocada de la regla, puede arrimar conclusiones nefastas que alteran la estabilidad del ordenamiento.

En este sentido, la Corporación Judicial ha dicho lo siguiente:

"Se debe aclarar, a propósito del alcance de esta causal de nulidad [la celebración de un contrato contra expresa prohibición constitucional y legal], que ella se aplica cuando el ordenamiento jurídico haya prohibido expresamente la celebración de determinados tipos contractuales, o el pacto de ciertas cláusulas, o que determinados contenidos de un contrato lícito no los pueda pactar el Estado, como proscripción general o especial; pero la causal no comprende, como lo entiende el Tribunal, cualquier violación al ordenamiento jurídico pues de lo contrario, habría que concluir que ella comprende todos los demás. (…)

Precisado lo anterior, la Sala encuentra que la segunda causal de nulidad de los contratos estatales consiste en que estos se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal, lo que significa que el negocio jurídico debe estar prohibido bien por una "norma constitucional" –cuyo alcance y contenido es bastante preciso-, o por una norma con fuerza de ley."[324] (Destacado fuera del texto)

Conforme al anterior entendimiento develado por el Consejo de Estado, la causal de nulidad referida, hace alusión a la existencia de un régimen expreso de prohibición de celebración de un contrato específico por parte de una entidad Estatal. Derivar, entonces, otro alcance que vaya más allá de lo que verdaderamente se desprende de esta causal de nulidad, sería una apreciación exógena a la misma, que derivaría una decisión alejada completamente del derecho, y, más bien, dictada conforme a la conciencia del hermeneuta.

Teniendo esta concepción presente, el Contrato de Concesión de ninguna manera recae sobre la aludida causal, y esto es apenas evidente. El INCO, en su momento, celebró un Contrato de Concesión, cuyo propósito fue, en resumidas cuentas, la construcción, rehabilitación y operación del Sector II de la Ruta del Sol, siendo este acuerdo uno de aquellos que corresponden al sector de la infraestructura pública vial.

[323] Dada la naturaleza de la presente controversia, por sustracción de materia, no se realizará un análisis de las causales 1ª, 4ª y 5ª del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.
[324] Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 22 de marzo de 2007. M.P. Alier Hernández Enríquez. Expediente No. 28010.

El negocio jurídico celebrado con la CRS, en ese contexto, no puede ser declarado nulo por violar una prohibición constitucional o legal, pues, teniendo en cuenta los criterios aclarados por la jurisprudencia contencioso administrativa, (i) el Contrato de Concesión no está prohibido por la Ley; y (ii), la celebración de un acuerdo para la construcción, rehabilitación y operación de infraestructura pública, tampoco choca con alguna prohibición expresa señalada en la Constitución o por el Legislador, sino que, muy por el contrario, obedece al aliento que el ordenamiento jurídico hace para promover la celebración de esta clase de negocios, pues constituyen un pilar fundante del desarrollo del país que permite el acceso a bienes y servicios públicos para la satisfacción de necesidades elementales del interés general.

Ahora, respecto de la causal denominada "Abuso o desviación de poder", que de hecho fue invocada por la ANI en las pretensiones de su Demanda de Reconvención Reformada, es necesario, para hacer un adecuado abordaje, delimitar qué es lo que la jurisprudencia contencioso administrativa ha entendido por esta causal, pues esta, de igual forma, ha sido objeto de una adecuada delimitación de los elementos que la provocan.

Sobre el asunto, el Consejo de Estado ha dicho lo que sigue:

"La desviación de poder, en materia contractual, se puede definir, al igual que lo ha hecho la jurisprudencia y la doctrina tratándose de actos administrativos unilaterales, como la función administrativa ejercida por el servidor público, con el propósito de favorecer a un tercero, o a sí mismo, dejando de lado el fin legítimo que persigue la ley con la atribución de la respectiva competencia. Esta finalidad no es otra que la búsqueda del beneficio común y el bienestar de la comunidad, de conformidad con los preceptos constitucionales y legales que la regulan. […]

A su vez, la doctrina también ha tratado de llenar el contenido de la noción de desviación de poder, fundamentalmente cuando estudia el tema de la discrecionalidad administrativa que existe para expedir ciertas decisiones administrativas. En tal sentido, dice de manera uniforme, que dicha facultad tiene límites, y aunque hay momentos en que las normas le otorgan al funcionario cierta libertad para tomar decisiones, las mismas deben estar dirigidas al beneficio colectivo, porque cuando se expide un acto sin que dicho fin dirija el sentido de las decisiones, se exceden las facultades que las disposiciones otorgan, incursionando en el ámbito de la arbitrariedad, actitud que atenta contra el Estado Social de Derecho."[325]

Conforme a lo anterior, para que se predique si en un contrato hubo abuso o desviación de poder, deben concurrir los siguientes presupuestos:

(i.) Una función administrativa ejercida por un funcionario público;

(ii). Que esa función haya sido ejercida para favorecerse a sí mismo o a un tercero;

(iii). Que se haya dejado de lado el fin legítimo perseguido con la atribución de la competencia;

(iv). Que la decisión, así concebida, haya sido totalmente arbitraria.

Todos estos presupuestos, valga destacar, deben converger completamente para efectos de configurar la causal de nulidad, de tal suerte que, a falta de uno de ellos, el juez no puede pasar a destruir el negocio, pues con ello, estaría aplicando una sanción normativa sin existir mérito suficiente para esos efectos.

Pues bien, tal como adelanté en líneas anteriores, conforme a los elementos fácticos que concurren, JAMÁS se puede decir que se configuró la causal de Abuso o Desviación de poder, ya que, analizado en detalle lo que pasó, el vicio que tanto alegan las Contrapartes en el proceso, apenas se dio en apariencia, pero, en estricto rigor jurídico y probatorio, nunca tuvo la connotación suficiente para aniquilar el acuerdo contractual.

Si miramos, entonces, los requisitos señalados en la jurisprudencia para la configuración de la causal, podemos encontrar lo siguiente:

[325] Ibíd.

(a). Efectivamente hubo un funcionario público que ejerció una función administrativa, el cual es Gabriel García Morales, quien se limitó, única y exclusivamente, a suscribir el acta de adjudicación del Contrato de Concesión y el contrato mismo con la CRS.

(b). Ahora, NO ES CIERTO que Gabriel García Morales ejerció el encargo que le fue encomendado, con el único propósito de favorecerse a sí mismo o a un tercero. Frente a este asunto, ya expuse que el mismo García Morales, en las declaraciones que ha rendido ante diferentes autoridades judiciales y ante el mismo Tribunal Arbitral, que esa promesa remuneratoria ilícita, no fue el móvil o el motivo por el cual el funcionario público ejerció la función encomendada. El Ex director del INCO, sobre este aspecto, de manera consistente siempre ha dicho que la suscripción del acta de adjudicación y del Contrato de Concesión con la **CRS**, fue realizada porque la oferta que presentó la **CRS** cumplió con todos los requisitos de Ley, y porque, además, el proceso de adjudicación se ciñó estrictamente al Derecho, no por otra cosa.

Además, los mismos implicados en el acto ilícito, Gabriel García Morales y Luiz Bueno Junior, señalaron, muy lejano a lo que sostiene la ANI y sus compañeros de litigio, que el acuerdo celebrado nunca tuvo la intención de que el ex Director del INCO, en uso de sus atribuciones, desviara el proceso de selección con el propósito de beneficiar a la **CRS**. Nunca García Morales "asesoró" a la CRS para presentar su propuesta, ni nunca se descalificó a los demás proponentes del proceso por vicios formales o banalidades injustas, ni nunca hubo otra causa que generara que la **CRS** fuera adjudicataria del contrato, más que ésta fue la que presentó la propuesta que se acomodaba mejor a los intereses de la Entidad Contratante.

(c). NO ES CIERTO que se haya dejado de lado el fin legítimo perseguido con la atribución de la competencia, y se haya sacrificado de esta forma el interés común. No hay nada más falso que decir ello. Si hubiera prevalecido, entonces, un interés torticero sobre el proceso, hoy en día la Ruta del Sol II no tendría la doble calzada de la que se está beneficiando la comunidad en general.

Sería una ignominia mayor, Señores Árbitros, llegar a decir que el Estado no tuvo ningún beneficio por la obra reportada por la **CRS**, la cual, hasta el punto en que pudo ser ejecutada, demostraba los mejores indicadores históricos del país. El Contrato de Concesión, también, no fue adjudicado a ningún lego incapaz de cumplir con lo que se le estaba encargado, y esto puede constatarse en el mundo material. Decir que se vulneró el interés general y prevaleció el abyecto particular, es una mera especulación ajena a la realidad. García Morales, por otra parte, cumplió con la tarea que le fue encargada al momento de ser asignado como director encargado del INCO, pues, no obstante su tímida intervención que tuvo durante todo el proceso, adjudicó el contrato conforme a las reglas establecidas en el pliego de condiciones.

(d). Entonces, lejos está que la adjudicación haya sido arbitraria en el presente caso. Como ya lo destaqué en líneas anteriores, García Morales, en todo caso, no decidió quién iba a ser adjudicatario del contrato. Esto se dio a partir de un largo proceso competitivo, en donde la **CRS** resultó vencedora, en función del criterio que tuvo, no solo el Comité de Evaluación de la licitación pública, sino también del Comité Asesor. En total, hubo 23 PERSONAS que dijeron que la propuesta presentada por la **CRS** era la que mejor se acomodaba a las necesidades de la Entidad Contratante, y fue por esto, y no por otra cosa, que se signó el Contrato de Concesión con la **CRS**. La decisión NUNCA fue arbitraria y esto no quedó jamás demostrado en el proceso.

Si la ANI quería encaminar la pretensión de nulidad por medio de la causal aquí analizada, debió haber hecho, en aras de la seriedad procesal, un mínimo esfuerzo probatorio para establecer que TODAS LAS PERSONAS QUE INTERVINIERON EN EL PROCESO, en especial quienes evaluaron la propuesta, decidieron injustificadamente y sin ninguna consideración objetiva y rigurosa adjudicar el contrato a la CRS. Pero esto en efecto no pasó, ni podía pasar.

Corolario de lo anterior, la causal alegada por la ANI para invocar la nulidad del proceso, no puede ser declarada, pues, los presupuestos para ello, no fueron probados en su integridad. Si esto fuera así, ¿por qué García Morales no fue condenado por el punible de celebración de contratos sin el cumplimiento de requisitos legales? Es que, Señores Árbitros, no más mirando este asunto, ya pone en tela de juicio toda la teoría del caso que han defendido las contrapartes en el proceso.

b. <u>Causales de nulidad según lo dispuesto en el derecho común</u>.

No hay discusión alguna de que las causales del derecho común son también aplicables a los contratos de naturaleza estatal, y esto, en razón de aquello preceptuado en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993. Así, entonces, partiendo de lo preceptuado en los artículos 1741 del Código Civil y 900 del Código de Comercio, teniendo en cuenta el interés de este proceso, paso a analizar dos causales concretas: la causa ilícita y el objeto ilícito.

Sobre la causa ilícita, se ha dicho, conforme a la teoría causal que comparte el derecho colombiano, que los contratos serán anulados cuando las motivaciones que llevaron a las partes a celebrar el contrato, se dieron por móviles contrarios a la Ley, moral o buenas costumbres. Conforme a la jurisprudencia decantada por el Consejo de Estado[326], la causa ilícita se entiende como igual, a aquella causal definida en la Ley 80 de 1993 como "Abuso o desviación de poder", la cual, ya fue evacuada en líneas anteriores.

Debo insistir en un punto, y es que, la causa que haya motivado a García Morales en todo su actuar ilícito, no puede llegar a ser confundida con la finalidad volitiva que tenía la entidad pública al momento de suscribir el Contrato de Concesión, pues una y otra son totalmente diferentes. El INCO, no hay duda, escogió a la **CRS** y suscribió el negocio jurídico, con la finalidad de satisfacer las necesidades de movilidad del conglomerado, a partir de la construcción de una infraestructura moderna que ayudara a la economía colombiana a ser más competitiva ante el mundo. Y la finalidad de quienes intervinieron en el proceso volitivo de la entidad, quienes fueron, entre otros, el comité de evaluación y el asesor, estaban encaminados a cumplir con ese propósito, no con otro.

El INCO, en virtud del principio de legalidad, suscribió el Contrato de Concesión con el único fin de satisfacer las necesidades del interés común, y lo hizo con quien merecía ser el adjudicatario. Y, en todo caso, el Exdirector de la Entidad, si bien tendría algún móvil abyecto a título personal producido por la promesa remuneratoria ilícita, esto no fue lo que motivo al funcionario a suscribir el contrato, sino que, tal como lo dijo García Morales ante el plenario, él firmó el contrato, en últimas, porque todos los sujetos intervinientes en el proceso, incluidos los entes de control, coincidieron que la **CRS** era quien debía ser el signatario del proyecto.

La anterior idea, sustancialmente, se sostiene por lo que la jurisprudencia y doctrina han entendido por causa ilícita contractual. Así, la Corte Suprema de Justicia, sobre el asunto, ha dicho lo siguiente:

"Estos tres conceptos, voluntad, móvil y fin […] representan el substractum del derecho y ofrecen un carácter de indivisibilidad, en el sentido de que el primero asegura la conjunción de los otros dos: el móvil tiende hacia el fin por intermedio y bajo la acción de la voluntad. De ahí que en todos los casos la determinación de la intención es esencial, puesto que ella influye y dirige a la naturaleza misma del acto celebrado entre las partes; porque viene a ser ella la que le otorga un verdadero carácter a la relación jurídica; a imprimirle el matiz que sirve para calificar la voluntad de los contratantes. -(...)- Dentro de la moderna teoría de la causa, que por la influencia del Derecho Canónico desligó la obligación de la forma, para otorgar a la causa un carácter psicológico y estimarla más bien como la intención que guía al contrayente, según la naturaleza del pacto y los efectos perseguidos, el móvil determinante viene a ser el criterio básico para explicar la naturaleza jurídica y el funcionamiento de fenómenos como la resolución, la revocación y la caducidad."[327] (Destacado fuera del texto)

Entonces, al no haber elementos ilícitos sobre el proceso, se destaca, en definitiva, que el proceso de selección, al igual que el contrato de concesión, se celebró exclusivamente en atención al principio de legalidad, el cual le indicaba a la entidad contratante que el proyecto era una necesidad para el país. No fue, entonces, ningún otro motivo, causa o finalidad que condujo a adelantar el referido proyecto. Cualquier otra consideración, como lo plantean mis contrapartes, son absolutamente irrelevantes para el análisis de esta causal.

Ahora, respecto del objeto ilícito, a esta causal debe hacérsele una lectura desde la perspectiva de la noción clásica que se le ha dado a la misma, y, a su turno, según el alcance que le ha dado la jurisprudencia contencioso administrativa de cara a la contratación estatal.

[326] Véase Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 27 de enero de 2016. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente No. 49.847.
[327] Corte Suprema de Justicia. Sala de Asuntos Civiles. Sentencia del 6 de noviembre de 1943. MP. Ricardo Hinestrosa Daza, LVI 243-253.

El objeto de un negocio jurídico, en este orden, es el conjunto de efectos perseguidos por la voluntad de las partes, los cuales pueden comprender la creación de obligaciones, su modificación o la extinción de una relación jurídica de contenido patrimonial. Partiendo de ello, es que se dice que, hay objeto ilícito, cuando las prestaciones del negocio jurídico son violatorias de una norma de orden público. Igualmente, hay objeto ilícito en aquellos eventos en los que la Ley ha prohibido determinados tipos de contratos, como en los casos señalados en el artículo 1519 del Código Civil, que establece la prohibición de prometer "someterse en la República a una jurisdicción no reconocida por las Leyes de ella"; o en los del artículo 1520 edjusdem, que prohíbe contratar sobre el derecho de suceder a una persona viva; o, en fin, en los del artículo 1521 del Estatuto Civil que prohíbe la enajenación de cosas que no estén en el comercio jurídico o derechos que no pueden transferirse.

Teniendo en cuenta esto, Señores Árbitros, no hay mucho que explicar para el presente caso, pues, es muy evidente, bajo la égida de la concepción tradicional del asunto, que no hubo objeto ilícito en el contrato signado. La convención, al respecto, se pactó para que el Concesionario, por su cuenta y riesgo, elaborara los diseños del proyecto, así como financiara, obtuviera las licencias ambientales y demás permisos, adquiriera los predios, rehabilitara, construyera, mejorara, operara y mantuviera el sector comprendido entre Puerto Salgar y San Roque, asunto que está muy lejos de ser prohibido por la Ley, o de contravenir el derecho público de la Nación. El propósito del Contrato de Concesión, al contrario de ser ilícito, es producto del esfuerzo ingente que hacen el Derecho y la Política Pública para que se celebren esta clase de acuerdos como medio que procura el desarrollo del país.

A la par de lo anterior, el Contrato de Concesión tampoco tiene objeto ilícito a la luz de la moderna concepción del asunto según el Consejo de Estado, quien, a partir de la famosa sentencia del 24 de abril de 2013, con ponencia del Consejero Jaime Orlando Santofimio[328], ha dicho que, puede derivarse ilicitud en el objeto del negocio, si el mismo atenta contra un principio constitucional o legal. Para llegar a esa conclusión, por lo tanto, es preciso hacer algunas breves aclaraciones del caso, a la luz de los principios de la contratación estatal.

En este orden, si se quiere mirar el contrato, por ejemplo, a la luz del principio de transparencia, la jurisprudencia ha dicho que el mismo comprende aspectos tales como, **"(…) la claridad y la nitidez en la actuación contractual para poder hacer efectiva la supremacía del interés general,[329] la libre concurrencia de los interesados en contratar con el Estado, la igualdad de los oferentes,[330] la publicidad de todo el iter contractual, la selección objetiva del contratista, el derecho a cuestionar o controvertir las decisiones que en esta materia realice la Administración, etc."[331]** El Consejo de Estado, sobre el asunto, ha dicho que **"La libre concurrencia de los interesados implica la posibilidad de estos de acceder e intervenir en el proceso de selección y la imposibilidad para la Administración de establecer, sin justificación legal alguna, mecanismos o previsiones que conduzcan a la exclusión de potenciales oferentes."[332]** Bajo el anterior ropaje jurisprudencial, entonces, se entiende que la transparencia es guardiana del interés general, el cual se garantiza, cuando la Administración publicita todas sus actuaciones, y establece reglas claras de juego para que los partícipes en el proceso de selección actúen en condiciones de igualdad durante el mismo.

Pues bien, estas consideraciones fueron garantizadas durante el proceso de selección del Contrato de Concesión para el Proyecto Ruta del Sol II. No me voy a cansar de decir, una vez más, que el interés subjetivo que se tuvo en el proceso, a partir de las actuaciones delictivas desplegadas por García Morales y algunos directivos de Odebrecht, no tuvieron ninguna incidencia en el resultado final, en tanto este funcionario no tuvo ningún poder de decisión ni intervino en el proceso volitivo de la Entidad. El proceso de selección, en efecto, (i) fue totalmente transparente y publicitado; (ii) las reglas de juego fueron claramente definidas en el pliego de condiciones; (iii) los partícipes tuvieron oportunidad de hacer preguntas y cuestionar las propuestas de sus competidores; (iv) la evaluación de las propuestas la hizo un grupo de especialistas cuyas decisiones fueron respaldadas por otro comité asesor; y (v) la exclusión de los competidores de la CRS, se debió, no al capricho, sino a que estos no cumplieron con los requisitos exigidos desde un inicio en el proceso de selección.

[328] Véase Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 24 de abril de 2013. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente No. 27315.
[329] Corte Constitucional, Sentencia C-508 de 2002.
[330] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de julio de 2001, Expediente 12037.
[331] Consejo de Estado. Sección. Tercera. Sentencia del 27 de enero de 2016. M.P. Jaime Orlando Santofimio. Expediente No. 49.847.
[332] Ibídem.

Bajo estas premisas, la Entidad no decidió ni movió su actuar administrativo en razón de conductas subrepticias, que hubieran hecho que la Administración cambiara de parecer de manera intempestiva e injustificada. Tan así fue el asunto, que (i) en su momento la Procuraduría y Contraloría conceptuaron que el proceso se había manejado conforme a los mandatos de la Ley; y (ii), ninguno de los otros proponentes demandó la adjudicación del Contrato de Concesión.

Estas consideraciones, incluso, van de la mano con el principio de selección objetiva, el cual, en palabras de la jurisprudencia contenciosa, busca **"(…) seleccionar la propuesta que sea más favorable para la satisfacción de los intereses colectivos, siendo improcedente tener en cuenta alguna consideración subjetiva."**[333] Este precepto, que es uno de los más importantes a la luz de las normas que rigen la Contratación Estatal, en la medida que su cumplimiento, correlativamente, permite la satisfacción de los demás principios, ya que este principio, **"(…) persigue garantizar la elección de la oferta más favorable para la entidad y el interés público implícito en esta actividad de la administración, mediante la aplicación de precisos factores de escogencia, que impidan una contratación fundamentada en una motivación arbitraria, discriminatoria, caprichosa o subjetiva (…)"**[334]

Partiendo de lo anterior, nuevamente reafirmo, que en el proceso se escogió la mejor propuesta para la Entidad, sin que mediara ninguna consideración subjetiva, puesto que, como ya se explicó, los intereses que tenía García Morales sobre el proceso, en últimas, no fueron los que primaron el actuar de la Administración, y en todo caso nunca hubiese podido serlo. Si se hace un análisis de causalidad adecuada del caso, el pago que se le hizo a García Morales, no fue la razón por la que se adjudicó el Contrato de Concesión a la CRS. La causa eficiente fue que la PSF presentó la mejor propuesta. Es más, si se hiciera un estudio de equivalencia de condiciones – en un mero ejercicio académico -, si en un escenario de análisis prospectivo se eliminara la existencia del soborno, acorde con las pruebas obrantes, la **CRS** sería indudablemente el adjudicatario del contrato.

Señores Árbitros: los principios de la contratación estatal apuntan a que la Entidad, al final, seleccione la mejor propuesta que satisfaga las necesidades que exige la ley, y con ello, se garantice el cometido constitucional del contrato estatal. Los principios constitucionales y legales, en últimas, lo que buscan evitar es que un contratista incumplido e incapaz (por decirlo en términos comunes), sea quien termine favorecido con el acto de selección, en desmedro del patrimonio público y de la sociedad.

Si se reduce al absurdo el argumento defendido por la ANI, el Ministerio Púbico y la ANDJE, el cual establece que, por el hecho de que un funcionario de la Entidad Contratante, que no tiene ninguna injerencia en el proceso de licitación, recibe dineros de manera indebida, indefectiblemente se tiene que declarar el contrato nulo porque se pervirtió el proceso; si bajo estas mismas condiciones, la **CRS** no hubiese sido el adjudicatario del contrato, sino un tercero (otro proponente), ¿el contrato tiene que declararse aun así nulo, a pesar de que ese tercero no tuvo injerencia en el acto de corrupción? ¿a pesar de que ese acto de corrupción, que no trascendió de la esfera personal del funcionario público, no tuvo resultado en la adjudicación? ¿la nulidad es la solución justa? Por supuesto que no es justa, y esta situación es la misma que ahora enfrentamos.

Anular el contrato, Señores Árbitros, sería un acto disfrazado de aparente justicia, pero una justicia que es inquisidora y punitiva, que busca vengar, no resarcir. El reproche y las consecuencias judiciales de los actos abyectos que sucedieron en el caso, se da en otros escenarios judiciales -penal, disciplinario, civil-, y respecto de las personas que intervinieron en los actos de corrupción; pero todo esto, como es apenas razonable, no puede extenderse frente al contrato, en tanto, se insiste, no se vio afectado por los actos que ahora se enrostran.

Para el caso en particular, Señores Árbitros, independientemente de la denominación del principio, Ustedes tendrán que sopesar si, anulando el Contrato de Concesión, se está protegiendo el interés general, la seguridad jurídica y los derechos de terceros, por actos cometidos de manera aislada por un funcionario corrupto que no tuvo injerencia alguna en el proceso decisorio de la entidad contratante. Ustedes tendrán que definir, en últimas, si, el fin antedicho, justifica el medio que se está utilizando. El hecho de que una actuación aislada y absolutamente inane al forjamiento de la voluntad de la Administración, lleve al traste años de preparación del Contrato de Concesión, resulta ser

[333] Ibíd.
[334] Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia de 3 de diciembre de 2007. Procesos No. 24.715, 25.206, 25.409, 24.524, 27.834, 25.410, 26.105, 28.244, 31.447 -acumulados-.

desproporcionado e irracional. Si el fin es proteger el interés general y la salvaguarda del ordenamiento jurídico, el medio -la nulidad del contrato- no resultaría ser razonable si se somete a un test de proporcionalidad.

3.5. De la Sociedad Odebrecht Latinvest

Esta sociedad, por conducto de su apoderada judicial, señaló lo siguiente

I. El Contrato de Concesión no puede declararse nulo, puesto que no se encuentra incurso en ninguna de las causales previstas en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, ni en el derecho común

1. Según lo previsto el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, los contratos del Estado son nulos cuando se celebren: (i) con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley, (ii) contra expresa prohibición constitucional o legal, (iii) con abuso o desviación de poder, (iv) se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenta o (v) cuando 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 esa ley.

2. El artículo 44 agrega que igualmente serán nulos en los casos previstos en el derecho común, lo cual remite a lo dispuesto en los artículos 1741 del Código Civil y 899 del Código de Comercio. En ese orden de ideas, los contratos del Estado también pueden ser nulos cuando (vi) tienen objeto ilícito, (vii) causa ilícita, (viii) omiten un requisito o formalidad sustancial o (ix) cuando son celebrados por incapaces absolutos.

3. Ninguna de estas causales se encuentra probada en el proceso. Veamos.

A. **El Contrato de Concesión no es nulo, puesto que el concesionario gozaba de capacidad legal para celebrarlo: causales (i) y (ix)**

1. Las causales (i) y (ix), que atañen a la capacidad legal del contratista, no pueden ser el fundamento para declarar la nulidad el Contrato de Concesión. Sobre el Concesionario y sus accionistas no pesaba ninguna inhabilidad para celebrar el Contrato de Concesión. Todas esas entidades legales tenían plena capacidad de goce y disposición al momento de su celebración.

B. **Con la celebración del contrato de concesión no se vulneró una prohibición legal expresa: causal (ii)**

1. La causal (ii) hace relación a la trasgresión de prohibiciones legales expresas en la celebración de un contrato estatal. Un análisis preliminar sugeriría que la comisión de un ilícito penal en la formación de un contrato estatal siempre cae bajo su órbita. Según esta posición, existiría una prohibición general de apelar a medios indebidos para lograr la adjudicación de un contrato, de modo que, comprobada la comisión de un delito, su nulidad debe ser declarada.

2. Esta posición, además de lo simplista, es equivocada. Primero, porque los actos de corrupción que se presentaron en la fase de formación del Contrato de Concesión no fueron determinantes para su celebración (lo cual se detallará más adelante). Y, segundo, porque esta causal tiene un alcance mucho más restringido, lo cual ha sido reiterado en la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

3. El alcance de esta causal de nulidad de los contratos del Estado fue analizado en la sentencia del 29 de agosto de 2007. La jurisprudencia posterior se remite a ella para fijar sus contornos. En ese fallo se plantearon las siguientes consideraciones:

El artículo 44 de la Ley 80 de 1993 dispone que el contrato estatal es absolutamente nulo por las mismas causas que se prevén en el derecho común y, en especial entre otros eventos, cuando se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional o con abuso o desviación de poder. Para que se configure la causal de nulidad prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, esto es que el contrato se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional es menester que haya una

violación al régimen de prohibiciones y que esa prohibición sea explícita, razón por la cual no toda transgresión a una prohibición conduce a estructurar esta precisa causal[335].

4. De acuerdo con lo anterior, tiene que haber una norma legal expresa de carácter prohibitivo que se desconozca con celebración del contrato para que esta causal de nulidad se estructure. Esta interpretación, además de ser la acogida en la jurisprudencia, es la única que produce efectos útiles. Si su alcance fuera general e indiscriminado, el resto de las causales de nulidad previstas en la Ley perderían sentido y se tornarían redundantes e innecesarias, pues todas convergerían a esta otra.

5. Las conductas de algunos agentes del Estado y de los accionistas del Concesionario en el procedimiento administrativo de selección fueron indebidas. De eso no cabe duda. Sin embargo, de ese hecho no se sigue la transgresión de una prohibición expresa para la celebración del Contrato de Concesión. No existe una en la Ley 80 o en la Constitución que pueda ser invocada para declarar absolutamente nulo el Contrato de Concesión.

C. **El Contrato de Concesión no tiene causa ilícita ni se celebró con abuso o desviación de poder: causales (iii) y (vii)**

6. Las causales (iii) y (vii), concernientes a la desviación de poder en la celebración del contrato y a la ilicitud de su causa, tampoco pueden servir como fundamento para declarar su nulidad. El estudio conjunto de estas dos causales obedece al hecho de que entre ellas hay una relación de género a especie. Así lo ha dicho el Consejo de Estado:

Esta causal, entre otras cosas, constituye para la Sala un supuesto de "causa ilícita" (sic), prevista en el artículo 1524 del Código Civil (….) En este orden de ideas, toda desviación de poder, y en especial el supuesto analizado en este proceso, se involucra con la causa ilícita del negocio, es decir que aquella figura se contiene en ésta. Incluso si el numeral 3 del art. 44 no hubiera contemplado esta causal de nulidad en forma independiente, de todas maneras obrar con desviación de poder generaría el vicio de nulidad del negocio (…)[336].

7. La desviación de poder y la causa ilícita comparten, en efecto, un mismo atributo. Una y otra causal miran a los *motivos o finalidades* queridos por quienes prestan su consentimiento para la celebración del contrato; por oposición a los *medios* empleados para su perfeccionamiento.

8. La jurisprudencia del Consejo de Estado es constante en este punto. En una reciente providencia dijo lo siguiente, a propósito de la figura de la desviación de poder:

La desviación de poder es el vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, bajo el entendido, que el fin que este persigue configura un requisito que hace a su legalidad y que debe hallarse en el marco de la función administrativa y del ordenamiento jurídico; de manera que este vicio, tal como se anticipó en apartado precedente, se reconoce cuando se está ante la presencia de una intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la administración, pero en la búsqueda de un fin opuesto a las normas a las que debe someterse, tal como la finalidad inherente al buen servicio, aunque en apariencia el acto parezca inobjetable, porque a simple vista en el mismo no se vislumbre violación primaria de la ley al reunir las formalidades propias que le son exigibles y se haya proferido por el funcionario competente[337].

(Énfasis fuera de texto)

9. La doctrina destaca esta misma nota del fenómeno de la desviación de poder. La profesora Jacqueline Morrand Deviller ha dicho:

Consagrada por primera vez por el Consejo de Estado en el fallo Pariset, en 1875, esta causal de anulación, cuyas características han cambiado muy poco desde entonces, significa que la autoridad administrativa ha utilizado sus poderes con un *fin* [la cursiva es del autor] diferente para el cual le fueron conferidos. Para el juez, se trata de apreciar cuáles han sido las intenciones del autor del acto, sus móviles. Generalmente, se distinguen dos variedades de desviación de poder. 1. La autoridad

[335] Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 29 de agosto de 2009. Rad. 15234.
[336] Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de marzo 22 de 2017. Rad. 28010. C.P Alier Hernández.
[337] Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia del 26 de septiembre de 2012. Rad. 0407-10. C.P Gustavo Gómez Aranguren.

administrativa ha hecho uso de sus poderes en un interés particular, preocupaciones de orden netamente privados tendientes a favorecer un interés personal, desconociendo el interés general (…) 2. La autoridad administrativa hace uso de sus poderes con un fin de interés general diferente a aquel que ella podía legítimamente buscar[338].

10. Todas estas referencias acerca de la desviación de poder son igualmente aplicables a la noción de causa ilícita, pues el análisis de la causa de un negocio jurídico y de su licitud atañe a los móviles y finalidades perseguidos por los sujetos contratantes, tal como lo establece el artículo 1524 del Código Civil:

ARTÍCULO 1524. No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita.

(Énfasis fuera de texto)

11. Doctrina y jurisprudencia son unánimes en el punto; para valorar esta causal de nulidad se deben examinarse los móviles y finalidades determinantes de los actos jurídicos perseguidos por las partes que prestaron su consentimiento. Dice Larroumet:

No importa qué motivo de un contratante constituye la causa del contrato. Si las razones que se pueden tener para la celebración de un contrato son múltiples, (…) hay una jerarquía necesaria entre motivos, pues algunos son más importantes que otros, por lo cual solo los motivos principales y determinantes del acto de voluntad deben ser tomados en consideración para conformar la causa del contrato, de ahí su nombre de causa impulsiva o determinante, a veces por la jurisprudencia. Ciertamente, hay que reconocer que no siempre es fácil establecer una jerarquía entre los motivos. Sin embargo, corresponde a los jueces determinar, a la luz de todas las circunstancias, propias de cada caso, lo que es esencial y lo que es secundario"[339]

(Énfasis fuera de texto)

12. En similar sentido, Capitant refiere que:

Todo el que consiente en obligarse para con otro, lo hace por la consideración de un fin que se propone alcanzar por medio de esta obligación. La obligación de quien contrata está siempre y necesariamente dominada por el deseo de alcanzar un fin que él ha previsto[340]

13. Igualmente, Hinestrosa sostiene:

Análogamente a lo que sucede con el objeto, respecto de la superposición de los conceptos de objeto del contrato y objeto de la obligación, acá se contraponen la causa de la obligación y la causa del contrato. Aquella resulta ser la correspondencia mutua de las prestaciones, y esta, el designio común de las partes, que, por lo demás, caracteriza la figura escogida por ellas. La primera, apreciada de manera subjetiva: el móvil-fin determinante; la segunda, de manera objetiva: la función de la figura.

14. La jurisprudencia ha acogido este criterio: la licitud de la causa de un negocio jurídico no concierne tanto a sus medios, como sí a sus finalidades y motivos. En un laudo arbitral se dijo lo siguiente:

En lo que refiere a la causa lícita, es necesario hacer especial énfasis a que en nuestro ordenamiento jurídico no se requiere únicamente la existencia de una causa para la celebración de un acto jurídico,

[338] Morrand Deviller, Jacqueline. Derecho Administrativo. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 156.
[339] Larroumet, Droit civil, III, Les obligations, Le contrat. p. 457.
[340] Capitant, De la causa de las obligaciones. p. 17 y 19.

sino que además se requiere que la causa sea lícita, prohibiendo así toda causa ilícita, la cual se define en los siguientes términos:

Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la Ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público (artículo 1524 Código Civil).

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en cuanto a la causa ilícita en los siguientes términos:

El art. 1524 del C. C., define la causa ilícita expresando que se entiende por ella, el motivo prohibido por la Ley, o contrario a las buenas costumbres o al orden público que induce al acto, al decir, textualmente: "Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la Ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Igualmente, el artículo 1525 ibidem, sanciona a quien haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas, señalando que no podrá repetir lo que se haya dado o pagado, en esas circunstancias.

Entonces es evidente que el texto legal, su desarrollo doctrinario y jurisprudencial, coinciden al establecer que existe causa ilícita cuando la finalidad por la cual se contrata vaya en contravía de una disposición legal.

(…)

La intención puede ser lícita y la causa ilícita. Así, continuando con la hipótesis en que se promete una suma de dinero para que el sujeto desista de ejecutar una acción delictiva, la finalidad práctica global de la operación es lícita, si se la considera desde el punto de vista subjetivo; pero, desde el punto de vista objetivo (del ordenamiento), es ilícita, porque —como ya se vio— el respeto de la Ley no puede ser objeto de un "intercambio" especulativo. A la inversa, es distinto el caso de la promesa de pagar sobornos a funcionarios públicos, con el propósito de inducirlos al cumplimiento de un deber: en tales hipótesis la nulidad de los acuerdos se deduce, sin más, de las prohibiciones del código penal[341].

15. Las pruebas practicadas en el proceso arbitral demuestran que la finalidad querida por los sujetos contratantes, esto es, la causa jurídica del acto concesional, no riñe con la Ley. Es claro que el motivo principal y determinante de la celebración del Contrato de Concesión es la satisfacción de un servicio público y la garantía de los fines del Estado Colombiano, de conformidad con el artículo 3 de la Ley 80 de 1993. Los medios bajo los que se obtuvo la adjudicación del Contrato de Concesión no guardan relación alguna con este aspecto, no constituyen una motivación para su celebración; por el contrario, son la vía, el camino para llegar al Contrato, no su causa.

16. Supuesto sustancialmente distinto al del inciso 3 del artículo 1524 del Código Civil. Este regula y sanciona con nulidad absoluta la promesa de dar algo a cambio de la comisión de un delito. Es decir, la precitada causa ilícita se predica de la entrega de dádivas, no del Contrato de Concesión. Este último, como ya se dijo, no tiene por causa dicho actos, al no tratarse de las motivaciones de las partes para su celebración. Tal como se aprecia más adelante, no es un contrato para la corrupción, el cual sí tendría objeto ilícito.

17. En consecuencia, el Contrato de Concesión 001 de 2010 no puede ser declarado nulo con fundamento en estas dos causales. Las finalidades y móviles perseguidos por los sujetos contratantes no eran ilícitas ni inmorales. Los actos de corrupción no son la causa de la celebración del contrato.

i. El pago de dádivas en la formación del Contrato de Concesión 001 de 2010 no fue determinante para su celebración

18. Visto que el pago de dádivas no tiene incidencia en la causa del Contrato de Concesión, si este Tribunal estima lo contrario, es necesario referir que estos actos no tuvieron entidad suficiente para determinar en su celebración. Por el contrario, los medios empleados en el proceso de adjudicación de este contrato fueron, *grosso modo*, lícitos y conforme a derecho. Los miembros de la Promesa de Sociedad Futura Concesionaria Ruta del Sol compitieron en el proceso de adjudicación y resultaron triunfantes por tener la mejor propuesta, de conformidad con la Ley y el pliego de condiciones.

[341] Laudo Arbitral. INGELCOM Ltda v. Grupo de Inversiones Filigrana S.A. Árbitros: Isaac Devis, Ximena Tapias y Néstor Fagua.

19. Se reitera que la corrupción administrativa no se cierne sobre las motivaciones o finalidades del contrato estatal, sino sobre los medios para obtenerlo. No obstante, en el presente caso los medios empleados no se vieron afectados por esta, muestra de ello es que la sanción penal impuesta obedece al delito de cohecho impropio. Delito que, tal como lo establece el artículo 406 del Código Penal, implica el pago de dadivas o cualquier otro ofrecimiento a un servidor público por el cumplimiento de sus funciones. De esta forma, se ratifica que la adjudicación a La Concesionaria fue acorde a derecho, pese a los desafortunados hechos de corrupción, en los que se le entregaron dadivas a funcionarios por cumplir con sus competencias, es decir, adjudicar al mejor proponente.

20. Según la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, la finalidad ilícita o inmoral, amén de determinante, debe haber entrado en el *campo de lo contractual* para que el contrato puede ser declarado nulo. Así lo tiene dicho la Corporación desde la célebre sentencia del 6 de noviembre de 1943:

Estos tres conceptos, voluntad, móvil y fin -(...)- representan el substractum -(sic)- del derecho y ofrecen un carácter de indivisibilidad, en el sentido de que el primero asegura la conjunción de los otros dos: el móvil tiende hacia el fin por intermedio y bajo la acción de la voluntad. De ahí que en todos los casos la determinación de la intención es esencial, puesto que ella influye y dirige a la naturaleza misma del acto celebrado entre las partes; porque viene a ser ella la que le otorga un verdadero carácter a la relación jurídica; a imprimirle el matiz que sirve para calificar la voluntad de los contratantes. -(...)- Dentro de la moderna teoría de la causa, que por la influencia del Derecho Canónico desligó la obligación de la forma, para otorgar a la causa un carácter psicológico y estimarla más bien como la intención que guía al contrayente, según la naturaleza del pacto y los efectos perseguidos, el móvil determinante viene a ser el criterio básico para explicar la naturaleza jurídica y el funcionamiento de fenómenos como la resolución, la revocación y la caducidad[342].

21. Como sostienen Mantilla y otros en un reciente libro sobre el arbitraje y la corrupción, "*si el contrato se hubiera celebrado aun sin la promesa o entrega de dádivas o si las partes no tenían una finalidad común contraria al orden público y las buenas costumbres, el árbitro, difícilmente, podría considerar que la convención tiene una causa ilícita: el contrato no se celebró para la corrupción, sino por la corrupción*"[343]. Lo probado en el proceso arbitral es justamente eso. El Contrato de Concesión 001 de 2010 se habría celebrado aun sin las dadivas que se entregaron a funcionarios del INCO. Los autores ya citados dirían que es un contrato por la corrupción (medios empleados en su perfeccionamiento), pero no uno para la corrupción (finalidades perseguidas por los sujetos contratantes). Veamos.

22. En el proceso arbitral se encuentran demostrados los siguientes hechos relacionados con la formación del Contrato de Concesión y con el procedimiento administrativo adelantado para su adjudicación.

5.1. El 10 de marzo de 2009, el INCO publicó en el Sistema Electrónico de Contratación Pública el aviso de convocatoria, los estudios previos y el Proyecto de Pliego de Condiciones del Proyecto Ruta del Sol adelantado mediante la licitación pública No SEA LP 001 2009.

5.2. El literal (oo) del numeral 1.4. Definiciones del Proyecto de Pliego de Condiciones señaló qué se entendería por Proyecto de Infraestructura: *"la financiación y construcción y operación de obras de infraestructura que corresponden a los sectores de generación, transmisión y distribución de energía, agua potable, saneamiento básico, carreteras, puertos, aeropuertos, infraestructural vial de sistemas de transporte masivo de pasajeros, transporte de hidrocarburos y transporte de Gas.*"

5.3. El proyecto de Pliego de Condiciones estableció como plazo para la presentación de observaciones al Proyecto de Pliego de Condiciones el 10 al 23 de marzo de 2009. Los interesados presentaron 71 observaciones a los documentos publicados.

[342] Corte Suprema de Justicia. Sala de asuntos civiles. Sentencia del 6 de noviembre de 1943. MP. Ricardo Hinestrosa Daza, LVI 243-253.
[343] Mantilla, Fabricio; Salcedo, Myriam, Bernate, Francisco. El Arbitraje Nacional frente a la corrupción (T. III). Bogotá: Ibáñez, Cámara de Comercio de Bogotá, 2018, p. 108 – 109.

5.4. El 27 de marzo de 2009, el INCO (i) profirió al acto administrativo de apertura del proceso, Resolución No. 186 de 2009, y (ii) publicó el pliego de condiciones definitivo junto con la matriz de respuesta a las observaciones presentadas al proyecto de pliego de condiciones

5.5. El 22 de octubre de 2009 fue publicada la versión integrada de los pliegos de condiciones definitivos con las modificaciones efectuadas mediante las diversas adendas que fueron proferidas por el INCO, como se detalla en la siguiente tabla:

(…)

5.6. El 27 de octubre de 2009, se llevó a cabo la Audiencia Pública de Cierre del Proceso, recepción de propuestas y apertura del sobre 1, en la que se recibieron las propuestas

No Proponente	Nombre	Integrantes	Porcentaje de Participación	Sectores
1	Consorcio Vial Helios	Carlos Alberto Solarte	25%	1
		Conconcreto S.A.	25%	
		CSS Constructores S.A.	25%	
		IECSA Sociedad Anónima	25%	
2	Vías del Sol Autopistas S.A. PSF	OHL Obrascon Huarte Lain S.A.	70%	1 y 2
		Concay S.A.	7.5%	
		Aguilar Construcciones S.A.	7.5%	
		Ingenieros Constructores e Interventores ICEIN S.A.	7.5%	
		Pavimentos Colombia S.A.	7.5%	
3	Estructura Plural Promesa de Sociedad Futura Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.	Construtora Norberto Odebrecht S.A.	25.01%	2
		Odebrecht Investimentos Em Infra-Estrutura LTDA.	37%	
		Estudios y Proyectos del Sol S.A. EPISOL S.A.	33%	
		CSS Constructores S.A.	4.99%	
4	Consorcio Desarrollo Vial Ruta del Sol	Mario Alberto Huertas Cotes	70%	1
		Constructora OAS LTDA.	25%	
		PROCOPAL S.A.	3%	
		Ingeniería de Vías S.A.	1%	
		MEYAN S.A.	1%	
5	Unión Temporal Concesión RDS	MNV S.A.	30%	1 o 2 o 3
		GAS KPITAL GR S.A.	25%	
		China Railway Shisiju Group Corporation	25%	
		Inversiones Grandes Vías e Ingeniería LTDA.	20%	

FUENTE: SECOP, INCO, Detalle del Proceso de Contratación No SEA LP 001 2009. Listado de proponentes y su conformación publicado el 28 de octubre de 2009. Disponible en: https://bit.ly/2WHWywy

5.7. El proponente Vías del Sol Autopistas S.A. PSF presentó propuesta para los Sectores 1 y 2 (economía de escala), con lo que decía cumplir de manera conjunta con los requisitos definidos en los pliegos de condiciones para propuestas para varios sectores relativos a Experiencia General, Experiencia en Construcción de Carreteras y Experiencia en Concesiones de Proyectos de Infraestructura en General.

5.8. El proponente Unión Temporal Concesión RDS presentó oferta individual para los Sectores 1 o 2 o 3, lo que significaba que, para los Sectores 2 o 3, debía cumplir de manera individual el requisito de Experiencia en Concesiones de Proyectos de Infraestructura en General. Para el Sector 1, los requisitos de Experiencia General y Experiencia en Construcción de Carreteras.

5.9. El Gerente General del INCO (e) y el Subgerente de Estructuración y Adjudicación del INCO, mediante acta del 29 de octubre de 2009, designaron el Comité Evaluador para la Licitación Pública No SEA-LP-001-2009, el cual estaría conformado por un comité jurídico, un comité técnico y un comité financiero, que tendría de sus funciones las siguientes:

a. Analizar y evaluar las propuestas de conformidad con los aspectos legales, técnicos y financieros, definidos en los pliegos de condiciones y demás documentos que integren el proceso de selección;

b. Realizar el análisis comparativo de las expresiones de interés y/o propuestas aplicando los factores de evaluación y las ponderaciones de los mismos, según el caso, conforme a lo indicado en el pliego de condiciones y demás documentos que integren el proceso de selección;

c. Estudiar el pliego de condiciones y demás documentos que integren el proceso de selección con el fin de emplear la metodología de evaluación definida en los mismos, para el análisis y comparación de las propuestas que permitan escoger la propuesta más favorable a los intereses de la entidad
(…)

e. Elaborar el informe que se dirija el Gerente General y Subgerentes con facultades de contratación delegadas, el cual debe contener el análisis y evaluación de las propuestas y la recomendación para la adjudicación del contrato o para la declaratoria de desierta;

f. Dar respuesta a las observaciones presentadas a los informes de evaluación, dentro y fuera de las respectivas audiencias públicas de adjudicación, según corresponda (…).

5.10. Sin perjuicio de haber seleccionado los comités encargados de evaluar las propuestas desde las diferentes perspectivas, como garantía adicional de transparencia y para dotar de mayor respaldo el resultado de la adjudicación, el Gerente General del INCO (e) y el Subgerente de Estructuración y Adjudicación del INCO profirieron la Resolución No 593 del 29 de octubre de 2009, por medio de la cual se designó el Comité Asesor Especial para la Licitación Pública No SEA-LP-001-2009, el cual quedó conformado de la siguiente manera: i) Alessia Abello; ii) Ricardo Ignacio Hoyos Duque; iii) Gustavo Alberto Cuberos Gómez; iv) Richard Cabello (Gerente de Asesoría en Infraestructura en América Latina y el Caribe -Coordinación Financiera); v) Faice Gutierrez de Piñeres (Analista de Inversiones -Corporación Financiera Internacional); vi) Rene Alejandro Cortes Forero; vii) Manuel Alejandro Maiguashca Olano; viii) Dieter Castrillón.

5.11. La Resolución 593 de 2009 determinó que "*El comité Asesor Especial tendrá carácter consultivo y no tendrá injerencia alguna en la evaluación del proceso, con las siguientes funciones: i) Atender y asistir a todas las reuniones convocadas por el Gerente General y el Subgerente de Estructuración y Adjudicación, con miras a que se analicen los informes que serán publicados o se opine sobre aspectos sobre ellos solicitados, ii) suscribir las actas que surjan en desarrollo de dichas reuniones; iii) acompañar al Gerente General y al Subgerente de Estructuración y Adjudicación en todas las reuniones y audiencias que se realicen con ocasión del presente proceso de selección; conceptuar sobre las controversias, diferencias y/o conflictos que se generen al interior del grupo evaluador o que se generen el curso de la evaluación*".

5.12. El Comité Asesor Externo designado se reunió en varias oportunidades en los meses de noviembre y diciembre de 2009 con el objeto de "*estudiar y analizar las inquietudes presentadas por los integrantes del Comité Evaluador, de conformidad con la revisión, análisis y evaluación de las propuestas presentadas*".

5.13. El 24 de noviembre de 2009 fue publicado en el SECOP el informe de evaluación preliminar del proceso. Para quienes presentaron propuesta para el Sector 2 se requirió aportar documentos para acreditar la capacidad financiera, la experiencia, la garantía de seriedad de la oferta y la capacidad jurídica de los mismos. En esta instancia ninguno de los oferentes fue habilitado como se muestra en la tabla denominada "*resumen de la evaluación*" contenida en el Informe de Evaluación para el sector 2:

	PROPONENTE	CAP. JURÍDICA	CAP. FINANCIERA	EXPERIENCIA EN CONCESIONES DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA	EVALUACIÓN DEFINITIVA
2	VIAS DEL SOL AUTOPISTAS S.A. PSF	PENDIENTE	PENDIENTE	PENDIENTE	PENDIENTE
3	ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.	PENDIENTE	PENDIENTE	PENDIENTE	PENDIENTE
5	UNIÓN TEMPORAL CONCESIÓN RDS	PENDIENTE	PENDIENTE	PENDIENTE	PENDIENTE

Fuente: INCO, Detalle del Proceso de Contratación No SEA LP 001 2009. Informe de evaluación Sector 2 publicado el 24 de noviembre de 2009. Disponible en: https://bit.ly/2WHWywy

5.14. El 26 de noviembre de 2009 fue publicada una aclaración al informe de evaluación del Sector 2, en el cual el Comité evaluador manifestó que la solicitud sobre acreditación de la experiencia en concesiones de proyectos de infraestructura iba dirigida únicamente al proponente estructura plural promesa de sociedad futura Concesionaria Ruta del Sol S.A.S (propuesta No. 3) y que por error de transcripción se incluyó también al proponente VÍAS DEL SOL AUTOPISTAS S.A. PSF (propuesta No. 2).

5.15. A pesar de la claridad en los pliegos de condiciones, y cuando ya se había realizado la evaluación de las propuestas, el proponente Vías del Sol Autopista S.A. Promesa de Sociedad Futura decidió presentar un documento[344] para que se reconsiderara tardíamente esa definición.

5.16. El 05 de diciembre de 2009, el Gerente General (e) puso a consideración del Comité Asesor las observaciones presentadas por el proponente Vía Sol Autopista S.A. Promesa de Sociedad Futura, respecto de las cuales se determinó lo siguiente:

Por lo tanto, la experiencia ferroviaria nunca fue considerada parte integrante del pliego, o considerados como experiencia general válida, para efectos de este proceso, ni nunca la administración previó la posibilidad de incluir alguna modificación.

Así mismo, para efectos de acreditar la experiencia general en la presente licitación, el proponente debió preveer (sic) que en la medida en que en las definiciones de los literales (bbb) Sector de Infraestructura y/o numeral (ss) Proyecto de infraestructura, no incluyeron en la lista de obras de infraestructura y específicamente los sectores de las mismas, los proyectos férreos, esto permite concluir que los mismos no son válidos para la subdivisión de los transportes masivos de pasajeros.

Así las cosas, el Comité recomienda dar aplicación a la voluntad del proponente, indicada en la carta de presentación de la propuesta, respecto a la combinación escogida por él, para participar en los diferentes sectores del presente proceso, y en tal evaluar conforme al Capítulo VII del pliego de condiciones sobre los requisitos habilitantes aplicables a las propuestas por varios sectores.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el proponente escogió la opción para los sectores 1 y 2, el Comité estima que su voluntad determina que los requisitos habilitantes deben ser evaluados de manera concurrente y no excluyente.

5.17. El 9 de diciembre de 2009, el INCO publicó el informe de evaluación definitivo. Para el Sector 2 el único oferente habilitado fue la Estructura Plural Promesa de Sociedad Futura Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. (propuesta No. 3), como se muestra en detalle en la tabla a continuación:

(…)

5.18. Así las cosas, de las propuestas presentadas por las Estructuras Plurales que compitieron por la adjudicación del Sector 2, el INCO tuvo en cuenta únicamente la presentada por la promesa de sociedad futura Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

5.19. La propuesta de la estructura plural Vías Del Sol Autopistas S.A. fue considerada como no admisible por no acreditar la experiencia en construcción conforme al Capítulo VII "*Requisitos Habilitantes Aplicables a las Propuestas por varios sectores*", según la cual debía acreditar: (i) Experiencia en construcción en general, (ii) experiencia en construcción de carreteras o vías urbanas principales y (iii) experiencia en concesiones de proyectos de infraestructura.

5.20. Por su parte, la propuesta presentada por la unión temporal Concesión RDS fue rechazada debido a que no aportó la información solicitada por el INCO, que estaba previamente establecida en el pliego de condiciones. En el informe de evaluación preliminar publicado el 24 de noviembre de 2009 y en comunicación remitida al INCO el día 30 de noviembre de 2009, el representante de esa unión temporal indicó que "*sería imposible subsanar las solicitudes requeridas en el informe de evaluación de fecha 24 de noviembre respecto del Tramo 2*".

[344] Comunicación de 2 de diciembre de 2009 con radicado 2009-409-025961 en la que Vía Sol Autopista S.A. Promesa de Sociedad Futura mediante apoderado presenta respuestas y observaciones a los informes de evaluación de los sectores 1 y 2 y aclaraciones a los mismos.

5.21. El 14 de diciembre de 2009, se llevó a cabo la Audiencia de Adjudicación y Apertura del Sobre No. 2 de las propuestas calificadas como "Admisibles" en desarrollo del proceso de la Licitación. En esta se llevó a cabo la evaluación definitiva respecto de los tres sectores.

5.22. La estructura plural promesa de sociedad futura Concesionaria Ruta del Sol S.A.S resultó adjudicataria del proceso de selección No SEA-LP-001-2009 para el sector 2 de la Ruta del Sol, con un VPIT ofrecido por un valor de $2.094.286.000.000. La adjudicación se formalizó mediante Resolución No. 641 de 15 de diciembre de 2009

23. En el proceso arbitral también se encuentran probados los siguientes hechos relacionados con el reconocimiento de responsabilidad por la comisión de delitos contra la Administración Pública y su incidencia en la adjudicación del Contrato de Concesión.

6.1. El pago de dádivas en el procedimiento administrativo de selección no fue determinante de la celebración del Contrato de Concesión.

6.2. La ausencia de un vínculo causal entre el pago de dádivas y la adjudicación del Contrato de Concesión explica por qué la imputación de cargos realizada por la Fiscalía General de la Nación se fundamenta en el tipo penal de cohecho impropio: "El servidor público que acepte para sí o para otro, dinero u otra utilidad o promesa remuneratoria, directa o indirecta, por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones, incurrirá en (...)".

6.3. La estructuración del proyecto y del proceso de selección se realizó de manera técnica y la selección del proponente adjudicatario de la Licitación Pública SEA-LP-001-2009 correspondió a la aplicación de lo establecido en el pliego de condiciones.

6.4. El funcionario público que recibió el pago, Gabriel Ignacio García Morales, no retardó u omitió un acto propio de su cargo en el desarrollo del proceso de selección o ejecutado uno contrario a sus deberes oficiales, en perjuicio de los demás proponentes.

6.5. El señor Gabriel Ignacio García Morales en sus declaraciones ratificó que el compromiso adquirido era no admitir que se flexibilizaran las condiciones contenidas en los Pliegos de Condiciones en la evaluación de las ofertas presentadas por los proponentes: "[l]o único que querían era que se diera estricto cumplimiento a los pliegos."345

6.6. Ante la Fiscalía General de la Nación, en interrogatorio rendido el 7 de febrero de 2017, afirmó que "(…) yo le ratifiqué que como se lo había dicho en un principio, que yo lo único que podía asegurar era que no lo sacaran injustamente, pero que de resto yo no me iba a ir en contra del IFC, ni del comité asesor que yo mismo había designado, tampoco en contra de los órganos de control, me ratificó que a él con eso le bastaba (…)"346.

6.7. En la etapa de pruebas del proceso arbitral revalidó estos señalamientos:

En desarrollo de esas conversaciones llega un momento en que el señor Luiz Antonio Bueno me manifestó que a él le preocupaba mucho que en Colombia había muchas quejas con los procesos licitatorios y que ellos lo único que querían era que se les diera un tratamiento justo y equitativo en cumplimiento de la Ley de los pliegos, me manifestó que ellos, por su competencia técnica, pero además por su capacidad financiera y con el socio que tenían en Colombia que era el grupo Sarmiento, consideraban ellos que tenían la mejor oferta posible. Luego, en una reunión clandestina que tuvimos, él me hizo una oferta concreta de que, si yo me aseguraba de que no hubiera intervenciones indebidas en el contrato, ellos estaban dispuestos a darme una compensación, digo compensación, porque los términos en que lo refirió eran esos, yo reconozco que no era más que un soborno disfrazado de una buena expresión, pero su solicitud fue en términos de que se acogiera lo que estaba establecido en los pliegos y que se respetara el proceso licitatorio como tal.

DRA. HOYOS: Quiero que sea más preciso. Qué era lo que usted tenía que hacer, porque según usted acaba de decir, lo único que tenía que hacer era no atravesarse, eso fue lo que le entendí. Usted no tuvo

345 Declaración rendida por Gabriel Ignacio García Morales ante la Superintendencia de Industria y Comercio. Desde 00:12:06
346 Fiscalía General de la Nación. Interrogatorio de Indiciado FPJ-27 del 7 de febrero 2017.

ninguna participación directa ni ejerció ningún comportamiento tendiente a que la licitación fuera efectivamente adjudicada a Odebrecht. Le pido que lo ponga en sus palabras y precise ese punto.

SR. GARCÍA: Quiero dejar absoluta claridad sobre ese tema, porque como lo ha podido comprobar la Fiscalía y desafortunadamente algunos medios han tratado de manipular la información diciendo que hubo una intervención mía en la estructuración de los pliegos, quiero dejar absoluta claridad, porque entiendo que algunos de esos medios están involucrados también en estos hechos, algunos, no todos, a mí nunca se me solicitó ni manipular los pliegos, lo cual no pude hacer, entre otras cosas, porque mi cargo comienza el 20 de septiembre y la estructuración fue responsabilidad del IFC y nunca se me exigió que me aparta ni de la Ley de contratación ni de los pliegos de condiciones.

Lo que se me pidió fue que fuera garante de que se diera la adjudicación en los términos de los pliegos y de la Ley y nuevamente insisto en que lo que se me dijo fue que tenían mucho temor de que hubiese intervenciones de terceros, en otras palabras, ellos estaban pensando que había otras firmas que estaban haciendo lo mismo que ellos y la prueba de ello es que la firma OHL, la única que fue eliminada por error y no por ilegalidades ni falsedades, como sí lo fueron los señores Nule, esa firma no demandó la adjudicación, a pesar de que sí manifestó que… (resaltado por fuera de texto).

24. Exactamente la misma declaración rindió el señor Luiz Antonio Bueno ante la *Procuradoria-Geral Da República de Brasil* en la declaración de colaboración No. 1: el compromiso de Gabriel García estaba encaminado que no permitiría la "relajación" de los requisitos contenidos en los pliegos al momento de analizar las ofertas.[347]

25. En suma, en lo relativo al pago de sobornos o dadivas en la fase de formación del Contrato de Concesión 001 de 2010, despunta una verdad incontrovertible: estos no fueron determinantes en la celebración del negocio jurídico. Si no se hubieran producido, igual el contrato debía ser adjudicado a la Promesa de Sociedad Futura Ruta del Sol S.A.S. Por ende, el Contrato de Concesión no puede ser declarado nulo con fundamento en su causa ilícita. El Concesionario conserva por ello el derecho a recuperar sus aportes de capital luego de pagado el pasivo externo con los terceros de buena fe.

D. **El Contrato de Concesión no puede ser nulo porque la legalidad del acto administrativo de adjudicación no ha sido desvirtuada: causal (iv)**

1. El Contrato de Concesión no puede ser declarado nulo al amparo de la causal (iv) puesto que el acto administrativo en que se fundamenta, vale decir, el de adjudicación del proceso de selección, no ha sido declarado nulo. El Tribunal tampoco tiene competencia para juzgar su legalidad; esa decisión está reservada a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Más aún, la oportunidad para pedir su nulidad caducó 4 meses después de su notificación en audiencia pública celebrada en diciembre del año 2009.

E. **Al celebrarse el Contrato de Concesión no se desconocieron las reglas sobre el tratamiento de las ofertas nacionales y la reciprocidad: causal (v)**

1. El Contrato de Concesión tampoco puede ser declarado nulo en virtud de la causal (v) porque su celebración no implicó un desconocimiento de las reglas que gobiernan el tratamiento de las ofertas nacionales y la reciprocidad a empresas extranjeras.

F. **El Contrato de Concesión no tiene objeto ilícito: causal (vi)**

26. El Contrato de Concesión no puede ser declarado nulo al amparo de la causal (vi), puesto que su objeto no es ilícito. El objeto de un negocio jurídico es el conjunto de efectos perseguidos por la voluntad de las partes, los cuales pueden comprender la creación de obligaciones, su modificación o la extinción de una relación jurídica de contenido patrimonial. En ese orden de ideas, hay objeto ilícito cuando las prestaciones del negocio jurídico son violatorias de una norma de orden público. Igualmente hay objeto ilícito en aquellos eventos en los que la Ley ha prohibido determinados tipos de

[347] (...) e comprometeu-se a influenciar o processo de licitação de forma que fossem desclassificadas todas as demais propostas que apresentassem qualquer vicio formal, ou seja, não permitiria o relaxamento dos requisitos do edital no momento da avaliação (...). Declaración Luiz Antonio Bueno Junior. Fiscalía General de la Nación. obrante a folio 213 y ss del cuaderno reservado No. 1 del expediente 17-14777

contratos, como en los casos señalados en el artículo 1519 del Código Civil, que establece la prohibición de prometer "*someterse en la República a una jurisdicción no reconocida por las Leyes de ella*"; o en los del artículo 1520, que prohíbe contratar sobre derecho de suceder a una persona vida; o, en fin, en los del artículo 1521 que prohíbe la enajenación de cosas que no estén en el comercio jurídico o de derechos intransferibles.

27. Dice Larroumet sobre el objeto ilícito:

El contrato puede aparecer ilícito o inmoral, sin que sea necesario investigar el fin perseguido por una de las partes contratantes o por ambas, simplemente porque la obligación del deudor tiene un objeto inmoral o ilícito (por ejemplo, se trata de entregar un producto que no puede ser objeto de comercio). En estas circunstancias, el contrato no se puede como inmoral o ilícito sino mediante juicio emitido sobre el contenido de las obligaciones que engendre[348].

28. En lo que concierne al Contrato de Concesión es claro que su objeto no es ilícito. El objeto de la convención, a saber, que el Concesionario por su cuenta y riesgo elabore los diseños, financie, obtenga las licencia ambientales y demás permisos, adquiera los predios, rehabilite, construya, mejore opere y mantenga el sector comprendido entre Puerto Salgar y San Roque no está prohibido por la Ley, ni contraviene el derecho público de la Nación. Lejos de ello, el objeto de la convención constituía un asunto de interés nacional, una prioridad de las políticas públicas en materia de infraestructura de transporte. En efecto, en el documento CONPES 3413 de 6 de marzo de 2006, mediante el cual se estableció el programa para el desarrollo de concesiones de autopistas nacionales 2006-2014, se declararon de importancia estratégica los siguientes corredores: (i) doble calzada Bogotá (El Cortijo) Villeta (Ruta del Sol 1-A); (ii) Villeta Honda Mariquita La Dorada Puerto Salgar - San Alberto o Tobia Grande Puerto Salgar San Alberto (Ruta del Sol 1-B); (iii) Santa Marta Y de Ciénaga Bosconia La Loma San Alberto (Ruta del Sol 2); todos los cuales hacen parte del Proyecto Vial Ruta del Sol.

29. En consecuencia, el Contrato de Concesión 001 de 2010 no puede ser declarado nulo con fundamento en la causal de ilicitud de su objeto. Podrá considerarse un contrato *por* la corrupción (por oposición a uno *para* la corrupción), es decir, un contrato que tiene por objeto construir una obra pública mediante el sistema concesional y en cuya formación se entregaron indebidamente dádivas. Pero de ninguna manera se puede sostener que su objeto, esto es, el contenido de las obligaciones que engendra está prohíbo o viola el derecho imperativo de la Nación.

G. **El Contrato de Concesión cumplió con todas las solemnidades sustanciales requeridas para su perfeccionamiento: causal (viii)**

1. El cumplimiento de las solemnidades que debían observarse para el perfeccionamiento del Contrato de Concesión no es motivo de discusión. Por ende, la causal (viii) no sirve tampoco como sustento para una declaración de nulidad del Contrato de Concesión.

3.6. De la sociedad CSS CONSTRUCTORES S.A.

Esta sociedad, por conducto de su apoderado judicial, señaló lo siguiente

"Del anterior cuadro se desprende que el proceso contractual se surtió con normalidad, sin irregularidades y por tanto no había lugar a que CSS Constructores S.A sospechará de algún tipo de irregularidad y, menos aún, de la comisión de un acto de corrupción, más, cuando ninguno de los licitantes vencidos discutió la legalidad del acto de adjudicación mediante los medios previstos para tal fin.

Con fundamento en lo antes anotado, podemos concluir, sin lugar a dudas, que CSS Constructores no pudo predecir que alrededor de una circunstancia que para esta sociedad estaba ajustada a la legalidad, se estaba gestando un entramado de corrupción para la adjudicación del contrato de concesión, entre otras razones por quienes integraban con el la estructura plural, y ello es así porque para el año 2009 Odebrecht era una empresa que estaba iniciando negocios en Colombia, que gozaba de la mejor reputación y con quien todas las empresas nacionales se querían asociar y, por su parte, Corficolombiana, integrante de uno de los grupos económicos más poderosos del país, de reconocida

[348] Larraumet, Christian. Teoría General del Contrato. Bogotá: Temis, 1999, Vol. 1, p. 287.

solidez y sin ningún tipo de antecedente que llevara a sospechar que podría incurrir en prácticas contrarias a la buena fe y a la rectitud con que se deben actuar en actuaciones administrativas, como la encaminada a efectuar la adjudicación de un contrato de concesión.

Adicionalmente, todas las reuniones y acuerdos que tenían como propósito el pago de coimas o sobornos para asegurar la adjudicación del contrato eran desconocidas por CSS Constructores S.A, así lo dejan expresamente claro los principales intervinientes en el acto de corrupción, pues tanto LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, como GABRIEL GARCIA MORALES fueron enfáticos en señalar que CSS Constructores S.A no tuvo conocimiento, ni participación alguna en la gestación, desarrollo y materialización del acto de corrupción, pues nunca se le comunicó sobre el mismo, adicionalmente es tajante la posición de la Superintendencia de Industria y Comercio, entidad que por considerar que CSS Constructores S.A no tuvo conocimiento de las irregularidades presentadas en la adjudicación de la licitación pública SEA-LP-001-2009, por haber sido mantenido al margen del pago del soborno, resolvió no formularle a esta sociedad pliego de cargos, al igual que resulta sumamente relevante el hecho de que en la denuncia presentada por los funcionarios de Odebrecht contra GABRIEL GARCIA MORALES, se hace expresa referencia a que CSS Constructores S.A no sabía de las reuniones que estaban realizando con el doctor MORALES, pues nunca se le informó de la existencia de las mismas debido a la participación irrelevante de CSS CONSTRUCTORES S.A en el Consorcio, así mismo hacen referencia a que los costos a lo largo del proyecto se dividirían entre ODEBRECHT y EPISOL, sin que participara CSS Constructores S.A, quien como se menciona expresamente en la citada denuncia no tenía conocimiento de ese acuerdo

Forzoso es concluir entonces que CSS Constructores S.A actuó amparada en el principio de Buena Fe, por cuanto al momento de ser vinculada a la estructura plural que luego se constituyó en promesa de sociedad futura, desconocía de los sobornos que habían sido prometidos; con posterioridad no fue enterada de los mismos, sino hasta cuando la situación fue divulgada por los medios de comunicación, aunado al hecho de que por ser socio minoritario no se le permitió participar en la elaboración de la propuesta, ni tenía asiento en los órganos de administración de la sociedad concesionaria (cargos directivos y junta directiva) y solo se le invitaba a algunas reuniones de la asamblea y de la junta con voz pero sin voto. Es decir que durante su vinculación para la presentación de la oferta, como durante la ejecución del contrato CSS Constructores tenía pleno convencimiento y la apariencia de que la adjudicación del contrato se había obtenido por medios legales, porque no tenía ningún elemento objetivo que le hiciera concluir lo contrario, razón por la cual en este caso la buena fe con la que mi representada actuó justifica su actuar que se basaba en la apariencia de que la actuación adelantada para resultar adjudicatarios del contratos se ceñía y respetaba los principios que gobiernan la contratación estatal con fundamento no solo en las pruebas expresas que obran en el expediente, sino además en la teoría de la apariencia y en la confianza legítima como anteriormente se explicó, razones por las cuales, adicionalmente, se encuentra acreditado que no actuó a sabiendas de la ilicitud cometida.

(…)

Ahora bien probado como se encuentra que CSS es un integrante de la sociedad concesionaria Ruta del Sol S.A.S que no actúo con dolo en la comisión de un delito o de una infracción administrativa, ni participó en la celebración del contrato a sabiendas de tal ilicitud, tiene derecho, en el evento en que después de pagar las deudas del proyecto a los acreedores de buena fe, a la restitución del capital invertido, para lo cual tendrá derecho a que de conformidad con el parágrafo primero del artículo 20 de la Ley 1882 reciba como remanente, luego del pago de las acreencias, los aportes de capital que efectuó CSS Constructores, menos los dividendos decretados, dividendos pagados y descapitalizaciones.

Lo anterior por cuanto para fines metodológicos es necesario tener en cuenta que para efectos de las restituciones a los aportes de capital efectuados, como se indicó se le deben restar los dividendos decretados, dividendos pagados y descapitalizaciones, nótese como la norma no habla de restar los "perjuicios contractuales" que pueda sufrir una de las partes, como en la pasada audiencia pareció sugerirlo el apoderado de la ANI, y ello es así, por cuanto es improcedente en los eventos de nulidad absoluta del contrato predicar la existencia de perjuicios contractuales, como pasa a verse.

Frente a la responsabilidad contractual, sus alcances y aplicación, en este estudio queremos acudir en primer término a doctrina autorizada, y con absoluta claridad los hermanos Mazeud en su tratado

teórico y práctico de la responsabilidad Civil Contractual delictual y contractual[349], establecen dos premisas frente a la posibilidad de solicitar el reconocimiento de perjuicios contractuales:

- La primera No hay responsabilidad contractual sin un contrato válido celebrado entre el responsable y la víctima, que desarrollan así:

"…Así, cuando un contrato esté viciado de nulidad, todo sucede, desde el punto de vista de la responsabilidad, como si no hubiera habido siquiera apariencia del contrato; el contrato nulo no pude influir sobre la naturaleza de la responsabilidad en que se haya incurrido, ésta sigue siendo delictual.
(…)
Cabe afirmar, pues, que no existe responsabilidad contractual sin un contrato valido".

- La segunda: Para que exista responsabilidad contractual el daño debe resultar del incumplimiento del contrato

"Se precisa encontrar un vínculo jurídico. Para que pueda ser contractual la responsabilidad se precisa que el daño resulte del incumplimiento de una obligación creada por el contrato. Se es llevado así a realizar un análisis preciso del contenido del contrato, Tan sólo este análisis permite puntualizar la naturaleza de la responsabilidad
(…)
De esta manera son determinados los requisitos necesarios para que la víctima pueda situarse sobre el terreno de la responsabilidad contractual.

Se precisa, en primer término, un contrato celebrado entre el autor del daño y su víctima.

Se necesita, a continuación que el daño resulte del incumplimiento, por una de las partes, de una obligación puesta a su cargo por el contrato, ya sea expresamente, ya sea tácitamente, ya sea en virtud de una ley o un uso imperativo."

Por su parte, Christian Larroumet en su teoría general del contrato, sostiene sobre la responsabilidad que se puede predicar a la otra parte en un contrato declarado nulo, lo siguiente:

"Puede suceder que la causa de la nulidad del contrato sea imputable a los dos contratantes. En este caso, cada uno debe soportar las consecuencias de la nulidad, sin poder alegar la responsabilidad del otro. Esto será lo que ocurra cuando la falta de respeto de una condición de forma resulta del acuerdo común de las partes. Y esto ocurrirá también en el caso en que se anula el contrato por objeto y causa ilícito o inmoral y en que no de los contratantes sabían que el otro se proponía un fin censurable…

Una vez el contrato resulta anulado, es preciso sostener que nunca ha habido vínculo contractual entre las partes. ***Por lo tanto, la posible falta cometida por aquel a quien es imputable la causa de la nulidad del contrato no puede ser sino falta extracontractual****. Allí no podrá haber falta contractual, puesto que esta es solo la falta cometida en ejecución de una obligación contractual"[350].*

Siguiendo esta línea la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

En razón a que la acusación planteada guarda relación con el tema a probar, se torna pertinente precisar, que ***constituyen requisitos para la prosperidad de la pretensión indemnizatoria de origen contractual, la demostración de la existencia de un contrato bilateral válido celebrado entre quienes concurren al proceso en calidad de parte****; actuación de la actora conforme a lo estipulado o haberse allanado a satisfacer las prestaciones a su cargo;* ***incumplimiento del deudor demandado de las obligaciones derivadas de ese vínculo, o su tardía o defectuosa ejecución; daño irrogado al derecho del acreedor****, y que el mismo sea consecuencia directa de alguna de aquellas conductas del obligado[351].*

Así las cosas, de acuerdo con los apartes doctrinales transcritos, a efectos de predicar una responsabilidad contractual debe existir un contrato valido entre las partes, y en este caso según lo predica la ANI el contrato es nulo, razón por la cual, es un contrasentido que de una parte alegue que el contrato es nulo, pero de la otra pretenda el resarcimiento de perjuicios contractuales, cuando no es

[349] *Mazeaud Henri y León, Tunc André. Tratado Teórico y Práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual. Tomo Primero Volumen I, reimpresión 1993. Ediciones Jurídicas Europa – América. Buenos Aires Argentina. páginas 174 a 187 y 203 a 262*

[350] *Larroumet Christian. Teoría General del Contrato – Volumen I, Reimpresión Editorial Temis S.A . 1999. Páginas 484 y 485.*
[351] *Sentencia de 9 de junio de 2015. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil. Radicación 2003-00515-01. Magistrado Ponente Dr. Alvaro Fernando García Restrepo*

posible predicarlos respecto de un contrato declarado nulo, y en ese sentido tiene lógica que el artículo 20 de la Ley 1882, para que para efectos de las restituciones a los aportes de capital efectuados, no haga alusión a que se deban restar los perjuicios de naturaleza contractual, pues los mismos no son procedentes, pues en estos casos en el evento en que alguna de las partes alegue la existencia de un daño y la consecuente obligación de su contraparte de indemnizar perjuicios, éstos tendrán no el carácter de contractuales, sino de extracontractuales, razón por la cual, no es la acción contractual la acción procedente, ni es este Tribunal la autoridad competente para resolver sobre perjuicios de naturaleza extracontractual que supuestamente sufrió la ANI y, en tal sentido, carece de todo sustento las peticiones indemnizatorias que la ANI pretende se declaren y los análisis que en ese sentido efectuó el perito.

Es tan claro lo anterior, que la ANI ya instauró, tal como consta en el expediente, demanda en ejercicio de la acción de reparación directa para obtener el supuesto resarcimiento de los perjuicios que según su dicho, le ocasionaron la concesionaria y sus integrantes.

Pero es más, siguiendo con el análisis de los antecedentes doctrinales transcritos, adicionalmente los perjuicios solicitados son improcedentes por cuanto para que la responsabilidad sea contractual, el daño debe resultar del incumplimiento de una obligación creada en el contrato y, en este caso la concesionaria no fue objeto de ninguna declaratoria de incumplimiento, bien sea a través del proceso administrativo de imposición de multas o, bien a través de la actuación administrativa tendiente a hacer efectiva la cláusula penal, no existe ningún acto administrativo ejecutivo y ejecutorio a través del cual la Agencia Nacional de Infraestructura haya declarado el incumplimiento de una obligación de naturaleza contractual a cargo de la sociedad concesionaria.

Así las cosas como en este caso los daños supuestamente sufridos por la ANI no devienen del incumplimiento de una obligación contractual, sino de circunstancias posteriores a la terminación del contrato (necesidad de abrir nuevas licitaciones, costos para completar las obras, pagos de la interventoría, entre otros), no es procedente obtener su reparación en este proceso, ni pretender que los mismos se descuenten de las sumas a reconocer, en caso de que a ello halla lugar. Ahora bien, es preciso señalar con toda claridad que este contrato no terminó por incumplimiento del mismo por parte del contratista, o por razones imputables al concesionario, de conformidad con el acuerdo de terminación, el pacto contractual culminó por mutuo acuerdo entre las partes, tal como consta en el numeral primero del acuerdo celebrado entre la Agencia Nacional de Infraestructura y la sociedad Concesionaria Ruta del Sol el día 22 de febrero de 2017, cuyo tenor es el siguiente:

PRIMERO.- TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN: Las partes son conscientes de la necesidad de concluir cuanto antes el vínculo negocial, por las determinaciones que las autoridades jurisdiccionales y administrativas han adoptado frente a este negocio estatal, y tienen como propósito fundamental efectuar las acciones que propendan por dicha conclusión, con el objeto igualmente, de adoptar decisiones que permitan la continuidad de la prestación del servicio público de infraestructura de transporte de calidad.

Así, la ANI, en su condición de entidad concedente, y la CONCESIONARIA, en condición de concesionaria, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, en cumplimiento de las órdenes que le son aplicables a cada una de ellas, y contando con las debidas autorizaciones para tal efecto, deciden terminar anticipadamente a partir de la fecha de firma del presente documento el Contrato de Concesión No. 001 de 2010 *cuyo objeto es la elaboración de los diseños, financiación, obtención de las Licencias Ambientales y demás permisos, adquisición de los Predios, rehabilitación, construcción, mejoramiento, operación y mantenimiento del Sector II del Proyecto Vial Ruta del Sol, comprendido entre Puerto Salgar y San Roque.*

Bajo esta perspectiva, ninguna duda cabe respecto de que el contrato termino por mutuo acuerdo entre las partes, que no se estableció que la terminación fuera por causa imputable a alguna de las partes, situación que pone en evidencia el error en que incurre el perito cuando afirma que el contrato terminó por orden judicial y por circunstancias imputables al concesionario, la claridad del acuerdo de terminación deja sin piso las afirmaciones del perito Duff & Phelphs.

No obstante lo anterior, si se parte de la premisa de que la decisión de dar por terminado el contrato de concesión tuvo su causa en los actos de corrupción que se presentaron en su adjudicación, no se puede pasar por alto que en este caso el Instituto Nacional de Concesiones – Inco, hoy Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, participó en los actos de corrupción que de conformidad con lo solicitado en este proceso darían lugar a la declaratoria de nulidad del contrato de concesión y que dieron lugar a la terminación por mutuo acuerdo del contrato de concesión.

La participación de la entidad pública en los actos de corrupción, se encuentra acreditada, entre muchas otras, con las siguientes pruebas:

En la declaración de Gabriel García Morales de fecha 12 de febrero de 2018, éste señaló:

"Ya siendo gerente encargado del INCO tuve varias conversaciones con él (refiriéndose a Luiz Bueno), tuve esa conversación indebida en la cual, primero, se me hizo la oferta futura de una vinculación, etcétera, y reconozco que no he debido dejar que esa conversación avanzara, porque yo tenía dentro de mi competencia una adjudicación que los beneficiaba a ellos y esto podría constituir en el futuro un interés indebido en la celebración de contratos.

Pero en ese momento no se me requirió ninguna intervención ni ninguna tarea específica como retribución por esa pre oferta, diría yo. En desarrollo de esas conversaciones llega un momento en que el señor Luiz Bueno me manifestó que a él le preocupaba mucho que en Colombia había muchas quejas con los procesos licitatorios y que ellos lo único que querían era que se les diera un tratamiento justo y equitativo en cumplimiento de la ley de los pliegos, me manifestó que ellos, por su competencia técnica, pero además por su capacidad financiera y con el socio que tenían en Colombia que era el grupo Sarmiento, consideraban ellos que tenían la mejor oferta posible.

Luego, en una reunión clandestina que tuvimos, él me hizo una oferta concreta de que, si yo me aseguraba de que no hubiera intervenciones indebidas en el contrato, ellos estaban dispuestos a darme una compensación, digo compensación, porque los términos en que lo refirió eran esos, yo reconozco que no era más que un soborno disfrazado de una buena expresión, pero su solicitud fue en términos de que se acogiera lo que estaba establecido en los pliegos y que se respetara el proceso licitatorio como tal. Esto fue después de presentadas las propuestas, que ellos tenían la total seguridad de que difícilmente alguien podía competir con ellos en esas condiciones.

Posteriormente, cuando salió el primer informe de evaluación él me ratifica diciendo que los otros 2 proponentes, algunos habían cometido no solamente errores, sino falsedades y otro proponente, específicamente OHL había cometido un error en la presentación de la propuesta, o no un error, sino una decisión que le restaba puntos en la calificación técnica, él en todo momento insistió en que yo debía acoger lo que estuviese respaldado por la Procuraduría y la Contraloría de ese entonces y para efectos de esta evaluación yo determiné crear mediante resolución un grupo asesor especial conformado por diferentes especialistas.

Recuerdo específicamente la participación del doctor Ricardo Hoyos en los temas de derecho administrativo, recuerdo la participación del doctor Gustavo Bueno en temas comerciales, recuerdo a otros expertos, si mal no recuerdo estaba una abogada Alessia Abello de Posse Herrera en ese comité, estaba el director de infraestructura para América Latina de la IFC, Richard Cabello, entre otros. Esa información yo se la suministré a la Procuraduría, las copias que tenía se las entregué a la Procuraduría, así que próximamente podré tener copia y se las haré llegar.

La función de ese comité asesor era dirimir diferencias o inquietudes que se presentaran al interior del comité evaluador, porque en todo momento lo que se esperaba de esa evaluación es que fuera consensuada, es decir, que no hubiese ninguna diferencia de alguno de los miembros, ese comité conceptuó sobre aquellas cosas en las que tuvo duda el comité evaluador, específicamente la razón por la cual las personas de OHL quedaban descalificadas, el comité aceptó las recomendaciones de ese consejo asesor, porque los conceptos de ese comité no son vinculantes, pero el comité evaluador decidió aceptar.

El resultado final, luego de haber recibido todas las observaciones e inquietudes por parte de los participantes, de la Procuraduría y de la Contraloría, era que quedaba adjudicada a Odebrecht, al consorcio en el cual participaba Odebrecht. De manera que la intención que él tenía era, en sus palabras, que algunos de los participantes tuvieran influencias indebidas como las que él mismo estaba realizando, como se lo he narrado a la Fiscalía, para efectos de esa adjudicación también le solicité al señor Luiz Bueno que me diera un concepto personal, porque uno de los eventos que me ocurrió con él fue que en algún momento los medios diseminaron el rumor de que eso iba a ser adjudicado a los señores Nule, quienes ya habían sido incluso descalificados por parte del comité evaluador.

Frente a eso, él en alguna reunión me manifestó que tuviera presente que, si ellos no eran adjudicatarios, iban a demandar ante el Consejo de Estado, a lo cual yo respondí que era su derecho, pero también me dijo que me demandaría a mí penalmente por celebración indebida de contratos, dado que ellos tenían la total seguridad de que ellos ganaban esa propuesta por los aspectos técnicos y jurídicos. Frente a eso, días más tarde, frente a mi preocupación de que yo pudiera estar en medio de una disputa jurídica, le solicité extraoficialmente de manera clandestina que necesitaba el concepto de un abogado sobre la legalidad de dicha adjudicación, todo esto frente a la advertencia que él me hizo sobre la presunta denuncia penal.

Él me puso un listado de abogados que eran o de planta o asesores de Corficolombiana, entre los cuales yo escogí a un abogado y el día de la audiencia de la adjudicación recibí de manera clandestina ese concepto, yo ese concepto lo guardé y lo aporté a las entidades que ya he mencionado, es un concepto que, como la Fiscalía pudo probar, efectivamente fue pagado por Corficolombiana y era un abogado que tenía una relación de tiempo atrás con Corficolombiana, yo escogí ese abogado simplemente porque reconocía su prestigio profesional, no lo conocía personalmente, pero conocía la trayectoria de su carrera.

DR. VICUÑA: Previo a la adjudicación del contrato esa propuesta a qué se cambió?

SR. GARCÍA: ***A un soborno al que ellos llamaban una compensación, una bonificación, pero que era un soborno, porque yo diera las garantías de que se cumpliera lo establecido en los pliegos y la ley, pero es un soborno***

DR. SANABRIA: Me pareció entenderle que usted llega como director encargado del Instituto Nacional de Concesiones en noviembre de 2011?

SR. GARCÍA: No, septiembre 20 de 2009.

DR. SANABRIA: Para ese momento usted nos puede recordar en qué etapa se encontraba la respectiva licitación pública?

SR. GARCÍA: Ya estábamos en la etapa para recibir las propuestas, un mes antes de la recepción de propuestas.

DR. SANABRIA: En consecuencia, a partir de ese momento ya existía el acuerdo al que usted había llegado con las sociedades Odebrecht?

SR. GARCÍA: ***No, el acuerdo se hizo durante el mes de octubre, fue cuando se empezó a concretar el acuerdo.***

DR. SANABRIA: Luego, para el momento en que se produce la adjudicación ya estaba en vigencia ese acuerdo verbal al que usted había llegado con las personas de Odebrecht?

SR. GARCÍA: Sí, el acuerdo verbal, correcto.

Por su parte, en la declaración de Luiz Antonio Bueno Junior rindió ante la Fiscalía General de la Nación el día 28 de abril de 2017, éste señaló:

"Solamente yo hablé con GABRIEL GARCIA y lo que él dice es una versión de la verdad. Cuando yo dije que estuve en el apartamento en el sector norte y él me oriento una propuesta formalmente perfecta, sin ningún tipo de erro y se comprometió por la posición que tenía a no permitir ningún tipo de flexibilización de la mesa evaluadora en la evaluación de las ofertas y que por esto me solicitó 6.5 millones de dólares. Yo solo hablé con GABRIEL GARCIA porque tenía conocimiento que ***GABRIEL GARCIA era la única persona que podía influir en la adjudicación del proyecto, porque era viceministro y director del INCO"***.

Es evidente entonces la participación del doctor García Morales en el acto de corrupción que se orquestó para la adjudicación de la licitación pública SEA-LP-001-2009, siendo ahora necesario establecer, si este actuar irregular, vincula a la Agencia Nacional de Infraestructura, para lo cual además de lo previsto en el artículo 90 de la Constitución[352], resulta ilustrativo el siguiente aparte jurisprudencial:

"… las actuaciones de los funcionarios sólo comprometen el patrimonio de las entidades públicas cuando las mismas tienen algún nexo o vínculo con el servicio público. La simple calidad de funcionario público que ostente el autor del hecho no vincula necesariamente al Estado, pues dicho funcionario puede actuar dentro de su ámbito privado separado por completo de toda actividad pública…"[4]

[352] *ARTICULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.*

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste"

En este aparte es imperioso precisar que el Instituto Nacional de Concesiones modificó su denominación mediante el Decreto 4165 de 2011 "por el cual se cambia la naturaleza jurídica, cambia de denominación y se fijan otras disposiciones del Instituto Nacional de Concesiones INCO, en su artículo 1, estableció:

"Artículo 1º. Cambio de naturaleza jurídica y denominación del Instituto Nacional de Concesiones (INCO). Cámbiase la naturaleza jurídica del Instituto Nacional de Concesiones (INCO) de establecimiento público a Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica, que se denominará Agencia Nacional de Infraestructura, adscrita al Ministerio de Transporte"
Y el artículo 25 del mismo decreto estableció:

"Derechos y obligaciones. Los derechos y obligaciones que a la fecha de expedición del presente decreto tenga el Instituto Nacional de Concesiones -INCO, continuarán a favor y a cargo de la Agencia Nacional de Infraestructura".

De acuerdo con lo anterior antecedente jurisprudencial, en este caso el actuar de Gabriel García Morales, sí vincula a la Agencia Nacional de Infraestructura, por las siguientes razones:

- Está demostrado entre el expediente que para la fecha en que se produjo el pago de sobornos y se realizó la adjudicación de la licitación pública SEA-LP-001-2009, Gabriel García Morales ostentaba la calidad de Director encargado del INCO.

- El pago de los sobornos se hizo atendiendo a que su calidad de Director del Instituto Nacional de Concesiones le permitía influir dentro de la licitación.

- Es decir que dentro de los hechos de corrupción, Gabriel García Morales actuó como Director del Inco, amparado en las atribuciones que la Ley y el reglamento asignan a ese cargo.

- El actuar del señor García Morales en este caso no ocurrió o no se desenvolvió dentro de su ámbito privado, por el contrario estuvo estrechamente ligado al ejercicio de su función como Director del Inco.

Así las cosas, si el señor GABRIEL GARCIA MORALES, amparado en su calidad de Director del INCO recibió sobornos y se prestó para favorecer indebidamente intereses de terceros, en este caso se compromete en forma Directa la responsabilidad de la Agencia Nacional de Infraestructura, pues el actuar irregular de su agente es un hecho irregular de la administración, razón por la cual es clara e inobjetable la participación del Estado a través del Director del Instituto de Concesiones en los actos de corrupción que, según se alega en este proceso, dan lugar a que se declare la nulidad absoluta del contrato de concesión No 001 de 2010 y es por ello que el Tribunal debe tener en cuenta que la Agencia Nacional de Infraestructura sí participó en los actos de corrupción que dieron lugar a la terminación por mutuo acuerdo del contrato de concesión.

Desde esta perspectiva la ANI no tendría la posibilidad de pedir en este proceso ningún tipo de indemnización o pago a su favor, en tanto actuó en la producción de su propio daño, y fue participe del acto de corrupción que dio lugar a la terminación de contrato de concesión y eventualmente a la declaratoria de nulidad del contrato.

3.7. El Concepto del Agente del Ministerio Público

En su vista fiscal el señor agente del Ministerio Público presentó una extensa disertación acerca de la corrupción y de los instrumentos legales para combatirla, entre ellos, los instrumentos previstos para declarar la nulidad por objeto y causa ilícita o por desvío de poder, causales sobre las cuales hizo una exposición con respaldo en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

4. La nulidad absoluta del Contrato Estatal

Analizado atrás el tema de la legitimación para pedir y declarar la nulidad absoluta de un contrato estatal, veamos ahora el tratamiento que la ley y la jurisprudencia le han dado al régimen sustancial de la nulidad del contrato.

En el manejo de toda la problemática con la nulidad absoluta el Consejo de Estado que ha sido faro permanente de la justicia arbitral no se ha mostrado tímido o vacilante para declarar la nulidad absoluta de un contrato estatal. Lo acredita el fallo en el cual se lee:

> "Los principios del derecho civil en materia de nulidad, adaptados al administrativo mediante el examen metódico de las especiales características de éste y la previa aceptación de la prevalecía de los intereses públicos sobre los privados, permite, sin duda, la aplicación de las normas pertinentes del Código Civil. Como expresó Portalis, "toda la legislación constituye, en último análisis, una unidad y, por consiguiente, recíprocas y necesarias relaciones vinculan a todas entre sí cualquiera sea la materia de que traten. No hay ninguna cuestión de orden privativo en cuya consideración no se inmiscuyan, en mayor o menor grado, temas atinentes a la administración pública, y, por igual, ninguna materia de naturaleza pública escapa por entero al influjo de aquellos principios de justicia distributivo que norman las distintas manifestaciones de los intereses privados" (Jean - Etienne Portalis - Discurso preliminar sobre proyecto de Código Civil Francés presentado el lo. de Pluvioso del año IX por la Comisión designada por el Gobierno Consular Ed. U. Javeriana, Bogotá, 1974, pág. 24).
>
> "Nuestro Código Civil - réplica del chileno, que a su vez se inspiró en el francés - , comprende, según su artículo primero, las disposiciones legales sustantivas que determinan especialmente Ios derechos de Ios particulares, por razón del estado de las personas, de sus bienes, obligaciones, contratos y acciones pero también advierte, en el artículo segundo, que son aplicables en los asuntos de la competencia del Gobierno general con arreglo a la Constitución, y en los civiles comunes de los habitantes de los territorios que él administra.
>
> "La noción de *nulidad absoluta*, regulada en el Código Civil, no puede ser subestimada en el ámbito del derecho que rige las relaciones establecidas entre en el administración y los particulares, y las consecuencias en el mencionado estatuto deben ser reconocidas, no obstante las modalidades, propias del acto administrativo y a pesar de la supuesta legitimidad que como privilegio especial, lo ampara hasta cierto punto, y de la ejecutoriedad.
>
> "La afirmación doctrinaria de que es lógica la conjetura de legitimidad de una autoridad pública por cuanto el acto administrativo emana obligación de respetar la ley, porque es obra de un funcionario seleccionado y desinteresado, que debe observar, comúnmente, determinadas formas y porque, antes de ser eficaz, está supeditado a una serie de controles por parte de distintos organismos, según anotación de María Rivalta citado por Miguel Marienhoff (Tratado de Derecho Administrativo - Buenos Aires, 1966, Tomo Il, pág. 370), no parece razón suficiente para excluir la posibilidad del reconocimiento espontáneo de su contrariedad con el ordenamiento jurídico, cuando es manifiesta; de la declaración expresa de ilegitimidad por quiebra ostensible de la presunción y, en consecuencia, de la ineficacia para producir los efectos que corresponden a la manifestación regular de la voluntad del ente público pues, como dice el mismo Marienhoff, el acto administrativo se presume válido pero "en tanto no se trate de una nulidad manifiesta; lo contrario importaría una aptitud absurda, inconcebible en un jurista, quien no puede presumir la perfección de un acto cuya invalidez surja a la vista, revelada al jurista por sus conocimientos del derecho y por el contenido del acto. Las soluciones que se adopten en derecho administrativo tienen que armonizar con la lógica, con la sensatez, pues esa rama jurídica pertenece a un mundo real, no a un mundo de fantasía que permita adoptar soluciones reñidas con el buen sentido" (Op. cit. págs. 468 - 469).
>
> "Así, por ejemplo, no es posible la indiferencia ante el pronunciamiento de un órgano que carece por completo de competencia porque el acto resulta absolutamente viciado por falta de un elemento esencial, es inaceptable la tolerancia cuando la administración pretende, con su actividad, alcanzar un fin en desacuerdo con el interés general porque 'hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación', como lo estatuye el artículo 1519 del Código Civil, y porque la nulidad producida por un objeto o causa ilícita o por omisión de algún requisito o formalidad es absoluta, según el artículo 1741 ibídem."[353]

[353] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 1º de febrero de 1979, Expediente Nro. 2199, Actor Alberto Carbonell Quintero, C.P. Dr. Jorge Dangond Flórez.

4.1. Se solicita en interés del orden jurídico

La nulidad absoluta de un contrato se formula mediante el ejercicio de la acción contractual, en interés del orden jurídico. Co ella solo se atiende al interés general que es lo anima a quien la plantea para el ejercicio de la acción.

En sentencia de septiembre 4 de 1997, Exp. 10065, el Consejo de Estado ya había señalado: La nulidad absoluta del contrato está establecida en interés del orden jurídico. De allí que la única consecuencia de su declaratoria sea la de volver a las partes a su estado anterior (artículo 48 de la ley 80 de 1993). Pero si es un tercero el que intenta la acción de nulidad absoluta de un contrato de la administración pública, no podrá pretender consecuencias indemnizatorias de la prosperidad de su pretensión.[354]

Se trata de una acción contractual, mediante la cual, en interés del orden jurídico, se solicita la nulidad absoluta de un contrato societario celebrado entre varias entidades públicas, sin que el petitum se extienda a asuntos atinentes a la responsabilidad de las partes y a la indemnización de perjuicios, lo cual tampoco podría hacerlo atendiendo al interés general que lo anima para el ejercicio de la acción.

En sentencia del 7 de septiembre de 2000, el Consejo de Estado reiteró la tesis anterior, la cual había sido expuesta en sentencia de septiembre 4 de 1997, Exp. 10065, así:

> "La nulidad absoluta del contrato está establecida en interés del orden jurídico. De allí que la única consecuencia de su declaratoria sea la de volver a las partes a su estado anterior (artículo 48 de la ley 80 de 1993). Pero si es un tercero el que intenta la acción de nulidad absoluta de un contrato de la administración pública, no podrá pretender consecuencias indemnizatorias de la prosperidad de su pretensión."[355]

4.2. Las causales de nulidad

Para el análisis del caso que es objeto de examen, el Tribunal tendrá en cuenta el régimen de nulidad expreso contenido en las reglas del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, en el cual se determinan, entre otras cosas, las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales, que son las previstas en el derecho común (Código Civil y Código de Comercio), y las que figuran en su artículo 44.

> **ARTÍCULO 44. DE LAS CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA.** Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:
>
> 1o. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;
>
> 2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal;
>
> 3o. Se celebren con abuso o desviación de poder;
>
> 4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y
>
> 5o. 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.

[354] Sentencia de septiembre 7 de 2000, Exp. 12856, Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque.
[355] Sentencia de septiembre 7 de 2000, Exp. 12856, Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque.

> **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.
>
> En los casos previstos en los numerales 1o., 2o. y 4o. del artículo anterior, el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.

A su vez, la Corte Constitucional, sobre el artículo 44 de la Ley 80 de 1983, señaló lo siguiente:

> ***"Según el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, adolece de una nulidad absoluta el contrato estatal en los casos establecidos en el derecho común y en los que se celebre contra expresa prohibición constitucional y legal (num.2º). De conformidad con los artículos 1519 y 1741 del Código Civil hay objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público de la Nación y la nulidad que se produce por objeto ilícito es una nulidad absoluta"[356].*** (Negrillas del Tribunal).

Sobre el particular, el Consejo de Estado ya había indicado que

> "De acuerdo con el art. 44 de la ley 80 de 1993 debe procederse a la nulidad, entre otras causales, de los contratos que se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal (num. 2) o desviación de poder (num.3).
>
> "Cabe destacar, así mismo, que en la legislación colombiana la nulidad de los contratos por tales razones ya estaba prevista en las normas de derecho común, ya que el artículo 1518 del C. C. señala que los hechos moralmente imposibles por estar prohibidos por las leyes, ser contrarios a las buenas costumbres o al orden público vician la declaración de voluntad.
>
> "La doctrina extrajera ha admitido que "cuando el contrato se ha celebrado mediante manejos inmorales, o en forma deshonesta, o exterioriza un favoritismo escandaloso, puede afirmarse que existen razones de legitimidad para revocarlo o anularlo, ya que la legalidad y la moralidad de la actividad administrativa no marchan ni pueden marchar divorciados". En ese orden de ideas, "un contrato viciado de inmoralidad en su celebración o en sus fines, es tan nulo como un contrato que padece un vicio de ilegitimidad, y su revocación podrá disponerse en sede administrativa, si la inmoralidad es manifiesta, o su anulación en sede judicial, si requiere un juzgamiento, previa comprobación de la existencia del vicio mediante una investigación al respecto" (se subraya)[357]."[358]

Acerca de la nulidad como negación de la validez, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en Sentencia del 29 de agosto de 2007 (C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Expediente No. 850012331000030901. Rad. 15324), señaló que

> "… es la carencia de valor legal de un acto jurídico, derivada de la ausencia o pretermisión de los requisitos señalados por la ley. En los contratos, la nulidad ha de entenderse como la pérdida de validez del contrato o de alguna de sus cláusulas, la cual puede ser absoluta o relativa, pero interesa, para el asunto que se debate, la nulidad absoluta que se configura por vicios de imposible saneamiento y constituye la sanción más grave que es posible imponer a un contrato cuando quiera que se compruebe la existencia de hechos que dan lugar a ella.
>
> Así el legislador, instituyó algunos eventos que dan lugar a la nulidad absoluta de los contratos estatales por trasgredir normas de carácter superior que los rigen, los cuales constituyen vicios que afectan su validez y determinan la desaparición de sus efectos jurídicos.

---

[356] C. Constitucional, Sentencia T-1341, dic. 11/2001. M. P. Álvaro Tafur Galvis).

[357] BERCAITZ, Miguel Ángel. *Teoría General de los Contratos Administrativos.* Buenos Aires, Ed. Depalma, 1980. pág. 556.

[358] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P.: Ricardo Hoyos Duque. Sentencia del 31 de octubre de 2002. Rad. 52001-23-31-000-2000-1059-01(AP-518).

La Ley 80 de 1993, en el artículo 44, consagra de manera expresa las causales que dan lugar a la nulidad absoluta del contrato, norma cuyo tenor literal es el siguiente:

"(…)".

La norma pretranscrita adoptó como causales de nulidad de los contratos estatales aquellas que se encuentran previstas en el derecho común, al tiempo que estableció otras, propias de la contratación estatal, razón por la cual resulta pertinente hacer referencia a las normas del Código Civil que regulan la nulidad de los contratos.

El artículo 6º del C.C., establece: "En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa. Esta nulidad, así como la validez y firmeza de los que se arreglan a la ley, constituyen suficientes penas y recompensas, aparte de las que se estipulan en los contratos.

En cuanto a la nulidad de los actos y contratos, en materia civil, el artículo 1741 prescribe lo siguiente: "La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por 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 no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas…".

De otra parte, el artículo 1519 de la misma codificación dispone: "Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la República a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto; norma que se complementa con lo establecido en al artículo 1521, a cuyo tenor, también hay objeto ilícito cuando se enajenan cosas que no están en el comercio, como los bienes de uso público; cuando se enajenan derechos y privilegios que no pueden transferirse a otra personas, como en los bienes gravados, o con limitaciones en el ejercicio de la propiedad; o en la disposición de cosas embargadas por decreto judicial. Y de conformidad con el artículo 1523 del C.C., hay objeto ilícito cuando los actos jurídicos se encuentren prohibidos por las leyes.

Sucede entonces que en la legislación civil, la nulidad absoluta de tales actos o contratos deviene, entre otras, por la contravención de normas imperativas del ordenamiento jurídico en cuanto ello resulta constitutivo de ilicitud en el objeto, cuestión que, como ya se dijo, fue incorporada expresamente por el régimen de contratación estatal.

Interesa al sub lite el examen de la causal establecida en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, norma a cuyo tenor los contratos del Estado son absolutamente nulos cuando **"se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal".**

Del contenido y alcance del texto de esta norma se infiere que para que ésta causal de nulidad absoluta del contrato se configure, se requieren los siguientes presupuestos: i) La violación del régimen de prohibiciones consagrado en **normas constitucionales o en normas legales o en cualesquiera otras con fuerza de ley;** por lo tanto, la violación de otra clase de normas que no sean de rango constitucional o que carezcan de fuerza de ley no genera vicio de nulidad en el contrato, como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala[359] y, ii) La prohibición respectiva, establecida en la Constitución Política o en la Ley debe ser **expresa,** como también lo ha sostenido la jurisprudencia, según lo refleja el siguiente pronunciamiento:

"Hay que añadir, a fin de precisar adecuadamente el alcance del art. 44.2 de la Ley 80 de 1993, que, además de que la prohibición debe estar contenida en la Constitución o en la ley, en los términos dichos**, la prohibición constitucional o legal ha de ser expresa**, bien en relación con i) el tipo contractual, como cuando las normas no permiten que el Estado haga donaciones a los particulares – art. 355 CP[360]-, o en relación con ii) la celebración de un contrato, dadas ciertas condiciones, como

[359] Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de agosto de 2006, Exp. 31480, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

[360] Nota original de la sentencia citada: *"Art. 355.Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.*
El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia".

cuando no se autoriza que una concesión portuaria supere 20 años –ley 1 de 1991-, o un comodato supere 5 años –ley 9 de 1989, etc.

De modo que no toda irregularidad o violación a la ley o a la Constitución, configura la celebración de un contrato "... **contra expresa prohibición constitucional o legal**." **Es necesario analizar, en cada caso concreto, el contenido de la norma, para determinar si contempla una prohibición a la celebración de un contrato o si contiene simplemente otro tipo de requisitos, cuya trasgresión o pretermisión pudiera generar la nulidad absoluta del contrato o una consecuencia diferente"**[361]**.** (Negrillas fuera del texto original).

Bajo esta perspectiva, se tiene que si con la celebración de un contrato estatal se violan normas constitucionales o legales, ello acarrea como consecuencia la nulidad absoluta del respectivo contrato, por cuanto toda vulneración del ordenamiento jurídico en asuntos de orden público dará lugar a la ilegalidad del acto correspondiente; pero no toda violación de normas constitucionales o legales en la celebración de contratos dará lugar a que se configure la causal de nulidad absoluta prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, puesto que para ello deben concurrir los dos presupuestos que se han dejado señalados: violación del régimen de prohibiciones y que la prohibición sea expresa y explícita.

A lo anterior se agrega que las normas que imponen sanciones o establecen prohibiciones, al igual que ocurre con las que consagran nulidades, son de carácter taxativo y de interpretación restrictiva, por consiguiente, en relación con ellas no cabe su interpretación extensiva o su aplicación por vía de analogía, es decir que esa clase de disposiciones no puede aplicarse a casos, situaciones o hipótesis diferentes de aquellos que se encuentren expresamente regulados por las mismas.

Ahora bien, resulta pertinente establecer si la prohibición general que en materia contractual contiene el numeral 8º del artículo 24 de la Ley 80, enmarca dentro de la causal de nulidad absoluta consagrada en el citado numeral 2º del artículo 44 de la misma Ley 80.

El artículo 24-8 de la Ley 80 reza así:

"Las autoridades no actuarán con abuso o desviación de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en esta ley. Igualmente les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos establecidos en el presente estatuto". (Subrayas fuera del texto original).

(…)

La conclusión a la cual ha arribado la Sala encuentra apoyo adicional en una consideración más, consistente en destacar que las prohibiciones expresas que, de manera imperativa, recoge el numeral 8º del artículo 24 de la Ley 80, según las cuales las autoridades administrativas no actuarán con desviación o abuso de poder y no podrán eludir los procedimiento de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el Estatuto de Contratación Pública, por su contendido genérico y abstracto no están prohibiendo, de manera expresa y concreta, la celebración de un determinado contrato como se requeriría para su violación o desconocimiento configure la causal de nulidad absoluta establecida en el aludido numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80."[362].

En el mismo sentido, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en la Sentencia del 18 de Marzo de 2010 (C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Rad. 25000-23-26-000-1994-00071-01(14390), señaló:

[361] Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 16 de agosto de 2006; Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez; Expediente: 31480.

[362] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veintinueve (29) de agosto de dos mil siete (2007); Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; Expediente número: 850012331000030901; Radicación número: 15324; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del dos (2) de mayo de dos mil siete (2007); Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; Expediente número: 850012331000033901; Radicación número: 15599; también en idéntica dirección puede verse el salvamento de voto presentado por el Consejero ponente del presente proveído, respecto de la siguiente providencia: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de ocho (8) de marzo de dos mil siete (2007); Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio; Radicación número: 20001-23-31-000-1996-02999-01(15052).

"Resulta importante precisar, como es bien sabido, que el contrato estatal no solo debe reunir los requisitos esenciales exigidos por el ordenamiento jurídico para su existencia, sino que además debe nacer en condiciones de validez, la cual ha sido definida por la Sala[363] como la cualidad jurídica de adecuación al ordenamiento jurídico desde la iniciación del procedimiento hasta el momento de celebración del contrato.

Para que el contrato sea plenamente válido se requiere el cumplimiento tanto de los requisitos establecidos para el efecto en el derecho privado, fuente primigenia de todo contrato, como de aquellos que se encuentran establecidos en las normas que regulan la contratación estatal, según las cuales el interés general prima frente a la autonomía de la voluntad.

Al tenor de lo prescrito por el artículo 1502 del C.C., para que un contrato sea válido se requiere que concurran las siguientes condiciones:

Consentimiento de las partes exento de vicios (ordinal 2)
Causa lícita (ordinal 4)
Objeto lícito (ordinal 3)
Capacidad de las partes contratantes (ordinal 1)
Cumplimiento de algunos requisitos o formalidades que la ley impone, básicamente en atención a la calidad o estado de las personas que lo celebran[364].

Por su parte, las normas de la Ley 80 contentiva del Estatuto que regula la actividad contractual de la Administración Pública, establecen diversas ritualidades, requisitos y exigencias para la formación del contrato, cuya omisión podría dar lugar a que éste resultara viciado de nulidad.

En términos generales cabe mencionar que los requisitos que debe cumplir el contrato estatal para que se encuentre ajustado al ordenamiento jurídico y goce de las condiciones de validez, atañen a: i) la capacidad de las partes intervinientes, cuestión que se predica de los particulares en tanto que es la competencia el factor a examinar en relación con las entidades estatales contratantes y sus respectivos servidores públicos; ii) la observancia de los procedimientos de selección del contratista; iii) la licitud del objeto; iv) la licitud de la causa, en la cual puede entenderse incluido el aspecto relacionado con la desviación de poder y iv) la ausencia de vicios respecto del consentimiento.

Según lo explicara en otro lugar el Consejero ponente del presente pronunciamiento[365], en el Estatuto de Contratación Estatal existe un régimen legal expreso acerca de la nulidad absoluta de los contratos en cuya celebración participan o intervienen las entidades del Estado, el cual se encuentra contenido en los artículos 44 a 49 de la Ley 80 expedida en el año de 1993; es por ello que en esta específica materia no hay lugar a acudir a las previsiones del artículo 13 de misma la Ley 80 para efectos de aplicar –en la contratación estatal-, la normatividad que en los Códigos de Comercio o Civil, según fuere el caso, contienen el régimen de las nulidades absolutas de los contratos puesto que –bueno es reiterarlo-, cuando el propio Estatuto de Contratación Pública se ocupa de regular un determinado asunto, sus disposiciones tienen preferencia en su ámbito, cuestión que no obsta para anticipar, como enseguida habrá de señalarse, que las propias normas legales especiales que en la Ley 80 regulan esta materia ordenan la incorporación, a este cuerpo normativo, de las disposiciones legales del Código Civil que contienen las causales de nulidad absoluta de los contratos.

En punto de las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales, el artículo 44 de la referida Ley 80 determina:

"(…)".

Así las cosas, se impone puntualizar que los contratos estatales serán nulos entonces, de manera absoluta, i) en aquellos eventos establecidos en el Código Civil como constitutivos de la nulidad

[363] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 12 de octubre de 2000; Consejera Ponente: María Helena Giraldo Gómez Expediente: 13097.

[364] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 20 de agosto de 1971.

[365] Véase el salvamento de voto presentado por el Consejero ponente del presente proveído, respecto de la siguiente providencia: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de ocho (8) de marzo de dos mil siete (2007); C.P. Ruth Stella Correa Palacio; Radicación número: 20001-23-31-000-1996-02999-01(15052).

absoluta de los actos o contratos, según las previsiones de sus artículos 6 y 1741 y ii) en los casos específicamente determinados en los diferentes numerales del transcrito artículo 44 de la Ley 80.

De esa manera, al integrar en un solo y único listado tanto las causales de nulidad absoluta de los contratos previstas en los artículos 6 y 1741 del C. C., como las causales de nulidad absoluta especificadas a lo largo de los numerales que contiene el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, resulta posible concluir que las siguientes son las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales:

a).- Los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley;
b).- Ilicitud en el objeto;
c).- Ilicitud en la causa;
d)- Falta de la plenitud de los requisitos o de la forma solemne que las leyes prescriban para el valor del correspondiente contrato, en consideración a su naturaleza y no a la calidad o estado de las partes;
e).- Incapacidad absoluta de quien o quienes concurren a su celebración;
f).- Celebración del contrato con personas incursas en causales de inhabilidad o de incompatibilidad previstas en la Constitución Política o en la ley;
g).- Celebración del contrato contra expresa prohibición constitucional o legal;
h).- Celebración del contrato con abuso o desviación de poder;
i).- Declaración de nulidad de los actos administrativos en que se fundamenten los respectivos contratos estatales, y
j).- Celebración del contrato 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 la propia Ley 80.

Como resulta apenas natural, hay lugar a señalar que aquellas causales de nulidad absoluta de los contratos estatales que provienen del Código Civil, por la incorporación que de las mismas dispuso a la Ley 80 la parte inicial de su artículo 44, sin perjuicio de adaptarlas a algunos de los principios que regulan y orientan tanto la contratación pública como el Derecho Administrativo en general, deberán ser interpretadas y aplicadas en los términos en que las mismas han sido entendidas tanto por la Jurisprudencia que al respecto ha construido la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, como por la doctrina desarrollada a partir, precisamente, del estudio de las normas que integran esa codificación y en idéntico sentido habrá que concluir que en este campo también serán aplicables aquellas otras disposiciones legales contenidas en el Código Civil que se ocupan de precisar el sentido y el alcance de las nociones que sirven para estructurar las causales de nulidad absoluta consagradas en los artículos 6 y 1741 de ese cuerpo normativo (como el caso de la ilicitud en el objeto, la ilicitud en la causa, la incapacidad absoluta, etc.; artículos 1503, 1504, 1517, 1518, 1519, 1521, 1523, 1524 C.C.).

Con fundamento en las anteriores precisiones en punto al catálogo de causales de nulidad absoluta de los contratos estatales en el ordenamiento jurídico colombiano y visto y explicado como está, suficientemente, en el presente proveído, que al tratarse el contrato número 002 de 1994, celebrado entre la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá y Coinverpro Ltda., de un negocio jurídico de concesión y que la selección del contratista en este caso no se llevó a cabo siguiendo el procedimiento administrativo de licitación que para la escogencia de concesionarios demanda la normatividad contenida en la Ley 80, queda evidenciado que el contrato estatal en mención adolece de uno de los elementos necesarios para su validez, en cuanto no se observó el procedimiento que la ley imponía para la selección del contratista; a su turno, tal circunstancia da lugar a la configuración de la causal de nulidad prevista en el artículo 6 del Código Civil -incorporada en el Estatuto Contractual del Estado por virtud de lo normado en el inciso primero del artículo 44 de la Ley 80, según se explicó-, consistente en la vulneración de normas legales de orden público, en este caso, de las que condicionan el procedimiento de formación del contrato y, concretamente, de la prohibición general que contiene el numeral 8º del artículo 24 de la citada Ley 80, en el sentido de que las autoridades tienen prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva de contratistas."

Posteriormente, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C., en Sentencia del 31 de enero de 2011 (C.P. Olga Mélida Valle De La Hoz. Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767), también señaló lo siguiente:

"La nulidad absoluta de los contratos se refiere, entonces, a su pérdida de validez con ocasión de vicios imposibles de sanear, y se constituye en la más grave sanción que se pueda imponer a los negocios jurídicos por cuanto hace desaparecer sus efectos al buscar devolver las cosas al estado en el que se encontraban con anterioridad a la suscripción del contrato. En este sentido, con el ánimo de preservar

el principio de legalidad y el orden público, el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 define expresamente, los eventos que generan nulidad absoluta (…)

Al respecto esta Sala ha dicho que "las nulidades citadas responden a situaciones de orden estrictamente jurídico y por circunstancias particularmente graves de vulneración del ordenamiento jurídico, pues evidencian que el contrato estatal adolece de irregularidades en su configuración, de tal magnitud, que en el evento de permitir su ejecución se estaría propugnando o removiendo el afianzamiento de un atentado contra la regularidad jurídica, desatendiendo los mandatos que regulan la actividad administrativa, entre ellas la actividad contractual"[366].

Por lo anterior, con el objetivo de comprobar la configuración de alguna de las causales de nulidad absoluta, es preciso hacer un "examen detallado acerca de las condiciones, los requisitos y los elementos de validez existentes al momento de la celebración del contrato"[367].

(…)

En todo caso, por cuanto es de interés para el caso sub lite[368], en relación con la causal segunda recién transcrita, esta Sala ha dicho que "no toda irregularidad o violación a la ley o a la Constitución, configura la celebración de un contrato "... contra expresa prohibición constitucional o legal". Es necesario analizar, en cada: caso concreto, el contenido de la norma, para determinar si contempla una prohibición a la celebración de un contrato o si contiene simplemente otro tipo de requisitos, cuya trasgresión o pretermisión pudiera generar la nulidad absoluta del contrato o una consecuencia diferente"[369].

4.1. De la declaración de nulidad absoluta de los contratos

Como ya lo ha dicho esta Sección, "el primer obligado a acatar las disposiciones contractuales de selección objetiva, y de perfeccionamiento contractual, es el propio Estado"[370]. El desconocimiento de dichas disposiciones vicia el contrato de nulidad absoluta por haber sido celebrado contra expresa prohibición legal.

Así las cosas:

"se tiene que la violación a las normas constitucionales o legales, en la celebración de un contrato, acarrea como consecuencia la nulidad absoluta del contrato celebrado en tales condiciones, por cuanto toda vulneración del ordenamiento jurídico da lugar a la ilegalidad de los actos; pero no toda violación de normas constitucionales o legales en la celebración de contratos da lugar a que se configure la causal de nulidad absoluta prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, puesto que para ello deben concurrir los dos presupuestos que fueron señalados: Violación del régimen de prohibiciones y que la prohibición sea expresa o explícita"[371]

En conclusión, por encontrar probado tanto el desconocimiento del procedimiento para la selección del contratista, como la violación del principio de selección objetiva, esta Sub Sección encuentra que los contratos SH-A-017-94, SH-A-019-94 y SH-A-025-94 están viciados y en consecuencia, declarará la nulidad absoluta de los mismos por la segunda causal descrita en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 referida a los contratos celebrados con contra expresa prohibición constitucional o legal."

También, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, en sentencia del 23 de marzo de 2011, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, señaló lo siguiente:

[366] Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección tercera; C.P. Mauricio Fajardo Gómez; Sentencia 15599 de mayo 2 de 2007.
[367] ídem.
[368] En similares situaciones también ha reiterado que *"cuando los funcionarios eluden los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos y deberes indicados por la ley, pueden incurrir en abuso o desviación de poder al apartarse de los fines que se buscan con la contratación, que no son otros que el interés público y el bienestar de la comunidad, circunstancias que a la luz del citado Estatuto Contractual del Estado, configura la causal de nulidad absoluta del contrato consagrada en el numeral 3º del artículo 44"*(Consejo de Estado; Sala de lo contencioso administrativo; Sección tercera; C.P. Myriam Guerrero; Sentencia del 25 de febrero de 2009; Rad. 85001-23-31-000-1997-00374-01(15797). Por lo anterior, se impone a la Corporación analizar los detalles de cada proceso para decidir sobre la configuración de una u otra causal de nulidad.
[369] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 16 de agosto de 2006, Exp. 31480, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.
[370] Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección tercera; Sentencia No. 35026 de julio 22 de 2009.
[371] Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Tercera; Sentencia No. 15599 de Mayo 2 de 2007

"**4.2. Las nulidades del contrato estatal**

Dentro de los requisitos de validez establecidos en el ordenamiento jurídico se encuentra la capacidad de las partes para obrar; el objeto lícito, la causa lícita y el consentimiento exento de vicios (art. 1502 C.C).

El objeto se refiere a los intereses o en general a las atribuciones patrimoniales (bienes, cosas, derechos, etc.) sobre los que versa el contrato con aptitud para recibir el orden jurídico que lo regula; e ilícito es el contrario a la ley, al orden público y a las buenas costumbres, dentro del cual también se enmarca la violación de las normas imperativas en general (arts. 1519, 1521, 1523 C.C). La causa es el motivo que induce o impulsa a las partes a contratar y es ilícita cuando también vulnera la ley, el orden público y las buenas costumbres, siempre que el móvil determinante del contrato sea común o conocido por los contrayentes, quienes convergen en esa intención (art. 1524 C.C.).

Messineo[372] enseña que el contrato ilícito es aquel contrario a las normas coactivas o imperativas, o prohibitivas *(contra legem agere),* o sea, cuyo contenido y aplicación no es posible prescindir; o a los principios generales o fundamentales del sistema (orden público); o a las reglas de conducta deducidas por la moral común (buenas costumbres) de manera que se trata de un término que comprende los contratos ilegales, prohibidos e inmorales. En estos eventos, como anota Von Thur, la ley limita la autonomía privada de las partes para negar a ciertos negocios efectos jurídicos o prohibir su conclusión[373]. Así, son nulos los negocios contrarios a las leyes imperativas, el orden público y las buenas costumbres, esto es, en aquellos eventos en que se rebela contra las leyes cuya observancia es imperiosa, categórica y absoluta, o contra los principios fundamentales y los intereses generales sobre los cuales descansa el ordenamiento jurídico del Estado y que, por lo mismo, son indisponibles e inderogables por convenio entre particulares.

Teniendo en cuenta lo anterior, la nulidad es la sanción de invalidez del contrato que nacido a la vida jurídica, presenta irregularidades o vicios, por la omisión o incumplimiento de los requisitos señalados por la ley para el valor del acto o contrato, y está instituida en defensa del orden jurídico, como quiera que a través de ella el ordenamiento reacciona para reprimir los contratos ilegales, prohibidos o inmorales, en los términos descritos.

Dicho de otro modo, la nulidad del contrato es la respuesta del ordenamiento a conductas dispositivas irregulares y que se contraponen a él, pues hace desaparecer del mundo jurídico la relación que nació viciada, o la cláusula pactada cuando el vicio recae únicamente sobre alguna de las estipulaciones del contrato, es decir, aniquila, suprime y borra sus efectos jurídicos, con el fin de que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la celebración del contrato. Los artículos 6, 1740 y 1741 del Código Civil, sobre el particular establecen:

"Artículo 6.- La sanción legal no es solo la pena sino también la recompensa; es el bien o el mal que se deriva como consecuencia del cumplimiento de sus mandatos o de la transgresión de sus prohibiciones.

"En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa. Esa nulidad, así como la validez y firmeza de los que se arreglan a la ley, constituyen suficientes penas y recompensas, aparte de las que se estipulan en los contratos".
(…)
"Artículo 1740.- Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes.

La nulidad puede ser absoluta o relativa."

"Artículo 1741. La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por 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 no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

[372] Cfr. MESSINEO, Francesco, Doctrina General del Contrato, Tomo I. Ediciones Jurídicas Europa- América, 1952, Págs. 479 y ss.

[373] VON THUR, Andreas, Op. cit. Págs. 27 y ss.

"Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

"Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato." (Subrayado por fuera del texto original).

Tal y como se puede deducir de los anteriores textos del Código Civil, la nulidad en nuestro medio admite dos categorías: absoluta o relativa, según la trascendencia de la norma vulnerada y dependiendo de si ella está consagrada en interés general, en el primer caso; o en interés particular de las personas, para el segundo.

A su vez, el Código de Comercio en armonía con la legislación civil, preceptúa:

"ART. 899.- Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos:
"1. Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa;
"2. Cuando tenga causa u objeto ilícitos, y
"3. Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz."

Por lo tanto, según lo dispuesto en el artículo 1502 del Código Civil, concordante con la legislación comercial, es nulo el contrato cuando no cumpla con los siguientes presupuestos: a) capacidad de las partes contratantes, b) licitud del objeto; c) licitud de la causa; d) consentimiento exento de vicios; y, e) algunas formalidades, *ad solemnitatem*, prescritas por el legislador por la naturaleza misma del contrato o por la calidad de las personas que lo celebran (artículo 1500 del Código Civil), pero de las que no se derive su existencia, es decir con exclusión de las solemnidades *ad substantiam actus*.

De cuanto antecede, también se desprende que la incapacidad absoluta de cualquiera de los contratantes, la ilicitud del objeto y de la causa y la omisión de una formalidad impuesta por la naturaleza misma del contrato, constituyen nulidad absoluta, y los demás vicios nulidad relativa, tales como la incapacidad relativa de alguna de las partes y los vicios del consentimiento (error, fuerza y dolo)."

También en sentencia del 26 de febrero de 2015, el Consejo de Estado señaló que

"(…) desde la perspectiva de la Ley 80 de 1993 debe tenerse en cuenta que, como ha sido expresado por la Jurisprudencia, en el Estatuto de Contratación Estatal existe un régimen legal expreso acerca de la nulidad absoluta de los contratos en cuya celebración participan o intervienen las entidades del Estado, el cual se encuentra contenido en los artículos 44 a 49 de la Ley 80 expedida en el año de 1993; es por ello que en esta específica materia no hay lugar a acudir a las previsiones del artículo 13 de la misma Ley 80 para efectos de aplicar -en la contratación estatal-, la normatividad que en los Códigos de Comercio o Civil, según fuere el caso, contienen el régimen de las nulidades absolutas de los contratos puesto que -bueno es reiterarlo-, cuando el propio Estatuto de Contratación Pública se ocupa de regular un determinado asunto, sus disposiciones tienen preferencia en su ámbito, cuestión que no obsta para sostener, como lo ha hecho la Sala, que las propias normas legales especiales que en la Ley 80 regulan esta materia ordenan la incorporación, a este cuerpo normativo, de las disposiciones legales del Código Civil que contienen las causales de nulidad absoluta de los contratos, razón por la cual también por esta vía se encuentra configurada la nulidad absoluta del aparte pertinente de la cláusula segunda del contrato en mención, pues, como de manera precedente se expresó, la prórroga automática pactada por las partes viola de manera flagrante los principios generales de libre concurrencia, de igualdad, de imparcialidad, de prevalencia del interés general y de transparencia consagrados positivamente, no sólo en la Ley 80 de 1993, sino también en la Constitución Política de 1991." [374]

A su vez, sobre las causales de nulidad del Contrato estatal y de manera concreta sobre la aplicación del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, en sentencia del 29 de julio de 2015[375], el Consejo de Estado señaló lo siguiente:

[374] Consejo de Estado, Sala de Io Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, expediente 6300123-31-000-1999-01000-01(30834), C.P. Hernán Andrade Rincón.
[375] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, expediente 7600123-31-000-2004-05517-01(37390), C.P. Hernán Andrade Rincón (E)

"Ha de precisarse igualmente que por cuenta de la integración normativa que comporta esta disposición legal, no sólo se han adoptado como causales de nulidad absoluta los casos determinados en el artículo transcrito, sino también aquellos eventos establecidos en el Código Civil como constitutivos de nulidad absoluta de los actos o contratos - según las previsiones de sus artículos 1519 y 1741-.

"Así las cosas, forzoso resulta concluir que los contratos estatales serán nulos de manera absoluta i) en los eventos previstos en los artículos 1519 y 1741 del Código Civil y, ii) en los casos específicamente determinados en los numerales del transcrito artículo 44 de la Ley 80.

"En ese contexto, al integrar en un solo y único listado todas las causales de nulidad absoluta, resulta posible señalar que las siguientes son las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales:

"a). - Los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley;

"b).- Ilicitud en el objeto;

"c). - Ilicitud en la causa;

"d)- Falta de la plenitud de los requisitos o de la forma solemne que las leyes prescriban para el valor del correspondiente contrato, en consideración a su naturaleza y no a la calidad o estado de las partes;

"e). - Incapacidad absoluta de quien o quienes concurren a su celebración;

"f). - Celebración del contrato con personas incursas en causales de inhabilidad o de incompatibilidad previstas en la Constitución Política o en la ley;

"g). - Celebración del contrato contra expresa prohibición constitucional o legal;

"h). - Celebración del contrato con abuso o desviación de poder,

"i).- Declaración de nulidad de los actos administrativos en que se fundamenten los respectivos contratos estatales, y

"j). - Celebración del contrato 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 la propia Ley 80."

De todas ellas, con base en los antecedentes que describen los hechos relevantes para este proceso, las pretensiones de la Agencia Nacional de Infraestructura, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y la Procuraduría General de la Nación, por una parte y, por la otra, las oposiciones formuladas por la Parte Convocada a través de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y sus litisconsortes cuasinecesarios, según se ha hecho atrás referencia, se examinarán a continuación las siguientes:

4.3. Las causales de nulidad absoluta del contrato estatal en los casos previstos en el derecho común o conforme a las reglas del derecho común

a. La nulidad absoluta producida por objeto ilícito

Para el caso del contrato estatal, la nulidad absoluta por objeto ilícito puede darse en los casos de los artículos 1519, 1521 y 1523, conforme a los cuales:

Artículo 1519. <Objeto Ilícito>. Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. …

Artículo 1521. <enajenaciones con objeto ilícito>. Hay un objeto ilícito en la enajenación:

1o.) De las cosas que no están en el comercio.

2o.) De los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona.
3o.) De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello.

Artículo 1523. <objeto ilícito por contrato prohibido>. Hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes.

Un contrato estatal tiene objeto ilícito cuando para su celebración se vulneran normas de orden público contenidas en la ley (80, 1150, etc.), tales como las que desarrollan los principios de selección objetiva y transparencia y, en general, todas aquellas disposiciones que regulan los procesos de selección de los contratistas.

Toda violación a un mandato imperativo o a una prohibición de ley, comporta un vicio que genera nulidad absoluta, su por supuesto, ella no consagra una sanción diferente.

Las normas imperativas no son solamente aquellas que prohíben sino también las que mandan u ordenan y por ende la transgresión del orden público se presenta se viola la que prohíbe así como no se observa o se desatiende la que ordena, casos todos estos que conducen a una nulidad absoluta por objeto ilícito.

Cuando la ley de contratación estatal dispone que en el proceso de selección del contratista debe tenerse en cuenta el principio de transparencia y el deber de selección objetiva, la elusión de estos mandatos comporta una transgresión del orden legal que conduce a la nulidad absoluta del Contrato.

Si lo primero, es decir, no se observa el principio de transparencia, se genera una nulidad absoluta por objeto ilícito porque de acuerdo con el derecho común, esto es lo que se configura en todo acto que contraviene el derecho público; si lo segundo, esto es, se incumple el deber de selección objetiva, se produce una nulidad absoluta por celebrar el contrato con abuso o desviación de poder.

Un contrato que sea fruto de actos de corrupción y de hechos punibles, es un contrato que adolece de objeto ilícito por la violación sistemática, directa, frontal y evidente de todas las normas legales de carácter imperativo y de orden público que consagra los principios orientadores de la actividad contractual del Estado.

Por su parte, tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional han mantenido constante la jurisprudencia sobre el tema de que todo lo que viola el orden público y el derecho público de la Nación es nulo absolutamente por objeto ilícito.

Ha dicho la Corte Suprema de Justicia, al referirse al artículo 1741 del C.C.: *"Están atacados de nulidad absoluta aquellos negocios que lesionan los intereses del orden público;…"*[376]

Se considera también aplicable al presente proceso la sentencia citada, la cual nuevamente transcribimos, pues más adelante se interpretará de manera radicalmente distinta: *´la sentencia procedente de un proceso diferente, considerada como tal, sirve solo para acreditar su existencia, **lo que en ella se ha decidido**, su procedencia y su fecha, pero no los soportes probatorios de que se valió quien la profirió, los que, por el simple hecho de aparecer mencionados en el cuerpo de ese proveído, no tienen virtud de surtir efectos en ese proceso"*[377]. (El Tribunal subraya y resalta en negrillas)

Mediante Laudo proferido el 9 de diciembre de 2013[378], el Tribunal Arbitral declaró la nulidad absoluta del Contrato No. 137 de 2007 celebrado entre Transvial del Grupo Nule y el IDU-TRANSMILENIO, por objeto ilícito al haberse violado los principios que rigen la selección objetiva

[376] Corte Suprema de Justicia. Cas., 29 mayo 1983, VIII, 300; 8 octubre 1913, VXIII, 209; 19 agosto 1935, XLII, 372; 15 febrero 1940, XLIX, 71; 28 agosto 1945, LIX, 424). En el mismo sentido Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 17 de abril de 1975.
[377] Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 13 de diciembre de 2000, Ref.: 5468, M.P. Nicolás Becharas Simancas.
[378] Tribunal arbitral constituido para resolver las diferencias entre el Grupo Empresarial Vías de Bogotá S.A.S., el Instituto de Desarrollo Urbano IDU y la Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio S.A.

del contratista y la transparencia en el procedimiento de selección por la comisión de hechos punibles. Dijo entonces el Tribunal que

"Aquí resulta pertinente establecer si la prohibición general que en materia contractual contiene el numeral 8º del artículo 24 de la Ley 80 citado, relacionada con la imposibilidad de eludir los procedimientos y los demás requisitos establecidos en ese Estatuto, enmarca dentro de la causal de nulidad absoluta consagrada en el numeral 2º del artículo 44 de la misma Ley 80.

"Como quiera que el artículo 24 numeral 8 de la Ley 80 de 1993, consagra una prohibición expresa y genérica, en cuya virtud se limitó a las autoridades administrativas, de manera categórica, la posibilidad de que en materia contractual actúen eludiendo los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos establecidos en ese Estatuto, para el Tribunal resulta evidente que en aquellos eventos en los cuales se verifique que la celebración del correspondiente contrato estatal estuviere afectada o viciada, precisamente por *eludir los procedimientos (…) y los demás requisitos establecidos en el estatuto de contratación estatal,* se configuraría la causal de nulidad absoluta consagrada en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, que establece que los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y, además, cuando se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal.

"Así, entonces, el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, hace referencia, de manera genérica y abstracta, a la violación de cualquier prohibición constitucional o legal y la conclusión a la cual ha arribado el Tribunal encuentra apoyo en una prohibición expresa que, de manera imperativa, recoge el numeral 8º del artículo 24 de la Ley 80, según la cual las autoridades administrativas no pueden eludir los procedimientos y los demás requisitos previstos en el Estatuto de Contratación Pública.

"Lo anterior significa, que no pueden considerarse válidas o lícitas las conductas de las autoridades administrativas mediante las cuales se desconozca la prohibición expresa que trata la Ley 80 de 1993 en su artículo 24-8, puesto que es evidente que la pretermisión de las mismas, como sucede en el caso sub judice, vicia de nulidad absoluta el correspondiente acto o contrato, conforme lo señala el numeral 2 del artículo 44 de la misma Ley.

'Aquí resulta pertinente establecer si la prohibición general que en mateña contractual contiene el numeral 8° del artículo 24 de la Ley 80 citado, relacionada con la imposibilidad de eludir los procedimientos y los demás requisitos establecidos en ese Estatuto, enmarca dentro de la causal de nulidad absoluta consagrada en el numeral 2° del artículo 44 de la misma Ley 80.

'Como quiera que el artículo 24 numeral 8 de la Ley 80 de 1993, consagra una prohibición expresa y genérica, en cuya virtud se limitó a las autoridades administrativas, de manera categórica, la posibilidad de que en materia contractual actúen eludiendo los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos establecidos en ese Estatuto, para el Tribunal resulta evidente que en aquellos eventos en los cuales se verifique que la celebración del correspondiente contrato estatal estuviere afectada o viciada, precisamente por eludir los procedimientos (...) y los demás requisitos establecidos en el estatuto de contratación estatal, se configuraría la causal de nulidad absoluta consagrada en el numeral 2° del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, que establece que los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y, además, cuando se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal.

'Así, entonces, el numeral 2° del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, hace referencia, de manera genérica y abstracta, a la violación de cualquier prohibición constitucional o legal y la conclusión a la cual ha arribado el Tribunal encuentra apoyo en una prohibición expresa que, de manera imperativa, recoge el numeral 8° del artículo 24 de la Ley 80, según la cual las autoridades administrativas no pueden eludir los procedimientos y los demás requisitos previstos en el Estatuto de Contratación Pública.

'Lo anterior significa, que no pueden considerarse válidas o lícitas las conductas de las autoridades administrativas mediante las cuales se desconozca la prohibición expresa que trata la Ley 80 de 1993 en su artículo 24-8, puesto que es evidente que la pretermisión de las mismas, como sucede en el caso resuelto por el Juzgado 27 Penal del Circuito con Función de Conocimiento, dentro del proceso 1100160001022011-00283, vicia de nulidad absoluta el correspondiente acto o contrato, conforme lo señala el numeral 2 del artículo 44 de la misma Ley.'

A su vez, en Sentencia del 20 de octubre de 2014[379], el Consejo de Estado señaló:

> "En segundo lugar los artículos 6° y 1519 del Código Civil son las normas básicas sobre el objeto ilícito como causal de nulidad absoluta al prever respectivamente que "… en materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa...' y que 'hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación…', lo que se traduce en que los artículos 1521, 1523 y 1741 del Código Civil y el artículo 899 del Código de Comercio son solamente aplicaciones concretas de ellos y por consiguiente toda violación a un mandato imperativo o a una prohibición de la ley, comporta un vicio que genera nulidad absoluta si, por supuesto, ella no consagra una sanción diferente.
>
> "Y es que las normas imperativas no son solamente aquellas que prohíben sino también las que mandan u ordenan y por ende la transgresión del orden público se presenta cuando se viola la que prohíbe, así como cuando no se observa o se desatiende la que ordena, casos todos estos que conducen a una nulidad absoluta por objeto ilícito.
>
> "Este entendimiento resulta natural y obvio, pues de no entenderse así se llegaría al absurdo de que la violación de una norma imperativa que sólo manda u ordena, pero que expresamente no prohíbe, no aparejaría sanción alguna o, lo que es lo mismo, que sería una norma inane, que manda pero no manda porque puede ser inobservada sin ninguna consecuencia.
>
> "Pero el orden público comprende además los principios ínsitos en el ordenamiento, que se deducen de las normas imperativas, y su transgresión también apareja la nulidad absoluta como sanción.
> (…)
>
> "Así que no es cierto que para que un acto o contrato sea absolutamente nulo por objeto ilícito es indispensable la existencia de una norma que diga, expresa y sacramentalmente, que 'es nulo', como consecuencia, el acto que la contraviene, pero desde luego que lo que sí debe existir es la norma que expresamente mande o prohíba.
>
> (…)

"Luego, si el principio de planeación en los contratos estatales es una exigencia perentoria del ordenamiento jurídico, no puede entenderse, sino de manera irrazonable, que se sostenga que su violación no constituye un objeto ilícito y que no sea una causa de nulidad absoluta del negocio jurídico respectivo."

Igualmente, en sentencia del 29 de julio de 2015, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C.P. Hernán Andrade Rincón (E), señaló:

> "Ahora, la nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito también ha sido examinada por la máxima Corporación de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa, ratificando que este vicio genera la invalidez del negocio jurídico, a saber:
>
> *'En segundo lugar los artículos 6° y 1519 del Código Civil son las normas básicas sobre el objeto ilícito como causal de nulidad absoluta al prever respectivamente que '… en materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa...' y que 'hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación...' lo que se traduce en que los artículos 1521, 1523 y 1741 del Código Civil y el artículo 899 del Código de Comercio son solamente aplicaciones concretas de ellos y por consiguiente toda violación a un mandato imperativo o a una prohibición de la ley, comporta un vicio que genera nulidad absoluta si, por supuesto, ella no consagra una sanción diferente.*
>
> *'Y es que las normas imperativas no son solamente aquellas que prohíben sino también las que mandan u ordenan y por ende la transgresión del orden público se presenta cuando se viola la que prohíbe, así como cuando no se observa o se desatiende la que ordena, casos todos estos que conducen a una nulidad absoluta por objeto ilícito.*

[379] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, expediente 66001-23-31-000-1999-00435-01(24809), C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

'Este entendimiento resulta natural y obvio, pues de no entenderse así se llegaría al absurdo de que la violación de una norma imperativa que sólo manda u ordena, pero que expresamente no prohíbe, no aparejaría sanción alguna o, lo que es lo mismo, que sería una norma inane, que manda pero no manda porque puede ser inobservada sin ninguna consecuencia.

'Aquel recto, natural y obvio entendimiento ya fue expuesto por la Corte Suprema de Justicia al poner de presente que el orden público puede ser positivo o negativo, dependiendo de 'si prescribe cómo y qué debe hacerse' o si se vierte 'en restricciones, limitaciones o prohibiciones', y que su transgresión acarrea la nulidad absoluta del acto:

'El ius cogens, derecho imperativo de la Nación u orden público, representa una restricción a la autonomía privada dispositiva (cas. civ. sentencia de 30 de agosto de 2011, exp. 11001-3103-012-1999-01957-01), y su vulneración, a no dudarlo, produce la nulidad absoluta del contrato o de la estipulación afectada, ampara principios y valores fundamentales del sistema jurídico por constituir 'núcleo central, medular, básico, cardinal, primario e inmanente de intereses vitales para la persona, la existencia, preservación, armonía y progreso de la sociedad [...] valores, principios e ideales considerados esenciales al concebir a materias, asuntos o intereses esenciales para la organización social en determinado momento histórico, en función al respeto y primacía de valores fundamentales del ordenamiento jurídico, la libertad, la democracia, los intereses individuales o sociales. En general, su concepto tutela razonables intereses nacionales vinculados a la organización política, económica o social del país, y no admite sustitución, cambio, modificación, derogación ni exclusión por decisión particular', sea 'positivo, si prescribe cómo y qué debe hacerse, ora negativo, al verterse en restricciones, limitaciones o prohibiciones, y puede obedecer a factores estrictamente políticos, económicos o sociales con sentido directivo o protector de ciertos intereses, situación, posición económica, social o jurídica', 'como mecanismo para la organización, productividad, eficiencia y equidad del sistema económico, [donde] hay una economía dirigida (orden público de dirección), y en ocasiones, para proteger determinados intereses (orden público tutelar o de protección) en razón de cierta posición económica, social, jurídica, factores sociales (Estado providencia, proteccionismo social) para proveer al bienestar social y la satisfacción de las necesidades económicas de los ciudadanos, suprimir o atenuar manifiestas desigualdades socio-económicos (contratos de adhesión, derecho del consumo), ora económicos (política deflacionista-control de precios-de crédito, derecho de la competencia, interés general)', esto es, actúe en sentido político, social o económico (cas. civ, sentencias exequátur de 8 de noviembre de 2011, exp. E-2009-00219-00, y sentencia de 19 de octubre de 2011, exp. 11001-3103-032-2001-00847-01).[380]

'Pero el orden público comprende además los principios ínsitos en el ordenamiento, que se deducen de las normas imperativas, y su transgresión también apareja la nulidad absoluta como sanción:

'El derecho imperativo de la Nación se remite al orden público, comprende principios fundamentales del ordenamiento jurídico inferidos de las normas imperativas. Las reglas legales, según una antigua clasificación, son supletorias, dispositivas o imperativas. En la primera categoría están las que rigen en defecto de específica previsión de las partes, en ausencia de estipulación alguna y, por ello, suplen el silencio de los sujetos, integrando el contenido del acto dispositivo sin pacto expreso ninguno. El segundo tipo obedece a la posibilidad reconocida por el ordenamiento jurídico para disponer, variar, alterar o descartar la aplicación de una norma. Trátase de preceptos susceptibles de exclusión o modificación en desarrollo de la autonomía privada, libertad contractual o de contratación. Son imperativas aquellas cuya aplicación es obligatoria y se impone a las partes sin admitir pacto contrario. Por lo común estas normas regulan materias de vital importancia. De suyo esta categoría atañe a materias del ius cogens, orden público social, económico o político, moralidad, ética colectiva o buenas costumbres, restringen o cercenan la libertad en atención a la importancia de la materia e intereses regulados, son taxativas, de aplicación e interpretación restrictiva y excluyen analogía legis o iuris. Dicha nomenclatura, se remite en cierta medida a los elementos del negocio jurídico, o sea, lo de su estructura existencial (esentialia negotia), o perteneciente por ley, uso, costumbre o equidad sin necesidad de estipulación a propósito (naturalia negotia) y lo estipulado expressis verbis en concreto (accidentalia negotia), que 'se expresa en los contratos' (artículo 1603 C.C) o 'pactado expresamente en ellos' (art 861 C.Co), y debe confrontarse con la disciplina jurídica del acto y las normas legales cogentes, dispositivas o supletorias, a punto que la contrariedad del ius cogens, el derecho imperativo y el orden público, entraña la invalidez absoluta."[381]

'Así que no es cierto que para que un acto o contrato sea absolutamente nulo por objeto ilícito es indispensable la existencia de una norma que diga, expresa y sacramentalmente, que 'es nulo', como consecuencia, el acto que la contraviene, pero desde luego que lo que sí debe existir es la norma que expresamente mande o prohíba.'

[380] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 6 de marzo de 2012, Expediente 11001-3103-010-2001-00026-01.
[381] Ibídem.

b. La nulidad absoluta producida por causa ilícita

Para el caso del contrato estatal, la nulidad absoluta por causa objeto ilícita puede darse en el caso del artículos 1524 conforme al cual:

> **Artículo 1524. <causa de las obligaciones>.** No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.
>
> Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.
>
> Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita.

Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Así, la promesa de dar algo en recompensa de un hecho punible o de un hecho inmoral (cohecho impropio, interés indebido en la celebración de contratos, enriquecimiento ilícito con motivo de la contratación, prevaricato por acción) tiene una causa ilícita.

c. La nulidad absoluta producida por la falta u omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor del mismo contrato en consideración a la naturaleza de ellos o según su especie y a la calidad o estado de las partes

En sentencia del 24 de marzo de 2011[382], con la orientación ya señalada, el Consejo de Estado señaló:

> "Lo anterior implica que el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 dispone que el contrato estatal es absolutamente nulo por las mismas causas que se prevén en el derecho común y, en especial entre otros eventos, cuando se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional o con abuso o desviación de poder.
>
> "Para que se configure la causal de nulidad prevista en el numeral 2° del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, esto es que el contrato se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional es menester que haya una violación al régimen de prohibiciones y que esa prohibición sea explícita, razón por la cual no toda transgresión a una prohibición conduce a estructurar esta precisa causal, aunque por supuesto habrá de configurar otra.
>
> "En este orden de ideas, si se desacata una prohibición genérica o una prohibición implícita del estatuto contractual, el contrato será absolutamente nulo por violar el régimen legal pero la causal no será la enlistada en el numeral 2° del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 sino una diferente según el caso.
>
> "En consecuencia, cuando la ley de contratación estatal dispone que en el proceso de selección del contratista debe tenerse en cuenta el principio de transparencia y el deber de selección objetiva, la elusión de estos mandatos comporta una transgresión al orden legal que conduce a la nulidad absoluta del contrato.
>
> "Si lo primero, es decir no se observa el principio de transparencia, se genera una nulidad absoluta por objeto ilícito porque de acuerdo con el derecho común esto es lo que se

[382] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, expediente 6300123-31-000-1998-00752-01(18118), C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

configura en todo acto que contraviene al derecho público; si lo segundo, esto es se incumple el deber de selección objetiva, se produce una nulidad absoluta por celebrarse el contrato con abuso o desviación de poder.'

d. La nulidad absoluta por desvío o abuso de poder

Así mismo, cuando un contrato estatal se celebra en virtud de o en desarrollo de conductas irregulares, ilícitas y delictivas, es claro que se configura una clara desviación de poder, la cual se genera, cuando se está ante la intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa en nombre del Estado, en la búsqueda de una finalidad contraria a la establecida en las normas que rigen la materia. [383]

Cuando los funcionarios eluden los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos y deberes indicados por la ley, pueden incurrir en abuso o desviación de poder, al apartarse de los fines que se buscan con la contratación que no son otros que el interés público y el bienestar de la comunidad circunstancia que a la ley del Estatuto General de Contratación Estatal configura la causal de nulidad absoluta del contrato.

Acerca de la desviación de poder como causa de nulidad del contrato estatal, en sentencia del 22 de marzo de 2007, el Consejo de Estado señaló que:

"La Sala también referirá el caso, aunque brevemente, a la causal de nulidad prevista en el numeral 3 del artículo 44 de la ley 80 de 1993[384], es decir, cuando el contrato se celebra con abuso o desviación del poder.

Sobre esta causal el *a quo* dijo que prosperaba, porque "... La desviación de poder se presentó en este caso, pues fue evidente que no se respetó el principio de transparencia ni el de selección objetiva, con el interés de favorecer a la Empresa CARGOPLUS LTDA., lo cual quedó corroborado con la suscripción del contrato." –fl. 207, Cdno ppal.-

La desviación de poder, en materia contractual, se puede definir, al igual que lo ha hecho la jurisprudencia y la doctrina tratándose de actos administrativos unilaterales, como la función administrativa ejercida por el servidor público, con el propósito de favorecer a un tercero, o a sí mismo, dejando de lado el fin legítimo que persigue la ley con la atribución de la respectiva competencia. Esta finalidad no es otra que la búsqueda del beneficio común y el bienestar de la comunidad, de conformidad con los preceptos constitucionales y legales que la regulan –art. 209 de la CP. y art. 3 del CCA.- .

Desde esta perspectiva "(...) Aparece, entonces claramente la vulneración del mandato constitucional contenido en el artículo 209, conforme al cual la función pública está al servicio de los intereses generales y debe ser ejercida con sujeción al principio de moralidad acorde con los fines del Estado. Precepto constitucional desarrollado por el artículo 3° de la ley 489 de 1998, que señala como principios de la función administrativa 'los principios constitucionales, en particular los atinentes a moralidad, responsabilidad y transparencia', lo mismo que por el artículo 23 de la ley 80 de 1993 establece que 'las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa'. De modo que, el marco constitucional y legal prohíbe ejercer la función administrativa dentro de la cual se encuentra la contratación estatal con violación de dichos principios erigidos como orientadores de la gestión pública."[385]

Igualmente "... el desvío de poder se configura cuando la autoridad administrativa, con competencia suficiente para expedir un acto adecuado a las formalidades, lo ejecuta con fines distintos de aquellos para

[383] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 9 de septiembre de 2016, expediente 11001-03-26-000-2012-00051-00 (44845), C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
[384] Dice el art. 44: "De las causales de nulidad absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando: (...)
"3. Se celebren con abuso o desviación del poder."
[385] Consejo de Estado, Sección Tercera, Rad. AP 01588 del 5 de octubre de 2005.

los cuales se le otorgó esa competencia, es decir, cuando el acto administrativo se aleja de los fines esenciales del Estado, señalados en el preámbulo y en el artículo 2 de la Constitución Política..."[386]

A su vez, la doctrina también ha tratado de llenar de contenido la noción de desviación del poder, fundamentalmente cuando estudia el tema de la discrecionalidad administrativa que existe para expedir ciertas decisiones administrativas. En tal sentido, dice de manera uniforme, que dicha facultad tiene límites, y aunque hay momentos en que las normas le otorgan al funcionario cierta libertad para tomar decisiones, las mismas deben estar dirigidas al beneficio colectivo, porque cuando se expide un acto sin que dicho fin dirija el sentido de las decisiones, se exceden las facultades que las disposiciones otorgan, incursionando en el ámbito de la arbitrariedad, actitud que atenta contra el Estado Social de Derecho. Así, por ejemplo, el tratadista Tomás Ramón Fernández enseña que:

> (...) todo poder público es un poder funcional como poder otorgado en consideración a intereses ajenos a los de su titular, es un poder, por tanto obligado a justificarse en su ejercicio, a dar cuenta cumplida de este.
>
> "(...) La motivación de la decisión comienza, pues, por marcar la diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario, y ello, porque si no hay motivación que la sostenga, el único apoyo de la decisión será la sola voluntad de quien la adopta, apoyo insuficiente, como es obvio, en un Estado de Derecho en el que no hay margen por principio, para el poder puramente personal, lo no motivado es ya, por este solo hecho arbitrario,
>
> "(...) La anulación del acto discrecional es la excepción porque el punto de partida de toda la construcción sigue siendo el mismo: la Administración activa tiene una libertad inicial indiscutida para decidir lo que estime oportuno cuando la norma que lo habilita para actuar no le impone expresamente condiciones especiales, y en esa libertad el juez no puede inferir porque la propia Ley penal le prohíbe turbar de cualquier manera que sea la acción de los cuerpos ejecutivos, cuyas decisiones no puede en ningún caso suplantar. El principio de separación de poderes sigue siendo una barrera insalvable que limita excesivamente el control jurisdiccional o, para ser mas exactos, sigue postulando la independencia de la Administración que solo excepcionalmente puede ser quebrada. Lo que decide la Administración debe aceptarse en todo caso, salvo que, por alguna razón, resulte evidente y notorio que está mal hecho."[387]

Aplicadas estas ideas al caso concreto, la Sala encuentra que la decisión del *a quo*, al anular el contrato por la causal tercera del art. 44 de la ley 80, es decir, cuando el negocio "Se celebre con abuso o desviación de poder", fue acertada.

Esta causal, entre otras cosas, constituye para la Sala un supuesto de "causa ilícita", prevista en el art. 1524 del código civil, pues según esta norma la causa es el motivo que induce a la celebración del acto o contrato, y causa ilícita es aquélla que contraría la moral, las buenas costumbres, el orden público y en general la prohibida por la ley –art. 1524-'[388] (Destacado fuera del texto).

En igual sentido en sentencia del 25 de febrero de 2009 señaló:

> '(. . .) cuando los funcionarios eluden los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos y deberes indicados por la ley, pueden incurrir en abuso o desviación de poder al apartarse de los fines que se buscan con la contratación, que no son otros que el interés público y el bienestar de la comunidad, circunstancias que a la luz del citado Estatuto Contractual del Estado, configura la causal de nulidad absoluta del contrato consagrada en el numeral 3° del artículo 44'[389]

También, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, en sentencia del 27 de junio de dos mil doce 2012, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, señaló:

---

386 Consejo de Estado, Sección Tercera, Rad. 10313 del 22 de julio de 1995.
387 Tomás Ramón Fernández. De la arbitrariedad de la Administración, Cuarta edición. Ed. Civitas. págs, 35, 87 y 166.
388 "Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia 22 de marzo de 2007. Radicación: 25000232600020000010701(28010). C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez."
389 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 25 de febrero de 2009; expediente 85001-23-31-000-1997-00374-01(15797), C.P. Dra. Myriam Guerrero de Escobar.

4.1. Nulidad absoluta del contrato por desviación de poder.

La Sala también referirá el caso, aunque brevemente, a la causal de nulidad prevista en el numeral 3º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993[390], es decir, cuando el contrato se celebra con abuso o desviación del poder.

La desviación de poder, en materia contractual, se puede definir, al igual que lo ha hecho la jurisprudencia y la doctrina tratándose de actos administrativos unilaterales, como la función administrativa que ejerce el servidor público con un propósito distinto, diferente al fin legítimo que persigue la ley con la atribución de la respectiva competencia, esta finalidad que no es otra que la búsqueda del beneficio común, satisfacción del interés general y el bienestar de la comunidad, de conformidad con los preceptos constitucionales y legales que la regulan –artículo 209 de la Constitución Política y el artículo 3º del CCA.- .

Desde esta perspectiva, esta Corporación ha expresado que:

> *'(...) Aparece, entonces claramente la vulneración del mandato constitucional contenido en el artículo 209, conforme al cual la función pública está al servicio de los intereses generales y debe ser ejercida con sujeción al principio de moralidad acorde con los fines del Estado. Precepto constitucional desarrollado por el artículo 3° de la ley 489 de 1998, que señala como principios de la función administrativa 'los principios constitucionales, en particular los atinentes a moralidad, responsabilidad y transparencia', lo mismo que por el artículo 23 de la ley 80 de 1993 establece que 'las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa'. De modo que, el marco constitucional y legal prohíbe ejercer la función administrativa dentro de la cual se encuentra la contratación estatal con violación de dichos principios erigidos como orientadores de la gestión pública."*[391]

Y en otra de sus decisiones precisó que:

> *'(...) el desvío de poder se configura cuando la autoridad administrativa, con competencia suficiente para expedir un acto adecuado a las formalidades, lo ejecuta con fines distintos de aquellos para los cuales se le otorgó esa competencia, es decir, cuando el acto administrativo se aleja de los fines esenciales del Estado, señalados en el preámbulo y en el artículo 2 de la Constitución Política (...)"*[392]

"A su vez, la doctrina también ha tratado de llenar de contenido la noción de desviación del poder, fundamentalmente cuando estudia el tema de la discrecionalidad administrativa que existe para expedir ciertas decisiones administrativas. En tal sentido, dice de manera uniforme, que dicha facultad tiene límites y aunque hay momentos en que las normas le otorgan al funcionario cierta libertad para tomar decisiones, las mismas deben estar dirigidas al cumplimiento de los cometidos estatales, porque cuando se expide un acto sin que dicho fin dirija el sentido de las decisiones, se exceden las facultades que las disposiciones otorgan, incursionando en el ámbito de la arbitrariedad, actitud que atenta contra el Estado Social de Derecho. Así, por ejemplo, el tratadista Tomás Ramón Fernández enseña que:

> *"(...) todo poder público es un poder funcional como poder otorgado en consideración a intereses ajenos a los de su titular, es un poder, por tanto obligado a justificarse en su ejercicio, a dar cuenta cumplida de este.*
>
> *"(...) La motivación de la decisión comienza, pues, por marcar la diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario, y ello, porque si no hay motivación que la sostenga, el único apoyo de la decisión será la sola voluntad de quien la adopta, apoyo insuficiente, como es obvio, en un Estado de Derecho en el que no hay margen por principio, para el poder puramente personal, lo no motivado es ya, por este solo hecho arbitrario,*
>
> *"(...) La anulación del acto discrecional es la excepción porque el punto de partida de toda la construcción sigue siendo el mismo: la Administración activa tiene una libertad inicial indiscutida para decidir lo que estime oportuno cuando la norma que lo habilita para actuar no le impone expresamente condiciones especiales, y en esa libertad el juez no puede inferir porque la propia Ley penal le prohíbe turbar de cualquier manera que sea la acción de los cuerpos ejecutivos, cuyas decisiones no puede en ningún caso suplantar. El principio de separación de*

[390] Dice el art. 44: "De las causales de nulidad absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando: (...)
"3. Se celebren con abuso o desviación del poder."
[391] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 5 de octubre de 2005, exp. AP 01588 C.P. Ramiro Saavedra Becerra.
[392] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 22 de julio de 1995, Rad. 10313, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

poderes sigue siendo una barrera insalvable que limita excesivamente el control jurisdiccional o, para ser más exactos, sigue postulando la independencia de la Administración que solo excepcionalmente puede ser quebrada. Lo que decide la Administración debe aceptarse en todo caso, salvo que, por alguna razón, resulte evidente y notorio que está mal hecho."[393]

Así mismo, en la sentencia del 29 de octubre de 2012 esa misma Corporación dijo:

'En relación con la causal 3ª la jurisprudencia ha establecido de manera reiterada que cuando los funcionarios eluden los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos y deberes indicados por la ley, incurren en abuso o desviación de poder, pues se ha entendido que se apartan de los fines de la contratación, que no son distintos al interés público y el bienestar de la comunidad, circunstancias que cuando se desconocen, a la luz del citado Estatuto Contractual, configura la causal de nulidad absoluta del contrato.' [394]

En Sentencia del 27 de enero de 2016, la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado señaló lo siguiente:

*"**4) Nulidad absoluta del contrato estatal por abuso o desviación de poder**[395]*

'En pretérita oportunidad esta Subsección expresó lo que a continuación se transcribe por ser pertinente en este caso:

'(…)

'En consecuencia, cuando la ley de contratación estatal dispone que en el proceso de selección del contratista debe tenerse en cuenta el principio de transparencia y el deber de selección objetiva, la elusión de estos mandatos comporta una transgresión al orden legal que conduce a la nulidad absoluta del contrato.

'Si lo primero, es decir no se observa el principio de transparencia, se genera una nulidad absoluta por objeto ilícito porque de acuerdo con el derecho común esto es lo que se configura en todo acto que contraviene al derecho público; si lo segundo, esto es se incumple el deber de selección objetiva, se produce una nulidad absoluta por celebrarse el contrato con abuso o desviación de poder'[396]

'Así las cosas, si se afirma que se celebró un contrato con vulneración al principio de selección objetiva del contratista, la elusión de ese deber legal genera la nulidad absoluta del contrato estatal con fundamento en la causal No. 32 del artículo 44 de la ley 80 de 1993.

'Pero adicional a lo anterior, al hablar de abuso o desviación de poder también deben tenerse en cuenta las causales de nulidad previstas en el régimen común, es decir las consagradas en los artículos 1740 a 1742 del Código Civil, así como también las de los artículos 899 y 900 del Código de Comercio.

'Según lo establecen el artículo 1741 del Código Civil y el No. 2 del artículo 899 del Código de Comercio, hay nulidad absoluta en todo contrato que tenga objeto o causa ilícitos.

*'Luego, si se entiende que la **causa es 'el motivo que induce a la celebración del acto o contrato, que la causa ilícita es aquella contraria a la moral, las buenas costumbres, el orden público y en general la prohibida por la ley - art. 1524-'**[397] **y que la desviación o abuso de poder se configura cuando un funcionario público celebra un contrato con fines diversos a los previstos en la ley, debe entenderse también que la desviación o abuso de poder igualmente se encuadra en la causal de nulidad absoluta del contrato por causa ilícita prevista en el derecho común'*** [398] (Destacado fuera del texto).

[393] Tomás Ramón Fernández. De la arbitrariedad de la Administración, Cuarta edición. Ed. Civitas. pp. 35, 87 y 166.
[394] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, expediente 25000-23-26-000-1998-02230-01(21022), C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.
[395] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 13 de febrero de 2015 Exp.29-473
[7] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 28 de marzo de 2012, Exp: 22.471.
[397] "Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 22 de marzo de 2007, Exp: 28.010."
[398] "Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 27 de enero de 2016. Radicación número: 76001233100020050237100 (49.847). C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa."

e. Cuando se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal

Los contratos del Estado son absolutamente nulos "cuando se celebran contra expresa prohibición constitucional o legal".

Según la jurisprudencia del Consejo de Estado, la segunda causal de nulidad prevista en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, se refiere no solo a los casos en los cuales la ley expresamente prohíbe la celebración de un determinado contrato, sino también a aquellos casos en los cuales éstos se celebran sin el cumplimiento de las formalidades establecidas por la ley como cuando se viola la prohibición legal de eludir los procedimientos y los demás requisitos establecidos en el Estatuto de Contratación de la Administración Pública.

En la sentencia de 16 de febrero del año 2006, el Consejo de Estado, sobre el particular consideró:

> "De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, el juez administrativo puede declarar oficiosamente la nulidad absoluta del contrato, si se cumplen los requisitos para ello: En primer lugar, que dicha nulidad se encuentre plenamente demostrada en el proceso; y en segundo lugar, que en éste hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes, acotando la Sala, que tal nulidad absoluta bien puede recaer sobre el contrato en su totalidad, como en alguna o algunas de sus cláusulas, si sólo ellas están viciadas.
>
> Por otro lado, se observa que el artículo 1742 del Código Civil, subrogado por el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, estipula que "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...", y que "...Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria".
>
> Por su parte, mientras el artículo 1741 ibídem, establece que constituye nulidad absoluta "La nulidad producida por un objeto o causa ilícita...", el artículo 1519 dispone que "Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la Nación", y el artículo 16 estipula que "No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres".
>
> También el Código de Comercio establece en el artículo 899 los casos en los cuales será nulo absolutamente el negocio jurídico: Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa; cuando tenga objeto o causa ilícitos y cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz; a su vez, el artículo 902 del mismo ordenamiento, estipula que "La nulidad parcial de un negocio jurídico, o la nulidad de alguna de sus cláusulas**,** sólo acarreará la nulidad de todo el negocio cuando aparezca que las partes no lo habrían celebrado sin la estipulación o parte viciada de nulidad"."

Igualmente, sobre la naturaleza y alcance de la norma que contemple la prohibición, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en Sentencia del 16 de agosto de 2006 (Exp. 31480, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez), señaló:

> "… la Sala encuentra que la segunda causal de nulidad de los contratos estatales consiste en que estos se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal, lo que significa que el negocio jurídico debe estar prohibido bien por una "norma constitucional" -cuyo alcance y contenido es bastante preciso-, o por una norma con fuerza de ley.
>
> En el último caso, es necesario que la norma que prohíba el negocio jurídico sea una ley en sentido formal o en sentido material, entendiendo por esta última acepción aquellas normas que, según la Constitución Política, tienen "fuerza de ley", es decir, las que se relacionaron párrafos atrás. Cualquier otra norma del ordenamiento jurídico carece de fuerza de ley, luego su violación no genera el vicio de nulidad del contrato.
>
> Esta conclusión se refuerza, además, con otros argumentos:
>
> De un lado, el concepto de "ley", contenido en el numeral 2 del art. 44, debe ser interpretado en forma restrictiva, o mejor en forma estricta, pues se trata de una norma que establece una sanción para los

actos jurídicos que incurren en los supuestos fácticos previstos en ella; luego, la hermenéutica propia de este tipo de normas no es la extensiva, sino la rigurosa y estricta, es decir, la que concibe los conceptos allí contenidos en forma precisa y muy técnica.
(...)

Hay que añadir, a fin de precisar adecuadamente el alcance del art. 44.2 de la ley 80 de 1993, que, además de que la prohibición debe estar contenida en la Constitución o en la ley, en los términos dichos, la prohibición constitucional o legal ha de ser expresa, bien en relación con i) el tipo contractual, como cuando las normas no permiten que el Estado haga donaciones a los particulares –art. 355 CP-, o en relación con ii) la celebración de un contrato, dadas ciertas condiciones, como cuando no se autoriza que una concesión portuaria supere 20 años –ley 1 de 1991-, o un comodato supere 5 años –ley 9 de 1989, etc.

De modo que no toda irregularidad o violación a la ley o a la Constitución, configura la celebración de un contrato "... contra expresa prohibición constitucional o legal." Es necesario analizar, en cada caso concreto, el contenido de la norma, para determinar si contempla una prohibición a la celebración de un contrato o si contiene simplemente otro tipo de requisitos, cuya trasgresión o pretermisión pudiera generar la nulidad absoluta del contrato o una consecuencia diferente".

5. La nulidad del Contrato de Concesión No. 001 del 14 de enero de 2010, por la ocurrencia de las causales previstas en la ley al momento de su celebración y la nulidad separada de los Otrosíes 3 y 6 por la ocurrencia de las causales previstas en la ley al momento de la celebración de éstos

5.1. La evidencia probatoria

5.1.1. La demanda del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América contra ODEBRECHT ante la Corte del Estado de New York

Conforme al "Plea Agreement", remitido a este proceso arbitral por la Fiscalía General de la Nación, en lo que se refiere a los vínculos con la República de Colombia de la Matriz de las Sociedades Odebrecht y sus filiales aquí establecidas, a finales del año 2016 y comienzos del año 2017, se supo qué era dicha organización que desde 2009 era la empresa líder de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. como desde 2010 del Consorcio Ruta del Sol CONSOL, cómo operaba, cuáles eran sus funciones, cuál era su estructura para cumplirlas y cómo eran sus ingresos.

Así, una era la empresa en los papeles (escrituras, registros mercantiles, etc.) que lideró al grupo de oferentes para participar en la Licitación de la Ruta del Sol y posteriormente ejecutar el Contrato de Concesión No. 001 de 2010 y, otra, la que operaba en forma subterránea inclusive para ampliar el contrato agregándole a la Troncal una Transversal y conservarlo ampliándolo de 2025 a 2035, elevando su valor de manera significativa. Una era la misión y funciones conforme a sus estatutos sociales para realizar negocios en varias industrias entre ellas la infraestructura, pero otra era la misión y funciones para ejecutar un plan de sobornos para obtener y/o conservar contratos estatales y ocultar o disfrazar pagos inapropiados realizados a, y en beneficio de, funcionarios extranjeros y partidos políticos extranjeros en varios países para garantizar la obtención su finalidad. Así mismo, una era su estructura organizacional descrita en sus Estatutos y Manuales y otra, la estructura requerida para ejecutar el citado plan. Igualmente, unos eran los ingresos obtenidos de forma legal y otros el resultado de la inversión en sobornos y coimas que generaban más ingresos con los cuales alimentaba la Caja del Departamento de Operaciones Estructuradas y que servían para ampliar más y más el negocio ilegal. También se describen los roles de los empleados a cargo de realizar tales operaciones.

En el siguiente documento que contiene los cargos formulados por los Estados Unidos contra ODEBRECHT se reseña el propósito o finalidad de esa empresa demandada ante la Corte del

Distrito Este de Nueva York, de la cual se infiere que esa organización, incluida sus filiales que operaban en varios países, entre ellos Colombia, tenía por misión realizar negocios en varias industrias, incluyendo ingeniería, construcción, infraestructura, energía, químicos, servicios públicos y bienes raíces, en por lo menos 27 países, para lo cual contaba con una estructura organizacional, pero que también contaba en una estructura organizacional y financiera secreta y compleja que operaba para justificar y desembolsar los pagos de sobornos corruptos y operaciones ilegales en por lo menos 27 países, entre ellos, Colombia.

"WMP/DK:JN/AS
F.#2016R00709
CORTE DEL DISTRITO DE LOS ESTADOS UNIDOS
DISTRITO ESTE DE NUEVA YORK
ESTADOS UNIDOS DE AMERICA contra ODEBRECHT S.A.

(…)

"II. Entidades e individuos relevantes

"2. El Demandado ODEBRECHT S.A. era un holding empresarial Brasileño que, por medio de varias entidades operativas (colectivamente 'ODEBRECHT', realizó negocios en varias industrias, incluyendo ingeniería, construcción, infraestructura, energía, químicos, servicios públicos y bienes raíces. ODEBRECHT S.A. tenía su oficina principal en Salvador, estado de Bahía, Brasil y operaba en otros 27 países, incluyendo los Estados Unidos.

"3. La Constructora Norberto Odebrecht ('CNO') era una filial de ODEBRECHT S.A. con sede em Brasil. CNO era responsable de llevar a cabo proyectos en Brasil relacionados con transporte y logística, energía, saneamiento, desarrollo urbano y construcción pública y corporativa. CNO albergaba una unidad llamada la División de Operaciones Estructuradas, la cual, como se describe abajo, fue creada para permitirle a ODEBRECHT realizar pagos no registrados, muchos de los cuales adoptaron la forma de sobornos a funcionarios del gobierno en Brasil y en el extranjero.

(…)

"5. Smith & Nash Engineering Company ('S&N'), una empresa fantasma no afiliada son sede en las Islas Vírgenes Británicas, fue establecida y manejada en la administración de la División de Operaciones Estructuradas. S&N era utilizada por ODEBRECHT para promover el plan de soborno, y ocultar o disfrazar pagos inapropiados realizados a, y en beneficio de, funcionarios extranjeros y partidos políticos extranjeros en varios países. S&N abrió por lo menos una cuenta bancaria en el extranjero (la 'Cuenta S&N') en nombre de ODEBRECHT. ODEBRECHT transfirió dinero de varias cuentas bancarias, incluyendo varias cuentas bancarias en Nueva York (las 'Cuentas en Nueva York'), a una cuenta S&N. Los fondos en la cuenta S&N fueron utilizados, en parte, para hacer pagos directos e indirectos de soborno a funcionarios extranjeros. Un ciudadano de los Estados Unidos y residente en Nueva York y la Florida era el signatario autorizado en la Cuenta S&N.

"6. Arcadex Corporation (Arcadex) era una empresa fantasma no afiliada incorporada en Belice. Arcadex fue establecida y manejada en la administración de la División de Operaciones Estructuradas y utilizada por ODEBRECHT para promover el plan soborno, y ocultar y disfrazar pagos inapropiados hechos a, y en beneficio de, funcionarios extranjeros y partidos políticos extranjeros en varios países. Arcadex abrió por lo menos una cuenta bancaria en el extranjero (la 'Cuenta Arcadex) en nombre de ODEBRECHT. ODEBRECHT transfirió dinero de varias cuentas bancarias, incluyendo Cuentas en Nueva York, a la Cuenta Arcadex. Los fondos en la Cuenta Arcadex se utilizaron en parte, para hacer pagos directos o indirectos de sobornos a funcionarios extranjeros.

"7. Golac Projects and Construction Corporation ('Golac') era una empresa fantasma no afiliada incorporada en las Islas Vírgenes Británicas. Golac fue establecida y manejada en la administración de la División de Operaciones Estructuradas y utilizada por ODEBRECHT para promover el plan de soborno, y ocultar y disfrazar pagos corruptos hechos a, y en beneficio de, funcionarios extranjeros y partidos políticos extranjeros en varios países. Golac abrió por lo menos una cuenta bancaria en el extranjero (la 'Cuenta Golac) en nombre de ODEBRECHT. ODEBRECHT transfirió dinero de varias cuentas bancarias, incluyendo Cuentas en Nueva York, a la Cuenta Golac. Los fondos en la Cuenta

Golac se utilizaron en parte, para hacer pagos directos o indirectos de sobornos a funcionarios extranjeros.

"8. El 'Empleado 1 de Odebrecht', un ciudadano de Brasil cuya identidad es conocida por los Estados Unidos y ODEBRECHT, era un funcionario y ejecutivo senior de ODEBRECHT S.A. en o alrededor de y entre enero de 2009 y diciembre de 2015 y un funcionario y ejecutivo senior de CNO en o alrededor de y entre enero de 2002 y enero de 2010. El Empleado Odebrecht 1 también era Director de Braskem en o alrededor de y entre el 2009 y diciembre de 2015.

"9. El 'Empleado de Odebrecht 2', un ciudadano de Brasil cuya identidad es conocida por los Estados Unidos y ODEBRECHT, era un ejecutivo senior de la División de Operaciones Estructuradas, en o alrededor de y entre el 2006 y el 2015, y reportaba directamente al Empleado Odebrecht 1. El Empleado 2 de Odebrecht operaba la División de Operaciones Estructuradas para justificar y desembolsar pagos que no fueron incluidos en los estados financieros declarados públicamente de ODEBRECHT, incluyendo pagos corruptos hechos a, o en beneficio de, funcionarios extranjeros y partidos políticos extranjeros para obtener y retener negocios de ODEBRECHT.

"10. El 'Empleado 3 de Odebrecht', un ciudadano de Brasil cuya identidad es conocida por los Estados Unidos y ODEBRECHT, era un ejecutivo de la División de Operaciones Estructuradas desde aproximadamente el 2006 hasta el 2015. El Empleado Odebrecht 3 le reportaba al Empleado 2 de Odebrecht y era responsable de supervisar los pagos corruptos realizados en Brasil y en el extranjero. En o alrededor de 2014 y el 2015, mientras se encontraba ubicado en Miami, Florida, el Empleado Odebrecht 3 estaba involucrado en conducta criminal para promover el plan, incluyendo reuniones con coconspiradores para planear acciones a tomar en relación con la División de Operaciones Estructuradas y el movimiento de ganancias criminales.

"11. El 'Empleado 4 de Odebrecht', un ciudadano de Brasil cuya identidad es conocida por los Estados Unidos y ODEBRECHT, era el ejecutivo de la División de Operaciones Estructuradas encargado de operaciones financieras para pagos grandes y complejos realizados por la División de Operaciones Estructuradas fuera de Brasil desde aproximadamente el 2006 hasta el 2015. El Empleado Odebrecht 4 también le ayudó al Empleado Odebrecht 3 a supervisar pagos corruptos realizados por la División de Operaciones Estructuradas en Brasil. En o alrededor del 2014 y el 2015, mientras se encontraba ubicado en Miami, Florida, el Empleado 4 de Odebrecht estaba involucrado en conducta criminal para promover el plan, incluyendo reuniones con coconspiradores para planear acciones a tomar en relación con la División de Operaciones Estructuradas y el movimiento de ganancias criminales.

(…)

"13. El 'Empleado 6 de Odebrecht', un ciudadano de Brasil cuya identidad es conocida por los Estados Unidos y ODEBRECHT, era un ejecutivo de alto nivel del área internacional de la división de ingeniería de ODEBRECHT desde aproximadamente el 2008 hasta el 2015. El Empleado Odebrecht 6 le reportaba al Empleado 1 de Odebrecht y era responsable de supervisar a los Directores Superintendentes de ODEBRECHT, o líderes de país, de Angola y varios países latinoamericanos. Como parte de esa supervisión, el Empleado Odebrecht 6 aprobó muchos de los pagos corruptos a funcionarios extranjeros y partidos políticos extranjeros fuera de Brasil."

En los siguientes apartes de la demanda citada se resume el plan de sobornos que se ejecutó en varios países, entre ellos Colombia, y que terminó por beneficiar a por lo menos un servidor público de alto rango oficial quien tenía la responsabilidad conferida por el Consejo Nacional de Política Económica y Social CONPES de ejercer la coordinación interinstitucional para llevar a feliz término la licitación de la Ruta del Sol, así:

"20. En o alrededor de y entre el 2001 y el 2016, ODEBRECHT, junto con sus coconspiradores, consciente e intencionalmente conspiraron y acordaron con otros ofrecer de manera corrupta cientos de millones de dólares en pagos y otras cosas de valor a, y en beneficio de, funcionarios extranjeros, partidos políticos extranjeros, funcionarios de partidos políticos extranjeros y candidatos políticos extranjeros para asegurar una ventaja inapropiada e influenciar a aquellos funcionarios extranjeros, partidos políticos extranjeros, funcionarios de partidos políticos extranjeros y candidatos políticos extranjeros para obtener y retener negocios en varios países alrededor del mundo.

"21. Durante el período de tiempo relevante, ODEBRECHT junto con sus coconspiradores, pagaron aproximadamente $788 millones en sobornos asociados con más de 100 proyectos en doce países, incluyendo Angola, Argentina, Brasil, Colombia, República Dominicana, Ecuador, Guatemala, México, Mozambique, Panamá, Perú y Venezuela.

"22. Para promover el plan de soborno criminal, ODEBRECHT y sus coconspiradores crearon y financiaron una estructura financiera secreta y compleja que operaba para justificar y desembolsar los pagos de sobornos corruptos a, y en beneficio de, funcionarios extranjeros, partidos políticos extranjeros, funcionarios de partidos políticos extranjeros y candidatos políticos extranjeros. Con el tiempo, el desarrollo y operación de esta estructura financiera secreta evolucionó, y en o alrededor del 2006, ODEBRECHT estableció la División de Operaciones Estructuradas, una división independiente dentro de ODEBRECHT. La División de Operaciones Estructuradas funcionó efectivamente como un departamento de sobornos dentro de ODEBRECHT y sus entidades relacionadas. Para ocultar sus actividades, la División de Operaciones Estructuradas utilizaba un sistema de comunicaciones completamente independiente y no registrado llamado 'Drousys', el cual le permitía a los miembros de la División de Operaciones Estructuradas comunicarse entre sí y con operadores financieros externos y otros coconspiradores sobre sobornos por medio del uso de correos electrónicos seguros y mensajes instantáneos, utilizando nombres clave y contraseñas.

"23. ODEBRECHT y sus empleados y agentes tomaron varias medidas mientras se encontraban en territorio de los Estados Unidos para promover el plan corrupto. Por ejemplo, se establecieron algunas de las entidades extranjeras utilizadas por la División de Operaciones Estructuradas para guardar y desembolsar fondos no registrados, propiedad de y/u operado por individuos ubicados en los Estados Unidos. Adicionalmente, en algunos momentos durante la conspiración, individuos trabajando en la División de Operaciones Estructuradas, incluyendo el Empleado 3 de Odebrecht, el Empleado 4 y otros, tomaron medidas para promover el plan de soborno mientras se encontraban en los Estados Unidos. Por ejemplo, en o alrededor de 2014 y el 2015, mientras se encontraban en Miami, Florida, el Empleado Odebrecht 3 y el Empleado Odebrecht 4 participaron en conductas relacionadas con ciertos proyectos para promover el plan, incluyendo reuniones con coconspiradores para planear acciones a tomar en relación con la División de Operaciones Estructuradas, el movimiento de ganancias criminales y otras conductas criminales.

"24. En total, ODEBRECHT, junto con sus coconspiradores, pagaron más de $788 millones en sobornos a proyectos asegurados ilegalmente en varios países – incluyendo, como se describe abajo, pagos corruptos a empleados y ejecutivos de Petrobras; pagos corruptos a otros funcionarios del gobierno en Brasil, y pagos corruptos a funcionarios extranjeros en otros once países -con beneficios ilícitos a ODEBRECHT y sus coconspiradores de aproximadamente $3.336 mil millones. En esta información, 'beneficios' se refiere a cualquier ganancia obtenida en un proyecto en particular para el cual se generó una ganancia como resultado del pago de un soborno. Para proyectos que resultaron en ganancias para ODEBRECHT que fueron menos que la cantidad del pago del soborno asociado, la cantidad del pago del soborno fue utilizado para calcular el beneficio."

En los siguientes apartes de la demanda citada se resume cómo funcionaba el Departamento de Operaciones Estructuradas de cuya caja salió el pago de sobornos a funcionarios y/o asesores en Colombia para obtener la Concesión de la Ruta del Sol Sector 2, para conservarla y aún para ampliarla y hasta para obtener la estabilidad jurídica que le permitiera ahorros de carácter fiscal.

"25. La División de Operaciones Estructuradas fue liderada por el Empleado 2 de Odebrecht dotado de personal por otros empleados y/o agentes de ODEBRECHT (incluyendo el Empleado 3 de Odebrecht y el Empleado 4 de Odebrecht) quienes trabajaron con varios operadores financieros o *doleiros* (también conocidos como operadores monetarios, quienes trabajaban para cambiar Reales Brasileños por dólares Americanos). El Empleado Odebrecht 2 le reportaba al Empleado 1 de Odebrecht, quien era responsable de aprobar pagos corruptos realizados por la División de Operaciones Estructuradas hasta aproximadamente el 2009, y quien, de ahí en adelante, recibió actualizaciones de pagos realizados por la División de Operaciones Estructuradas. Luego de aproximadamente el 2009, el Empleado Odebrecht 1 delegó la responsabilidad de aprobar los pagos corruptos a líderes de negocios en Brasil y varios líderes de países en las otras jurisdicciones.

"26. La División de Operaciones Estructuradas manejó su presupuesto en la 'sombra' por medio de dos sistemas de cómputo: (i) el sistema 'MyWebDay', que fue utilizado para hacer solicitudes de pago, procesar pagos, y generar y poblar hojas de cálculo que rastrearon y justificaron internamente el

presupuesto en la sombra; y (ii) el sistema 'Drousys', que le permitió a miembros de la División de Operaciones Estructuradas comunicarse entre sí y con operadores financieros externos y otros coconspiradores utilizando correos electrónicos y mensajes instantáneos seguros. Para ocultar sus actividades corruptas, los usuarios del sistema Drousys utilizaron una serie de nombres clave para esconder sus identidades, y se refirieron a los destinatarios de los sobornos y los intermediarios utilizando códigos y contraseñas adicionales.

"27. Para ocultar aún más la conducta criminal de ODEBRECHT, la División de Operaciones Estructuradas manejó y distribuyó los fondos que ODEBRECHT nunca registró en su hoja de balance. Estos 'fondos sin registrar' fueron generados por ODEBRECHT por medio de una variedad de métodos, incluyendo pero no limitado a: (i) cobros de gastos generales fijos recolectados de filiales; (ii) cobros en exceso y tarifas que fueron atribuidas como legítimas a proveedores de servicios y subcontratistas pero no incluido en presupuestos de proyecto; (iii) anticipos no declarados y tarifas de éxito por la compra de activos de la empresa; y (iv) transacciones de auto-seguro y auto-garantía.

"28. Una vez generados, los fondos no registrados fueron canalizados por la División de Operaciones Estructuradas a una serie de entidades extranjeras que no fueron incluidas en la hoja de balance de ODEBRECHT como entidades relacionadas. Estas entidades fueron establecidas y manejadas en la administración de la División de Operaciones Estructuradas por beneficiarios efectivos quienes fueron compensados por abrir y, en algunos casos, operar estas entidades. ODEBRECHT utilizó estas entidades extranjeras para promover el plan de soborno, y ocultar y disfrazar los pagos inapropiados realizados a, o en beneficio de, funcionarios extranjeros, partidos políticos extranjeros, funcionarios de partidos políticos extranjeros y candidatos políticos extranjeros en varios países. Muchas de las transacciones fueron divididas a través de varios niveles de entidades extranjeras y cuentas bancarias en todo el mundo, a menudo transfiriendo los fondos ilícitos a través de hasta cuatro niveles de cuentas bancarias extranjeras antes de llegar al destinatario final. A este respecto, los miembros de la conspiración buscaron distanciar el origen de los fondos de los beneficiarios finales.

"29. Los fondos fueron desembolsados de las entidades extranjeras en la administración de la División de Operaciones Estructuradas. Estos desembolsos fueron realizados por operadores financieros quienes actuaron en nombre de ODEBRECHT, incluyendo pero no limitado a beneficiarios efectivos de las cuentas y *doleiros*, quienes entregaron los pagos en efectivo tanto dentro como fuera de Brasil en paquetes o maletas en lugares predeterminados por el beneficiario de los fondos; o realizaron los pagos por medio de transferencias a través de una o más entidades extranjeras.

"30. Para promover el plan de sobornos y facilitar el movimiento de fondos ilícitos, ODEBRECHT y sus coconspiradores también utilizaron bancos con características claras que ayudarían en plan: específicamente, bancos más pequeños ubicados en países con leyes estrictas con respecto a la protección de secreto bancario y compartir información con autoridades internacionales. Para garantizar la cooperación de estos bancos favorecidos, ODEBRECHT y sus coconspiradores pagaban frecuentemente tarifas de remuneración y tasas más altas a las instituciones bancarias, y un porcentaje de cada transacción ilícita a ciertos ejecutivos bancarios cómplices. La División de Operaciones Estructuradas contaba con la conspiración de bancos favorecidos y sus ejecutivos para realizar transferencias entre cuentas, dependiendo principalmente en el uso de contratos ficticios para respaldar las transacciones y evitar investigaciones sobre cumplimiento. Ciertos coconspiradores, tales como el Empleado Odebrecht 4, visitó los países donde se encontraban los beneficiarios finales y los traía a los bancos favorecidos a abrir cuentas para facilitar las transferencias de pagos ilícitos.

"31. Luego que un banco favorecido en particular ubicado en Antigua comenzó a flaquear, miembros de la conspiración, incluyendo antiguos ejecutivos con el banco vacilante, adquirieron la oficina de Antigua de un banco Austriaco en o alrededor de 2010 o el 2011. En virtud de esta adquisición, otros miembros de esta conspiración, incluyendo políticos senior de varios países que recibían pagos de sobornos, podían abrir cuentas bancarias y recibir transferencias sin el riesgo de llamar la atención. Al adquirir el banco, los miembros de la conspiración, incluyendo el Empleado Odebrecht 4 y otros, intencionalmente facilitaron el plan de pago ilegal. También participaron activamente en la obtención de contratos ficticios para respaldar las operaciones de la División de Operaciones Estructuradas y respondieron directamente a temas de cumplimiento para permitir que se autorizaran operaciones.

"32. ODEBRECHT facilitó la realización de transferencias a estas y otras cuentas bancarias creadas por estas entidades extranjeras de cuentas bancarias relacionadas con ODEBRECHT, incluyendo varias cuentas en Nueva York de propiedad de CNO."

En los siguientes apartes de la demanda citada se resume el pago de los sobornos a corruptos que se ejecutó en varios países, entre ellos Colombia, y que terminó por beneficiar a por lo menos un servidor público de alto rango oficial quien tenía la responsabilidad conferida por el Consejo Nacional de Política Económica y Social CONPES de ejercer la coordinación interinstitucional para llevar a feliz término la licitación de la Ruta del Sol, así:

> "44. En o alrededor de y entre el 2001 y el 2016, ODEBRECHT realizó y facilitó aproximadamente $439 millones en pagos corruptos a partidos políticos extranjeros, funcionarios extranjeros, y sus representantes, en países fuera de Brasil, incluyendo Angola, Argentina, Colombia, la República Dominicana, Ecuador, Guatemala, México, Mozambique, Panamá, Perú y Venezuela, para asegurar una ventaja inapropiada para obtener y retener negocios para ODEBRECHT en esos países. ODEBRECHT ganó más de $1.4 mil millones como resultado de estos pagos corruptos.
>
> "45. ODEBRECHT realizó y facilitó la mayoría de estos pagos corruptos a funcionarios del gobierno; terceros asociados con, y en beneficio de, funcionarios del gobierno; y partidos o campañas políticas. Todos los pagos corruptos se realizaron para asegurar una ventaja inapropiada para ODEBRECHT para obtener y retener negocios. Típicamente, la División de Operaciones Estructuradas ejecutaban los pagos corruptos utilizando fondos no registrados, sea (i) en efectivo en el país en cuestión, o (ii) por depósito en cuentas indicadas por los beneficiarios finales o sus intermediarios.
>
> "46. En o alrededor de 2008 y el 2015, la estructura corporativa de ODEBRECHT en Latino América fue organizada de tal manera que los líderes de más alto rango de países se reportaban al Empleado Odebrecht 6, quien era el Líder de Negocios para Angola (hasta julio del 2012, momento en el cual, debido a una reestructuración, el Empleado Odebrecht 6 ya no supervisaba en Angola) y los países mencionados anteriormente en Latino América, excepto Venezuela.
>
> (…)
>
> "C. Colombia
>
> "52. En o alrededor de y entre el 2009 y el 2014, ODEBRECHT realizó y facilitó pagos corruptos por más de $11 millones en Colombia para asegurar contratos de obras públicas. ODEBRECHT ganó más de $50 millones como resultado de estos pagos corruptos.
>
> "53. Por ejemplo, en o alrededor de y entre el 2009 y el 2010, ODEBTRECHT acordó pagar, y luego pagó por medio de la División de Operaciones Estructuradas con autorización del Empleado 6 de Odebrecht, un soborno de $6.5 millones a un funcionario de gobierno encargado de otorgar un proyecto de construcción con el gobierno colombiano a cambio de asistencia con la otorgación del proyecto."

El anterior documento está signado por:

> "Firma ilegible
> ROBERT L. CAPERS
> ABOGADO DE LOS ESTADOS UNIDOS
> DISTRITO ESTE DE NUEVA YORK
>
> "Firma ilegible
> ANDREW WEISSMANN
> DIRECTOR, SECCIÓN FRAUDES
> DIVISIÓN CRIMINAL
> DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS
>
> "WMP/DIC:JN/AS
> F.#2016R00709
> CORTE DEL DISTRITO DE LOS ESTADOS UNIDOS
> DISTRITO ORIENTAL DE NUEVA YORK
> ESTADOS UNIDOS DE AMERICA contra ODEBRECHT S.A. "

5.1.2. El Apéndice B, del Acuerdo de Culpabilidad Cr. No. 16-643 (RJD) entre el Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América y ODEBRECHT ante la Corte del Estado de New York

El Apéndice B, del Acuerdo de Culpabilidad Cr. No. 16-643 (RJD) entre el Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América y ODEBRECHT ante la Corte del Estado de New York, contiene la Declaración de los Hechos realizada por ODEBRECHT que se incorporó por referencia como parte motiva del Acuerdo (el 'Acuerdo') celebrado entre el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, División Criminal, Sección de Fraude (la 'Sección de Fraude'), la Oficina del Fiscal Federal para el Distrito Este de Nueva York (el 'EDNY') y el Acusado Odebrecht S.A.

En dicho Apéndice, Odebrecht S.A. acordó y estipuló que la siguiente información es verdadera y exacta, admitió, aceptó y reconoció que era responsable de los actos de sus funcionarios, directores, empleados, agentes y como ella misma expuso a continuación.

"La siguiente Declaración de los Hechos se incorpora por referencia como parte del motivo Acuerdo (el 'Acuerdo') entre el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, División Criminal, Sección de Fraude (la 'Sección de Fraude'), la Oficina del Fiscal Federal para el Distrito Este de Nueva York (el 'EDNY') y el Acusado Odebrecht S.A. Odebrecht S.A. presente acuerda y estipula que la siguiente información es verdadera y exacta. Odebrecht S.A. admite, acepta y reconoce que es responsable de los actos de sus funcionarios, directores, empleados, agentes y como se expone a continuación. La evidencia de la Sección de Fraude y del EDNY establece los siguientes hechos durante el período de tiempo relevante y demuestra más allá de toda duda razonable los cargos establecidos en la Información Criminal presentada en la Corte de Distrito de Estados Unidos para el Distrito Este de Nueva York en aplicación del Acuerdo:

ENTIDADES Y PERSONAS PERTINENTES

"1. ODEBRECHT S.A. era una sociedad holding brasileña que a través de diversas entidades operativas (colectivamente 'Odebrecht' o la 'Compañía'), lleva a cabo negocios en múltiples industrias, incluyendo ingeniería, construcción, infraestructura, energía, productos químicos, servicios públicos y bienes raíces. Odebrecht tenía su sede en Salvador, estado de Bahía Brasil y opera en otros 27 países, incluyendo los Estados Unidos.

"2. La Constructora Norberto Odebrecht ('CNO') era una filial de la empresa brasileña Odebrecht S.A. CNO fue el responsable de llevar a cabo proyectos en Brasil relacionados con transporte y logística, energía, saneamiento, desarrollo urbano y construcción pública y corporativa. CNO albergaba una unidad llamada la División de Operaciones Estructuradas que como se describe a continuación fue creada para permitirle a Odebrecht realizar pagos no registrados, muchos de los cuales tomaron la forma de sobornos a funcionarios públicos en Brasil y en el extranjero.

(…)

"4. La Smith & Nash Engineering Company ('S&N'), una compañía fantasma no afiliada con sede en las Islas Vírgenes Británicas, se estableció y se gestionó bajo la dirección de la División de Operaciones Estructuradas. S&N se utilizó por Odebrecht para promover el plan de soborno, y ocultar o disfrazar pagos indebidos realizados a, y para el beneficio de los funcionarios extranjeros y los grupos políticos en varios países extranjeros. S&N abrió al menos una cuenta bancaria extranjera (la 'Cuenta S&N') en nombre de Odebrecht. Odebrecht transfiere dinero de diversas cuentas bancarias, incluyendo varias cuentas bancarias sede en Nueva York (las 'Cuentas con sede en Nueva York'), en la Cuenta de S&N. Los fondos de la cuenta S&N, entonces se utilizaron, en parte, para hacer pagos de soborno directos e indirectos a funcionarios extranjeros. Un ciudadano de los Estados Unidos y residente en Nueva York y Florida fue la firma autorizada en la Cuenta de S&N.

"5. Arcadex Corporation (Arcadex) fue una compañía fantasma no afiliada e incorporada en Belice. Arcadex fue creada y gestionada bajo la dirección de la División de Operaciones Estructuradas y utilizada por Odebrecht para promover el plan soborno, y para ocultar y disfrazar pagos inapropiados realizados a, y para el beneficio de los funcionarios extranjeros y los grupos políticos en varios países

extranjeros. Arcadex abrió al menos una cuenta bancaria offshore (la 'Cuenta Arcadex) a nombre de Odebrecht. Odebrecht transfiere dinero de diversas cuentas bancarias, incluyendo desde las cuentas en la sede de Nueva York, hacia la Cuenta Arcadex. Se utilizaron los fondos de la Cuenta Arcadex, entonces, en parte, para hacer pagos directos e indirectos de sobornos a funcionarios extranjeros.

"6. La Corporación Proyectos y Construcción Golac ('Golac') fue una compañía fantasma no afiliada constituida en las Islas Vírgenes Británicas. Golac fue creada y gestionada bajo la dirección de la División de Operaciones Estructuradas y usada por Odebrecht para promover el plan de soborno, y para ocultar y disfrazar pagos ilegales hechos para y en beneficio de los funcionarios extranjeros y los grupos políticos en varios países extranjeros. Golac abrió al menos una cuenta bancaria extranjera (la 'Cuenta Golac) a nombre de Odebrecht. Odebrecht transfirió dinero de diversas cuentas bancarias, incluyendo cuentas con sede en Nueva York, a la Cuenta Colac. Se utilizaron los fondos de la Cuenta Golac entonces, en parte, para hacer pagos directos e indirectos de sobornos a funcionarios extranjeros.

"7. El 'Empleado de Odebrecht 1', un ciudadano de Brasil, cuya identidad es conocida para los Estados Unidos y la Compañía, fue un oficial y alto ejecutivo de Odebrecht S.A. en o alrededor de y entre 2009 y diciembre de 2015 y un oficial y alto ejecutivo de CON en o alrededor de y entre de 2002 y enero de 2010. El Empleado de Odebrecht 1 fue también Director de Braskem en o alrededor de y entre el 2009 y diciembre de 2015.

"8. El 'Empleado de Odebrecht 2', un ciudadano de Brasil, cuya identidad es conocida por los Estados Unidos y la Compañía, fue un alto ejecutivo de la División de Operaciones Estructuradas, en o alrededor de y entre el 2006 y el 2015, y reportaba directamente al Empleado Odebrecht 1. El Empleado de Odebrecht 2 operó la División de Operaciones Estructuradas para contabilizar y desembolsar pagos que no se incluyeron en las finanzas públicamente declaradas de Odebrecht, incluidos los pagos ilegales hechos a, o en beneficio de, funcionarios extranjeros y los grupos políticos extranjeros con el fin de obtener y conservar un contrato para Odebrecht.

"9. El 'Empleado de Odebrecht 3', un ciudadano de Brasil cuya identidad es conocida por los Estados Unidos y la Compañía, fue un ejecutivo de la División de Operaciones Estructuradas desde aproximadamente el 2006 hasta el 2015. El Empleado Odebrecht 3 reportaba al Empleado de Odebrecht 2 y fue responsable de la supervisión de los pagos ilegales hechos en Brasil y en el extranjero. En o alrededor de 2014 y el 2015, mientras se encontraba en Miami, Florida, el Empleado Odebrecht 3 se involucró en conducta delictiva en cumplimiento del plan, incluyendo reuniones con otros co-conspiradores para planificar las acciones que debían tomarse en relación con la División de Operaciones Estructuradas y el movimiento del producto del delito.

"10. El 'Empleado de Odebrecht 4', un ciudadano de Brasil, cuya identidad es conocida por los Estados Unidos y la Compañía, era el ejecutivo de la División de Operaciones Estructuradas a cargo de las operaciones financieras para el pago de grandes y complejas sumas realizadas por la División de Operaciones Estructuradas fuera de Brasil desde aproximadamente 2006 hasta 2015. El Empleado Odebrecht 4 también ayudó al Empleado Odebrecht 3 a supervisar los pagos corruptos realizados por la División de Operaciones Estructuradas en Brasil. En o alrededor del 2014 y el 2015, mientras que se encontraba en Miami, Florida, el Empleado de Odebrecht 4 se involucró en una conducta de apoyo del plan, incluyendo reuniones con otros coconspiradores para planificar las acciones que debían tomarse en relación con la División de Operaciones Estructuradas y el movimiento del producto del delito.

(…)

"12. El 'Empleado de Odebrecht 6', un ciudadano de Brasil, cuya identidad es conocida por los Estados Unidos y la Compañía, era un ejecutivo de alto nivel del área internacional de la división de ingeniería de Odebrecht desde aproximadamente 2008 hasta 2015. El Empleado Odebrecht 6 reportaba al Empleado de Odebrecht 1 y fue responsable de la supervisión de los Directores Superintendentes de Odebrecht o líderes de los países, de Angola y varios países de América Latina. Como parte de esa supervisión, el Empleado Odebrecht 6 aprobaba muchos de los pagos corruptos a funcionarios extranjeros y a los grupos políticos extranjeros fuera de Brasil.

(…)

"III. <u>DESCRIPCIÓN GENERAL DEL PLAN DE SOBORNO</u>

"19. En o alrededor de y entre el 2001 y el 2016, Odebrecht, junto con sus co-conspiradores, a sabiendas e intencionalmente conspiraron y acordaron con otros para proporcionar de manera corrupta cientos de millones de dólares en pagos y otras cosas de valor a, y para el beneficio de los funcionarios extranjeros, grupos políticos extranjeros, funcionarios extranjeros de los grupos políticos extranjeros y candidatos políticos extranjeros para asegurar una ventaja inapropiada e influir en los funcionarios extranjeros, grupos políticos extranjeros y los candidatos políticos extranjeros con el fin de obtener y conservar un negocio en varios países de todo el mundo.

"20. Durante el período de tiempo relevante, Odebrecht, junto con sus co-conspiradores, pagó aproximadamente $ 788 millones de dólares en sobornos en asociación con más de 100 proyectos en doce países, entre ellos, Angola, Argentina, Brasil, Colombia, República Dominicana, Ecuador, Guatemala, México, Mozambique, Panamá, Perú y Venezuela.

"21. A fin de cumplir el plan de soborno criminal, Odebrecht y sus co-conspiradores crearon y financiaron una elaborada, secreta estructura financiera que operó para justificar y desembolsar pagos de sobornos corruptos a, y para el beneficio de los funcionarios extranjeros, grupos políticos extranjeros, funcionarios de grupos políticos extranjeros y candidatos políticos extranjeros. Con el tiempo, el desarrollo y funcionamiento de esta estructura financiera secreta evolucionaron, y en alrededor de 2006, Odebrecht estableció la División de Operaciones Estructuradas, una división independiente dentro de la Compañía. La División de Operaciones Estructuradas funcionaba efectivamente como un departamento de soborno dentro de Odebrecht y sus entidades relacionadas. Para ocultar sus actividades, la División de Operaciones Estructuradas utilizó un sistema de comunicaciones completamente separado y fuera de libro llamado 'Drousys', lo que permitió a los miembros de la División de Operaciones Estructuradas comunicarse entre sí y con operadores financieros externos y otros co-conspiradores sobre los sobornos a través de la utilización de correos seguros y mensajes instantáneos, utilizando nombres en clave y contraseñas.

"22. Odebrecht y sus empleados y agentes tomaron una serie de medidas, mientras estaban en el territorio de los Estados Unidos para llevar adelante este plan corrupto. Por ejemplo, se establecieron algunas de las entidades extranjeras utilizadas por la División de Operaciones Estructuradas para mantener y desembolsar los fondos no registrados, propiedad y/o operados por personas que se encuentran en los Estados Unidos. Además, a veces durante la conspiración, las personas que trabajaban en la División de Operaciones Estructuradas incluyendo el Empleado de Odebrecht 3, al Empleado de Odebrecht 4 y otros, tomaron medidas en cumplimiento del plan de soborno, mientras se encontraban en los Estados Unidos. Por ejemplo, en o alrededor 2014 y 2015, mientras se encontraban en Miami, Florida, el Empleado de Odebrecht 3 y el Empleado de Odebrecht 4 se involucraron en una conducta relacionada con ciertos proyectos en cumplimiento del plan, incluyendo reuniones con otros co-conspiradores para planificar las acciones a tomar en relación con la División de Operaciones Estructuradas, el movimiento del producto del delito y otra conducta criminal.

"23. En total, Odebrecht, junto con sus co-conspiradores, pagaron más de $ 788 millones de dólares en sobornos para proyectos ilegalmente seguros en varios países – entre ellos, como se describe a continuación, los pagos corruptos a los empleados y ejecutivos de Petrobras; pagos corruptos a otros funcionarios del gobierno de Brasil; y los pagos corruptos a funcionarios extranjeros en otros once países con beneficios conseguidos fraudulentamente a Odebrecht y sus co-conspiradores de aproximadamente $3.336 millones de dólares. El término 'beneficio' tal como se utiliza en esta Declaración de los Hechos se refiere a los beneficios obtenidos en un proyecto particular para el que se generó un beneficio como resultado de un pago de soborno. Para los proyectos que resultaron en ganancias a Odebrecht que eran menos que el monto del soborno asociado al pago, se utilizó la cantidad del pago de soborno para calcular el 'beneficio'.

"LA DIVISIÓN DE OPERACIONES ESTRUCTURADAS Y LA MANERA Y LOS MEDIOS DE LA CONSPIRACIÓN

"24. La División de Operaciones Estructuradas fue liderada por el Empleado 2 de Odebrecht y atendida por otros empleados y/o agentes de Odebrecht (incluyendo el Empleado 3 de Odebrecht y el Empleado 4 de Odebrecht) quienes trabajaron con una serie de operadores extranjeros o *doleiros* (también conocido como los agentes de cambio, que funcionaban para intercambiar reales brasileños por dólares americanos). El Empleado 2 de Odebrecht reportaba al Empleado 1 de Odebrecht, quien

era responsable de la aprobación de los pagos corruptos realizados por la División de Operaciones Estructuradas hasta aproximadamente 2009, y que, a partir de entonces, recibió actualizaciones de los pagos realizados por la División de Operaciones Estructuradas. Después de aproximadamente 2009, el Empleado 1 de Odebrecht delegó la responsabilidad de autorizar los pagos corruptos a los líderes de negocios en Brasil y en los distintos países líderes en las otras jurisdicciones.

"25. La División de Operaciones Estructuradas logró su presupuesto 'sombra' a través de dos sistemas informáticos: (i) el sistema 'MyWebDay', que se utiliza para hacer las solicitudes de pago, el procesamiento de pagos, y la generación y relleno de las hojas de cálculo que realizaban un seguimiento e internamente representaron el presupuesto en la sombra; y (ii) el sistema 'Drousys', lo que permitió a los miembros de la División de Operaciones Estructuradas comunicarse entre sí y con los operadores financieros externos y otros cómplices que utilizan correos electrónicos y mensajes instantáneos seguros. Para ocultar sus actividades corruptas, los usuarios del sistema Drousys utilizaban una serie de nombres clave para enmascarar sus identidades, y se referían a los receptores de sobornos e intermediarios utilizando códigos adicionales y contraseñas.

"26. Para ocultar aún más la conducta criminal de la Compañía, la División de Operaciones Estructuradas administraba y distribuía fondos que Odebrecht nunca registró en su balance. Estos 'fondos no registrados' se generaron por Odebrecht a través de una variedad de métodos, incluyendo pero no limitándose a: (i) gastos generales pendientes cobrados de filiales; (ii) sobre cargas y honorarios que se atribuyeron como legítimos a los proveedores de servicios y subcontratistas, pero no incluidos en los presupuestos de los proyectos; (iii) retenedores no declarados y tasas de éxito para la compra de bienes de la empresa; y (iv) auto-seguro y transacciones de auto-garantía.

"27. Una vez generados, los fondos no registrados se canalizaron por la División de Operaciones Estructuradas a una serie de entidades en el exterior que no fueron incluidas en el balance de Odebrecht como entidades relacionadas. Estas entidades fueron establecidas y administradas bajo la dirección de la División de Operaciones Estructuradas por los beneficiarios efectivos que fueron compensados por la apertura y, en algunos casos, la operación de estas entidades. Odebrecht utilizaba estas entidades en el extranjero para promover el plan de soborno y para ocultar y disfrazar pagos indebidos realizados a, o en beneficio de funcionarios extranjeros, grupos políticos extranjeros, funcionarios extranjeros de los grupos políticos y candidatos políticos extranjeros en varios países. Muchas de las transacciones fueron estratificadas a través de múltiples niveles de entidades en el extranjero y con cuentas bancarias en todo el mundo, a menudo transfiriendo los fondos ilícitos a través de hasta cuatro niveles de cuentas bancarias en el extranjero antes de llegar al destinatario final. En este sentido, los miembros de la conspiración trataban de distanciarse del origen de los fondos de los beneficiarios finales.

"28. Los fondos se desembolsaron de las entidades en el exterior en la dirección de la División de Operaciones Estructuradas. Estos desembolsos se hicieron por los operadores financieros que actuaban en nombre de Odebrecht, incluyendo pero no limitándose a, los propietarios reales de las cuentas y *doleiros*, que dieron a la luz los pagos en efectivo, tanto dentro como fuera de Brasil en paquetes o maletas en lugares predeterminados por el beneficiario de los fondos; o realizando los pagos mediante transferencia bancaria a través de una o más de las entidades en el exterior.

"29. En cumplimiento del plan de soborno y para facilitar el movimiento de los fondos ilícitos, Odebrecht y sus co-conspiradores también utilizaron los bancos con características distintas que ayudarían en el plan: en concreto, los bancos más pequeños ubicados en países con leyes estrictas en cuanto a la protección del secreto bancario y el intercambio de información con la policía internacional. Para asegurar la cooperación de estos bancos favorecidos, Odebrecht y sus co-conspiradores con frecuencia pagaban tasas de remuneración y tasas más altas para las instituciones bancarias, y un porcentaje de cada transacción ilícita a ciertos ejecutivos de bancos cómplices. La División de Operaciones Estructuradas contó con la complicidad de los bancos favorecidos y sus ejecutivos para llevar a cabo las transferencias entre cuentas, en gran parte basándose en el uso de contratos ficticios para respaldar las transacciones y consultas de cumplimiento de derivación. Ciertos co-conspiradores, como el Empleado 4 de Odebrecht, visitaron los países donde se encuentran los beneficiarios finales y los llevaban a los bancos favorecidos para abrir cuentas para facilitar las transferencias de pagos ilícitos.

"30. Después de que un banco favorecido en particular localizado en Antigua comenzó a decaer, miembros de la conspiración, entre ellos los ex ejecutivos con el banco tambaleante, compraron la filial en Antigua de un banco austriaco en o alrededor de 2010 o 2011. En virtud de esta adquisición, otros

miembros de la conspiración, incluyendo a políticos de alto nivel de varios países que recibían pagos de sobornos, podrían abrir cuentas bancarias y recibir transferencias sin el riesgo de llamar la atención. Por la adquisición del banco, los miembros de la conspiración, incluyendo el Empleado 4 de Odebrecht y otros, intencionalmente facilitaron el plan de pago ilegal. También participaron activamente en la obtención de contratos ficticios para apoyar las operaciones de la División de Operaciones Estructuradas y respondieron directamente a los problemas de cumplimiento con el fin de permitir las operaciones que debían ser autorizadas.

"31. Odebrecht causó transferencias electrónicas que debían hacerse a estas y otras cuentas bancarias creadas por estas entidades en el extranjero desde cuentas bancarias relacionadas con Odebrecht, incluso de varias cuentas de la sede en Nueva York en poder de CNO.

(…)

"PAGOS CORRUPTOS A FUNCIONARIOS EXTRANJEROS Y GRUPOS POLÍTICOS EN OTROS PAÍSES

"43. En o alrededor y entre 2001 y 2016, Odebrecht realizó e hizo efectuar aproximadamente $439 millones en pagos corruptos a las partes políticas extranjeras, funcionarios extranjeros y sus representantes, en países fuera de Brasil, incluyendo Angola, Argentina, Colombia, República Dominicana, Ecuador, Guatemala, México, Mozambique, Panamá, Perú y Venezuela, con el fin de conseguir ventajas indebidas para obtener y conservar un contrato para Odebrecht en estos países. Odebrecht se benefició en más de $1.4 mil millones de dólares como resultado de estos pagos corruptos.

"44. Odebrecht realizó e hizo efectuar la mayoría de estos pagos corruptos a funcionarios públicos; terceros asociados con, y para el beneficio de, funcionarios del gobierno; y los grupos políticos o campañas. Todos los pagos corruptos fueron hechos para asegurar una ventaja indebida para Odebrecht para obtener y retener un negocio. Por lo general, la División de Operaciones Estructuradas ejecutó los pagos corruptos utilizando fondos no registrados, o bien (i) en efectivo en el país en cuestión, o (ii) por depósitos en las cuentas indicadas por los beneficiarios a sus intermediarios.

"45. En o alrededor y entre 2008 y 2015, la estructura corporativa de Odebrecht en América Latina fue organizada de tal manera que la mayoría de los altos líderes de los países reportaban al Empleado 6 de Odebrecht, quien era el Líder de Negocios para Angola (hasta julio de 2012, momento en el cual, debido a una reestructuración, el Empleado Odebrecht 6 ya no supervisaba en Angola) y los países arriba referenciados en América Latina, con la excepción de Venezuela.

(…)

"C. Colombia

"51. En o alrededor y entre 2009 y 2014, Odebrecht realizó e hizo que se efectuaran más de $ 11 millones en pagos corruptos en Colombia con el fin de asegurar contratos de obras públicas. La Compañía obtuvo beneficios por más de $ 50 millones, como resultado de estos pagos corruptos.

"52. Por ejemplo, en o alrededor y entre 2009 y 2010, Odebrecht aceptó pagar, y luego pagó a través de la División de Operaciones Estructuradas con la autorización del Empleado 6 de Odebrecht, un soborno de $ 6.5 millones a un funcionario de gobierno a cargo de la adjudicación de un proyecto de construcción con el gobierno de Colombia a cambio de ayuda para ganar el proyecto.

(…)"

5.3. Las denuncias formuladas por empleados de ODEBRECHT

Por virtud del citado Acuerdo celebrado entre el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, División Criminal, Sección de Fraude (la 'Sección de Fraude'), la Oficina del Fiscal Federal para el Distrito Este de Nueva York (el 'EDNY') y el Acusado Odebrecht S.A., con base en la aceptación de los hechos descritos, fue que esta organización se obligó a recopilar información en varios países

en los cuales se ejecutó el plan de sobornos y a denunciar ante las autoridades de cada país a aquellos que se beneficiaron de los mismos.

En el caso de Colombia, fue por ello que el 6 de enero de 2017, los señores LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, LUIS ANTONIO MAMERI y LUIS EDUARDO DA ROCHA SURÁRES formularon denuncia penal por el delito de cohecho contra GABRIEL IGNACIO GARCIA MORALES, ex Viceministro de Transporte y Ex Gerente del Instituto Nacional de Concesiones INCO.

De acuerdo con lo atrás expuesto, GABRIEL IGNACIO GARCIA MORALES fue nombrado Viceministro de Transporte mediante el Decreto 1427 de 2007 y para el mes de marzo de 2009 ejercía ese cargo cuando el Consejo Nacional de Política Económica y Social CONPES mediante el Documento 3571 le confió la misión al despacho a su cargo de ejercer la coordinación interinstitucional para el desarrollo y culminación exitosa del proceso licitatorio de la Ruta del Sol, Proyecto que había sido preparado en ese Ministerio y en el INCO que fueron las entidades que recomendaron su aprobación como proyecto estratégico conforme a la ley, con base en la estructuración técnica y financiera que desde 2007 se había celebrado entre el INCO y la Corporación Financiera Internacional – IFC para desarrollar el modelo de concesión que promoviera la participación de inversionistas institucionales y financistas locales y mejorara la eficiencia de los procesos de licitación.

Como Coordinador Interinstitucional para el desarrollo y culminación exitosa del proceso licitatorio de la Ruta del Sol, el Viceministro de Transporte era el funcionario mejor informado del proyecto con el propósito de cumplir el cometido estatal a él atribuido.

Simultáneamente, en el mes de abril de 2009, LUIS BUENO JUNIOR asumió como Director Superintendente en Colombia de ODEBRECHT y hacia el mes de mayo de 2009 -se señala en la citada denuncia ante la Fiscalía General de la Nación-, hizo contacto con GABRIEL IGNACIO GARCIA MORALES, quien para esa época ocupaba el cargo de Viceministro de Transporte y de Gerente del INCO. Era frecuente que a GARCIA MORALES lo encargaran como Director del INVIAS y/o como Gerente del INCO. A partir del 19 de septiembre den 2009 fue encargado de la Gerencia del INCO y allí permaneció en ese cargo, sin perjuicio de sus funciones como Viceministro, hasta cuando por lo menos suscribió el Contrato de Concesión No. 001 del 14 de enero de 2010.

Por eso desde ese mes se realizaron reuniones institucionales sobre este y otros proyectos en los cuales estaban abiertas Licitaciones desde finales del mes de marzo de ese año y con base en tales conversaciones es que ODEBRECHT a través de BUENO JUNIOR empezó a buscar contactos en el sector financiero y en el sector de infraestructura para convertirlos en sus aliados pero siempre bajo la condición que ODEBRECHT fuera el líder del proyecto y como tal tuviera la dirección y ejecución técnica y financiera del mismo, tal y como se observa en los acuerdos celebrados en 2009.

Según la citada denuncia formulada por LUIS BUENO JUNIOR,

> "16. En los días que antecedieron a la entrega de las propuestas (lo cual aconteció el 27 de octubre de 2009), en reunión que tuvo lugar en el referido apartamento al norte de Bogotá, el doctor GABRIEL IGNACIO GARCIA MORALES, quien era responsable por la adjudicación del proyecto dado que era el Director del Instituto Nacional de Concesiones INCO y Viceministro de Transportes, orientó a LUIS BUENO JUNIOR para que la compañía ODEBTRECHT produjera una propuesta formalmente perfecta y se comprometió a influir en el proceso de licitación para que fueran descalificadas todas las demás propuestas que presentasen cualquier vicio formal.
>
> "17. Así lo anterior, el Doctor GABRIEL IGNACIO GARCIA MORALES se comprometió a no permitir la relajación o flexibilización de los requisitos del pliego de condiciones en el momento de la evaluación de las ofertas, aunque esa práctica pudiera ocurrir en ciertas ocasiones…

"18. En esa misma reunión, el doctor GABRIEL IGNACIO GARCIA MORALES solicitó a LUIS ANTONIO BUENO JUNIOR el pago de SEIS MILLONES QUINIENTOS MIL DOLARES AMERICANOS (usd$6.500.000), a cambio de orientar al consorcio para que ofertara una propuesta formalmente perfecta a efectos de que el contrato les fuera adjudicado.

"19. LUIS ANTONIO BUENO JUNIOR transmitió a su superior directo en Brasil, LUIS ANTONIO MAMERI, la solicitud que hizo el Doctor GABRIEL IGNACIO GARCIA MORALES, procediendo a autorizar el pago del dinero solicitado por el entonces Viceministro de Transporte."

(…)

5.4. Con base en lo anterior se iniciaron varias investigaciones de carácter penal

Esta denuncia y su posterior ampliación fue el punto de partida de varias investigaciones iniciadas por la Fiscalía General de la Nación que le permitieron formular imputaciones y posteriormente resoluciones de acusación, con base en la cuales se han adoptado decisiones de carácter penal. Por ello existen imputados, acusados y condenados como presuntos autores y/o responsables de la comisión de varios hechos punibles.

También se iniciaron procesos disciplinarios y se formularon cargos y posteriormente se adoptaron decisiones disciplinarias mediante las cuales se han impuesto graves sanciones a los hallados responsables.

Igualmente se tramita ante el juez popular competente el proceso derivado de la acción popular instaurada por la Procuraduría General de la Nación y la autoridad nacional de la competencia adelanta procesos para velar por la libre competencia económica. .

5.5. La acción popular presentada por el Procurador General de la Nación, la solicitud y el decreto de medidas cautelares

El 26 de enero de 2017, el Procurador General de la Nación interpuso acción popular en ejercicio del medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos en contra de la **CONCESIONARIA** y la **ANI** ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera, con el fin de que se protejan los derechos a la moralidad administrativa, a la defensa del patrimonio público, al acceso a los servicios públicos, y a que su prestación sea eficiente.

En escrito aparte y en la misma fecha el Procurador presentó solicitud de medidas cautelares de urgencia, en los términos del Artículo 243 de la Ley 1437 de 2011, con el fin de evitar un perjuicio irremediable y salvaguardar los derechos colectivos invocados en la demanda.

Luego de admitida la demanda y vinculados de oficio varios intervinientes al proceso constitucional, el 9 de febrero de 2017 el Despacho de conocimiento decretó medidas cautelares en el entendimiento de que resulta necesario superar el estado actual de incertidumbre jurídica en que se encuentra el Estado por causa de los actos de corrupción relacionados con el Contrato de Concesión No. 001 de 2010, por la importancia social y económica para la Nación de la obra de infraestructura vial Ruta de Sol II y por la prolongación indefinida de la suerte jurídica de este contrato.

Fundamentó igualmente el decreto de dichas medidas porque las entidades públicas concernidas tienen la obligación de encarar de una vez los efectos jurídicos, técnicos, financieros y presupuestales que se generan sobre una obra pública de las características del Proyecto Ruta del Sol II, debido a las evidencias que obran en el proceso *"sobre la Comisión de hechos de corrupción administrativa en la ejecución de una obra pública de las características de la Ruta del Sol Sector II".*

También consideró el Tribunal que a la luz de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público y los principios que rigen la contratación estatal, algunos particulares se están lucrando institucionalmente y con dineros públicos por la comisión de los ilícitos mencionados.

Con base en estas consideraciones, el Despacho de conocimiento ordenó: i) suspender el contrato de Concesión, ii) requerir al Señor Presidente de la República para que designe la autoridad que determinará y tomará posesión del proyecto vial, para continuar la ejecución de las obras de infraestructura, iii) embargar las cuentas bancarias y dividendos obtenidos por la **CONCESIONARIA,** así como de las sociedades socias de esta, al igual que de las siguientes personas naturales involucradas en los sobornos y actos de corrupción, Gabriel García Morales, Luis Antonio Bueno Junior, Luiz Antonio Mameri y Luiz Eduardo Da Rocha Soares, con el objeto de preservar los recursos con los que el Estado pueda verse abocado a indemnizar perjuicios por causa de las irregularidades relativas al contrato, los sobrecostos en que se incurrirá al retomar la obra pública, los costos que implica una nueva licitación y los perjuicios reputacionales ocasionados al sector de obras de infraestructura.

5.6. La medida cautelar de la Superintendencia de Industria y Comercio

El 16 de febrero de 2017, el Superintendente de Industria y Comercio dentro de investigación administrativa preliminar que entonces adelantaba por las conductas que pudieran afectar la libre competencia en el proceso de Licitación del Proyecto Ruta del Sol II, y con base en la necesidad inmediata de evitar que el derecho constitucional de la libre competencia se siguiera afectando, decretó medidas cautelares en el sentido de ordenar a la **ANI** dar por terminado el Contrato de Concesión de manera inmediata, y como consecuencia proceder a su liquidación en el estado en que se encuentre.

5.7. El Acuerdo de terminación y liquidación del Contrato de Concesión celebrado por las Partes el 22 de febrero de 2017

En las Consideraciones del Acuerdo de Terminación y Liquidación suscrito por las Partes el 22 de febrero de 2017, se señaló lo siguiente:

> "La demanda de reconvención en su versión reformada, en donde se reclama la declaratoria de nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito y desviación de poder, fue admitida mediante Auto No. 35 del 19 de enero de 2017 y, confirmada su admisión el 8 de febrero de 2017.
>
> "Además de las pretensiones tendientes a la declaración de la nulidad absoluta del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 que se ventilan en el mencionado proceso arbitral, en la actualidad se están adelantando investigaciones penales y disciplinarias en contra de servidores públicos y particulares que tuvieron a su cargo y participaron en la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009 y los asuntos relativos al mencionado Contrato de Concesión, por la posible comisión de conductas delictivas.
>
> "Que el pasado 15 de enero de 2017, el señor Gabriel Ignacio García Morales, ex Viceministro de Transporte y ex Gerente General (E) del Instituto Nacional de Concesiones, quien suscribiera el acto de adjudicación, Resolución No. 641 del 15 de diciembre de 2009, así como el contrato de Concesión No. 001 del 14 de enero de 2010, reconoció ante el Juez de Control de Garantías su aceptación de cargos en concurso de cohecho impropio, interés indebido en celebración de contratos e enriquecimiento ilícito.
>
> "Que el 26 de enero de 2017, el Procurador General de la Nación interpuso acción popular en ejercicio del medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos en contra de la **CONCESIONARIA** y la **ANI** ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera, con el fin de que se protejan los derechos a la moralidad administrativa, a la defensa del patrimonio público, al acceso a los servicios públicos, y a que su prestación sea eficiente.

"En escrito aparte y en la misma fecha el Procurador presentó solicitud de medidas cautelares de urgencia, en los términos del Artículo 243 de la Ley 1437 de 2011, con el fin de evitar un perjuicio irremediable y salvaguardar los derechos colectivos invocados en la demanda.

"Luego de admitida la demanda y vinculados de oficio varios intervinientes al proceso constitucional, el 9 de febrero de 2017 el Despacho de conocimiento decretó medidas cautelares en el entendimiento de que resulta necesario superar el estado actual de incertidumbre jurídica en que se encuentra el Estado por causa de los actos de corrupción relacionados con el Contrato de Concesión No. 001 de 2010, por la importancia social y económica para la Nación de la obra de infraestructura vial Ruta de Sol II y por la prolongación indefinida de la suerte jurídica de este contrato.

"Fundamentó igualmente el decreto de dichas medidas porque las entidades públicas concernidas tienen la obligación de encarar de una vez los efectos jurídicos, técnicos, financieros y presupuestales que se generan sobre una obra pública de las características del Proyecto Ruta del Sol II, debido a las evidencias que obran en el proceso *"sobre la Comisión de hechos de corrupción administrativa en la ejecución de una obra pública de las características de la Ruta del Sol Sector II"*.

"También consideró el Tribunal que a la luz de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público y los principios que rigen la contratación estatal, algunos particulares se están lucrando institucionalmente y con dineros públicos por la comisión de los ilícitos mencionados.

"Que con base en estas consideraciones, el Despacho de conocimiento ordenó: i) suspender el contrato de Concesión, ii) requerir al Señor Presidente de la República para que designe la autoridad que determinará y tomará posesión del proyecto vial, para continuar la ejecución de las obras de infraestructura, iii) embargar las cuentas bancarias y dividendos obtenidos por la **CONCESIONARIA,** así como de las sociedades socias de esta, al igual que de las siguientes personas naturales involucradas en los sobornos y actos de corrupción, Gabriel García Morales, Luis Antonio Bueno Junior, Luiz Antonio Mameri y Luiz Eduardo Da Rocha Soares, con el objeto de preservar los recursos con los que el Estado pueda verse abocado a indemnizar perjuicios por causa de las irregularidades relativas al contrato, los sobrecostos en que se incurrirá al retomar la obra pública, los costos que implica una nueva licitación y los perjuicios reputacionales ocasionados al sector de obras de infraestructura.

"El pasado 16 de febrero de 2017, el señor Superintendente de Industria y Comercio dentro de investigación administrativa preliminar que adelanta por las conductas que pueden afectar la libre competencia en el proceso de Licitación del Proyecto Ruta del Sol II, y con base en la necesidad inmediata de evitar que el derecho constitucional de la libre competencia se siga afectando, decretó medidas cautelares en el sentido de ordenar a la **ANI** dar por terminado el Contrato de Concesión de manera inmediata, y como consecuencia proceder a su liquidación en el estado en que se encuentre.
Que las partes son conscientes de que mantener la vigencia del contrato generaría dificultades para la prestación del servicio, para la estabilidad del sistema financiero colombiano que brindó crédito para la ejecución del proyecto, así como para el cumplimiento del fin esencial de brindar la prestación pública del servicio.

"Que las partes son conocedoras que para dar cumplimiento efectivo a las órdenes dispuestas por el juez popular, al igual que para garantizar la correcta prestación del servicio público de transporte, resulta indispensable concluir el vínculo negocial anticipadamente.

"Que la **CONCESIONARIA** interpuso (i) recurso de reposición contra el auto admisorio de la reforma de la demanda de reconvención formulada por la **ANI**, oponiéndose a la solicitud de nulidad del contrato, recurso que fue resuelto el 8 de febrero de 2017, confirmando la admisión; (ii) recurso de reposición contra el auto mediante el cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda de acción popular interpuesta por la Procuraduría General de la Nación; (iii) recurso de apelación contra el auto mediante el cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó las medidas cautelares atrás mencionadas.

"Así con el propósito de evitar un perjuicio al interés público, permitir la pronta continuidad del proyecto Ruta del Sol Sector 2, permitir que la **ANI** pueda dar cumplimiento a las decisiones judiciales y administrativas que se han adoptado frente a la ejecución del contrato, los sujetos negociales, esto es, la **ANI** y la **CONCESIONARIA**, han decidido terminar anticipadamente el mencionado Contrato y proceder a su inmediata liquidación."

En mérito de, entre otros, los antecedentes citados, las Partes, señalaron que "son conscientes de la necesidad de concluir cuanto antes el vínculo negocial, por las determinaciones que las autoridades jurisdiccionales y administrativas han adoptado frente a este negocio estatal, y tienen como propósito fundamental efectuar las acciones que propendan por dicha conclusión, con el objeto igualmente, de adoptar decisiones que permitan la continuidad de la prestación del servicio público de infraestructura de transporte de calidad." "Así, la **ANI**, en su condición de entidad concedente, y la **CONCESIONARIA**, en condición de concesionaria, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, en cumplimiento de las órdenes que le son aplicables a cada una de ellas, y contando con las debidas autorizaciones para tal efecto, deciden terminar anticipadamente a partir de la fecha de firma del presente documento el Contrato de Concesión No. 001 de 2010 cuyo objeto es la elaboración de los diseños, financiación, obtención de las Licencias Ambientales y demás permisos, adquisición de los Predios, rehabilitación, construcción, mejoramiento, operación y mantenimiento del Sector II del Proyecto Vial Ruta del Sol, comprendido entre Puerto Salgar y San Roque."

En esa misma audiencia celebrada el 22 de marzo de 2017, el Gerente de Defensa Judicial de la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, presentó al Tribunal el Acuerdo suscrito con la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. el 22 de febrero de 2017, para la terminación y liquidación del Contrato de Concesión y señaló que ante nuevos hechos ocurridos en la acción popular, el Concesionario y la ANI estaban desarrollado la modificación No. 1 a dicho Acuerdo, el cual sería radicado ante el Tribunal el 23 de marzo de 2017, al tiempo que señaló que en el proceso de negociación se producirían nuevos documentos que definirían el Acuerdo de las Partes.

Este Acuerdo fue modificado el 27 de marzo de 2017 y su texto también fue entregado al Tribunal y luego explicado por el Director de la ANI al inicio de la audiencia de conciliación.

5.8. La condena contra el sindicado GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES

Mediante sentencia proferida el 12 de diciembre de 2017, el Juzgado Treinta y Uno Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento, en el proceso N.I. 290018 Caso: 2017-3033 CUI: 11001 60 00000 2017 00077, declaró penalmente responsable al sindicado GABRIEL IGNACIO GARCIA MORALES, como autor responsable de los delitos de Interés Indebido en la Celebración de Contratos en concurso heterogéneo con Cohecho Impropio, cometidos en las circunstancias de tiempo, modo y lugar descritas en el cuerpo de esa providencia.

Los hechos descritos en dicha decisión fueron los siguientes:

> "Se tiene que directivos de la firma ODEBRECHT ofrecieron colaboración a las autoridades judiciales de los Estados Unidos, dentro de la cual dieron cuenta de múltiples actos de corrupción a nivel mundial, algunos de ellos desarrollados en nuestro país, por lo que informada de dicha actividad, la Fiscalía General de la Nación inició actividades de indagación y estableció con fundamento en los señalamientos efectuados por los señores LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, ANTONIO MAMERY y LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOAREZ, que entre 2009 y 2010, con ocasión de la obra de infraestructura denominada 'Ruta del Sol Sector Dos' se acordó y pagó alrededor de seis punto cinco (6.5) millones de dólares para que la licitación fuera adjudicada al consorcio del que hacía parte ODEBRECHT.
>
> "LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, funcionario de ODEBRECHT, se consorció con JOSE ELIAS MELO, presidente de Corficolombiana/Grupo Aval, contando con EPISOL como subsidiaria y CARLOS SOLARTE, presidente de CSS Constructores y presentaron una propuesta para la adjudicación del tramo dos de la Ruta del Sol, consorcio denominado 'Estructura Plural Promesa de Sociedad Futura Concesionaria Ruta del Sol SAS' y para tal efecto el señor BUENO JUNIOR contactó con GABRIEL IGNACIO GARCIA MORALES quien para ese momento era Viceministro de Transporte y Director del Instituto Nacional de Concesiones (Inco), para asegurase que el proyecto al cual aspiraban les fuera asignado, pues precisamente tal entidad era la encargada de la adjudicación,

situación que fue conocida por el señor JOSE ELIAS MELO, dado que al otro consorciado no se le informó por su participación menor (4.99%).

"La componenda consistió en que GABRIEL IGNACIO GARCIA MORALES asesorara al consorcio previamente referido, para que la propuesta que presentasen fuera perfecta, a más que también se comprometía a descalificar las propuestas con vicios formales y a impedir la flexibilización de los requisitos, es decir, a que el consorcio del que hacía parte ODEBRECHT fuera el ganador del proceso licitatorio; a cambio de lo cual se pactó un pago al señor GARCIA MORALES en la suma de seis millones quinientos mil (6.500.000) dólares, lo cual fue conocido y avalado por las directivas de ODEBRECHT y por el señor MELO. Como en efecto se cumplió el acuerdo, pues el contrato fue adjudicado a quien prometió pagar por ello, al señor GABRIEL IGNACIO GARCIA MORALES director del INCO se le prometió dicho pago, pacto que en efecto se honró, pues a través de la empresa LURION TRADING INC, la que indicó el imputado, se realizó una serie de pagos, entre los que se lograron identificar uno por dos millones quinientos mil (2.500.000) dólares, otro por seiscientos ochenta y cinco mil setecientos cincuenta (685.750) dólares y otro por ciento treinta mil dólares (130.000) dólares, así mismo se verificó la entrega de un título accionario al portador acciones Pacífic Infraestructure INC por dos millones de dólares."

Señala la citada Sentencia que "[e]n audiencia Preliminar celebrada el 14 de enero de 2017, ante el Juzgado 26 Penal Municipal con función de Control de Garantías, la Fiscalía General de la Nación a través de su Delegada formuló cargos a GABRIEL IGNACIO GARCIA MORALES, como autor del concurso heterogéneo de delitos de Cohecho Impropio (artículo 406 del C.P. No. 1), Interés Indebido en la Celebración de Contratos (Art. 409 C.P.) y Enriquecimiento Ilícito (Art. 412 C.P.)" y que el 15 de enero de 2017, en la continuación de la misma, GABRIEL IGNACIO GARCIA MORALES, se allanó a los cargos de manera libre, consciente, voluntaria en los siguientes términos: *"Yo decido acogerme, aceptar los cargos. Sí. Aceptar los cargos. Teniendo en cuenta que me encuentro en un proceso de colaboración con la Fiscalía y de que los hechos que narra la Fiscalía hoy. Yo me acojo sin condición Libre, consciente y voluntaria"*. "Por esta razón, dice, previa la verificación de la ausencia de vicios en el consentimiento y el respeto a las garantías constitucionales y legales en pretérita oportunidad impartí legalidad a este allanamiento."

Acerca de los antecedentes de la actuación procesal, la Sentencia indica que:

"El 27 de marzo de 2017, correspondió por reparto a este Despacho el Escrito de Acusación con Allanamiento a Cargos, suscrito por la Doctora AMPARO CERON OJEDA Fiscal 80 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, adscrita a la Unidad de delitos Transnacionales, DFNECC de la FISCALIA GENERAL DE LA NACION.

"En las fechas señaladas por este Despacho para verificar la legalidad del allanamiento a cargos y proferir la correspondiente sentencia, - 8 de mayo, 18 de agosto y 19 de octubre del año en curso-, únicamente se logró en la segunda fecha la lectura íntegra del escrito por parte de la Fiscalía y la incorporación de los elementos materiales probatorios a la actuación, los que previamente fueron conocidos por las partes quienes no manifestaron inconformidad alguna. En esa audiencia la Fiscalía retiró la circunstancia de mayor punibilidad contenida en el numeral 9 del artículo 58 del C.P.

"Durante este interregno, la Fiscalía General de la Nación a través de la Doctora MARIA PAULINA RIVEROS DUEÑAS, mediante resolución de fecha 19 de mayo de 2017, autorizó la aplicación del principio de oportunidad -en la modalidad de suspensión del procedimiento a prueba- al señor GARCIA MORALES respecto de los delitos de Enriquecimiento Ilícito y Lavado de Activos, decisión ante la cual el Juzgado 65 Penal Municipal con función de control de garantías impartió legalidad el 2 de junio de 2017; razón por la cual corresponde dictar sentencia únicamente por el concurso heterogéneo de delitos de Interés Indebido en la celebración de Contratos y Cohecho impropio."

De conformidad con lo anterior, el Juzgado Treinta y Uno Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento, para fallar hizo las siguientes consideraciones:

"Tal como se advirtió en pretérita oportunidad y se reitera en el día de hoy, verificado que la aceptación de responsabilidad por parte del señor GABRIEL IGNACIO GARCIA MORALES, es la expresión de la autonomía de su voluntad y que los elementos materiales probatorios entregados como

soporte por la Fiscalía General de la Nación constituyen un mínimo de prueba que permite inferir la autoría o participación del señor GARCIA MORALES en la conducta y su tipicidad conforme lo consagra el inciso 3° del artículo 327 de la Ley 906 de 2004, en concordancia con el artículo 7° Ibídem, considera esta funcionaria que se ha preservado la presunción de inocencia del señor GARCIA MORALES.

"Al efecto, conveniente resulta citar criterio jurisprudencial acerca del debido proceso abreviado y los contenidos del control judicial aplicable a la aceptación unilateral de culpabilidad, expuesto en reciente decisión de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

'4.1.3 Si no se acredita ningún vicio del consentimiento en la aceptación de culpabilidad ni la vulneración de garantías fundamentales, al juez de conocimiento le corresponde dictar sentencia. Y en ese acto ha de garantizarse que en la declaración de responsabilidad penal, fundada en la admisión de ésta por el acusado, no se afecte indebidamente la presunción de inocencia (art. 29 inc. 4-1 de la Constitución). Entre otros aspectos, esta prerrogativa implica que, para proferir sentencia condenatoria, deberá existir convencimiento de la responsabilidad del acusado, más allá de toda duda (arts. 7° inc. 3° y 381 del C.P.P.). Y para lograr tal estándar de conocimiento no es suficiente el simple allanamiento a cargos, pues la declaración de responsabilidad ha de soportarse en una verificación probatoria lato sensu, que garantice que la presunción de inocencia que cobija al acusado fue desvirtuada con suficiencia.

'Por consiguiente, es garantía fundamental de quien acepta la imputación -sin ningún vicio en su consentimiento y en un marco de respeto de sus derechos- que la consecuente sentencia condenatoria que se dicte en su contra esté fundada en medios de conocimiento que, junto a su admisión de culpabilidad, acrediten la materialidad de la infracción y la responsabilidad delictiva.

'Al respecto, mediante la SP 8 jul. 2009, rad 31.280, la Sala puntualizó:

> *Ese control judicial del allanamiento o del acuerdo no se cumple con una simple revisión formal. No basta con constatar la libertad y voluntad a través del simple interrogatorio al procesado, la labor del juez como garante y protector de los derechos humanos debe ir más allá verificando que las garantías fundamentales se hayan preservado, dentro de las cuales, obviamente, se encuentran, entre otras, la legalidad, estricta tipicidad y el debido proceso.*
>
> *Aparejado a ello, si bien por esa misma asunción temprana de la responsabilidad penal, no se cuentan con suficientes elementos probatorios, pues precisamente la economía por no adelantar el juicio es la que se le premia al procesado con la rebaja punitiva, es claro que tal admisión de culpabilidad debe contar con un grado racional de verosimilitud.*

'Y siendo los elementos materiales probatorios, la evidencia física y la información legalmente obtenida el medio de articular -en el procedimiento abreviado- los hechos con el derecho, es claro que ese control racional de verosimilitud supone la incorporación de aquéllos a la actuación, para ser valorados por el juez de conocimiento. Sobre el particular, ha expuesto la Corte (CSJ SP 19 oct. 2016, rad. 25.724):

> *En el sistema de enjuiciamiento criminal implementado por la Ley 906 del 2004 es claro que solo pueden ser consideradas como pruebas y, por ende, servir de soporte a las providencias judiciales, aquellas que hayan sido debidamente presentadas y sometidas al debate en el juicio oral, pues en virtud del principio de inmediación, previsto en su artículo 379, el Juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia.*
>
> *En esas condiciones, en supuestos como el presente, en donde los cargos son aceptados en la audiencia de formulación de la imputación, evidentemente ningún medio de prueba se practica delante del juez, por la exclusión obvia del juicio oral. En esos eventos, en consecuencia, la sentencia puede fundamentarse en aquellos elementos recaudados por la fiscalía siempre que hayan sido incorporados legalmente a la actuacion.*

'La jurisprudencia constitucional (sent. C-1260 de 2005), a la hora de analizar la compatibilidad de la renuncia a los derechos a la no autoincriminación y al adelantamiento del juicio en los términos establecidos en el art 8° lit. l) del C.P.P. con la Constitución, destacó Ja necesidad de que la condena dictada en virtud de aceptación de culpabilidad esté soportada en medios de prueba:

Lo anterior, por cuanto aceptados por el procesado los hechos materia de la investigación y su responsabilidad como autor o partícipe, y existiendo en el proceso además suficientes elementos de juicio para dictar sentencia condenatoria, se hace innecesario el agotamiento de todas y una de las etapas del proceso, por lo que procede dictar el fallo sin haberse agotado todo el procedimiento, a fin de otorgar pronta y cumplida justicia, sin dilaciones injustificadas, según así también se consagra en el artículo 29 de la Constitución resulta obvio afirmar que la aceptación, además de voluntaria, es decir, sin presiones, amenazas o contraprestaciones, debe ser cierta y estar plenamente respaldada en el material probatorio recaudado. El funcionario competente, en cada caso, puede desvirtuar la confesión, por existir vicios en el consentimiento del implicado, por pruebas deficientes, por error, fuerza, o por cualquiera otra circunstancia análoga que aparezca probada en el proceso.

'En ese entendido, incluso en el procedimiento abreviado derivado de la aceptación unilateral o preacordada de culpabilidad, el juez de conocimiento está en el deber de valorar en conjunto los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física (art. 180 C.P.P.), a fin de acreditar con suficiencia que existe convencimiento más allá de toda duda para condenar (art. 381 Ídem). Esa es la comprensión fijada por la jurisprudencia constitucional (C-1195 de 2005) al afirmar que 'el juez sólo puede imponer condena al imputado cuando establezca con certeza estos elementos estructurales del delito [...] En caso contrario, quebrantaría el principio constitucional de legalidad'.

"De los delitos imputados y aceptados por el señor GARCIA MORALES

... 'ARTICULO 406. COHECHO IMPROPIO. El servidor público que acepte para sí o para otro, dinero u otra utilidad o promesa remuneratoria, directa o indirecta, por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento veintiséis (126) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.

El servidor público que reciba dinero u otra utilidad de persona que tenga interés en asunto sometido a su conocimiento, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses, multa de cuarenta (40) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ochenta (80) meses' …

"En los siguientes términos lo fundamentó la señora Fiscal: 'COHECHO IMPROPIO artículo 406 No.1: *En punto que acepta promesa remuneratoria de valor de 6.5 millones de dólares y el recibo de cuantía económica que como lo dije anteriormente se determinará de conformidad con la etapa de colaboración en la que se encuentre la Fiscalía directa con el indiciado teniendo en cuenta la distribución de las prebendas que están siendo objeto de determinación en esta etapa de colaboración'* Hora: 1:22 minutos audio del 15 de enero de 2017.

"Con relación al delito de cohecho traigo una cita del tratadista ALFONSO GOMEZ MENDEZ y CARLOS ARTURO GOMEZ PAVAJEAU:

'El cohecho es conocido también con el nombre de 'corrupción' y es la 'venta' de la función pública por parte del servidor público' 3ª Edición.

"La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal se ha ocupado de la definición:

...'Figura el cohecho, sin duda entre los delitos graves que atentan contra la Administración Pública. Es germen activo de descomposición social y se consideran como ruina moral de las naciones, porque quienes han sido escogidos para preservar la moralidad pública y mantener la organización de la comunidad, para lo cual se les dota de excepcionales recursos, olvidan sus fundamentales obligaciones y vuelven su poder contra la sociedad misma. Desatan el desorden y conmueven las bases jurídicas y éticas del Estado. El funcionario o empleado que lo realiza desconoce los principios morales y legales que rigen su actividad, ordenadores de la forma como debe realizar sus fundones; y quien con él pacta la ilícita retribución, tiene bases seguras para desconfiar de la bondad y rectitud de las funciones públicas y de sus ejecutores y para continuar con el deterioro de la facultad oficial que se le ha vendido. El funcionarlo o empleado público que así comporta 'menoscaba el derecho y el recto funcionamiento de la Administración Pública'; por ello se suele omitir consideraciones sobre el daño o peligro patrimoniales.

El cohecho constituye una evidente corrupción. Por eso se le conoce con este nombre, como también con el de baratería. Este último porque el funcionario se engaña a sí mismo al dar algo inestimable (la función pública) por cosa de menor valor (el dinero, la promesa remuneratoria). En forma concisa se dice que consiste en pactar la venta de un acto de autoridad que debía ser gratuitamente cumplido. Sus dos formas principales, en clasificacion

que exhibe notorio fundamento y acierto, son el cohecho propio depravado y el cohecho simple o impropio. El primero representa un pacto mediante el cual por dinero, dádiva o promesa remuneratoria, se omite o retarda el acto que está obligado a ejecutarse o se realiza de modo contrario a sus deberes oficiales, hay, evidentemente, una disconformidad con la ley en cuanto al ejercicio de una función. El segundo, que supone el mismo acuerdo y la misma relación causal entre retribución y acto, exige que éste sea justo y conforme a los deberes del cargo. No hay, en su ejecución, un rechazo de la atribución que se tiene, pero se realiza ésta o se toma la decisión, por el dinero o la dádiva entregados a la promesa remuneratoria ofrecida.

Cuando la ley no fija una posibilidad de retribución, todo lo que sea demanda de la misma o exceso de la autorizada, constituye el delito de cohecho impropio o simple. La retribución carece de causa legal y es intrínsecamente ilícita. Para nada cuenta que el acuerdo de venta sea directo o por medio de otra persona, que suele ser la modalidad más frecuente. Basta que aparezca el consentimiento y el interés del funcionario y la relación causal entre acto y retribución. El ingrediente doloso se satisface con la conciencia y voluntad de corromperse exteriorizadas en la recepción del dinero, sabiéndose que no hay título legal para ello'… [399]

"Los elementos materiales probatorios aportados por la Fiscalía General de la Nación demuestran sin lugar a duda que el señor García Morales, en su calidad de Servidor Público ejerciendo el cargo de Vice Ministro de Transporte y Director del Instituto Nacional de Concesiones - INCO, aceptó promesa remuneratoria en cuantía de 6.5 millones de dólares de parte del señor LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR-Director Superintendente de la firma ODEBRECHT, a cambio de direccionar la propuesta para la adjudicación del Tramo Dos Ruta del Sol, que presentó el consorcio denominado 'Estructura Plural Promesa de Sociedad Futura Concesionaria Ruta del Sol SAS' representada legalmente por BUENO JUNIOR, integrada por la firmas (i) CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A (ii) ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRA-ESTRUCTURA LTDA, (iii) ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A y, (iv) CSS CONSTRUCTORES S.A.

"Así lo reveló el señor LUIZ ANTONIO MAMERI, LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR Y LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES, Ciudadanos Brasileros, directivos de ODEBRECHT en la denuncia que formularon contra GARCIA MORALES mediante escrito del 6 de enero de 2017 dirigido a la Fiscalía General de Colombia, donde manifiestan que BUENO JUNIOR llegó a Colombia en el mes de mayo de 2009, procedente de su natal Sao Paulo - Brasil, en representación de la empresa ODEBRECHT y contactó al señor GARCIA MORALES con quien sostuvo varias reuniones en la ciudad de Bogotá, donde le trasmitió *'intereses comerciales legítimos de la compañía en el país'*.

"Señala que su empresa centró el interés en las licitaciones de varios proyectos emblemáticos del país, entre los que se destacaba el proyecto de construcción y operación de la 'RUTA DEL SOL', importante vía de comunicación entre la Ciudad de Bogotá y la Región Caribe, para lo cual se constituyó en el mes de junio de 2009 el mencionado consorcio *'Estructura Plural Promesa de Sociedad Futura Concesionaria Ruta del Sol SAS'*, y en los días que antecedieron a la entrega de las propuestas (27 de octubre de 2009) se celebró otra reunión con GARCIA MORALES, -responsable de la adjudicación del proyecto, quien orientó a BUENO JUNIOR para que la compañía ODEBRECTH *'produjera una propuesta formalmente perfecta y se comprometió a influir en el proceso de licitación para que fueran descalificadas todas las demás propuestas que representasen cualquier vicio formal*'

"Sostiene que, *'el señor GABRIEL IGNACIO GARCIA MORALES, se comprometió a no permitir la relajación o flexibilización de los requisitos del pliego de condiciones en el momento de la evaluación de las ofertas (…)'*

"Afirma, que en esa misma reunión *'El Doctor GABRIEL IGNACIO GARCIA MORALES: solicitó a LUIS ANTONIO BUENO JUNIOR el pago de SEIS MILLONES QUINIENTOS MIL DOLARES (USD $6.500.000, oo) a cambio de orientar al consorcio para que ofertara una propuesta formalmente perfecta a efectos de que el contrato le fuera adjudicado'*

"Que *'BUENO JUNIOR trasmitió a su superior directo en Brasil LUIZ ANTONIO MAMERI la solicitud que hizo el Doctor GARCIA MORALES, procediendo a autorizar el pago del dinero solicitado'*

[399] "Sala de Casación Penal. Sentencia del 19 de agosto de 1976, M.P.: GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ, en Extractos de jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, julio diciembre de 1976, Colegio de Abogados Penalistas de Bogotá, pp. 40 a 42."

"Llegado el *'27 de octubre de 2009, se abrieron los sobres de ofertas de los tres consorcios concurrentes para el sector 2 del proyecto 'Ruta del Sol' y después del análisis técnico-formal hecho por la comisión de licitación, los demás consorcios concurrentes fueron descalificados, resultando vencedor el consorcio del cual hacía parte ODEBRECHT(...)'*.

"Que una vez GARCIA MORALES adjudicó el contrato el 15 de diciembre de 2009, en reunión celebrada en su residencia requirió al señor BUENO JUNIOR para el pago de los 6.5 millones de dólares; pagos que fueron programados por BUENO JUNIOR y operacionalizados por LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES ex empleado de ODEBRECHT en Brasil, en el período comprendido entre marzo y septiembre de 2010, para lo cual tuvo lugar la utilización de recursos económicos no contabilizados vía o*ffshore*, los cuales tuvieron como beneficiario a la empresa LURION TRADING INC., la cual fue indicada por el doctor GABRIEL IGNACIO GARCIA MORALES como beneficiaria de los recursos.

"Estos señalamientos concuerdan con el contenido del acto administrativo suscrito por el señor GABRIEL IGNACIO GARCIA MORALES en su calidad de Gerente Encargado del Instituto Nacional de Concesiones INCO, materializada mediante la Resolución No. 641 de 2009 del 15 de diciembre, por medio de la cual resolvió: *'ARTICULO PRIMERO: Adjudicar el Sector 2 de la licitación pública SEA-LP-001-2009 cuyo objeto es Seleccionar la Propuestas más favorables para la adjudicación de tres (3) Contratos de Concesión cuyo objeto será el otorgamiento a cada uno de los Concesionarios de una concesión para que realicen, por su cuenta y riesgo, las obras necesarias para la construcción, rehabilitación, ampliación y mejoramiento, según corresponda 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 uno o más de los siguientes sectores, Sector 1 Tobiagrande/Villeta - El Koran Sector 2 Puerto Salgar - San Roque y Sector 3. San Roque - Ye de Ciénaga y Carmen De Bolívar - Valledupar de acuerdo a lo establecido en el Pliego de Condiciones sus anexos y apéndices y demás documentos que lo conforman al Proponente N° 3 ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIO RUTA DEL SOL S.A.S. representado legalmente por LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR identificado con C.E. N° 370.013 de Bogotá e integrado por las siguientes firmas: (i) CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. (ii) ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRAESTRUCTURA LTDA, (iii) ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A. EPSLON (sic) S.A. (iv) CSS CONSTRUCTORES SA.'*

"Adicionalmente a lo anterior, tenemos la información suministrada a la Fiscalía General de la Nación por parte de las autoridades judiciales de Estados Unidos- ROBERT CAPERS Fiscal del Distrito Este de Nueva York, quien remitió a la Fiscalía General de la Nación copia de la Negociación de un acuerdo de admisión de culpabilidad, celebrado entre los ESTADOS UNIDOS DE AMERICA, a través del Departamento de Justicia, división Criminal de Fraude y la Fiscalía General del distrito este de Nueva York Sección de Fraudes EDNY Y ODEBRETCH S.A., el 21 de diciembre de 2016, donde en el acápite denominado 'Pagos corruptos oficiales y políticos extranjeros', señala entre otros aspectos, *'Entre 2008 y 2015, ODEBRECHT actúo en Latinoamérica a través de un líder representando a ODEBRECHT, este era el empleado SEIS, que también fue líder en Angola (...), y al referirse a Colombia señaló : 'Colombia.- Entre 2009 y 2014 ODEBRECHT realizó pagos por 11 millones en Colombia para asegurar contratos de obras públicas con un beneficio de más de 50 millones.- Por ejemplo entre 2009 y 2010 ODEBRECHT aceptó pagarle a través de la edición (sic) estructurada operaciones y el empleado SEIS, 6.5 millones en un soborno a un oficial del gobierno encargado de otorgar el proyecto de construcción y este oficial les daría ayuda y asesoría para ganar este proyecto'*

"Es el mismo documento -anexo B- 'ENTIDADES E INDIVIDUOS RELEVANTES- No. 12, describe al empleado SEIS así:

> *'12. Empleado número 'SEIS' ciudadano brasileño y cuya identidad se conocían a empresa y en Estados Unidos como un alto nivel ejecutivo del área intencional de ingeniería. Trabajo desde 2008 a 2015 y reportaba al empleado número 'UNO'. Su función era supervisar los directores de ODEBRECHT y los líderes de cada país especialmente de Angola y varios países latinoamericanos. Como parte de su supervisión, el empleado número 'SEIS' aprobaba pagos corruptos a oficiales extranjeros y a partidos políticos afuera de Brasil.'*

"Lo anterior para significar que se encuentra debidamente demostrada la materialidad del delito de cohecho impropio que la Fiscalía le formuló y que el señor GARCIA MORALES aceptó.

"Del delito de Interés Indebido en la Celebración de Contratos

> *... 'ARTICULO 409. INTERES INDEBIDO EN LA CELEBRACION DE CONTRATOS. El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en*

que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses'…

"En relación con el tipo penal de Interés Indebido en la Celebración de Contratos, la Corte Constitucional en sentencia C-128 de 2003 Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 409 de la Ley 599 de 2000 y 145 del Decreto 100 de 1980, precisó:

… '3.4.4 Por lo demás es claro, según la redacción del tipo penal, y la jurisprudencia referida, que el provecho a que alude la norma puede ser para el servidor público o para un tercero, siendo indiferente que se obtenga o no frente a la consumación del delito, basta el interés entendido como la falta de imparcialidad para intervenir dado el ánimo de beneficiarse o de beneficiar a un tercero, para que se entienda consumado ese elemento subjetivo del tipo penal.

Dicho provecho no es, de otra parte, necesariamente económico. Al respecto resulta pertinente referirse así mismo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en la materia en la que se ha hecho énfasis en este aspecto.

Ha dicho esta Corporación:

> *'El procesado (…) y su defensor han sostenido hasta el final, que la conducta atribuida es atípica, por cuanto la Fiscalía acogió para ello la definición gramatical de 'interés', que resulta más gravosa, al hacerla consistir en la 'inclinación más o menos vehemente del ánimo hacia un objeto, persona, narración, etc.' (f. 204 cd. 5 Fisc), y no la que se refiere a su contenido de 'provecho, utilidad, ganancia'.*
>
> *En contra de ese criterio, se observa que en el Acta N° 82 de la Comisión Redactora de 1974 de lo que vino a convertirse en el decreto 100 de 1980, se analizó el ahora artículo 145, estimándose adicionado el 167 del anterior estatuto, pues tal precepto únicamente contemplaba la ilicitud para 'El funcionario o empleado público... que directa o indirectamente se interese en provecho propio en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo', y la disposición actual abarca 'provecho propio o de un tercero', así mismo sin hacer referencia a que sea de carácter económico. De tal manera, el interés previsto por esta norma tampoco tiene que contener una significación pecuniaria, ni el provecho en si debe ser ilícito, sino que esa ilicitud se circunscribe al interés.*
>
> *Se reitera así lo analizado por esta Sala en sentencia de fecha 27 de septiembre del año en curso, radicación 14.170, con ponencia de quien ahora cumple igual función:*
>
> *'El interés previsto por ese precepto tampoco ha de ser, necesariamente, pecuniario, sino simplemente consistir en mostrar una inclinación de ánimo hacia una persona o entidad, con desconocimiento de los principios de transparencia y selección objetiva, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o sus funciones.'* [400]
>
> *3.4.5 Sobre el particular resulta importante precisar así mismo, que el bien jurídico que se pretende proteger con el tipo penal analizado no es el patrimonio de la administración, como tampoco la adecuada prestación del servido contratado, o cualquier otro diferente de la transparencia de la actividad contractual de manera que la confianza de los ciudadanos en la administración pública no se vea afectada por el comportamiento indebido de los servidores públicos que intervienen en ella.'*

"No hay duda de la intervención del señor GARCIA MORALES en la adjudicación del contrato al consorcio del que hacía parte ODEBRECHT, materializado en su ambición desde el momento en que se lanzaron las licitaciones de varios proyectos emblemáticos en Colombia, tal como lo narraron en su denuncia los funcionarios de ODEBRECHT donde señalan entre otras aspectos que su interés en contactar al señor GARCIA MORALES se generó por la investidura que ostentaba como Viceministro de Transporte y Director del INCO, por cuanto lo facultaba para beneficiarse con la adjudicación de la licitación, que desde el momento en que lo contactó BUENO JUNIOR por primera vez en el mes de mayo de 2009, obtuvo el acompañamiento y orientación hasta el día 15 de diciembre de 2009 fecha en la cual la licitación fue adjudicada; comportamientos que se materializaron en un sin número de reuniones realizadas tanto en el Despacho de García Morales como en su propio lugar de residencia.

[400] "Sentencia CSJ Sala de Casación Penal del 25 de octubre de 2000 Proceso 15273 M.P. Nilson E Pinilla Pinilla."

"Interés del que no existe duda alguna, no solo por los señalamientos inequívocos efectuados por los ciudadanos Brasileros, sino por la prueba documental obrante en la actuación donde se evidencia el resultado final de la tarea materializada en la citada Resolución No.641 del 15 de diciembre de 2009, 'Por la cual se adjudica el Sector 2 de la Licitación Pública SEA-LP001-2009' donde se advierte que GARCIA MORALES sin mayores argumentos descartó a otros proponentes y adjudicó la licitación a *ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIO RUTA DEL SOL SA.S. representado legalmente por LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR,* cumpliendo así con el compromiso fraguado desde mayo de 2009.

"Los altos directivos de Odebrecht no tuvieron ningún miramiento a la hora de señalar categóricamente a GARCIA MORALES, como responsable de la escogencia subjetiva de su consorcio para adjudicarle la licitación aludida; señalaron pormenorizadamente circunstancias de modo, tiempo y lugar como se produjeron sus encuentros y las componendas efectuadas todas dirigidas para que la licitación les fuera adjudicada; para ello recibieron de GARCIA MORALES no solo la asesoría necesaria sino también la promesa de que nadie se interpondría en el camino para que el contrato les fuera adjudicado por él mismo, lo que en efecto ocurrió.

"En el presente caso, el bien jurídicamente tutelado es de la ADMINISTRACION PUBLICA, bien jurídico de suprema importancia dentro de un estado social de derecho, donde se debe tener por parte de todos los coasociados, total confianza en la ejecución realizada por parte de la administración, dentro de las funciones que le son propias, ejecución dentro de la que se comprende el correcto proceder de los funcionarios, exentos de cualquier motivación externa, tal como se contempla la trasparencia que debe gobernar los procesos contractuales en los que participa el Estado, los que deben tener como única motivación la satisfacción de los interés oficiales y no otros, como se puede ver, el bien jurídico tutelado comprende varias aristas, inclusive aquí solo se han mencionado unas, lo cual marca que igualmente puede desconocerse de diversas formas.

"La conducta del señor GARCIA MORALES es un perfecto ejemplo de cómo se puede afectar de diversas formas la administración pública, desconoció los deberes del cargo que ostentaba, director del INCO y aceptó coimas para efectuar un acto para el que solo lo debió motivar el cumplimiento de la labor para la que fue contratado, proceder que afecta el bien jurídico tutelado, pues cierne un manto de duda respecto del proceder de los empleados del Estado, ello en punto a la imagen que tiene la colectividad, pues genera una pérdida de confianza, la que puede hasta ser irreparable; el señor GABRIEL IGNACIO GARCIA MORALES antepuso su intereses personal, económico, por sobre el oficial, al adjudicar el contrato del tramo dos de la ruta del sol al consorcio al que pertenecía ODEBRECHT, desconociendo la función de la que fue investido, lo que genera desprestigio en los procesos contractuales y le hace perder credibilidad al Estado Colombiano, lo que de forma evidente trastoca la administración pública; lo cual no deja dudas de la afectación al bien jurídico tutelado del que se viene hablando.

"La culpabilidad del señor GABRIEL IGNACIO GARCIA MORALES, se soporta también con los diferentes medios de prueba referenciados e incorporados en la actuación, mismos que permiten edificar un juicio de reproche relevante en su contra, dado que se trata de un persona imputable, que conocía la ilicitud de su actuar y teniendo la capacidad de redireccionar su comportamiento no lo hizo.

"Con fundamento en lo anterior, acreditada entonces, la tipicidad de las conductas que fueron aceptadas por el señor GARCIA MORALES; la efectiva vulneración de los bienes jurídicos protegidos, así mismo como la responsabilidad que le asiste en su producción al doctor GABRIEL IGNACIO GARCIA MORALES, debe asumir las consecuencia jurídicas por haber infringido la ley.

"DE LA DOSIFICACIÓN E INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

"Como se trata de un concurso heterogéneo de conductas punibles, se tendrán en cuenta los criterios establecidos en el artículo 31 de la misma obra, de acuerdo con lo cual la pena imponible será la establecida para el delito más grave, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas.

(…)

"El atentado contra la administración pública cometido por el señor GABRIEL IGNACIO GARCIA MORALES es de suma gravedad por el resquebrajamiento de la confianza de los asociados en quienes manejan la cosa pública, de quienes se espera el cumplimiento de los postulados consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, donde establece: *'La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad'* (valores que trastocó el señor GABRIEL IGNACIO GARCIA MORALES en aras de su beneficio personal, valiéndose de las influencias derivadas de su posición de servidor público); el daño real y potencial también es de consideración, pues se afectaron los postulados básicos de la contratación estatal, que deben respetarse en un proceso licitatorio del orden nacional, cuyos efectos trascienden nuestras fronteras y mina la confianza de la inversión extranjera, a más que los demás proponentes podrían inclusive iniciar acciones contenciosas, con el eventual detrimento de las arcas públicas del Estado. En punto a intensidad de dolo, respecto del cual debe destacarse la forma premeditada en que se ejecutó el delito, ello al punto de direccionar conscientemente toda la propuesta para hacerla perfecta, para no levantar sospecha alguna respecto de la componenda, por lo que se estima razonable aumentar la penalidad a veinticuatro (24) meses, coincidiendo en este aspecto con lo que al respecto imploran tanto Fiscalía, agentes especiales de la Procuraduría General de la Nación, la defensa técnica y el apoderado de víctimas que representa a la Contraloría en este asunto.

"En las anteriores condiciones se aplicará al imputado, la pena de OCHENTA Y OCHO (88) MESES DE PRISION esto respecto del delito de interés indebido en la celebración de contratos.
"Ahora continuamos con la individualización del delito de Cohecho Impropio.

(…)

"También se hace necesario ponderar, como ya se dijo, los fundamentos reales no modificadores de la pena previstos en el artículo 61, inciso 3° del Código penal, esto es: *'La mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad. La intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto'*

"Con ese propósito, debe recordar el Juzgado que el artículo 59 del Código Penal[401] exige que la labor de dosificación de la pena debe atender a un ejercicio de ponderación de finalidades punitivas, mismos que, como lo ha reiterado la Corte Suprema de Justicia, no solo legitima la función punitiva del Estado sino que garantiza los derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa y al recurso efectivo: *'pues sola ante una motivación explicita y suficiente es dable ejercer control sobre la conexión de la decisión y, de esa manera, ejercer la prerrogativa de impugnación…'* [402]

"Sobre este marco conceptual, hemos de afirmar que frente a la gravedad de la conducta y el daño causado, estima esta funcionaria que se acreditan circunstancias como las ya mencionadas en el delito anterior, que permiten incrementar el juicio de reproche punitivo, ello en atención a que se trata de un comportamiento que socavó los cimientos que deben regir el comportamiento de los servidores públicos que como su nombre lo indica estamos al servicio del interés general, que por tratarse de un funcionario público de alto nivel le era exigible un comportamiento acorde con la dignidad que ostentaba y que el asunto en el que intervino, se interesó y por el que aceptó promesa remuneratoria es de aquellos de mayor importancia a nivel nacional, considera esta Juzgadora que el aumento por estos conceptos será de QUINCE (15) MESES y QUINCE (15) DIAS DE PRISION, para una pena a imponer de SETENTA Y NUEVE (79) MESES y QUINCE (15) DIAS DE PRISION."

Esta decisión judicial no fue recurrida razón por lo cual quedó debidamente ejecutoriada e hizo tránsito a cosa juzgada.

5.9. La declaración rendida por GARCIA MORALES ante este Tribunal Arbitral

[401] "CODIGO PENAL. Artículo 59. Motivación del proceso de individualización de la pena. Toda sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena."
[402] "CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, sentencia SP 918-2016 DEL 3 DE FEBRERO DE 2016, radicación 46647, MP. Dr. José Leónidas Bustos Martínez."

Citado por este Tribunal Arbitral, el condenado GABRIEL IGNACIO GARCIA MORALES, concurrió por medios virtuales a la audiencia pública celebrada el 26 de febrero de 2018 (Acta No. 66), en calidad de testigo citado de oficio, el cual respondió en este proceso arbitral el siguiente interrogatorio:

> SR. GARCÍA: Mi nombre es Gabriel Ignacio García Morales... actualmente me encuentro en La Picota condenado por los delitos de cohecho impropio e interés indebido en la celebración de contratos y soy casado, esa es la información general. La razón por la cual he sido condenado son esos delitos y están relacionados con la adjudicación del sector 2 de la Ruta del Sol, lo cual ocurrió en diciembre de 2009, en desarrollo de mi compromiso de colaboración con la Fiscalía General de La Nación y con las demás entidades de control he suministrado toda la información en cuanto a cómo se dieron los hechos de dicha adjudicación.
>
> He dado información en relación a los otros involucrados en lo que tuvo que ver con dicha adjudicación, de manera que cualquier detalle que no alcance yo a expresar en esta reunión está en las declaraciones que hice ante la Fiscalía General de La Nación en los interrogatorios y en las declaraciones que he hecho ante la Procuraduría General de La Nación en más de 6 ocasiones. Los delitos que cometí se dieron en medio del proceso de adjudicación de Ruta del Sol sector 2, fui el encargado de en ese entonces Instituto Nacional de Concesiones alrededor del 20 de septiembre de 2009 cuando ya los pliegos se encontraban cerrados y cuando ya el proceso estaba solamente para recibir propuestas y proceder a la adjudicación.
>
> De manera que no tuve ninguna intervención en los temas de pliegos y solo marginalmente como viceministro tuve participación en algunas reuniones de estructuración, especialmente en lo que tiene que ver con las proyecciones de demanda, que es el tema de mi experiencia profesional y algunos temas financieros, pero no tuve ninguna injerencia en los temas de definición de los términos de referencia. Lo que tuvo que ver con mi participación ya lo he narrado en detalle, básicamente es un resumen y quedo abierto a cualquier pregunta, es que fui contactado por el señor Luiz Bueno… (Interpelado)
>
> DRA. HOYOS: Voy a interrumpirlo un momento solamente para efectos de aclararle que no tenemos sus declaraciones de la Fiscalía, no tenemos las de la Procuraduría, todas, no nos han sido proporcionadas, por tanto, le pedimos que en su relato sea lo más detallado, claro y comprensivo que sea posible. Esto es parte de su colaboración con la justicia, pero desafortunadamente por temas de reserva y por otros problemas burocráticos no hemos tenido acceso a esa información y este Tribunal tiene que proferir un laudo en un término específico y no podemos esperar a que todas las autoridades nos entreguen los documentos. Por eso es que nuevamente le pido que sea detallado, sabemos que lo ha contado muchas veces y que puede estar un poco cansado de eso, pero le vamos a solicitar que lo vuelva a hacer, muchas gracias.
>
> SR. GARCÍA: Yo fui, primero, abordado por el señor Luiz Bueno en varias oportunidades dentro del desarrollo normal de mis funciones como viceministro mucho antes de haber sido encargado de la adjudicación del INCO, estuve en varias reuniones publicas en las que Odebrecht se presentó ante el Ministerio como una firma que había estado en Colombia que estaba muy interesada en participar en los nuevos procesos de desarrollo de infraestructura, dentro de los cuales estaba Ruta del Sol, también manifestaron interés en una hidroeléctrica en Antioquia, la hidroeléctrica Lituango y algunas obras en la ciudad de Bogotá.
>
> Mis reuniones inicialmente fueron de relaciones públicas normales en donde se hacía una introducción a la empresa y al interés de la misma, fueron reuniones en desarrollo de presentaciones normales de Odebrecht con su interés de participar en los desarrollos de infraestructura en Colombia, posteriormente, luego de ser encargado del Instituto Nacional de Concesiones tuve algunas conversaciones con él en las que me manifestó algún interés en vinculaciones futuras luego de vencer mi inhabilidad, inicialmente las conversaciones se desarrollaron en torno a una posibilidad de trabajo futura con Odebrecht.
>
> A lo cual tengo que reconocer que, a pesar de que yo tenía una inhabilidad, no fui lo suficientemente contundente y permití que la inapropiada propuesta se ampliara y se iniciara una relación que hoy reconozco como indebida, en la medida en que yo tenía en mi competencia una adjudicación en la cual él ya está siendo beneficiario y esta relación…

(…)

SR. GARCÍA: Ya siendo gerente encargado del INCO tuve varias conversaciones con él, tuve esa conversación indebida en la cual, primero, se me hizo la oferta futura de una vinculación, etcétera, y reconozco que no he debido dejar que esa conversación avanzara, porque yo tenía dentro de mi competencia una adjudicación que los beneficiaba a ellos y esto podría constituir en el futuro un interés indebido en la celebración de contratos.

Pero en ese momento no se me requirió ninguna intervención ni ninguna tarea específica como retribución por esa pre oferta, diría yo. En desarrollo de esas conversaciones llega un momento en que el señor Luiz Bueno me manifestó que a él le preocupaba mucho que en Colombia había muchas quejas con los procesos licitatorios y que ellos lo único que querían era que se les diera un tratamiento justo y equitativo en cumplimiento de la ley de los pliegos, me manifestó que ellos, por su competencia técnica, pero además por su capacidad financiera y con el socio que tenían en Colombia que era el grupo Sarmiento, consideraban ellos que tenían la mejor oferta posible.

Luego, en una reunión clandestina que tuvimos, él me hizo una oferta concreta de que, si yo me aseguraba de que no hubiera intervenciones indebidas en el contrato, ellos estaban dispuestos a darme una compensación, digo compensación, porque los términos en que lo refirió eran esos, yo reconozco que no era más que un soborno disfrazado de una buena expresión, pero su solicitud fue en términos de que se acogiera lo que estaba establecido en los pliegos y que se respetara el proceso licitatorio como tal. Esto fue después de presentadas las propuestas, que ellos tenían la total seguridad de que difícilmente alguien podía competir con ellos en esas condiciones.

Posteriormente, cuando salió el primer informe de evaluación él me ratifica diciendo que los otros 2 proponentes, algunos habían cometido no solamente errores, sino falsedades y otro proponente, específicamente OHL había cometido un error en la presentación de la propuesta, o no un error, sino una decisión que le restaba puntos en la calificación técnica, él en todo momento insistió en que yo debía acoger lo que estuviese respaldado por la Procuraduría y la Contraloría de ese entonces y para efectos de esta evaluación yo determiné crear mediante resolución un grupo asesor especial conformado por diferentes especialistas.

Recuerdo específicamente la participación del doctor Ricardo Hoyos en los temas de derecho administrativo, recuerdo la participación del doctor Gustavo Bueno en temas comerciales, recuerdo a otros expertos, si mal no recuerdo estaba una abogada Alessia Abello de Posse Herrera en ese comité, estaba el director de infraestructura para América Latina de la IFC, Richard Cabello, entre otros. Esa información yo se la suministré a la Procuraduría, las copias que tenía se las entregué a la Procuraduría, así que próximamente podré tener copia y se las haré llegar.

La función de ese comité asesor era dirimir diferencias o inquietudes que se presentaran al interior del comité evaluador, porque en todo momento lo que se esperaba de esa evaluación es que fuera consensuada, es decir, que no hubiese ninguna diferencia de alguno de los miembros, ese comité conceptuó sobre aquellas cosas en las que tuvo duda el comité evaluador, específicamente la razón por la cual las personas de OHL quedaban descalificadas, el comité aceptó las recomendaciones de ese consejo asesor, porque los conceptos de ese comité no son vinculantes, pero el comité evaluador decidió aceptar.

El resultado final, luego de haber recibido todas las observaciones e inquietudes por parte de los participantes, de la Procuraduría y de la Contraloría, era que quedaba adjudicada a Odebrecht, al consorcio en el cual participaba Odebrecht. De manera que la intención que él tenía era, en sus palabras, que algunos de los participantes tuvieran influencias indebidas como las que él mismo estaba realizando, como se lo he narrado a la Fiscalía, para efectos de esa adjudicación también le solicité al señor Luiz Bueno que me diera un concepto personal, porque uno de los eventos que me ocurrió con él fue que en algún momento los medios diseminaron el rumor de que eso iba a ser adjudicado a los señores Nule, quienes ya habían sido incluso descalificados por parte del comité evaluador.

Frente a eso, él en alguna reunión me manifestó que tuviera presente que, si ellos no eran adjudicatarios, iban a demandar ante el Consejo de Estado, a lo cual yo respondí que era su derecho, pero también me dijo que me demandaría a mí penalmente por celebración indebida de contratos, dado que ellos tenían la total seguridad de que ellos ganaban esa propuesta por los aspectos técnicos y jurídicos. Frente a eso, días más tarde, frente a mi preocupación de que yo pudiera estar en medio de

una disputa jurídica, le solicité extraoficialmente de manera clandestina que necesitaba el concepto de un abogado sobre la legalidad de dicha adjudicación, todo esto frente a la advertencia que él me hizo sobre la presunta denuncia penal.

Él me puso un listado de abogados que eran o de planta o asesores de Corficolombiana, entre los cuales yo escogí a un abogado y el día de la audiencia de la adjudicación recibí de manera clandestina ese concepto, yo ese concepto lo guardé y lo aporté a las entidades que ya he mencionado, es un concepto que, como la Fiscalía pudo probar, efectivamente fue pagado por Corficolombiana y era un abogado que tenía una relación de tiempo atrás con Corficolombiana, yo escogí ese abogado simplemente porque reconocía su prestigio profesional, no lo conocía personalmente, pero conocía la trayectoria de su carrera.

DRA. HOYOS: Quién era ese abogado?

SR. GARCÍA: El doctor Hugo Palacios. También me manifestó en ese momento del afán de la adjudicación, porque allí hubo varias estrategias que ellos utilizaron, una estrategia mediática, una estrategia de intimidación por parte de políticos, una estrategia de intimidación por parte de otros funcionarios del Gobierno y en desarrollo de esa intimidación él me dijo que ellos conmigo necesitaban un seguro, porque ya habían invertido muchos recursos en lo que ellos denominaban lobbies, yo no tengo información sobre esos recursos, pero me aseguró que habían invertido más de 15 millones de dólares en gestiones para promover la adjudicación.

No tengo pruebas de eso, no tengo conocimiento de giros de recursos ni de ese concepto, solamente lo que él me mencionó y en primera instancia, él me mencionó unos valores muy diferentes a los que terminaron siendo los del soborno, en primera instancia eran 2 millones y medio de dólares y tengo que reconocer que yo accedí a esa propuesta sin ninguna garantía de nada, yo no recibí ningún documento ni ningún contrato o pagaré que me garantizara ese pago, simplemente después de la adjudicación él me contacta y me dice que necesita a alguien que reciba esos pagos, que tiene que ser una persona que tenga empresa en el exterior con trayectoria, para lo cual yo lo puse en contacto con el señor Enrique Ghisays.

Le di los datos del señor Enrique Ghisays, quien fue contactado después, según entiendo, porque yo no conocí al famoso señor que manejaba la oficina de estructuración, quien lo contactó mediante vía mail y después, en una reunión en la oficina de unos abogados en Miami, en donde estaban constituidas las empresas y las cuentas que se abrieron en la banca privada de Andorra. Lo que ocurrió posteriormente a partir de marzo, si mal no estoy, empezaron a llegar unos giros, creo que los primeros fueron de 500 mil y de 2 millones de dólares y posteriormente siguieron llegando unos pagos hasta completar 6.5 millones de dólares.

Debo aclarar esto, porque lo cierto es que el monto de 6.5 millones de dólares nunca fue formalmente acordado , lo que yo pude verificar en una reunión a la cual fui citado a mediados del 2016 y hago un poco de contexto de esa re reunión, al señor Luiz Bueno yo no lo volví a ver y alrededor de mayo de 2016 recibo una comunicación por chat en la que me dice que necesita verse conmigo un amigo brasilero, yo lo identifico y me ponen una cita en las oficinas de Odebrecht un sábado, recuerdo específicamente el día, porque él viajó de Brasil y llegó en la madrugada del sábado, en esa reunión él me manifestó que no había ningún problema, que todo estaba bajo control, que mi nombre no aparecía en ninguna parte, pero que él necesitaba tener claridad de las cuentas, porque ellos habían destruido parte de esa información antes de la llegada de la Policía Federal a sus oficinas en Brasil.

Lo que pude notar es que al parecer él recibió autorización para girar un soborno de 6.5 millones de dólares y las instrucciones se cumplieron en ese sentido, pero esa no fue la cifra que él había acordado conmigo, sin embargo, yo pensé que esa reunión era para que yo devolviera el excedente que se había girado, pero finalmente no fue así, hubo un problema de coordinación interna y se giraron esos recursos, en esa reunión también me manifestó que no había ningún problema, que todo estaba bajo control, que mi nombre no aparecía en ninguna parte y que simplemente ellos querían era buscar la forma de legalizar esos pagos con el señor Enrique Ghisays.

Para lo cual le ofrecieron que suscribiera un contrato de asesoría que posteriormente terminó siendo igual al contrato que suscribió el señor Otto Bula como yo lo pude verificar y muy parecido, sino igual a los contratos que firmaron con las empresas en donde estaba vinculado el señor Kuczynski en Perú, era un contrato donde se hablaba de un objeto de estructuración financiera con una comisión de éxito,

ellos buscaban legalizar esos giros de alguna manera con Enrique Ghisays, pero Enrique y yo le manifestamos en ese momento que nos parecía muy complicado que él estuviera firmando un contrato de estructuración, cuando él no tenía ninguna trayectoria en ese sentido y por ese valor, que era como cubrir un delito con otro delito, de manera que por eso fue que no se accedió a la firma de ese contrato.

Ellos estuvieron en Cartagena en las oficinas de Enrique, yo estuve presente, estuvo el señor Martorelli y el señor Amilton Hideaki tratando de convencer a Enrique para que firmara dicho contrato buscando una justificación diferente, si se podía, para darle apariencia de legalidad a esos pagos ilegales. Como pude ver yo en las declaraciones del señor Hideaki, ellos disfrazan el tema de esa visita a Cartagena diciendo que era para estudiar la posibilidad de unas inversiones en el proyecto de ampliación de la base naval, lo cual es falso y me parece a mí que es la misma estrategia de seguir justificando actuaciones presuntamente ilegales en las cuales yo participé.

El señor Enrique Ghisays, a través de esa empresa que ya estaba constituida previamente, recibió los pagos de los cuales yo dispuse de algunas sumas, entre ellas la compra de 2 millones de dólares en acciones de Pacific Infrastructure, que es la compañía que tiene un puerto en Cartagena, las cuales yo entregué voluntariamente a la Fiscalía, porque eso no fue como se ha pretendido presentar en los medios, eso estaba en una firma offshore en la cual no apreciamos ni Enrique ni yo y entregué esas acciones.

También dispuse para diferentes pagos de alrededor de una suma de US$2.980.000, es decir, 980 mil dólares de los 2 millones y Enrique recibió como remuneración por esa intermediación 750 mil dólares, pero decidió invertir unos montos en la bolsa los cuales se perdieron y también había dado como garantía de pago de esos proveedores una suma en una de las cuentas que él manejó, porque entiendo que también él manejó unas cuentas en Estados Unidos y cuando se quebró su firma aquí en Colombia, los proveedores ejercieron esas garantías. Por eso es que finalmente yo dispuse solamente de los 2 millones de acciones y 980 mil dólares.

El compromiso adquirido era respetar los pliegos y acoger el informe que presentara el comité evaluador y las observaciones que presentaran las entidad de control, en ese momento la Contraloría y la Procuraduría, como prueba de eso también adjunté una carta que radica el contralor delegado para infraestructura el día de la audiencia donde ratifica que el proceso de evaluación había sido objetivo y que el cumplimiento de garantías consideraba que el resultado de la evaluación presentada por el comité cumplía con todos los requisitos y yo debía acogerlo.

Esto, si bien yo he reconocido que cometí un delito por el cual estoy pagando cárcel y reparando las víctimas, esto fue un entramado, no fue simplemente una reunión que hizo el viceministro con un funcionario o representante de Odebrecht, aquí hubo muchas más aristas en donde participaron congresistas, funcionarios del Gobierno, medios de comunicación y tengo un relato mucho más grande que, por supuesto, esto dispuesto a hacerlo en caso de que se me solicite, pero creo que lo relevante es reconocer que efectivamente el proceso se adjudicó y hubo de por medio unos sobornos dirigidos a mí para garantizar que se diera esa adjudicación en los términos de cumplimiento de ley. Definitivamente sí hubo un soborno, que fue como un seguro que ellos pagaron para que yo no me desviara, en sus palabras, del objetivo que ellos tenían.

DRA. HOYOS: Quiero que sea más preciso. Qué era lo que usted tenía que hacer, porque según usted acaba de decir, lo único que tenía que hacer era no atravesarse, eso fue lo que le entendí. Usted no tuvo ninguna participación directa ni ejerció ningún comportamiento tendiente a que la licitación fuera efectivamente adjudicada a Odebrecht. Le pido que lo ponga en sus palabras y precise ese punto?

SR. GARCÍA: Quiero dejar absoluta claridad sobre ese tema, porque como lo ha podido comprobar la Fiscalía y desafortunadamente algunos medios han tratado de manipular la información diciendo que hubo una intervención mía en la estructuración de los pliegos, quiero dejar absoluta claridad, porque entiendo que algunos de esos medios están involucrados también en estos hechos, algunos, no todos, a mí nunca se me solicitó ni manipular los pliegos, lo cual no pude hacer, entre otras cosas, porque mi cargo comienza el 20 de septiembre y la estructuración fue responsabilidad del IFC y nunca se me exigió que me aparta ni de la ley de contratación ni de los pliegos de condiciones.

Lo que se me pidió fue que fuera garante de que se diera la adjudicación en los términos de los pliegos y de la ley y nuevamente insisto en que lo que se me dijo fue que tenían mucho temor de que hubiese

intervenciones de terceros, en otras palabras, ellos estaban pensando que había otras firmas que estaban haciendo lo mismo que ellos y la prueba de ello es que la firma OHL, la única que fue eliminada por error y no por ilegalidades ni falsedades, como sí lo fueron los señores Nule, esa firma no demandó la adjudicación, a pesar de que sí manifestó que…

(…)

DRA. HOYOS: Sí, perfectamente. Íbamos en que Odebrecht tenía temor de que terceros estuvieran haciendo lo mismo que ellos y que usted comenzó a precisar que OHL, que fue una firma que se eliminó por error y no por ilegalidades ni falsedades como en el caso de los Nule, ahí usted estaba precisando algo de OHL

SR. GARCÍA: Sí, la firma OHL que fue eliminada por unos errores que detectó el comité evaluador, la mayor prueba de que sí se ajustó a la ley la adjudicación fue que ellos no demandaron, teniendo el derecho de demandar, ellos pudieron haber demandado su adjudicación y no lo hicieron, pero en fin, la Fiscalía ha podido comprobar y quiero aclarar que quien hace esta asunción soy yo, ellos pensaron que había alguna interferencia en la adjudicación por parte de otros funcionarios y les preocupaba que esa interferencia diera al traste con su objetivo de ser los adjudicatarios de la Ruta del Sol.

Si mal no recuerdo, hubo varias comunicaciones, por ejemplo, hubo una comunicación que envió OHL donde le hacía copia al secretario general de presidencia y ellos interpretaron eso como que OHL tenía una cercanía con presidencia a través de ese funcionario y probablemente podría intentar interferir en la adjudicación, quiero aclarar que nunca tuve ninguna intervención por parte de ese funcionario, pero sí hubo varias señas que a ellos los hacía pensar que había otros intereses en la adjudicación que iba en contravía de sus intereses de ser los adjudicatarios de dicha licitación.

DRA. HOYOS: Hubo algo que no entendí bien y es lo relacionado con el concepto que usted pide del doctor Hugo Palacios. Nos puede precisar por qué usted pide ese concepto y qué dice el mismo?

SR. GARCÍA: Sí, no solo se lo puedo precisar, sino que le puedo hacer llegar copia del concepto, en el proceso de adjudicación hubo una carta que, si mal no recuerdo, salió del comité evaluador el 19 de noviembre de 2009 en donde lo que se dice es que hay algunos temas subsanables y se les dice a los participantes que hay una serie de elementos subsanables que debían proporcionar y al final, hay un párrafo que dice que, de no entregar dicha información en el término de tantos días, su propuesta será rechazada.

El señor Luiz Bueno en primera instancia entendió eso como que había un interés de rechazarlo, no sé si el procedimiento en Brasil sea sustancialmente diferente, pero él lo sintió como una amenaza, así que llega a mi oficina y me dice que yo estoy poniendo en riesgo no solamente las inversiones y gastos que ellos han hecho en materia del lobby, sino que además estoy poniendo en riesgo unos aportes a la campaña de Santos Presidente, a lo cual ellos se habían comprometido como resultado de dicha adjudicación.

Ahí es cuando me dice que ellos demandarían, que sus jefes y socios me mandan a decir que no solamente ellos demandarían la adjudicación, sino que me denunciarían penalmente por celebración indebida de contratos, si yo no acogía la evaluación o los términos en que el comité evaluador lo estaba sugiriendo, en otras palabras, que no fueran ellos los adjudicatarios. Frente a esa amenaza, muchos días más tarde en la audiencia de adjudicación, este proceso se adjudicó en 2 sesiones de audiencia de adjudicación en el 14 y 15 de diciembre.

El 14 de diciembre, recordando yo, entre comillas, dicha amenaza, se me ocurrió tener un seguro jurídico que me diera la tranquilidad a mí por encima de los conceptos que estaban sobre la mesa en el proceso de evaluación y en la discusión del mismo, que me diera a mí la garantía a futuro de que no iba a tener ninguna dificultad, por lo menos en lo que tiene que ver con celebración indebida de contratos, es decir, que la adjudicación estuviese mal hecha, es cuando él me ofrece abogado y yo le solicito específicamente que quisiera que fueran abogados o asesores de Corficolombiana, él me da un listado de abogados que trabajaban para Corficolombiana y yo escogí ese concepto.

Ese concepto lo que dice es básicamente que la eliminación de OHL se ajustaba a la ley y a lo establecido en los pliegos que eran ley entre las partes, ese concepto hace referencia a lo que dicen los pliegos y a una sesión de preguntas y respuestas que se dio durante el proceso en la cual yo no

participé, porque todavía no era encargado, en donde el punto específico que motivó la eliminación de OHL se pregunta y se da respuesta específica en el mismo sentido que meses más tarde se daría la adjudicación.

La adjudicación fue coherente con esa respuesta y con lo establecido en los pliegos, el concepto lo que hace es un desarrollo o concepto jurídico de si estaba acorde a la ley y a los pliegos la eliminación de OHL, de ese concepto yo les puedo hacer llegar una copia, fuer radicado en la entidad, me fue entregado personalmente por un funcionario de Corficolombiana el día 15 de diciembre a las 3 de la tarde, como una hora antes de que iniciara la segunda sesión de la audiencia de adjudicación.

DRA. HOYOS: Usted me puede decir quién pagó por ese concepto?

SR. GARCÍA: Sí, la Fiscalía pudo establecer que ese concepto fue pagado por Corficolombiana, pero yo prefiero que esa información la confirmen con la misma Fiscalía.

DRA. HOYOS: A quién estaba dirigido el concepto?

SR. GARCÍA: A mí personalmente.

DRA. HOYOS: Usted en algún momento tuvo una comunicación con el doctor Hugo Palacios?

SR. GARCÍA: Nunca, simplemente lo escogí porque reconocía su trayectoria, yo he estado vinculado siempre al sector de infraestructura y él fue uno de los redactores o promotores de la Ley primera de Puertos que ha sido un caso exitoso en Colombia y en otras de sus participaciones, de manera que tenía las mejores referencias en cuanto a su competencia en estos temas.

DRA. HOYOS: Usted en algún momento dice que tuvieron una amplia discusión con los señores Ghisays sobre el contrato que se iba a firmar para poder legalizar el pago de los 6.5 millones de dólares y usted nos dijo que básicamente tenía que ser un contrato de estructuración financiera, pero que ustedes se estaban negando al final. Qué contrato se suscribió con los señores Ghisays?

SR. GARCÍA: Ninguno, no hay ningún contrato ni documento o pagaré que garantizara el pago, ese contrato lo que pretendía era 6 o 7 años más tarde legalizar o justificar los pagos que se habían hecho en Andorra y como ya lo conocen los medios por el informe de El País, esos pagos venían de Klienfield Services que es la empresa desde la que se originaron los pagos de sobornos en la mayoría de los casos de corrupción y de sobornos que se entregaron en todo el continente.

DRA. HOYOS: Le entendí de su declaración que usted era simplemente una ficha en este rompecabezas y que había un entramado. Usted nos puede hablar de ese entramado?

SR. GARCÍA: Sí, aquí la estrategia de Odebrecht que, como ustedes han visto, el modus operandi no es en Colombia, sino que es en toda Latinoamérica, aquí había un modus operandi de más de 40 años de trayectoria, incluso antes de que yo naciera Odebrecht ya estaba en estas actividades, en donde había una estrategia jurídica, una técnica, una mediática y, por supuesto, una estrategia política, la estrategia política es reclutar a políticos connotados que estuvieran en condiciones en comisiones relacionadas con el control político a las entidades encargadas de las adjudicaciones.

En la estrategia política también había una estrategia de aportes a campañas políticas que, como se ha ido develando en los procesos penales, hay una estrategia mediática en donde ellos reclutaron algunos medios, eso es parte de mi principio de oportunidad y no puedo y no puedo dar datos específicos, porque hace parte de la reserva, pero había algunos periodistas muy importantes que apoyaron la estrategia de concebir el contrato de Odebrecht no solamente a través de una campaña de relaciones públicas, sino también de una campaña de desprestigio a los potenciales competidores.

También hubo una estrategia jurídica, porque como ustedes sabrán, el consorcio contrató abogados muy connotados y respetados que los asesoraron durante todo este proceso y además contrató también a mucho ex funcionarios que habían tenido que ver con el tema de infraestructura o economía en Colombia y en esa materia había un acompañamiento especial. Tenían una estrategia también técnica, porque lo que sí es cierto es que las capacidades técnicas de ejecución de Odebrecht aquí nunca se han puesto en entredicho y no podría yo hacerlo.

Tengo que aclarar que creo que difícilmente alguien en Colombia ha alcanzado los niveles de ejecución que alcanzó el consorcio en la ejecución del tramo 2 y tengo que aclarar también que, si bien el socio colombiano tenía alguna experiencia en la ejecución de obras, como ya lo hemos visto en los últimos hechos del puente, era una empresa que ejecutaba su propia ingeniería, el centro o fortaleza de la parte técnica estaba 100% en cabeza de Odebrecht y había una estrategia con funcionarios públicos donde, a través de vender su reconocimiento en la capacidad técnica y financiera, de alguna manera se hacía propaganda al interior del Gobierno que justificara en cualquier caso la adjudicación que estaba haciendo a uno de los mejores postores.

Y también había una estrategia ecologista que, como ya ustedes han conocido a través de los medios y como seguramente conocerán a través de las investigaciones que está adelantando la Fiscalía, ellos reclutaban, entre comillas, a personas muy influyentes para que respaldaran su ejecutoría y actuaciones en Colombia. yo me refería a que hay un entramado, porque hay participación de muchos sectores en el proceso de colaboración que inició Odebrecht en Latinoamérica y especialmente en Colombia solo hizo referencia a que había entregado sobornos a Gabriel García y al señor Otto Bula, a través de Otto Bula a unos políticos e hizo referencia a que el señor José Elías Melo tenían conocimiento.

Pero en todo momento ha estado tratando de cubrir a los otros participantes de este entramado de corrupción que tienen muy interesada a la Fiscalía, también resalto que había un componente muy importante, el de los aportes a la campaña Santos Presidente en ese momento, lo cual la Fiscalía ha venido documentando y los cuales fueron tramitados a través de funcionarios o personas vinculadas al Gobierno que han terminado involucrados en otros temas adicionales a la adjudicación del tramo 2, a eso me refería con que esto era un entramado de corrupción que va mucho más allá de la simple entrega de sobornos a 3 personas.

Hoy en día, como ustedes lo saben, hay más de 25 personas vinculadas, algunos ya estamos condenados, otros están en procesos de investigación y bueno, básicamente es el mismo modus operandi de Odebrecht en los demás países de Latinoamérica, por eso hice énfasis en que esa legalización a través de contratos que se hicieron a posteriori como fue el caso de Otto Bula, que también firmaron un contrato para legalizar unos pagos, como trataron de hacer con Enrique Ghisays y con el mismo formato de contrato, muy parecido al en que aparece la firma del presidente de ecuador, lo que demuestra que había todo un entramado, una estructura que organizaba en diferentes frentes estos actos.

DRA. HOYOS: Usted me puede decir por qué sabe de ese entramado, si usted al final nos estaba relatando una relación que tuvo con el señor Luiz Bueno. Por qué tiene ese conocimiento tan amplio de este entramado, como usted lo califica?

SR. GARCÍA: En primera instancia porque el señor Luiz Bueno me manifestó eso en varias ocasiones allá, pero lo segundo es que en las reuniones a las que fui citado en junio de 2016 no solamente confirmé el hecho, sino que pude extraer algunos pagos y la vinculación de algunas personas en el entramado de corrupción, por ejemplo, el pago de los 400 mil dólares en Panamá de unos supuestos afiches que fue un aporte a la campaña que ya fue aceptado por el señor Luiz Bueno, yo fui el primero en informar de ese pago y me enteré de él en la reunión de 2016, me enteré también de las relaciones con los medios y con algunos políticos por parte de Luiz Bueno, eso sí fue durante la época de la adjudicación.

Por ejemplo, cuando fui citado a debates en los que había un interés muy claro en intimidarme, Luiz Bueno me reconocía en ese momento que esa persona trabajaba con ellos y que luego la misma persona fue neutralizada, como efectivamente lo fue. Yo tengo mucha información, por el interactuar con ellos, pero especialmente por la reunión que tuve en junio de 2016 con el señor Luiz Bueno en Bogotá en la que él trataba de que aclaráramos los pagos, porque al parecer él había perdido la información, yo conocí muchos de los pagos y las relaciones que ellos venían teniendo y eso ha sido parte de las pruebas que he aportado a la Fiscalía.

DRA. HOYOS: Esa reunión fue a la que usted se refirió cuando Luiz Bueno le dijo que habían alcanzado a borrar los pagos antes de que las autoridades brasileras entraran a verificar la información?

SR. GARCÍA: Sí… y también había algunos pagos realizados, que por eso pude aportar esa prueba, unos pagos realizados que él pensaba que me habían hecho a mí en Panamá y no eran para mí, sino para otras personas, en esa reunión pude conocer muchos de los detalles, pude conocer que también

estaban legalizando los pagos al señor Otto Bula en un contrato firmado a posteriori, porque yo vi el contrato firmado por él, en fin, tuve acceso a mucha información que me permitió confirmar este entramado, que es el modus operandi que creo que ya han demostrado en Latinoamérica.

Pero a mí no me corresponde juzgar, eso simplemente en mi proceso de colaboración lo que estoy haciendo es tratando de esclarecer todos los hechos, porque si de verdad mi compromiso es el de esclarecer todos los hechos para que no se vuelvan a repetir, se necesita conocer la verdad y la verdad no es la que los medios están diciendo solamente, la verdad la conoce más la Fiscalía hoy en día con las pruebas que tiene.

DRA. HOYOS: Yo no tengo más preguntas, el Panel le va a hacer otro tipo de preguntas si son necesarias, muchas gracias.

DR. GONZÁLEZ: Un par de preguntas aclaratorias. Usted habló de un entramado y de un contrato que pagó Corficolombiana, sabe si Corficolombiana en particular, su expresidente o alguno de sus funcionarios sabía de todo este tema de pago de compensaciones como lo llamó Odebrecht en sus palabras o como lo llamó usted mismo, el pago de sobornos?

SR. GARCÍA: Yo, como lo he manifestado en la Fiscalía, no tengo pruebas de que ello sea así, el único conocimiento que tengo es por la información que me daba Luiz Bueno y específicamente por la solicitud clandestina de dicho concepto y que quien lo haya pagado y lo haya pedido había sido Corficolombiana. En todo momento lo que me decía Luiz Bueno a mí era que esa información acerca de los sobornos era plenamente conocida por Corficolombiana y por supuesto, cuando yo solicito ese concepto lo hago al abogado de Corficolombiana, porque sé que teniendo una mayor presencia aquí, tendría más tranquilidad en que el concepto era idóneo.

También es importante, no sé si eso es relevante para el Tribunal, pero es importante que le digan a la Fiscalía la información sobre los pagos que hizo Corficolombiana a las cuentas de Andorra, donde presuntamente está devolviendo la participación del 30 o 33% que ellos tienen en el consorcio de los sobornos que se giraron y que son presuntamente bastantes más de los 6.5 millones de dólares que fueron destinados a mí, pero esa información es de la Fiscalía y yo prefiero que sea la Fiscalía quien les dé los detalles del caso.

DRA. HOYOS: Si le acabo de entender bien, usted habló de unos pagos que hizo Corficolombiana a la banca privada de Andorra, eso es lo que usted acaba de decir?

SR. GARCÍA: Corficolombiana o Episol, no recuerdo, alguna de las empresas del grupo hizo unos giros a unas cuentas en Andorra y esa información fue suministrada por un funcionario de Corficolombiana o de Episol, de una de esas empresas, pero esa es información que tiene reserva y yo prefiero que sean ustedes los que se la soliciten a la Fiscalía.

DR. GONZÁLEZ: Usted tuvo conocimiento de comentarios de funcionarios de Odebrecht o del consorcio o de cualquiera de los socios vinculados o al consorcio o a la sociedad en el sentido de que esas platas que se pagaron por sobornos iban a salir del mismo contrato de concesión?

SR. GARCÍA: No, todo lo contrario, siempre se me indicó que, dentro de su modus operandi, Odebrecht destinaba como costo de las nuevas propuestas un monto que no salía del contrato, que no hacía parte ni de la fiducia ni del contrato, que eran recursos que ni siquiera estaban en el país como efectivamente se pudo demostrar, que eran recursos que estaban en el exterior y que ellos destinaban a través de la oficina de estructuraciones para gestionar este tipo de contratos, de manera que en esos recursos de los cuales giraban a los que ellos llamaban lobistas, pero también giraban para sobornos a los funcionarios, como es mi caso.

Pero siempre se me dijo que esa plata no salía de los contrato y de hecho, si ustedes pueden comparar los giros que se hayan hecho en la fiducia, no debe haber ningún giro relacionado con esos montos que se giraron y a mí siempre se me dijo que esos eran dineros que la empresa destinaba como parte de su promoción para lograr los objetivos de participar en las licitaciones y lograrlas. También se me habló mucho de la influencia que ellos tenían sobre el… y que dentro de la estrategia del gobierno brasilero de internacionalizar las compañías de ingeniería, el banco nacional le daba créditos subsidiados y a veces no reembolsables para promocionar la participación de estas empresas en el exterior.

DR. GONZÁLEZ: Usted tuvo conocimiento de la intención del concesionario o de su epecista de celebrar una serie de contratos que finalmente nunca se ejecutaron que han sido denominados contratos fantasmas o algo así?

SR. GARCÍA: No, es que en cuanto a ese modus operandi yo no tuve ningún conocimiento, porque incluso el contrato de Ruta del Sol tramo 2 tuvo una etapa de pre construcción en donde lo que se hace son los temas de ajuste de diseños, trámites y no se ejecuta prácticamente nada, se dedican es a hacer todos los trámites, los permisos y las gestiones encaminadas a afinar diseños, de manera que durante el tiempo en que se hicieron los pagos del soborno relacionado conmigo no hubo ni siquiera ejecución en esa materia, así que mal podría haber contratos ficticios con el concesionario.

En cuando a lo que tiene que ver con el contrato de… el supuesto contrato que se iba a firmar y que finalmente Enrique Ghisays no firmó, era un contrato que se hacía con una firma cuyo nombre no recuerdo, era un contrato con una firma extranjera que era presuntamente la titular o beneficiaria de algunas de las cuentas de las que salieron los sobornos. El contrato no se hacía ni con Odebrecht Colombia ni con la concesionaria, el contrato no se hizo finalmente.

DR. GONZÁLEZ: Gracias, no tengo más preguntas.

DR. PERILLA: Tiene la palabra el apoderado de concesionaria Ruta del Sol.

DR. VICUÑA: Le voy a pedir unas aclaraciones respecto de algunas afirmaciones que usted hizo. Manifestó que la empresa Corficolombiana le entregó un concepto del doctor Hugo Palacios Mejía, es correcto?

SR. GARCÍA: Me lo entregó un funcionario de Corficolombiana.

DR. VICUÑA: El contenido de ese concepto señaló usted que era respecto de la viabilidad de las inconformidades presentadas por OHL, correcto?

SR. GARCÍA: No, básicamente era un concepto en relación con la validez jurídica de la razón por la cual se estaba eliminando a OHL.

DR. VICUÑA: Cuál fue la recomendación del comité al que usted hizo referencia respecto de las observaciones hechas por la firma OHL?

SR. GARCÍA: Fue en concordancia con ese concepto, que debía ser eliminado, debía ser rechazada la propuesta… OHL se presentó a 2 de los tramos y los requisitos que se les hacían a los que se presentaban a más de un tramo tenían algunas diferencias con relación a los que se presentaban a un solo tramo, eso era lo que se conocía en los pliegos como propuesta con economía de escala o sin economía de escala, OHL se presentó y de alguna manera obvió los requisitos que se le hacían para efectos de aquellos que se presentaban para más de un tramo.

DR. VICUÑA: De acuerdo con su respuesta anterior, el concepto del doctor Hubo Palacios lo hizo cambiar de opinión respecto de las decisiones ya tomadas?

SR. GARCÍA: No, insisto en que yo buscaba una seguridad en ese sentido, tener una voz calificada que me soportara todo a lo que habían concluido tanto el comité evaluador como el comité asesor.

DR. VICUÑA: Me voy a referir puntualmente a aquellos eventos en los que usted dijo que había recibido propuestas indebidas para que nos concentremos en eso. usted manifestó que la primera propuesta indebida tenía que ver con una promesa de vinculación futura a la empresa Odebrecht, es correcto?

SR. GARCÍA: Sí, una eventual vinculación con Odebrecht en el futuro y cuando les manifesté en ese momento mi inhabilidad por un año, no como hoy que es por 2 años, él me manifestó incluso que podría ser en otro país para evitar la inhabilidad, es ahí cuando digo que no fui suficientemente contundente en rechazar dicha propuesta y, como lo he reconocido ante la Fiscalía, yo siento que desde ese momento yo ya estaba incurso, por lo menos, en el delito de interés indebido de contratos en caso de darse la adjudicación como se dio.

DR. VICUÑA: Cómo evolucionó eso al pago de los valores a los que usted ha hecho referencia?

SR. GARCÍA: Bueno, en las reuniones que tuvimos él me mencionó que tenía problemas en la empresa para justificar mi vinculación futura y que, a pesar de que lo habían hecho en otros casos, eso los había expuesto mucho ante las entidades de control y que habían decidido no seguir haciendo ese tipo de vinculaciones futuras a funcionarios que hubiesen participado en adjudicación de contratos donde ellos hubieran resultado beneficiarios.

DR. VICUÑA: Previo a la adjudicación del contrato esa propuesta a qué se cambió?

SR. GARCÍA: A un soborno al que ellos llamaban una compensación, una bonificación, pero que era un soborno, porque yo diera las garantías de que se cumpliera lo establecido en los pliegos y la ley, pero es un soborno.

DR. VICUÑA: Usted firmó el contrato de concesión Ruta del Sol 2?

SR. GARCÍA: Yo firmé el contrato de concesión, sí.

DR. VICUÑA: Usted firmó a sabiendas de que iba a recibir esa plata?

SR. GARCÍA: Sí, cuando firmé el contrato no había recibido nada, no tenía ninguna garantía, ni documentos ni pagarés, pero sí había la expectativa de recibir un soborno a futuro, aunque mi encargo en el INCO terminó el 20 de enero y yo me retiré del Viceministerio a principios de abril, cuando yo me retiré del INCO y vi que ellos no contactaban a Enrique, llegué a pensar que habían incumplido, pero sí tenía la expectativa cuando firmé el contrato de recibir un soborno.

DR. VICUÑA: Le insisto en la pregunta. Al momento de firmar usted lo hizo a sabiendas de que iba a recibir esa plata o por otra razón?

SR. GARCÍA: No, en primer lugar, firmé porque estaba seguro de que la adjudicación se había hecho conforme a la ley, pero también tenía la expectativa, es ahí donde se configura mi delito de interés indebido, de una compensación futura.

DR. VICUÑA: Al estilo de las preguntas de la Agencia, a usted le pagaron básicamente por cumplir con su deber?

SR. GARCÍA: Eso es lo que he entendido que se denomina cohecho impropio, que en cumplimiento de mi deber reciba sobornos, a pesar de estar cumpliendo con mi deber.

DR. VICUÑA: No tengo más preguntas.

DR. SANABRIA: Con ocasión de una pregunta que le acaba de formular el apoderado judicial de concesionaria Ruta del Sol usted respondió que, cuando suscribió el contrato, tenía una expectativa de recibir ese dinero. esa era una simple expectativa o era fruto de un acuerdo al que usted había llegado con el señor Luiz Bueno, representante de Odebrecht?

SR. GARCÍA: Era una expectativa, porque como les dije, fue un acuerdo verbal y nunca más volví a hablar del tema con Luiz Bueno, además de eso, como ya lo dije, no había ningún documento que soportara o garantizara el pago.

DR. SANABRIA: Ubiquémonos temporalmente, usted dijo en otra respuesta anterior… (Interpelado)

SR. GARCÍA: Un segundo, voy a avisarle al técnico que se está acabando la batería.

DR. PERILLA: En este momento se decreta un receso en el testimonio del señor Gabriel Ignacio García Morales.

DR. PERILLA: Se continúa con la recepción del testimonio del doctor Gabriel Ignacio García Morales. Le recuerdo, doctor García, que usted continúa bajo la gravedad del juramento.

DR. SANABRIA: Le había preguntado acerca de su entendimiento cuando celebró el contrato de concesión número 001 de 2010, usted me había dicho que ya lo había celebrado previo un acuerdo con los señores de Odebrecht para recibir una contraprestación por lo que en su momento habían acordado. Usted ha señalado que el acuerdo consistía en que se cumpliera la ley, en que no hubiese ninguna interferencia. Puede deducirse de esas respuestas anterior que ese acuerdo al que usted llegó con una remuneración, en sus palabras, con un soborno era para que nadie se atravesara en la adjudicación?

SR. GARCÍA: Sí, en los términos en que lo conversé con ellos era que no hubiera ninguna interferencia indebida en el normal transcurso del proceso licitatorio, dado que ellos consideraban que ellos eran los únicos habilitados y, por lo tanto, los beneficiarios de la adjudicación.

DR. SANABRIA: Me pareció entenderle que usted llega como director encargado del Instituto Nacional de Concesiones en noviembre de 2011?

SR. GARCÍA: No, septiembre 20 de 2009.

DR. SANABRIA: Para ese momento usted nos puede recordar en qué etapa se encontraba la respectiva licitación pública?

SR. GARCÍA: Ya estábamos en la etapa para recibir las propuestas, un mes antes de la recepción de propuestas.

DR. SANABRIA: En consecuencia, a partir de ese momento ya existía el acuerdo al que usted había llegado con las sociedades Odebrecht?

SR. GARCÍA: No, el acuerdo se hizo durante el mes de octubre, fue cuando se empezó a concretar el acuerdo.

DR. SANABRIA: Luego, para el momento en que se produce la adjudicación ya estaba en vigencia ese acuerdo verbal al que usted había llegado con las personas de Odebrecht?

SR. GARCÍA: Sí, el acuerdo verbal, correcto.

DR. SANABRIA: Me pareció entenderle que no se cuadró o no se acordó una suma fija por ese valor o el acuerdo incluía esa suma?

SR. GARCÍA: No, es que estas son unas conversaciones que dan en unas condiciones de clandestinidad y el señor Luiz Bueno no hablaba muy bien español, en esas conversaciones él nunca habló de una suma como la que terminó siendo, era eso a lo que me refería, él en la última conversación que tuvimos ya en diciembre previo a la adjudicación lo único que me dijo que iba a mejorar las condiciones, pero nunca me especificó el monto.

DR. SANABRIA: Gracias presidente, no más preguntas.

DR. GALLEGO: En respuesta que usted anteriormente le dio a este Tribunal a alguna de las preguntas que le hicieron manifestó que de algún modo Corficolombiana había hecho alguna operación financiera para consignar o devolver un dinero de Andorra?

SR. GARCÍA: No, ese es un tema del que yo me enteré hasta ahora en desarrollo de mi proceso, aparentemente una de las empresas relacionadas con Corficolombiana hizo un giro a las cuentas de Andorra que presuntamente son para el porcentaje equivalente de los montos que a ellos les correspondía asumir, claro que esos giros superan el valor del soborno de 6.5 millones de dólares.

DR. GALLEGO: Usted hizo referencia a una suma de 15 millones de dólares?

SR. GARCÍA: No, ese es un tema diferente, cuando Luiz Bueno me dijo que ellos habían gastado en tema de lo que ellos llamaban lobbies alrededor de 15 millones de dólares durante la preparación de la propuesta, pero eso no está relacionado directamente con el tema del rembolso de Corficolombiana, de eso me entero ya en mis declaraciones en Fiscalía y en la evidencia que me presentaron para que yo declarara.

DR. GALLEGO: Usted ha manifestado que el contacto que hizo para efectos de esta operación de soborno era solamente con el señor Luiz Bueno, cierto?

SR. GARCÍA: Sí, siempre fue con Luiz Bueno, aunque él siempre manifestaba estar actuando en nombre de sus jefes y asociados.

DR. GALLEGO: Alguna vez Luiz Bueno le dijo a usted si algunos de los miembros interesados en esta licitación, a parte de Odebrecht, tenía conocimiento de la operación que ustedes dos estaban haciendo?

SR. GARCÍA: Sí, él mencionó siempre que el doctor José Elías Melo estaba informado de todo.

DR. GALLEGO: Usted sabe si el doctor José Elías Melo por su parte le hizo algún pago u ofrecimiento?

SR. GARCÍA: No, yo nunca tuve ningún contacto sobre ese tema con el doctor Melo, lo único que hice fue solicitar el concepto privado para tener la seguridad jurídica y solicité a un abogado que fuera asesor de Corficolombiana, como efectivamente sucedió.

DR. GALLEGO: Usted solamente supo que estuviera informado de este asunto el doctor Melo o pudo haber otra persona a nivel de Colombia que conociera esa circunstancia que ustedes estaban negociando?

SR. GARCÍA: No, solamente me habló del doctor José Elías Melo, no tengo conocimiento de más nadie.

DR. GALLEGO: No más preguntas, gracias.

DRA. CONTRERAS: Cuéntenos usted cómo y cuánto hace que conoce al señor Ghisays Manzur?

SR. GARCÍA: Somos amigos de la infancia.

DRA. CONTRERAS: De acuerdo con lo que usted nos ha manifestado en su declaración, explique al Tribunal en qué consiste la comunicación que usted realiza con él para efectos de los pagos que realiza Odebrecht?

SR. GARCÍA: Luiz Bueno me dijo que para proceder a los pagos necesitaban yo les diera referencia de una persona que tuviera negocios y cuentas en el exterior y que tuviera una trayectoria de negocios que ya sean familiares o personales en el exterior, lo cuál quiere decir cuentas en el exterior, él era mi amigo y yo sabía que cumplía con esos requisitos, yo le avisé, di los datos de él y me dijeron que lo iban a contactar.

DRA. CONTRERAS: Cuando él hacía el contacto, adónde se dirigió y con quién se comunicaba?

SR. GARCÍA: Entiendo que él recibió unos mails de parte de una persona que se hacía llamar Tushio, que era una de las personas que manejaba la oficina de estructuraciones de Odebrecht en el exterior, esa fue la persona que lo contactó, entiendo que ellos intentaron varias reuniones, fracasaron y finalmente, se reunieron en Miami, porque Enrique tenía en esos días una reunión con sus proveedores, entonces aprovecharon para encontrarse en las oficinas de abogados Ackerman, si mal no recuerdo, inicialmente se pensó que sería una de las empresas de él, pero allá les dijeron que tenía que ser una empresa nueva y ahí tenían ya preconstituidas varias empresas, de las cuales él escogió una. Estaba una de las personas que manejaba las cuentas de la banca privada de Andorra que también inició el proceso de apertura de cuenta allí ese mismo día, esa es la información que tengo.

DRA. CONTRERAS: La persona que se encontraba en Estados Unidos le informaba a usted de las consignaciones, cuentas y valores sobre los cuales se hacían las transacciones?

SR. GARCÍA: Sí, él me informaba con alguna periodicidad en qué habían avanzado las cosas.

DRA. CONTRERAS: El destino de trasferencia de esos movimientos era una decisión que tomaban los dos de común acuerdo?

SR. GARCÍA: Es que se perdió la comunicación, me puede repetir?

DRA. CONTRERAS: Sí. Las decisiones que allí se tomaban respecto de esas transferencias y el destino de esos dineros se tomaban entre usted y el señor Ghisays Manzur?

SR. GARCÍA: No, la oigo muy distorsionada.

DRA. CONTRERAS: Ahora sí me escucha mejor?

SR. GARCÍA: Sí, la escucho.

DRA. CONTRERAS: La pregunta es si las decisiones frente a las transferencias y el destino de los dineros eran tomadas de común acuerdo entre los dos?

SR. GARCÍA: No, en lo que tenía que ver con el proceso de recepción de los dineros yo no tenía ninguna participación, sí sabía que era un soborno y algunas decisiones sobre esos dineros me las consultó, pero el procedimiento como tal de la recepción de dineros y la disposición de los mismos yo no tuve conocimiento específico, solo que él me contaba que se resumía en cuánto habían girado, en qué fechas y cuando yo le hacía la solicitud de pagar alguna cuenta o alguna cosa, esa era la comunicación que teníamos, en lo que tiene que ver con los dineros invertidos en la bolsa y de sus proveedores yo no le di ninguna instrucción.

DRA. CONTRERAS: Cuál fue la primera vez en la que usted se reunió con el señor Luiz Bueno?

SR. GARCÍA: La pregunta va a la primera vez que me reuní en términos generales o ya en desarrollo del delito?

DRA. CONTRERAS: En términos generales.

SR. GARCÍA: En términos generales, cuando él llegó a Colombia hizo una presentación, primero, en presidencia y después fue al Ministerio en un par de ocasiones a hacer una presentación de las oportunidades que veía Odebrecht en Colombia y las ventajas que tendría una eventual participación de Odebrecht en las obras de infraestructura en Colombia, habló también de facilidades de financiación por parte del BNDS y el Banco Mundial en general, pero eso fue después del primer trimestre del año 2009 y esporádicamente lo vi en esas mismas circunstancias 2 o 3 veces más, yo ese año en junio estuve por fuera un tiempo largo y luego, cuando regresé volví a verlo de pronto alguna vez formalmente y después sí ya en calidad de encargado del INCO. Los temas relacionados con el soborno solo se empezaron a hablar en el mes de octubre a finales.

DRA. CONTRERAS: En qué lugar se realizaban las reuniones?

SR. GARCÍA: Las reuniones formales se realizaban en el Ministerio, por ejemplo, las reuniones en las que él me habló de la posible oferta laboral fue en el Ministerio después de culminar una reunión pública de trabajo donde estaba haciendo su presentación y en una o dos ocasiones, que fue cuando se hablaron los temas relacionados con el soborno, fueron en el apartamento de un conocido mío.

DRA. CONTRERAS: Además de reunirse en la oficina de la entidad pública y en el apartamento al que usted hace referencia, en ningún otro lugar se reunieron?

SR. GARCÍA: No, diferentes a esos no, yo no tenía ningún tipo de vida social relacionada con él.

DRA. CONTRERAS: Nos puede precisar en el apartamento al que usted ha hecho referencia en qué fechas se reunieron y cuál fue el objeto de esas reuniones?

SR. GARCÍA: Fue un 27 de octubre si mal no estoy, que era el día en que se hacía entrega de las propuestas, ese día él me citó para ratificarme que, si bien no sería una oferta laboral, porque tenían algunas dificultades al interior de la entidad por haber hecho lo mismo en otras ocasiones, en sus palabras ellos querían que eso fuera una bonificación o compensación, ese fue el tea que se trató.

DRA. CONTRERAS: Cuándo fue la segunda reunión?

SR. GARCÍA: No recuerdo la fecha con exactitud, pero fue posterior a la adjudicación.

DRA. CONTRERAS: Esa en qué lugar fue, en el apartamento?

SR. GARCÍA: No, esa tal vez fue en el Ministerio.

DRA. CONTRERAS: Después de la licitación nunca se reunieron por fuera de la entidad pública?

SR. GARCÍA: No, después de la adjudicación no.

DRA. CONTRERAS: No más preguntas.

DR. BENAVIDES: Yo quiero preguntarle un poco de lo que usted ya ha manifestado esta mañana sobre el proceso de licitación. Usted participó en la elaboración de la Resolución 641 del 15 de diciembre de 2009 por la cual se adjudicaron los tramos de Ruta del Sol sector 2?

SR. GARCÍA: Claro que yo la suscribí.

DR. BENAVIDES: Usted y quién más, lo recuerda?

SR. GARCÍA: Sí, es probable que la haya suscrito también el gerente de estructuración.

DR. BENAVIDES: Pero usted participó en la elaboración de la misma o simplemente la suscribió?

SR. GARCÍA: No, yo la suscribí, pero ya tenía el pleno conocimiento de lo que allí se estaba decidiendo, primero, por el informe que recibí de la evaluación y, segundo, por el resultado de la audiencia de adjudicación.

DR. BENAVIDES: Usted, frente a ese tema del comité evaluador en la audiencia de adjudicación, manifestó lo siguiente, *"La evaluación del proceso fue unánime y no hubo disentimiento sobre sus resultados entre el comité evaluador y el comité asesor especial."* Eso fue así?

SR. GARCÍA: Sí, en la última decisión obviamente hubo discusiones o conversaciones al respecto, pero en el último informe que me llega a mí de que tanto el comité evaluador como el comité asesor coincidían en la decisión.

DR. BENAVIDES: Ese comité asesor estaba compuesto, usted lo manifestó esta mañana, por el doctor Ricardo Hoyos, por el doctor Gustavo Cuberos y por la agente de la IFC, cierto?

SR. GARCÍA: Y otros, había otros, había también una abogada de Ossa Herrera y Manuel Manoasca que era un funcionario que era viceministro de Minas y otros funcionarios que fueron escogidos de común acuerdo con la IFC.

DR. BENAVIDES: Entonces, la pregunta es por qué pedir otro concepto adicional para corroborar lo que esos expertos prestantes en materia de contratación ya habían dispuesto?

SR. GARCÍA: Se refiere al concepto del doctor Hugo Palacios?

DR. BENAVIDES: Del doctor Hugo Palacios Mejía, sí señor.

SR. GARCÍA: Porque, de todas maneras, yo quería tener para mi protección, como funcionario público uno siempre se ve sujeto a auditorias de parte de la Contraloría y de la Procuraduría y yo quería tener para futuras investigaciones, en caso de darse, que no se dieron nunca, el apoyo de un concepto jurídico de una persona de grandes calidades que fuera complementario al que ya habían presentado los evaluadores y el comité asesor.

DR. BENAVIDES: En su experiencia en materia de infraestructura ese tema de pedir conceptos adicionales es habitual o extraordinario?

SR. GARCÍA: No, eso es extraordinario como lo fue el hecho de recibir sobornos, eso no es un tema que se acostumbre.

DR. BENAVIDES: Usted esta mañana manifestó que ese concepto lo había pagado Corficolombiana. Qué prueba o certeza tiene de que efectivamente ese pago al doctor Hugo Palacios lo hizo Corficolombiana?

SR. GARCÍA: Entiendo que la Fiscalía lo entrevistó y él mismo informó que ese concepto había sido pagado por Corficolombiana.

DR. BENAVIDES: Pero usted no tiene certeza de ese tema?

SR. GARCÍA: No, por eso le digo que es mejor que lo consulten con él, porque esa es la información que recibí en la Fiscalía.

DR. BENAVIDES: Usted también manifestó esta mañana y lo acabó de corroborar ahora que *"de manera aparente, de manera presunta Corficolombiana hizo unos giros a unas cuentas en Andorra."* Usted tiene pruebas de eso?

SR. GARCÍA: No, esas pruebas están en la Fiscalía, yo no las tengo.

DR. BENAVIDES: Usted de dónde conoció eso?

SR. GARCÍA: Cuando yo estaba rindiendo mi interrogatorio me fueron presentadas muchas pruebas para pronunciarme sobre si tenía conocimiento y, aunque no me dieron las pruebas en detalle ni podía sacarles copia, ahí un funcionario de Corficolombiana o Episol cuyo nombre es Mauricio Millán informó sobre un pago realizado en 2010 que incluso él mismo había objetado, porque no tenía ningún soporte, entonces me preguntaron que si conocía al señor Millán, que si conocía esos pagos, etcétera.

DR. BENAVIDES: Pero esos pagos no tienen relación ninguna con el tema de Andorra, son unos pagos de manera general en el contrato o de dónde vienen esos pagos?

SR. GARCÍA: Entiendo que fueron unos giros hacia la banca privada de Andorra, pero no tienen relación con el contrato.

DR. BENAVIDES: Pero usted no tiene certeza, lo acaba de manifestar?

SR. GARCÍA: No, esa información verifíquenla con la Fiscalía.

DR. BENAVIDES: Usted, en el curso de la licitación que dio lugar a la adjudicación de Ruta del Sol tramo 2, habló con alguno de los socios de la promesa de sociedad futura concesionaria Ruta del Sol distinta del doctor Luiz Antonio Bueno Junior?

SR. GARCÍA: Con relación a este tema solamente con él, con relación al tema de sobornos solamente con él.

DR. BENAVIDES: Usted habló en términos de coimas o de algún ofrecimiento con la firma OHL en relación con esa licitación?

SR. GARCÍA: No, ninguna.

DR. BENAVIDES: Sus asesores, sea el comité evaluador o sea el comité especial, hicieron algún comentario o usted les puso de presente el concepto del doctor Hugo Palacios Mejía?

SR. GARCÍA: No, yo nunca les presenté ese concepto, de hecho, el concepto lo recibí el 15 de diciembre que fue el segundo día de la audiencia, de manera que ya no hacía ni parte de los documentos que se discutían en el proceso.

DR. BENAVIDES: Cómo recibió ese documento, a la mano o lo radicaron?

SR. GARCÍA: A la mano, me lo entregó un funcionario de Corficolombiana en la mano.

DR. BENAVIDES: Recuerda el nombre de ese funcionario?

SR. GARCÍA: Pedro Valencia, era un asesor o funcionario.

DR. BENAVIDES: No es más presidente, gracias.

DR. J. GONZÁLEZ: Retomando las preguntas donde usted ha dicho que fue contactado por Odebrecht, usted tuvo algún contacto con Carlos Alberto Solarte Solarte o con personas vinculadas a CSS Constructores S.A.?

SR. GARCÍA: Con ninguno.

DR. J. GONZÁLEZ: En otra respuesta que dio anteriormente hacía referencia a que Luiz Bueno le había dicho a usted que los asociados tenían conocimiento de las operaciones que se estaban haciendo, los pagos de los sobornos. Al respecto le pregunto si usted tuvo conocimiento de que CSS Constructores S.A. o alguno de sus integrantes tuvieron participación en los hechos de corrupción?

SR. GARCÍA: No, él sí me habló de los asociados, pero del único que dijo nombre propio fue José Elías Melo.

DR. J. GONZÁLEZ: Usted tuvo conocimiento de que CSS Constructores hubiese efectuado algún pago por concepto de coimas?

SR. GARCÍA: No, nunca, lo que yo entiendo es que la participación de CSS era marginal en este contrato, algo que incluso me llamó la atención, porque la verdad es que con la experiencia que tenía Odebrecht y la capacidad financiera de Episol no veía que necesitaran a Odebrecht como socio, pero eso fue una decisión de ellos.

DR. J. GONZÁLEZ: Muchas gracias, no tengo más preguntas.

DRA. HOYOS: Yo tengo una última pregunta. Usted me puede decir qué es la banca privada de Andorra, es un banco o una banca de inversión?

SR. GARCÍA: Si, la banca privada de Andorra es un banco privado que no se tasa en bolsa que manejaba cuentas de Odebrecht o de empresas asociadas a Odebrecht, entre las cuales están Klienfield Services que es la empresa de la cual se originaron la mayoría de los giros de los sobornos, no solo en Colombia, sino en Latinoamérica.

DRA. HOYOS: Perdón, cómo se llama?

SR. GARCÍA: Banca privada de Andorra era un banco en el cual ellos tenían un manejo especial, por decirlo de alguna forma, porque, por ejemplo, en los extractos que le llegaron al señor Enrique Ghisays que seguramente él aportó ustedes verán que ni siquiera ahí aparece el origen de los giros, los depósitos aparecen en blanco, la razón por la cual nos enteramos de Klienfield Services fue porque el periódico El País hizo una investigación con la policía de Andorra y pudieron establecer que los giros venían de la empresa Klienfield Services.

DRA. HOYOS: Klienfield era una de las empresas de Odebrecht de donde se originaban los pagos?

SR. GARCÍA: Sí, que no aparecía directamente asociada con Odebrecht.

DRA. HOYOS: Perfecto, tenía esa curiosidad, porque todo el mundo hablaba de la banca privada de Andorra y uno no sabía si era una empresa privada o qué.

SR. GARCÍA: Hay un informe en el periódico El País que les sugiero, está en internet, en donde pueden obtener toda la información, ahí están publicados extractos y los giros que se hicieron específicamente en el caso de Colombia, algunos de los giros.

DRA. HOYOS: Por último, usted nos dijo que nos iba a hacer llegar copia del concepto que le entregó Hugo Palacios?

SR. GARCÍA: Sí, yo les puedo hacer llegar copia, sí.

DRA. HOYOS: Tenemos acá otra pregunta con fines de contradicción.

DR. GALLEGO: Usted conoce al señor Mauricio Millán?

SR. GARCÍA: No, no lo conozco.

DR. GALLEGO: La última pregunta. De acuerdo con lo que usted ha expuesto, con la recomendación del comité evaluador de la licitación de Ruta del Sol, con el comité especial, con el concepto de doctor Hugo Palacios Mejía, lo que uno observa es que Odebrecht no tenía necesidad de pagar un peso para obtener esa licitación. Ese entendimiento es correcto?

SR. GARCÍA: Para ganar la licitación la verdad es que no tenía necesidad de pagar, esta es mi percepción personal, yo creo que ellos estaban llegando de nuevo al país y estaban buscando una estrategia de posicionamiento en la cual querían tener una relación con funcionarios del sector y lo digo, porque en alguna de las conversaciones con el señor Luiz Bueno, cuando me habló de que estaban haciendo o que iban a hacer unos aportes a la campaña, estaban sujetos a la adjudicación, yo lo entendí como una forma de sugerirme que, si yo actuaba en ese sentido, iba a tener una buena recomendación en cuanto a mi trabajo en el futuro Gobierno.

Lo que él no sabía era que yo venía renunciando a la función pública desde hacía más de un año y que me iba a retirar casi enseguida, es decir, él no sabía que yo me retiraba una vez se firmara ese contrato, entonces, yo lo que entiendo es que, primero, era como un seguro por los gastos que habían hecho y querían tener total seguridad de que yo no iba a actuar contrario a sus intereses y, segundo, como una estrategia de posicionamiento, porque me veían como una persona que podía estar en el sector por más tiempo.

DRA. HOYOS: Una última pregunta frente a lo que usted acaba de decir. En su relato usted había hablado de un entramado de corrupción dentro del cual usted apenas era una de las aristas, quizás hay un poco de contradicción entre eso y lo que acaba de decir, usted acaba de afirmar que Odebrecht no necesitaba esto para ganar la licitación?

SR. GARCÍA: No, precisamente esa es parte del entramado de corrupción, el poder influir en funcionarios, el poder tener el apoyo de algunos medios, de poder tener el control de algunas entidades de control y de poder tener un tratamiento preferencial durante la ejecución del contrato no en cuanto a la ejecución, porque mal haría yo en decir que la ejecución fue mala, sino para obtener algunos beneficios durante la ejecución del contrato que incluso no han sido mencionados en ninguna de las oportunidades, por ejemplo, los otrosíes 7 y 9 de dicho contrato en donde se flexibilizaron los pagos por hitos. Lo que obviamente se traduce en un tratamiento preferencial que está claramente en una mejora del flujo de caja y, por lo tanto, una mejora en su rentabilidad, a ese tipo de cosas me refería.

DR. GALLEGO: Con ocasión de esa afirmación que acaba de hacer los otrosíes 7 y 9 sabe, le consta o tiene alguna idea de si eso significó algún pago adicional de Odebrecht a usted o a alguien más, algún funcionario adicional?

SR. GARCÍA: No, lo primero es que eso fue más de 4 años después de yo haber salido del Gobierno y lo segundo es que no me consta que haya sido fruto de un acuerdo de soborno, lo que sí es cierto es que cualquier persona que tenga mediano conocimiento en el tema financiero de las concesiones sabe que, en esa flexibilización, se presentó una liberación de caja importante y, por lo tanto, una mejora sustancial en la rentabilidad del proyecto para el concesionario y que además esa misma condición que fue relajada en ese otrosí, esa misma condición de alguna manera restringió la participación en cuando a que las exigencias en materia de capacidad de financiación y de equity eran mayores a las que hubiesen sido si no se hubiera flexibilizado el esquema de pago por hitos.

Eso lo estoy poniendo simplemente como un ejemplo, porque, por supuesto, la adjudicación del otrosí también representa un tratamiento preferencial en cuanto a que, cuando se estructuró ese proyecto, se tomaron todas las medidas para evitar que existieran las adiciones que habían sido tan cuestionadas en

el pasado, por ejemplo, el tramo desde Puerto Salgar hasta San Roque tenía algunos subtramos que no tenían en ese momento la necesidad de tener doble calzada y que más adelante si la hubiera tenido

Con el fin de evitar que, en esos años posteriores, se dieran ese tipo de adiciones se decidió incluir todo el tramo en doble calzada, eso es solo un ejemplo de por qué se buscaba minimizar las adiciones, en fin, yo encuentro que hubo un tratamiento preferencial con ese contrato, aunque tengo que reconocer que el ritmo de ejecución superó la gran mayoría de los otros proyectos que se han desarrollado en Colombia.

DR. GALLEGO: Y si eso no obedecía a un soborno, a qué obedecía el tratamiento preferencial a un contratista?

SR. GARCÍA: Es mejor que esa pregunta se la hagan a la misma Fiscalía, que es la que conoce los pormenores de esos hechos.

DR. GALLEGO: Gracias.

DRA. HOYOS: Yo ahora acabo de recordar algo y quisiera preguntárselo a usted directamente, ya que usted analizó las propuestas y conoce los términos financieros de estos contratos muy bien. En una medida cautelar que tomó la Superintendencia de Industria y Comercio se dijo que esa licitación había sido otorgada a Odebrecht, a pesar de que la propuesta de Odebrecht consistía en la exigencia de que se le pagara el máximo de vigencias futuras que aparecían en los pliegos. Cuál es su apreciación sobre ese punto cuando uno mira la propuesta, si hay máximo de vigencias futuras en cada uno de los años, pero obviamente eso tiene un lenguaje financiero que nos gustaría que usted nos cuente qué es lo que piensa?

SR. GARCÍA: Lo primero es que la propuesta fue adjudicada por debajo del presupuesto oficial, lo segundo es que yo estoy en proceso de colaboración con la Superintendencia de Industria y Comercio y lo que yo entiendo que ellos están investigando la solicitud de unas garantías, no conozco muy bien ese detalle, están investigando la presunta violación a las normas de competencia en lo relacionado con el soborno, pero también modificaciones posteriores que cambiaron sustancialmente las condiciones iniciales en las cuales fue licitado el contrato, no fue en ningún caso por el hecho de que se hayan solicitado las máximas vigencias, esa fue una interpretación equivocada de los medios, porque lo cierto es que sumando los ingresos de los pejes y las vigencias futuras, la propuesta de Odebrecht estaba por debajo del máximo ofrecido.

DRA. HOYOS: Conoce usted los cambios entre los pliegos iniciales y los pliegos finales a los que se está haciendo referencia?

SR. GARCÍA: No, yo no conozco ese detalle, hubo más de 16 sesiones de preguntas y respuestas que están aún incluso en la página de internet, la mayoría de ellas con excepción de una que se hizo posterior a septiembre 20, una que era más del tema de forma, ya no se podían hacer modificaciones una vez establecidos los prepliegos, modificaciones sustanciales, de manera que yo no conozco el detalle de las modificaciones que se hicieron, entiendo que la Superintendencia de Industria y Comercio tiene una información muy importante de unos mails intercambiados entre algún funcionario de IFC y el doctor José Elías Melo en esa materia, pero yo no la conozco y no tenía participación en ese momento en ese tema.

DRA. CONTRERAS: Si de acuerdo con lo que usted ha manifestado, cuando se suscribe el contrato 01 de 2010 lo que se quería evitar eran las adiciones que tanto habían sido criticadas, por qué se suscribe el otrosí 6?

SR. GARCÍA: Eso tiene que preguntárselo a las personas que lo suscribieron, porque eso ocurrió 4 años más tarde de yo haber salido del Ministerio.

DRA. CONTRERAS: De acuerdo con su conocimiento, eso era lo que se pretendía evitar cuando se hizo el contrato 01 de 2010?

SR. GARCÍA: No cuando se hace el contrato, sino cuando se estructura el contrato y por eso mencioné que una de las decisiones importantes que se tomó fue la de incluir la totalidad de los kilómetros en doble calzada desde el inicio del contrato, para evitar que en el futuro esos

requerimientos llevaran a adiciones en porcentajes altos, el Gobierno decidió hacer un esfuerzo fiscal importante para concretar la totalidad de los kilómetros en doble calzada con el fin de evitar que posteriormente, porque es cierto que iba a crecer el tráfico, se tuvieran que hacer adiciones.

De hecho, el contrato contempla que las adiciones que se hicieran deberían ser objeto, si bien no de un proceso formal de contratación, sí de una licitación que cumpliera con los principios generales de la ley de contratación, que básicamente eran, entre otros, convocatoria, que tuviese una amplia participación, entonces, precisamente el IRC venía a implementar las mejores prácticas y una de las prácticas que se habían considerado no solamente a nivel de Colombia, sino a nivel mundial uno de los grandes problemas era el tema de las adiciones en infraestructura, porque en muchos casos, a pesar de ser necesarias, estaban involucradas con temas de corrupción o de intereses regionales que satisfacían a políticos de una determinada región que querían que les mejoraran algún tramo de la vía.

Entonces, estos contratos eran utilizados para adicionar necesidades regionales y ese no era el objetivo inicial cuando se estructuraron dichos contratos, mucho menos se esperaba la necesidad de tener que recurrir al incremento de peajes ni a la creación de unos nuevos, porque como es de conocimiento de todo el mundo, el tema de los peajes en Colombia ha sido un tema bastante difícil y complicado de implementar y eso implicaba unos riesgos al contrato.

DRA. HOYOS: Muchísimas gracias por su testimonio y le deseamos la mejor de las suertes, que esté muy bien.

SR. GARCÍA: Muchas gracias a ustedes, nuevamente les manifiesto mi total disposición a colaborar con cualquier documento o información que esté en mi poder.

5.10. La sanción disciplinaria contra Gabriel Ignacio García Morales

También, mediante fallo proferido el 27 de junio de 2018, el Procurador Primero Delegado para la Contratación Estatal en su condición de Coordinador del Subgrupo Disciplinario del Grupo Élite Anticorrupción de la Procuraduría General de la Nación, declaró probados y no desvirtuados los cargos formulados a Gabriel Ignacio García Morales, en su condición de Viceministro de Transporte y de Gerente General Encargado del Instituto Nacional de Concesiones – INCO y lo sancionó disciplinariamente con destitución e inhabilidad general para el ejercicio de función pública, en cualquier cargo o función, por el término de catorce (14) años, de conformidad con la parte motiva de dicha decisión.

Con dicha decisión disciplinaria, la Procuraduría General de la Nación, señaló lo siguiente:

"**5.1. Elementos fácticos comunes a los dos cargos imputados (pruebas-adicionales a las ya enunciadas en el acápite de hechos establecidos).**

5.1.1.- Acto de nombramiento y posesión como Viceministro de Transporte y acto de encargo como Gerente General del Instituto Nacional de Concesiones INCO (folios 10, 119, 120, 144 y 147 del cuaderno anexo no 1)

5.1.2. Confesión de GABRIEL GARCÍA MORALES, (grabación que obra a folio 307 del cd 2) ocurrida durante la diligencia de versión libre, la cual sucedió de manera libre y espontánea, estando acompañado además por su apoderado! de confianza, cumpliendo por ello con los requisitos previstos en la ley procesal para su eficacia y validez:

[...] soy responsable de haber incurrido en dos conductas irregulares... el haber recibido sobornos y haber tenido un interés indebido en la celebración de ese contrato… a la adjudicación del tramo 2 del proyecto Ruta del Sol en el cual los proponentes había un consorcio conformado por la firma Odebrecht, EPISOL y SOLARTE en relación especifica en ese concurso donde hubo tres participantes donde yo fui el adjudicatario de dicho contrato...por la formalización de la decisión ...la oferta era por una base de 6.5 millones de dólares de los cuales yo dispuse en aproximadamente de 2.900.000 dólares.

…la oferta fue indeterminada al momento de llegar a los acuerdos irregulares ..., no se tenía certeza de cuánto eran los recursos, se había hablado de dos tipos de remuneración , luego de mi salida del Ministerio se había hablado de un trabajo bien remunerado pero, después pasó a la financiación de una iniciativa empresarial y finalmente terminó siendo un soborno por el pago de una coima de una compensación con la adopción de esa decisión que no obedecía a ningún compromiso laboral ni nada en el momento que se produjo eso, no decidimos una suma al momento de evaluar una iniciativa empresarial se estaba hablando de 2.5 millones de dólares y finalmente los giros que se hicieron en los paraísos fiscales fueron 6.5 millones de dólares, como Io reconoció LUIZ BUENO y terminaron efectuándose seis giros.

A finales de diciembre LUIZ BUENO me indico en diciembre de 2009 que debía designar a una persona que tuviera negocios en el exterior que pudiera justificar el ingresó de esos recursos y a partir de ese momento tuviera una tradición de manejar cuenta en el exterior y que pudiese justificar el ingreso de esos recursos dado por el manejo que de esos negocios tuviera. Así es como lo pongo en contacto con el señor ENRIQUE JOSÉ GHISAYS, y a partir de ese momento ellos hicieron toda la operación trasladaron aproximadamente 6 giros el primero en marzo de 2010 y el último en octubre de 2010[…]

5.1.3.- En la declaración rendida por ENRIQUE JOSÉ CHISAS MANZUR, el **11 de enero de 2018, indicó entre otros aspectos:**

- Que CABRIEL GARCÍA lo buscó para que se encargara de recibir la plata que iba entregar Odebrecht como coimas, lo contactó LUIZ EDUARDO DAROCHA SOARES, con quien se puso una cita en Miami y le dieron a elegir una de las sociedades que estaban ya constituidas y él escogió a la firma LURION TRADING INC. con domicilio en Panamá. Se encargaron de ponerlo a él y a su hermano como representantes legales de la citada firma, así es que pudieron abrir una cuenta en la Banda Privada de Andorra, los contactaron con dos funcionarios de la banca que estaban en esa reunión.

- Haber recibido de Odebrecht por concepto de coimas pactadas para ser pagadas al señor GABRIEL GARCÍA MORALES por la suma de US$6.500.000 por la adjudicación del contrato para la construcción de la via Ruta del Sol sector 2, pagos que se hicieron a través de la firma panameña LURION TRADING INC, constituida para estos fines (grabación que obra a folio 307).

- Una vez abierta la cuenta, a ella le realizaron giros a través de la cuenta de Klienfeld Service Ltda.

- Informó de qué manera empezó a mover el dinero en total 6.500.000 dólares de los cuales trasfirió 2 millones de dólares a la cuenta de Pacific Infrastructures. Atendiendo instrucciones de GABRIEL GARCÍA.

- También desmintió a RICARDO NOERO, ex viceministro de Transporte, en cuanto a que RICARDO NOERO no sabía que la planta que ingreso a Pacific pertenencia a GABRIEL GARCÍA.

- Entregó seis (6) carpetas en las que se indicó la trazabilidad del dinero entregado como coimas por la adjudicación del contrato segundo sector de la Vía Ruta del Sol.

5.1.4.- Declaración rendida por LUIZ A. BUENO rendida ante la Comisión Disciplinaria Especial de la Procuraduría General de la Nación de Colombia el 29 de marzo de 2017, en el consulado de Colombia en la ciudad de Sao Pablo, Superintendente de Odebrecht en Colombia, en la que expresó, entre otros aspectos, que tiene un acuerdo de confidencialidad y no dio mayores detalles de os hechos materia de investigación (DVD fl. 298).

5.1.5.- Declaración rendida por ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI ejecutivo de Odebrecht Colombia, en el consulado de Colombia en la ciudad de Sao Pablo el 28 de marzo de 2017, en la que expresó:

- Su intención de colaborar con la justicia colombiana

- Que estuvo en Colombia del 2013 al 2016

- Que se desempeñó como superintendente de Odebrecht en Colombia

- Que no estuvo en la adjudicación de la ruta del Sol Tramo 2

- Que intervino a partir de los otros síes 3 y 6 y que reemplazó a LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR (grabación en audio 298).

5.1.6.- Declaración rendida por el señor ÁLVARO JOSÉ SOTO del INCO del 8 de septiembre de 2017 en el que afirmó:

Que fue gerente del INCO del 2007 a 2009, que hizo la estructuración técnica, económica, financiera ambiental social y predial del proyecto de construcción vial de la Ruta del Sol.

Que le fue pedida la renuncia el 21 de setiembre de 2009, cuando el señor GABRIEL García MORALES llevó unos casetes al Presidente de la República donde cuatro particulares manifestaban "que debían darle una plata, pero que él no era de fácil acceso, se referían al proyecto ferroviario del Magdalena Medio".

Indico que el proyecto se concibió en el 2007 y que los pretérminos de consulta en el 2008.

En el 2009 se aprobó el CONPES y, con este documento, salieron los términos de referencia en el 2009.

Explicó que la primera etapa era de pre-construcción por un año: que ésta terminó en octubre noviembre de 2010, y que el primer aporte de vigencias futuras se dio en el 2011. (fi. 302 del Cd. 2).

5.1.7.- En la declaración rendida por GABRIEL GARCIA MORALES, el 10 de enero de 018, reiteró lo que manifestó en su versión libre, en la que confesó y renunció a la prescripción de la acción disciplinaria e indicó el destino dado a los dineros recibidos como coimas de Odebrecht y entregados a los hermanos HISAYS a través de la firma LURION TRADING INC.

- Indicó que LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR le habló de ROBERTO PRIETO sobre el papel que tendría en una campaña presidencial.

- De MIGUEL PEÑALOZA dijo que se sintió presionado por él en un Consejo ComÚnitario le dijo que andaban diciendo que se le iba a adjudicar la licitación a los Nule ante lo cual ofreció renunciar, pero LUIZ BUENO le dijo que él hablaría con MIGUEL PEÑALOZA y efectivamente MIGUEL PEÑÀLOZA no le volvió a decir nada. Dice que LUIZ BUENO le dio a entender que MIGUEL PEÑALOZA era de los de ellos.

- LUIZ UENO le dijo que en el caso del contrato de Ruta del Sol 01 de 2019, se había dejado un precio muy apretado, que afectaba el margen de ganancia de la constructora y que para mejorarlo se debía trabajar en la adiciones y demandas.

- También indicó que las obras previstas en los otro síes 3 y 6 no estaban dentro de las prioridades del Plan Nacional Vial y que efectuarlos equivaldría a modificar el objeto del contrato.

- Dijo que tenía información adicional que involucra a otros servidores distintos a los que se estaban investigando en las diligencias donde actúa como implicado, especialmente del caso de las exministras de Educación y Ministra de Transporte, nombrada posteriormente Ministra de Comercio Exterior.

- Informó sobre el presunto recibo de dineros por parte de Roberto Prieto.

- Adicionalmente manifestó que debía investigarse los Otro síes 7 y 9 del contrato 01 de 2010 en donde las irregularidades son más graves que los que eran objeto de la presente investigación.

5.1.8.- Copia del contrato 01 de 2010 del 14 de enero de 2010, para que la concesionaria seleccionada con la que se suscribió el contrato, esto es Ruta del Sol S.B., por su cuenta y riesgo elabore los diseños,

financie, obtenga las licencias ambientales y demás permisos, adquiera los predios, construya, opere y mantenga el sector (fl. 322 del Cd. 2).

5.1.9.- Copia de las sentencias ejecutoriadas y proferidas por el Juzgado 31 Penal del Circuito de Bogotá, dentro del proceso penal N.I. 290018/CASO2017-3033- CUI n. 0 11001 60 000002017 00077 adelantados contra GABRIEL GARCIA MORALES en la que se demostró:

- Que el investigado en materia penal fue sancionado por la comisión de los delitos de interés indebido en la celebración de contratos y cohecho impropio por haber recibido coimas por US$6.500.000 de la firma ODEÉRECHT a cambio de adjudicar el contrato para la construcción de la via Ruta del sol sector 2.

- Esta conductas punibles coinciden con los imputados disciplinariamente a la luz del artículo 48, numeral 1 0, de la Ley 734 de 2002.

- El implicado se acogió a los beneficios de colaborar con la justicia y acepto los cargos de manera libre y voluntaria, en virtud de esta investigación penal el Juzgado 31 Penal del Circuito de Bogotá profirió sentencia el 12 de diciembre de 2017.

- Fue declarado penalmente responsable y condenado a pena privativa de l? libertad de 62 meses de prisión, multa por 89.077 SMLMV e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el lapso de 72.5 meses, como autor responsable de los delitos de interés indebido en la celebración de contratos en concurso heterogéneo con cohecho impropio (fl.323 a 352 del Cd. 2).

5.2. Elementos jurídicos comunes a los dos cargos imputados (normatividad quebrantada por el investigado con su conducta).

Advierte el Despacho para los efectos de la presente decisión, que el señor GABRIEL IG Clo GARCÍA MORALES actuó en su condición de servidor público, como Viceministro de Transporte, dignidad desde la que fue encargado como Gerente General del Instituto Nacional de Concesiones y, en esta última condición — representante legal del instituto — le correspondía ser responsable de la actividad contractual y, por tanto, adjudicar y celebrar los contratos a nombre de citado ente público.

Las evidencias de los actos de corrupción cometidos por el imputado y por los que fuera sancionado penalmente, dan cuenta de la transgresión del orden jurídico, del que destaca el Despacho las siguientes normas jurídicas:

5.2.1- De la Constitución Política:

"ARTICULO 6o. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones."

ARTICULO 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. (Resaltados fuera de texto).

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

Se considera vulnerados los artículos 6 y 123 de la C.P por cuanto de los mismos fundamenta el principio de responsabilidad de los servidores públicos frente a sus actuaciones, cuando establecen que los servidores públicos están obligados a hacer solo lo que les está permitido por la ley, de manera que cuando hay omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones están sobrepasando lo que por orden constitucional les está permitido ejecutar, más cuando su actuación es - como en el caso investigado- desapegada de los fundamentos de rectitud y honorabilidad con la que deben obrar los servidores públicos respecto de la gestión de los asuntos públicos.

No en vano, los servidores y funcionarios públicos se comprometen a cumplir y defender a Constitución desempeñando lo que les ordena la ley, ejerciendo sus funciones de la forma prevista por la Carta, la Ley y el Reglamento, ya que ellos están al servicio del Estado y no de sus necesidades e intereses particulares.

ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la de centralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley. (Resaltado fuera de texto).

En el presente proceso se ha demostrado que el investigado al alejarse de la objetividad e imparcialidad con la que debió desarrollar el encargo a él encomendado, buscando beneficiarse económicamente como resultado de la transgresión de la objetividad con la que debió actuar en relación con todos los proponentes y ciudadanos interesados en el proceso, al inclinar — con su indebido actuar — la gestión pública a favor de uno de los proponentes.

5.2.3. De la Ley 734 de 2002:

Artículo 22. Garantía de la función pública. El sujeto disciplinable, para salvaguardar la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia que se debe desempeñar en el desempeño de su empleo, cargo o función, ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetará las prohibiciones y estará sometido al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes.

Artículo 23. La falta disciplinaria. Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve **incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones** y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento."

Artículo 34. Deberes. Son deberes de todo servidor público:

1.- Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución. los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, **los Decretos, las ordenanzas,** los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente […]
Artículo 35. Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido:

Incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones **contenidas en la Constitución**, los tratados internacionales ratificados por el Congreso, **las leyes**, los decretos, **las ordenanzas**, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas y los contratos de trabajo [...l".

Artículo 48. Faltas Gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:

1.- "Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o o consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo.

Estas disposiciones de la ley disciplinaria fueron abiertamente transgredidas, porque como fue aceptado por el implicado y como dieron cuentas las sentencias penales, al haber tenido un interés indebido en la celebración del contrato que el Estado le encomendó adjudicar con apego a la legalidad y haber obtenido un beneficio económico indebido, rompió con el deber de salvaguarda de garantía del

debido ejercicio de la función pública, s alejó del cumplimiento de los fines del Estado - dentro de los cuales es el estricto apego y sujeción del servidor público a la ley para buscar el beneficio colectivo y no el particular -, corrompió su actuación e hizo nugatoria la imparcialidad y la selección objetiva que deben orientan la gestión contractual, desechando - por tanto - aquello que al momento de tomar posesión de su cargo y jurar, se comprometió a observar en todo momento.

5.2.4.- De la Ley 80 de 1993:

Artículo 3º.- De los Fines de la Contratación Estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con el en la consecución de dichos fines.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

Artículo 51.- De la Responsabilidad de los Servidores Públicos. El servidor público responderá disciplinaria, civil y penalmente por sus acciones y comisiones en la actuación contractual en los términos de la Constitución y de la ley.

5.2.5. Ley 150 de 2007.

Artículo. 5. De La Selección Objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

Las citadas normas del Estatuto de Contratación de las Entidades Públicas se han vulnerado, no solo por las razones anteriormente expuestas, sino además porque el adjudicar un contrato a un tercero — con quien previamente se ha convenido una prebenda económica en desmedro de los otros interesados y de la comunidad - se aleja del diseño constitucional que se ha previsto para alcanzar la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado a la hora de contratar.

En efecto no puede existir selección objetiva cuando de por medio se encuentran actos de corrupción que buscan beneficiar indebidamente a un tercero para asegurarle la adjudicación de un negocio jurídico, porque ello socaba la i parcialidad y objetividad con la que deben analizarse, valorarse y justipreciar las propuestas de los diferentes oferentes en un procedimiento contractual.

Así las cosas, para el Despacho la conducta del disciplinado conculcó las siguientes normas jurídicas, que son depositarias de los tipos penales de cohecho impropio e interés indebido en la celebración de contratos, por cuanto como se expondrá en los acápites subsiguientes, esta misma conducta.

5.2.7. Del Código Penal (Ley 599 de 2000):

Artículo 406. Cohecho Impropio. El servidor público que acepte para sí o para otro, dinero u otra utilidad o promesa remuneratoria, directa o indirecta, por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento veintiséis (126) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) eses.

El servidor público que reciba dinero u otra utilidad de persona que tenga inter" en asunto sometido a su conocimiento, incurrirá en prisión de treinta y dos 62) a noventa (90) meses, multa de cuarenta (40) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ochenta (80) meses.

Artículo 409: Interés indebido en la celebración de contratos: El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de funciones, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el

ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años. Pena que aparece aumentada en una tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo, conforme al artículo 14 de la Ley 8 0 de 2004.

5.2.8.- La Resolución 006021 del 29 de diciembre de 2006 (Manual de Funciones del Ministerio de Transporte), que fija las funciones específicas para los empleados de Planta, establece — entre otras - las siguientes funciones para el cargo del Viceministro de Transporte Código 0020:

2.- Coordinar con las entidades adscritas y del sector transporte la adecuada ejecución de los planes sectoriales.

11.- las demás señaladas en la ley y las que sean asignadas de acuerdo con la naturales de la dependencia (…)".

El cumplimiento de estas funciones se vería en entredicho al comprometer la imparcialidad de su rol sectorial al interior del sector transporte y la jerarquía que tenía como Viceministro de Transporte bajo ese rol articulador y de coordinación y de preminencia sobre las demás autoridades del sector.

5.2.9.- El artículo 8.º del Decreto 1800 de 2003 establece las siguientes funcione del Gerente General del INCO:

8.1 ordenar los gastos, expedir los actos administrativos, realizar las operaciones y celebrar los contratos y convenios necesarios para el cumplimiento de los objetivos y funciones del Instituto.

8.4 Suscribir los contratos y expedir los demás actos necesarios para el desarrollo de las funciones del Instituto... "

Al haber nido un interés indebido e incurrir en la conducta de cohecho impropio respecto de la celebración del negocio jurídico que adjudicó en el sector 2 d la Vía Ruta del Sol de la Licitación Pública SEA-LP-OOI -2009, comprometió el recto e imparcial ejercicio que debía observar como representante legal y responsable de la celebración de los contratos a nombre del Instituto.

5.3. Análisis de los cargos.

5.3.1. Análisis del primer cargo

Como ya se precisó anteriormente, el primer cargo endilgado al disciplinado es el siguiente:

5.3.1.1. PRIMER CARGO.- El implicado GABRIEL GARCIA MORALES quien se desempeñaba como Viceministro de Transporte fue encargado como gerente del INCO del 23 de septiembre de 2009 al 10 de enero de 2010, periodo dentro del cual en esa calidad anotada adjudicó el sector 2 de la Vía Ruta del Sol de la Licitación Pública SEA-LP-OOI -2009 a la Promesa de sociedad F la Concesionario Ruta del Sol S.A. representada legalmente por LUIZ A TONIO BUENO JUNIOR a quienes previo a la adjudicación de la licitación les garantizó que la propuesta presentada por el consorcio oferente del que hacía parte ODEBRECH sería la ganadora del proceso licitatorio a cambio de o cual recibiría un pago por US$6.500.OOO del consocio referido, mostrando así un interés indebido en la celebración del contrato 01 de 2009 suscrito entre el INCO y el mencionado consorcio.

Así las cos s, se advierte que GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES que incurrió en la falta disciplinaria gravísima señalada en el numeral 1.º del artículo 48 del CDU, que enuncia "Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo".

5.3.1.2.- A ecuación típica:

Con el proceder señalado, se advierte que el señor GABRIEL IGNACIO García MORALES incurrió en la falta disciplinaria gravísima señalada en el numeral 1 º del artículo 48 del CDU, que enuncia:

"Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la le como delito sancionable a título de dolo, cuando se comenta en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo"

El artículo 48-1 de la Ley 734 de 2002, que consagran una de las faltas gravísimas para servidores públicos se complementa, para el presente caso, en la conducta punible del interés indebido en la celebración de contrato, tipificado ¿n el artículo 409 del código penal, así:

Artículo 409. Interés indebido en la celebración de contratos: El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de los y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años. Pen que aparece aumentada en una tercera parte en el mínimo y en a mitad en el máximo, conforme al artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

Como se señaló en el acápite anterior, quedó demostrado que el investigado - en la condición de servidor público que se ha previamente establecido adjudicó sector 2 de la Vía Ruta del Sol de la Licitación Pública SEA-LP001-2009 la Promesa de sociedad Futura Concesionario Ruta del Sol S.A. representada legalmente por LUIZANTONIO BUENO JUNIOR, a quienes - previo a la adjudicación de la licitación - les garantizó que la propuesta presentada por el consorcio oferente - del que hacía parte ODEBRECHT - sería la ganadora del proceso licitatorio, a cambio de lo cual recibiría un pago por US$6.500 000 del consocio referido, mostrando así un interés personal indebido la celebración del contrato 01 de 2009 suscrito entre el INCO y el mencionado consorcio.

Con lo cual se encuentran acreditados los elementos objetivos del tipo disciplinario por cuanto: la conducta desplegada la realizó un servidor público, quien tenía un claro interés indebido en la celebración del negocio jurídico que le correspondió adjudicar y celebrar, interés indebido que confesó haber tenido y que comprometió su responsabilidad porque el mismo se desarrolló con ocasión de la gestión contractual que le correspondía como representante legal del INCO.

Para el presente caso se encuentra que la conducta desarrollada por el infractor d la ley disciplinaria aquí investigado se encuentra taxativamente tipificada por el legislador como una falta **gravísima** y sus elementos objetivos están demostrados.

5.3.1.3. De la Antijuridicidad (Ilicitud sustancial)

Efectuada la adecuación típica, corresponde analizar ahora la existencia de la ilicitud sustancial. Tenemos así que, para poder hacer la imputación disciplinaria, se requiere que la conducta, además de ser típica, sea sustancialmente ilícita.

El concepto de ilicitud sustancial se refiere a la infracción sustancial de los deberes funcionales, al contrariarse los principios que rigen la función pública y la contratación estatal, la ilicitud sustancial se construye a partir de la violación de los principios de la función pública, es decir, a partir de normas con estructura de principios, que se desprende de los artículos 5 y 22 del Código Disciplinario Único, que dicen:

Artículo 5. Ilicitud sustancial. La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna [Negrillas fuera del texto original] […]

Artículo 22. Garantía de la función pública. El sujeto disciplinario, para salvaguardar la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función, ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetara las prohibiciones y estará sometido al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes.

La ilicitud sustancial no implica una mera infracción del deber; ella, como lo precisa el artículo 5^0 de la Ley 734 de 2002, tiene que ser sustancial y la sustancialidad, hace referencia a la violación de los principios constitucionales y legales que rigen la función pública.

La antijuricidad del comportamiento es entendida dentro del derecho disciplinario , como la afectación sustancial que tiene la conducta materia de reproche sobre los principios que rigen la función pública; esto es, que riñen con las finalidades que han sido perseguidas por el legislador en tanto el deber funcional encomendado como Viceministro de Transporte y Gerente General del INCO encargado y en esta última condición ordenador del gasto y director la actividad contractual estaba sometido a la observancia, respeto y garantía de los principios orientadores de la función pública y de la contratación estatal, el doctor GABRIEL GARCIA MORALES, con su proceder incumplió n la exigencia de proteger los principios de moralidad e imparcialidad encomendados a los servidores públicos que ejercen la función contractual

Lo anterior por cuanto su actuar fue inmoral desde la esfera administrativa, es contrario a derecho - transgresor del marco jurídico - y buscó el beneficio de un tercero y el propio, pero además parcializado porque con su conducta buscó beneficiar a uno de los proponentes en desmedro de la igualdad con la que deben ser tratados todos los ciudadanos, a cambio de una indebida promesa remuneratoria.

Conforme a lo anterior, el Viceministro de Transporte encargado de la gerencia d I INCO dañó la probidad del servicio público por haber orientado y asesorado al consorcio Ruta del Sol SAS, para presentar una propuesta perfecta q e garantizara su selección como la mejor propuesta, dando apariencia de ser una decisión legal y justa.

Con lo cual quebrantó también los principios de transparencia y selección objetiva c n los que debía orientar los procedimientos contractuales a su cargo, dado que - prevalido de una promesa remuneratoria - ensució la forma como debía seleccionar, entre varias propuestas, la que mejor se aviniera a los intereses públicos.

Se recaba obre elementos anteriormente señalados, en el sentido de que el implicado ostentaba un cargo de jerarquía y mando en la Nación, en su condición e Viceministro de Transporte y máxima autoridad en la Gerencia General d INCO, cargos que desempeñó simultáneamente para la época de los hechos materia de esta investigación disciplinaria y tenía como un deber - entre otros - el de cumplir la Constitución Política, las Leyes, los Decretos de Gobierno Nacional, las ordenanzas, reglamentos y los manuales de funciones y, a pesar de ello, el presunto responsable desatendió lo dispuesto por la Constitución y la ley.

La descripción de las funciones permite apreciar que el Viceministro de Transporte encargado de la gerencia general del INCO actuó como ordenador el gasto y representante legal del ente público, como director de la función contractual de esa entidad responsable de cumplir y hacer cumplir las leyes eh esa materia y que con la contratación se cumplan los fines de esa entidad y del Estado, siendo el llamado a dar ejemplo de rectitud y transparencia a sus servidores.

Por lo expuesto, la conducta imputada al doctor GABRIEL GARCÍA MORALES, en el primer cargo, es sustancialmente ilícita.

5.3.1.4.- culpabilidad

Definidas las modalidades de la culpabilidad previstas en los artículos 22 y 23 de la L y 599 de 2000 (Código Penal) y confrontada con ta conducta desplegada por el señor GABRIEL GARCÍA MORALES, se concluye que la conducta reprochada en el primer cargo se cometió a título de DOLO, en atención a que el propio inculpado en su versión libre y confesión admite la comisión ge las faltas disciplinarias por haber tener interés indebido en la celebración del contrato 01 de 2010, al haber asistido al consorcio Ruta del Sol para que ganara el sector 2 de la licitación pública 01 de 2009 y asegurar así la adjudicación del contrato 01 de 2010 a la concesionaria Ruta del Sol S.A.S de la que hacía parte Odebrecht a cambio se una promesa remuneratoria por parte de Odebrecht que ascendió a 6.5 millones de dólares. los cuales recibió a través de la firma panameña LURION TRADING INC.

El materia probatorio obrante en el proceso tales como los señalamientos efectuado¿ por los ciudadanos brasileros miembros de las directivas de Odebrecht la confesión efectuada por el implicado y los documentos aportados la actuación (resolución de adjudicación y contrato 01 de 2010) analizado en acápites anteriores evidencian que el acuerdo finalmente se materializo con la suscripción del contrato 01 de 2010 entre el Instituto Nacional de Concesiones INCO y el consorcio Ruta del Sol S.A.S y que la promesa remuneratoria en contraprestación a esa adjudicación fue recibida a través de la

firma LURION TRADING INC, firma panameña representada por los hermanos GHISAYS MANZUR y ascendió a la suma de US$6.5 millones dólares, así lo ratifica el señor ENRIQUE JOSÉ GHISAYS MANZUR, en la declaración rendida el 11 de enero de 2018 en la cárcel la picota en la que reconoció haber recibido ese dinero a nombre del señor GABRIEL GARCÍA MORALES.

Teniendo n cuenta que el implicado al momento de la realización de la conducta reprochada en el primer cargo, tenía el conocimiento de la ilicitud de la misma y dirigió su voluntad y actos externos para alcanzar lo prometido indebidamente y que se correspondían a su interés personal e inclusive en beneficio de un tercero, tenía entonces un inequívoco conocimiento de sus actos e intereses indebidos, la voluntad y deseo en su realización, por lo claramente puede concluirse el DOLO como expresión de la forma de su culpabilidad.

5.3.1.5.- Conclusión.

Con lo cual el presente cargo quedó plenamente demostrado.

5.3.2- Análisis del segundo cargo

Como ya se precisó anteriormente, el segundo cargo endilgado al disciplinado es el siguiente:

5.3.2.1.- SFGUNDO CARGO. - El implicado GABRIEL GARCÍA MORALES, quien se desempeñaba como Viceministro de Transporte, encargado como gerente del INCO el 23 de septiembre de 2009 al 20 de enero de 2010, periodo dentro del cual en esa calidad aceptó y recibió para si la suma de US$6.500. 00 por la adjudicación del sector 2 de la Vía Ruta del Sol de la Licitación pública SEA-LP-001-2009 a la Promesa de sociedad Futura Concesionario Ruta del Sol S.A., representada legalmente por LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, de quienes recibió la mencionada suma a través de la firma Panameña LURION TRADING INC, representada por los ciudadanos colombianos ENRIQUE JOSÉ GHISAYS MANZUR y EDUARDO GHISAYS MANZUR.

Así las cos s, se advierte que GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES que incurrió en la falta disciplinaria gravísima señalada en el numeral 1 0 del artículo 48 del CDU, que enuncia "Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo".

5.3.2.2.-A ecuación típica

Con el proceder señalado, se advierte que el señor GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES incurrió en la falta disciplinaria gravísima señalada en el numeral 1 0 del artículo 48 del CDU, que enuncia:

"Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo"

El artículo 8-1 de la Ley 734 de 2002, que consagran una de las faltas gravísimas para servidores públicos se complementa, para el presente caso, en la cond9cta punible de cohecho impropio, tipificado en el artículo 406 del código penal, así:

Artículo 406. Cohecho Impropio:- El servidor público que acepto para sí o para otro, dinero u otra utilidad o promesa remuneratoria, directa o indirecta, por acto que deba ejecutar en él, desempeño de sus funciones, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento veintiséis (126) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66,66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.

El servidor público que reciba dinero u otra utilidad de persona que tenga interés en asunto sometido a su conocimiento, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses, multa de cuarenta (40) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

En el cohecho impropio, el servidor público recibe algo a cambio de realizar una actividad comprendida dentro de las funciones de su cargo para beneficiarse a él mismo u otra persona.

Así, la actividad o inactividad por la que se le dan los objetos o el dinero, por la que recibe dádivas o presentes, será una tarea formalmente legal, dentro de las fundones que la ley le asigna.

En el cohecho impropio, el servidor público recibe algo a cambio de realizar una actividad comprendida dentro de las funciones de su cargo para beneficiarse él mismo u otra persona. Así, la actividad o inactividad por la que se le dan los objetos o el dinero, por la que recibe dádivas o presentes, será una tarea formalmente legal, dentro de las funciones que la ley le asigna.

La Corte suprema de Justicia ha indicado que el cohecho es uno de los delitos que presentan contra la administración pública y que es el germen activo de la descomposición social y lo considera como una ruina de la moral de las naciones Por quienes han sido escogidos para preservar la moral pública y mantener la organización de la comunidad para lo cual se le dota de excepcionales recursos, olvidan sus fundamentales obligaciones y vuelven su poder centra la sociedad misma. Desatan el desorden y conmueven las bases jurídicas y éticas del Estado. El funcionario que lo realiza desconoce los principios morales y legales que rigen su actividad.

El cohecho constituye una evidente corrupción y es llamado también el delito de la baratería, porque el funcionario se engaña a sí mismo al dar algo inestimable (la función pública) por cosa de menor valor (el dinero, la promesa remuneratoria). El cohecho impropio representa un pacto con una relación de causalidad entre la retribución y el acto, siendo este último en apariencia justo y conforme a lo deberes del cargo, pero se realiza ésta o se toma la decisión por el dinero o la dadiva entregadas a la promesa remuneratoria ofrecida.

Esta es una conducta que en materia de contratación resulta absolutamente reprochable porque los responsables de la actividad contractual del Estado deben tener siempre como faro que ilumine sus actos una férrea moral pública, la, cual nunca, nunca debe tener precio, porque cuando lo tiene se compromete en un todo el Estado Social de Derecho.

Ahora bien, se encuentra probado el segundo cargo imputado en atención a que las evidencias indican que el implicado — en su condición de servidor público — incurrió en la falta antes indicada, porque con ocasión de su encargo como Gerente del INCO aceptó y recibió para sí la suma de US$6.500.000 por la adjudicación del sector 2 de la Vía Ruta del Sol de la Licitación Pública SEA-LP-OOI -2009 a la Promesa de Sociedad Futura Concesionario Ruta del Sol S.A.S i representada legalmente por LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, de quienes recibió la mencionada suma a través de la firma Panameña LURION TRADING ,INC., representada legalmente por los ciudadanos colombianos ENRIQUE JOSÉ GHISAYS MANZUR y EDUARDO GHISAYS MANZUR, conforme se estableció en el proceso penal, la confesión del implicado recepcionada en estas diligencias y la declaración rendida por ENRIQUE JOSÉ GHISAYS.

En efecto las pruebas allegadas al proceso demuestran que el doctor GABRIEL PARCIA MORALES, en la condición anotada en esta providencia, aceptó promesa remuneratoria de parte de LUIZ BUENO JUNIOR, director superintendente de la firma ODEBRECHT en Colombia, cuyo valor final y asociado resultó ser de US$6.500.000 a cambio de adjudicar el tramo 2 de la Vía Ruta del Sol al consorcio denominado Estructura Promesa de sociedad Futura Concesionaria Ruta dei Sol S.A.S, representada legalmente por el señor LUIZ BUENO JUNIOR, con lo cual incurrió en la descripción típica consagrada en el artículo 406 del Código Penal, que corresponde al delito de cohecho impropio, conducta que configura la falta disciplinaria prevista en el numeral 1. del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

Para el presente caso, se encuentra que la conducta desarrollada por el infractor del la ley disciplinaria aquí investigado se encuentra taxativamente tipificada por el legislador en el artículo 48-1 , por lo que es la misma Ley la que determina que la conducta adelantada por el señor GABRIEL GARCÍA MORALES e gravísima.

La presunta falta disciplinaria se califica como **GRAVISIMA**, a la luz de lo establecido en el artículo 48-1 de la ley 734 de 2002, el cual determina que realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, constituye falta disciplinaria gravísima, este en concordancia con el artículo 406 del Código Penal.

Es de precisar y reiterar que el monto de la suma recibida como coima o soborno el investigado ha precisado en su versión y confesión que dispuso sólo de US$2.900.OOO y así se ha aclarado a Io largo de esta actuación, sin embargo, tal hecho de manera alguna afecta la imputación del cargo, por cuanto independiente del monto de la suma recibida el delito y consecuentemente la falta disciplinaria se configuran por el hecho de recibir para sí o Bara otro, dinero o cualquier otra promesa remuneratoria directa o indirecta por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones.

En el cohecho impropio, el servidor público recibe algo a cambio de realizar una actividad comprendida dentro de las funciones de su cargo para beneficiarse él mismo u otra persona. Así, la actividad o inactividad por la que se le dan los objetos o el dinero, por la que recibe dádivas o presentes, será una tarea formalmente legal, dentro de las funciones que la ley le asigna.

Con lo cual se encuentran acreditados los elementos objetivos del tipo disciplinario, el que además confesó haber realizado.

Para el presente caso se encuentra que la conducta desarrollada por el infractor de la ley disciplinaria aquí investigado se encuentra taxativamente tipificada por el legislador como una falta gravísima y sus elementos objetivos están demostrados.

5.3.2.3.- Ilicitud sustancial

El Despacho en este acápite se remite a las consideraciones que ya hizo en el capítu19 de la ilicitud sustancial del cargo precedente, toda vez que la violación de los principios de la función administrativa de moralidad y transparencia son comunes a ambas imputaciones y comparten el mismo reproche daño respecto de la conducta de cohecho impropio.

La descripción de las funciones permite apreciar que el Viceministro de Transporte encargado de la gerencia general del INCO actuó como representa te legal, ordenador del gasto y director de la función contractual de esa entidad y era el responsable de cumplir y hacer cumplir las leyes en esa materia y de cumplir los fines del Estado, de la entidad y de la contratación pública comprometida, siendo el llamado a dar ejemplo de rectitud y transparencia en su actuar.

El hecho d que el Viceministro encargado de la Gerencia del INCO, hubiera recibido de ODEBRECHT a través de la firma LURION TRADING la suma de US$6.500.00 por la adjudicación de la Licitación Pública 01 de 2009 y la celebración del contrato n.º 01 de 2010, en apariencia a la mejor propuesta, dándole vi s de ser legal y justa, contraviene la moralidad administrativa con la que debe actuar todo servidor público, a quien no solo se le exige cumplir la ley - desde la órbita de la moralidad - sino además perseguir el beneficio general, el de la comunidad, no el propio y mucho menos el de un tercero, respecto del cual debió actuar con plena imparcialidad, sin buscar beneficiarlo en detrimento del orden jurídico y de la igualdad de trato con la que debe actuar el servidor público a la hora de tratar a los diferentes proponentes.

En efecto, se advierte vulnerado el principio de moralidad porque el desarrollo de las actuaciones administrativas - la contratación estatal debe estar encomendado a quien observe un absoluto respeto por el ordenamiento jurídico y su actuar se ajuste al fin principal de la gestión administrativa, cual es el adecuado ejercicio de la función pública, a quien corresponde además ofrecer confianza a los administrados de que el ejercicio de su labor se ajusta al ordenamiento jurídico y que esté libre de favorecer intereses particulares, apartándose del cumplimiento de los fines para los cuales fue nombrado en el referido pargo. Uno de los principales deberes de todos los responsables de la contratación estatal, es el de mantener intacta la institucionalidad por encima de los intereses personales, individuales o subjetivos. No obstante, en el presente caso el funcionario inculpado en esta actuación actuó orientado por un interés personal de obtener un beneficio económico para sí.

Para la actividad del principio de transparencia implica proporcionar elementos suficientes para garantizar el respeto e igualdad de los asociados, y en especial para garantizar el ejercicio del poder sobre bases de imparcialidad y publicidad tendientes a evitar actuaciones oscuras, ocultas y por tanto arbitrarias de los servidores públicos en desarrollo de sus competencias y atribuciones. Sin embargo en la actuación del implicado se evidencia que su actuar se rigió por una promesa remuneratoria, como et mismo lo acepta defraudando la confianza en él depositada.

De esta manera, se probado que la conducta endilgada en el segundo cargo, calificada Como **FALTA GRAVISIMA** es sustancialmente ilícita.

5.3.2.4. La culpabilidad

Definidas las dos modalidades de la culpabilidad previstas en los artículos 22 y 23 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal) y confrontada con la conducta desplegad por el señor GABRIEL GARCÍA MORALES, se advierte que el elementos objetivo presente en la conducta del investigado lo exteriorizó de manera contundente cuando confesó la comisión de faltas disciplinarias por la adjudicación del Contrato 01 de 2009 a la concesionaria Ruta del Sol S.A. a cambio e 6.5 millones de dólares, los cuales recibió a través de la firma panameña LURION TRADING INC., representada por los hermanos GHISAYS, a quien les confió el recibo de este dinero y de los cuales indicó que dispuso solo de US$2.900.OOO, reconociendo tanto el conocimiento de la ilicitud de conducta, como el deseo de su realización, al punto que mostró su arrepentimiento y pidió perdón a su familia y a la sociedad por haber defrauda" la confianza depositada en él por la sociedad, así como el daño causado a la comunidad con su actuar.

El material probatorio obrante en el proceso tales como los señalamientos efectuado por los ciudadanos brasileros miembros de la directivas de Odebrecht la confesión efectuada por el implicado y los documentos aportados la actuación evidencia el recibo de 6.5 millones de dólares, así lo reconoce el implicado y ENRIQUE JOSÉ GHISAYS MANZUR, en la declaración rendida el II I de enero de 2018, en la cárcel la picota en la que reconoció haber recibido ese dinero a nombre de GABRIEL GARCÍA MORALES.

Teniendo en cuenta que se encuentran presentes en el comportamiento del disciplinad el conocimiento de la ilicitud y la voluntad de realización de la conducta, I modalidad de la conducta se considera dolosa para el implicado, por consiguiente se imputará a título de DOLO, dado que el investigado condujo s proceder a la obtención de este resultado de manera voluntaria y consciente queriendo el resultado obtenido, advierte el Despacho que además d encontrarse objetivamente demostrada la comisión de la falta gravísima revista en el artículo 48-1 de la Ley 734 de 2002, al configurarse todos los elementos de la categoría de la culpabilidad y habiéndose demostrad que GABRIEL GARCÍA MORALES actuó con dolo, se le reprocha, en esa condición, la conducta objeto de esta censura.

5.3.2.5.- Conclusión.

Con lo cual el presente cargo quedó plenamente demostrado."

5.11. Los roles que desempeñó García Morales, no obstante su dicho ante el Juez Penal, el Tribunal Arbitral y la autoridad disciplinaria.

No obstante el dicho de García Morales ante este Tribunal y ante otras autoridades, lo cierto es que conforme a los antecedentes del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 y a los cuales se ha hecho referencia de manera extensa en la primera parte de esta providencia, previa recomendación del Ministerio de Transporte, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Nacional de Planeación, el Consejo Nacional de Política Económica y Social CONPES, mediante el Documento 3571 de marzo 9 de 2009, declaró como estratégico para el país el Proyecto Vial "Autopista Ruta del Sol" en los términos propuestos en dicho Documento, según lo establecido en la Ley 819 de 2003; encargó al INCO adelantar las gestiones necesarias para la entrega de los sectores a los nuevos adjudicatarios del proyecto, mediante la cesión eficiente y oportuna de los tramos que se encontraban concesionados en el corredor, administrados a través del INCO, y de aquellos administrados por el INVIAS para el caso de los tramos del corredor que se encontraban en contratos de obra pública en ejecución; encargó al Ministerio de Transporte y al INCO adelantar las acciones necesarias para ejecutar las inversiones propuestas en el citado Documento y para la gestión de los trámites de aprobación de las Vigencias Futuras requeridas para la total financiación y ejecución de las obras, en concordancia con los montos y programas de inversiones propuestos en ese documento; encargó al Ministerio de Transporte y al INCO adelantar las acciones necesarias para la gestión de los trámites ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para la aprobación

del esquema de riesgos y contingencias asociados a este Proyecto en desarrollo de lo dispuesto por las Leyes 448 de 1998 y 185 de 1995, y el Decreto reglamentario 423 de 2001; y, encargó al Viceministerio de Transporte adelantar las actividades de coordinación interinstitucional para el desarrollo y culminación exitosa del proceso licitatorio del Proyecto.

Para esta fecha ocupaba el cargo de Viceministro de Transporte, Código 0020, GABRIEL IGNACIO GARCIA MORALES, quien había sido nombrado por el Gobierno Nacional para esa alta posición con el Decreto No. 1427 del 27 de abril de 2007, funcionario que como ya se dijo periódicamente era encargado de las funciones del Despacho del Director General del INVIAS o como Gerente del INCO.

En virtud del encargo conferido por el Consejo Nacional de Política Económica y Social – CONPES, contenido en el Documento 3571 del 9 de marzo de 2009, a partir de esa fecha, el Viceministerio de Transporte adelantó todas las actividades de coordinación interinstitucional para el desarrollo y culminación exitosa del proceso licitatorio del Proyecto Ruta del Sol, lo que implica que esa dependencia con el Viceministro al frente desde el año 2007, tenía el absoluto e integral conocimiento e información del citado Proyecto, que incluía todos los documentos resultantes de la estructuración técnica, legal y financiera del mismo y, por lo mismo, de las condiciones técnicas, económicas y jurídicas establecidas en los pliegos de condiciones definitivos, anexos y demás documentos que integrarían el proceso de selección de los concesionarios para los sectores 1, 2 y 3.

Así, entonces, bajo la coordinación institucional del Viceministerio de Transporte, a cargo de GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES y sin perjuicio del ejercicio de control de tutela a cargo del Ministerio de Transporte sobre sus entidades adscritas o vinculadas, mediante la Resolución No. 186 del 27 de marzo de 2009, el Instituto Nacional de Concesiones INCO ordenó la apertura de la Licitación Pública SEA – LP- 001-2009, la cual tuvo por objeto "Seleccionar las Propuestas más favorables para la adjudicación de tres (3) Contratos de Concesión, cuyo objeto será el otorgamiento a cada uno de los Concesionarios de una Concesión para que realicen, por su cuenta y riesgo, las obras necesarias para la construcción, rehabilitación, ampliación y mejoramiento, según corresponda, 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 uno o más de los siguientes Sectores en los que se divide el Proyecto Sectores: Sector 1: Tobiagrande/Villeta – El Korán, Sector 2: Puerto Salgar – San Roque y Sector 3: San Roque – Ye de Ciénaga y Carmen de Bolívar – Valledupar."

Las condiciones técnicas, económicas y jurídicas para participar serían las establecidas en los pliegos de condiciones definitivos, anexos y demás documentos que integraban el proceso de selección, los cuales podían ser consultados en el SECOP o la página que hiciera sus veces, a partir de la fecha de apertura de conformidad con las Ley 80 de 1993 y 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios por lo que con dicha Resolución se ordenó la publicación de los pliegos y condiciones definitivos a partir de la fecha de apertura de la licitación.

Se reitera que GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES fue nombrado mediante el Decreto 1427 de 2007 y asumió el cargo Viceministro de Transporte. A partir del 9 de marzo de 2009, como titular del cargo, adelantó las actividades de coordinación interinstitucional para el desarrollo y culminación exitosa del Proceso Licitatorio del Proyecto Ruta del Sol en los términos encomendados por el Consejo Nacional de Política Económica y Social CONPES, mediante el Documento 3571 de marzo 9 de 2009. Periódicamente, García Morales era encargado de las funciones de Gerente del INCO. Así, por ejemplo, mediante la Resolución No. 4545 del 18 de septiembre de 2009, el Ministro de Transporte encargó a GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES, entonces Viceministro de Transporte, de las funciones de Gerente General del INCO -mientras duraba la ausencia del titular Álvaro José Soto García por comisión de servicios en el exterior en Seúl – Corea-, sin perjuicio de las funciones de Viceministro. García Morales tomó posesión del cargo el 21 de septiembre de 2009.

Dos días después, mediante el Decreto 3666 del 23 de septiembre de 2009, suscrito por el Ministro del Interior y de Justicia, delegatario de funciones presidenciales, Fabio Valencia Cossio y el Ministro de Transporte Andrés Uriel Gallego Henao, se aceptó la renuncia presentada por Álvaro José Soto García como Gerente General del INCO y se encargó a Gabriel Ignacio García Morales, Viceministro de Transporte, de las funciones del Despacho del Gerente General del Instituto Nacional de Concesiones INCO, sin perjuicio de sus funciones como Viceministro de Transporte, entre ellas, las de coordinación interinstitucional para el desarrollo y culminación exitosa del proceso licitatorio del Proyecto Ruta del Sol en los términos encomendados por el Consejo Nacional de Política Económica y Social CONPES, mediante el Documento 3571 de marzo 9 de 2009.

De esta manera GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES continuaba ejerciendo como Viceministro de Transporte las funciones de Coordinador Interinstitucional para el desarrollo y culminación exitosa del proceso licitatorio del Proyecto Ruta del Sol y a partir del 23 de septiembre de 2009, además, las funciones de ejecutor del mismo como Gerente General Encargado del Instituto Nacional de Concesiones.

Además, como ya se anotó, el Viceministro de Transporte y Gerente Encargado del INCO participó directamente en el Comité Asesor que se reunía periódicamente en su despacho con los Comités Evaluadores de las Propuestas presentadas por los partícipes de la Licitación y, sin que mediara acto administrativo mediante el cual asumiera las funciones que por virtud de la Resolución 065 de 2005 habían sido delegadas en el Subgerente de Estructuración y Adjudicación, resolvió ejercer conjuntamente con tal funcionario las atribuciones que le permitieron adjudicar directamente la Licitación Pública SEA–LP-001-2009 al Proponente No. 3 ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.AS., representado legalmente por LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, e integrado por las sociedades CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A., ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRA-ESTRUCTURA LTDA., ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A. – EPISOL S.A. y CSS CONSTRUCTORES S.A., mediante la Resolución 641 del 15 de diciembre de 2019 y, ulteriormente, celebrar en nombre del INCO, junto con el Subgerente de Estructuración y Adjudicación, el Contrato de Concesión No. 001 del 14 de enero de 2010, para cuya firma concurrió la CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. por conducto de sus representantes legales.

A su vez, se constituyó un Comité Asesor que estuvo integrado por ALESSIA ABELLO (Asesora Jurídica – Corporación Financiera Internacional), RICARDO IGNACIO HOYOS DUQUE (Asesor Jurídico Externo - INCO), GUSTAVO ALBERTO CUBEROS GÓMEZ (Asesor Jurídico Externo – INCO), RICHARD CAVELLO (Gerente de Asesoría en Infraestructura en América Latina y el Caribe – IFC) FAICE GUTIERREZ DE PIÑERES (Analista de Inversiones – Corporación Financiera Internacional) MANUEL FERNANDO MAIGUASHCA OLANO (Asesor Financiero Externo – INCO) y DIETER CASTRILLÓN (Asesor Técnico Externo - INCO).

El Comité Asesor se reunía conjuntamente, en un solo cuerpo, con los integrantes del Comité de Evaluación, los cuales exponían los casos ante aquel para obtener su recomendación, en la Sala de Juntas del Viceministerio de Transporte, siempre con la presencia del Viceministro de Transporte y Gerente General Encargado del INCO, GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES,[403] del Subgerente de Estructuración y Adjudicación, DAVID VILLALBA ESCOBAR y de la Directora del Comité de Evaluación CLAUDIA FERNANDA QUINTERO ALBARRACÍN Coordinadora del Grupo de Defensa Judicial, Doctrina y Conceptos, quien instalaba las reuniones, salvo la reunión registrada en el Acta No. 5, que fue presidida por el Viceministro de Transporte GARCIA MORALES.

El día 14 de diciembre de 2009, en el Auditorio Modesto Garcés del Ministerio de Transporte se realizó la Audiencia de Adjudicación y Apertura del Sobre No. 2 de las propuestas calificadas "Admisible" en desarrollo del proceso de la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009.

[403] Cfr. Actas No. 1 a 6 del Comité Asesor.

Presidió la audiencia el Viceministro de Transporte GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES quien al mismo tiempo fungió como Gerente General (E) del INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES INCO y asistieron a ella el Ministro de Transporte ANDRÉS URIEL GALLEGO HENAO, el Subgerente de Estructuración DAVID EDUARDO VILLALBA ESCOBAR, la Coordinadora del Grupo de Defensa Judicial, Doctrina y Conceptos CLAUDIA FERNANDA QUINTERO ALBARRACIN y los funcionarios responsables del proceso de evaluación por parte del INCO. También concurrieron los delegados de la Procuraduría General de la Nación HÉCTOR SILVA, PAULA ANDREA GUARÍN y FANY GONZALEZ y de la Contraloría General de la República, CESAR TORRENTE.

Una vez leído el Informe de Evaluación Definitiva, mediante la Resolución No. 641 del 15 de diciembre de 2009, suscrita por el Gerente General (E), GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES y el Subgerente de Estructuración DAVID EDUARDO VILLALBA ESCOBAR, se adjudicó el Sector 2 de la Licitación Pública SEA-LP-001-2009 al Proponente No. 3 ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.AS., representado legalmente por LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, e integrado por las siguientes sociedades: CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A., ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRA-ESTRUCTURA LTDA., ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A. – EPISOL S.A. y CSS CONSTRUCTORES S.A.

De acuerdo con el Documento de Promesa de Sociedad Futura constituido por el proponente ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.AS., el mismo se comprometió a constituir la sociedad en el término de ocho (8) días hábiles posteriores a la fecha de la expedición de esta Resolución y antes de la fecha de la suscripción del Contrato de Concesión. En tal virtud, mediante Escritura Pública No. 2103 del 22 de diciembre de 2009, otorgada en la Notaría 22 del Círculo de Bogotá, se constituyó la Sociedad CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.

El INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES INCO y la Sociedad CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S., celebraron el Contrato de Concesión No. 001 de 2010 el 14 de enero de 2010.

De lo anterior se infiere que no es cierto que GARCIA MORALES haya tenido una participación marginal en la dirección y apertura de la Licitación, en la evaluación de las ofertas, en la adjudicación y en la celebración del Contrato de Concesión.

Los documentos citados dan cuenta de la activa participación que GARCIA MORALES tuvo al frente del Viceministerio de Transporte desde el 9 de marzo de 2009 para ejercer la coordinación interinstitucional para el desarrollo y culminación exitosa del proceso licitatorio del Proyecto Ruta del Sol, así como de la activa participación que tuvo como Gerente del INCO desde el 21 de septiembre de 2009 y hasta el 14 de marzo de 2010 en la evaluación de las ofertas así no formara parte del Comité Evaluador y en las deliberaciones conjuntas entre el Comité Evaluador y el Comité Asesor al que GARCIA MORALES concurría puesto que las reuniones se realizaban en la sala de juntas de su despacho de Viceministro, así como la activa participación que tuvo en la audiencia de adjudicación del Contrato, en la expedición de la Resolución de Adjudicación que firmó sin tener competencia para ello e inclusive en la firma del contrato que también suscribió, no obstante que tales funciones estaban delegadas en otro funcionario mediante la Resolución 65 de 2005.

Ello demuestra que tanto GARCIA MORALES como BUENO JUNIOR no dijeron toda le verdad y acomodaron las fechas y los roles para garantizar la obtención de beneficios. Empero, el iter contractual, a pesar de lo dicho por los apoderados de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., EPISOL S.A.S. y ODEBRECHT demuestran el papel protagónico de GARCIA MORALES y el cobro y recibo de la no despreciable suma de USD$ 6.5 de dólares, que así observadas, no fue precisamente

para quedarse de brazos como un simple observador para impedir que otros corruptos se hicieran a la Licitación.

La Suma pagada y recibida indica que su trabajo fue mucho mayor para beneficio de ODEBRECHT que conforme al contexto atrás descrito y confesado por esa organización se ajusta al plan de pago de sobornos o coimas a funcionarios corruptos para hacerse al Contrato de Concesión para su empresa, suma pagada por ODEBRECHT con cargo a la Caja del Departamento de Operaciones Estructuradas según lo reconocieron los mismos empleados de ODEBRECHT.

5.12. La condena contra el sindicado Enrique José Ghisays Manzur

Mediante sentencia proferida el 31 de julio de 2017, el Juez Séptimo Especializado de Bogotá Ricardo Mojica Vargas, en el proceso con Rad. No. 11091-60-00000-2017-00507 (374-7), condenó al sindicado **Enrique José Ghisays Manzur**, por las conductas punibles de enriquecimiento ilícito de particulares y lavado de activos, verificado en allanamiento a cargos realizado por el procesado en audiencia preliminar de imputación ante el Juzgado 28 Penal Municipal con Función de Control de Garantías.

La Sentencia fue apelada por el señor agente del Ministerio Público en lo que se refiere a la dosimetría de la pena, razón por la cual, mediante sentencia proferida el 6 de marzo de 2018, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, Sala de Extinción del Derecho de Dominio, con ponencia del Magistrado Pedro Oriol Avella Franco, en ese aspecto, la Sala modificó la decisión adoptada el 31 de julio de 2017 por el Juez Séptimo Penal del Circuito Especializado de Bogotá.

En todo caso, en una y otra Sentencias, se tuvieron en cuenta los siguientes hechos, tomados del escrito de acusación, con allanamiento a cargos, presentados por la Fiscalía, de la siguiente manera:

> "La indagación tuvo su origen en la colaboración de directivos de la firma ODEBRECHT, quienes en declaraciones ante el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, distrito Este de Nueva York, indicaron entre otros temas, que en los procesos contractuales para realizar obras de infraestructura vial en Colombia, la firma constructora ODEBRECHT S.A. Colombia pagó a funcionarios públicos que tenían dentro de sus funciones la adjudicación de las obras, la suma de aproximadamente 11 millones de dólares.
>
> "Las declaraciones mencionadas se plasmaron en un PLEA AGREEMENT identificado bajo el No. WMP/DK:JN/AS F. #2016R00709, suscrito entre funcionarios de ODEBTECHT y el DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS, que conlleva a una sentencia anticipada o preacuerdo a la luz de la legislación americana.
>
> "Dicho acuerdo comprometió a los directivos de la Firma ODEBRECHT a colocar de manera categórica con las autoridades de los países del mundo en donde se habían realizado los pagos ilícitos mencionados, so pena de perder los beneficios que este tipo de acuerdos representan cuando existe colaboración por parte del investigado.
>
> (…)
>
> "Es imperioso señalar que el monto de los 11 millones de dólares, pagados a manera de sobornos en Colombia por parte de la compañía brasilera ODEBRECH, tuvo dos momentos y destinatarios diferentes, a partir de la adjudicación del contrato Ruta del Sol 2, como se va a explicar.
>
> "Plenamente establecido está a esta altura que en desarrollo del actuar criminal se presentaron dos contrataciones en las cuales la firma ODEBRECH SA Colombia realizó estos comportamientos al margen de la ley, con la indiscutible participación de ciudadanos colombianos, algunos de ellos funcionarios al servicio del Estado.

"1) Durante los años 2009 a 2010, periodo en el cual la empresa habría pagado la suma de 6.5 millones de dólares a un funcionario público para la adjudicación del contrato denominado RUTA DEL SOL SECTOR DOS, el cual fue adjudicado en el mes de diciembre de 2009 por el INCO.

"2) Este contrato fue adicionado por la ANI en donde se incluyó la ruta OCAÑA - GAMARRA en el mes de marzo de 2014 y por el cual se habría pagado la suma de 4.6 millones de dólares.

"Nuestra tención es estas audiencias se centrará en el primer punto, es decir, en el pago de 6.5 millones de dólares.

"A través de apoderado, doctor VICENTE GAVIRIA LONDOÑO, los ciudadanos brasileros LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, LUIZ ANTONIO MAMERI, LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOAREZ alias THOSHIO y ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI, formularon denuncia ante la Fiscalía General de la Nación en la que plasmaron cómo se llevó a cabo la negociación ilícita con el entonces Vice Ministro de trasporte y ex director del INCO, a quien señalan de haber sido el destinatario de la suma de 6.5 Millones de dólares, la que le fue entregada a cambio de la adjudicación del contrato RUTA DEL SOL 2, tema que como lo mencioné inicialmente ocupara nuestra atención en este escrito de acusación.

"Cabe reiterar que los ciudadanos brasileros denunciantes fungieron como directivos de la compañía ODEBRECH y en tal condición negociaron con el ex vice ministro de trasporte y entonces director encargado del INCO hoy ANI GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES quien en pasada oportunidad aceptó los cargos que le imputaron, habiendo sido su labor de cara al tema, orientar la propuesta para garantizar que sería perfecta, en términos de los brasileros, que estuvieran conforme al cumplimiento de las exigencias legales, y se comprometió a influir para que fuera favorecida en la adjudicación del contrato, a cambio del pago ilegal de los 6.5 millones de dólares, aprovechando la posición derivada de su cargo que le permitía ser quien decidía sobre dicha adjudicación, pues se trataba del funcionario encargado de suscribir la misma, en calidad de gerente encargado del entonces Instituto Nacional de Concesiones – INCO - tal como se verifica en la Resolución de Adjudicación 641 del 15 de diciembre de 2009.

"**Hechos relevantes:**

"La denuncia que presentan la representación de esta forma, fueron tres denuncias (sic) iguales suscritas por Luiz Antonio Bueno Junior, Luiz Antonio Mameri, Luiz Eduardo Da Rocha Soarez, apostilladas y remitidas y través de apoderados judiciales en Colombia a la Fiscalía General de la Nación.

(Denuncia de Luiz Antonio Bueno Junior, ... un mes después de haber empezado a realizar sus actividades...)

(…)

"Hasta aquí la denuncia que en iguales términos quedó leída y que está debidamente suscrita por LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, LUIZ ANTONIO MAMERI y LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES, debidamente apostilladas.

"Podemos entonces señalar que esta es la primera parte de todo ese movimiento financiero que más adelante vamos a concretar.

"Así las cosas, la Fiscalía General de la Nación procedió a investigar el asunto, habiendo recopilado a esta altura suficientes y aquilatados elementos materiales probatorios que informan de manera diáfana, cómo la empresa brasilera ODEBRECHT, implementó la forma para que los pagos ilegales a las arcas del confeso ex vice ministro y ex director del INCO Gabriel García Morales; siendo entonces los brasileños ya citados LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR (presidente de la empresa en Colombia) LUIZ ANTONIO MAMERY (presidente para Latinoamérica) y LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES (alias TUSHIO), las personas a cargo de quien estaba la dependencia a la que denominaron departamento de operaciones estructuradas, creada en ODEBRECHT sede Brasil, específicamente para canalizar los recursos para pagos de sobornos las diferentes países del mundo.

"Entonces; la dinámica era que el presidente de ODEBRECHT en Colombia LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR hacia solicitud del giro al director de ODEBRECHT para América Latina, quien daba la orden o autorizaba el pago señor LUIZ ANTONIO MAMERY y finalmente el director del Departamento de Operaciones Estructuradas LUIS EDUARDO DA ROCHA SOARES hacia el giro correspondiente.

"La operación hábilmente implementaba en varios países del mundo, solo se detecta 7 años después en Estados Unidos y de allí se remite el capítulo que corresponde a nuestro país, como ya se dijo; en un párrafo que no va más allá de 10 renglones, en donde simple y llanamente, como se leyó textualmente, se habla de sobornos por un monto aproximado de 11 millones de dólares que habrían sido pagados por la compañía ODEBRECHT, por supuesto importante la información que Estados Unidos, pues da el monto del dinero pagados en sobornos y sencillamente dice que a un funcionario del estado Colombiano.

"Abro comillas en el punto exacto que los Estados Unidos hace relación a los 6.5 millones:

> *'… y luego pagó por medio de la División de Operaciones Estructuradas (división of Structured Operations) - A esto también se refirieron las denuncias - con la autorización del empleado 6 de Odebrecht, - no nos dice el nombre - un soborno de 6.5 millones de dólares a un funcionario del gobierno – no nos dice nombre - encargado de adjudicar un proyecto de construcción con el gobierno Colombiano a cambio de asistencia para ganar el proyecto'.*

"Repárese que fue a través de las denuncias formuladas por los directivos brasileros que se logró concatenar parte de los movimientos financieros y el nombre del funcionario público que recibió el pago ilegal, la fiscalía ha logrado allegar Elementos Materiales Probatorios a partir de los cuales se ha logrado establecer lo siguiente:

"Que el funcionario público al que se refirió el aparte del documento remitido por la Justicia de los Estados Unidos, fue el entonces Vice Ministro de Trasporte, quien a la vez fungía como director encargado del INCO, GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES, en contra de quien se libró orden de captura la cual fue materializada, legalizada, por un Juez de Control de Garantías de esta ciudad, funcionario que igualmente le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva intramural, por los delitos de cohecho impropio, interés indebido en la celebración de contratos y enriquecimiento ilícito, conductas a las cuales se allanó.

"Igualmente se ha determinado que de los 11 millones de dólares pagados en sobornos, según el texto del documentos remitido por la justicia de los Estados Unidos para el capítulo de la adjudicación del contrato Ruta del Sol, sector 2, se pagó la suma de 6.5 millones de dólares de la que efectivamente fue destinatario el Viceministro y Ex director Encargado del INCO GARCÍA MORALES, no de manera directa, como más adelante se puntualizará.

"Se tiene suficiente evidencia acerca del giro solicitado por el LUIZ ANTONIO BUENO director en Colombia de ODEBRECHT, autorización por LUIZ MAMERY director para América Latina y materializado por LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES en calidad de director del departamento de operaciones estructuradas de ODEBRECHT cuyo destinatario fue el ex vice ministro a quien LUIZ BUENO le pidió contactara a alguna persona que tuviera condiciones económicas optimas y financieras y especiales con movimientos de esa naturaleza en el exterior.

"Es así como el ex vice ministro GARCÍA MORALES, cartagenero de nacimiento, conocía ampliamente a empresarios que podrían cumplir con los requerimientos de los brasileños, funcionarios de ODEBRECHT y ubicó a los hermanos ENRIQUE JOSÉ y EDUARDO ASSAD GHISAYS MANZUR a quienes conocía de vieja data, como compañeros de estudio y luego en el campo empresarial, con quienes además tuvo negocios, los que enterados del asunto aceptan participar en el mismo de manera directa, particularmente el aquí indiciado ENRIQUE JOSÉ GHISAYS MANZUR.

"Las instrucciones precisas, entregadas primigeniamente por LUIZ BUENO a GABRIEL GARCÍA MORALES, quien a su vez se las trasmite a ENRIQUE GHISAYS MANZUR, son perfectamente acatadas por estos, debía viajar al exterior y asumir las instrucciones que fueron indicadas por un ciudadano brasilero a quien le decía TUSHIO, plenamente establecido que se trata de LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES, director del departamento de Operaciones estructuradas de la compañía ODEBRECHT en Brasil.

"Es así como ENRIQUE GHISAYS MANZUR se desplaza a Miami y en las oficinas que fueron previamente indicadas, esto es, la oficina de la firma de abogados AKERMAN CENTER SENTERFETT ubicada en ONE SOUTH EAST 3 ANEVUE PISO 27, los hermanos GHISAYS, TUSHIO y representantes de la Banca privada de D'Andora, adelantan el trámite correspondiente a la apertura de una cuenta para lo cual previamente se debía crear una empresa la que se le dio como razón social LURION TRANDING INC, en Panamá, para lo cual entregaron la documentación requerida, quedando como titulares de la cuenta los hermanos GHISAYS MANZUR.

"De manera insistente he venido mencionando a LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES con el alias de TUSHIO porque precisamente fue así como se le presentó al señor ENRIQUE GHISAYS MANZUR mas no con su nombre real.

"Posterior a lo relatado en precedencia inician los movimientos financieros finamente planeados elaborados como una verdadera y fina filigrana, al punto que como ya se había dicho solo 7 años después trascienden a las autoridades de los Estados Unidos.

"Constituida entonces la empresa LUIRON TRANDING INC se abre la cuenta número **AD64 0006 0008 2112 0042 1638** en la Banca privada de D'Andora BPA, cuenta a la que según lo relata el mismo ENRIQUE GHISAYS MANZUR ingresan 6 consignaciones durante el año 2010 por valor de 6.5 millones de dólares de ODEBRECHT.

"Me voy a permitir dar las fecha, el concepto y el monto de cada una de esas 6 transacciones como se relacionan a continuación:

TABLA No. 1

FECHA	CONCEPTO	MONTO USD
2/03/2010	PRIMER ABONO	2.000.000
8/03/2010	SEGUNDO ABONO	500.000
27/04/2010	TERCER ABONO	2.500.000
7/07/2010	CUARTO ABONO	685.750
16/07/2010	QUINTO ABONO	384.250
3/09/2010	SEXTO ABONO	130.000
	TOTAL	**6.500.000**

"Quedando así saldado el acuerdo del pago de la comúnmente denominada coima al Ex viceministro de trasporte y entonces Director INCO a través del señor ENRIQUE GHISAYS MANZUR.

"Esta cuenta presenta unos egresos que se hacen importantes en la medida en que como se concreta más adelante, hubo un desvanecimiento de dineros:

TABLA No. 2

FECHA	CONCEPTO	MONTO USD
11/06/2010	PRIMER RETIRO	4.000.000
20/08/2010	SEGUNDO RETIRO	1.500.000
28/01/2011	TERCER RETIRO	850.000
22/12/2011	CUARTO RETIRO	130.000
	TOTAL	**6.480.000**

"Lo que indicaría que estarían faltando 20 mil dólares lo que según las explicaciones que han dado los hermanos esto sería como abono que se deja en las cuenta el mantenimiento de la cuenta, para la administración de la cuenta.

"Señala en su interrogatorio el señor ENRIQUE GHISAYS MANZUR que previas instrucciones impartidas por GABRIEL GARCIA MORALES, procedió a hacer distintas consignaciones a nombre de terceros y empresas previamente establecidas para tal finalidad, presentando extractos de cuentas y correos electrónicos, que indicaban la forma como debían hacerse tales movimientos financieros.

"En conclusión el dinero prometido por directivos de ODEBRECHT a GABRIEL GARCÍA MORALES, efectivamente llegó a su destinatario a través de terceros, haciendo claridad que parte ellos fueron administrados a voluntad del señor ENRIQUE JOSÉ GHISAYS MANZUR al punto que a la actualidad del destino de aproximadamente 2 millones 308 mil dólares, es incierto; pues según lo anota el señor ENRIQUE GHISAYS, 1 millón de dólares fue a parar a la bolsa de valores, en donde se perdieron y 1.308.717,31 millones de dólares en gastos varios de los cuales a la fecha no se tiene

soporte alguno en que fueron invertidos. Amén de los 750 mil dólares que habrían cobrado lo GHISAYS por los servicios prestados.

"Importa resaltar uno de los sofisticados movimientos financieros para diluir el rastreo del dinero. Téngase presente que inicialmente una de las cuentas fue abierta en el banco USB de Miami, en el que ENRIQUE GHISAYS MANZUR hace amistad con uno de sus empleados, el señor JORGE BENÍTEZ, quien posteriormente es contratado en el banco en el banco WELLS FARGO también en Miami recomendándole abrir cuentas, en donde sería más favorable la ganancia. Véase la habilidad del indicado para moverse en este medio. Y justamente en WELLS FARGO abre tres cuentas desde las que se hacen transacciones a múltiples sociedades.

"El señor GABRIEL GARCIA MORALES, ha hecho entrega a la Fiscalía del Título original número 088 por valor de dos millones de dólares, que corresponde a unas acciones que adquirió en PACIFIC INFRAESTRUCTURE INC a nombre de OIL & GAS.

"Hay que resaltar lo siguiente… que el gobierno panameño, muchas veces tildado de paraíso fiscal a nivel global, remite el historial de la creación y movimientos financieros de la sociedad **LURION TRADING INC.** cuyas acciones estaban a nombre de los hermanos ENRIQUE y EDUARDO GHISAYS MANZUR.

"Por lo que el pasado 6 de marzo de 2017, se le imputo los delitos de lavado de activos y enriquecimiento ilícito de particulares ante el Juzgado 26 penal municipal con función de control de garantías en la ciudad de Bogotá."

Sobre la actuación procesal, en la sentencia del Juzgado y que luego en la sentencia del Tribunal, se lee lo siguiente:

"3.1. El 6 de marzo de 2017, ante el Juzgado 26 Penal Municipal con función de Control de Garantías en la ciudad de Bogotá, se le imputaron lo delitos de Lavado de activos y Enriquecimiento ilícito de particulares a ENRIQUE JOSÉ GISHAYS MANZUR, quien se allanó a los cargos.

"3.2. El 30 de marzo de 2017, para el reparto de los Juzgados Penales del Circuito, la Fiscalía 80 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, presentó escrito de acusación con allanamiento a la imputación, en contra del ciudadano GISHAYS MANZUR, actuación que le correspondió al Segundo de los referidos despachos, mismo que mediante orden del 24 de abril del mismo año, al evidenciar que de conformidad con la cuantía de las conductas imputadas, la actuación le corresponde a sus homólogos Especializados, dispuso remitirla al Centro de Servicios para que por su intermedio se enviara a las referidas oficinas.

"3.3. Luego del correspondiente trámite, el asunto le fue asignado al Juzgado Séptimo Penal del Circuito Especializado, despacho que procedió, mediante orden del 3 de mayo de 2017, a fijar fecha para la audiencia de verificación de allanamiento a cargos y el traslado al que se refiere el artículo 447 del C. de P.P., trámite que se cumplió el 5 de junio de 2017, al cabo del cual el Juez precisó el día en que se llevaría a cabo la emisión y lectura de sentencia.

"3.4. Cumplida la gestión pertinente, en audiencia realizada el día 31 de julio del año que transcurre (2017), en efecto, se emitió el fallo condenatorio, en contra de ENRIQUE JOSÉ GISHAYS MANZUR, frente al cual se anunciaron recursos de apelación tanto el señor agente del Ministerio Público, como la Defensa. Con todo, posteriormente, el abogado suplente del procesado desistió de la alzada."

Consta en la Sentencia del Juzgado que en la diligencia de formulación de imputación, el procesado, debidamente asesorado, de forma libre consiente y voluntaria, aceptó la autoría y responsabilidad en los delitos de Lavado de activos, en concurso heterogéneo con Enriquecimiento ilícito de particulares previsto en los artículos 323 y 327 del Código Penal.

Para proferir su fallo de condena, el Juzgador hizo las siguientes consideraciones:

"El allanamiento a cargos conlleva la renuncia de derechos del procesado y la pretermisión de algunas fases del proceso, ello ante la aceptación de participación y responsabilidad en el delito o delitos

enrostrados, lo cual no significa la ausencia de elementos de conocimiento que desvirtúen la presunción de inocencia.

"Este aserto encuentra respaldo legal en el artículo 327 inciso 3 del código de procedimiento pena1[404] y la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia[405], como de la Corte Constitucional.

"En el caso concreto, el presupuesto sustancial demandado por las normas en cita se verifica en consideración de los elementos materiales probatorios allegados por la Fiscalía general de la nación, los cuales constituyen el sustento de la figura de allanamiento verificado en su momento por el Juez de garantías.

"Sobre el particular, habrá de acotarse, que la Fiscalía General de la nación enrostró al procesado un concurso de conductas punible de linaje heterogéneo, por lo cual forzoso es realizar el análisis de cada tipo penal de manera separada en aras de constatar los presupuestos sustanciales demandados por el articulo 327 en cita, para proferir fallo de condena.

"a**. Lavado de Activos**, contenido del artículo 323 del C.P., inciso modificado por el artículo 8 de la Ley 747 de 2002, modificado por la Ley 1121 de 2006, vigente para la época de los hechos:

> *'El que adquiera, resguarde, invierta, transporte, transforme, custodie o administre bienes que tengan su origen mediato o inmediato en actividades de tráfico de migrantes, trata de personas, extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión, tráfico de armas, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, delitos contra el sistema financiero, delitos contra la administración pública, o vinculados con el producto de delitos ejecutados bajo concierto para delinquir, o les dé a los bienes provenientes de dichas actividades apariencia de legalidad o los legalice, oculte o encubra la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre tales bienes o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, incurrirá por esa sola conducta, en prisión de ocho (8) a veintidós (22) años y multa de seiscientos cincuenta (650) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales vigentes'.*

"Como quiera que el sujeto agente no requiere condición cualitativa, resulta viable la imputación presentada por el ente acusador, en contra del aquí procesado, por tal razón, es necesario seguir con el estudio de los presupuestos normativos tendientes a establecer más allá de duda razonable la tipificación del delito en cuestión.

"Comporta la disposición transcrita, una serie de verbos rectores todos con total independencia; con respecto al presente caso, se debe señalar que se le imputó al señor Ghisays Manzur el verbo '*resguarde e invierta*' divisas controladas.

"En este sentido lo primero que se debe señalar es, conforme a la declaración de los Directivos de la firma ODEBRECHT, Luiz Antonio Bueno Junior (Presidente de la empresa en Colombia), Luiz Antonio Mamery (Presidente para Latinoamérica) y Luiz Eduardo Da Rocha Soares (alias Tushio), quienes ante el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Este de Nueva York, indicaron entre otros temas, que en los procesos contractuales para realizar obras de infraestructura vial en Colombia la firma constructora ODEBRECHET S.A. Colombia le pagó comisiones a funcionarios públicos que tenían dentro de sus funciones la adjudicación de las obras, a fin que fueran favorecidos.

"Por esta razón y afecto que les adjudicaran el contrato de obra Ruta del Sol - Ocaña - Gamarra - la compañía ODEBRECHT S.A. se puso en contacto con el señor Otto Nicolás Bula Bula ex senador de la Republica, a quien le pagaron el 1% del valor de las obras como tasa de éxito en los contratos que les fueran adjudicados. Tal como se señala en la entrevista de fecha 5 de enero de 2017 rendida por Yesid Augusto Arocha Alarcón director jurídico de ODEBRECHT[406].

"De igual forma para la época de los hechos, es decir, para el año 2009, hace referencia el señor Arocha Alarcón en su entrevista rendida el 5 de enero de 2017[407] , que para ese tiempo 'fungía como ministro

[404] "Art 327 inc. 3 C.P.P. 'La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados o acusados y la Fiscalía, no podrá comprometer la presunción de inocencia y solo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad'."
[405] "C.S.J. sentencia 28.998 de abril 3/2008. M.P. Dra. María Rosario González de Lemos."
[406] "Cuaderno EMP - EF folios 184 a 189"
[407] "Cuaderno EMP-Ef. folios 184 y ss."

el doctor Andrés Uriel Gallego y como viceministro el doctor Gabriel Ignacio García Molares y en el INCO yo creo que era el mismo Gabriel García'.

"Lo anterior nos permite señalar que el señor Gabriel García para el año 2009, fungía como viceministro de trasporte y director encargado de la INCO, por lo que entonces era el encargado de asignar el contrato de obra ruta del Sol rector 2; esto permitió favorecer a la firma ODEBRECHT en la asignación de esta licitación a cambio de una dadivas.

"De igual forma se tiene la declaración ante autoridades estadunidense del señor Luiz Antonio Bueno Junior, quien señaló:

> *'(...) hacia el mes de mayo de 2009 inició su proceso de integración en la sociedad Colombiana, presentando la compañía ante los empresarios del país, lo mismo que ante la prensa y ante representantes del gobierno colombiano, dentro de ellos ante el doctor Gabriel Ignacio García Morales quien para la época ocupaba el cargo de Viceministro de trasporte y Director del Instituto Nacional de Concesiones — INCO.*
>
> *(…) en los días que antecedieron a la entrega de la propuesta (lo cual aconteció el 27 de octubre de 2009), en reunión que tuvo lugar en el referido apartamento al norte de Bogotá, el doctor Gabriel Ignacio García Morales quien era responsable por la adjudicación del proyecto dado que era el Director del Instituto Nacional de Concesiones - INCO y Vece presidente del Ministerio de Trasporte, orientó a Luiz Antonio Bueno Junior para que la compañía ODEBRECHT produjera una propuesta formalmente perfecta, comprometió a influir en el proceso de licitación para que fueran descalificadas todas las demás propuesta que presentasen cualquier vicio formal.*
>
> *Así de lo anterior, el doctor Gabriel Ignacio García Morales se comprometió a no permitir la relajación flexibilización de los requisitos del pliego de condiciones'.*

"Es así como la compañía ODEBRECHT S.A. a través de sus representantes acordaron que para realizar los mencionados pagos (sobornos) al ex viceministro de trasporte lo realizarían a través de terceros.

"En ese sentido, es así como el señor García Morales (exviceministro y representante del INCO) les pone de presente a los ciudadanos brasileros el nombre del señor Enrique José Ghisays Manzur quien sería el encargado de ingresar los dineros al país y entregárselos a este.

"Posteriormente y tal como se corrobora con la declaración de Luiz Eduardo Da Rocha Soares alias 'Tushio', rendida ante autoridades estadunidenses, en la cual señaló, que se puso en contacto con el señor Enrique José Ghisays Manzur, a través de correo electrónico; a quien se le informó en una reunión personalmente que le entregarían 6.5 millones de dólares, a fin que realizara de forma directa las operaciones tendientes a entregarle al señor Gabriel García Morales ese dinero y como contraprestación de ellos le pagarían 750 mil dólares; como sabían que sus empresas estaban en liquidación, lo dejaron en libertad de realizar las gestiones pertinentes a fin de ingresar ese dinero al país.

"Por consiguiente, el señor procesado, constituyó una sociedad anónima denominada Lurion Trading Inc., creada en Miami pero constituida en Panamá mediante escritura pública No. 15.062 en la Notaria Primera del Circuito de Panamá[408] el pasado 20 de enero de 2010.

"Una vez constituida la empresa, abre una cuenta en el Banco USB de Miami a la cual se le realizaron seis trasferencias por un monto total de 6'520.000 de dólares desde el Banco de D'Andora provenientes de la compañía ODEBRECHT de la siguiente manera:

FECHA	CONCEPTO	MONTO USD
Marzo de 2010	Primer trasferencia	1.500.000
Abril de 2010	Segunda trasferencia	2.500.000
Mayo-junio de 2010	tercera trasferencia	1.000.000
Agosto de 2010	Cuarta trasferencia	685.000
Septiembre de 2010	Quinta trasferencia	685.000
Noviembre de 2010	Sexta trasferencia	150.000

[408] "Cuaderno EMP-EF folios 91 al 93"

TOTAL	6.520.000

"Estas trasferencias se encuentran sustentadas con las certificaciones de la Banca Privada D'Andora S. A.[409], en las que dan cuenta en los meses en que se realizaron las trasferencias de dinero, así como los montos consignados a la empresa Lurion Trading Inc. de Enrique José Ghisays.

"Además de corroborarse la anterior información con la entrevista del señor Luiz Eduardo Da Rocha Soarez alias 'Tushio' fue él es mismo procesado Enrique José Ghisays Manzur, quien en entrevista rendida el pasado 19 de enero de 2017,[410] la corroboró de la siguiente manera:

(...) quiero informar que Gabriel García Morales se retira del encargo del INCO en febrero de y hasta ahí no había hecho ninguna trasferencia, luego se retira del Viceministerio de trasporte en abril de 2010, si mal no recuerdo. Esta última circunstancia del retiro de la INCO y del viceministerio me la comento el propio Gabriel García Morales. El primer Giro del Banco de Andorra al UBS en Miami fue de 4 millones de dólares para la cuenta de Lurion Tranding INC., y los otras traslados estuvieron sujetos a los ingresos que se obtuvieron de Andorra, quedando esta última cuenta con un saldo de 10 a 15 mil dólares para los pagos de las anualidades del Lurion Trading Inc. hasta aquí me refiero al ingreso de 6.5 millones de dólares ahora me referiré a como se utilizó este dinero. Quiero aclarar que los recursos de la cuenta de la empresa Lurion Trading Inc., en el banco de UBS de Miami fueron trasferidos a una nueva cuenta en el banco Well Fargo por recomendación de Benítez que lo trasladaron a este banco a un mejor cargo (…)."

"Hecho que nos permite inferir con certeza, no solo el ingreso del dinero a las cuentas de la empresa Lirion Trading INC, como el pago del soborno a fin de asignar a la compañía ODEBRECHT la licitación del contrato de obra Ruta del sol sector 2, sino además, el destinatario del dinero como lo era el exviceministro Gabriel García Molares.

"Posteriormente el mismo García Morales fue quien ordenó, tal como se señaló en la anterior declaración del procesado, trasferir el dinero al banco Well Fargo, a fin de obtener mayores rendimientos, por consiguiente se realizaron 4 consignaciones de la siguiente forma, al banco en mención:

FECHA	**CONCEPTO**	**MONTO USD**
11/06/2010	Primer Retiro	4.000.000
20/08/2010	Segundo Retiro	1.500.000
28/01/2011	Tercer Retiro	850.00
22/12/2011	Cuarto Retiro	130.000
TOTAL		**6.480.000**

"Una vez trasferidos los dineros al Banco Wells Fargo se procedió a realizar varias trasferencias algunas de estas fueron ordenadas directamente por el exviceministro Gabriel García Morales, y cumplidas por el aquí procesado de la siguiente manera:

1. Trasferencia a la empresa Equilibria por un monto de 130.000 dólares, por orden de Gabriel García.
2. Trasferencia a una cuenta Panamá del señor Rafael Pérez, socio Grupo Aria constructora del edifico Claro de Luna en Cartagena en donde vive el exviceministro, por un monto de 145.000 dólares.
3. Trasferencia a empresa Colon, por un monto de 105.000 dólares.
4. Trasferencia al COASTAL barcazas del señor Allen Wernire por un monto de 375.000 dólares y posteriormente otra trasferencia de 160.000 USD.
5. Trasferencia a Pacific Infraestructure por dos millones de dólares para la compra de acciones en el proyecto de Puerto Bahía en Santa Marta.
6. Trasferencia de un millón de dólares, a inversionistas en bolsa de valores.
7. Trasferencia de un millón de dólares, para la creación de la empresa denominada Oil & Gas Logistic, en la cual los socios eran los hermanos Ghisays Manzur.
8. Trasferencia a Bancolombia a la cuenta de Eduardo y Enrique Ghisays Manzur por un monto de 750.000 mil dólares, por su gestión.
9. Trasferencia a Agente Marítimo de hermanos Ghisays Manzur por 200.000 dólares por perdida de tablets.

[409] "Cuaderno EMP-EF folios 107 y ss"
[410] "Cuaderno EMP-EF folios 282 y ss"

10. Trasferencia concepto anualidades de cuenta Lurion Trading Inc. por 20.000 USD.
11. Trasferencias a cuentas en banca privada D'Andora invertidas por 5.000 mil dólares.

"Todo lo anterior permite determinar que el aquí procesado Ghisays Manzur mediante diferentes trasferencias entre bancos, creación de empresas e inyección de capital a otras, ingresó al país 6.520.000 millones de dólares americanos.

"En cuanto al ingrediente normativo exigido por el tipo penal, es decir, que los bienes tengan su origen mediato o inmediato en actividades para enriquecerse ilícitamente, basta decir, que se tenga en cuenta la forma como los ingresó al país, pues no de otra manera se puede pensar ya que se valió de artimañas financieras para hacer ingresar ese dinero al país, para ello téngase en cuenta no solo las entrevistas rendidas por los ciudadanos brasileros Luiz Antonio Bueno Junior, Luiz Antonio Mameri, Luiz Eduardo Da Rocha Soares alias 'Thoshio' y Eleuberto Antonio Martorelli, la aceptación de cargos de Gabriel García Morales, sino también las misma entrevista rendida por el aquí procesado, en la que da cuenta todos los movimiento financieros realizados para ingresar al país ese dinero ilícito.

"Además el origen ilícito de este dinero está plenamente demostrado, pues fue ni más ni menos, el pago de la gestión realizada por Gabriel Ignacio García Morales, ex viceministro de Trasporte y entonces Director encargado de la INCO, en su gestión de favorecer la adjudicación del contrato de licitación de la obra Ruta del Sol- Sector 2 a la compañía ODEBRECHT.

"En conjunto, los elementos materiales examinados en precedencia demuestran con claridad la participación del señor Enrique José Ghisays Manzur, en la creación y movimiento financieros de la Sociedad Lurion Trading Inc., en al cual es socio del 50% del capital junto con su hermano.

"En ese mismo sentido téngase en cuenta los movimientos estratégicos financieros a fin de diluir el rastreo del dinero y así ingresarlo al país sin generar sospechas.

"En el mismo sentido, el elemento normativo del tipo concerniente a la actividad subyacente de la cual emerge la ilicitud del dinero se debe señalar que se probó su ilicitud pues como se ha venido señalando en precedencia fue el pago de la gestión en favorecer a la compañía ODEBRECHT en la licitación ruta del sol - sector 2.

"Por consiguiente los movimientos financieros realizados por el aquí procesado son un hecho indicador, del cual se infiere, que se pretendía ocultar su origen, concluyendo, como hecho indicante que este corresponde a actividades ilícitas.

"Ahora, conforme a la teoría de la carga dinámica de la prueba, en el ámbito penal aceptada de forma restringida, en tanto se descarta la inversión de la obligación probatoria y en congruencia se compele a la autoridad judicial acreditar los elementos del delito, garantizándose con ello la salvaguarda de la presunción de inocencia; procesado y defensa, estaban facultados para demostrar la fuente lícita de la moneda extranjera, lo cual no aconteció.

"Por consiguiente, el origen ilícito de los dineros está demostrado, bien por prueba directa, bien por prueba indiciaria, insistiéndose, el mismo no fue enervado por la parte interesada.

"El Despacho verifica el dolo en la conducta en estudio, pues la forma de ocultamiento del dinero, mediante maniobras engañosas ante la banca financiera, no solo nacional sino internacional, lo cual conlleva concluir de forma certera que éste además de saber de la naturaleza ilícita le había sido informado por los ciudadanos brasileros en su momento, hechos que se probó con las entrevistas rendidas por los ciudadanos brasileros.

"De otra parte, la conducta desplegada por el procesado quebranta la prohibición contemplada en el artículo 323 del código penal, lesionando el bien jurídicamente tutelado del orden económico, en tanto cualquier actividad desarrollada con dineros ilícitos afecta directamente la libre competencia, no en vano, coloca en desventaja a los actores que intervienen de forma licita en el mercado, cuya transparencia en esas condiciones se ve opacada.

"Vista desde otra arista, la conducta bajo estudio igualmente resquebraja el orden social, pues ataca pilares básicos de su estructura, como la igualdad, el trabajo y la adquisición lícita de bienes por esta vía, preámbulo y artículos 13, 25 y 58 de la constitución nacional.

"Respecto de la culpabilidad se advierte, al momento de ejecutar la conducta acá examinada, el procesado comprendía su proceder y actuó acorde con esa compresión, de ello dan cuenta la pluralidad de acciones, anteriores y concomitantes, desplegadas para pretender ingresar el dinero al territorio patrio, entre otras, la forma elaborada de los movimiento financiero a fin de ocultar e ingresar al país estas divisas y burlar las autoridades nacionales.

"En esas condiciones y bajo esas consideraciones particulares, el juicio de reproche que el Estado a través de la judicatura le realiza a Enrique José Ghisays Manzur, es que estando en condiciones de acatar la Ley, pues no obra en su favor causal excluyente de responsabilidad, optó de forma libre, consciente y voluntaria por quebrantar el ordenamiento jurídico.

"De esta forma, la judicatura constata que en el asunto puesto a consideración se colman los presupuestos sustanciales demandados por el artículo 381 del código de procedimiento penal, en consecuencia se irroga sentencia de condena en contra del ciudadano Ghisays Manzur, como autor penalmente responsable del delito de Lavado de activos, articulo 323 el código penal.

"**b. Enriquecimiento Ilícito de Particulares**, consagrado en el artículo 327 del C.P., que a la letra dice:

> *'El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado en una u otra forma de actividades delictivas incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses y multa correspondiente al doble del valor del incremento ilícito logrado, sin que supere el equivalente a setenta y cinco mil (75.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes'.*

"Igual que en la conducta anterior, es dable proseguir con los derroteros de lo normado en el principio rector penal adjetivo, cuyo *nomen juris* es '*Presunción de inocencia e in dubio pro-reo'*, en orden a determinar si se quebrantó el tipo en mención.

"La disposición transcrita, presenta como verbo rector '*obtener*' para sí o para otro incremento patrimonial no justificado, tópico sobre el cual la Fiscalía General de la Nación, pudo probar que Enrique José Ghisays Manzur ingreso al país mediante maniobras fraudulentas ante la banca financiera no solo internacional sino nacional la suma de 6.5 millones de dólares americanos con los cuales no solo incrementó su patrimonial en 750.000 dólares, sino que incrementó el de un tercero, el señor Gabriel Ignacio García, afirmación que surge no solo de los informes de policía judicial sino de las mismas entrevistas rendidas por los brasileros Luiz Antonio Bueno Junior, Luiz Antonio Mameri, Luiz Eduardo Da Rocha Soares alias Thoshio y Eleuberto Antonio Martorelli, ante autoridades estadunidenses, pero además se tiene la misma entrevista rendida por el procesado, en el que da cuenta no solo de la cantidad de dinero que ingresó al país sino de las maniobras utilizadas por éste, a fin de obtener tal propósito.

"Además, para la tipificación de la conducta bajo estudio se requiere que tal incremento se 'derive en una u otra forma de actividades delictivas', en lo atinente a este punto, no se requiere de mayores elucubraciones para afirmar que se encuentra demostrado que el acusado en este proceso, acrecentó su patrimonio y el de un tercero de manera injustificada, producto sin duda de las actividades ilícitas realizadas, por el ex viceministro de trasporte y director encargado de la INCO, pues como viene de verse fue del pago de la gestión realizada al de favorecer a la empresa ODEBRECHT en la licitación de la obra ruta del sol sector 2.

"En el aspecto subjetivo de la tipicidad, no cabe duda de que la conducta señalada es a todas luces dolosa, además de los componentes ya anotados, en virtud a que el procesado era conocedor de los hechos constitutivos del enriquecimiento ilícito de particulares, según su imputación y aceptación mediante la modalidad de allanamiento a cargos realizado ante el Juez 26 penal municipal con función de control de Garantías de esta ciudad.

"Se suma a lo señalado, que la aceptación de cargos que hizo el procesado fue de manera libre consciente y voluntaria a sabiendas que la consecuencia jurídica de la aceptación de cargos.

"Agotado lo anterior, y como quiera que el aparato punitivo sólo puede operar en tanto medie la afectación significativa o relevante de un bien jurídico que sea susceptible de protección por parte del

derecho penal, se abordará por el despacho el tema de la antijuridicidad, para considerar que efectivamente el comportamiento lesionó, sin justificación alguna, el bien jurídicamente tutelado.

"Que para el presente caso es, el orden económico y social el cual hace referencia a las reglas sobre la dirección y planificación de la economía, en este orden de ideas, viable es afirmar que constituyen valores fundamentales susceptibles de protección no sólo los individuales, sino también los colectivos, dentro de los cuales se ubica el respeto por la organización económica determinada en la constitución y la ley, necesaria para el ejercicio ordenado de los derechos de las personas y su adecuado desarrollo en el entorno social, pero que en últimas conlleva a la afectación de la economía estatal. Véase que son dos las conductas punibles que afectan este bien jurídicamente protegido por el Estado y que conllevan a predicar que en efecto con las actividades ilícitas se defraudó el patrimonio nacional.

"Además, no hay ninguna señal que nos permita pensar, por ejemplo, que en esa fecha el procesado obrara, bajo la imperiosa necesidad de defender un derecho, como pudiera ser su propia subsistencia, pues en ningún momento se expuso que se encontraban en tales condiciones.

"Sobre la culpabilidad, se está en presencia de una persona imputable, con capacidad de autodeterminación, en condición de conocer potencialmente el injusto, con comprensión de las consecuencias de su actuar, sin que sea posible pensar en una inimputabilidad transitoria, razón por la que a quien hoy se juzga, le era exigible un comportamiento ajustado a las reglas sociales y respeto a los derechos fundamentales de los demás coasociados, siendo entonces acreedor a que el Estado le lance juicio de reproche mediante la imposición de la sanción correspondiente.

"Con todo, no concurre ninguna de las causales de ausencia de responsabilidad contenidas en el artículo 32 del Código Penal, por lo cual la conducta es perfectamente punible.

"De tal suerte, al confluir las exigencias en nuestra legislación Penal en relación con el acusado, habrá de emitirse sentencia condenatoria en su contra, por el delito de enriquecimiento ilícito de particulares."

5.13. La declaración rendida por Enrique José Ghisays Manzur ante el Tribunal Arbitral

Citado por este Tribunal Arbitral, el aún sindicado ENRIQUE JOSÉ GHISAYS MANZUR, concurrió por medios virtuales a la audiencia pública celebrada el 26 de febrero de 2018 (Acta No. 66), en calidad de testigo citado de oficio, el cual respondió en este proceso arbitral el siguiente interrogatorio:

(…)

SR. GHISAYS: Vámonos por el principio, les comentaba que yo actualmente estoy condenado por los delitos de enriquecimiento ilícito y lavado de activos por el recibimiento de la coima de 6.5 millones de dólares que le entregó Odebrecht al viceministro Gabriel García Morales, los hechos iniciaron a finales de diciembre de 2009 y principios de enero, no tengo la fecha exacta, Gabriel García me abordó y me dijo que me contactaría una persona de Odebrecht a través de correo electrónico.

Este primer contacto se hizo el 23 de enero de 2010 y lo hizo una persona que se hacía llamar Tushio tras su correo electrónico, luego de varios cruces de correos para ponernos de acuerdo en dónde nos íbamos a encontrar terminamos haciendo la reunión en la ciudad de Miami en las oficinas de Ackerman, eso queda en el centro de Miami, ahí me recibió Tushio, eso fue el 3 de febrero, en esa reunión concretamos ciertas cosas, él me preguntó si podíamos aperturar una cuenta en un banco al que ellos podían tener más accesibilidad, la banca privada de Andorra, y que si podíamos conformar una nueva sociedad.

En ese momento yo le dije que sí, entonces, él hizo pasar a la sala de juntas en la que estábamos a 2 personas, uno era Tingo, él era quien manejaba las cuentas y la otra era Cristina Lozano, ella era uruguaya, la otra era española, era la que iba a manejar el tema de las empresas. En ese momento me dieron una opción de… inclusive la empresa que se seleccionó, la de nombre Lurion Trading Inc., era

una empresa que estaba constituida desde el 20 de enero de 2010, 3 días antes de que siquiera me hayan contactado.

Ese era el modo en que ellos operaban, esta persona, Tushio, era de la oficina de estructuración, en ese momento en la empresa ya aparecía yo como apoderado el día 4 de febrero como se puede ver en las escrituras que les aportará en su momento mi abogado, a raíz de que quedó la empresa constituida y la cuenta constituida también, en marzo de 2010 iniciaron los pagos, si no estoy mal fue el 3 o el 4 de marzo que se hicieron 2 pagos, uno por 500 mil dólares y otro por 2 millones, así sucesivamente se hicieron pagos en abril, luego en junio y finalmente, hasta el mes de septiembre de 2010 se terminaron completando los 6.5 consignados todos a la cuenta de Lurion Trading en la banca privada de Andorra. Hasta ese momento fue así como se ejecutó el pago completo por los 6.5 acordados, no sé si tengan alguna pregunta.

DRA. HOYOS: El señor García Morales le dijo por concepto de qué estaba recibiendo ese pago?

SR. GHISAYS: Cómo?

DRA. HOYOS: El señor García o alguien le dijo por concepto de qué se estaban haciendo esos pagos, mejor dicho, me explico, desde un principio usted supo que ese pago correspondía a una coima?

SR. GHISAYS: Yo nunca me enteré de nada antes de la adjudicación, después de la adjudicación…

DRA. HOYOS: La única empresa que estuvo vinculada a esto fue Lurion Trading?

SR. GHISAYS: …

DRA. HOYOS: Los documentos que usted dice que nos va a entregar su apoderado qué contienen?

SR. GHISAYS: Se les va a entregar el extracto bancario de Lurion…

DR. ARANGO: De conformidad con lo que usted acaba de decir, al comenzar a recibir el dinero, a ser depositado y hasta finalizar las entregas parciales, usted no sabía a qué correspondía, no tenía idea de por qué se consignaba ese dinero?

SR. GHISAYS: No, sí señor, yo sí sabía, porque el viceministro nos había comentado…

DRA. HOYOS: Cuál era su relación con el viceministro?

SR. GHISAYS: Esto yo lo supe después de la adjudicación del contrato y si mal no recuerdo, esa adjudicación fue a mediados de diciembre, yo hablé por primera vez con el viceministro a finales de diciembre o prácticamente los primeros días de enero.

DRA. HOYOS: Continúe.

SR. GHISAYS: Lo que quiero decir es que todos los pagos se iniciaron en marzo de 2010, después de la adjudicación.

DRA. HOYOS: Cuál era su relación con el viceministro García Morales?

SR. GHISAYS: Amigos de la infancia.

DRA. HOYOS: Una vez que usted recibió los pagos qué hizo con ellos?

SR. GHISAYS: Luego, se abrió una cuenta en el banco UBS en Miami, se trasfirió la plata y de ahí se hicieron ciertos pagos que me instruía Gabriel, había unos giros a unos proveedores de mi empresa.

DRA. HOYOS: Puede ser más específico en ese punto, usted dice que abre una cuenta en UBS Miami, a nombre de quién?

SR. GHISAYS: De Lurion…

DRA. HOYOS: Quiere usted decir que su abogado nos entregará los extractos de los destinos de los dineros que usted recibió en Lurion Trading y en estas cuentas?

SR. GHISAYS: …

DRA. HOYOS: Usted recuerda de manera concreta alguno de los destinos, ahorita nos está hablando en general, que algunos destinos que definía Gabriel García u otros para cuentas de sus empresas. Usted recuerda alguno en especial?

SR. GHISAYS: …

DRA. HOYOS: Cuál?

SR. GHISAYS: …

DRA. HOYOS: Recuerda Pacific cuánto recibió?

SR. GHISAYS: …

DRA. HOYOS: Lo de Pacific fue por alguna compra de acciones o algo así?

SR. GHISAYS: Una compra de acciones, correcto.

DRA. HOYOS: Yo no tengo más preguntas, pero las otras personas lo van a seguir interrogando.

SR. GHISAYS: Perfecto.

DR. PERILLA: Se le da la palabra al apoderado de concesionaria Ruta del Sol, quien manifiesta no tener preguntas. El apoderado de la Agencia Nacional de Infraestructura.

DR. SANABRIA: Gracias presidente, creo que con la declaración que ha hecho el testigo es suficiente.

DR. PERILLA: La Procuraduría.

DRA. CONTRERAS: Usted nos acaba de manifestar que va a allegar una serie de información en extractos bancarios y también nos ha hecho referencia a que usted se comunicó con una persona que se identificaba como Tushio. Sabe usted cuál es el nombre real de esa persona que se hacía llamar Tushio?

SR. GHISAYS: Antes le comento que todos esos documentos están en la Procuraduría, el nombre de Tushio es Luiz Eduardo de Rocha Soares, pero yo siempre lo conocí como Tushio…

DRA. CONTRERAS: Además del señor Tushio usted se vio personalmente o se comunicó con alguna otra persona para efectos de hacer las transacciones a las que ha hecho referencia en su interrogatorio?

SR. GHISAYS: No, referente a las transferencias solamente con él, solo un día nos vimos personalmente y después ya fue todo por correo electrónico.

DRA. CONTRERAS: De esos correos electrónicos usted tiene los soportes?

SR. GHISAYS: Sí, todo eso se les entregará también así como a la Fiscalía y a la Procuraduría.

DRA. CONTRERAS: Cuando usted hizo referencia a los pagos que se hicieron y las distintas transacciones, a cuánto asciende la suma de esas transacciones?

SR. GHISAYS: Los ingresos son de 6.5 y están justificados también, en qué se invirtieron, en qué se gastaron o en qué se perdió para el caso de la bolsa.

DRA. CONTRERAS: Adicionalmente a la empresa Lurion Trading Inc., a la que usted ha hecho referencia en sus respuestas no se hizo transacción a ningún otro tipo de empresa ni de ningún otro tipo de forma de transacción, es decir, el único destinatario fue Lurion?

SR. GHISAYS: Sí, sobre los 6.5 sí, correcto.

DRA. CONTRERAS: No existe ningún otro tipo de empresa?

SR. GHISAYS: No.

DRA. CONTRERAS: Todas las transacciones fueron a la misma cuenta?

SR. GHISAYS: Sí, los 6.5 me ingresaron todos, en el extracto de la cuenta todo eso está relacionado.

DRA. CONTRERAS: No más preguntas.

DR. PERILLA: Tiene la palabra el apoderado de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

DR. DE VEGA: Yo simplemente quisiera confirmar lo que entendí de sus declaraciones en el sentido de que ese pago al que usted se refirió muy claramente de 6.5 millones de dólares fue fruto de lo que se pudiera llamar comisión de éxito, coima o soborno por la adjudicación del contrato de Ruta del Sol 2?

SR. GHISAYS: Correcto.

DR. DE VEGA: Es decir, rotundamente así fue?

SR. GHISAYS: Correcto.

DR. DE VEGA: Muy bien, yo no tengo nada más que preguntarle, gracias.

DR. PERILLA: Se le da la palabra al apoderado de Odebrecht Latinvestco quien manifiesta no tener preguntas. El doctor Daniel Benavidez.

DR. BENAVIDEZ: Sin preguntas presidente.

DRA. HOYOS: Yo tengo una última pregunta. Usted sabe cuál es la nacionalidad de Luiz Eduardo de Rocha Soares, sabe quién es?

SR. GHISAYS: …

DRA. HOYOS: Perfecto, muchas gracias. El apoderado de la Agencia de Defensa del Estado tiene otra pregunta que hacerle.

DR. DE VEGA: Básicamente, le hecho de que hubo un pago de 6.5 millones de adjudicación es el hecho fundamental por el cual el doctor García y usted mismo fueron condenados, cierto?

SR. GHISAYS: Correcto.

DR. DE VEGA: No lo molesto más, muy amable, gracias.

DRA. HOYOS: Muchas gracias por su declaración, damos por terminada la misma."

5.14. La Condena contra el sindicado Bernardo Miguel Elías Vidal

Mediante sentencia proferida el 28 de febrero de 2018, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Juzgamiento, con ponencia del Magistrado José Luis Barceló Camacho, en el proceso Rad. No. 51833, condenó anticipadamente a **Bernardo Miguel Elías Vidal**, alias *"El Ñoño"*, de las condiciones civiles y personales indicadas en esa providencia, como autor penalmente responsable de los delitos de cohecho propio y tráfico de influencias de servidor público y, en tal calidad, le impuso las penas principales de 6 años 8 meses de prisión, 125.8 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa y 6 años 8 meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Como se observa de los hechos descritos en dicha decisión, ellos se refieren, entre otros, a las actuaciones ilegales y los sobornos pagados por ODEBRECHT para ampliar el Contrato de Concesión en valor y plazo a cambio de un aumento en el ingreso, tal y como atrás se describió el contenido de los Otrosíes 3 y 6 suscritos entre 2013 y 2014.

"La imputación fáctica plasmada en el acta de formulación y aceptación de cargos es la siguiente:

(…) el aspecto fáctico de investigación se enmarca dentro de lo que públicamente se conoce como el 'escándalo de corrupción de ODEBRECHT', Multinacional, de origen brasilero, que se interesó en realizar en Colombia obras y proyectos de infraestructura. Para ello, aplicó su política general de entregar millonarios sobornos a funcionarios de distintos niveles y a particulares, a través de los cuales ha logrado su objetivo, esto es, la asignación de contratos oficiales, algunos de ellos en condiciones de especial favorabilidad para la compañía. Dentro de sus estrategias estaba la cooptación de servidores públicos que tuvieran la capacidad de influir en las decisiones atinentes a la asignación y desarrollo de los contratos que pudieren surgir ante las necesidades del país, principalmente en materia vial. En términos simples, la multinacional requería la participación de personas que les permitieran replicar en el país su política de acceso ilegal a la contratación de obras públicas. En este contexto se da la vinculación del senador BERNARDO MIGUEL ELÍAS VIDAL. El investigado prestó su concurso al conglomerado económico, con el propósito de consolidar su actividad en el país, con intervención directa ante diferentes entidades y funcionarios, según los requerimientos de cada situación en particular, aprovechando la condición de congresista vinculado a la Comisión Tercera del Senado, encargada de estudiar y debatir el proyecto de presupuesto de rentas y gastos de la Nación -entre los cuales están, por supuesto, los de obras de infraestructura-, así como la Subcomisión de Crédito, encargada de aprobar los empréstitos internacionales y todo lo relacionado con la deuda y crédito público de la Nación. Entre las obras adjudicadas se halla la denominada Ruta del Sol tramo II, comprendida entre los municipios de Puerto Salgar (Cundinamarca) y el corregimiento de San Roque, Curumaní (Cesar), para lo cual suscribió el Contrato 001 de 2010, con el entonces Instituto Nacional de Concesiones INCO[411], que tuvo un valor inicial de $2.094.286.000.000, constantes a 31 de diciembre de 2008. El mencionado contrato 001/10, fue adicionado mediante el Otrosí N° 6, suscrito el 14 de marzo de 2014, que tenía por objeto el mejoramiento del corredor vial denominado 'Transversal Río de Oro-Aguaclara-Gamarra' [412], localizado entre los municipios de Ocaña, Norte de Santander, y Gamarra, Cesar, por un valor inicial de seiscientos setenta y seis mil ochocientos seis millones novecientos cincuenta y cuatro mil noventa y ocho pesos ($676.806.954.098.oo), pero que finalmente osciló entre un billón cuatrocientos y un billón seiscientos mil millones de pesos. Igualmente, se destaca el contrato para la recuperación de la navegabilidad del río Magdalena[413], suscrito el 13 de septiembre de 2014 entre Cormagdalena y la concesionaria Navelena S.A.S. Así mismo, el contrato de estabilidad jurídica suscrito el 31 de diciembre de 2012 entre la Nación-Ministerio de Transporte y la Concesionaria Ruta del Sol II S.A.S., para la ejecución del proyecto Ruta del Sol II. Para la adjudicación de las referidas obras de infraestructura, la aprobación de condiciones favorables a la compañía y la agilización de los trámites contractuales respectivos, los directivos de la Multinacional ODEBRECHT, por intermedio del ex Viceministro de Transportes, Gabriel Ignacio García Morales, el ex senador Otto Nicolás Bula Bula y otros 'lobistas' acordaron la entrega de dinero a varios servidores públicos y congresistas para que se comprometieran a suplir las necesidades de la contratista. Específicamente en lo que concierne al contrato de adición -otrosí N°6- el compromiso abarcó la agilización de los trámites respectivos y la inclusión de cláusulas favorables al contratista, atinentes a la autorización de nuevos peajes, el incremento de las respectivas tarifas, la anticipación de vigencias futuras y tasas de retorno, entre otras, y se acordó que estas condiciones fueran contempladas en los documentos CONPES y CONFIS, requeridos para el cierre financiero del contrato. Todo ello, se reitera, a cambio de grandes sumas de dinero. Las sumas acordadas por concepto de 'comisiones o coimas' para este contrato, según se ha establecido en el curso de la investigación, fue del 4% del valor total del mismo, suma que se distribuyó así: 2% para el senador BERNARDO MIGUEL ELÍAS VIDAL y su grupo de personas, el 1% para otro congresista y su grupo, el 0.5% para Otto Bula y el restante 0.5% para Federico Gaviria, monto que se pagaría una vez alcanzado el objetivo, es decir, se firmara el contrato adicional y se obtuviera el cierre financiero, lo cual efectivamente sucedió. Igual situación se predica del contrato de estabilidad jurídica, con la diferencia que respecto de ese convenio no se pagó por parte de la multinacional ODEBRECHT un determinado porcentaje como ocurrió frente al Otrosí N°6, sino que se acordó entregar una suma determinada, es decir cuatro mil millones de pesos. La forma de pago de las cantidades subrepticiamente acordadas se encubrió de distintas maneras. Una parte, a través de una serie de transacciones trianguladas desde cuentas offshore a cuentas de terceros, suministradas por los destinatarios de los pagos, tanto en el exterior como en el país, y otras cantidades, obtenidas mediante la suscripción de contratos simulados entre la concesionaria Ruta del Sol II y

411 "Entidad que se transformó en la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, según el Decreto 4165 del 3 de noviembre de 2011."
412 "En adelante tramo o corredor vial Ocaña-Gamarra."
413 "En adelante Contrato Navelena."

subcontratistas, que finalmente fueron entregadas en efectivo y cheques a sus beneficiarios. Respecto al Otrosí N° 6, el senador ELÍAS VIDAL asumió la función de agilizar los trámites para sacar avante en un tiempo récord la adición del contrato en las condiciones económicas favorables exigidas por la concesionaria, lo que le generó dividendos equivalentes al 2% del valor total del mismo, para lo cual, entre otras actividades, interfirió de distintas formas ante el Presidente de la ANI y otros funcionarios gubernamentales competentes para la aprobación del Conpes y el Confis, en orden a lograr el cierre financiero del Otrosí N° 6. Su rol implicaba, además, lograr que otros congresistas apoyaran las iniciativas de control político, y a través de esos debates se presionaba a los funcionarios que tenían a cargo las decisiones en materia contractual. Igual situación cumplió el senador ELÍAS VIDAL de cara al contrato de estabilidad jurídica, el cual tenía que ser finiquitado antes del 31 de diciembre de 2012, habida consideración que estaba en curso el trámite de una reforma tributaria en la que se prohibía la suscripción de este tipo de contratos, por tanto, la gestión acordada y asumida por el Congresista era fundamental para la Multinacional para lograr su cometido, como en efecto ocurrió, ya que el contrato se suscribió el 31 de diciembre de 2012, como ya se indicó. También en desarrollo de su función dentro de la referida 'empresa criminal', frente al contrato de la concesionaria Navelena S.A.S. (empresa de la organización ODEBRECHT), gestionó reuniones privadas entre posibles contratistas, funcionarios de la ANI y Cormagdalena para que permitieran la participación contractual de dichos inversionistas privados y buscar alternativas de financiamiento con el sistema bancario, con el fin de lograr el cierre financiero del contrato, el cual finalmente no se logró porque la trama corrupta de la multinacional fue ampliamente divulgada. El pago de los sobornos se hizo a través del sofisticado sistema de pagos diseñado por la multinacional ODEBRECHT, con la adopción, a nivel nacional, de medidas adicionales. Para tales efectos se utilizaron personas naturales y jurídicas, y se apeló a la suscripción de falsos contratos, intermediarios, empresas de conocidos o familiares y 'correos humanos' encargados de recibir y trasladar el efectivo, todo encaminado a ocultar el origen ilícito y el destino de dichos recursos (…).

Tal y como se señala en la citada sentencia, la actuación procesal se inició con fundamento en denuncia formulada por la Unión de Veedurías Nacionales y/o Carlos Cárdenas referida a varios miembros del Congreso de la República, entre ellos Bernardo Miguel Elías Vidal. Antes de adoptar cualquier determinación sobre la mencionada noticia criminal, la Corte Suprema de Justicia dispuso establecer la calidad de congresista de los denunciados, y fue así como el Secretario General del Senado de la República certificó que Bernardo Miguel Elías Vidal, identificado con la cédula de ciudadanía N° 78.741.717, fue elegido Senador para los períodos 2010-2014 y 2014-2018, tomó posesión del cargo y para la fecha de la misiva (7 de febrero de 2017) aún se encontraba en ejercicio de sus funciones. Complementada la denuncia con información obtenida de la Fiscalía General de la Nación, el 28 de febrero de 2017 se decidió, por la Sala de Instrucción de la Corte, abrir investigación previa al Senador Bernardo Miguel Elías Vidal. La investigación previa concluyó, el 9 de agosto de 2017, con resolución de apertura de instrucción a Bernardo Miguel Elías Vidal por los posibles delitos de lavado de activos, concierto para delinquir agravado, cohecho propio, tráfico de influencias de servidor público e interés indebido en la celebración de contratos. En consecuencia, se ordenó su vinculación procesal mediante indagatoria. Con esa finalidad se libró orden de captura en su contra. Materializada la aprehensión, los miembros del CTI de la Fiscalía General de la Nación individualizaron e identificaron al capturado como Bernardo Miguel Elías Vidal, conocido con el alias de *"El Ñoño"*. La vinculación procesal mediante injurada se cumplió los días 11, 14 y 15 de agosto de 2017. La situación jurídica se resolvió el 23 de agosto de 2017, en el sentido de imponerle la medida de aseguramiento de detención preventiva, sin excarcelación, como posible autor de los delitos de concierto para delinquir agravado, lavado de activos, tráfico de influencias de servidor público y cohecho propio, en concurso material heterogéneo, con la causal genérica de agravación punitiva prevista en el artículo 58-9 del Código Penal. Respecto de las conductas de enriquecimiento ilícito de servidor público e interés indebido en la celebración de contratos no se mantuvo la imputación efectuada en la indagatoria. Mediante la Resolución N° 076 del 24 de octubre de 2017, la Mesa Directiva del Senado de la República decidió: *"Suspender en el ejercicio de la Investidura Congresional al Senador BERNARDO MIGUEL ELÍAS VIDAL (…) a partir de la fecha de expedición del presente Acto Administrativo, la cual se extenderá hasta el momento que lo determine la autoridad judicial competente"* (fol. 159 a 161 cdo. 12). Luego de practicadas numerosas pruebas, se dispuso, mediante auto del 23 de noviembre de 2017, declarar cerrada la investigación. Antes de que dicho proveído adquiriera firmeza, pues contra el mismo fue interpuesto el recurso de reposición, el procesado Elías Vidal solicitó el trámite de sentencia anticipada respecto de los delitos de cohecho propio y tráfico de influencias de servidor público. En tal virtud, el 13 de diciembre de 2017 se llevó a cabo la audiencia prevista por el artículo 40 de la Ley 600 de 2000 y en el curso de la misma se le hizo a Bernardo Miguel Elías Vidal la imputación fáctica con la correspondiente imputación jurídica, que fue del siguiente tenor:

'Con base en lo expuesto, los elementos probatorios allegados al proceso, no sólo para el momento de resolver la situación jurídica y el análisis allí realizado (providencia de agosto 23 de 2017), sino con posterioridad en el curso de la investigación, los cuales han venido robusteciendo la prueba de cargo, la conducta que se atribuye al doctor BERNARDO MIGUEL ELÍAS VIDAL, se tipifica para efectos de esta diligencia, como los delitos de: Tráfico de

influencias de servidor público (Art. 411) y Cohecho propio (Art,. 405), en concurso material heterogéneo, con la causal genérica de agravación prevista en el artículo 58, numeral 9, ídem.'

El procesado, asistido por su defensora, respondió, frente a los cargos formulados: *"SI ACEPTO"*. Consiguientemente, la Sala de Instrucción dispuso la ruptura de la unidad procesal y la expedición de copias con destino a la Sala de Juzgamiento, para el trámite de la sentencia anticipada, manteniendo el conocimiento de los delitos que no fueron incluidos en el acta de formulación y aceptación de cargos, así como el poder de disposición sobre la privación de la libertad del procesado.

Para efectos de adoptar la decisión condenatoria, la Corte Suprema de Justicia, hizo las siguientes consideraciones:

"**2. Respeto de las garantías fundamentales**

"El procesado es una persona ilustrada, profesional de la ingeniería civil, con especialización en gerencia de la construcción, que llegó a desempeñar la dignidad de Senador de la República y que durante todo el proceso, incluso desde el inicio de la investigación previa, ha contado con permanente defensa técnica.

"Convocado a la audiencia de formulación y aceptación de cargos por su propia iniciativa, en dicha audiencia la figura de la sentencia anticipada le fue explicada amplia y suficientemente en cuanto a su naturaleza y consecuencias procesales y punitivas.

"Antes de proceder a la exteriorización de la imputación fáctica y jurídica se corroboró el entendimiento de lo expuesto, a lo cual el sindicado respondió: *'Sí entiendo, lo tengo todo claro'*.

"Finalmente, luego de expresados los cargos en forma fáctica y jurídica, hubo un espacio para la reflexión y aclaración de inquietudes que culminó con la siguiente manifestación de **Bernardo Miguel Elías Vidal**: '*SÍ ACEPTO'*.

"De acuerdo con lo anterior, es indudable que se respetaron las garantías fundamentales que le asisten al procesado y que éste manifestó su consentimiento de manera libre, voluntaria, asesorada y debidamente informada. Es decir, que aquél se encuentra exento de vicios."

"**3. Prueba para condenar.**

"Sobre la sentencia anticipada la Corte Constitucional, en la sentencia C-425/96, expuso:

Finalmente, cabe anotar que la aceptación de los cargos por parte del implicado en el trámite de la sentencia anticipada, guarda cierta similitud con la confesión simple, por cuanto el reconocimiento que hace el imputado ante el Fiscal o el Juez del conocimiento, de ser el autor o partícipe de los hechos ilícitos que se investigan, debe ser voluntario y no hay lugar a aducir causales de inculpabilidad o de justificación. En consecuencia, resulta obvio afirmar que la aceptación, además de voluntaria, es decir, sin presiones, amenazas o contraprestaciones, debe ser cierta y estar plenamente respaldada en el material probatorio recaudado. El funcionario competente, en cada caso, puede desvirtuar la confesión, por existir vicios en el consentimiento del implicado, por pruebas deficientes, por error, fuerza, o por cualquiera otra circunstancia análoga que aparezca probada en el proceso.

"Pues bien, es evidente que la atribución fáctica realizada a **Bernardo Miguel Elías Vidal** encuentra cabal adecuación en los tipos penales de los artículos 405 y 411 de la Ley 599 de 2000 y que la afirmación de tal acontecer, que fue aceptada por el procesado, además tiene respaldo en los medios de prueba que se enuncian a continuación.

"Se trata, en primer lugar, de las declaraciones rendidas por Eleuberto Martorelli, Gabriel Alejandro Dumar Lora, Otto Nicolás Bula Bula y Federico Gaviria Velásquez. La del último de los mencionados, complementada con la versión que suministró a la Fiscalía y que fue incorporada al presente proceso, ya que aunque en su exposición ante la Corte ilustró ampliamente el proceso contractual de la adición correspondiente al tramo Ocaña-Gamarra de la Ruta del Sol II y sus antecedentes, se abstuvo de hacer alusiones personales por estar negociando con la Fiscalía lo concerniente a su colaboración con la administración de justicia.

"Las anteriores atestaciones tienen en común que sus autores también se encuentran involucrados en los hechos. Por tanto, son objeto de investigación penal y cada uno tiende a defender sus propios intereses. Aun así, apreciadas en conjunto surgen puntos de contacto que convergen hacia **Bernardo Miguel Elías Vidal**. En consecuencia, en esos aspectos terminan corroborándose unas con otras.

"En primer lugar, Eleuberto Martorelli, Subdirector de Operaciones de ODEBRECHT en Colombia a partir de enero de 2013, reconoció que contrató a Otto Nicolás Bula Bula para agilizar la concreción del proyecto del tramo Ocaña-Gamarra y tener la certeza de que el mismo fuera incorporado a la concesión Ruta del Sol II, como en efecto lo fue, mediante el otrosí N° 6.

"Por su parte, Otto Nicolás Bula Bula adujo que si bien los contratos de comisión de éxito que aparecen suscritos con ODEBRECTH en realidad fueron firmados en 2016 con fecha de 2013, la realidad fue diferente a la que en ellos aparece consignada.

"Según Bula, lo que en verdad aconteció fue que ODEBRECTH requería su ayuda con las comisiones de presupuesto del Congreso de la República y con la Agencia Nacional de Infraestructura-ANI, presidida por Luis Fernando Andrade Moreno, para lograr contratar la construcción del tramo Ocaña-Gamarra como una adición a la concesión Ruta del Sol II.

"Por ende, él le comentó esa situación al Senador **Bernardo Miguel Elías Vidal**, quien le dijo que tenía acceso a Andrade. Se fijó una comisión del 4% del valor del contrato, pretensión a la que accedió Martorelli. La distribución de ese porcentaje fue, entre otros, 2% para **Elías Vidal** y su grupo y 0.5% para Bula.

"Uno de los medios de entrega de esa comisión fue un contrato ficticio por 10.000 millones de pesos, celebrado entre la Concesionaria Ruta del Sol y el consorcio SION, representado por Gabriel Alejandro Dumar Lora, pues las cantidades que fueron giradas a través de CORFICOLOMBIANA como pago de las obras supuestamente realizadas por SION fueron entregadas a **Bernardo Miguel Elías Vidal** o a la persona que él indicara, con excepción de 400 millones de pesos que fueron recibidos por Bula.

"Existió otro contrato con SION, en unión temporal con una empresa española, por 7.500 millones de pesos.

"Otra parte, aproximadamente, 800 millones de pesos, girados por Consultores Unidos de Panamá, se la entregó Otto Bula a **Bernardo Elías** en el apartamento de éste.

Según Otto Bula, el Senador **Bernardo Miguel Elías Vidal** sirvió de intermediario entre Andrade y Martorelli, quienes se reunieron 3 o 4 veces en el apartamento del congresista y otras tantas en la ANI.
"El otro servicio que Bula le prestó a ODEBRECHT fue conseguirle un socio estratégico para poder obtener una carta de crédito y participar en el proceso contractual para la recuperación de la navegabilidad del río Magdalena. Para el efecto, la habían presentado a la firma portuguesa AFA VÍAS.

"Lo expuesto por Otto Nicolás Bula Bula aparece corroborado con los dichos de Gabriel Alejandro Dumar Lora y José Ignacio Burgos.

"El primero narró que el contrato entre el Consorcio Construcción Ruta del Sol-CONSOL y SION, que fue ficticio porque la construcción del hito San Alberto - La Lizama, kilómetros 10 a 20, nunca se realizó, fue utilizado, por solicitud de Otto Nicolás Bula Bula, para *'canalizar'* unos recursos.

"Esos caudales, una vez le eran girados por CORFICOLOMBIANA, previa presentación de factura y acta de obra ficticia, él los retiraba en efectivo y, nuevamente por indicación de Otto Bula, se los entregaba al Senador **Bernardo Miguel Elías Vidal**, *'en los sitios que él me dijera'* : en su casa en Sahagún, en la casa de los suegros del congresista en Sincelejo, en la finca del tío de éste.

"En marzo de 2014, el porcentaje correspondiente al anticipo (20%) se lo reclamaban con urgencia porque era época electoral y lo requerían para la campaña *'Santos Presidente'*. El 80% restante lo entregó el año siguiente, en la misma forma.

"Este declarante dijo que en conversaciones con el Senador **Bernardo Miguel Elías Vidal** éste le manifestó que esos dineros eran producto de una gestión ante la ANI y diferentes entes estatales para

la contratación del tramo Ocaña-Gamarra. También acotó que el Senador **Elías Vidal** sabía que los recursos procedían de CONSOL.

"Por otra parte, José Ignacio Burgos, quien laboró en la unidad de trabajo legislativo del Senador **Bernardo Miguel Elías Vidal**, expuso que por solicitud de Otto Bula cambió, en el Banco de Colombia de Unicentro, 6 o 7 cheques, cada uno por 100 millones de pesos. Luego le entregó el efectivo a Bula, quien lo guardó en un maletín. Acto seguido, ambos se dirigieron al apartamento del Senador **Elías Vidal**. Mientras Burgos permaneció en la sala, Bula ingresó al estudio y luego salió sin el maletín.

"Federico Gaviria Velásquez, quien laboró para ODEBRECHT, en declaración jurada ante la Fiscalía, que genéricamente convalidó en su exposición ante la Corte, informó que Otto Nicolás Bula Bula también le colaboró a esa empresa, con el concurso del Senador **Bernardo Miguel Elías Vidal**, en la concreción del contrato de estabilidad jurídica que fue firmado el 31 de diciembre de 2012, quedando pactado como valor de la gestión la cantidad de 2 millones de dólares.

"También relató lo concerniente a las gestiones para el otrosí correspondiente al tramo Ocaña-Gamarra.

"Por último, Luis Fernando Andrade Moreno, Presidente de la ANI, igualmente sujeto a investigación penal, dio cuenta del interés del Senador **Bernardo Miguel Elías Vidal** en el proyecto del tramo Ocaña-Gamarra de la Ruta del Sol II y también de que hizo la presentación de una firma portuguesa interesada en participar, entre otros, en el proyecto para recuperar la navegabilidad del río Magdalena.

"También ilustró la necesidad que tenía de mantener buenas relaciones con los congresistas. Para el caso del Senador **Elías**, por hacer parte de la Comisión Tercera, encargada de aprobar el presupuesto.

"En resumen, las probanzas referidas le brindan sustento a la imputación fáctica. Conjugado ese caudal probatorio con la aceptación libre, voluntaria, asesorada y debidamente informada manifestada por **Bernardo Miguel Elías Vidal** se obtiene la certeza demandada por el inciso segundo del artículo 232 de la Ley 600 de 2000 para dictar sentencia condenatoria, *'de acuerdo a los hechos y circunstancias aceptadas'*.

(…)

"Las dos conductas punibles que se examinan atentan contra la administración pública. Independientemente de la categoría del cargo o dignidad que se ocupe, todo servidor público debe tener una vocación de servicio a la comunidad, que emana de los fines indicados por el artículo 2° de la Constitución Política, enmarcada siempre dentro de los mandatos constitucionales y legales (artículos 6° y 123 ibídem), que en el caso de los congresistas los obliga a actuar, sin excepción, *'(…) consultando la justicia y el bien común (…)'*, por representar al pueblo (artículo 133 de la Carta).

"Constituye un resquebrajamiento total de la función pública el que un servidor acepte una promesa remuneratoria y reciba dinero para ejecutar actos contrarios a sus deberes oficiales, así como también que utilice indebidamente las influencias derivadas del ejercicio de su cargo y/o de su función para incidir sobre otro en los asuntos que conoce o va a conocer.

"En un caso como el presente ello equivale, ni más ni menos, que a mancillar la dignidad, el cargo y la función, convirtiéndose en un mandadero de una empresa extranjera o multinacional, y poniendo las instituciones públicas al servicio de los intereses de ese capital, con evidente traición al pueblo, cuya representación se ejerce.

"Por ende, es muy elevada la gravedad de estos comportamientos, así como también la intensidad de la culpabilidad y la necesidad de la pena para quien, pese a su formación profesional y ascendencia sobre los miembros de la sociedad no se detuvo ante consideraciones como las que se acaban de expresar, sino que, por el contrario, se determinó libremente a alimentar el cáncer de la corrupción."

Esta decisión judicial no fue recurrida razón por lo cual quedó debidamente ejecutoriada e hizo tránsito a cosa juzgada.

5.15. La Condena de Pérdida de Investidura de los Congresistas Bernardo Miguel Elías Vidal y Plinio Olano Becerra

Mediante sentencia proferida el 20 de septiembre de 2018, en el proceso judicial de pérdida de la investidura, Rad. No. 11001-03-15-000-2018-00316-00, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Diecisiete Especial, con Ponencia del Consejero Jaime Enrique Rodríguez Navas, decretó la pérdida de investidura de los congresistas Bernardo Miguel Elías Vidal y Plinio Olano Becerra, por haber incurrido en tráfico de influencias debidamente comprobado "en el marco del hecho complejo que públicamente se ha denominado el *'escándalo de corrupción de Odebrecht'*" y de manera especial en la gestión y suscripción de los Otrosíes 3 y 6 al Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

Dijo entonces el H. Consejo de Estado lo siguiente:

"**2.4. Caso concreto**

"**2.4.1. Generalidades antecedentes**

(…)

"La mencionada multinacional, de origen brasileño, luego de incursionar en varios países, especialmente latinoamericanos y africanos[414], decidió hacerlo en Colombia, como contratista de obras y ejecutora de proyectos de infraestructura. Para ello, desarrolló una política general que consistía en ofrecer y entregar millonarios sobornos a funcionarios públicos y a particulares que tuvieran influencia en el ámbito público, con el fin de lograr de aquellos, directamente o a través de la mediación de estos, la adjudicación de contratos y su negociación en especiales condiciones de favorabilidad.

"Para cumplir su cometido, y asegurar la apariencia de corrección y de legalidad del flujo de recursos necesario para gratificar a los mediadores y gestores de sus intereses, creó una División de Operaciones Estructuradas (DOE) con varias firmas internacionales para manejar las transacciones, con sistemas informáticos encriptados, y empleo de bancos pequeños en países cuyo laxo régimen tributario y blindada reserva bancaria, facilitaban la discreción de las transacciones. Este esquema de corrupción operó entre 2001 y 2016 y al parecer, facilitó la irrigación proterva de aproximadamente 788 millones de dólares.[415]

"Las autoridades brasileñas investigaron estas actividades desde el año 2014, y tras ello, lo hicieron las autoridades suizas y norteamericanas. En este último ámbito, el presidente de Odebrecht, Norberto Odebrecht, firmó, en nombre de la empresa, un acuerdo de cooperación con el Tribunal del Distrito Este de Nueva York[416] en el que confesó, entre otros delitos, haber realizado en Colombia pagos por 11 millones de dólares para asegurar contratos de obras públicas con un beneficio de más de 50 millones de dólares[417].

"La Fiscalía General de la Nación de Colombia abrió investigación penal por causa de estos hechos e incorporó legalmente a ella, los documentos relevantes que obraban en los expedientes levantados por la Justicia brasileña y norteamericana y que le fueron facilitados dentro de un proceso de colaboración internacional contra la corrupción.

"Según estos documentos y las pruebas que la Fiscalía, la Procuraduría y la Corte Suprema de Justicia recabaron, en nuestro País, las operaciones de la empresa de corrupción, que desarrolló la firma Odebrecht S.A., adquirieron especial relieve en relación con la preparación del proyecto de infraestructura denominado "Ruta del Sol Fase II", que forma parte de un macroproyecto vial con el que se buscaba la optimización del tráfico terrestre entre el centro del país y la costa Atlántica; y con la contratación del Concesionario que por su cuenta y riesgo se haría cargo de la elaboración de los diseños, financiación, obtención de las licencias ambientales y demás permisos, adquisición de predios,

414 "UNITED STATES DISTRICT COURT EASTERN DISTRICT OF NEW YORK. *'Plea Agreement, United States of Americ vs. Odebrecht, Cr. No. 16-643 (RDJ).'* https://www.justice.gov/opa/press-release/file/919916/dowload

415 "IRUJO, José María y GIL, Joaquín. *"El abogado de Odebrecht: "La constructora sobornó a más de 1.000 personas en el mundo", El País, Madrid, 28 de julio de 2017."*

416 "ibíd."

417 "Folios 5-42 del anexo 4."

rehabilitación, construcción, mejoramiento, operación y mantenimiento de la vía en el sector II del proyecto, entre Puerto Salgar (Cundinamarca) y San Roque (Cesar).

"A manera descriptiva del escenario de actuaciones institucionales en el que tuvieron ocurrencia los hechos aducidos por el actor contra los acusados (y sin considerar aún la interferencia en estos), la Sala se permite hacer la siguiente reconstrucción de las actuaciones oficiales relacionadas con el macroproyecto de infraestructura denominado RUTA Del SOL II:

"El INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES -INCO- un establecimiento público del orden nacional que se encontraba adscrito al ministerio de transporte-, adelantó un proceso de contratación en la modalidad de licitación pública con el fin de seleccionar a los concesionarios para las tres fases o sectores del proyecto, proceso que arrojó como resultado, en relación con la fase II del mismo, la adjudicación a un consorcio integrado por la CONSTRUCTORA NORBERTO Odebrecht S.A., Odebrecht INVESTIMENTOS EM INFRA-ESTRUTURA LTDA, ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A. - EPISOL S.A. y CSS CONSTRUCTORES S.A., quienes, a su vez, prometieron la constitución de una futura sociedad denominada CONCESIONARIO RUTA DEL SOL S.A.S. El contrato de concesión, al que se numeró 001 de 2010, se suscribió entre el INCO y la sociedad CONCESIONARIO RUTA DEL SOL II, el 14 de enero de 2010[418].

"El proyecto Ruta del Sol Sector II se dividió en 7 tramos. Su tramo 5 se extiende entre los municipios de San Alberto y Aguachica en el Departamento de Cesar. Dentro de este tramo, para el año 2014, se encontraba en construcción la intersección a desnivel de Aguaclara, en el Municipio de Aguachica, la cual integraba: i) el corredor vial proveniente de Ocaña que atrae el tráfico del departamento de Norte de Santander y, ii) el corredor vial que viene desde Gamarra el cual atrae el tráfico procedente de las poblaciones ribereñas del Río Magdalena pertenecientes al departamento del Cesar, y de allí a Puerto Capulco[419].

"Un par de años después de haber sido adjudicado el contrato de concesión, la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI-, invitó al Concesionario a presentar una propuesta con base en la cual pudiera analizar la viabilidad de una adición a la fase II del proyecto, un trayecto de vía que permitiera su comunicación con Puerto Berrío, iniciativa esta, que dio lugar a la presentación por el Concesionario, de una propuesta concreta para la elaboración de los estudios y diseños del nuevo trayecto, pero sólo a partir de Ocaña y hasta Gamarra.

"Finalmente, se impartió aprobación a la adición de esta obra al proyecto Ruta del Sol II, condicionada a la aprobación del Ministerio de Transporte, el CONPES y el CONFIS.

"Obtenidos los avales, conceptos favorables, autorización y aprobación del compromiso de vigencias futuras, actuaciones que requirieron las intervenciones del Consejo Superior de Política Fiscal (CONFIS), el Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES), el Ministerio de Transporte, el Ministerio de Hacienda y el Departamento Nacional de Planeación, el 14 de marzo de 2014 se suscribió la adición No 6 al contrato de concesión 001 de 2014, sin que mediara previo proceso de licitación.

(…)

"En los testimonios de Federico Gaviria Velásquez, Otto Nicolás Bula, Juan Sebastián Correa, Gabriel Enrique Dumar Lora, Luís Ignacio Burgos, Hernando Restrepo y Eduardo José Zambrano se devela la actividad ejercida por el exparlamentario Miguel Bernardo Elías Vidal para adelantar y gestionar, a partir de su función, los trámites que interesaban a la compañía Odebrecht, actividad que lideró en asocio de otros servidores públicos con el fin de lograr el propósito para el cual fue contratado, que se concretó en el contrato de estabilidad jurídica y en el otrosí No. 6 de la Vía Ocaña-Gamarra.

[418]"Información que puede ser consultada en la página WEB www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=09-1-41316"

[419] "CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL, REPÚBLICA DE COLOMBIA, DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, MODIFICACIÓN AL DOCUMENTO CONPES 3571 "IMPORTANCIA ESTRATÉGICA, DEL PROYECTO VIAL AUTOPISTA RUTA DEL SOL", TRAMO 2, DNP: Subdirección Sectorial, DIFP, OAJ, DIES, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Transporte, Agencia Nacional de Infraestructura, Versión Aprobada, Bogotá D.C., octubre 2 de 2014. Documento CONPES 3817. Publicado y consultado en http://cr00.epimg.net/descargables/2017/01/27/abeb89680f96d6fa8805e39ffebe2e97.pdf"

"Para estas gestiones resultaba de especial significación que Bernardo Miguel Elías Vidal formara parte de, y ejerciera especial liderazgo en la Comisión Tercera del Senado, a la que le competían los asuntos de Hacienda y crédito público; impuesto y contribuciones; exenciones tributarias; régimen monetario; leyes sobre el Banco de la República; sistema de banca central; leyes sobre monopolios; autorización de empréstitos; mercado de valores, regulación económica; planeación nacional; régimen de cambios, actividad financiera, bursátil, aseguradora y de captación de ahorro .

"Las diferentes declaraciones rendidas por los señores Federico Gaviria Velásquez, Otto Nicolás Bula, Gabriel Enrique Dumar Lora, Luís Ignacio Burgos y Eleuberto Martorrelli, Hernando Restrepo demuestran el acuerdo previo, la forma de operación y los dividendos exitosos obtenidos no solo por parte de Odebrecht, sino de todos aquellos que en un momento dado integraron el equipo que contribuyó al logro de los protervos propósitos que se iniciaron con la suscripción del contrato de estabilidad jurídica y se extendieron hasta la suscripción del beneficioso otrosí No. 6 al contrato de concesión Ruta del Sol II.

"Otto Nicolás Bula Bula, empleado por Odebrecht como lobista e intermediario entre esa firma y el grupo de "los Buldócer", relató en declaración jurada que, fue contactado por Luíz Bueno Junior – quien para ese momento cesaba en su labor como director de la empresa (Odebrecht) en Colombia- y por Federico Gaviria Velásquez, para que ayudara a la multinacional a lograr algunos cometidos de su interés. Con ese propósito, Otto Nicolás Bula relacionó a su amigo Bernardo Miguel Elías Vidal con los directivos de Odebrecht, inicialmente con Luíz Bueno y luego con Eleuberto Martorelli quien llegaba a Colombia a continuar con el camino allanado por Luiz Bueno.

"Otto Nicolás Bula Bula adujo que para lograr la suscripción del contrato de estabilidad jurídica, Bernardo Miguel Elías Vidal tuvo que apoyarse en un grupo de compañeros de las comisiones de presupuesto, para mover influencias en las distintas entidades que tenían que ver con la aprobación de aquel, y en el propio Congreso de la República, así como con el fin de presionar su aprobación; cometido que se facilitó, porque en ese momento el gobierno estaba tramitando ante el Congreso una reforma tributaria. Al grupo de apoyo congresal se le llamó con el mote de "los Buldócer"

"El grupo de "los Buldócer" liderado por Bernardo Miguel Elías, que según dice Otto Bula, inicialmente estaba conformado por 4 congresistas, se movió tácticamente ante la ANI, entidad que era dirigida por Luís Fernando Andrade, a partir de la solicitud de concepto que hiciera la Ministra de Transporte Cecilia Álvarez al Comité de Estabilidad Jurídica integrado, entre otros, por los Ministros de Comercio Exterior, Planeación y Hacienda Pública, actuación que fue vital, toda vez que el contrato había sido devuelto 2 veces, pese a las gestiones que la constructora y su socio CORFICOLOMBIANA directamente habían adelantado ante la ANI y el Ministerio de Transporte. Superado ese trámite, se obtuvo para el mismo efecto, el visto bueno del CONFIS y del CONPES.

"El objetivo final se logró en tiempo récord, el 31 de diciembre de 2012, cuando se firmó el contrato de estabilidad jurídica entre el Ministerio de Transporte y la Concesionaria Ruta del Sol II S.A.S., para la ejecución de la Ruta del Sol II, contrato que les mantuvo las condiciones tributarias vigentes en el año 2010. Este esfuerzo, eficaz y ágil por parte del grupo liderado por Bernardo Miguel Elías Vidal, requirió también la colaboración de varios funcionarios del nivel ejecutivo, pues ese era el último día de plazo para la suscripción de este tipo de acuerdos, ya que a partir del siguiente año entraba a regir una nueva reforma tributaria que prohibía este tipo de contratos tras considerar que eran dañinos para la economía.

"Es importante destacar del relato de Otto Bula que, señaló dos importantes interlocutores para los temas de Odebrecht. De un lado, José Ignacio Burgos, quien era cercano colaborador de Bernardo Miguel Elías y pertenecía a su unidad de trabajo legislativo -UTL-,y a quien Elías Vidal postuló como candidato a la gobernación de Córdoba; y de otro, Juan Sebastián Correa, funcionario de la ANI, asesor de Luis Fernando Andrade y coordinador de sus actividades ante el Congreso de la República, quien organizó todas las reuniones que se llevaron a cabo en diferentes lugares entre Bernardo Miguel Elías y el presidente de la ANI, pero básicamente las que se adelantaron en el apartamento de Bernardo Miguel Elías para tratar temas de interés para Odebrecht.

"Narró Otto Bula que la gestión del contrato de estabilidad jurídica se acordó bajo una modalidad de comisión por éxito, esto es, que se causaba y pagaba sólo si se lograba firmar el acuerdo antes de que finalizara el año 2012. En tal caso se pagarían tres millones de dólares (US3.000.000) o cuatro mil

millones de pesos ($4.000.000.000), precio que fue pactado con Yesid Arocha, abogado de Odebrecht, quien fue a su casa, en compañía de Federico Gaviria, para establecer ese acuerdo.

"Federico Gaviria tuvo que desplazarse a Bogotá el 30 de diciembre de 2012 para hacerle el seguimiento al trámite del que informó a Bula Bula, hasta que se firmó el contrato.

"Como ese trámite resultó exitoso, la multinacional se motivó a gestionar, bajo el mismo procedimiento, ante la ANI, la suscripción, sin previa licitación, de una adición para el contrato de concesión Ruta del Sol II, propósito en el que ya venía trabajando la contratista desde meses atrás.

"Para ese efecto, relató Bula Bula, que se entrevistó con el exministro y consejero presidencial para las regiones, Miguel Peñaloza, quien era un hombre allegado a Odebrecht para ayudar a conseguir contratos en Colombia para la multinacional. Luego, se hizo el acercamiento con Bernardo Miguel Elías. Federico Gaviria y él, con Martorelli, llegaron a un acuerdo sobre el pago de un porcentaje sobre el valor del contrato de adición de la Ruta del Sol en contraprestación por los servicios de su agenciamiento.

"Confirmó Otto Bula en su declaración, lo manifestado por Gaviria Velázquez en torno a que Martorelli puso varias condiciones, entre esas que debía "sentarlo" con Luis Fernando Andrade. Este compromiso se cumplió a juzgar por las "dichosas reuniones" que dice Bula, se hicieron en el apartamento del senador Elías. Esas reuniones, informó Bula, tenían como objeto mejorar las condiciones del contrato Ocaña –Gamarra. Confirmó también este declarante, las dificultades que relacionó Federico Gaviria como existentes para lograr la adición del tramo Ocaña –Gamarra e insistió en que el objetivo principal del equipo era mejorar las condiciones del contrato adicionado.

"Federico Gaviria Velásquez, lobista de Odebrecht y enlace con Otto Bula, en las diferentes declaraciones juradas rendidas ante la Dirección de la Fiscalía Nacional Especializada contra la Corrupción y ante la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, narró pormenorizadamente las gestiones adelantadas por él, Otto Bula y Bernardo Miguel Elías, este último como líder del grupo "los Buldócer" en favor de Odebrecht.

"Sobre el contrato de Estabilidad Jurídica dijo que la Concesionaria Ruta del Sol II tuvo interés en lograrlo desde el año 2011 e hizo toda suerte de gestiones empresariales por los integrantes de esa Concesión, entre ellos, la Constructora Norberto Odebrecht y su socio colombiano CORFICOLOMBIANA. El señor Luiz Bueno lideró ese esfuerzo con un resultado fallido. En virtud de esto y dado que solo podían tramitarse aquellos contratos que quedaran aprobados por todas las instancias requeridas hasta el 31 de diciembre de 2012, y pese a que ya estaba rondando el mes de octubre de ese año, nada le salía favorable, Luiz Bueno le consultó si existía alguna gestión que pudiera ayudarle a lograr dicho objetivo. Otto Bula Bula le ofreció sus servicios de gestión ante senadores que integraban las comisiones 3 y 4, que son las competentes en materias económicas, a quien él denominaba su "grupo de amigos". La remuneración de esa gestión fue acordada a la manera de una comisión de éxito y, para su causación, los resultados de la gestión tenían que quedar completamente formalizados antes del 31 de diciembre de 2012.

"Dijo Gaviria que, Luiz Bueno llamó al grupo que conformó Otto Bula, liderado por Bernardo Miguel Elías y que con el tiempo fue denominado como "los Buldócer" para aludir a la característica que esa máquina tiene, y que le permite arrojar al suelo, "tumbar" lo que aparezca en un camino interrumpa su tránsito. El tema no era fácil, pues el primer obstáculo con el que se encontraron fue la manifestación enfática del ministro de hacienda, quien dijo que primero renunciaba antes de aprobar un contrato de estabilidad jurídica en un tiempo tan corto. Ese fue el primer obstáculo que hubo de remover el grupo de "los Buldócer" para abrirse paso en orden a conseguir la aprobación interna de la ANI, en cabeza de Luis Fernando Andrade, con la solicitud respectiva al Ministerio de Transporte liderado por Cecilia Álvarez, requisito que, una vez superado, le permitía a ese ministerio, solicitar el concepto al Comité de Estabilidad Jurídica integrado por el ministro de Comercio Exterior, Planeación y el Ministerio de Hacienda, y obtener la aprobación del CONFIS Y CONPES.

"Todo lo anterior se facilitó por la presión que ejerció el grupo de senadores a través de la reforma tributaria que se tramitaba en el Congreso. A pesar de las aprobaciones que lograron en tiempo récord, pasaban los días del mes de diciembre, y aún faltaba someter el asunto a decisión del Comité de Estabilidad Jurídica, órgano que vino a sesionar el 30 de diciembre. El contrato se firmó el 31 de diciembre de 2012, por el viceministro Javier Alberto Hernández, quien había quedado encargado para

tal efecto, y por el abogado Devis en representación de la concesionaria. Para lograr el cometido no bastó con la gestión de los Buldócer, sino que hubo necesidad de la intervención de otras personas que tenían contactos en el área jurídica. Recordó Gaviria, que tuvo que desplazarse a Bogotá para ese efecto y hacerle seguimiento al tema hasta conseguir la firma del contrato, como efectivamente se logró.

"Otra gran gestión del grupo "los Buldócer" que obtuvo resultado favorable, contó Gaviria, fue la adelantada para lograr la suscripción del otrosí al contrato de concesión Ruta del Sol II, correspondiente al tramo de vía que de Ocaña conduce a Gamarra.

"En principio, relató Federico Gaviria, Odebrecht tuvo que explorar diversas alternativas, como la vía Puerto Berrío-Cisneros donde se contempló la posibilidad de desviar la Ruta del Sol hacía Puerto Berrío, 16 kilómetros con la ampliación del puente sobre el río Magdalena y un tramo de Puerto Berrío hacia Cisneros, en una vía de doble calzada, pero esta iniciativa fue desestimada por Luís Fernando Andrade, porque formaba parte del proyecto de las autopistas de la montaña que posteriormente se les denominó 4G.

"Luego se trabajó la alternativa del tramo Barrancabermeja-Bucaramanga, e inclusive, la concesionaria Ruta del Sol presentó una alianza público-privada -APP, pero esta fue rechazada por la ANI porque ya existía un concesionario a cargo.

"Finalmente, Odebrecht logró la invitación formal de la ANI, el 13 de julio de 2012, para que presentara una propuesta para el sector Ocaña-Gamarra, proyecto impulsado por el Ministro de Transporte de ese momento, Miguel Peñaloza. La concesionaria empezó a trabajar la propuesta y la presentó el 25 de agosto de 2012, sin embargo, el ritmo de los trámites de estudio de la propuesta fue muy lento, al punto que el ministro se desvinculó, y después de esto, "no se movía nada en el Congreso de la República".

"Fue entonces cuando, según refiere el testigo Gaviria, aparecieron, en el primer trimestre de 2013, Otto Bula y el grupo de senadores amigos liderado por Bernardo Miguel Elías Vidal, quienes le ofrecieron su gestión a Eleuberto Martorelli. Este, en un principio estuvo renuente a aceptar su colaboración, pero finalmente consintió en ella, basado en el éxito que ya aquellos habían obtenido en la gestión del contrato de Estabilidad Jurídica, así como por el estancamiento que acusaba el trámite de la adición al contrato de concesión.

"Este testigo relata en forma circunstanciada y con prolijidad de detalles, como Martorelli puso tres condiciones para aceptar la intervención de Otto Bula y el grupo de "los buldócer": 1. Reunirse con Luís Fernando Andrade y que este le manifestara el interés de la ANI de seguir adelante con el tema. 2. Concretar el valor del proyecto con el grupo de los buldócer y con los lobistas y 3. Martorelli quería hacer una reunión con todos los congresistas que hacían parte del mencionado grupo; sin embargo, esta no se cumplió pues solo se reunió con estos, sino con otro parlamentario llamado Antonio Guerra.

"La primera condición se cumplió en varias ocasiones, pues el senador Bernardo Miguel Elías reunió a Luís Fernando Andrade y a Eleuberto Martorelli en su apartamento. Allí mejoraron las relaciones personales que en principio estaban distantes entre Martorelli y Andrade y acordaron mejores condiciones contractuales para la firma del otrosí. Esta afirmación deviene probada con las declaraciones de Otto Nicolás Bula, Federico Gaviria Velásquez y Juan Sebastián Correa , quien era el enlace de la ANI con el Congreso de la República y quien programaba los encuentros de los tres personajes citados, como también se puede leer de los chat de WhatsApp que fueron aportados al proceso, así como con la misma manifestación que sobre el tema hizo Bernardo Miguel Elías Vidal ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, dentro del proceso 49951 adelantado contra Plinio Olano Becerra en el marco de un trámite de beneficios por colaboración eficaz al que se acogió el declarante

"La segunda condición también se cumplió, pues según relató Federico Gaviria Velásquez, la negociación empezó con un porcentaje que ascendió en su valor porque la concesión se amplió, por lo que finalmente se acordó un 4% del total de la obra que aproximadamente correspondía a ochenta mil millones de pesos ($80.000.000.000), repartidos entre "los buldócer", Otto Bula y Federico Gaviria.

"Según dice Federico Gaviria Velásquez ratificado por Otto Nicolás Bula, cuando el grupo de "los buldócer" empezó a trabajar se encontró con varios inconvenientes: A). la gestión de la vía no estaba a cargo de la ANI, sino del Fondo de Adaptación. B). INVÍAS había contratado una firma española AYESA para hacer el diseño geométrico y el presupuesto de la vía Cúcuta-Ocaña-Gamarra. C). El departamento de Cesar se oponía a que la vía, que era del orden departamental, pasara a formar parte de una concesión nacional. D) el señor Luis Fernando Andrade había dicho que en su gestión nunca adicionaría un contrato de concesión.

"Bajo esa perspectiva, según Bula Bula y Federico Gaviria, el grupo de los Buldócer tuvo que ampliarse de 4 a 10 u 11 congresistas, para fortalecer su capacidad de gestión y lograr su cometido.

"Siguió relatando Federico Gaviria, que Bula Bula pidió un anticipo de cuatro mil millones de pesos ($4.000.000.000) por la gestión del otrosí. Con su entrega, el trámite empezó a fluir ágilmente, hasta superar todos los obstáculos y concluir con su firma a mediados de marzo de 2014, pero sujeto a varias condiciones: i) un aval fiscal que era la aprobación de vigencias futuras para el proyecto, ii) la autorización para el compromiso anticipado de vigencias futuras que tenía Ruta del Sol. iii) un incremento de los peajes a una mayor tasa que la autorizada para el resto del país, autorización que no competía al Ministerio de Transporte, y que obligó a escalar su solicitud, hasta obtener la aprobación el 6 de agosto de 2014, logrando así, el cierre financiero; iv) la aprobación del CONFIS, que se obtuvo el 7 de septiembre de 2014 y del CONPES, el 14 de octubre de ese mismo año; v) el DNP autorizó el compromiso de vigencias futuras el 9 de octubre; el 14 del mismo mes y año el Ministerio de Hacienda, como secretaría ejecutiva del CONFIS dio cierre a este periplo de autorizaciones. El acta de inicio de obra se firmó el 10 de noviembre de 2014.

"Señaló Federico Gaviria que todas las condiciones fueron cumplidas en un tiempo record favoreciendo a la constructora Odebrecht, pese a que Luís Fernando Andrade Director de la ANI, dijo que desde el año 2012 vieron la posibilidad de financiar el proyecto adicionándolo a la Ruta del Sol, sin embargo, cada una de las gestiones tuvo como motor al grupo "los buldócer" y a otros agentes del Estado en cada una de las entidades que tenían la competencia sobre los diversos temas que concernían a esta iniciativa.

"Para la Sala Diecisiete Especial de Decisión, los testimonios hasta aquí referidos y comentados para efectos de analizar la configuración de este segundo presupuesto de la causal, ofrecen credibilidad en sus dichos y son determinantes para forjar su convicción acerca de su acaecimiento, pues fueron precisamente Otto Bula, Federico Gaviria y Gabriel García Morales las personas que en Colombia dieron inicio a la colaboración con la justicia en el denominado "escándalo de Odebrecht," los dos primeros como asesores y lobistas de confianza de los directivos de la multinacional que conocían todos los detalles diseñados para lograr los temas principales que en esta acción se develaron y para los cuales fueron contratados y, el último, porque fue el funcionario público en su calidad de director encargado del INCO que firmó la adjudicación de la Ruta del Sol II y que confesó haber recibido una gran suma de dinero a cambio.

"A la luz de la apreciación conjunta e integral del acervo probatorio descrito, con base en los criterios de la experiencia y la sana crítica, la Sala Diecisiete Especial de Revisión encuentra probado, con grado de certeza, que el exsenador Bernardo Miguel Elías Vidal como senador de la República realizó gestiones y ejerció presiones valiéndose de su investidura, ante las distintas entidades del Gobierno Nacional, llámense ANI, Ministerio de Hacienda, Transporte, Planeación y ante el mismo congreso, entre algunas otras entidades, para obtener, como lo hizo, con su grupo de amigos "Los Buldócer", el contrato de estabilidad jurídica y la agilización del otro si número 6, de la Ruta del Sol II, de una manera rápida, eficiente y en las mejores condiciones para la multinacional Odebrecht, formando parte de un gran entramado de corrupción al que fueron arrastrados, no solo algunos otros congresistas, sino varios servidores públicos de diversas entidades del Estado, enviando un mensaje para el país de descomposición con un comportamiento reprochable y anti ético, contrario a lo que se espera de una persona que es elegida por y para defensa de los intereses públicos.

"La certeza no surge solamente de las declaraciones de los mencionados señores, quienes ofrecen credibilidad por ser testigos directos de los hechos, tener coherencia interna y externa en su relato y consistentes en sus dichos que se prueban con los resultados exitosos de las gestiones adelantadas, sino que elementos esenciales del relato como su vinculación con Odebrecht se corroboran con los testimonios de Eleuberto Martorelli y Luiz Bueno Junior, directivos de Odebrecht, quienes aceptaron que contrataron a Bula y Gaviria y pagaron contribuciones económicas para obtener los resultados

esperados a los que reiteradamente se ha hecho referencia y aceptaron su cercanía con Bernardo Miguel Elías Vidal.

"En efecto, Eleuberto Martorelli en declaración recibida en el Consulado de Colombia en Brasil el 23 de mayo de 2017 dentro del proceso penal adelantado por la Corte Suprema de Justicia, en una extensa declaración afirmó que contrató a Otto Bula para que acelerara el tema del otrosí. Indicó que tenía conocimiento de la cercanía de Otto Bula con Bernardo Miguel Elías. Que con este senador compartieron en algunas ocasiones en donde estaba presente Luis Fernando Andrade, lo que sirvió para limar asperezas y conciliar diferencias.

"Por su parte, Luiz Bueno en declaración rendida ante el Consulado de Colombia en Brasil dentro del proceso seguido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia dentro del expediente 49592 confirmó que conoció Otto Bula y que contrató sus servicios como lobista para que adelantara el contrato de estabilidad jurídica toda vez que la concesión tenía problemas para su aprobación. Afirmó que delegó en su director jurídico, Yesid Arocha, para tratar el tema con Otto Bula.

"En conclusión, considera y declara la Sala suficientemente probado que el senador Bernardo Miguel Elías participó en las gestiones adelantadas ante el Congreso de la República y ante diferentes entidades públicas para lograr de manera exitosa el contrato de Estabilidad Jurídica y el otrosí del tramo Ocaña-Gamarra de la Ruta del Sol II, en las mejores condiciones contractuales posibles para el conglomerado empresarial de la firma Odebrecht, utilizando para ello las prerrogativas y ventajas irregulares que le procuraba su investidura como Congresista. También considera probado que, como efecto de estas gestiones y presiones, se superaron los diferentes obstáculos a que hicieron referencia Otto Bula y Federico Gaviria para obtener, en tiempo récord, la aprobación del Contrato de Estabilidad Jurídica y el otrosí tantas veces citado, gestiones aceptadas por el mismo senador Elías Vidal en la declaración jurada rendida ante la Sala de Casación Penal, el 16 de marzo de 2018, dentro del proceso No. 49951 seguido contra Plinio Olano

"Debe resaltar la Sala que el senador Bernardo Miguel Elías Vidal, como se expuso en los antecedentes, no contestó la demanda, ni pidió pruebas, como tampoco controvirtió las trasladadas, y que, no obstante ello, la Sala Especial se esmeró en obtener un buen número de pruebas que trasladó de procesos de naturaleza penal y disciplinaria adelantados en contra de aquel, para definir con suficiencia si se encontraban probadas las causales imputadas. Debe decirse que el exsenador tampoco discutió las pruebas que fueron puestas en su conocimiento mediante traslado pese a que ya para esos momentos tenía defensor.

"**2.4.3.3. Tercer supuesto: Que se reciba, haga dar o prometer para sí o para un tercero dinero o dádiva, con las salvedades o excepciones contempladas en la Ley 5ª de 1992, en cuanto a las gestiones de los Congresistas en favor de sus regiones.**

"Este elemento se prueba con los testimonios de Otto Nicolás Bula Bula, Federico Gaviria Velásquez, José Ignacio Burgos, Hernando Mario Restrepo, Gabriel Dumar Lora y Eduardo José Zambrano, como pasa a explicar esta Sala.

"Federico Gaviria y Otto Bula Bula relataron que por el contrato de estabilidad jurídica, Odebrecht acordó una "reciprocidad" en beneficio de Bula Bula y Bernardo Miguel Elías Vidal, de tres millones de dólares (US3.000.000) o cuatro mil millones de pesos ($4.000.000.000), teniendo en cuenta la tasa de cambio del dólar para esa fecha, las deducciones y los costos de traslado del recurso, habida cuenta que Odebrecht colocaba el dinero fuera de Colombia. Como se dijo párrafos atrás, la gestión se pactó bajo la modalidad de comisión por éxito, es decir, que el beneficio se causaba y pagaba sólo en caso de obtener y concretar la firma del contrato de estabilidad jurídica antes del 31 de diciembre de 2012, como efectivamente se hizo.

"Indicó Federico Gaviria que, cuando llegó Eleuberto Martorelli a Colombia se encontró con el anterior compromiso de pago pactado en la presidencia de Luíz Bueno, y por tal razón le asignó esa responsabilidad a Luiz Batista Filho, encargado de los pagos en el exterior por parte de la compañía Odebrecht. Este señor puso algunas condiciones para el pago: A) Que fueran empresas serias o que tuvieran trayectoria porque iban a ser revisadas en Brasil y B) que los pagos no superarían los trescientos mil dólares (US300.000). Otto Nicolás Bula, con los senadores que le acompañaron en las gestiones, buscaron empresas que sirvieran de fachada para recibir esos recursos en Panamá.

"Federico Gaviria precisó los pagos así: La primera empresa usada fue la del señor Hernando Mario Restrepo Osorio, cuyo objeto comercial era la telefonía celular en Panamá. La transacción fue hecha a través del Banco Bancolombia, como lo reconoció el señor Hernando Restrepo Osorio al relatar ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que conocía a Otto Bula por negocios y que, como éste le debía una plata, le pidió que recibiera un dinero en su empresa y descontara la deuda. En las oficinas de Odebrecht le explicaron cómo iban a hacerse los pagos y en ese sitio conoció a Federico Gaviria Velásquez. Restrepo informó a la investigación penal, que le entregaron 10 cheques a Otto Bula por aproximadamente cuatro mil quinientos millones de pesos ($4.500.000.000) girados a su nombre o al de su esposa.

"Para el cambio de esos cheques, Otto Nicolás Bula utilizó a José Ignacio Burgos, quien era su amigo personal tanto como de Bernardo Miguel Elías, y era además miembro de la Unidad Técnica Legislativa que auxiliaba en el trabajo congresional a este último. José Ignacio Burgos relató que él cambio unos cheques y Bula otros, pues, como fueron girados por cifras tan altas, el banco Bancolombia de Unicentro no contaba con los recursos en caja para su cancelación. Recordó que fueron 6 o 7 cheques de $100 millones cada uno y que él firmó su endoso. Luego de cobrar los cheques y guardar el dinero en un maletín, se fueron para el apartamento de Bernardo Miguel Elías y Bula dejó el maletín. No supo, dijo Burgos, si había más personas en el apartamento porque Bula dejó el maletín y salieron.

"Gaviria Velásquez refiere también que otra de las firmas utilizadas para traer el dinero a Colombia fue "Jabones la Jirafa", de la familia Peláez, a través de una comercializadora internacional que traía artículos de la China. También, aludió a una tercera empresa perteneciente a un señor Iván "El Turco" quien traía el caudal y lo entregaba en Colombia.

"Bula Bula sostuvo que todos los recursos económicos para el pago de las gratificaciones del contrato de estabilidad jurídica se pagaron a través de la empresa de Hernando Mario Restrepo.

"Ahora bien, respecto de los pagos causados por la gestión del otrosí No. 6 de la Ruta del Sol Ocaña-Gamarra, según relata Federico Gaviria Velásquez , fueron los siguientes:

- El anticipo de cuatro mil millones de pesos ($4.000.000.000) fueron entregados por Panamá.

- Unos pagos gestionados por Iván "el turco" y en unas compañías chinas, por valor de cinco mil millones de pesos ($5.000.000.000), para el señor Bula.

- La intención de Odebrecht era pagar todo en el exterior, pero, como la situación de la compañía en Brasil se complicó y consiguientemente la firma tomó la decisión de no hacer más pagos en el exterior, Bula consiguió una persona de su confianza y la llevó a Odebrecht. Esta persona fue Gabriel Dumar Lora, dueño de una de las empresas consorciadas del grupo SION.

- SION, era un consorcio conformado por las firmas 3 D, Constructora Filipo, Disconfutura Limitada, Luís José Dumar y Discon V y V, con representación legal de Gabriel Dumar Lora, firmó un contrato a través de una de las compañías de la Concesionaria llamada CONSOL (Consorcio Constructor Ruta del Sol), Odebrecht por DIEZ MIL MILLONES DE PESOS ($10.000.000.000).

- Relató Gabriel Dumar Lora, sobre ese contrato, que fue contactado por Otto Nicolás Bula quien lo llevó ante Odebrecht, más concretamente ante CONSOL para que presentara una propuesta para la pavimentación de 10 kilómetros de vía. En febrero de 2014 firmaron el contrato de pavimentación entre San Alberto y La Lizama. Sin embargo, las condiciones iniciales del acuerdo se modificaron, pues la cantera de la cual iban a extraer material estaba ubicada a 40 kilómetros y no a 10, como estaba pactada. Ante esta eventualidad Otto Bula y Marcio Marangoni, le propusieron, que sacara la totalidad de los recursos del contrato ya firmado, para ser entregados a Bernardo Miguel Elías con quien debían cumplir unos compromisos, y que ellos directamente hacían la obra.

- Ese contrato, según continuó relatando Gabriel Dumar, no se ejecutó, es decir, fue un contrato simulado y el dinero del anticipo, así como el restante, con excepción de un par de cheques, le fue entregado a Bernardo Miguel Elías en efectivo y en los lugares que él disponía, como, por ejemplo, en Sahagún o en Sincelejo en la casa de los suegros o donde un tío de él.

- Informó también Gabriel Dumar, versión que es corroborada por Federico Gaviria Velásquez, que se firmó otro contrato entre CONSOL y SION y una empresa española llamada "Técnicas Territoriales y Urbanas" por siete mil quinientos millones de pesos ($7.500.000.000). La empresa española fue alquilada, y el saldo también se le entregó a Bernardo Miguel Elías.

- El señor Federico Gaviria Velásquez continuó relatando, en un capítulo de su declaración llamado "pagos," las demás cancelaciones y su modus operandi respecto del compromiso adquirido por Odebrecht con el grupo de "los Buldócer", Bula y con él mismo, en el tema del otrosí Ocaña – Gamarra, de la siguiente manera: Un pago se hizo por medio de la firma Consultores Unidos Colombia con quien Martorelli tenía una deuda pendiente de un prediseño sobre la vía Ruta del Sol, por lo que tal contrato se incrementó en tres mil millones de pesos ($3.000.000.000) más, de manera que Eder Ferracuti ordenó el pago con el señor Eduardo Zambrano. Allí intervino directamente Bula Bula y recepcionó todos los cheques a través de Mauricio Buja Jarava, dueño de una empresa que se llama Equipos y Transportes de la Sabana.

- Indicó Federico Gaviria que a través de la firma Consultores Unidos Panamá, Marcio Marangoni y Amilton Sendai consiguieron una firma llamada ALTEC que trajo a Colombia la suma de cinco mil millones de pesos ($5.000.000.000), más los impuestos generados y costos, contrato pagado por CONSOL.

- Este sobrecosto lo corroboró la Sala, con la declaración de Eduardo José Zambrano, gerente de Consultores Unidos Colombia y Panamá, quien aceptó en su declaración jurada ante la Corte Suprema de Justicia que, Martorelli le pidió el favor de que incrementara el valor del contrato en consideración a que tenía que cumplir unos compromisos con Otto Bula y Federico Gaviria. Ese contrato, según el señor Zambrano, se suscribió en Panamá por el tema de impuestos, toda vez que en Colombia son del orden del 37% y en Panamá del 20%. Federico Gaviria y Eduardo Zambrano coinciden en el sobrecosto del contrato usado para cancelar el compromiso con Bula y Gaviria y casi en el monto, pues Zambrano manifestó que CORFICOLOMBIANA giró a Panamá dos mil setecientos millones de dólares (US 2.700.000.000), de los cuales entregó cuatro mil doscientos millones de pesos ($4.200.000.000) a Bula Bula, y quinientos millones ($500.000.000) a Gaviria; y éste último señaló que fue de cinco mil millones de pesos ($5.000.000.000). Además de lo entregado, el señor Zambrano informó que quinientos millones de pesos ($500.000.000) correspondían a Consultores Unidos de Panamá y el resto se gastó en impuestos, que los asumió Odebrecht.

- Relató también Eduardo José Zambrano que a través de Consultores Unidos Colombia, celebraron otro contrato que también tuvo sobreprecio, cuyo valor fue de siete mil millones de pesos ($7.000.000.000), de los cuales, luego de impuestos, quedaron cinco mil setecientos millones ($5.700.000.000), suma de la cual, entregó un poco más de cuatro mil millones de pesos ($4.000.000.000) a Otto Bula, y un poco más de quinientos millones ($500.000.000) a Gaviria (para la Sala, este contrato puede coincidir con el contrato de Consultores Unidos Colombia, señalado líneas atrás, solo que difiere en el monto, pues allí Gaviria habló de tres mil millones de pesos ($3.000.000.000) y Zambrano de siete mil millones de pesos ($7.000.000.000). Recordó Zambrano que Martorelli le dijo que esos recursos eran para apoyar unas campañas políticas e hizo referencia a que Federico Gaviria le comentó que la plata era para un grupo de senadores llamados "los Buldócer" en el que estaba "Bernardo Miguel Elías".

- Federico Gaviria Velásquez informó que otro pago se hizo a través de Equipos y Transportes de la Sabana con Consultores Unidos de Colombia por valor de cien millones de pesos ($100.000.000).

- Hizo referencia, también, Federico Gaviria Velásquez, en las declaraciones rendidas ante la Fiscalía y ante la Sala penal de la Corte Suprema de Justicia que, Marcio Marangoni buscó un contratista de confianza en CONSOL, Andrés Salazar, para que le pagara los honorarios que Federico Gaviria tenía pendientes con él. El trámite se hizo a través de Flor Herrera, quien cambiaba cheques en el Centro 93. A Gaviria le pagaron quinientos millones (500.000.000), pero era un total de mil doscientos millones ($1.200.000.000). Recordó también que Marcio Marangoni consiguió una cantera de propiedad del alcalde de Gamarra de esa época para que, a través de Libardo López, persona cercana a Otto Bula, se hicieran 2 pagos cada uno de mil millones de pesos ($1.000.000.000).

- En las mismas declaraciones que se han citado respecto de Federico Gaviria Velásquez, este también hizo referencia a que Otto Nicolás Bula celebró directamente un contrato con la

Concesionaria Ruta del Sol por la suma de doscientos millones de pesos ($200.000.000) y que Eleuberto Martorelli le pagó directamente, y en efectivo, a Otto Nicolás Bula ciento cincuenta mil euros (EU150.000) y cien mil dólares (US100.000).

- Federico Gaviria Velásquez informó, en su relato respecto de los pagos que, como Odebrecht seguía debiendo plata del compromiso del otrosí y los senadores presionaban bastante con el pago, Otto Nicolás Bula hipotecó una finca de su propiedad denominada Agropecuaria Samoa con una firma prestamista de la ciudad de Barranquilla por valor de ocho mil millones de pesos ($8.000.000.000), que según Bula era para los congresistas. Esa hipoteca se cubrió con pagos de la firma CONSOL en Aguachica por una empresa denominada Pontones y Tierras. Bula cobraba unos intereses sobre esa hipoteca del 5% mensual. El socio de Bula, Gildardo Pérez fue quien pagó la hipoteca. Esa hipoteca y el pago son confirmados con el testimonio de Otto Bula Bula rendido el 13 de febrero de 2017 ante la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada contra la Corrupción.

- Dijo Federico Gaviria Velásquez que la Concesionaria Ruta del Sol necesitaba pagarle unos honorarios a él por la asesoría que prestó durante todo el tema Ocaña –Gamarra y al mismo tiempo tener un validador en el mercado financiero para negociar el valor de la estructuración financiera de Ocaña –Gamarra, propuso la compañía Profesionales de Bolsa y Odebrecht. El valor del contrato fue por cinco mil millones de pesos ($5.000.000.000). A Gaviria le dieron do mil quinientos millones de pesos ($2.500.000.000).

- Recordó Federico Gaviria que desde tiempo atrás Luis Bernardo Villegas le venía prestando asesoría a Odebrecht en el tema de estabilidad jurídica, y manifestó que no conoció el valor de la gestión, pero que Ferracuti le comentó que tenía un costo cercano a los siete mil millones de pesos ($7.000.000.000).

- Referenció, igualmente, Federico Gaviria Velásquez, los pagos hechos a funcionarios de la Rama Ejecutiva, por concepto de las diferentes colaboraciones.

Otto Nicolás Bula, en la declaración rendida ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el 3 de agosto de 2017, confirmó que sobre el otrosí No. 6, cobraron el 4% del valor total, que ascendió aproximadamente a novecientos mil millones de pesos ($900.000.000.000). Confirmó lo dicho por Gaviria: que a Bernardo Elías y su grupo les correspondió el 2%. Ese valor, según relató, se canalizó por el Consorcio SION y por dos contratos con Consultores Unidos Panamá y Colombia.

"En la misma versión hizo referencia, también, a que Odebrecht realizó un contrato con la firma Profesionales de Bolsa por un valor cercano a los diez mil millones de pesos ($10.000.000.000), de donde "supuestamente" sacarían recursos para pagarles a unos congresistas de la Comisión Sexta del Senado, pero dijo que de ese manejo no tenía conocimiento. Este pago fue corroborado por Federico Gaviria Velásquez como se reseñó en líneas anteriores.

"De acuerdo con el recuento probatorio que se ha realizado frente a este presupuesto para la Sala esta certeramente probado que el señor Bernardo Miguel Elías Vidal actuó en su calidad de congresista ante diversas autoridades públicas buscando no solo el beneficio económico para la multinacional Odebrecht sino también su propio beneficio y el de varios de sus compañeros de congreso.

"Esta certeza surge conjuntamente de (i) las pruebas testimoniales consistentes y complementarias a las que se hizo referencia en este postulado, como son las de Otto Bula, Federico Gaviria, Hernando Restrepo, Gabriel Dumar Lora, José Ignacio Burgos y Eduardo Zambrano y (ii) los contratos celebrados entre Consultores Unidos y Transportes y equipos la Sabana, representado por Oscar Mauricio Bula Jarava, contrato reseñado por Federico Gaviria del cual obtuvieron recursos para el pago de las "coimas o contribuciones acordadas" .

"**2.4.3.4. Cuarto supuesto: Que el beneficio pretendido por el Congresista provenga de un asunto que el servidor público se encuentre conociendo o haya de conocer".**

"Todas las actuaciones a que se ha hecho referencia fueron realizadas por Bernardo Miguel Elías Vidal dentro de su ejercicio funcional como congresista de la Comisión Tercera del Senado de la República, desde allí presionó, sobornó y convenció a diversos servidores públicos ubicados en dependencias como la ANI, Ministerio de Transporte, Ministerio de Hacienda, Comercio Exterior, el propio Congreso, entre otros organismos, para servir a la multinacional Odebrecht y con ello conseguir para su beneficio personal y el del grupo de "los Buldócer" y otros lobistas, el contrato de estabilidad jurídica para la Ruta del Sol II, y las mejores condiciones convencionales en el otrosí no. 6 del contrato

Ocaña - Gamarra, todo con el único propósito, se insiste, de obtener multimillonarias contraprestaciones económicas en detrimento del patrimonio nacional y de la moral del pueblo colombiano.

"Para redundar en el análisis probatorio, la Sala debe finalizar el estudio de la causal invocada señalando que los testimonios citados en esta providencia son coherentes, consistentes y complementarios en sus dichos, son creíbles por su espontaneidad y conocimiento directo y las diferencias que surgen entre ellos no desvirtúan sus descripciones y puntos principales, pues solo se refieren a montos o valores recibidos que pueden entenderse dado que los contratos tenían valores nominales y las sumas recibidas tenían grandes descuentos por impuestos e intermediación.

"Además de encontrarse probado el tráfico de influencias, resulta evidente que el exsenador Bernardo Miguel Elías Vidal vulneró la exigencia que impone el mandato constitucional previsto en el artículo 133 Superior frente a sus electores y ante la sociedad que esperaba de él un comportamiento decoroso, digno, ajustado a la ley y a la Constitución, pues con su actuar defraudó ese principio de representación y la dignidad que de él se desprende.

"En orden a fortalecer lo que hasta aquí se ha expuesto, la Sala Diecisiete Especial de Decisión debe resaltar que el caudal probatorio recaudado por las autoridades penales (Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia y Fiscalía General de la Nación) era tan robusto y sólido que el exsenador Bernardo Miguel Elías Vidal aceptó la formulación de cargos con fines de sentencia anticipada respecto de los delitos de cohecho propio (artículos 405 del Código Penal) y tráfico de influencias (artículo 411 id).

"La aceptación de cargos por parte del implicado en el trámite de la sentencia anticipada, ha dicho la Corte Constitucional, se asimila a la confesión simple. Para que tenga validez debe ser voluntaria, es decir, sin presiones, amenazas o contraprestaciones, y debe ser cierta y estar plenamente respaldada en el material probatorio recaudado. Estos presupuestos los encontró probados la Corte Suprema al afirmar: *"En resumen, las probanzas referidas le brindan sustento a la imputación fáctica. Conjugado ese caudal probatorio con la aceptación libre, voluntaria, asesorada y debidamente informada manifestada por Bernardo Miguel Elías Vidal se obtiene la certeza demandada por el inciso segundo del artículo 232 de la Ley 600 de 2000 para dictar sentencia condenatoria*, *"de acuerdo los hechos y circunstancias aceptadas""*

"En concordancia con este análisis, la Sala de Juzgamiento de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia profirió sentencia anticipada contra Bernardo Miguel Elías Vidal, alías el Ñoño" condenándolo a la pena principal de 6 años y 8 meses de prisión, 125.8 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa, y 6 años 8 meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. Por expresa prohibición legal no le concedió ninguno de los beneficios sustitutivos de suspensión condicional de la pena privativa de la libertad y prisión domiciliaria.

"Concluye esta Sala que la conducta llevada a cabo por el exsenador de la República Bernardo Miguel Elías configuró el tráfico de influencias debidamente comprobado, pues utilizó su calidad de congresista para desplegar una actuación irregular y reprochable dirigida a gestionar para la multinacional Odebrecht, por lo menos, un contrato de estabilidad jurídica y el otrosí No. 6 del tramo Ocaña-Gamarra, a cambio de un beneficio económico para su provecho personal.

"Por otro lado, la misma naturaleza de las gestiones, precedidas como estuvieron, de acuerdos, permite inferir que la actuación de Elías Vidal se desarrolló en forma, no culposa, sino intencional, y que deliberada y conscientemente orientó sus facultades intelectuales y volitivas al servicio de intereses privados con grave detrimento del interés general que le concernía atender.

"Finalmente, debe decir la Sala para responder a los argumentos del abogado suplente de Bernardo Miguel Elías Vidal, que la desinvestidura del citado ex senador, que será decretada, se funda, no en las decisiones de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia sino en el análisis precedente que evidenció la tipificación de los presupuestos de la causal de tráfico de influencias debidamente comprobado, como así lo pidió en su intervención.

"En virtud de lo expuesto, la Sala Diecisiete Especial de Decisión, decretará la pérdida de investidura de Bernardo Miguel Elías Vidal y ante la prosperidad de la causal principal no estudiará las causales subsidiarias que fueron propuestas.

"**2.4.4. JUICIO DE ADECUACIÓN DE LA CAUSAL 'TRÁFICO DE INFLUENCIA DEBIDAMENTE COMPROBADO' EN EL CASO DE PLINIO EDILBERTO OLANO BECERRA**

"Para definir la procedencia de la causal principal de tráfico de influencias debidamente comprobado se usará la misma metodología que para el caso de Bernardo Miguel Elías Vidal, es decir, a partir de los presupuestos detallados por la Sala Plena de esta Corporación para esa causal.

"**2.4.4.2. Que se invoque esa calidad o condición ante el servidor público**[420]**, ejerciéndose en todo caso un influjo síquico sobre éste, sin tener en consideración el orden jerárquico existente entre ambos**.

"**Gabriel García Morales**, ex viceministro de Transporte y posterior Director del INCO, manifestó, ante la Corte Suprema de Justicia[421], haber colaborado en el año 2009 con Luiz Bueno, presidente de Odebrecht Colombia, con el fin de lograr la adjudicación del sector II de la Ruta del Sol.

"García Morales resaltó que, en un debate de control político al que fue citado por Plinio Edilberto Olano Becerra, éste lo criticó fuertemente y acusó al Ministerio de Transporte de permitir la corrupción en las licitaciones y de tener un cartel de evaluadores. Insistió en que había sido muy grosero y agresivo, lo que nunca había pasado en ninguno de los debates a los que él había asistido. Añadió que la descalificación de los Nule del proceso licitatorio adelantado para la adjudicación de del tramo II de la Ruta del Sol fue legal, pero, que en caso de que aquellos hubieran presentado ajustada a los requerimientos exigidos para la preclasificación, hubiera escudriñado, para evitar la adjudicación al grupo Nule.

"Además, el señor García Morales puso de presente que Luiz Bueno le manifestó que Olano Becerra *"hacía parte de su equipo"* y que las críticas que recibió surgieron como medio de presión, porque se rumoraba que se iba a adjudicar la licitación del sector II al grupo de Nule. Bueno Junior le contestó en ese entonces, que hablaría con el senador para que no lo molestara más, como efectivamente sucedió.

"Lo anterior fue corroborado parcialmente por **Miguel Nule Velilla**[422], en el testimonio rendido el 19 de mayo de 2017 ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el que manifestó que, durante el referido proceso licitatorio, Gabriel García Morales le comentó que estaba recibiendo presiones en el Congreso. Sin embargo, Nule Velilla dijo que García Morales no le había indicado quiénes lo presionaban y que él (Nule) no tenía conocimiento de que Olano, en concreto, hubiera tenido injerencia en la adjudicación.

"En declaración rendida el 16 de marzo de 2018 ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia[423], el exsenador **Bernardo Miguel Elías** manifestó: "[…] *el señor* ***Martorelli*** *me dijo que* ***Plinio Olano*** *era de su equipo, esa fue la palabra con que se refirió, tengo a* ***Plinio Olano****, es de mi equipo, porque controlaba la comisión sexta del Senado de la república y nos ayudaba a empujar los temas. Él tenía otra persona en la Comisión Sexta de Cámara que también la mencionó y fue enfático en decir que ellos lo apoyaban en debates y cosas y que la empresa también le ayudaba a ellos. Me dijo que me apoyara o que buscara a* ***Plinio*** *para sacar adelante los temas, cosa que tengo que decir que no hice, no hice, no lo busqué, por prudencia, pero esa fue la mención que hizo el señor* ***Eleuberto Martorelli*** *en mi apartamento, dijo que* ***Plinio*** *era amigo del señor* ***Federico Gaviria*** *y que ellos trabajaban, que* ***Plinio*** *los ayudaba*".

"**Luiz Antonio Bueno Junior**[424], por su parte, expresó que: "[…] *él* [**Plinio Olano**] *fue una de las personas que yo utilicé para enviar el mensaje al Ministerio de Transportes de que se cumplieran los pliegos y que no se podría tener mal manejo*".

(…)

"Ahora bien, con respecto a la aprobación del otrosí número 6 al contrato de Concesión de la Ruta del Sol Fase II, **Federico Gaviria Velásquez** –cuya vinculación con la firma Odebrecht estuvo orientada a lograr el apoyo de la Comisión Sexta Constitucional Permanente del Senado al contrato de estabilidad

[420] Ibídem.
[421] Folio 474, DVD RW (E:) 49592 (300818).
[422] Folio 476, CD 4.
[423] Folio 478, CD 3.
[424] Archivo "170523_003", CD 5 "Fol. 417.CD2".

jurídica y el otrosí número 6 del contrato de la Ruta del Sol Fase II– manifestó ante la Corte Suprema de Justicia[425] lo siguiente:

> *'Solamente restaba una última posibilidad, que Odebrecht quiso estudiar y fue cuando una persona que fue el Alto Consejero para las Regiones de la Presidencia de la República, el señor Miguel Peñaloza, fue nombrado Ministro de Transporte. El señor Miguel Peñaloza, persona cercana al senador Plinio Olano de tiempo atrás – decía el señor Olano tenían una relación cercana, existente, fluida– fue nombrado Ministro de Transporte, entiendo yo que su origen o su nacimiento tiene origen en el Departamento de Norte de Santander, y cuando en un corto período que él duro como Ministro, fue que se realizó se llevó a cabo una invitación formal y oficial, para que el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Transporte y de la ANI, invitaran formalmente a la concesionaria Ruta del Sol, a ver si tenía, o no, interés en una adición contractual en el tramo Ocaña-Gamarra;* ***esta invitación se gestionó, la gestionó, la trabajó el señor Plinio Olano con el señor Miguel Peñaloza, para que se diera digamos esa invitación formal*** *y, a raíz de esa invitación, pues el señor Luis Bueno, porque esto fue año 2012 inicio de año 2013, logró una aceptación por parte de la concesionaria Ruta del Sol en manifestar, la Corte puede verificar que cuando llegó esa comunicación, prácticamente al día siguiente, Odebrecht manifiesta que sí tiene el interés y de ahí se desprendió ya todo el trabajo jurídico, técnico, financiero, para poder empezar a ver la posibilidad de estructurar un contrato de adición al concesionaria Ruta del Sol, sector II. (negrilla y subrayado fuera de texto, para destacar)*
>
> *Debo puntualizar entonces, que se hizo una gestión por parte del señor Plinio Olano, con el señor Miguel Peñaloza, en su momento Ministro de Transporte, para que se hiciera la invitación oficial, para la ampliación del contrato Ocaña-Gamarra y ahí se le dio origen y recibió, pues en su momento, el Director de la ANI, decían las personas de Odebrecht, para empezar a darle ya un equipo de trabaja muy fuerte, muy sólido, que desembocó posteriormente en el contrato de adición Ocaña-Gamarra.*
>
> ***Me decía el señor Martorelli, que de ahí se generó un compromiso, por pagarle unos honorarios al señor Plinio Olano y al señor Miguel Peñaloza****, y el señor Luis Fernando Mesa […] era la persona que eventualmente recibiría los recursos que le pagarían, no sé si se los pagaron, no se si no se los pagaron, no me consta ese tema. Pero en Odebrecht existía el compromiso, por haber hecho esa gestión de esa invitación'. (negrilla y subrayado fuera de texto, para destacar)*

"**Eleuberto Antonio Martorelli**, quien reemplazó a Luiz Bueno en la dirección de la constructora en Colombia, indicó[426] que conoció a Plinio Olano en el año 2013 en una visita efectuada a la obra Ruta del Sol II cuando formaron parte de la comitiva del Presidente de la República, oportunidad en la que habló extensamente con el congresista sobre la obra y sobre otros temas de infraestructura. Agregó que coincidieron en otras oportunidades con ocasión de su asistencia común a actos tales como seminarios académicos, y que luego visitó la casa del congresista por invitación suya. Este, manifestó Martorelli, siempre hizo explícito su interés por la obra, pero que jamás le pidió o le ofreció dinero. Insistió este testigo en que su contacto para los efectos de este contrato era Otto Bula, quien se encargaba de hacer la labor de lobby para la que había sido contratado, labores entre las que se encontraba la de ejercer presión para que el otrosí No. 6 "saliera" rápidamente y en las mejores condiciones. Admitió este declarante, sin embargo, que Bula le anticipó que habría debates de control político al presidente de la ANI y al ministro de hacienda para presionar la viabilidad del otrosí.

"**Juan Sebastián Correa Echeverry**, enlace de la ANI y el congreso entre 2012 y abril de 2017, relató[427] que en el desarrollo del proyecto Ruta del Sol II acompañó al Presidente de la agencia, Luís Fernando Andrade a varios debates de control político en el Congreso, encabezados por Plinio Olano Becerra, de la Comisión Sexta del Senado, sobre asuntos relacionados con la *"cuarta generación de concesiones y el estado de la infraestructura actual"*. En esas citaciones el parlamentario mostraba una actitud *"agresiva y atacante"* con permanentes críticas al desempeño de Luis Fernando Andrade, sin que su jefe o él conocieran los motivos de su actitud.

"Los debates de control político surtidos entre julio de 2012 y julio de 2013, por su parte, están documentados y consta en el oficio CSX-CS-0222-2017 de 14 de junio de 2017 extendido por el secretario general de la Comisión Sexta Constitucional con destino a una profesional universitaria de la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal-, que para su desarrollo se realizaron 7 debates. De ellos, 3 fueron citados por Plinio Olano. En septiembre 25 y octubre 2 de 2012, así como en abril 2 de

[425] Folio 476, CD 3.
[426] Folio 486, CD 4.
[427] Folio 476, CD 2.

2013 fueron citados, entre otros, el presidente de la ANI, el Ministro de Hacienda y el Ministro de Transporte. Hay otras citaciones al presidente de la ANI a iniciativa de los senadores Carlos Ferro y Eugenio Prieto Soto[428].

"En el acta número 13 de 2012[429], se dejó constancia de que el **2 de octubre de 2012** se desarrolló una sesión de la Comisión Sexta del Senado de la República, convocada por los senadores Eugenio Prieto Soto y Plinio Olano Becerra, a la que fueron citados los Ministros de Transporte, y de Hacienda y Crédito Público, el director del Departamento Nacional de Planeación, la Contralora General de la República y el Procurador General de la Nación.

"En esta sesión, el senador Olano comenzó su intervención, protestando por la inasistencia del Ministro de Hacienda y Crédito Público y del Director del Departamento Nacional de Planeación.

"Posteriormente, habló sobre el documento CONPES 3167, del 23 de mayo del 2002, título del documento *"Política para mejorar el servicio de transporte público urbano de pasajeros"*. Según ese documento, existe una capacidad institucional deficiente, en la materia, a lo que el senador Olano añadió que "*la capacidad institucional de todos los Ministerios es tan deficiente, que no somos capaces de contestar el cuestionario, qué vamos a ser capaces de responder por el resto*". Según ese documento, se presenta además una regulación inadecuada, en materia de transporte público urbano de pasajeros, lo que –señala– incrementa la informalidad. Puso de presente, además, otros problemas, como la sobreoferta de rutas, los equipos obsoletos, falta de señalización y de seguridad en la construcción de la infraestructura, los altos índices de accidentalidad, la ausencia de planificación del servicio público de transporte urbano, la ausencia de unos indicadores claros para medir la reducción de emisiones de CO_2, la falta de control y vigilancia, así como de articulación de las políticas para los órdenes nacional, regional y local.

"Expuso, para finalizar, las deficiencias que acusaban varios de los sistemas de transporte urbanos de pasajeros y censuró nuevamente la inasistencia del Ministro de Hacienda, por lo cual –manifestó– no se pudo tratar el tema de las tarifas de dichos sistemas.

"En definitiva, en la sesión de control político que se llevó a cabo el 2 de octubre de 2012, el senador Plinio Olano no trató tema alguno que directa o indirectamente se relacionara con Ruta del Sol Fase II, ni con sus otrosíes. Resulta así evidente –para la Sala– que la intervención del entonces senador Olano no estuvo en esa ocasión directamente orientada a influir sobre la gestión gubernamental de la concesión Ruta del Sol II, principalmente a cargo de la constructora Odebrecht, ni sobre los otrosíes al contrato. En consecuencia, hasta ahora no resulta de recibo el señalamiento del influjo indebido sobre servidor público con tales fines, al menos, por causa de las intervenciones del parlamentario en las sesiones hasta aquí comentadas.

"Por otro lado, el debate de control político convocado por los senadores Plinio Olano Becerra y Jorge Hernando Pedraza Gutiérrez, que se llevó a cabo el **2 de abril de 2013**, quedó registrado en el acta número 31 de la Comisión Sexta Constitucional Permanente[430]. A esta sesión fueron citados los Ministros de Educación Nacional y de Salud, el Director de Planeación Nacional, la Directora de la Corporación Fondo de Prevención Vial, y el Director de Tránsito y Transporte de la Policía Nacional.

"En su intervención, el senador Olano habló principalmente sobre la seguridad y la necesidad de reducir los niveles de accidentalidad e hizo referencia a los siguientes puntos: (i) el incumplimiento de los compromisos adquiridos en materia de reducción de velocidad; (ii) la necesidad de avanzar en el control de alcoholemia; (iii) la falta de regulación del uso de cascos en motos y del uso de cinturón de seguridad en menores; (iv) la necesidad de que exista una agencia de seguridad vial en Colombia; (iv) la ineficacia del procedimiento sancionador; (vi) la conveniencia de implemetar unidades de la Fiscalía especializadas para procesos de tránsito; (vii) la ausencia de educación básica y evaluación a conductores; (viii) la necesidad de revisión de vehículos en un centro de diagnóstico automotor; (ix) la falta de casetas de peaje en concesiones viales, que alarga las colas; (x) la corrupción policial; (xi) la necesidad de un número único nacional para quejas por mala conducción; (xii) el uso de los fondos de seguros obligatorios; (xiii) la ausencia de datos concretos sobre la implementación del Plan Nacional de Seguridad Vial; (xiv) el exceso de liquidez que el Ministerio de Salud invertía en el sector financiero a largo plazo; (xv) la carencia de protocolos sobre seguridad vial para la importación de vehículos; y (xvi)

[428] Folios 166 a 169 del Anexo 3.
[429] Folio 395.
[430] Folio 395.

la falta de confianza en la capacidad regulatoria del Ministerio de Transporte y la inestabilidad legislativa que eso implica.

"Así como en la sesión del 2 de octubre de 2012, en la del 2 de abril de 2013, el senador Olano Becerra no hizo referencia directa ni indirecta a la forma en la que se estaba manejando la Ruta del Sol, Fase II, ni a los otrosíes al contrato de concesión. Consecuentemente, esta Sala tampoco encuentra probada, con base en este documento, la imputación de la causal de tráfico de influencias, con fundamento en lo dicho en la sesión de control político del 2 de abril de 2013, pues su intervención no se revela directa ni indirectamente dirigida a influir sobre los funcionarios públicos citados, en favor de los intereses de la multinacional Odebrecht.

"Ahora, conforme al acta número 11 de 2012[431], la Sesión de la Comisión Sexta del **25 de septiembre de 2012** fue citada por el entonces senador Plinio Olano Becerra, con el objeto de inquirir al Presidente de la ANI sobre el número de contratos que se habían aplazado por demoras en licenciamiento ambiental, y sobre el costo de ese aplazamiento.

"En esta sesión, el señor Olano Becerra hizo referencia a algunas noticias, de acuerdo con las cuales los proyectos de la doble calzada Bogotá – Girardot, la Ruta del Sol Tramo I y el proyecto del túnel de La Línea se habían paralizado por el tiempo que tardaba la expedición de licencias ambientales. Hizo referencia también a la disminución del represamiento en la expedición de licencias ambientales con la creación de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA–, represamiento que, afirmó, pasó de un 80% a un 10%. En esta sesión, el senador Plinio Olano se dirigió al señor Luis Fernando Andrade, entonces Director de la ANI, en el siguiente tenor:

> *'Voy a usar el tiempo para [sic] poner la mesa de discusión el tema de responsabilidades en términos de a quién le debe seguir correspondiendo el trámite y la consecución de las licencias ambientales, porque eso tiene que ver con algo que se ha dicho muchas veces aquí y que ha cacareado mucho el Gobierno Nacional y se llama los nuevos pliegos de condiciones de las obras en concesión o de las obras públicas que se avizora que vayan a salir.*
>
> *[…] unas pocas empresas de consultoría, a las que llegó un momento coyuntural en que el Gobierno, el Estado tiene la urgencia manifiesta de avanzar más rápidamente en la ejecución de sus obras y ese avance más rápido, yo no estoy de acuerdo con la afirmación del Dr. Andrade, de que eliminando anticipos y pagando por tramos de operación, eso vaya a desembocar en que construyan más rápido, eso hace parte de unas alternativas que las hemos visto de buen tino, pero no hace exclusivamente que nosotros construyamos al ritmo que debemos construir para realmente ser competitivos, porque este país jamás en toda la historia de su construcción ha visto que una obra pública le pueda aportar al país siquiera de lejos obras que construyan por lo menos 100 kilómetros de dobles calzadas en un año, y lo que nosotros sumamos con estas noticias es que vamos a construir 7,000 nuevos kilómetros de dobles calzadas, entonces si al ritmo que se ha movido tradicionalmente la construcción de la infraestructura de carreteras en Colombia nos vamos a mover para estos 7,000 kilómetros, pues no van a alcanzar años en este calendario para saber que vamos a lograr ese tema, y eso tiene que ver con las condiciones, las condiciones que están consignadas en los pliegos y que tienen indiscutiblemente que llevarnos a conseguir las mejores propuestas ministra, y ojalá que no nos vuelva a ocurrir lo que ocurrió en el gobierno pasado, en que las mejores propuestas eran las de los contratistas del Plan 2,500, que ofrecían el 40% del valor del presupuesto oficial del Instituto de Vías, porque esa premisa de que la mejor propuesta es la propuesta más barata a la larga, si la Contraloría nos ayuda en conseguir esa información, nos va a generar una matriz de que han sido esas propuestas ficticiamente baratas al principio, las que resultan más costosas al final de la obra, y las cosas hay que medirlas justamente por lo que finalmente costó la obra, no por lo que inicialmente se propuso en un proceso de licitación.*
>
> *Dentro de la consecución de esa mejor propuesta, creo que va íntimamente ligado el tema de la mejor información, si se quiere la mayor información, a los proponentes, para que puedan construir su mejor propuesta. En la medida en que los proponentes tengan zonas grises de información o estén negados a tener una información sobre riesgos, pues se van a cuidar en afinar un poco el lápiz para proponer hacer propuestas que puedan resultar mejores para el Estado y entonces dentro de esa información, que a mi juicio debería otorgársele a los proponentes, hay varios temas, pero el debate de hoy nos lleva a la información de tipo ambiental y entonces está la pregunta; ¿Vamos a continuar dejando en la matriz de riesgos, en la matriz de probabilidades, en la responsabilidad de quien propone hacer la construcción, desarrollar la propuesta ambiental? O la cuestión de resolver el tema ambiental, es un tema que debe cargar como información y como suministro el Estado.*

[431] Folio 395.

Llegamos al punto del debate de hoy, que si el debate lo estuviéramos haciendo hace tres o cuatro meses, yo contundentemente diría que eso no se puede, porque los riesgos que supone tener el proponente están en manos de algo que nos estaba demostrando con claridad ser ineficaz administrativamente o ineficaz institucionalmente. Si hoy hay que evaluar eso, yo lo evaluaría desde el punto de vista de cuánto cuesta económicamente y si tenemos en la institucionalidad del Estado suficientes elementos para asumir ese compromiso y otorgar esa información.

Me parece que a la larga asumir ese compromiso y despojar al proponente de ese tema, como debería hacerlo también con el tema predial, porque las firmas de construcción realmente no están hoy en día, no deberían serlo, preparadas para la negociación de los predios, y entonces ahí Sr. Contralor nos gustaría saber, por ejemplo, cómo ha sido el comportamiento de los contratistas que asumen el compromiso y la responsabilidad de comprar predios, cómo suben, y lo hemos dicho varias veces aquí, el gran problema en el tema de predios se convierte en la negociación con los ricos de Colombia.

[…]

El primer tema sobre el cual quiero que el Director de la ANI o la Sra. Ministra a fondo nos cuente aquí, a mí me gustaría conocer a fondo la experiencia del FONADE para estructurar este tipo de obras. Estamos hablando de 42 billones de pesos, estamos hablando, como bien lo dice el Presidente de la República, que en dos años vamos a concesionar lo que se concesionó en 20 años y que vamos a pasar de un número de kilómetros a muchos más kilómetros, y las cosas terminan bien cuando arrancan bien y cuando uno ofrece confianza por ese tema y yo quiero que en esto, primero, hay que ser sinceros y muchas veces uno echa mano de entidades como el FONADE, porque lo cogió octubre y entonces tiene que buscar un aparato de contratación que le facilite hacer el compromiso de gastos de manera rápida y entonces rápidamente se echa mano de FONADE y como muchas veces aquí se ha dicho, sí, contratar con FONADE le significa, por ejemplo, en la red terciaria bajarse del 7 o del 8%, que es lo que cobra esta entidad por la administración de los recursos, para que FONADE salga y contrate rápidamente, entonces quitémosle la fachada de FONADE porque este como tal no tiene ni el personal ni la institucionalidad suficiente para garantizarnos un tema tan importante como la estructuración de estas concesiones, y entonces después de quitarle la fachada, ¿Quiénes quedaron estructurando estos proyectos que están siendo ofrecidos por el Gobierno Nacional?. Ese tema no lo pregunté aquí pero me gustaría que la ministra nos lo dijera y con claridad, entonces dice: "La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales ha realizado dos reuniones", dos, lo que vamos a licenciar en este primer paquete, no lo recuerdo, se están ventilando ya muchas cifras, no sé si son 7 billones o 20 billones, entonces la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales ha realizado dos reuniones con el FONADE, estructurador de proyectos para la Agencia Nacional de Infraestructura ANI y el INVIAS, con la finalidad de atender las inquietudes relacionadas con varios corredores viales como la Perimetral de Cundinamarca, Cáqueza, Choachí, La Calera, Puerto Salgar, Girardot, Yumbo, Loboguerrero, la Segunda Circunvalar de Barranquilla y Puerto Colombia, creo que son las seis vías que se ofrecieron en esta semana a los compradores o al mercado o a la vitrina de los proyectos que se quieren concesionar.

Yo fui ingeniero y fui ingeniero constructor, y a mí me parece que dos reuniones que supongamos que hayan sido de todo el día son totalmente insuficientes para que en una vitrina de estás la ANI pueda siquiera responder unos lineamientos gruesos sobre el tema ambiental, y no me he metido con el tema de las consultas previas, que digamos que eso merece otro debate diferente porque ahora la pregunta es dónde aparecen. Van a apareciendo por los ejes de diseño comunidades en todos los sectores, que nosotros queremos, pues claro, que hay que tratar con respeto, pero lo que no pueden es salir de la tierra madre, a toda hora, comunidades por todo el país.

Yo sí creo, Ministra, y quiero pedir con todo respeto, que usted nos convenza, primero, de que tengamos confianza en FONADE, y usted le tiene que quitar la fachada que tiene FONADE hoy en día, para saber detrás de esa fachada qué consultores están, cuál es la capacidad de esos consultores y cómo van a responder esos consultores en este punto.

[…]

Creo que aquí hay unas cosas que nosotros en algún momento nos hemos dedicado y digamos no han sido tan sobresalientes porque no nos hemos dedicado a hacerlas ver como sobresalientes, pero hay unos temas en los cuales da realmente tristeza que la vía vaya por aquí, el puente esté listo por allá y por un tema legal ese puente no se puede usar; que la vía vaya por aquí y venga en una doble calzada entre Briceño, Tunja y Sogamoso, lleguemos a Tocancipá y la obra esté construida a la mano derecha, pero uno tenga que estar en un embotellamiento que en un puente le significa dos horas, eso cuesta para el turismo, que la vía vaya por aquí lleguemos a los peajes y los señores concesionarios en los peajes no se les dé la gana de construir más casetas de peajes, porque yo no quiero y

no creo que el Congreso de la República siga siendo, con el instrumento de la ley, el escenario de la regulación y la reglamentación.

Si esos temas van incluidos en esos contratos de concesión, para que un operador del cobro de los peajes de una concesión nos garantice que jamás en ninguna hora, en la más pico de los picos, haya más de cuatro o cinco vehículos, que es la norma internacional, que estén pegados en un peaje, nos evitan a nosotros meter un artículo en un proyecto de ley que diga que se obliga a los concesionarios, porque el uso del instrumento de la ley para la función regulatoria y reglamentaria que tiene el Gobierno Nacional se nos está volviendo de uso continuado y quienes ya llevamos unos años aquí vamos viendo la ineficacia de ese instrumento, porque hay temas que van cambiando en la regulación y sobre todo que nosotros tenemos que seguir manteniendo eso en manos de los gobiernos de turno.

"Que hay problemas jurídicos", sí, sí hay problemas jurídicos; "que la Contraloría dijo que no se podía ampliar más el contrato", tiene razón, hay unos contratos que no se pueden ampliar ni en un solo centímetro ni en un solo peso, pero si nosotros seguimos pegados a la letra menuda, Sr. Director de la Agencia Nacional, de que los contratos en Colombia, ningún contrato se puede ampliar porque hubo unos sinvergüenzas que se confabularon para hacer las cosas mal y entonces eso cubrió de desconfianza a todo el mundo, pues entonces presenten un proyecto de ley que retire de la ley de contratación la posibilidad de que se amplíen los contratos, porque es que si está en la ley es legal y entonces los gobiernos tienen que establecer es la capacidad de conveniencia de que se haga o no de haga, que jamás la ley se los ha quitado, pero empecemos a ahorrar los horrores que hay en las obras sobre las cuales comunidades enteras han hecho máximos esfuerzos» (subrayado añadido).

"Esta Colegiatura nota que la intervención del senador Plinio Olano constituyó una clara crítica a la forma en la que estaban articulándose los pliegos de las licitaciones en materia de infraestructura vial. Comenzó, el senador Olano, demeritando la propuesta del entonces Director de la ANI, de eliminar los anticipos. Luego volvió al tema del debate y, al respecto, manifestó que no estaba de acuerdo con la asignación a contratistas de los riesgos inherentes al trámite de licenciamiento ambiental y la adquisición de predios. A continuación, reprobó la capacidad de FONADE para estructurar los pliegos licitatorios. Y remató, el senador Olano, argumentando que para evitar que, por problemas legales, no pudieran utilizarse obras construidas, debería posibilitarse la ampliación de contratos, como los de concesión, de acuerdo con un análisis de capacidad y conveniencia.

"Para analizar si la intervención del señor Olano iba dirigida agilizar la aprobación del otrosí número 6 al contrato de concesión de la Ruta del Sol II, debe tenerse en cuenta el contexto en el que se desarrolló el debate. Al respecto, la Sala nota que, conforme a lo manifestado por Luis Fernando Andrade el 21 de febrero de 2017[432], en el año 2012 se estaba analizando la oportunidad de financiar la adición Ocaña-Gamarra, adicionándolo a la Ruta del Sol, a través de un aumento de dos (2) peajes.
Conforme a lo manifestado por Federico Gaviria el 27 octubre de 2017[433], la invitación de la ANI, en la que le formalizó su interés en el sector Ocaña-Gamarra, se produjo el 13 julio 2012, y la propuesta para estudios y diseños fue presentada por Odebrecht el 25 de agosto de 2012. Sin embargo –como Gaviria Velásquez también lo manifestó[434]– el tema de la adición estaba quieto en el último trimestre de 2012. Siendo ello así, se infiere que, en el momento en el que se produjo el debate referido, Odebrecht estaba interesada en conseguir la pronta adición del tramo Ocaña-Gamarra, sin que ésta se adjudicara mediante licitación pública, en el marco de la concesión de la Ruta del Sol II. Además, según lo dicho por Federico Gaviria[435], lo cual fue ratificado por Otto Bula Bula[436], cuando el grupo de "*los buldócer*" empezó a trabajar se encontraron con varios inconvenientes, dentro de los que se menciona que Luis Fernando Andrade había dicho que en su gestión nunca iba a hacer una adición de un contrato de concesión. La Sala encuentra así que la intervención del senador Olano en la sesión del 25 de septiembre de 2012 era pertinente para provocar un cambio en la decisión del director de la ANI de no adicionar concesiones, con lo que favorecía los intereses de la compañía Odebrecht, que veía hasta entonces estancado su propósito de adicionar la concesión Ruta del Sol II.

"Por otra parte, la Sala nota que lo manifestado por el senador Olano, en el sentido de posibilitar la ampliación de contratos, como los de concesión, no guardaba relación con el contenido del debate, el cual, el mismo senador Olano había convocado con el propósito de abordar los aplazamientos de los contratos de concesión, por causa de las dilaciones en los trámites de licenciamiento, y los costos que

[432] Folios 45 a 56 del anexo 4.
[433] Folios 24 a 31 del Anexo 15, y 41 a 48 del Anexo 16.
[434] Ibíd.
[435] Ibíd.
[436] Folios 39 y 40 del Anexo 16.

ello representaba. La posibilidad de adicionar los contratos de concesión vial no se relacionaba pues con el tema de la sesión, lo que denota la irracionabilidad de lo dicho, en el marco del debate, y, con ello, la falta de proporcionalidad en razón con la función de control político en las circunstancias concretas en las que se presentaron los hechos.

"La precitada intervención del senador Olano y, más específicamente, la exhortación a ejecutar obras mediante la ampliación de contratos viales de concesión iba dirigida expresamente al Director de la ANI, Luis Fernando Andrade. Si a ello le añadimos que –como se expuso anteriormente– la sesión del 25 de septiembre de 2012 se produjo en el momento en el que la ANI analizaba la propuesta presentada por Odebrecht, para ejecutar la adición del tramo Ocaña-Gamarra en el marco del contrato de concesión de la Ruta del Sol II, esta Sala concluye que la intervención del senador Olano era idónea, para conseguir los fines de la multinacional.

"No puede pasarse por alto que el exsenador Plinio Edilberto Olano Becerra se desempeñó como congresista por cuatro (4) periodos en la Comisión Sexta Constitucional Permanente, que conoce los temas de infraestructura, obras públicas y transporte. En ella se destacó por sus debates políticos y construcción legislativa, de hecho, fue el autor y ponente de la ley de la infraestructura y la de seguridad actualmente vigentes[437]. De esta forma, su manejo del tema de infraestructura y su destacada posición en la Comisión Sexta del Senado, le permitía influir, al señor Olano Becerra, en las decisiones adoptadas por los funcionarios del Gobierno con competencias sobre dicha materia, y en particular, sobre la ANI que, según el artículo 3 Decreto 4165 de 2011, se encarga de "*planear, coordinar, estructurar, contratar, ejecutar administrar y evaluar proyectos de concesiones y otras formas de Asociación Público Privada (APP), para el diseño, construcción, mantenimiento, operación, administración y /o explotación de la infraestructura pública de transporte en todos sus modos*".

"Esa preeminencia del señor Plinio Olano Becerra en la Comisión Sexta del Congreso y su capacidad de influir en las decisiones de la ANI explica que Gabriel García Morales, en su momento, y Juan Sebastián Correa, años después, protestaran la presión que Olano ejercía a través de los debates a los que debían asistir, por cuenta de las entidades en las que trabajaban.

"Como otro hecho de gestión de Plinio Olano, cabe recordar que Federico Gaviria, relató[438] que Olano le ayudó a la compañía Odebrecht a acercarse al senador Eugenio Prieto, quien fue gobernador de Antioquia y era compañero suyo en la Comisión Sexta para hacer gestiones y presentar a la empresa Odebrecht como una compañía sólida ante el alcalde de Medellín, Aníbal Gaviria, y las Empresas Públicas de Medellín para el proyecto de Hidroituango, luego de un par de reuniones con Luiz Bueno, el señor Prieto mandó la razón que Empresas Públicas de Medellín veía con mejores ojos a la empresa Camargo Correa que a Odebrecht.

"Este último hecho –relatado por Gaviria Velázquez– constituye un indicador que permite a esta Sala inferir que el señor Olano Becerra no tenía reparos en adelantar gestiones, valiéndose de su posición de parlamentario, en favor de la constructora Odebrecht, como las realizadas para conseguir la invitación formal de la ANI a presentar una propuesta sobre la adición del tramo Ocaña-Gamarra y promover, luego, su aprobación a través de un otrosí, y que, por tanto, la presión desplegada a través de los debates, era tan sólo una de las estrategias que empleaba para ese efecto.

"De acuerdo con todo lo anterior, esta Colegiatura encuentra probado este presupuesto de la causal de tráfico de influencias.

"**2.4.4.3. Tercer supuesto: Que se reciba, haga dar o prometer para sí o para un tercero dinero o dádiva, con las salvedades o excepciones contempladas en la Ley 5ª de 1992, en cuanto a las gestiones de los Congresistas en favor de sus regiones**.

"**Gaviria Velázquez[439]** declaró que Luiz Bueno Junior le pidió que se reuniera con Olano Becerra a fin de establecer las condiciones para que Odebrecht pudiera cumplir con "[…] *una reciprocidad de un compromiso que él había pactado con el señor Olano en el marco del proyecto RUTA DEL SOL 2 que la compañía Odebrecht resultó ganadora a finales del año 2009"*, a lo cual accedió incluyendo un sobrecosto de $500 millones de pesos en el subcontrato. Para concretar detalles, se reunieron Plinio Olano y él. Olano

[437] Así lo manifestó en la indagatoria y consta en la providencia del 22 de febrero de 2018 proferida por la Sala de Instrucción, Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Folios 79-127 del anexo 16.
[438] Folios 52 a 55 del Anexo 16.
[439] Folios 52 a 55 del Anexo 16; y 474 [Unidad DVD RW (e:) 49592], 476 de los cuadernos principales, CDs 2 y 3.

exigió, para garantizar dicho compromiso, incluir en el grupo constructor a una empresa de su confianza, propiedad de Luis Fernando Mesa (FEME ingeniería Ltda), por lo que conformaron el Consorcio *"Ruta del Sol San Alberto"* cuyos socios eran la empresa Megavial y el señor Mesa, entre otros, para la construcción de 10 kilómetros de vía en el tramo Ruta del Sol II.

"Ese compromiso –afirma Gaviria[440]– se cumplió parcialmente debido a que el consorcio no tuvo los resultados financieros esperados, pero Luis Fernando Mesa le alcanzó a pagar a Plinio Olano doscientos millones de pesos ($200'000.000), porque el contrato terminó en demanda en contra de CONSOL. Quedó así pendiente el pago de trescientos millones de pesos ($300'000.000).

"**Luis Fernando Mesa Ballesteros**, por su parte, negó –ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justica[441]– que se hubiera incluido un sobrecosto al subcontrato que el Consorcio Ruta del Sol-San Alberto –integrado por FEME Ingeniería, Megavial, Nieto Fajardo y Concrescol– y CONSOL suscribieron para la construcción de un hito de 10 kilómetros en la Ruta del Sol. Así mismo, negó haberle entregado dinero al señor Olano Becerra.

"Por otra parte, Mesa Ballesteros afirmó que Manuel Hernando Ortiz Ortiz y el ingeniero Nieto Fajardo lo contactaron, para que formara parte del anterior consorcio, cuando ellos ya tenían estructurada la obra. Para ello, se reunieron en la oficina de Federico Gaviria, con el propósito de saber si este último tenía alguna objeción con la participación de FEME Ingeniería en el referido contrato. Tras haber revisado unos documentos presentados por el ingeniero Mesa Ballesteros, Gaviria Velásquez aprobó la participación de Feme Ingeniería en el contrato y el consorcio. El mismo Federico Gaviria fue –según Mesa Ballesteros– el que consiguió que Consol los invitara, para ejecutar el referido contrato, por lo que recibió una remuneración de quinientos veinte millones de pesos ($520'000.000), aproximadamente. Una vez suscrito el subcontrato con Consol, toda su gestión –afirma Mesa– corrió por cuenta del ingeniero Ortiz Ortiz, por lo que desconoce los pormenores y vicisitudes que se presentaron en su ejecución.

"**Manuel Hernando Ortiz Ortiz** negó asimismo –en declaración rendida ante la Corte Suprema de Justicia[442]– haber incluido un sobrecosto en el subcontrato ejecutado por el consorcio Ruta del Sol-San Alberto para CONSOL, así como haberle entregado dinero a Plinio Olano Becerra. Coincidió con Mesa Ballesteros en afirmar que había sido él mismo, quien había invitado a FEME Ingeniería a participar en la ejecución del subcontrato en la Ruta del Sol, cuando ya habían avanzado en los tratos comerciales y la estructuración del proyecto. Añadió que nadie le había indicado que invitara a Mesa. Así mismo, ratificó que Gaviria Velásquez había influido para que Megavial fuera invitada a presentarle una cotización a CONSOL y que, posteriormente, no había participado en la ejecución del contrato. Señaló también Ortiz que él y Mesa Ballesteros habían ido a la oficina de Federico Gaviria, para someter a consideración suya la participación de FEME Ingeniería en el consorcio.

"Ahora bien, para el año 2011 –relata Gaviria Velázquez[443]– Plinio Olano le pidió la segunda "*reciprocidad*", consistente en un aporte de doscientos millones de pesos ($200'000.000) a la campaña de un amigo cercano a su grupo político, Juan Carlos Granados, quien entonces era candidato a la gobernación de Boyacá. Se reunieron en la casa de Plinio Olano, en un conjunto llamado "Aposentos", y allí el candidato explicó su programa y el interés que podría tener Odebrecht en la vía Duitama-San Gil. En total se realizaron tres (3) reuniones y se cerró el compromiso de aportar los doscientos millones de pesos ($200'000.000) a la campaña.

"Una vez fue elegido gobernador Juan Carlos Granados nombró como su interlocutor a su secretario de planeación, según Gaviria, pero luego de varias reuniones determinaron que el proyecto no era viable financieramente, debido a que la vía no tenía un tráfico muy alto y el ingreso por peajes era muy bajo, lo que implicaba el cierre financiero con vigencias futuras muy altas y el departamento –según el secretario Bernardo Umbarila Suárez[444]– no tenía esa capacidad financiera de inversión, ni tampoco se podía conseguirse acudiendo a las regalías.

"**Bernardo Umbarila Súarez**, quien fue director del Departamento de Planeación de Boyacá entre los años 2012 y 2015, es decir, durante el período en el que Juan Carlos Granados fungió como

[440] Ibíd.
[441] Folio 476, CD1, "49951 17-04-2018".
[442] Folio 476, CD1, "49951 10-04-2018".
[443] Ibíd.
[444] Folio 476, CD 1.

Gobernador de Boyacá, declaró[445] que él se encargaba de evaluar los proyectos e inscribirlos en el Banco de Programas y Proyectos del Departamento. Entre esas iniciativas se tramitó la construcción de la carretera San Gil-Duitama- Charalá y Tipacoque-El Espino. Informó que el proyecto de San Gil-Duitama ya había sido concesionado en el gobierno anterior, pero luego fue liquidado. Como era de interés para dos departamentos el gobernador le instruyó para que lo sacara adelante. Añadió que antes de empezar el trámite fue contactado telefónicamente por Federico Gaviría, sin que supiera como obtuvo su número, quien actuaba a nombre de Odebrecht y le manifestó su interés en el proyecto de San Gil-Duitama. Que sostuvieron tres (3) reuniones, aproximadamente, y de ellas siempre informó al gobernador.

"**Juan Carlos Granados**, ex gobernador de Boyacá, en su interrogatorio[446] como indiciado, señaló que conoció a Plinio Olano cuando llegó al Congreso en el 2006, pero no tuvo relación de amistad con él. Recordó que cuando fue gobernador vio una o dos veces a Federico Gaviria. Básicamente en el esquema de alianza público-privada, pues Odebrecht planteó a través del secretario de planeación su interés en la construcción de la obra Duitama-Charalá-San Gil, pero luego de dos (2) reuniones desistieron porque estaban interesados en que la obra no se financiara con dineros del departamento.

"Federico Gaviria, en su relato, informó[447] que como no fue posible la reciprocidad prometida para la gobernación de Boyacá, el señor Plinio Olano propuso revisar la participación de Odebrecht en la etapa de precalificación de un proyecto llamado "*Ampliación de la Planta de Tratamiento de Aguas residuales del Salitre*", en la ciudad de Bogotá, aprovechando que Juan Carlos Granados, como gobernador de Boyacá, era presidente del Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional – CAR, dirigida en ese entonces por Alfred Ballesteros –cercano a Plinio Olano–. Para tal fin, Luiz Bueno propuso a finales de 2012 aprovechando la llegada de Martorelli, que se reunieran, como así lo hicieron en enero de 2013, en el apartamento de Juan Carlos Granados, Luiz Bueno, Eleuberto Antonio Martorelli, Plinio Olano, Juan Carlos Granados, Alfred Ballesteros y Federico Gaviria.

"El motivo de la reunión –afirma Gaviria[448]– consistió en estudiar cómo se podía lograr la preclasificación de Odebrecht en el proyecto. Inicialmente, intentaron conformar un consorcio con una compañía francesa, pero terminaron aliándose con una compañía de nombre Beolia. Si preclasificaban, acordarían un compromiso económico. Más adelante, Martorelli le contó que habían acordado un 3% del valor del contrato, pero no supo más del desarrollo del tema, porque Martorelli le dijo que se concentrara en el otrosí de Ocaña-Gamarra. Lo que supo después es que sí clasificaron, pero no les adjudicaron porque estalló, en los medios de comunicación, el escándalo de Odebrecht.

"Plinio Olano[449], en su indagatoria sobre las manifestaciones de Federico Gaviria, expuso que lo conoció como una persona muy cercana a Odebrecht pero con la que nunca realizó un negocio. Respecto a los nexos con Luis Fernando Mesa, aceptó que era muy amigo suyo desde el colegio. Sobre el contrato con FEME ingeniería Ltda, afirmó que no corresponde a la realidad, pues, aunque ese contrato se realizó, no existió un compromiso por parte de Odebrecht hacia él, ni tampoco recibió dineros provenientes de esa compañía con destino a la campaña de Juan Carlos Granados o al pago de honorarios profesionales de un abogado suyo.

"Luego de la cancelación del proyecto, aseveró Gaviria[450], Olano pidió la tercera reciprocidad a Odebrecht, para que le pagara los honorarios del abogado Luís Enrique Rojas Osuna, para que atendiera un proceso penal, conocido por la Corte Suprema de Justicia, "*por unos baños que construyeron en Boyacá*". El abogado Rojas Osuna negó lo anterior[451]. Sin embargo, Federico Gaviria narró[452] también que, a mediados de 2013, se vio envuelto en el penoso tema del carrusel de la contratación de las ambulancias; entonces, Plinio Olano le envió múltiples mensajes a través del abogado Luís Enrique Rojas Osuna, quien era su abogado de confianza, pero no aceptó ninguna reunión. También en el marco del proceso de Odebrecht, Plinio Olano le mandó ofrecer el pago de los honorarios de Luis Enrique Rojas con el compromiso sutil de que se quedara callado. Cuando él fue capturado y estaban en un interrogatorio en donde le preguntaban por Plinio Olano, el señor Rojas puso de presente que él

[445] Ibíd.
[446] Folio 476, CD 2.
[447] Folios 52 a 55 del Anexo 16; y 474 [Unidad DVD RW (e:) 49592], 476 de los cuadernos principales, CDs 2 y 3.
[448] Ibíd.
[449] Folio 476, CD 3.
[450] Folios 52 a 55 del Anexo 16; y 474 [Unidad DVD RW (e:) 49592], 476 de los cuadernos principales, CDs 2 y 3.
[451] Folio 476, CD 6.
[452] Folios 52 a 55 del Anexo 16; y 474 [Unidad DVD RW (e:) 49592], 476 de los cuadernos principales, CDs 2 y 3.

era el abogado de Plinio Olano, pero que renunciaría al mismo para no tener un conflicto de intereses. Lo asesoró durante las audiencias de imputación de cargos para que aceptara los delitos de concierto para delinquir, lavado de activos y enriquecimiento ilícito. Ahora entiende, dijo Gaviria, que era para proteger a Plinio Olano pues le aconsejaba no colaborar cuando él si lo quería hacer como se lo manifestó a los fiscales. En la última de las tres (3) visitas que le hizo en la cárcel modelo le volvió a mencionar que el señor Plinio Olano le iba a entregar una plata para pagar los honorarios de su defensa, a lo que inmediatamente respondió que era inconcebible y le pidió que renunciara al poder por lo que se dispuso a buscar otro abogado que fue el señor Hernando Bocanegra Bernal. Lo anterior, constituye –para esta Sala– una muestra clara de que entre Plinio Olano y el abogado Rojas Osuna existía una relación de intensa confianza, lo que desvirtúa lo afirmado por el segundo en favor del primero. Además, representa un hecho indicador, a partir del cual se infiere que el abogado Rojas Osuna realizaba trabajos, diferentes a la representación jurídica en sentido estricto. En consecuencia, esta Colegiatura encuentra que lo afirmado por Enrique Rojas Osuna en favor de Plinio Olano Becerra carece de credibilidad.

"De las pruebas testimoniales que se han referido, la Sala hace el siguiente análisis.

"En primer lugar, encuentra que Federico Gaviria es un testigo que hace los relatos pormenorizados y que provee, en su conjunto una fuente significativa de certeza, porque:

1. Revela detalladamente las gestiones que adelantaba Plinio Olano ante las diferentes entidades en las que de una manera u otra tenía injerencia.

2. Sus manifestaciones están basadas en la experiencia directa y el conocimiento personal de las situaciones sobre las que ha declarado, lo que, tratándose de hechos delictivos como los orquestados por Odebrecht, sólo aquel tenía la oportunidad de conocer en detalle, a diferencia de los demás testigos que, pese que pudieran haber participado en la gestión de los intereses de la compañía, su labor se enfocaba en los trámites adelantados en una Comisión del Senado diferente a aquella en la que Olano realizó sus labores.

3. No se aprecia contradicción en lo dicho por Gaviria Velázquez en las diversas oportunidades que declaró en momentos múltiples y distantes entre ellos.

4. Al referirse a las relaciones existentes entre Odebrecht y Plinio Olano, Federico Gaviria utilizó expresiones naturales y no se mostró titubeante.

5. Su versión es consistente y se complementa con las demás declaraciones en varios puntos coincidentes como, por ejemplo: (i) la celebración de un contrato entre Megavial y FEME ingeniería Ltda, la primera por intercesión de Federico Gaviria ante Odebrecht y la segunda por petición de Plinio Olano, firma de la cual reconoció en la indagatoria era de su gran amigo Luis Fernando Mesa, aunque negó en su defensa que le hubieran entregado plata, (ii) también se confirmó el testimonio de Gaviria con la versión de Juan Carlos Granados y Bernardo Umbarilla, quienes aceptaron conocer a Federico Gaviria y coincidir con el interés mostrado por Odebrecht en el tema de la vía San Gil-Duitama-Charalá; (iii) Umbarilla y Gaviria coincidieron además en que sostuvieron varias reuniones hasta descartar el proyecto.

"En segundo lugar, lo dicho por Plinio Olano no desvirtuó el contenido del testimonio de Federico Gaviria, al tener el exsenador Olano Becerra un claro interés en las resultas del proceso penal, en el que rindió indagatoria, así como en este proceso, su negativa no pasa de ser argumento de defensa, que además carece de respaldo adicional.

"En tercer lugar, la Sala observa que entre Luis Fernando Mesa Ballesteros y el encausado, Plinio Olano Becerra, existía una relación de amistad de más de 40 años, que inició desde la época escolar de estos dos, y que se prolongó durante el resto de sus vidas, existiendo un conocimiento mutuo de sus familias. Había pues así una amistad cercana entre estos dos, que pone en entredicho la idoneidad de este testigo, para deponer sobre los hechos desfavorables para el señor Olano Becerra. Además, la entrega de dineros al senador Plinio Olano a través de la firma FEME Ingeniería, comprometería la responsabilidad del mismo testigo, así como de su cónyuge, la cual –según lo afirmado por él mismo– era titular del 85% de las acciones de dicha compañía. Existía, de esa manera, un interés del testigo por las resultas del proceso.

"Ahora bien, advierte la Sala que, conforme al relato ofrecido por el señor Ortiz Ortiz, la participación de Mesa Ballesteros en el desarrollo o ejecución de los trabajos objeto del subcontrato fue prácticamente inexistente, al punto que su intervención podía decirse reducida a la suscripción del acuerdo y a la fase liquidatoria de la relación, circunstancia que confiere credibilidad al dicho de Fernando Gaviria, pues no podría entenderse, dada su profesión y la entidad misma del contrato, esta actitud pasiva.

"Para redundar, no pasa por alto la Sala la extrañeza que causa la providencial intervención de Mesa Ballesteros en una relación que, para ese momento, se encontraba en un estado avanzado de estructuración y, menos aún, que esa intervención hubiera estado motivada por la necesidad de apalancar un proyecto en esta fase, mientras que este hecho concuerda, nuevamente, con la cronología del relato de Gaviria Velásquez.

"Por último, cierra este entendimiento de la Sala la circunstancia coincidente en las versiones de los testigos Fernando Gaviria, Luis Fernando Mesa y Manuel Hernando Ortiz del acaecimiento de una reunión justamente en la oficina del primero de ellos, para que fuera él, el emisario y agente de los intereses de Odebrecht que le impartiera el visto bueno, a la participación de FEME Ingeniería en el consorcio. Para la Sala, la intervención de Gaviria no se explica en la perspectiva del fortalecimiento del consorcio, pero sí en la de asegurar la mediación en favor de la persona a quien Odebrecht pretendía gratificar por ese medio.

"Ahora bien, en lo que guarda relación con el testimonio de Manuel Hernando Ortiz, esta Sala encuentra que proviene de un testigo idóneo, no solo por su conocimiento técnico, sino porque se evidencia que estuvo al frente de la ejecución del contrato. No obstante lo anterior, su relación económica y profesional con Mesa Ballesteros es, como el mismo lo dijo, de vieja data y reveladora de intereses económicos comunes, circunstancia que obligaría a un especial cuidado en su estudio. Este testigo, por obvias razones, no puede dar cuenta de acuerdo existente entre Luiz Bueno y Plinio Olano, no solo porque no lo presenció, ni tuvo conocimiento de él, sino porque la existencia de dicho acuerdo no depende del cumplimiento de dicho acuerdo, asunto en el que la Sala podría aceptar la versión de Ortiz, pues la presentación que este hace de la contabilidad del contrato no refleja la existencia de egreso alguno adicional con destino a Olano Becerra.

"De hecho, la Sala ha evidenciado los avatares que hubo de sortear Odebrecht, para honrar los compromisos adquiridos con sus gestores e intermediarios, y en especial con Plinio Olano, avatares que, según dan cuenta las pruebas, en este último caso, se resolvieron en forma desafortunada a sus intereses: no tuvo éxito, al parecer, la remuneración a través de este subcontrato; no tuvo éxito el intento, a través de la Gobernación de Boyacá; y, finamente, se desconoce el resultado de intento de hacerlo a través del abogado Rojas Osuna. Pero, lo cierto, es que todas estas tentativas se explican, conjuntamente, en razón de la necesidad expresada por Luis Bueno a Federico Gaviria de cumplir con la gratificación ofrecida a Olano. La Sala, que sigue en ello la jurisprudencia invariable de esta Corporación, tiene claro que el cumplimiento efectivo de la promesa de gratificación no forma parte de los elementos estructurales de la causal.

"Por último, este Colegiado observa que lo declarado por el abogado Enrique Rojas Osuna en favor de Plinio Olano resulta poco fiable, por lo establecido previamente. Además, en la providencia que resolvió la situación jurídica de Plinio Olano, se encuentra en el numeral 4.6 la constancia de la Secretaría de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la que figuran los procesos que ha adelantado esa Corporación en contra del excongresista Plinio Edilberto Olano Becerra, de los cuales se destaca el radicado 37.374, relacionado con la supuesta construcción, a cambio de votos, de unidades sanitarias en el municipio de Sutamarchán (Boyacá) durante la campaña electoral al Congreso en el periodo 2010-2014, proceso en el que actuó como defensor el abogado Luís Enrique Rojas Osuna[453].

"Las pruebas que ha reseñado la Sala le permiten inferir sin duda que el exsenador Plinio Olano Becerra fue cooptado por los directivos de la multinacional Odebrecht, Luiz Bueno y Eleuberto Martorelli, conforme a su política de expansión y consolidación usada en cada país para conseguir contratos en condiciones favorables para la compañía, sin perjuicio del pago de los sobornos y estrategias diseñadas para ocultar su origen. Olano fue atraído por la empresa porque era una persona influyente en el medio político, pertenecía a la Comisión Sexta del Senado de la República competente

[453] Folios 76 a 124 del anexo 16.

para manejar los temas de infraestructura que eran de su interés, con influencia política y de presión sobre los organismos que operaban los temas contractuales, como eran el Ministerio de Transporte, el INCO y luego la ANI.

"Sus acuerdos de gestión y económicos fueron más discretos que los de Otto Bula y Bernardo Miguel Elías Vidal y en ellos participaron pocas personas, pero una de ellas fue el testigo de excepción ante la justicia penal, Federico Gaviria Velásquez, quien decidió colaborar con la justicia y relatar todo su conocimiento, pues él hizo parte del mismo entramado diseñado por la multinacional y a quien la Sala, como ya expuso, le reconoce credibilidad, no solo por la ciencia de su dicho, sino por la cercanía con Odebrecht y con el mismo Plinio Olano, su conocimiento directo de la situación y no de oídas, la consistencia interna de su declaración, el carácter realista y no especulativo de su discurso, la falta de prueba siquiera sumaria de que esté faltando a la verdad, y la coherencia entre sus afirmaciones y lo declarado por otros testigos, llevan a esta Sala Especial de Decisión a reconocerle un alto nivel de confiabilidad.

"De conformidad con lo expuesto, este presupuesto se encuentra probado.

"**2.4.4.4. Que el beneficio pretendido por el Congresista provenga de un asunto que el servidor público se encuentre conociendo o haya de conocer**

"Las actuaciones o gestiones del ex parlamentario Plinio Edilberto Olano Becerra fueron desarrolladas como miembro de la Comisión Sexta del Senado de la República y con el conocimiento pleno del manejo de la infraestructura del país y de las entidades que tienen la función contractual. El beneficio económico lo obtuvo utilizando su influencia y su investidura de congresista.

"Por otro lado, la misma naturaleza de las gestiones, precedidas como estuvieron, de acuerdos, permite inferir que la actuación de Olano Becerra se desarrolló en forma, no culposa, sino intencional, y que deliberada y conscientemente orientó sus facultades intelectuales y volitivas al servicio de intereses privados con grave detrimento del interés general que le concernía atender.

"En conclusión, las pruebas a las que se ha hecho referencia en cada uno de los elementos de la causal de *tráfico de influencias debidamente comprobado* y el análisis que se hizo sobre estas, desvirtúan uno a uno los argumentos defensivos presentados por Plinio Olano Becerra y su defensor, pues se evidenció, que no se "*criminalizó*", como ellos aducen, el control político ejercido por Olano Becerra, en su calidad de parlamentario, sino que existió un verdadero interés y un manejo hábil de su parte dirigido a gestionar, para la multinacional Odebrecht, diversos procesos contractuales y prebendas, no solo frente a entidades públicas sino ante el propio Congreso, a partir de su notable desempeño en la Comisión Sexta y el reconocimiento público de su capacidad e influencia, bajo compromiso de gratificación de su gestión, contrario al interés general y a la ética que debe tener un representante elegido por y para el pueblo.

"Bajo ese entendido, la Sala decretará la pérdida de investidura del demandado por la causal de Tráfico de Influencias debidamente comprobado y se releva de estudiar las causales subsidiarias propuestas, no obstante que el Ministerio Público consideró que prosperaba respecto de este demandado no solo esa causal, sino el uso indebido de dineros públicos."

La anterior providencia fue confirmada mediante la Sentencia proferida el 30 de julio de 2019, proferida por el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, al decidir el recurso interpuesto contra aquella.

Antes de concluir, debe el Tribunal señalar que las Sentencias analizadas constituyen un medio de prueba decretado y practicado legalmente y que llevan al Tribunal al pleno convencimiento de lo decididos en ella, pues son decisiones de autoridades judiciales que encuentra aplicables, esto es, de Juzgados, Tribunales, Consejo de Estado y Corte Suprema de Justicia.

Las anteriores piezas procesales no son una pruebas trasladadas de los expedientes penales. Son las sentencias de cada uno de los procesos válidamente aportadas.

El Tribunal solo toma como prueba la decisión contenida en tales sentencias y a ellas les da pleno valor probatorio.

La anterior decisión se basa en hechos relacionados, entre otros, con el Contrato de Concesión No. 001 de 2010 y sus Otrosíes, según aparece en lo que se relata en la sentencias, y que tiene en cuenta el Tribunal con el único objeto de darle sentido y poner dentro del contexto las decisiones penales que se toman como pruebas.

De conformidad con lo considerado tanto por la Corte Suprema de Justicia como por el Consejo de Estado, las decisiones contenidas en las sentencias penales y de perdida de investidura en firme atrás aludidas, sobre la condenas a los responsables como autores o coautores de los delitos que se relacionan con el Contrato de Concesión No. 001 de 2010 o sus Otrosíes, constituyen plena prueba de que el Contrato de Concesión No. 001 de 2010 adolece de objeto ilícito, de causa ilícita y de abuso o desvío de poder según lo previsto en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, y, por tanto, es nulo absolutamente.

Como se ha mencionado en varias oportunidades, el Contrato de Concesión No. 001 de 2010, tuvo varios otrosíes y adiciones que por sustituir algunas cláusulas del contrato y modificar sustancialmente otras, hacen parte integrante de tal contrato y deben correr la suerte del mismo. Tales modificaciones son: Diez (10) otrosíes al contrato original.

Así las cosas, del *iter contractual* descrito en la parte inicial de esta providencia y de lo hasta aquí tratado sobre el tema de la nulidad absoluta del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, sus Otrosíes y demás modificaciones, el Tribunal concluye:

1. ODEBRECHT del cual son filiales las sociedades que operan en Colombia, tenía un plan de sobornos que con la gestión adelantada por sus empleados impactó el proceso administrativo contractual desde el inicio y para lo cual esa organización en su actuar criminal contactó a la persona que ostentaba la condición de Viceministro de Transporte y como tal coordinador interinstitucional para el desarrollo y culminación exitosa del proceso licitatorio del Proyecto Ruta del Sol con el propósito de obtener su orientación en la presentación de la propuesta, la eventual descalificación de los demás partícipes, la evaluación a favor de la propuesta presentada por el oferente liderado por ODEBRECHT y la adjudicación de la misma con la respectiva celebración del Contrato estatal, etapas todas en las cuales participó activamente el Viceministro de Transporte y Director Gerente Encargado del INCO para garantizar dicha gestión en favor de ODEBRECHT empresa con la cual hizo el respectivo acuerdo y posterior pago por los "servicios prestados".

Con ello, se afectó la transparencia y la objetividad del proceso de selección de manera tal que se pretermitieron las reglas que la ley establecía para la escogencia del contratista, razón por la cual el contrato adjudicado y posteriormente celebrado tornó en objeto ilícito.

2. La causa y móvil para contratar por parte de ODEBRECHT o de la empresa por él liderada, no constituía en últimas la rehabilitación, construcción, ampliación, operación y mantenimiento del corredor vial sino la obtención de un negocio que le permitiera obtener un rédito a partir del pago de sobornos para obtenerlo, con lo cual se concretó una causa ilícita en la adjudicación y ulterior celebración del contrato estatal.

3. El funcionario público a quien se le confió realizar la coordinación interinstitucional para el desarrollo y culminación exitosa del proceso licitatorio del proyecto, abusando de su doble condición de Viceministro de Transporte y Gerente General Encargado del INCO se desvió del cumplimiento de sus funciones, del interés público, del interés general y del interés común para anteponer su interés particular en connivencia con una organización que dejó de ser de carácter empresarial para actuar como organización criminal en la ejecución de un plan de sobornos y pagos de coimas para obtener, conservar, ampliar y retener contratos de infraestructura, con lo cual se concretó un desvío o abuso de poder en los términos atrás señalados por la jurisprudencia.

4. También el trámite y obtención del Tramo 8 para la Concesión, esto es, la Transversal Ocaña – Gamarra fue igualmente permeada con el mismo plan de sobornos pagado a otros funcionarios en los años 2013 y 2014, con lo cual dichos acuerdos también adolecen de objeto y causa ilícitas.

El iter contractual que corrió parejo con el iter criminis expuesto en las sentencias ejecutoriadas analizadas, no fue desmentido por la filial de ODEBRECHT e integrante de ese grupo empresarial, según la declaración hecha por la autoridad competente, la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S como sociedad contratista, la cual, por conducto de su apoderado, en la audiencia de alegatos de conclusión, además de lo dicho en su escrito al cual ya se ha hecho atrás referencia, señaló espontáneamente lo siguiente:

> "Conjuntamente con el BID y particularmente con la Corporación Financiera, se construyeron los pliegos donde se determinaron claramente, tanto las condiciones como los requisitos necesarios para participar en el proyecto, estos elementos fueron creados, y mucho cuidado, porque aquí estoy haciendo un desarrollo cronológico de una manera independiente y nadie ha puesto en duda que los mismos hayan sido manipulados, sesgados o determinados en uno u otro sentido.
>
> Y aquí viene la importancia de la declaración del señor García, quien es el único testigo real que apareció dentro del proceso respecto del ilícito y es la única fuente que podemos considerar como válida, y en ese sentido a ello me voy a referir respecto de la etapa contractual. Como se desprende de la declaratoria del señor Gabriel García, él se vinculó como Viceministro de Transporte en el año 2009 y en ese año fundamentalmente, según el decir del mismo testigo, poco tuvo que ver con los pliegos y las condiciones establecidas en la Ruta del Sol. Posteriormente fue nombrado como Director Encargado del Inco y ahí fue donde tuvo una relación más directa con el proyecto propiamente dicho.
>
> Es importante anotar que para la fecha en que el señor García se vincula como Director Encargado, ya tanto los pliegos como las condiciones para poderse presentar ya habían sido definidas, y él no tuvo participación alguna en éstas. De la misma manera es clarísimo, derivado de la misma declaración del señor García, que la propuesta ilícita que le hiciera un funcionario para el pago de una compensación, como lo llamó él inicialmente, se le presentó como si fuera una promesa de vinculación futura de carácter laboral que luego derivó en una compensación, se dio con posterioridad a que se hubiesen presentado las propuestas; y esto es un tema muy importante, porque como ustedes lo van a ver, esto es determinante para definir si aquí estamos hablando de un objeto, de un contrato nulo por objeto o con causa ilícita, fundamentalmente, porque como se puede adivinar de mi discurso, el ilícito fue con posterioridad a que se diseñó el contrato, y por lo tanto se materializó la causa y a que se determinó el objeto y por lo tanto se definieron las obligaciones de dar, hacer y no hacer que finalmente se incluyeron en el mismo.
>
> El otro elemento que resulta muy importante de resaltar y que tiene que ver con la razón de ser, que es algo que a mí me ha asaltado la duda durante todo este proceso, era por qué si la Concesionaria Ruta del Sol al decir de todos tenía la mejor propuesta, por qué tenía que proceder un funcionario de una empresa a realizar una propuesta de soborno?
>
> Y la pregunta se resuelve con la intervención del señor García. El señor García en sus declaraciones, a una pregunta que incluso le hace la doctora Catalina, es muy claro en decir: a mí me pagaron básicamente para que no me dejara influenciar. Y cuando uno se ubica en el entorno específico dentro del cual se dio la competencia entre los diferentes grupos y a un grupo que aquí fue identificado como el grupo liderado por la firma OHL, había otro grupo liderado por los señores Nule y había el grupo que era la promesa de sociedad futura consorcio Ruta del Sol.
>
> En realidad el temor en mi opinión y lo que se desprende en la declaración del señor García era que los señores Nule pudieran sobornar para torcer el resultado natural del proceso. Al señor García, como el mismo lo determina en su declaración, le pagaron básicamente para que cumpliera con su deber, no para que torciera los términos de referencia, no para que modificaran la calificación, no para que hiciera nada distinto, nada torcido, asociado a esas actividades sino básicamente para que no se dejara influir. Es decir, es la corrupción para evitar más corrupción.
>
> Este tema resulta importante y voy a retomarlo cuando analicemos si existe o no un nexo causal entre los hechos antes mencionados, de lo que yo he denominado ilícito, fundamentalmente con los fundamentos que se requieren evaluar para declarar una eventual nulidad por objeto o por causa ilícita.

La segunda parte de los hechos se puede ubicar dentro de la etapa contractual, y uno puede afirmar, porque además así lo dijo el doctor Andrade en una de sus presentaciones previas al inicio de la Litis, que el tramo dos de la Ruta del Sol era el tramo de mostrar. Me sorprendí haciendo unos alegatos que aún hoy, en la página web de la ANI, está la ruta del sol con las mejores fotos del proyecto, este era el proyecto que realmente, comparado con los otros dos iba tenía el mejor desarrollo, tenía el mejor comportamiento contractual y si bien existieron diferencias entre las partes, estas fueron resueltas a veces a través de otrosíes y otras veces como lo demuestra el proyecto, a través de los mecanismos de resolución de conflictos, que en este tipo de procesos pareciera ser una normal.

Luego hay una etapa de terminación, que resulta crítica para efectos de la definición de lo que al señor perito de Duff & Phelps de manera ligera determinó como los supuestos perjuicios, y me detengo aquí de manera muy corta para hacer algunas precisiones. La etapa de terminación comienza en realidad cuando las partes, todos, el país entero se enteró del famoso Indictment del Departamento de Justicia de los Estados Unidos con la firma Odebrecht, donde básicamente se hace una alusión genérica a unos actos de corrupción, no se identificó el contrato de manera específica, no se identificaron los sujetos y sólo a partir de la aceptación de cargos del señor García es que se entiende que existe una relación con este proyecto.

A partir de eso entonces empieza la histeria colectiva a funcionar y la institucionalidad a actuar de una manera absolutamente apresurada y torpe. La SIC entonces expide una medida cautelar ordenando la terminación del contrato y el Tribunal de Cundinamarca le ordena al Gobierno tomar el control del proyecto, insisto, sin pensar que el objetivo del contrato, el interés público que tenía el contrato era garantizar la movilidad y mejorar las vías del país.

Derivado de estos dos hechos, que eran suficientemente fuertes, las partes de común acuerdo, insisto en esa palabra, de común acuerdo y obviamente presionados por los pronunciamientos a los que hice referencia con antelación, suscriben la terminación del contrato, incluyendo adicionalmente dos elementos que resultan importantes. En primer lugar un proceso de reversión ordenado, un proceso de reversión que estaba destinado a impactar de la menor manera posible el interés público involucrado dentro del contrato, que implicaba unas etapas que permitieran, simplemente a manera de ejemplo, que las licencias ambientales fueran cedidas a las instituciones respectivas para que las obligaciones pudieran continuar, para que los compromisos con las comunidades a las cuales habían llegado para poder llevar el proyecto no se vieron afectados en ese sentido, y esto resulta importante porque todo ese proceso de reversión ordenado se vio básicamente violentado por las decisiones antes mencionadas, nadie actuó buscando, nadie de las instituciones públicas actuó buscando proteger el interés público asociado a la construcción de la vía, sino por el contrario a proteger o a buscar un fantasma que para el momento no se sabía realmente en qué consistía.

Entonces, dicho lo anterior, uno tiene que hacer necesariamente la evaluación de si esos hechos están o no conectados con el contrato, con las resultas del contrato, con la calificación, etcétera, y la conclusión que uno llega es que en realidad si bien se produjo el ilícito, y sobre eso no hay ninguna duda, y aquí tampoco estoy pretendiendo poner una excusa, es absolutamente claro que el ilícito nada tuvo que ver con el contrato, el ilícito pudo haber no pasado y el resultado hubiese sido exactamente el mismo. Y ese elemento en mi concepto es determinante para establecer que ese ilícito no fue la causa, mediata o no mediata, para dar lugar al contrato y mucho menos a la etapa precontractual, que insisto estaba completamente definida para el momento en que los acuerdos ilícitos tuvieron lugar.

Uno se pone a pensar entonces, qué es un objeto y qué es una causa ilícita. La causa ilícita según el Código Civil es básicamente cuando mi motivo, en la motivación que me lleva a mí a firmar el contrato, está prohibida por la ley o está viciada por el consentimiento o fue forzada. La causa, según lo puede establecer el camino del contrato, fue establecida por el mismo Estado y ésta estaba asociada al cumplimiento de un objetivo que era garantizar el interés público, insisto, asociado a la movilidad del país, a la competitividad del país.

Y el objeto, que según el Código Civil corresponde a las obligaciones de dar, hacer o no hacer que se involucran como prestaciones dentro de un contrato, nada tiene que ver tampoco con el ilícito, de la misma manera es evidente que el ilícito no tenía por objeto afectar los resultados del proceso ni influirlos ni modificarlos, ni cambiar la calificación, ni darle una ventaja específica a la propuesta.

> Lo que buscaba fundamentalmente, se insiste, era que el señor García que era el que manejaba el proyecto no se dejara tentar de otros lazos corruptos, que para la fecha y como se puede consultar de la prensa de la época, ya se sospechaba de las prácticas del grupo Nule particularmente, en ese punto específico.
>
> Uno tiene que concluir entonces que el ilícito entonces no puede ser causa o no puede ser el motivo para que se declare la nulidad del contrato, ni por objeto ni por causa ilícita simplemente porque no tiene una conexión directa."

En conclusión, de acuerdo con todo lo anteriormente expuesto, al tenor de las disposiciones de la Ley 80 de 1993 y del Código Civil Colombiano, antes transcritas, y de las decisiones jurisprudenciales referidas en el acápite anterior, conforme a las pretensiones primera y segunda de la demanda de reconvención reformada, a la petición reiterada de la Procuraduría General de la Nación y al ejercicio de la potestad que la ley le atribuye, el Tribunal declarará la nulidad del Contrato de Concesión No. 001 de enero 14 de 2010 y de los Otrosíes y demás acuerdos complementarios que se suscribieron por las Partes para modificarlo, por adolecer de objeto y causa ilícitas y haber sido celebrados con desvío o abuso de poder.

Al declarar la nulidad del Contrato de Concesión, no procede estudiar ni resolver ninguna otra pretensión estén ellas contenida en las demandas arbitrales o en la misma demanda de reconvención reformadas.

Declarada la nulidad del Contrato por objeto y causa ilícitas, le corresponde al Tribunal, precisa los efectos que de dicha declaración se derivan, como pasa a hacerlo a continuación.

E. LOS EFECTOS ECONÓMICOS QUE SE DERIVAN DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD POR OBJETO Y CAUSA ILÍCITA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 001 de 2010, SUS OTROSÍES Y DEMÁS ACUERDOS CONTRACTUALES

Estudiada la procedencia de la nulidad del Contrato, sus otrosíes y adiciones, deben analizarse las consecuencias de tal nulidad.

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.

1. La aplicación del artículo 48 de la Ley 80 de 1993, conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado

El artículo 48 de la Ley 80 de 1993, a la letra dice:

"**Artículo 48.** La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria."

"Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público". (Se subraya por el Tribunal).

La reiterada y constante jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la interpretación del artículo 48 de la Ley 80 de 1993 ha sido en el sentido de que el contratista, en el caso de declararse la nulidad absoluta del contrato, tendrá derecho a que la entidad estatal le reconozca la restitución de las prestaciones ejecutadas hasta el monto del beneficio que hubiere obtenido la entidad. Dice el Consejo de Estado:

"De las restituciones mutuas

Como lo expresa la Sala, "La nulidad absoluta del contrato hace desaparecer del mundo jurídico la relación que nació viciada -o la cláusula pactada cuando el vicio de nulidad absoluta recae solamente sobre alguna de ellas-, para que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la expedición del acto o contrato anulado; cada una de las partes está en el deber de devolver a la otra aquello que ha recibido como prestación durante la vigencia del acto contractual"[454].

En efecto, la declaración de nulidad absoluta de los contratos retrotrae las cosas al estado en que se hallaban con anterioridad a la celebración de los mismos, y en consecuencia, se impone la obligación de reintegrar lo recibido, "inclusive a modo de cumplimiento anticipado de las obligaciones que del contrato prometido emanan, en la hipótesis, claro está, de que tales obligaciones así contraídas se hubiesen empezado a ejecutar (…) pero es evidente que existen eventos en los cuales ello no es posible, no se pueden volver las cosas al estado anterior, como sucede por ejemplo, cuando no se puede deshacer lo ejecutado por una de las partes, que es el caso de los contratos de tracto sucesivo, tales como los de suministro de bienes de consumo, prestación de servicios, obra pública, concesión, etc. etc., en los cuales las prestaciones se han cumplido y no pueden restituirse"[455].

A propósito de los contratos sobre los que versa el caso sub lite, se tiene que si bien las obras no fueron totalmente ejecutadas, la administración adelantó unos pagos a título de anticipo que fueron efectivamente cobrados, y el contratista incurrió en algunos gastos con ocasión del inicio de la ejecución de las obras. Así las cosas, la Sala entiende que el contratista habrá de restituir los anticipos y la administración habrá de reconocer los gastos probados en el proceso".[456]

También se ha pronunciado el Consejo de Estado en el sentido que las restituciones deben ser actualizadas más no gravadas con los intereses,

"**4.5.3. Liquidación de intereses**

Con respecto a las obligaciones dinerarias, esta Sección ha dicho que:

"Dado que, como ya se dijo, los perjuicios contemplan tanto el daño emergente como el lucro cesante, **en el caso de las obligaciones dinerarias también es así**: La primera clase de perjuicios -daño emergente-, la constituye el envilecimiento o depreciación monetaria que sufre la suma de dinero debida, por el sólo transcurso del tiempo, es decir que el daño emergente en tales casos está dado por los efectos de la inflación, que conducen a que esa suma debida corresponda, con el correr de los días y en términos reales, a un menor valor, de tal manera que pierde su poder adquisitivo; por ello, la manera de reconocer la indemnización de esta clase de perjuicio se da mediante la actualización o indexación de la suma debida de tal manera que, lo pagado en época posterior, equivalga en términos de poder

[454] Consejo de Estado. Sala de Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Mauricio Fajardo. Sentencia del 18 de marzo de 2010; Rad. 25000-23-26-000-1994-00071-01(14390).

[455] Ídem.

[456] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C, C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz. Sentencia de 31 de enero de 2011. Rad. 253000-23-26-000-1995-00867-01 (17767).

> adquisitivo de la moneda, a la suma debida desde una fecha pretérita. En cuanto al lucro cesante, el mismo está constituido en estos casos por la pérdida de aquellos rendimientos que normalmente genera una suma de dinero o frutos civiles del mismo, **y que corresponden a los intereses**, y por ello el pago de éstos constituye la indemnización de perjuicios en dicha modalidad" (subrayado fuera de texto).
>
> De lo anterior se puede concluir que los intereses son una prestación accesoria a la obligación principal de restituir un dinero debido. En el caso sub lite, no estamos frente al incumplimiento de una obligación contractual que obligue al pago de una suma de dinero, y en consecuencia, no hay lugar al reconocimiento de intereses remuneratorios ni moratorios, pues al no existir la obligación principal, tampoco existen las accesorias".

Como se ha mencionado, en las causales de nulidad absoluta consagradas en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, según su parte inicial, se incorporaron las causales de nulidad absoluta consagradas en el régimen legal que integra el aludido *"derecho común",* y por ende serán aplicables aquellas otras disposiciones contenidas en el mismo Código Civil sobre la materia, y aplicadas en los términos en que las mismas han sido entendidas por la jurisprudencia que ha construido la Corte Suprema de Justicia y la doctrina.

Solo procederán las debidas restituciones en los términos de los artículos 1746 del C. C. C. y 48 de la Ley 80 de 1993, esto es, el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. En cuanto al beneficio de la entidad, la norma señala que se entenderá cumplido cuando hubieren servido para satisfacer el interés público.

Lo único que procede en los términos de ley, es el reconocimiento y pago de prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria, que hayan beneficiado al interés público. No es posible pronunciarse sobre el pago de perjuicios causados por omisiones atribuidas a la entidad estatal en la ejecución del contrato.

La óptica de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, más allá del análisis probatorio necesario realizado en cada una de las pretensiones, impide que el Tribunal declare los incumplimientos solicitados en las pretensiones independientes o no de su existencia, y se traducirá solo en determinar si se cumplieron prestaciones en beneficio del interés público que no hayan sido reconocidas. La declaratoria de nulidad tiene efectos *ex tunc*, y deben restaurarse las cosas al estado en que se hallarían si dicho contrato no se hubiere celebrado. Por virtud de este efecto retroactivo, la sentencia que lo declare, debe regular las prestaciones mutuas de los contratantes, hasta donde lo permite el acervo probatorio.

De acuerdo con lo anterior, el Tribunal concluye que decretada la nulidad del contrato materia de la litis, si se aplica el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, antes transcrito, la precisa norma y la interpretación jurisprudencial de ella nos llevan a las siguientes conclusiones:

- La declaración de nulidad absoluta decretada no impide el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta la declaratoria.

- El reconocimiento y pago será únicamente hasta el **monto del beneficio** que hubiere obtenido la entidad estatal.

- Debe probarse que la entidad estatal se hubiere beneficiado con la ejecución del contrato nulo.

- Que las prestaciones cumplidas hubieren servido para satisfacer un interés público. Es evidente que las obras en la ciudad de Bogotá para la fase III del sistema de transporte masivo Transmilenio, satisfacen un interés público que no necesita demostración.

- Habrá lugar a actualizaciones.

- No es procedente condenar al pago de intereses sobre el valor del beneficio a restituir.

2. La aplicación del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 que modificó el artículo 32 de la Ley 1508 de 2012, declarado exequible mediante la Sentencia C-207 de 2019

proferida por la Corte Constitucional

El artículo 20 de la Ley 1882 del 15 de enero de 2018 que modificó el artículo 32 de la Ley 1508 de 2012, una vez realizada la revisión constitucional por la Corte mediante la Sentencia C-207 del 16 de mayo de 2019, a la letra dice

"Artículo 20. Modifíquese el artículo 32 de la Ley 1508 de 2012, el cual quedará 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 2º.** 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."*

El Parágrafo 1° fue declarado exequible por los cargos analizados en la Sentencia C-207 de 2019 proferida por la Corte Constitucional, salvo el inciso primero, que se declaró exequible pero 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.

La expresión "*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*" que estaba contenida en el numeral 4 del inciso segundo, fue declarada inexequible.

La Corte Constitucional declaró inexequibles los incisos segundo, tercero y cuarto de del parágrafo 2º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018.

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.

F. ANÁLISIS DE LAS PRINCIPALES PRUEBAS DE CONTENIDO FINANCIEROS

I. EL ACUERDO PARA LA TERMINACIÓN Y LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN

1.1. Contenido del Acuerdo para la terminación y liquidación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, celebrado entre la Agencia Nacional de Infraestructura y la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. el 22 de febrero de 2017.

Hechos que motivaron el acuerdo de terminación

El 22 de febrero de 2017 la ANI y la Concesionaria Ruta del Sol decidieron suscribir un Acuerdo para la terminación y liquidación anticipada del Contrato de Concesión No. 001 de 2010[457] (en

[457] Ver páginas 601 a 624 del Cuaderno Principal No. 5.

adelante "el Acuerdo"). De acuerdo a las consideraciones de las partes, los hechos que motivaron la suscripción del Acuerdo fueron los siguientes:

a.) El necesario cumplimiento de los fines del Estado, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados.

b.) El hecho de que los contratistas no solo deben atender la obtención de utilidades sino propender por el logro de los fines del Estado y cumplir con una función social que implica obligaciones.

c.) Que de acuerdo con la Ley 80 de 1993, las entidades contratantes tienen la obligación de corregir en el menor tiempo posible los desajustes que pudieren presentarse en la contratación estatal y acordar los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápidamente las controversias surgidas.

d.) La obligación que tiene el contratista, de acuerdo con la Ley 80, de velar porque el objeto del contrato se cumpla y que sea de la mejor calidad.

e.) Que de conformidad con el artículo 44 de la Ley 80 son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común, como sería el objeto ilícito en los términos del artículo 1741 del Código Civil; así como por las causales previstas en la misma norma que contempla la invalidez absoluta del negocio por celebrarse con abuso o desviación de poder.

f.) Que de acuerdo con lo contemplado en el Artículo 4^0 de la Ley 472 de 1998, constituyen derechos constitucionales colectivos el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, así como la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes.

g.) Que según el Artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, el plazo máximo para liquidar un contrato estatal es de seis (6) meses contados a partir de la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

h.) Que según el Artículo 19 de la Ley 80 de 1993, debe darse la reversión del proyecto, es decir, al finalizar el término de la concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma deben pasar a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna.

i.) Que luego de celebrado el Contrato de Concesión Nº 001 de 2010 la Concesionaria promovió ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, los días 5 y 19 de agosto de 2015, sendas demandas arbitrales en contra de la ANI, lo cual dio origen a dos procesos arbitrales identificados con los números de radicación 4190 y 4209 que en la actualidad se encuentran acumulados en un solo proceso arbitral. En dicho proceso, las pretensiones de la Concesionaria están orientadas a obtener el restablecimiento del equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 alterado en perjuicio de la CONCESIONARIA por los mayores costos y gastos en que ha incurrido como consecuencia de la ocurrencia de Eventos Eximentes de Responsabilidad que han modificado el Plan de Obras del Proyecto y que según ella le han causado perjuicios.

j.) Que luego de ello se comprobaron conductas delictivas que rodearon el proceso licitatorio y la ejecución misma del contrato de Concesión No. 001 de 2010, por las cuales han sido condenados e investigados penal y disciplinariamente varios servidores públicos y

particulares[458], hecho ante el cual la ANI, en la oportunidad correspondiente a la reforma de la demanda de reconvención, decidió solicitar la nulidad absoluta del Contrato de Concesión Nº 001 de 2010 por objeto ilícito y por haber sido celebrado con desviación de poder. Así mismo, que existen otras investigaciones penales y disciplinarias en contra de servidores públicos y particulares con ocasión de la Licitación que dio origen al Contrato y del Contrato mismo.

k.) Que el 26 de enero de 2017, el Procurador General de la Nación interpuso acción popular en ejercicio del medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos en contra de la Concesionaria y la ANI ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca — Sección Primera, con el fin de que se protegieran los derechos a la moralidad administrativa, a la defensa del patrimonio público, al acceso a los servicios públicos, y a que su prestación fuera eficiente.

l.) Que, en esa misma fecha, el Procurador solicitó en el trámite anteriormente señalado medidas cautelares de urgencia, en los términos del artículo 243 de la Ley 1437 de 2011, con el fin de evitar un perjuicio irremediable y salvaguardar los derechos colectivos invocados en la demanda.

m.) Que en el proceso que se inició con ocasión de las actuaciones del Procurador, la Sección Primera el Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó medidas cautelares en virtud de las cuales ordenó: i) suspender el contrato de Concesión; ii) requerir al Presidente de la República para que designara una autoridad administrativa que administrara y tomara posesión del proyecto vial y así continuara la ejecución de las obras de infraestructura; iii) embargar las cuentas bancarias y dividendos obtenidos de la Concesionaria Ruta del Sol, así como las de las sociedades socias de ésta, y las de varias personas naturales que participaron en los actos de corrupción, con el objeto de preservar los recursos que el Estado pueda necesitar para enfrentar indemnizaciones, sobrecostos, costos de una nueva licitación y perjuicios reputacionales ocasionados al sector de infraestructura.

n.) Que el Superintendente de Industria y Comercio, el 16 de febrero de 2017, dentro de la investigación administrativa que entonces adelantaba por las conductas que pudieran afectar la libre competencia, decretó medidas cautelares en virtud de las cuales ordenó a las partes dar por terminado el contrato de Concesión de manera inmediata y, en consecuencia, a liquidarlo en el estado en que se encontrara;

o.) Que las partes del Contrato de Concesión entendían la necesidad de dar por terminado el contrato, así como de liquidarlo, para evitar un perjuicio al interés público, coadyuvar a la estabilidad del sistema financiero colombiano que actuó como prestamista del proyecto, garantizar la correcta prestación del servicio público de transporte, y cumplir con las órdenes proferidas por las autoridades administrativas y judiciales mencionadas.

Objeto del acuerdo de terminación

Con la suscripción del Acuerdo la ANI y la Concesionaria Ruta del Sol resolvieron, entre otras cuestiones, i) terminar anticipadamente el Contrato de Concesión No. 001 de 2010; ii) definir la fórmula de la liquidación y proceder inmediatamente a buscar la aprobación de la autoridad judicial competente de la fórmula de liquidación del Contrato prevista en la cláusula segunda, la cual se había hecho a partir de las reglas que establecen los artículos 11 de la Ley 1150 de 2007[459] y el artículo 48

[458] Efectivamente, en la fecha de suscripción del Acuerdo de Terminación había constancia de que el señor Gabriel Ignacio García Morales, ex viceministro de transporte y ex gerente general del Instituto Nacional de Concesiones, quien suscribió el acto de adjudicación –Resolución No. 641 del 15 de diciembre de 2009-, así como el contrato de Concesión No. 001 de 14 de enero de 2010, había reconocido el 15 de enero de 2017, ante el Juez de Control de Garantías, haber cometido las conductas delictivas de cohecho impropio, interés indebido en la celebración de contratos y enriquecimiento ilícito.

[459] El artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 establece: ***"****Del plazo para la liquidación de los contratos. La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término,*

de la Ley 80 de 1993[460]; iii) definir las obligaciones entre las partes en el período de transición, entendido como aquél comprendido entre la firma del Acuerdo de Terminación y la fecha de Aprobación de la fórmula de liquidación por parte del Tribunal de Arbitramento; iv) pactar la forma en la que se revertiría la infraestructura directamente afectada a la Concesión; v) definir la atención de las contingencias luego de la liquidación; y vi) provocar la terminación del presente proceso arbitral.

La fórmula de liquidación pactada entre las partes en el acuerdo para la terminación y liquidación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

Las partes textualmente acordaron no dar aplicación a las fórmulas de liquidación consagradas en las secciones 17.03, 17.04, 17.05 y 17.06 del Contrato de Concesión[461].

De acuerdo con la cláusula segunda, el valor de la liquidación se establecería a partir de la siguiente fórmula, cuya aplicación debía ser previamente aprobada por este Tribunal Arbitral:

$$VL_{(c)} = \sum_{i=1}^{m}\left[AR_i * \left(\frac{IPC_m}{IPC_i}\right)\right] - \left[\sum_{i=1}^{m}\left[Aportes_i * \left(\frac{IPC_m}{IPC_i}\right)\right] + \sum_{i=1}^{m}\left[Peajes_i * \left(\frac{IPC_m}{IPC_i}\right)\right]\right] - (M_m)$$

Donde:

VL (c)	Era el valor de la liquidación del Contrato de Concesión, como resultado de la terminación anticipada, la cual se efectuaba en la etapa de construcción del proyecto, como consecuencia del acuerdo de terminación y liquidación suscrito entre las partes. Ese valor estaba expresado en pesos del mes m (es decir, en pesos del mes anterior a aquel en que ocurriera la Fecha de Reversión). Por "Fecha de Reversión" se entendía la fecha de entrega definitiva de la infraestructura del Proyecto Vial, que correspondería al día hábil siguiente al día ciento veinte (120) calendario, contado a partir del día siguiente a aquel en el que se aprobara la fórmula de liquidación por parte de la autoridad judicial competente.
Aportes $_i$	Correspondía a cada uno de los Aportes INCO[462] trasladados a la Cuenta Aportes Concesionario[463] en el mes i expresado en Pesos corrientes del mes m. En aquellos meses en los cuales no se hubiere efectuado Aportes INCO este valor sería cero.

la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.
En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A.
Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A.
Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo".

460 De acuerdo con el artículo 48 de la Ley 80 de 1993: *"La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria.*
Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público".

461 Ver acuerdo segundo – liquidación- previsto en el acuerdo para la terminación y liquidación del contrato de Concesión No. 001 de 2010 del 22 de febrero de 2017, celebrado entre la Agencia Nacional de Infraestructura y la Concesionaria Ruta de Sol S.A.S., que obra en los folios 601 a 624 del Cuaderno Principal No. 5.

462 De acuerdo con el Anexo 1 del acuerdo para la terminación y liquidación del contrato de Concesión No. 001 de 2010 del 22 de febrero de 2017, los "Aportes INCO" eran los valores correspondientes al perfil de aportes anuales ofrecido por la Concesionaria en su Propuesta, expresados en pesos constantes del 31 de diciembre de 2018 y que habían sido trasladados a la Cuenta Aportes Concesionario.

463 La "Cuenta Aportes Concesionario" era la cuenta del Patrimonio Autónomo en la cual se depositaron, entre otros, los aportes a cargo de la Concesionaria según lo previsto en la Sección 6.02 del Contrato de Concesión No. 001 de 2010. Ver el Anexo 1 del acuerdo para la terminación y liquidación del contrato de Concesión No. 001 de 2010 del 22 de febrero de 2017.

	Igualmente incluía: i.) los rendimientos pagados por la ANI a la Concesionaria en el Mes i expresados en pesos corrientes del Mes m, hasta la Fecha de Aprobación judicial del Acuerdo y; ii) las cuentas pagadas por concepto de mayor valor de predios, con recursos del Fondo de Pasivos Contingentes.
Peajes $_i$	Valor de los peajes efectivamente recaudados en el Mes i expresados en pesos corrientes del Mes m, descontando el aporte al Fondo de Seguridad Vial y la Contribución al Turismo. Se incluían todos los peajes recaudados hasta la Fecha de Aprobación judicial de la fórmula de liquidación.
AR	Costos asociados con las actividades realizadas por la Concesionaria, en cumplimiento de sus obligaciones hasta la Fecha de Aprobación judicial de la fórmula de liquidación. Los costos asociados con tales actividades correspondían a: los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico[464]; los Estudios de Detalle[465] que hubiese ejecutado; la intervención Prioritaria del Sector[466]; el estudio del impacto ambiental[467]; los costos de la Licencia Ambiental, de la implementación del estudio de impacto ambiental; levantamiento de información predial, gestión y adquisición de Predios[468] no incluidos en fondeos contractuales; la gestión social; los gastos administrativos; los costos de Operación[469] y Mantenimiento[470]; los gastos de impuestos;

[464] De acuerdo con el Anexo 1 del acuerdo para la terminación y liquidación del contrato de Concesión No. 001 de 2010 del 22 de febrero de 2017, los "Estudios de trazado y diseño geométrico" correspondían a los estudios relacionados con el diseño de las características geométricas de la vía en cuanto a velocidad, diseño horizontal, diseño vertical sección transversal y demás aspectos técnicos relacionados con el diseño geométrico de una vía que formaban parte de los Estudios de Detalle en los términos del Apéndice Técnico del Contrato.

[465] Los "Estudios de Detalle" correspondían a los estudios y diseños de construcción de un proyecto con el alcance señalado en el Anexo 1 de Apéndice Técnico del Contrato. Asimismo, comprendía todas las actividades de diseño detallado en todas y cada una de las áreas técnicas de ingeniería, consideraciones ambientales, sociales, prediales y de tráfico. Lo anterior, de conformidad con el Anexo 1 del acuerdo para la terminación y liquidación del contrato de Concesión No. 001 de 2010 del 22 de febrero de 2017,

[466] Según el Anexo 1 del acuerdo para la terminación y liquidación del contrato de Concesión No. 001 de 2010 del 22 de febrero de 2017, la "Intervención Prioritaria del Sector" era la intervención que debía realizarse en primera instancia una vez se suscribiera e iniciara la ejecución del Contrato que tenía por objeto mejorar las condiciones de transitabilidad y seguridad de la vía antes que se hiciera el procedimiento de rehabilitación y mejoramiento en la carretera existente según el Plan de Obras y demás términos y condiciones del Apéndice Técnico del Contrato.

[467] De acuerdo con el Anexo 1 del acuerdo para la terminación y liquidación del contrato de Concesión No. 001 de 2010 del 22 de febrero de 2017, la "Licencia Ambiental" era el acto administrativo emitido por el Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial mediante el cual se otorgaba una licencia ambiental para la ejecución de las obras contempladas en el Contrato de Concesión.

[468] Por "Predios" debían entenderse la unidad física constituida por terreno y/o mejoras, los cuales debían ser comprados por la Concesionaria o puestos a disposición de la Concesionaria por la ANI para la ejecución de las obligaciones a cargo de la Concesionaria derivadas del Contrato y con sujeción a lo previsto en el Apéndice Social Predial del mismo. Ver el Anexo 1 del acuerdo para la terminación y liquidación del contrato de Concesión No. 001 de 2010 del 22 de febrero de 2017.

[469] Según el Anexo 1 del acuerdo para la terminación y liquidación del contrato de Concesión No. 001 de 2010 del 22 de febrero de 2017, el término "Operación" comprendía las actividades relacionadas con la prestación del servicio a los Usuarios que iban a ser desarrolladas por la Concesionaria sobre cada Tramo o Hito. Las actividades de Operación se encontraban descritas en la Sección 2.08 del Capítulo IX y en el Apéndice Técnico del Contrato.

[470] El término "Mantenimiento" comprendía las actividades de mantenimiento que iban a ser desarrolladas por la Concesionaria sobre cada Tramo o Hito. Todo lo anterior con sujeción a los términos de la Sección 2.08, en el Capítulo IX y en el Apéndice Técnico del Contrato. Ver el Anexo 1 del acuerdo para la terminación y liquidación del contrato de Concesión No. 001 de 2010 del 22 de febrero de 2017.

	los gastos incurridos en relación con fondeos contractuales; las Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento efectuados por el Contratista EPC, verificadas y avaladas por el Interventor. En este punto, se acordó que la ANI reconocería los intereses corrientes pagados, y los causados y no pagados por servicio de la deuda con los Prestamistas[471] (sin tener en cuenta los aportes de capital ni la deuda subordinada aportada por los socios o miembros de la Concesionaria) que pudiera haber tomado la Concesionaria, debidamente certificados por los representantes legales de cada uno de los bancos prestamistas. La ANI se comprometió a reconocer los intereses que se causaran hasta la Fecha de Reversión. El valor reconocido por estas actividades se definía de acuerdo con lo convenido por las partes en el Anexo 1 del acuerdo para la terminación y liquidación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 y, para los gastos en los que fuese aplicable, se tomarían los valores brutos, sin incluir depreciaciones, amortizaciones o valorizaciones. En ningún caso los rubros aquí reconocidos podían superar el valor registrado en los estados financieros y corresponderían exclusivamente a los costos asociados con estas actividades. Los gastos incurridos y pagados durante el Periodo de Reversión recibirían el tratamiento señalado en el Capítulo Cuarto del acuerdo para la terminación y liquidación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.
IPC_i	IPC del Mes inmediatamente anterior al Mes i en que se (i) hubiese pagado o se haya ejecutado el AR, (ii) recibido el aporte, o (iii) efectuado el recaudo de Peaje, según correspondiera.
IPCm	IPC del Mes inmediatamente anterior al mes m en que ocurriera la Fecha de Reversión
Mm	Era el valor de las multas en firme impuestas a la Concesionaria hasta la Fecha de Aprobación de la fórmula de liquidación que no hubieren sido descontadas en los traslados efectuados hasta esa fecha. Este valor incluía tanto el valor de la actualización de las multas, como los intereses de mora que se hubiesen causado sobre la mismas, en los términos de la Sección 11.02(e) del Contrato de Concesión.

Si el resultado de la liquidación del Contrato de Concesión (VLc) que se obtuviera a partir de la fórmula arriba mencionada era positivo, la ANI se encargaría de pagarlo a la Concesionaria. Para el efecto, la ANI se comprometía a adelantar los trámites necesarios para contar con los recursos que le permitieran pagar el saldo a favor de la Concesionaria mediante: i) los recursos que se encontraran en el Patrimonio Autónomo[472] a título de vigencias futuras y sus rendimientos; ii) las vigencias futuras aprobadas para el proyecto que al 22 de febrero de 2017 no hubiesen sido depositadas en el Patrimonio Autónomo, y (iii) de no ser suficientes estas dos fuentes, con títulos de deuda del Gobierno Nacional.

Asimismo, las partes acordaron que la suma de dinero resultante de esa fórmula de liquidación no generaría intereses desde la Fecha de Reversión en adelante. Por el contrario, los valores pendientes de pago por parte de la ANI y a favor de la Concesionaria solo serían actualizados con el IPC acumulado del periodo comprendido entre la Fecha de Reversión y el mes inmediatamente anterior al de la fecha en que se hubiere realizado cada pago.

[471] El término "Prestamistas" comprendía las personas que suministraron a la Concesionaria los recursos de deuda necesarios para la financiación del proyecto, mediante cualquier modalidad, contrato o instrumento de financiación. Ver el Anexo 1 del acuerdo para la terminación y liquidación del contrato de Concesión No. 001 de 2010 del 22 de febrero de 2017.

[472] Por "Patrimonio Autónomo" debía entenderse el patrimonio autónomo Fideicomiso Ruta del Sol Sector 2 constituido por la Concesionaria mediante la celebración del contrato de fiducia mercantil con la Fiduciaria Corficolombiana S.A. del 5 de mayo de 2010, conforme haya sido modificado.

Una vez ocurrida la Fecha de Aprobación judicial de la fórmula de liquidación contenida en el Acuerdo, la ANI se comprometía a realizar un pago parcial para pagar la deuda con el sector financiero, haciendo uso de los recursos que se encontraran depositados en el Patrimonio Autónomo en las cuentas Aportes INCO de la ANI, asociadas a vigencias futuras.

En el caso de que quedara un valor por pagar por parte de la ANI a la Concesionaria neto del pago parcial anteriormente indicado, la ANI debería obtener las autorizaciones para pagar tales sumas en los plazos señalados en el Anexo 3[473] del Acuerdo, mediante el establecimiento de un mecanismo que permitiera el pago directo a los beneficiarios correspondientes de conformidad con el Anexo 3[474]. Si se agotaban las vigencias futuras y ante la existencia de algún pago faltante, la ANI asumiría los compromisos de pago con títulos de deuda del Gobierno Nacional.

Período de transición

En el período comprendido entre la fecha de la firma del acuerdo de terminación y la fecha de aprobación la Concesionaria dispondría de los recursos provenientes del recaudo de peajes del proyecto con el propósito exclusivo de cubrir los costos de operación derivados de actividades de señalización, recaudo de peajes, ambulancia, carro taller y demás servicios esenciales, pólizas de seguros, otras intervenciones de emergencia solicitadas por la ANI y pago de impuestos por pagar y causados durante este período.

La Reversión de la infraestructura

Además de las obligaciones relacionadas con la fórmula de liquidación del contrato, la ANI y la Concesionaria acordaron en la Cláusula Cuarta del Acuerdo un "Periodo de Reversión" en el cual se haría efectiva la obligación a cargo de la Concesionaria de revertir a favor de la ANI los bienes directamente afectados a la Concesión. Dicho Periodo de Reversión iniciaba en la fecha de aprobación judicial del Acuerdo y finalizaba en la fecha en que la Concesionaria le hiciera a la ANI entrega material y efectiva de la infraestructura del Proyecto Vial. Esto es, a las seis (6) horas de la mañana, del día hábil siguiente al día ciento veinte (120) calendario, contado a partir de la fecha de la aprobación judicial del Acuerdo (en adelante la "Fecha de la Reversión").

En ese momento la ANI tomaría posesión del Proyecto Vial, para lo cual la Concesionaria, con la firma del acta de reversión, le haría entrega de la infraestructura vial, así como de todos y cada uno de los equipos, bienes muebles e inmuebles junto con sus anexidades, siempre que hicieran parte del Proyecto, fueran de propiedad de la Concesionaria y hubiesen sido reconocidos dentro del valor de liquidación. Los bienes debían ser entregados en el estado en que se encontraran y en las condiciones que se detallaran en el acta de reversión, de conformidad con el Manual de Reversión que estableció la ANI, en lo que no fuese contrario al Contrario de Concesión.

Nótese que uno de los requisitos indispensables para la entrega definitiva de la infraestructura del Proyecto, era que las debían haber acordado el valor definitivo de la liquidación del Contrato de Concesión a más tardar el día hábil anterior a la Fecha de Reversión.

Antes de la Fecha de Reversión, la Concesionaria debía crear una nueva subcuenta, denominada "Subcuenta de Reversión" que se abriría en el Patrimonio Autónomo del Contrato, la cual debía fondearse a partir de los recursos provenientes de los peajes recaudados durante el Periodo de Reversión, los rendimientos financieros disponibles en la Fiduciaria al inicio del Periodo de Reversión, los rendimientos financieros sobre los Aportes INCO causados durante el Periodo de Reversión y los ingresos por venta de equipos relacionados con la ejecución del proyecto vial.

[473] En el Anexo No. 3 del Acuerdo para la terminación y liquidación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 las partes establecieron la forma aproximada de pago del valor de la liquidación, después de aplicar la fórmula y una vez terminado el Periodo de Reversión de la infraestructura.
[474] Ibídem.

Esos recursos se utilizarían por parte de la Concesionaria, previa autorización de la ANI y revisión de la interventoría, para la ejecución de varias actividades durante el período de reversión. Dichas actividades comprendían la liquidación del personal de la Concesionaria y de su constructor, el pago de cuentas por pagar a proveedores de la Concesionaria y de su constructor, pago de cuentas por pagar a proveedores durante el período de reversión, costo de recaudo de peajes, costos de operación y mantenimiento de la infraestructura existente, gestión predial y pago de predios, costos administrativos y pago de impuestos causados durante el período de reversión. El cumplimiento de las anteriores obligaciones se encontraba supeditado a que se contara con los recursos en la cuenta mencionada y, además, la Concesionaria podía subcontratar a terceros para cumplir sus obligaciones, previa autorización de la ANI y revisión de la interventoría.

Ahora bien, para la ejecución de las actividades de la Concesionaria, esta debía mantener vigentes las obligaciones ambientales, conforme a los instrumentos de manejo ambiental otorgados en el proyecto vial. Y, una vez concretada la reversión de la infraestructura, la Concesionaria debía i) ceder la titularidad de la licencia ambiental a la ANI, o a la persona que ésta definiera y ii) entregar a la ANI la información del estado de todas las licencias y permisos ambientales adquiridos para el desarrollo del proyecto vial, así como de las obligaciones ambientales pendientes.

Así mismo, la ANI y la Concesionaria, en conjunto con la interventoría, se comprometieron a desarrollar mesas de trabajo durante los quince (15) días siguientes a la fecha en que se aprobara judicialmente el Acuerdo. En esas mesas de trabajo se trataría de determinar la manera en la que se haría la entrega de los fragmentos de hitos que se encontraban en ejecución, y se evaluaría la viabilidad de ponerlos al servicio de los usuarios de la vía, lo cual estaba sujeto a la disponibilidad de recursos en la Subcuenta Reversión.

Adicionalmente, la Concesionaria se obligaba durante el Periodo de Reversión a i) no asumir nuevas obligaciones financieras para el desarrollo del Contrato de Concesión en el Periodo de Reversión; ii) a mantener indemne a la ANI de cualquier reclamación proveniente de terceros que tuviera como origen cualquier actuación de los subcontratistas o del constructor de la Concesionaria; iii) a mantener vigentes todas las garantías previstas en el Contrato de Concesión, para lo cual la ANI debía prestar su colaboración y; iv) a entregar a la ANI, en la Fecha de Reversión, la memoria técnica y los planos de construcción de las obras ejecutadas en el corredor vial concesionado, así como todas las obras y bienes del concesionario incluyendo las zonas de derecho de vía y las obras civiles, conforme al Manual de Reversión establecido por la ANI, en lo que no fuera contrario a lo pactado en el Contrato de Concesión. Por último, la Concesionaria se comprometía a vi.) continuar la ejecución de las laborales a las que se comprometía con las fuentes de materiales vigentes del proyecto, así como a ceder el vínculo contractual con esas fuentes de materiales a la entidad o persona que recibiera el proyecto, una vez concluido el Periodo de Reversión.

Por su parte, la ANI se comprometía, siempre que fuese posible, i) a adelantar ante las autoridades competentes los procesos de elaboración precontractual para que se asumiera, en el menor tiempo posible, la ejecución del Contrato de Concesión a través de un nuevo contrato estatal y; ii) a exponer ante las autoridades laborales competentes la necesidad de atender a la Concesionaria y a su constructor en las gestiones necesarias para terminar los vínculos laborales que tenía vigente a la firma del Acuerdo

Finalmente, las partes, en conjunto con el INVIAS, se comprometieron a realizar el empalme para la debida entrega de la infraestructura vial, al igual que cada una de las estaciones de peaje y sus equipos, las estaciones de pesajes y sus equipos, el Centro de Control de Operación, las áreas de servicios, así como todos los automotores y equipos instalados para la operación del Proyecto Vial.

Contingencias después de la liquidación

Finalmente, en la Cláusula Quinta del Acuerdo, la ANI y la Concesionaria reconocieron que las situaciones que condujeron a la celebración del Acuerdo generaron daños a la reputación de la ANI,

a terceros de buena fe, al Estado colombiano y, en general, al sector infraestructura de Colombia. Además, reconocieron que para adelantar nuevos proyectos contractuales para la continuidad del Proyecto Vial, se generarían sobrecostos que tendrían que ser asumidos por el Gobierno y que, a causa de la terminación del Proyecto, se podrían generar pasivos ambientales y obligaciones en la cesión de las licencias y permisos, así como de la cesión de los vínculos para uso de fuentes de materiales.

Por todo lo anterior, en esa misma Cláusula decidieron que si el cálculo de la liquidación superaba el valor a pagar a los acreedores externos de la Concesionaria, el valor adicional que resultara de la liquidación, sería retenido por la ANI hasta el 31 de diciembre de 2020, para atender la reparación de los perjuicios que pudieran derivarse de las situaciones que condujeron a la celebración del Acuerdo. Así las cosas, la Concesionaria debía constituir un nuevo Patrimonio Autónomo para estos efectos, con cuatro subcuentas, en las cuales se depositaría el excedente de acuerdo con la proporción en la que participaban los accionistas de la Concesionaria. Con los recursos de estas subcuentas se pagaría cualquier indemnización de perjuicios contra los accionistas de la Concesionaria.

La fórmula de reversión de la infraestructura directamente afectada para la ejecución del Contrato de Concesión contenida en el Acuerdo

Además de las obligaciones relacionadas con la fórmula de liquidación del contrato, la ANI y la Concesionaria acordaron en la Cláusula Cuarta del Acuerdo un "Periodo de Reversión" en el cual se haría efectiva la obligación a cargo de la Concesionaria de revertir a favor de la ANI los bienes directamente afectados a la Concesión. Dicho Periodo de Reversión iniciaba en la fecha de aprobación judicial del Acuerdo y finalizaba en la fecha en que la Concesionaria le hiciera a la ANI entrega material y efectiva de la infraestructura del Proyecto Vial. Esto es, a las seis (6) horas de la mañana, del día hábil siguiente al día ciento veinte (120) calendario, contado a partir de la fecha de la aprobación judicial del Acuerdo (en adelante la "Fecha de la Reversión").

En ese momento la ANI tomaría posesión del Proyecto Vial, para lo cual la Concesionaria, con la firma del acta de reversión, le haría entrega de la infraestructura vial, así como de todos y cada uno de los equipos, bienes muebles e inmuebles junto con sus anexidades, siempre que hicieran parte del Proyecto, fueran de propiedad de la Concesionaria y hubiesen sido reconocidos dentro del valor de liquidación. Los bienes debían ser entregados en el estado en que se encontraran y en las condiciones que se detallaran en el acta de reversión, de conformidad con el Manual de Reversión que estableció la ANI, en lo que no fuese contrario al Contrario de Concesión.

Nótese que uno de los requisitos indispensables para la entrega definitiva de la infraestructura del Proyecto, era que las debían haber acordado el valor definitivo de la liquidación del Contrato de Concesión a más tardar el día hábil anterior a la Fecha de Reversión.

No obstante, antes de la Fecha de Reversión, la Concesionaria debía crear una nueva subcuenta, denominada "Subcuenta de Reversión" que se abriría en el Patrimonio Autónomo del Contrato, la cual debía fondearse a partir de los recursos provenientes de: los peajes recaudados durante el Periodo de Reversión, los rendimientos financieros disponibles en la Fiduciaria al inicio del Periodo de Reversión, los rendimientos financieros sobre los Aportes INCO causados durante el Periodo de Reversión y los ingresos por venta de equipos relacionados con la ejecución del proyecto vial.

Esos recursos se utilizarían por parte de la Concesionaria, previa autorización de la ANI y revisión de la interventoría, para la ejecución de varias actividades durante el Periodo de Reversión. Dichas actividades eran las siguientes: liquidación del personal de la Concesionaria y de su constructor, pago de cuentas por pagar a proveedores de la Concesionaria y de su constructor, pago de cuentas por pagar a proveedores durante el Periodo de Reversión, costo de recaudo de peajes, entre otros[475].

[475] Según la Cláusula Cuarta "Periodo de Reversión" del Acuerdo, entre las demás obligaciones para los cuales debían utilizarse los recursos depositados en la "Subcuenta de Reversión" se encontraban: costos de operación y mantenimiento de la infraestructura

Ahora bien, para la ejecución de estas actividades la Concesionaria debía mantener vigentes las obligaciones ambientales, conforme a los instrumentos de manejo ambiental otorgados en el Proyecto Vial. Y, una vez concretada la reversión de la infraestructura, la Concesionaria debía i) ceder la titularidad de la licencia ambiental a la ANI, o a la persona que ésta definiera y ii) entregar a la ANI la información del estado de todas las licencias y permisos ambientales adquiridos para el desarrollo del proyecto vial, así como de las obligaciones ambientales pendientes.

Así mismo, la ANI y la Concesionaria, en conjunto con la interventoría, se comprometieron a desarrollar mesas de trabajo durante los quince (15) días siguientes a la fecha en que se aprobara judicialmente el Acuerdo. En esas mesas de trabajo se trataría de determinar la manera en la que se haría la entrega de los fragmentos de hitos que se encontraban en ejecución, y se evaluaría la viabilidad de ponerlos al servicio de los usuarios de la vía, lo cual estaba sujeto a la disponibilidad de recursos en la Subcuenta Reversión.

Adicionalmente, la Concesionaria se obligaba durante el Periodo de Reversión a i) no asumir nuevas obligaciones para el desarrollo del Contrato de Concesión en el Periodo de Reversión; ii) a mantener indemne a la ANI de cualquier reclamación proveniente de terceros que tuviera como origen cualquier actuación de los subcontratistas o del constructor de la Concesionaria; iii) a mantener vigentes todas las garantías previstas en el Contrato de Concesión, para lo cual la ANI debía prestar su colaboración y; iv) a entregar a la ANI, en la Fecha de Reversión, la memoria técnica y los planos de construcción de las obras ejecutadas en el corredor vial concesionado, así como todas las obras y bienes del concesionario incluyendo las zonas de derecho de vía y las obras civiles, conforme al Manual de Reversión establecido por la ANI, en lo que no fuera contrario a lo pactado en el Contrato de Concesión. Por último, la Concesionaria se comprometía a vi) continuar la ejecución de las laborales a las que se comprometía con las fuentes de materiales vigentes del proyecto, así como a ceder el vínculo contractual con esas fuentes de materiales a la entidad o persona que recibiera el proyecto, una vez concluido el Periodo de Reversión.

Por su parte, la ANI se comprometía, siempre que fuese posible, a i) a adelantar ante las autoridades competentes los procesos de elaboración precontractual para que se asumiera, en el menor tiempo posible, la ejecución del Contrato de Concesión a través de un nuevo contrato estatal y; ii) a exponer ante las autoridades laborales competentes la necesidad de atender a la Concesionaria y a su constructor en las gestiones necesarias para terminar los vínculos laborales que tenía vigente a la firma del Acuerdo

Finalmente, las partes, en conjunto con el INVIAS, se comprometieron a realizar el empalme para la debida entrega de la infraestructura vial, al igual que cada una de las estaciones de peaje y sus equipos, las estaciones de pesajes y sus equipos, el Centro de Control de Operación, las áreas de servicios, así como todos los automotores y equipos instalados para la operación del Proyecto Vial.

Contenido adicional del Acuerdo

Además de todo lo anterior, en la Cláusula Tercera –Período de Transición- del Acuerdo la ANI y la Concesionaria establecieron un "Periodo de Transición" entre la fecha de la firma del Acuerdo y la fecha de su aprobación judicial. Durante ese periodo, la Concesionaria utilizaría los recursos provenientes del recaudo de peajes del proyecto con el propósito exclusivo de cubrir los costos de operación derivados de las actividades de señalización, recaudo de peajes, ambulancia, carro taller y demás servicios viales esenciales, pólizas de seguros, pago de impuestos por pagar y causados durante el Periodo de Transición, entre otras.

existente junto con sus servicios conexos, bajo las condiciones técnicas fijadas en el contrato, gestión predial y pago de predios, costos administrativos derivados de las gestiones anteriores, pago de impuestos por pagar y causados durante el Periodo de Reversión. Esto, según en el Anexo 1 del Acuerdo para la terminación y liquidación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, celebrado entre la ANI y la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. el 22 de febrero de 2017.

Por otra parte, en la Cláusula Sexta –Terminación del Proceso Arbitral- la ANI y la Concesionaria acordaron que, una vez aprobado el Acuerdo por la autoridad judicial competente, desistirían de las pretensiones que formularon en los procesos arbitrales acumulados (expedientes 4190 y 4209). Todo lo cual generaría la cesación de funciones del Tribunal, sin que hubiera lugar a costas ni perjuicios para las partes.

1.2. Documento modificatorio No. 1 del Acuerdo para la terminación y liquidación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

El 27 de marzo de 2017 la ANI y la Concesionaria decidieron suscribir la Modificación No. 1 al Acuerdo (en adelante "el Documento Modificatorio"). En ella, reformaron los parámetros y tiempos para iniciar el Periodo de Reversión, en tanto que a la fecha de la celebración de ese documento, no se había obtenido la aprobación judicial de la fórmula de liquidación contenida en el Acuerdo. Todo lo cual implicaba que no se hubiere iniciado el mencionado Periodo de Reversión y, en consecuencia, que no se contara con la autorización ni con los fondos suficientes para liquidar al personal de la Concesionaria y a su constructor, al igual que para efectuar las demás actividades y pagos a los que las partes se habían comprometido en ese periodo.

En consecuencia, la ANI y la Concesionaria modificaron el Acuerdo inicial en los siguientes puntos:

Respecto a la Cláusula Segunda – Liquidación- del Acuerdo, modificada por la Cláusula Primero del Documento Modificatorio

- Se precisó i) que la "Fecha de Aprobación" correspondía a aquella en la que se aprobara la fórmula de liquidación contenida en el Acuerdo por parte de la autoridad judicial competente; ii) que las vigencias futuras con las que la ANI se comprometía a pagar el saldo a favor de la Concesionaria eran las aprobadas para el Proyecto que a la fecha de la suscripción del Modificatorio No. 1 no hubieran sido depositadas al Patrimonio Autónomo, de conformidad con lo señalado en la columna "Valor para Liquidación" contenida en el cuadro del Anexo 3 del Acuerdo y; iii) que durante el tiempo comprendido entre la finalización del Periodo de Reversión y la Fecha de Reversión, la Concesionaria mantendría sus obligaciones definidas para ella durante el Periodo de Reversión.

- Se modificó el concepto de "Fecha de Reversión". En efecto, pasó a ser el quinto día hábil siguiente al último día hábil siguiente al último día del Periodo de Reversión. Con todo, se acordó que si llegada la Fecha de Reversión aún no hubiere ocurrido la Fecha de Aprobación judicial del Acuerdo, la Fecha de Reversión tendría lugar al quinto día hábil siguiente a aquél en que ocurriera la Fecha de Aprobación.

- Se reformó el inciso quinto en el sentido de que, según lo indicado en la Cláusula Cuarta del Acuerdo, durante el Periodo de Reversión se daría prioridad a los pagos al personal, a los proveedores y a los subcontratistas de la Concesionaria y de su constructor. Por tanto, la ANI realizaría un pago parcial para pagar la deuda con el sector financiero, con la totalidad de los recursos que se encontraran depositados al momento del inicio del Periodo de Reversión en el Patrimonio Autónomo en la cuenta Aportes INCO de la ANI, asociados a vigencias futuras (en adelante "el Pago Parcial"). Lo anterior, con excepción de los rendimientos financieros de dichas vigencias, los cuales se depositarían al inicio del Periodo de Reversión en la Subcuenta Reversión.

Respecto a la Cláusula Tercera –Período de Transición- del Acuerdo, modificada por la Cláusula Segunda del Documento Modificatorio

Se modificó el concepto de "Periodo de Transición" *y pasó a ser "el periodo comprendido entre la fecha de firma del ACUERDO PARA LA TERMINACIÓN Y LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 001 de 2010 y la de suscripción de la Modificación No. 1 al Acuerdo de Terminación"*[476].

Además se agregó el Convenio DITRA (Policías de Carretera) como uno de los costos de operación que la Concesionaría debía pagar con los recursos provenientes del recaudo de peajes durante el Periodo de Transición.

Respecto a la Cláusula Cuarta –Periodo de Reversión- del Acuerdo, modificada por la Cláusula Tercera del Documento Modificatorio

- Se cambió la definición de "Periodo de Reversión". Efectivamente, dicho periodo pasó a comprender el término de ciento veinte (120) días calendario, contados a partir del día hábil siguiente a la fecha de la firma del documento modificatorio No. 1 del Acuerdo. No obstante, las partes pactaron que si llegado el día ciento veinte (120), contado a partir del día hábil siguiente a la fecha de la firma del Documento Modificatorio, sin que hubiera ocurrido la Fecha de Aprobación del Acuerdo, el Periodo de Reversión se extendería hasta la Fecha de Aprobación.

- Se eliminaron los rendimientos financieros disponibles en la Fiducia al momento del inicio del Periodo de Reversión, como uno de los recursos que se depositarían en la Subcuenta Reversión para la ejecución de las obligaciones que la Concesionaria tenía a cargo durante el Periodo de Reversión. Por su parte, se agregaron los recursos provenientes de i) los rendimientos financieros disponibles sobre los Aportes INCO en la Fiduciaria al momento del inicio del Periodo de Reversión, ii) el saldo de los peajes recaudados durante el Periodo de Transición, disponibles en la Subcuenta "Peajes-Periodo de Transición" y iii) los recursos disponibles en la subcuenta predios, los cuales solo podían emplearse para la gestión predial y pago de predios.

- Respecto al uso que debía darle la Concesionaria a los recursos depositados en la Subcuenta Reversión, las partes acordaron que se debían utilizar para la ejecución de varias obligaciones adicionales a cargo de la Concesionaria, no solo durante el Periodo de Reversión, sino también durante el Periodo de Reversión. Dentro de dichas obligaciones adicionales a cargo de la Concesionaria se agregó el pago de i.) otras intervenciones de emergencia, solicitadas por la ANI; ii.) cuentas por pagar a subcontratistas de la Concesionaria; iii.) el convenio con la DITRA (Policía de Carreteras).

- Se estableció que las obligaciones de la Concesionaria consistentes en i.) la liquidación del personal de la Concesionaria y de su constructor y ii.) el pago de cuentas por pagar a los proveedores, los subcontratistas y al constructor de la Concesionaria, tendrían prelación sobre todas las demás. En consecuencia, esas obligaciones debían pagarse con prioridad a partir de los recursos con que se contara en la Subcuenta de Reversión.

- Se pactó que, una vez realizado el pago de las obligaciones prioritarias mencionadas en el punto anterior, la ANI procedería, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, a "efectuar, en modo significativo", el Pago Parcial al que hacía referencia el inciso quinto de la Cláusula Segunda – Liquidación- del Acuerdo, modificado por la Cláusula Primera del Documento Modificatorio. Ahora, frente a que la ANI efectuara en "modo significativo" dicho Pago Parcial, las partes pactaron que debía entenderse que era cuando la ANI hubiese efectuado el pago de la liquidación de al menos el 70% del personal de la Concesionaria y de su Constructor, así como el 70% de las obligaciones con proveedores y subcontratistas de la Concesionaria conforme a sus registros contables al corte del 31 de marzo de 2017.

- Se reformó el término en el cual la ANI y la Concesionaria, en conjunto con el INVIAS, desarrollarían las mesas del trabajo. Sobre ese punto, se estableció que las mesas de trabajo iniciarían

[476] Ver cláusula segunda de la Modificación No. 1 al Acuerdo para la terminación y liquidación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, celebrado entre la ANI y la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., obrante a folios 6 a 19 del Cuaderno Principal No. 6.

dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la fecha de suscripción de la Modificación No. 1 al Acuerdo. Así mismo, se establecieron nuevos temas a tratar en esas mesas de trabajo, tales como: i.) la fijación del procedimiento necesario y el cronograma de trabajo de las labores requeridas para establecer el valor definitivo de liquidación del Contrato de Concesión, *"incluyendo como parte de ello, la contratación, de común acuerdo, de la firma de auditoría independiente a cargo de las verificaciones referidas en el Anexo 2 del Acuerdo"*[477].

Se estableció un término preciso en el cual la ANI debía exponer ante las autoridades laborales la necesidad de atender a la Concesionaria y constructor, en las gestiones para proceder a terminar los vínculos laborales que tuviese vigentes. Dicho término era de quince (15) días calendario, contados a partir de la fecha de la suscripción del Documento Modificatorio.

Respecto a la Cláusula Sexta –Terminación del Proceso Arbitral- del Acuerdo, modificada por la Cláusula Cuarta del Documento Modificatorio

Las partes modificaron esta Cláusula en su integridad. Por tanto, ésta quedó así: *"Teniendo en cuenta la terminación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, las PARTES presentará como acuerdo conciliatorio ante el Tribunal de Arbitramento el presente acuerdo, junto con sus modificaciones, para aprobación de la fórmula de liquidación, incluyendo dentro del mismo, el desistimiento (sic) de las reclamaciones formuladas por las partes que se ventilan en el proceso arbitral (expedientes acumulados 4190 y 4209). Lo anterior, sin perjuicio de la aprobación que imparta cualquier otra autoridad judicial competente"*

Finalmente, a través del Documento Modificatorio, las partes modificaron el contenido inicial de los Anexos No. 2[478] y 3 del Acuerdo.

Así las cosas, el Anexo 2 buscaba establecer un valor preliminar de las cifras con corte a 31 de diciembre de 2016, que permitieran dar una aproximación de los valores que arrojaría la fórmula de liquidación, una vez ocurriera la Fecha de Reversión (según se definía en el Acuerdo y su Documento Modificatorio) y se realizase la liquidación del Contrato de Concesión. Todas las cifras allí contenidas fueron suministras por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y, según constaba en el Anexo 2, i) no habían sido verificadas por la ANI y ii) se presentaban en millones de pesos corrientes, ya que la fórmula de liquidación suponía un ajuste de los mismos por inflación para llevarlos a pesos constantes del momento de la Reversión del Contrato.

Ahora bien, el Anexo 3 contenía una forma aproximada de pago del valor de la liquidación producto de la aplicación de la fórmula una vez terminado el Periodo de Reversión. Para ello, se partía de la utilización de una porción de las vigencias futuras con que contaba el Contrato de Concesión, al momento de la suscripción del Contrato de Concesión. Los valores allí establecidos eran preliminares y dependían de los trámites a realizarse por parte de la ANI y de las aprobaciones obtenidas por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

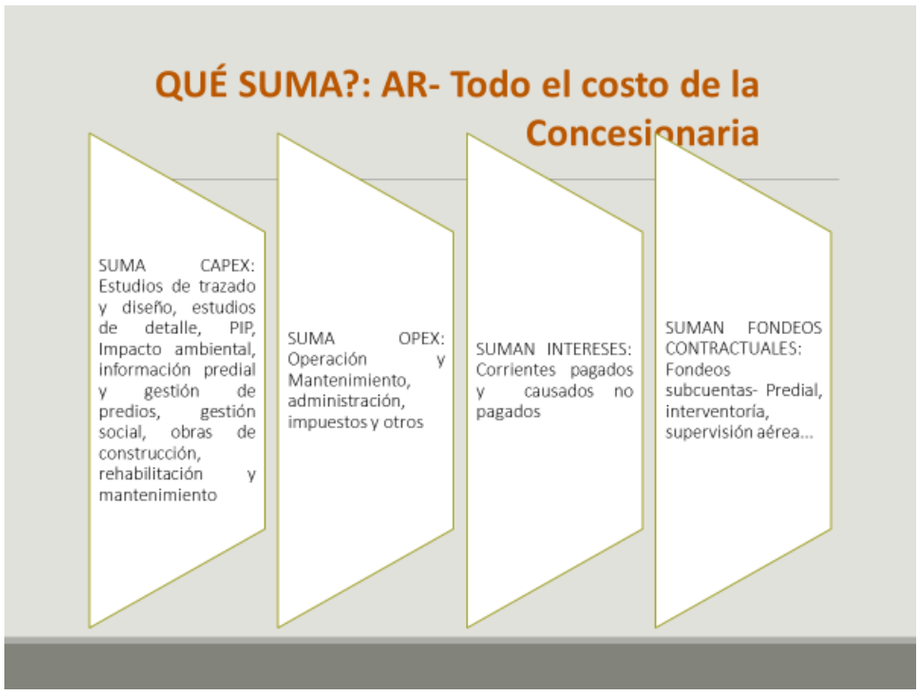
Explicación de las cifras del Acuerdo

El Acuerdo, partía de unas actividades a retribuir (AR) según las definiciones que quedaron expuestas con anterioridad, a las cuales debían ser restados los pagos ya realizados por la ANI.

Para facilitar el entendimiento, los siguientes elementos eran los que sumaban en la fórmula:

[477] Ver inciso séptimo de la Cláusula Tercera de la Modificación No. 1 al Acuerdo para la terminación y liquidación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, celebrado entre la ANI y la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., obrante a folios 6 a 19 del Cuaderno Principal No. 6.

[478] El Anexo No. 2 buscaba establecer un valor preliminar de las cifras con corte a 31 de diciembre de 2016, que permitieran dar una aproximación de los valores que arrojaría la fórmula de liquidación, una vez ocurriera la Fecha de Reversión (según se definía en el Acuerdo y su Documento Modificatorio) y se realizase la liquidación del Contrato de Concesión. Todas las cifras allí contenidas fueron suministras por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y, según constaba en el Anexo 2, no habían sido verificadas por la ANI.



Y los siguientes elementos restaban de la fórmula:



El resultado preliminar de la liquidación concebido por las partes daba un valor a favor de la Concesionaria que las partes presentaron en el Anexo 2 del Acuerdo de Terminación, fue presentado así[479], con la aclaración de que las cifras fueron entregadas por la Concesionaria y debían ser revisadas por la ANI:

[479] Cuaderno Principal N° 6 folio 18.

ANEXO No. 2

El presente anexo, busca establecer un valor preliminar de las cifras con corte a 31 de diciembre de 2016, que permitan dar una aproximación, de los valores que arrojaría la fórmula de liquidación, una vez ocurra la Fecha de Reversión (según se define este término en el Acuerdo) y se realice la liquidación del contrato de concesión.

Se anota que los valores que se presentan a continuación fueron suministrados por la CONCESIONARIA Y aún no han sido verificados por la ANI. Se presentan en millones de pesos corrientes ya que la fórmula supone un ajuste de los mismos por inflación para llevarlos a pesos constantes del momento de la Reversión del Contrato. De manera indicativa se presenta un estimado, de cada uno de los rubros, a precios constantes de Diciembre de 2016. El IPC de ajuste definitivo será el del mes inmediatamente anterior al de la Fecha de Reversión.

Variable en la formula	Concepto		Valor Estimado, indicativo pendiente de verificación (MM) en pesos 2010-2016	Valor Estimado, indicativo pendiente de verificación (MM) en pesos Constantes de Dic. 2016	Fuente valor Estimado inicial	Responsable de Verificación	Tipo de Verificación
AR	Capex	Estudios de Trazado y Diseño Geométrico Estudios de Detalle que haya efectuado La Intervención Prioritaria del Sector Estudio de Impacto ambiental Costos de la Licencia Ambiental e implementación del estudio de impacto ambiental Levantamiento de información predial y Gestión de Predios Gestión social	3.114.830	3.604.618	Estados Financieros del Concesionario	Interventoría	Interventoría, Verificación de valores pagados. Verificarán que las inversiones realizadas tengan relación con el alcance del Proyecto
		Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento efectuadas por el Contratista EPC (y verificadas por el Interventor)					Interventoría, realizara cuantificación y valoración de obras en campo. Verificarán que las inversiones realizadas tengan relación con el alcance del Proyecto
	Opex	Costos de Operación y Mantenimiento, Gastos de Administración, Impuestos y otros	712.013	824.144	Estados Financieros del Concesionario	Firma de Auditor Independiente con apoyo de la Interventoría	Se realizará la verificación que los costos y gastos incurridos tengan relación con el alcance
	Intereses	Intereses corrientes pagados y los causados y no pagados por servicio de la deuda con los Prestamistas	715.503	786.297	Estados Financieros del Concesionario	Firma de Auditor Independiente	Certificación de intereses corrientes, emitida por cada uno de los Bancos acreedores, debidamente firmada por el Representante Legal del Banco
	Fondeos Contractuales	Fondeos de subcuentas (predial, interventoría, supervisión aérea y Divulgación, Estudios y Obras, Interventoría Río de Oro Gamarra, Divulgación Río de Oro Gamarra)	367.412	431.866	Estados Financieros del Concesionario	Firma de Auditor Independiente con apoyo de la Interventoría	Se realizará la verificación de los valores gastados en cada una de las subcuentas en virtud de las obligaciones contractuales.
Aportes	Pago Avances de Obra	Trasladados a la Cuenta Aportes Concesionario	-1.241.000	-1.358.733	Informes de Interventoría	ANI - Interventoría	Revisión Actas de pago de Hitos y de avances de obra, Certificación fiduciaria y de la interventoría
	Rendimientos Financieros	Trasladados a la Cuenta Aportes Concesionario	-76.000	-80.100	Informes de Interventoría	ANI - Interventoría	Revisión soportes pago de rendimientos, Certificación fiduciaria y de la interventoría
	Predios	Cuentas pagadas a Concesionario por sobrecostos en Adquisición de Predios	-130.365	-147.664	Informes de Interventoría	ANI - Interventoría	Revisión soportes pago por concepto de sobrecostos en adquisición de predios
Peajes	Peajes	Valor de los Peajes efectivamente recaudados, descontando el Aporte al Fondo de Seguridad Vial y la Contribución al Turismo.	-829.919	-956.401	Informes de Interventoría	ANI - Interventoría	Revisión formatos de ingreso de peajes, Certificación fiduciaria y de la interventoría
M	Multas	Es el valor de las multas en firme impuestas al Concesionario hasta el momento de liquidación del Contrato de Concesión que no hubieren sido descontadas en los traslados efectuados hasta la fecha.	-	-	Defensa Judicial ANI	ANI - Interventoría	Informe ANI (Defensa Judicial)

12

Es importante anotar que esta fórmula partía de varios supuestos que son importantes i) la misma tenía como límite los estados financieros de la Concesionaria, de manera que no podía en ella contemplarse sumas mayores a las registradas en la contabilidad de RDS; ii) las cifras de CAPEX no habían sido revisadas por la interventoría, como tampoco se había verificado que la totalidad de lo consignado en el anexo estuviera efectivamente traducido en obras que guardaran relación con el

proyecto. En otras palabras, tal como lo evidencia el encabezado del referido Anexo, los valores *"fueron suministrados por la Concesionaria y aún no han sido verificados por la ANI".*

1.3. La presentación hecha ante el Tribunal de lo que sería una fórmula de liquidación y la incapacidad de las partes para llegar a un Acuerdo de Conciliación

El Acuerdo anterior, junto con su modificación, fueron remitidos al Tribunal Arbitral e incorporados al expediente (Folios 601 y siguientes del Cuaderno Principal No. 5 y Folios 6 y siguientes del Cuaderno Principal N° 6).

No obstante, los documentos de Terminación que habían sido suscritos por las partes de acuerdo con lo expuesto, la ANI hizo una presentación ante el Tribunal de los mismos, con la aclaración de que resultaban imperiosos algunos cambios al Acuerdo al cual se había llegado, en aras de dar cumplimiento a las previsiones Legales.

Fue así como el entonces director de la ANI, doctor Luis Fernando Andrade, hizo una presentación del Acuerdo de Terminación ante el Tribunal en audiencia del 22 de junio de 2017 (folios 522 y siguientes del Cuaderno Principal 6), en la cual hizo una exposición sobre la ejecución del contrato de Concesión y sobre la filosofía de la fórmula que estaba siendo objeto de revisión.

En cuanto a los aspectos puramente económicos, el doctor Andrade expuso que las restricciones del Acuerdo estaban dadas por los preceptos contenidos en el artículo 48 de la Ley 80 de 1993[480]. De esta forma, según su presentación, solo podría retribuirse al Concesionario por los costos de obras que efectivamente hubieran generado un beneficio al Estado y las restituciones no debían exceder el valor total de los aportes hechos por el Concesionario y los financiadores.

En relación con la fórmula de liquidación, explicó que el Acuerdo se había basado en el Contrato Original para la terminación por mutuo acuerdo en la fase de construcción, lo cual implicaba, en la práctica, el reconocimiento de que no habría ningún tipo de sanción o indemnización para cualquiera de las partes. Tendría que reconocerse, en consecuencia, el valor de las inversiones realizadas (CAPEX, OPEX, fondeos contractuales e intereses) con su respectiva actualización por IPC. La interventoría tendría que verificar y cuantificar las obras, de manera que solo podrían reconocerse aquellas que representaran beneficios para el Estado y hasta concurrencia de los valores de mercado de las respectivas erogaciones.

Las modificaciones que, según la ANI, resultaban imperiosas para poder presentar el Acuerdo de Liquidación como una fórmula conciliatoria ante el presente Tribunal

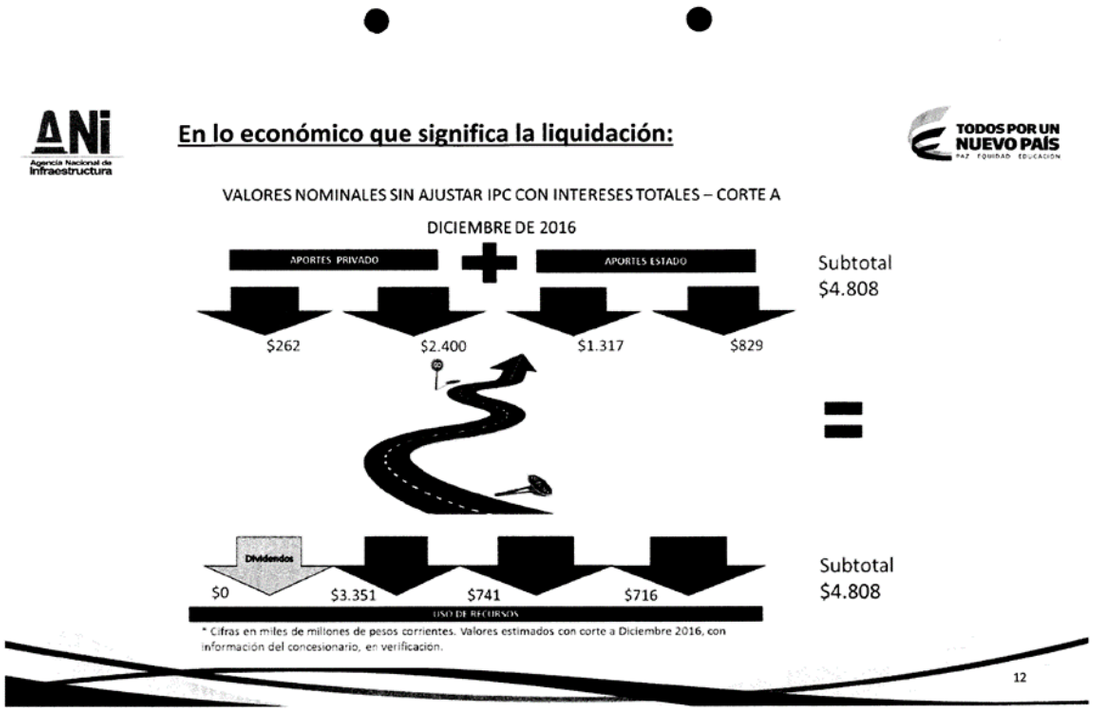
Durante la misma audiencia y de acuerdo con la presentación hecha, el entonces Director de la entidad sostuvo que el Acuerdo de Terminación, tal como había sido presentado al Tribunal, requería de unos ajustes que para la ANI resultaban fundamentales. En resumen:

- No era posible desistir de la pretensión de nulidad del Contrato
- Resultaba necesario modificar la fórmula de manera que la retribución al Contratista no excediera del valor de los aportes
- Había que hacer un ajuste al pago de intereses en el saldo de la deuda

En lo económico, Andrade comenzó por presentar lo que representaba la liquidación del Contrato, para lo cual expuso que debía partirse de que los *aportes* tanto privados como estatales debían estar correspondidos con unos *usos*. La lógica de esta premisa es que existían unas fuentes ciertas de financiación del Contrato y, en tal medida, los "usos", que no son otra cosa que los recursos efectivamente erogados, debían corresponder a tales fuentes.

[480]Para ese momento ni siquiera había sido expedida la Ley 1882 de 2018

En las gráficas de la presentación que hizo la ANI, esta premisa se ve desarrollada así. Las cifras del primer cuadro se expresan en pesos nominales:



La anterior gráfica muestra unos valores ligeramente distintos de los que aparecen en el Acuerdo de Terminación, pero son comprensibles y, sobre todo, sustentables desde la perspectiva de que el Anexo 2 a tal Acuerdo tenía unas cifras meramente indicativas y pendientes de verificación por parte de la interventoría. También muestra unas cifras que no se veían reflejadas en el Anexo, como lo son el valor de los aportes de capital hechos por la Concesionaria y el monto del capital de la deuda con los bancos, pero que a juicio de Andrade eran importantes para explicar las modificaciones requeridas.

Así, en el extremo superior de la gráfica pueden advertirse, en el lado izquierdo, los Aportes Privados (Constituidos por Capital y Deuda) y al lado derecho los Aportes del Estado hechos hasta el momento de la terminación (Vigencias futuras y peajes):

APORTES PRIVADOS + APORTES ESTATALES = X

(Capital + Deuda) + (Vigencias Futuras + Peajes) = X

(262+2.400)+(1137+829)=4.808

**Cifras expresadas en valores nominales*

Las cifras nuevas que aparecen en el cuadro corresponden a 262, que equivale a los aproximadamente 262.000 Millones que fueron aportados al capital de la Concesionaria y la suma de 2.400 corresponde a los 2.4 Billones de pesos que fueron prestados por los bancos para financiar el proyecto. Al momento de hacer el ejercicio y teniendo en cuenta que no se habían presentado fuentes de recursos distintas de las anteriores, la conclusión fue que la Concesionaria había recibido 4.8 Billones de pesos para desarrollar el proyecto. La gráfica no mostraba los fondeos contractuales, dado que las fórmulas para su cuantificación y reconocimiento no alteraban lo que la ANI pretendía demostrar en su afán de incluir modificaciones a la fórmula de liquidación.

Ahora bien, en la parte inferior de la gráfica pueden advertirse los "usos" dados a los recursos por concepto de dividendos repartidos por la Concesionaria, el valor del CAPEX, el valor del OPEX y los intereses pagados a los bancos:

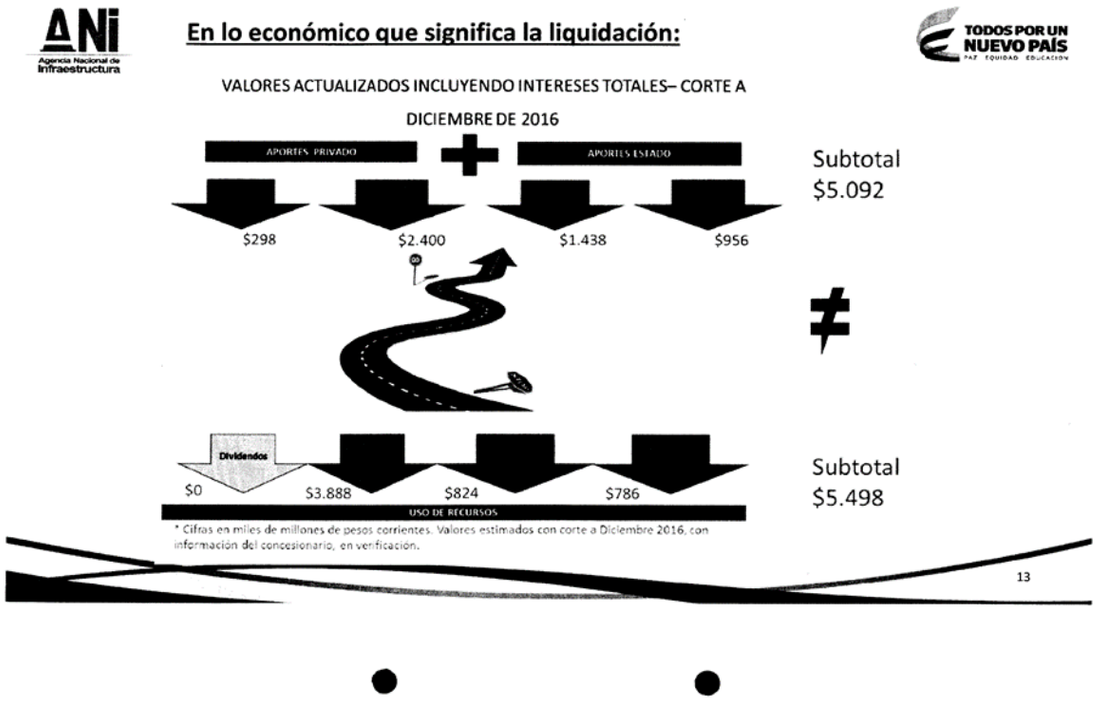
USOS= X

(Dividendos + CAPEX+ OPEX+Intereses) = X

(0+3.351+741+716)=4.808

*Cifras expresadas en valores nominales

Como puede observarse, los resultados de los Aportes coinciden exactamente con el resultado de los Usos en la fórmula anterior. En ambos lados de la fórmula el resultado es de 4.8 billones. No obstante lo anterior, al hacer el ajuste de las cifras anteriormente expuestas para expresarlas en pesos de 2016, la fórmula se desequilibraba de manera que los *usos*, que eran los que determinaban los valores a reconocerle a la Concesionaria, terminaban siendo mayores que los *aportes* provenientes de los recursos de capital y deuda, lo cual para la ANI representaba un contrasentido. La presentación de la entidad evidenció esta premisa así:

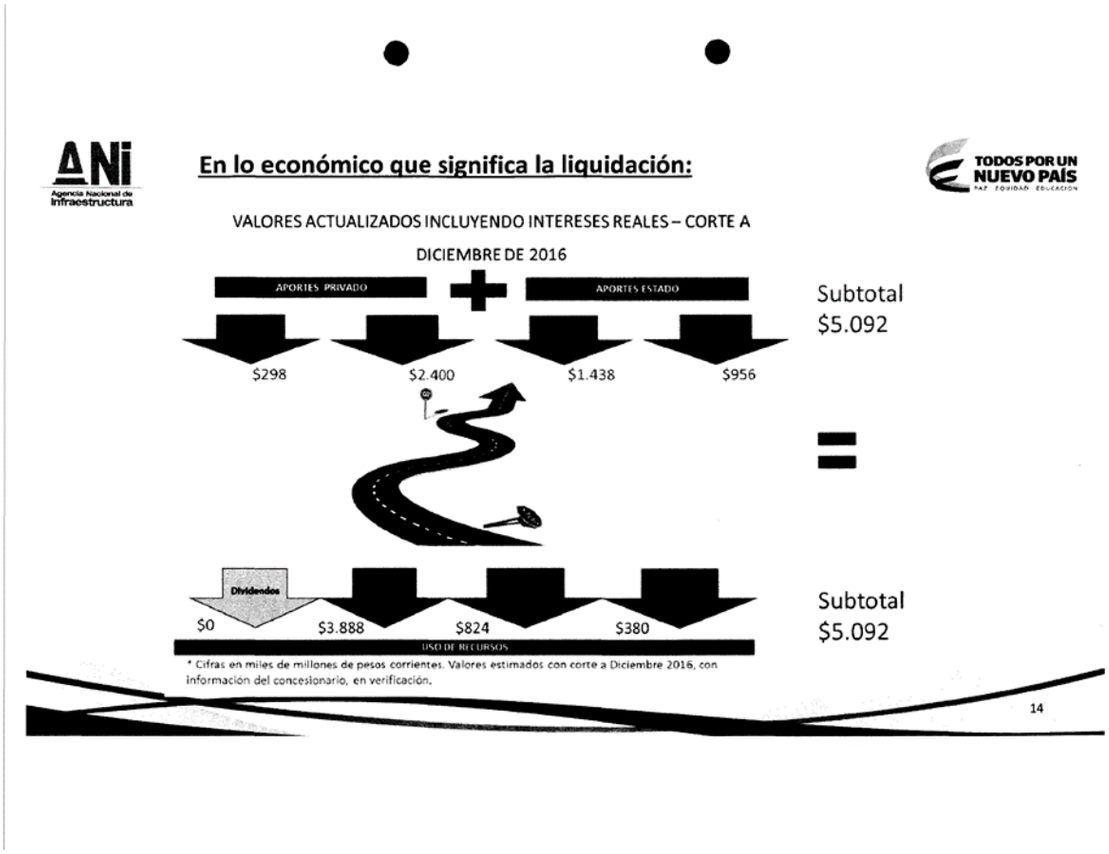


8

Como se advierte, al ajustar las cifras del cuadro y traerlas a pesos de diciembre de 2016, todo de acuerdo con la exposición hecha por Andrade, se producía un desbalance en la fórmula que se traducía en que la ANI podía terminar reconociendo unos "usos" equivalentes a $5.498 billones que resultaban mayores que la totalidad de los Aportes hechos equivalentes a $5.092 billones, entendidos estos últimos como la sumatoria de capital, deuda, peajes y vigencias futuras. Como se ve, las cifras ajustadas tienen una diferencia de más de $400.000 millones de pesos corrientes de diciembre de 2016.

Para Andrade, lo cual puede advertirse en la transcripción de la audiencia, la diferencia la estaría generando la actualización por inflación de los intereses debidos a los bancos, por cuanto a los mismos resulta inherente un componente de actualización que se estaría reconociendo dos veces en la fórmula al hacer el respectivo ajuste inflacionario a unas sumas que ya tenían implícito dicho componente.

Por ello, según el entonces director de la Entidad en su presentación, lo que había que hacer era eliminar el ajuste por inflación de los intereses y, al hacerlo, ya calzaban de manera perfecta el valor de los *aportes* con el valor de los *usos,* tal como lo mostró en su presentación:



Lo anterior suponía hacer un ajuste a los intereses de la deuda, de manera que se eliminara el efecto de la doble contabilización del componente inflacionario, los cuales, en los términos de las dos últimas gráficas, tenían que pasar de $786 mil millones de pesos a $380.000 millones de pesos.

La negativa de la CRS a aceptar las modificaciones propuestas por la ANI

En la misma audiencia, el doctor Ángel Castañeda, en representación de la Concesionaria, advirtió sus discrepancias con las modificaciones que estaban siendo propuestas por la ANI.

En consecuencia, solicitaron al Tribunal la suspensión del proceso en aras de discutir a fondo las desavenencias en la fórmula de liquidación sobre la cual habían trabajado.

Finalmente, mediante Auto N° 56 contenido en el Acta N° 45 (fl. 556 del Cuaderno Principal N° 6), el Tribunal declaró fallida la conciliación entre las partes, ante la evidente falta de acuerdo entre las mismas.

Lo anterior determinó un esfuerzo probatorio a partir de ahí, de las partes y del Tribunal, para encontrar una fórmula que determinara las restituciones que podrían tener lugar ante la eventual declaratoria de nulidad del contrato.

II. LOS DICTAMENES PERICIALES PRESENTADOS POR LA SOCIEDAD NORBERTO ODEBRECHT

2.1. El dictamen pericial elaborado por la firma BDO Audit S.A. sobre la liquidación del Contrato de Concesión No. 0001 de 2010.

Por solicitud de la Construtora Norberto Odebrecht S.A., la Firma BDO Audit S.A. (en adelante "BDO") elaboró un dictamen pericial[481] que tuvo como objetivo establecer el valor de la liquidación

[481] Se encuentra en los folios 51 a 120 del Cuaderno de Pruebas No. 194.

del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, a partir de los registros contables de la Concesionaria. Este dictamen fue remitido a la referida sociedad el día 4 de abril de 2018, cuando ya había sido expedida la Ley 1882 de 2018. Como veremos en detalle, la referida Ley incluyó una disposición, el artículo 20, potencialmente aplicable a este caso dado su carácter retroactivo.

Para cumplir con ese objetivo, la firma BDO Audit S.A. contestó cada una de las preguntas hechas por la Construtora Norberto Odebrecht S.A. No obstante, primero señaló la experiencia e idoneidad con la que contaba para elaborar el dictamen pericial a ella encomendado. Así, señaló los clientes a los cuales había prestado sus servicios de auditoría forense (peritajes), interventoría, revisoría fiscal, entre otros, y los procesos arbitrales en los que había intervenido. De igual manera, describió la hoja de vida y la experiencia del experto designado por la firma para realizar el dictamen pericial: Javier Orlando Monsalve Rodríguez, así como de los demás profesionales que formaron parte del grupo de trabajo que participó en la realización del peritaje.

A continuación, el Tribunal hará un breve recuento de las respuestas dadas por BDO a las preguntas hechas por la Construtora Norberto Odebrecht S.A., en relación con la fórmula de liquidación del Contrato de Concesión.

Primera pregunta. Sírvase indicar cuáles fueron las fuentes de información que el FTI consideró necesarias para la elaboración de su Dictamen Pericial.

A esta pregunta BDO contestó que la información utilizada para emitir el dictamen fue suministrada por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., dentro de la cual se encontraban, entre otros: i) registros contables generados por el sistema de información desde el año 2010 hasta el año 2017; ii) datos de contabilidad y soportes físicos contables desde el año 2010 al año 2017 correspondientes a comprobantes de egreso, facturas de compra, pólizas de seguro; iii) estados financieros del año 2010 al año 2016 certificados y dictaminados; iv) estados financieros certificados del año 2017; v) Facturas físicas del contratista EPC CONSOL; vi) liquidación mes a mes de las Nóminas; vii) actas de Terminación de Hito y de Recaudo de Peajes; viii) informes mensuales y certificaciones expedidos por Fiduciaria Corficolombiana; ix) Resoluciones de pago emitidas por la ANI; facturas de fondeos contractuales.

Segunda pregunta. Sírvase indicar si la contabilidad de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. se lleva en forma legal y si la misma cumple con las normas y principios de contabilidad generalmente aceptados en Colombia y demás normas técnicas contables que le sean aplicables.

BDO contestó que la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. había llevado su contabilidad y preparado sus estados financieros correspondientes a los años 2010, 2011, 2012, 2013 y 2014 con observancia de los principios contables consagrados en el Decreto 2649 de 1993. Así mismo, que dichos estados financieros habían sido preparados de acuerdo con las normas de carácter técnico contable previstas en el Decreto 2649 de 1993.

Ahora bien, respecto de los estados financieros de los años 2015, 2016 y 2017 adujo que se habían llevado de conformidad con las Normas de Información Financiera previstas en la Ley 1314 de 2009, reglamentada por el Decreto 2420 de 2015.

Tercera pregunta. Sírvase indicar si los estados financieros de la Concesionaria Ruta del Sol han sido preparados y certificados por la administración y si éstos se encuentran debidamente auditados y dictaminados por parte de la Revisoría Fiscal.

BDO indicó que los estados financieros de 31 de diciembre de 2010 al 31 de diciembre de 2016 de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., fueron preparados y certificados por la administración de la Compañía.

Efectivamente, señaló que los dictámenes emitidos por el revisor fiscal para los años 2010 a 2015 fueron dictaminados con una opinión sin salvedades. Para la vigencia terminada al 31 de diciembre

de 2016, por su parte, resaltó que el revisor fiscal emitió su dictamen manifestando abstención en su opinión.

Adviértase que frente a los estados financieros con corte al 31 de diciembre de 2017, BDO afirmó que se encontraban en proceso de revisión por parte de la revisoría fiscal y que a la fecha de cierre del dictamen pericial, se desconocía el resultado de su opinión.

Cuarta Pregunta. Sírvase indicar, de acuerdo con su conocimiento y experiencia en materia técnico-contable, qué implicaciones tiene la abstención de opinión por parte del Revisor Fiscal sobre los estados financieros al cierre del año 2016.

BDO contestó que el revisor fiscal PWC, en su dictamen del 9 de marzo de 2018, presentó al corte del 31 de diciembre de 2016 abstención de opinión, al tiempo en que manifestó no serle posible obtener evidencia de auditoría suficiente y apropiada para emitir una opinión sobre los estados financieros. Este hecho de que no existiera una opinión del revisor fiscal sobre los estados financieros al corte del 31 de diciembre de 2016, para BDO implica que la información financiera podría verse inmersa en posibles errores materiales que afecten su razonabilidad.

BDO indicó que, ante tal hecho, había adelantado procedimientos *"para mitigar el posible impacto de circunstancias no previstas en los estados financieros y que pudieran afectar el alcance"*[482] de sus procedimientos de revisión y validación de la información contable de la Compañía. En efecto, afirmó que había efectuado una revisión documental de los soportes que respaldaban dicha información contable.

Por su parte, a pesar de que no se lo habían preguntado, BDO señaló que "*el valor determinado del CAPAEX y OPEX para el año 2016 según el acuerdo de liquidación y terminación ascendía a $612.811.119491 a precios corrientes ($650.853.341.329, a precios constantes)"* (sic).

Quinta pregunta. Sírvase verificar si los registros contables de ingresos, costos y gastos y demás cuentas de la Concesionaria Ruta del Sol son idóneos para determinar el valor del componente AR pactado en la fórmula de liquidación del Acuerdo de Terminación y Liquidación suscrito el 22 de febrero de 2017 (el "Acuerdo de Terminación y Liquidación").

BDO confirmó que con base en su verificación de los registros contables de la Concesionaria, así como en los estados financieros preparados y certificados por la Administración de esa compañía, se podían determinar los valores de cada uno de los conceptos que forman parte integral de la variable AR, que hace parte de la fórmula de liquidación del Acuerdo de terminación y liquidación del 22 de febrero de 2017.

Sexta pregunta. Sírvase verificar si los registros contables de ingresos, costos y gastos y demás cuentas de la Concesionaria Ruta del Sol son idóneos para determinar el valor de "los costos, las inversiones y los gastos ejecutados por el contratista, incluyendo los intereses, en virtud del cumplimiento del objeto contractual", tal y como lo prescribe el parágrafo 1 del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018.

BDO contestó que los registros contables de la Concesionaria reflejaban su situación financiera y, por lo mismo, eran una fuente idónea para determinar el valor de cada uno de *"los conceptos definidos de costos, inversiones y gastos ejecutados por la Concesionaria, al igual que para determinar los intereses realizados"*[483].

Con todo, BDO aclaró que los estados financieros del año 2017 no estaban dictaminados y que para el corte del 29 de febrero de 2018 se generaron los valores de los costos, inversiones gastos e intereses a partir de un balance de prueba del sistema Oracle.

Séptima Pregunta. Sírvase indicar, de acuerdo con los términos establecidos en el Acuerdo de Terminación y Liquidación, qué fecha de referencia tuvo en cuenta para la elaboración de su dictamen y qué documentación soporte se tiene entre la ANI y la Concesionaria Ruta del Sol para su determinación.

[482] Ver folio 82 del Cuaderno de Pruebas No. 194.
[483] Ver folio 83 del Cuaderno de Pruebas No. 194.

BDO indicó que a la fecha de la elaboración del dictamen no se había establecido formalmente entre la ANI y la Concesionaria la fecha de reversión. No obstante, comoquiera que el 20 de octubre de 2017 la Concesionaria había cumplido con la orden de la ANI de proceder con la reversión y entrega de la infraestructura asociada con la ejecución del Contrato de Concesión, fue esa fecha la que tomó de referencia para la elaboración de su dictamen.

Sin embargo, dejó claro que comoquiera que la Concesionaria había continuado incurriendo en costos y gastos, aún después del 20 de octubre de 2017, había *"complementado la información del valor determinado en la fórmula de liquidación con corte al 28 de febrero de 2018"*[484].

Octava Pregunta. Sírvase indicar qué fecha de referencia tuvo en cuenta para determinar el valor de "los costos, las inversiones y los gastos ejecutados por el contratista, incluyendo los intereses en virtud del cumplimiento del objeto contractual", tal y como lo prescribe el parágrafo 1 del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018.

BDO explicó que la determinación de los costos, inversiones y gastos, incluyendo los intereses en los que incurrió la Concesionaria, se realizó con base en la información contable disponible al corte del 28 de febrero de 2018.

Novena Pregunta. Sírvase indicar, acorde con las definiciones establecidas en el Anexo No. 2 del Acuerdo de Terminación y Liquidación, cuáles son los conceptos que conforman la variable AR de la fórmula de liquidación.

BDO indicó que, de conformidad con el Anexo 2, los costos asociados a las actividades realizadas por la Concesionaria incluían los siguientes conceptos:

i) CAPEX (*Capital Expenditure*) compuesto por el valor de los estudios de trazado y diseño geométrico, los estudios de detalle que haya ejecutado, la intervención Prioritaria del Sector, el estudio del impacto ambiental, los costos de licencia ambiental, de la implementación del estudio de impacto ambiental, el levantamiento de información predial, gestión y adquisición de predios no incluidos en fondeos contractuales, la gestión social, las obras de construcción, rehabilitación y mejoramiento efectuadas por el Contratista EPC, verificadas y avaladas por el interventor.

ii) OPEX (*Operating Expense*) compuesto por los costos de operación y mantenimiento, los gastos administrativos, los gastos de impuestos y otros.

iii) Intereses que incluyen los intereses pagados y los intereses causados y no pagados.

iv.) Fondeos contractuales: fondeos de las subcuentas (Predial, Interventoría, Supervisión área y divulgación, estudios y obras, interventoría Río Oro-Gamarra, Divulgación Río de Oro-Gamarra).

Décima Pregunta. Sírvase indicar, desde el punto de vista contable, si los conceptos que conforman la variable AR de la fórmula de liquidación pactada en el Acuerdo de Terminación y Liquidación pueden clasificarse bajo los conceptos de costos, intervenciones y gastos, incluyendo intereses, que se mencionan en el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018.

Según BDO, los conceptos que se incorporan en la variable AR corresponden al CAPEX, OPEX, Fondeos contractuales e Intereses, los cuales, en su opinión, se clasifican contablemente como costos, gastos o activos necesarios para la ejecución del Proyecto. En definitiva, afirmó que *"los conceptos que conforman la variable AR sí pueden agruparse bajo los rubros de costos, gastos e inversiones que menciona el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018"*[485].

Décimo Primera pregunta. Sírvase verificar si la base de cálculo del OPEX (Operating Expense) fue validada con base en la información financiera certificada por la Administración de la Concesionaria Ruta del Sol al finalizar cada periodo contable objeto del peritaje.

BDO respondió afirmativamente a esta pregunta. En consecuencia, afirmó que las cifras que conforman el concepto OPEX establecida en la fórmula de liquidación del Acuerdo, eran validadas

[484] Ver folio 84 del Cuaderno de Pruebas No. 194.
[485] Ver folio 85 del Cuaderno de Pruebas No. 194.

al corte de cada uno de los años terminados al 31 de diciembre de 2010 al 2017 y al 28 de febrero de 2018, como periodo intermedio.

Décimo Segunda Pregunta. Según los registros y soportes contables de la Concesionaria Ruta del Sol y demás documentación que estime pertinente verificar, sírvase indicar a qué corresponde y a cuánto asciende el OPEX en los siguientes periodos (i) 1 de enero de 2010 al 20 de octubre de 2017 y (ii) 1 de enero de 2010 al 28 de febrero de 2018 (los "Periodos de Cálculo").

Para calcular el OPEX en esos periodos, BDO primero explicó que había excluido de la totalidad de los costos y gastos, aquellos asociados a contratos que eran/son objeto de investigación judicial, con el fin de no contaminar la base utilizada para el cálculo del CAPEX y el OPEX. Después, procedió a clasificar y separar los conceptos no asociados al OPEX, es decir, i) los costos y gastos relacionados con el CAPEX[486]; ii) la depreciación y amortización según lo establecido en el Acuerdo; iii) los costos y gastos que no guardaban relación de causalidad con el objeto contractual; iv) los costos y gastos relacionados con los usos de los fondeos contractuales.

Finalmente, indicó que dentro del OPEX incluyó el valor correspondiente al valor pagado de las pólizas de seguro y la comisión del Contrato, que habían sido registrados como activos diferidos.

Así las cosas, indicó que el valor del OPEX para el periodo entre el 1 de enero de 2010 al 20 de octubre de 2017 había sido equivalente a $735.528.176.121, en pesos corrientes. Mientras que para el periodo del 1 de enero de 2010 al 28 de febrero de 2018, había sido igual a $756.431.549.488, en pesos corrientes. Al actualizar dichas sumas a pesos de febrero de 2018, BDO concluyó que éstas eran equivalentes a $851.923.381.738 (para el periodo entre el 1 de enero de 2010 al 20 de octubre de 2017) y a $873.128.209.873 (para el periodo del 1 de enero de 2010 al 28 de febrero de 2018).

Décimo tercera pregunta. Según los registros y soportes contables de la Concesionaria Ruta del Sol y demás documentación que estime pertinente verificar, sírvase indicar a qué corresponde y a cuánto asciende el CAPEX (Capital Expenditures) en los Periodos de Cálculo.

Una vez descritos los conceptos que hacían parte del CAPEX, según el Anexo 2 del Acuerdo de Terminación y Liquidación suscrito entre las Partes del Contrato de Concesión, BDO afirmó que de acuerdo con la información financiera de la Concesionaria, identificó los conceptos clasificados como CAPEX correspondientes a las facturas de venta del EPC-CONSOL por concepto de ejecución y avance de obra, intervención prioritaria y los demás costos y gastos asociados con los conceptos de estudios y diseños, estudio ambiental, gestión de predios y gestión social por cada uno de los periodos.

En ese orden de ideas, BDO concluyó que, para el periodo del 1 de enero de 2010 al 20 de octubre de 2017, el total del CAPEX fue de 3.575.101.283.122. Por su parte, para el periodo del 1 de enero de 2010 al 28 de febrero de 2018, el CAPEX fue de $3.575.700.029.977.

Ahora bien, al actualizar dichos valores a febrero de 2018, BDO puntualizó que el resultado del CAPEX para el periodo del 1 de enero de 2010 al 28 de febrero de 2018 fue de $4.296.897.464.138; y para el periodo del 1 de enero de 2010 al 20 de octubre de 2017, el CAPEX fue de $4.186.781.392.382.

Décimo Cuarta Pregunta. Con base en los registros contables y demás documentación soporte suministrada por la Concesionaria Ruta del Sol, sírvase indicar a cuánto ascienden los siguientes conceptos en los periodos de cálculo:

a.) Intereses corrientes pagados (sin tener en cuenta los aportes de capital ni la deuda subordinada aportada por los accionistas de la Concesionaria)

[486] Estudios y diseños, estudio ambiental, gestión de predios y gestión social

En primer lugar, BDO indicó que los intereses por concepto de deuda financiera se derivaban del crédito sindicado del 25 de noviembre de 2010, el cual se había tomado con siete bancos[487], en cuya estructuración participó Corficolombiana (como agente estructurador) y el Helm Bank (como agente de crédito). Los intereses debían pagarse a trimestre vencido.

Para hallar el valor de los intereses corrientes pagados, BDO dijo haberse basado en la contabilidad de la Concesionaria y en las certificaciones expedidas por cada uno de los siete bancos. Usando esa información de manera independiente, BDO calculó el valor de los intereses corrientes pagados, primero para el periodo del 1 de enero de 2010 al 20 de octubre de 2017 y después, para el periodo del 21 de octubre al 28 de febrero de 2018.

El resultado de sus cálculos fue el siguiente:

- *Respecto al periodo del 1 de enero de 2010 al 20 de octubre de 2017*:

De conformidad con las certificaciones bancarias, BDO afirmó que el valor de los intereses corrientes pagados ascendía a la suma de $645.570.740.424 en pesos corrientes, que en pesos constantes a febrero de 2018 equivalían a $737.183.029.054.

En el mismo periodo, pero con base en la contabilidad de la Concesionaria, BDO indicó que el valor de los intereses corrientes pagados era de $644.186.346.169 a pesos corrientes, que en pesos constantes a febrero de 2018 equivalían a $736.762.706.63.

- *Frente al periodo entre el 21 de octubre de 2017 al 28 de febrero de 2018:*

De conformidad con las certificaciones bancarias, BDO afirmó que el valor de los intereses corrientes pagados ascendía a la suma de $300.999.139.516 en pesos corrientes, que en pesos constantes a febrero de 2018 equivalían a $305.031.248.983.

Con base en la contabilidad de la Concesionaria, BDO obtuvo los mismos resultados.

b.) Los intereses corrientes causados y no pagados por el servicio de la deuda con los prestamistas (sin tener en cuenta los aportes de capital ni la deuda subordinada aportada por los accionistas de la Concesionaria)

Para determinar el valor de los intereses corrientes causados pero no pagados, BDO siguió la misma metodología que usó para establecer el valor de los intereses corrientes pagados por parte de la Concesionaria. En efecto, calculó el valor de los intereses no pagados en el periodo del 1 de enero de 2010 al 21 de octubre de 2017 primero con base en las certificaciones bancarias y después a partir de la contabilidad de la Concesionaria. A continuación, hizo lo mismo pero para el periodo del 21 de octubre de 2017 al 28 de febrero de 2018.

El resultado de sus cálculos fue el siguiente:

- *Respecto al periodo del 1 de enero de 2010 al 20 de octubre de 2017*:

BDO expuso que, según las certificaciones de los bancos, el valor de los intereses corrientes causados y no pagados era de $265.822.605.245 pesos corrientes, que equivalía a $272.297.390.001 en pesos constantes de febrero de 2018.

Ahora, con base en la contabilidad de la Concesionaria, adujo que los intereses corrientes causados y no pagados eran iguales a $266.950.592.286 en pesos corrientes, que en pesos constantes a febrero de 2018 equivalían a $274.861.213.894.

- *Para el periodo entre el 1 de enero al 28 de febrero de 2018*

[487] Los siete bancos eran Banco de Bogotá, Bancolombia, Banco de Occidente, Banco Popular, Banco Avvillas, Banco Corpbanca (hoy Itaú), Banco Davivienda.

Para este periodo, BDO señaló que el valor de los intereses corrientes causados y no pagados por el servicio de la deuda con los prestamistas era de $28.019.228.279 pesos corrientes según la contabilidad de la Concesionaria, únicamente. Lo anterior, pues BDO dijo que no contaba con las certificaciones bancarias para ese periodo.

Décimo Quinta Pregunta. Sírvase indicar cuáles entidades financieras otorgaron el crédito sindicado sobre el cual se han causado y pagado intereses corrientes por la Concesionaria Ruta del Sol. En adición a ello sírvase indicar:

a.) Si los intereses causados y no pagados en los períodos de Cálculo se encuentran debidamente certificados por las entidades financieras

BDO contestó que los intereses causados y no pagados fueron certificados por las siguientes entidades financieras: Bancolombia, Banco de Occidente, Banco Popular, Banco AV Villas, Banco Davivienda, Banco ITAU (antes Corpbanca) y el Banco de Bogotá.

b.) Si las certificaciones bancarias emitidas por cada Entidad Financiera se encuentran suscritas por el Representante de cada una de ellas

BDO respondió afirmando que las certificaciones bancarias se encontraban suscritas por el representante legal de las entidades financieras que componen el crédito sindicado.

c.) Si las certificaciones bancarias emitidas por cada una de las Entidades Financieras presentan el valor detallado por tipo de crédito y por concepto de intereses causados y no pagados.

BDO indicó que existían tres (3) tipos de certificaciones bancarias emitidas por las entidades financieras: i) intereses pagados (certificaciones al 20 de octubre de 2017); ii) intereses causados y no pagados (certificaciones al 20 de octubre de 2017) y; iii) intereses pagados de los intereses causados y no pagados (certificaciones del 22 de diciembre de 2017).

Así mismo, confirmó que todas las certificaciones bancarias estaban detalladas de manera trimestral y en algunos casos mensual. Por último, que en las mismas se precisaba el tipo de crédito para los intereses causados y no pagados así: corto plazo, largo plazo, moneda extranjera.

Décimo Sexta Pregunta. Con fundamento en los registros y soportes contables de la Concesionaria Ruta del Sol y demás documentación pertinente verificar, sírvase indicar a qué corresponde y a cuánto asciende el valor de los Fondeos Contractuales en los Periodos de Cálculo.

En primer lugar, BDO resaltó que los fondeos contractuales realizados en virtud del Contrato de Concesión, fueron asignados a la Fiduciaria Corficolombiana en las siguientes cinco subcuentas: i) Predial; ii) Interventoría; iii) Supervisión Aérea; iv) Divulgación y v) Estudios y Obras.

A continuación, indicó que para obtener el valor de los fondeos contractuales había tenido en cuenta únicamente los fondeos que realizó la Concesionaria y no los que hizo la ANI. Lo anterior, con excepción de valor de los sobrecostos por adquisición de predios que superaban el 120% de predios, los cuales habían sido pagados por la ANI (mediante resoluciones). En efecto, explicó que esos sobrecostos sumaban al AR y luego se restaban en el valor de la fórmula en el componente de Aportes, por lo que su efecto en la fórmula era cero.

Pues bien, una vez realizados los cálculos pertienentes, BDO confirmó que, para el periodo entre 1 de enero de 2011 al 20 de octubre de 2017, el valor total de los fondeos realizados por la Concesionaria más el valor de los pagos realizados por la ANI por concepto de sobrecostos en la adquisición de predios era el siguiente:

Cifras expresadas en pesos corrientes

Concepto	Certificaciones	Contabilidad CRDS
Fondeos Contractuales	240.116.622.962	240.116.622.908
Pagos ANI - Sobrecostos Predios	128.830.159.890	128.830.159.890
Total	**368.946.782.852**	**368.946.782.798**

Tabla No. 37 - Fondeos Contractuales - Certificaciones Fiduciaria - Resoluciones ANI
Fuente: Certificaciones Fiduciaria Corficolombiana y Resoluciones de pago de la ANI

Ahora bien, para el periodo del 1 de enero de 2011 al 28 de febrero de 2018, BDO afirmó que las cifras y respuestas eran exactamente iguales a las obtenidas frente al periodo anterior. Lo anterior, dado que no se habían efectuado fondeos a ninguna subcuenta por parte de la Concesionaria ni por concepto de sobrecostos en la adquisición de predios.

No obstante, de manera contradictoria, a continuación, expuso el siguiente cuadro, en donde se evidencia que, salvo error de transcripción, en realidad sí parece haber una diferencia en los valores correspondientes a las Certificaciones de la Fiduciaria Corficolombiana, para cada uno de los periodos. Veamos:

Cifras expresadas en pesos corrientes

PERIODO	CERTIFICACIONES	CONTABILIDAD CRDS
Del 1 de enero de 2010 al 20 de octubre de 2017	368.946.782.852	368.946.782.798
Del 21 de octubre de 2017 al 28 de febrero de 2018	404.467.548.107	368.946.782.852

Tabla No. 43 - Fondeos Contractuales - Certificaciones Fiduciaria - Resoluciones ANI
Fuente: Certificaciones Fiduciaria Corficolombiana y Resoluciones de pago de la ANI

Luego sostiene que el resultado validado para los valores de los fondeos contractuales y de los pagos de la ANI por sobrecostos en la adquisición de predios, a precios constantes de febrero de 2018, es el que se presenta a continuación:

Cifras expresadas en pesos corrientes

AÑO	PESOS CORRIENTES	PESOS CONSTANTES
2010	43.621.978.858	58.324.293.473
2011	65.726.972.442	84.723.729.318
2012	53.614.703.312	67.466.686.666
2013	56.211.095.765	69.393.431.173
2014	56.784.178.532	67.626.760.569
2015	50.783.220.646	56.644.526.176
2016	42.204.633.297	44.517.345.961
2017	-	-
2018	-	-
TOTAL	**368.946.782.852**	**448.696.773.336**

Tabla No. 46 Indexación fondeos contractuales CDRS Y pagos ANI - Sobrecostos adquisición predios mayores al 120%
Fuente: Resoluciones ANI y Cálculos internos

Pregunta Décimo Séptima. Sírvase indicar, acorde con las definiciones establecidas en el Anexo No. 2 del Acuerdo de Terminación y Liquidación y su modificatorio No. 01, cuáles son los conceptos que conforman la variable Aportes establecida en la fórmula de liquidación.

BDO contestó que los conceptos que conforman la variable de aportes eran: i) el pago por avances de obra trasladados a la cuenta de aportes Concesionaria; ii) los rendimientos financieros por traslados a la cuenta de aportes Concesionaria y iii) las cuentas pagadas a la Concesionaria por sobrecostos en la adquisición de predios.

Pregunta Décimo Octava. Sírvase indicar, según los registros y soportes contables de la Concesionaria Ruta del Sol y demás documentación que estime pertinente verificar, a cuánto ascienden los traslados por avance de obra mencionados en la variable aportes de la fórmula de liquidación para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2010 y el 20 de octubre de 2017 y el 20 de octubre de 2018.

Una vez analizados los registros contables de la Concesionaria y después de haberlos validados con las actas de terminación de Hitos y extractos del informe de la Fiduciaria, BDO concluyó que el

valor de la variable Aportes de la fórmula de liquidación para los periodos mencionados en la pregunta era el siguiente, a pesos constantes de febrero 28 de 2018:

Cifras expresadas en pesos corrientes

AÑO	PESOS CORRIENTES	PESOS CONSTANTES
2010	0	0
2011	0	0
2012	107.533.863.879	135.693.482.508
2013	135.402.321.015	167.998.424.493
2014	209.861.721.413	251.804.025.230
2015	251.595.456.664	286.744.792.493
2016	541.000.439.308	577.920.647.800
Al 2017-10-20	0	0
Del 2017-10-21 al 2018-02-28	0	0
TOTAL GENERAL	**1.245.393.802.279**	**1.420.161.372.524**

Tabla No. 48 - Actas de terminación de Hitos a precios corrientes y constantes _____
Fuente: Actas De Terminación De Hitos

Pregunta Décimo Novena. Sírvase indicar, según los registros y soportes contables de la Concesionaria Ruta del Sol y demás documentación que estime pertinente verificar, a qué corresponde y a cuánto asciende el valor de los rendimientos financieros que fueron traslados a la cuenta de aportes de la Concesionaria para los periodos establecidos.

Para determinar el valor de los rendimientos financieros que fueron traslados a la cuenta de aportes de la Concesionaria para el periodo del 1 de enero de 2010 al 20 de octubre de 2017, BDO explicó que había tomado: i) dos certificaciones emitidas por la Fiduciaria Corficolombiana y ii) los registros contables de la Concesionaria. Dicha documentación reflejaba lo siguiente:

Cifras expresadas en pesos corrientes

AÑO	Certificaciones Corficolombiana	Registros Contables CRDS
2011	573.710.229	0
2012	6.885.434.421	0
2013	14.712.717.502	6.885.434.423
2014	53.527.454.955	14.712.717.502
2015	0	0
2016	104.964.575.037	53.527.454.956
Al2017-10-20	77.224.537.249	144.641.869.693
Total	**257.888.429.393**	**219.767.476.574**

Tabla No. 49 - Comparativo Rendimientos financieros - vigencias futuras

Pues bien, BDO dijo que, según certificación de la Fiduciaria Corficolombiana, el valor de los rendimientos financieros de vigencias futuras ascendía a $257.862.383.891. Nótese que BDO indicó que toda vez que el corte correspondía al 20 de octubre de 2017, no se habían incluido los rendimientos financieros de las vigencias futuras de los meses de noviembre y diciembre de 2017.

Ahora bien, frente al periodo del 21 de octubre de 2017 al 28 de febrero de 2018, BDO indicó que, según certificaciones de la Fiduciaria Corficolombiana, el valor de los rendimientos financieros traslados fue de $17.748.958.824. En efecto, explicó que en noviembre de 2017 se había hecho un traslado por $5.740.719.010; que en diciembre de 2017 otro por $4.679.200.592; y, por último, que durante enero y febrero de 2018 se habían hecho dos traslados de rendimientos financieros de vigencias futuras por un valor de $7.329.039.222.

Todo lo anterior, fue ilustrado a través del siguiente cuadro:

Cifras expresadas en pesos corrientes

PERIODO	CERTIFICACIONES CORFICOLOMBIANA	REGISTROS CONTABLES CRDS
Del 1 de enero de 2010 al 20 de octubre de 2017	257.888.429.393	219.767.476.574
Del 21 de octubre de 2017 al 28 de febrero de 2018	17.748.958.824	0
Total	**275.637.388.217**	**219.767.476.574**

Tabla No. 51- Rendimientos financieros - vigencias futuras
Fuente: Registros contables CDRS - Certificaciones Corficolombiana

BDO actualizó el valor total de los rendimientos trasladados, esto es, $275.637.388.217 a precios constantes de febrero de 28 de 2018 y obtuvo el siguiente resultado:

Cifras expresadas en pesos corrientes

AÑO	Certificaciones Corficolombiana a precios corrientes	Registros Contables CRDS a precios corrientes	Certificaciones Corficolombiana a precios constantes	Registros Contables CRDS a precios constantes
2011	573.710.229	0	739.526.991	0
2012	6.885.434.421	0	8.664.366.637	0
2013	14.712.717.502	6.885.434.423	18.163.067.904	8.500.170.887
2014	53.527.454.955	14.712.717.502	63.748.186.092	17.522.018.449
2015	0	0	0	0
2016	104.964.575.037	53.527.454.956	110.716.381.960	56.460.631.086
Al 2017-10-20	77.224.537.249	144.641.869.693	78.259.017.906	146.579.456.136
Total	**257.888.429.393**	**219.767.476.574**	**280.290.547.490**	**229.062.276.557**

Tabla. 52 - Indexación pagos ANI - Sobrecostos adquisición predios mayores al 120%
Fuente: Resoluciones ANI y Cálculos internos

AÑO	Certificaciones Corficolombiana a precios corrientes	Registros Contables CRDS a precios corrientes	Certificaciones Corficolombiana a precios constantes	Registros Contables CRDS a precios constantes
Del2017-10-21al2018-02-28	17.748.958.824	0	17.888.541.471	0
Total	**275.637.388.217**	**219.767.476.574**	**298.179.088.960**	**229.062.276.557**

Tabla No. 53 - Indexación pagos ANI - Sobrecostos adquisición predios mayores al 120%
Fuente: Resoluciones ANI y Cálculos internos

Pregunta Vigésima. Para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2010 y el 20 de octubre de 2017, sírvase indicar a qué corresponde y cuál es el valor de las cuentas pagadas a la Concesionaria por sobrecostos en la adquisición por cuenta de la ANI.

Para el periodo entre el 1 de enero y el 20 de octubre de 2017, BDO afirmó que el valor de los pagos por adquisición de predios que excedieron el 120% fue de $128.830.159.891, de conformidad con los registros contables de la Concesionaria. Según BDO, ese valor corresponde a 35 cuentas de cobro que la Concesionaria le hizo a la ANI y a 24 resoluciones de esta última, por medio de las cuales autorizó los pagos.

BDO actualizó el mencionado valor a precios constantes de febrero de 2018 y obtuvo el siguiente resultado:

Cifras expresadas en pesos corrientes

AÑO	PESOS CORRIENTES	PESOS CONSTANTES
2010	0	0
2011	0	0
2012	25.963.773.312	32.671.816.694
2013	45.909.403.214	56.675.838.974
2014	39.316.066.370	46.823.222.166
2015	17.640.916.994	19.676.999.051
2016	0	0
2017	0	0
2018	0	0
TOTAL	**128.830.159.890**	**155.847.876.885**

Tabla N. 56 - Indexación pagos ANI - Sobrecostos adquisición predios mayores al 120%
Fuente: Resoluciones ANI y Cálculos internos

Pregunta Vigésimo Primera. Sírvase indicar, acorde con las definiciones establecidas en el Anexo No. 2 del Acuerdo de Terminación y Liquidación, cuáles son y a cuánto ascienden los conceptos que conforman la variable Peajes establecida en la fórmula de liquidación.

BDO explicó que los conceptos que conforman la variable "peajes" correspondía a los peajes ubicados en las zonas de: Zambito, Aguas negras, Lagomez, Morrison, Pailitas, Platanal y Gamarra.

De la revisión de los registros contables de la Concesionaria, las Actas de Recaudo de Peajes y los registros de ingreso al Banco, BDO concluyó que el valor de los Peajes asciende a $963.225.748.887, a precios corrientes y a $1.135.142.068.882, a precios constantes. BDO detalló todo lo anterior a partir de la siguiente tabla:

Cifras expresadas en pesos corrientes

AÑO	VALOR SEGUN ACTA RECAUDOS DE PEAJES A PRECIOS CORRIENTES	VALOR SEGÚN ACTA RECAUDOS DE PEAJER A PRECIOS CONSTANTES
2010	56.442.549.770	75.956.192.054
2011	94.612.836.655	123.506.003.908
2012	110.880.417.934	140.240.429.346
2013	135.140.593.805	167.577.956.362
2014	126.364.333.665	152.305.997.290
2015	148.576.635.456	170.405.893.836
2016	157.704.823.500	168.464.654.425
Al 20-oct-2017	133.503.558.101	136.684.941.661
Del 21-oct-2017 al 28-feb-2018	0	0
TOTAL	**963.225.748.887**	**1.135.142.068.882**

Tabla No. 58 - valor actas recaudo de pedajes a precios corrientes y constantes
Fuente: Actas de Recaudo de Peajes

Ver Anexo No. 12 - Validación de las Actas de Recaudo de peajes

Pregunta Vigésimo Segunda. Sírvase indicar a qué corresponde y cuál es la variable Multas establecida en la fórmula de liquidación.

En opinión de BDO, el concepto que conforma la variable de Multas corresponde con las multas en firme impuestas a la Concesionaria y que no hubieren sido descontadas efectivamente de los traslados efectuados en desarrollo del Contrato de Concesión.

Por otro lado, BDO indicó que de la revisión de los registros contables no se habían identificado conceptos de Multas impuestas a la Concesionaria.

Pregunta Vigésimo Tercera. Sírvase indicar cuál fue la metodología empleada para la actualización de los valores establecidos en el dictamen pericial para obtener el valor de liquidación.

En resumen, BDO dijo que *"luego de haber establecido el valor de los costos, las inversiones y los gastos, incluyendo los intereses, se procedió a actualizar estos factores con el índice de precios al consumidor (IPC) histórico desde el momento de su ocurrencia, hasta el mes de la referencia"*[488], es decir, abril de 2018.

Pregunta Vigésimo Cuarta. Sírvase indicar, a manera de conclusión de los cálculos efectuados en su peritaje, lo siguiente:

i. A cuánto ascienden cada una de las variables mencionadas en la fórmula de liquidación pactada en el Acuerdo de Terminación y Liquidación del Contrato de Concesión para los Periodos de Cálculo.

BDO adujo que el siguiente era el resultado obtenido de su análisis, para cada una de las variables que integraban la fórmula de liquidación pactada en el Acuerdo:

Cifras expresadas en pesos corrientes

CONCEPTO FORMULA	VALOR DETERMINADO AL 2017-10-20	VALOR DETERMINADO AL 2018-02-28
AR	5.590.713.180.551	5.674.283.076.281
APORTES	1.593.991.438.743	1.593.991.438.743
PEAJES	956.397.152.234	963.225.748.887
MULTAS	0	0

Tabla No. 59 - Valor de liquidación Según Articulo 20 ley 1882 de 2018.
Fuente: Información financiera a febrero de 2018

ii. Cuál es el valor de liquidación resultante de la fórmula de liquidación pactada en el Acuerdo de Terminación y Liquidación del Contrato de Concesión.

Para responder a esta pregunta, BDO aclaró que se habían presentado diferencias en *"algunos documentos o certificaciones emitidas por terceros frente al saldo contable para los casos de fondeos, peajes, rendimientos financieros e intereses"*[489]. Por ello, explicó que había establecido dos cálculos de la fórmula de liquidación: uno con base en los registros contables de la Concesionara y otro con base en los documentos externos o registros contables, para cada periodo de cálculo.

Así, para el periodo entre el 1 de enero de 2010 al 20 de octubre de 2017 y tomando como fuente los registros contables de la Concesionaria, BDO afirmó que el valor total de la liquidación del Contrato de Concesión era de $3.040.324.589.574 en pesos corrientes y $3.689.956.177.130, en pesos constantes.

Ahora bien, para el mismo periodo, pero tomando como fuente de los cálculos los documentos externos "y/o" registros contables afirmó que el total de la liquidación era de $2.995.631.447.316 en pesos corrientes y $3.615.556.712.487, en pesos constantes.

Por su parte, para el periodo entre el 1 de enero de 2010 y el 28 de febrero de 2018, tomando como fuente los registros contables de la Concesionaria, BDO afirmó que el valor total de la liquidación del Contrato de Concesión era de $3.117.065.888.651 en pesos corrientes y $3.748.929.842.740, en pesos constantes.

Para el mismo periodo anterior, pero tomando como referencia los documentos externos "y/o" registros contables, BDO adujo que el total de la liquidación era de $3.070.081.908.239, en pesos corrientes y $3.658.909.016.521, en pesos constantes.

iii. Cuál es el valor de liquidación resultante de aplicar lo previsto en el parágrafo 1 del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018.

488 Ver folio 113 del Cuaderno de Pruebas No. 194.
489 Ver folio 113 del Cuaderno de Pruebas No. 194.

En opinión de BDO, el valor total de liquidación después de aplicar las reglas previstas en el parágrafo 1 del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 era igual a $2.889.183.802.609 en pesos corrientes, resultado de sumar los siguientes elementos:

Concepto Fórmula	Valor determinado al 18/02/28
Costos, Gastos e Inversiones	5.439.572.393.667
Menos Aportes	1.593.991.438.743
Menos Peajes	956.397.152.234
Total	2.889.183.802.690

Para obtener ese resultado, BDO expuso que, a partir de la información financiera de la Concesionaria, primero validó la integridad y la totalidad de los valores por concepto de costos y gastos y, después, excluyó los costos y gastos identificados en la base de datos como relacionados con terceros y contratos que eran/son objeto de investigación judicial.

Particularmente, adujo que tomó i) los costos y gastos, teniendo en cuenta las depreciaciones y amortizaciones y ii) los conceptos asociados a inversiones, es decir, los activos fijos, activos diferidos e intangibles. Ahora, frente a los valores que disminuyen la base de costos, inversiones y gastos, BDO explicó que consideró: i) la remuneración y pagos recibidos por el contratista por avance de obra; ii) reconocimiento y pago por recaudo de peajes y; iii) pago de los rendimientos financieros.

El perito no se refirió al cálculo de los intereses.

Pregunta Vigésimo Quinta. Sírvase indicar a cuánto ascendía el saldo de la deuda financiera incluidos intereses antes del pago por la ANI a las entidades financieras el día 22 de diciembre.

En opinión de BDO, el saldo de la deuda financiera incluidos los intereses al 30 de noviembre de 2017, ascendía a $2.639.593.878.814, discriminados así:

Concepto	Cuenta Contable	Valor al 30 de noviembre de 2017
Saldo de Capital	210510	2.370.337.365.069
Saldo de Intereses	233505	269.256.513.745
Total Obligaciones Financieras		2.639.593.878.814

Sírvase indicar de acuerdo con lo establecido en el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, cómo se atendería el pago del reconocimiento que deba hacer la ANI a la Concesionaria en el marco de la liquidación y si esta forma de pago generará intereses sobre la deuda financiera que tiene la Concesionaria.

BDO afirmó que, de acuerdo con el plan de pagos que prevé el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, la deuda financiera a cargo de la Concesionaria continuaría generando intereses, los cuales podrían ser disminuidos en proporción al abono de capital que pudieran ser realizados.

La contradicción del dictamen elaborado por BDO

A continuación, el Tribunal se permite hacer un relato de las cuestiones más relevantes de la audiencia de contradicción del perito, llevada a cabo el 2 de mayo de 2018.

Al iniciar la audiencia, el perito manifestó que, en complementación a lo dicho en la parte inicial de su informe, no cuenta con ningún tipo de inhabilidad para rendir su dictamen y que éste fue

elaborado en una forma totalmente independiente. Además, sostuvo que no tiene ningún tipo de relación contractual con Construtora Norberto Odebrecht.

Posteriormente, el apoderado de la ANI le solicitó al perito que aclarara cuáles fueron los procedimientos que utilizó para mitigar el posible impacto derivado del hecho de que los Estados Financieros del año 2016 de la Concesionaria tuvieran una abstención de opinión de la revisoría fiscal y que, por lo mismo, la contabilidad de la Concesionaria pudiera tener posibles errores materiales.

Sobre este aspecto, el perito explicó que había hecho un análisis integral de la totalidad de la información que está registrada en los Estados Financieros de la Concesionaria. En esa medida, dijo que había tenido acceso a toda la información de los registros contables que conformaban cada una de las cifras que fueron reflejadas en cada una de las cuentas de los Estados Financieros. No obstante, en la medida en que existía una abstención de opinión por parte de la revisoría fiscal en relación con los Estados Financieros de la Concesionaria correspondientes al año 2016, el perito manifestó que le había solicitado a la Concesionaria que identificara la totalidad de los contratos que se encuentran en investigación.

Por lo tanto, el perito precisó que el procedimiento que había utilizado para mitigar el impacto derivado de la abstención de opinión frente a los Estados Financieros del año 2016 consistió en tomar la totalidad de la información suministrada de la Concesionaria y excluir de ella cada uno de los contratos que estaban o podían ser objeto de investigación, los cuales ascendían a la suma de aproximadamente treinta y tres mil millones de pesos, según la información que sobre este aspecto le entregó la Concesionaria.

Ante esta respuesta, el apoderado de la ANI volvió a inquirir al perito para que le aclarara si tenía o no los medios para asegurar que los únicos contratos en donde se pudo haber presentado alguna irregularidad, habían sido únicamente los identificados por la Concesionaria.

Frente a esta solicitud, el perito manifestó que se había basado únicamente en la información suministrada por la Concesionaria para excluir los contratos que pudieran tener alguna irregularidad. En consecuencia, dijo que desconocía si había algún evento posterior que hubiera sucedido después de la elaboración del dictamen y que pudiera afectar a algún otro contrato.

Por otra parte, el apoderado de la ANI también le preguntó al perito si la contabilidad y los registros contables de la Concesionaria eran idóneos para determinar si los gastos, costos e inversiones tuvieron relación con el proyecto y si podían considerarse útiles para el interés general.

Ante esta pregunta, el perito dijo que las operaciones registradas en los Estados Financieros de la Concesionaria cumplieron con un debido proceso desde el punto de vista contable, en la medida en que se trataron de operaciones ciertas, debidamente registradas y reconocidas bajo los procesos de verificación, de validación y de revisión documental que tenía la Concesionaria. Además, dijo que tales operaciones fueron avaladas en algún momento por algún director de la Concesionaria. En esa medida, el perito afirmó que los Estados Financieros y el registro de información financiera de la Concesionaria eran totalmente idóneos para llegar a una determinación de una cifra desde el punto de vista contable.

A su vez, el apoderado de la ANI le preguntó al perito que aclarara las razones por las cuales había calculado el valor de los costos, gastos e inversiones e intereses hasta el 28 de febrero de 2018, a pesar de que la Concesionaria había entregado la obra el 20 de febrero de 2017.

Sobre este punto, el perito dijo que había tomado el 28 de febrero de 2018 como fecha de corte, pues identificó que con posterioridad al 20 de octubre de 2017 se había incurrido en una serie de costos o gastos directamente atribuibles a la Concesionaria para su mantenimiento administrativo. Es decir, después de esa fecha se habían realizado gastos administrativos de funcionamiento de la Concesionaria. Adicionalmente, el perito dijo que después del 20 de octubre de 2017 también se

habían realizado operaciones de tipo financiero, en específico, de pago de intereses por las deudas que no se habían saldado hasta el momento en que realizó el dictamen.

El Tribunal, por su parte, teniendo en cuenta que BDO también fue quien elaboró el dictamen pericial para determinar el valor de los sobrecostos en los que habría incurrido la Concesionaria por eventos eximentes de responsabilidad, le pidió al perito que aclarara si tales sobrecostos estaban siendo reflejados en la liquidación que hizo en el informe.

Para responder a esta pregunta, el perito explicó que el dictamen pericial objeto de la audiencia de contradicción había tenido como fin el reconocimiento de las facturas derivadas del Contrato de EPC y que fueron debidamente pactadas y canceladas dentro de ese Contrato. En esa medida, si dichas facturas incorporaban algún tipo de sobrecostos era un tema que estaba fuera del alcance de su análisis.

Finalmente, el Tribunal le preguntó al perito si consideraba que estaba acorde con la Norma Internacional de Auditoría 240 el hecho de haber elaborado el dictamen con fundamento en la información registrada en los Estados Financieros de la Concesionaria y de haber restado solamente los contratos que la propia Concesionaria había identificado como objeto de investigaciones por la ocurrencia de alguna irregularidad.

Sobre este asunto, el perito contestó que no sólo se había basado en la información que le entregó la Concesionaria, sino que además realizó procedimientos adicionales de validación, de existencia, de integridad, de evaluación de la información entregada que le permitieran verificar si los registros contables eran hechos económicos ciertos. Y, a partir de ellos, pudo comprobar que sí se trató de hechos económicos ciertos.

2.2. El dictamen pericial elaborado por FTI Consulting respecto a la liquidación del Contrato de Concesión No. 0001 de 2010.

Por solicitud de la Construtora Norberto Odebrecht S.A., el 4 de abril de 2018, el perito Carlos Ortega Dávila, miembro de la compañía FTI Consulting (en adelante "FTI"), rindió un dictamen pericial que tuvo como objetivo realizar una valoración independiente de los gastos de capital o *Capital Expenditures* (en adelante, CAPEX por sus siglas en inglés) de las obras ejecutadas por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., en virtud del Contrato de Concesión No. 001 de 2010. Particularmente, el dictamen se encargó de evaluar la magnitud de todos los gastos, directos e indirectos, considerados como necesarios para la construcción, mejoramiento o rehabilitación de la infraestructura vial objeto del Contrato de Concesión, en los que incurrió la Concesionaria[490].

Presupuestos generales del dictamen

Idoneidad del perito y cumplimiento de las formalidades previstas en la ley

Carlos Ortega Dávila, autor y perito del informe, es ingeniero civil con dos maestrías en gerencia de proyectos de ingeniería y con más de quince años de experiencia en la industria de la construcción. Además, ostenta el cargo de Managing Director en la práctica de Construction Solutions (soluciones para la construcción) en el segmento de consultoría forense y de litigio de la firma FTI Consulting en Bogotá D.C., y lidera el equipo de consultores técnicos de la práctica de soluciones para la construcción en Colombia.

Para el desarrollo del modelo estadístico, el perito seleccionó como asesor técnico a Francisco Gómez, quien es ingeniero de sistemas de la Universidad Nacional de Colombia. Además, tiene un título de doctorado (Ph.D.) en ciencias de la computación de la Universidad Nacional de Colombia y cuenta con más de quince años de experiencia en el campo de análisis de datos, estudios estadísticos y modelamiento matemático.

[490] Ver folios 121 y siguientes del Cuaderno de Pruebas No. 194.

Por su parte, para la recolección de la información, y la producción del informe, así como para los cálculos y análisis del cual deriva este informe, el perito señaló que contó con la ayuda de un equipo de ingenieros de la Universidad Nacional de Colombia y de la Universidad de los Andes.

Adicionalmente, el perito hizo las declaraciones que exige el artículo 226 de la Ley 1564 de 2012 y manifestó no estar incurso en las causales de impedimento que establece esa misma norma. También reveló los dictámenes periciales que ha elaborado en los últimos años ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá e informó los siguientes aspectos: (i) no ha sido designado en procesos anteriores o actuales para el Proyecto Ruta del Sol 2 o proyecto alguno ejecutado por Odebrecht o por su apoderado judicial de la época, doctor Weiner Ariza, (ii) los cálculos, métodos y análisis efectuados no fueron diferentes respecto de los que ha utilizado en dictámenes periciales rendidos en anteriores procesos que tratan sobre las mismas materias y (iii) los exámenes, métodos e investigaciones efectuadas no fueron diferentes respecto de aquellos que utiliza en el ejercicio regular su profesión y respecto a las mejores prácticas a nivel mundial.

Aspectos basilares del dictamen pericial

Metodología del peritaje

FTI manifestó que para la elaboración del dictamen no utilizó la información del proyecto en lo que tiene que ver con los costos y la contabilidad de la Concesionaria. Lo anterior, toda vez que entendía que dicha información estaba en tela de juicio en el proceso arbitral, por lo que consideró adecuado recurrir a referencias del mercado en la medida en que ello fuera posible[491].

Ahora bien, para poder analizar toda la información el perito explicó que, debido a la estructura de costos del proyecto, donde el grueso del costo de éste estaba en ciertos rubros, decidió analizar cada una de las actividades y revisar todas las cantidades y todos los precios unitarios asociados a esos rubros. Por su parte, frente a la información asociada a los rubros menores del proyecto, dijo que había optado por hacer un muestreo aleatorio de la información.

Asimismo, FTI señaló que para realizar el informe no había utilizado la mayoría de los precios INVIAS, puesto que, a su parecer, no resultaban aplicables a un contrato de concesión y menos a uno de la magnitud del Contrato objeto de este litigio. Lo anterior, en tanto que el concesionario de un proyecto como el del Sector 2 del Proyecto vial Ruta del Sol, utilizaría recursos no incluidos en los análisis de los precios de referencia INVIAS, *"y que potencialmente pueden incluso no haber sido usado antes en la construcción de vías en Colombia"*[492].

A continuación, FTI hizo una distinción entre costos directos e indirectos para el caso particular de la construcción de una carretera. Así, indicó que los costos directos (*Capital, Indirect*) estaban asociados a recursos tales como mano de obra (obreros, albañiles, paleteros, etc.), materiales (agreados, concretos, asfaltos, aceros, etc.), equipos instalados (excavadoras, pavimentadoras, motoniveladoras, compactadoras, volquetas, etc.) y supervisión *"directamente o involucrado inmediatamente en la construcción física de la instalación permanente"*[493].

Por su parte, FTI resaltó que los costos indirectos incluían, entre otros, los costos asociados a recursos tales como personal de administración y gerencia, oficinas y vehículos administrativos y generales, servicios financieros, pólizas y garantías.

Así las cosas, para el caso de la clasificación de las erogaciones asociadas al CAPEX en las cuales había incurrido la Concesionaria durante la ejecución del Contrato de Concesión, FTI realizó la siguiente estructura de clasificación de costos y los discriminó de la siguiente manera:

[491] Ver la transcripción de la audiencia de contradicción del peritaje elaborado por Carlos Alfredo Ortega Dávila, miembro de la firma FTI, del 3 de mayo de 2018, obrante en el Cuaderno Principal No. 9 folios 264 a 273.
[492] Ver página 29 del Peritaje Técnico independiente Ruta del Sol 2, elaborado FTI Consulting.
[493] Ver página 26 del Peritaje Técnico independiente Ruta del Sol 2, elaborado FTI Consulting.

- Costos Directos: conformados por i) Costo Directo de las Obras Civiles y ii) Costo directo de Otros Rubros. Dentro de los primeros, incluyó el Costo de las Obras Civiles Ejecutadas y, frente al Costo Directo de Otros Rubros, incluyó los relacionados con la Gestión Ambiental, Social y Predial, Estudios y Diseños, Traslado de Redes de Interferencia, Peajes y los costos referentes al Programa de Intervención Prioritaria (PIP).

- Costos Indirectos: conformados por i) los Costos Indirectos de las Obras Civiles, dentro de los cuales incluyó el AIU y ii) a los Costos Indirectos de Otros Rubros, dentro de los cuales incluyó la Utilidad de Otros Rubros.

A continuación, se hará un breve resumen de las conclusiones a las que llegó el dictamen pericial frente a cada uno de los Costos Directos e Indirectos.

Conclusiones frente a los Costos Directos:

- *Estimación de los Costos Directos de las Obras Civiles Ejecutadas*

Para estimar el valor total de los Costos Directos asociados a las Obras Civiles, el dictamen utilizó un modelo de estimación conceptual denominado "modelo de estimación de Horvitz-Thompson". A partir de ese modelo se estimó *"el valor total del presupuesto a partir de cuantificaciones de referencia de los valores y las cantidades de los servicios obtenidos a partir de un criterio experto"*[494]. En otras palabras, a través del modelo seleccionado se pretendió *"encontrar el valor total de todos los servicios, inferido a partir de una muestra representativa la cual es seleccionada por medio de un criterio experto"*[495].

Tras describir con detalle cada uno de los elementos que conformaron la metodología matemática-estadística utilizada, así como la manera en la que se aplicó, el dictamen pericial concluyó que la estimación puntual para el total de costos directos de obras civiles del Proyecto ascendió a la suma de dos billones doscientos treinta y un mil trescientos ocho millones ($2.231.308.000.000,00) de pesos constantes a diciembre de 2008. En este punto, FTI adujo que dado que el estimador que se utilizó era de naturaleza insesgada, la estimación proporcionada por el mismo correspondía efectivamente al valor real de la totalidad de las obras civiles del Proyecto. De manera que el error aceptable no podía ser interpretado como un rango de costo asociado al valor estimado de las obras.

- *Estimación de los Costos Directos de Otros Rubros - Gestión Ambiental Social y Predial*

Para la estimación del valor de estos costos, FTI inició indicando el alcance de las actividades comprendidas en estos rubros. Así, transcribió las cláusulas del Contrato de Concesión que estaban relacionadas con i) la gestión ambiental; ii) la gestión predial y; iii) la gestión social.

Posteriormente, indicó que para la cuantificación de estos costos se utilizó la opción de estimación estadística a partir de análisis descriptivos para estos rubros. Según el dictamen, una estimación descriptiva utiliza un conjunto de datos para caracterizar el comportamiento de alguna variable de interés.

Así las cosas, FTI indicó que se habían recopilado una serie de datos del SECOP correspondientes a contratos celebrados por el INVIAS o por la ANI, en los cuales se habían ejecutado obras y trabajos de naturaleza similar a los realizados en el Sector 2 del Proyecto vial Ruta del Sol. En consecuencia, los recursos para gestión ambiental, predial y social con relación al costo directo entre los contratos analizados y el Contrato de Concesión, podían ser tratados como comparables.

Según el dictamen, la relación de costos por gestión ambiental, predial y social y *"el costo directo de las obras civiles en el proyecto de Concesión vial Ruta del Sol 2 (% de Gestión Ambiental, Social, Predial) debió ser igual*

[494] Ver página 35 del Peritaje Técnico independiente Ruta del Sol 2, elaborado FTI Consulting.
[495] Ibídem.

o mayor al menor valor para este indicador en la muestra analizada, una vez depurada la muestra de datos atípicos"[496].

Pues bien, tras analizar los datos de referencia para el cálculo del factor gestión ambiental, predial y social, FTI concluyó que un valor apropiado para estimar ese rubro, respecto al Contrato de Concesión, debía corresponder al 3.36% del costo directo de las obras civiles como mínimo. Esto es, setenta y cinco mil cuarenta y siete millones (75.047.000.000,00) de pesos constantes a diciembre de 2008.

- *Estimación de los Costos Directos de Otros Rubros – Estudios y Diseños*

Para hallar el valor de los costos de Estudios y Diseños en los que incurrió la Concesionaria durante el desarrollo del Contrato de Concesión, FTI adujo que se optó por estimar los costos de diseño e ingeniería *"usando una relación (porcentaje) generalmente aceptada para la estimación de diseño e ingeniería representado como proporción del CAPEX de construcción en proyectos viales."*[497].

De manera consistente con lo anterior, FTI explicó que el punto de partida del análisis efectuado en el dictamen pericial sobre este punto, fue establecer una hipótesis inicial según la cual los costos de diseño e ingeniería se podían expresar como un porcentaje de los costos directos de construcción de un proyecto vial, *"y que ese porcentaje, según la experiencia del perito y las prácticas generalmente aceptadas en la industria y el mercado laboral, correspondían al 2.5% del CAPEX total del proyecto"*.[498]

Para probar esa hipótesis, FTI realizó una investigación de fuentes bibliográficas de la cual encontró que la hipótesis inicial estaba soportada por varios documentos, como el estudio del Banco Mundial del 2004, denominado *Real Costs Knowledge System (ROCKS)*.

Como resultado de esa investigación, FTI concluyó que el rubro de Estudios y Diseños del proyecto correspondía un monto de setenta y ocho mil setenta millones ($78.070.000.000) de pesos constantes de diciembre de 2008.

Adviértase que en el dictamen pericial se dijo que *"la información referente a los costos de los subcontratos de diseño e ingeniería ejecutados entre el Consorcio Constructor CONSOL y las firmas de diseño e ingeniería Consorcio EDL Ltda. – C.E.I. S.A., Consorcio Integral – Engefoto, Consorcio BRACOL (Proyectos e Consultorías de Engenharia Ltda, Consultores Unidos S.A., y Consultoría Colombiana S.A.), fueron usadas como referencia para el análisis. Dicha información se asume correcta y válida para efectos de la presente valoración"*[499].

- *Estimación de los Costos Directos de Otros Rubros – Traslados de redes de interferencia*

Para determinar el costo por traslados de redes de interferencia el FTI hizo un estimado, basado principalmente en su experiencia y opinión experta, para lo cual i) tomó como referencia la longitud intervenida más larga del Proyecto, es decir, la que correspondía a vía nueva (VN), la cual equivalía a aproximadamente 314 kilómetros de longitud y, después, ii) estimó que al menos el 50% de esa longitud debió haber enfrentado problemas de interferencias con redes de servicios públicos.

De manera que si el costo promedio de traslado de redes correspondía a unos 111.8 millones de pesos por kilómetro, según datos para el año 2009 de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios contenidos en el documento *"Infraestructura Vial y Redes de Servicios Públicos: responsabilidades e impactos*", FTI estimó que el costo de estos traslados no podía ser menor de diecisiete mil quinientos cincuenta y tres millones (17.553.000.000,00) de pesos constantes de 2008.

- *Estimación de los Costos Directos de Otros Rubros – Programa de Intervención Prioritaria (PIP).*

[496] Ver página 75 del Peritaje Técnico independiente Ruta del Sol 2, elaborado por FTI Consulting.
[497] Ver página 80 del Peritaje Técnico independiente Ruta del Sol 2, elaborado por FTI Consulting.
[498] Ver página 81 del Peritaje Técnico independiente Ruta del Sol 2, elaborado por FTI Consulting.
[499] Ver páginas 80 y 81 del Peritaje Técnico independiente Ruta del Sol 2, elaborado por FTI Consulting.

En cuanto al costo estimado por la ejecución del Programa de Intervención Prioritaria (en adelante "PIP"), FTI estableció que correspondía a la suma de once mil trescientos diez millones ($11.310.000.000) de pesos constantes de diciembre de 2008.

Para llegar a esa conclusión, FTI explicó que la estimación del costo del PIP tomó como supuestos las definiciones técnicas y cantidades de obra establecidas en el documento de referencia denominado "Programa de Intervención Prioritaria (PPI). Definición De Las Intervenciones Prioritarias" elaborado por la Concesionaria en julio del año 2010. Así mismo, indicó que había utilizado los precios de referencia publicados por el INVIAS en su Sitio Web, específicamente los que correspondían a las regionales de Cundinamarca, Boyacá, Santander y Cesar, por tratarse el PIP del tipo de obras a las cuales apuntaban dichos precios de referencia (reparaciones y mejoras básicas a vías existentes)[500].

- *Estimación de los Costos Directos de Otros Rubros – Peajes*

En el dictamen pericial, FTI indicó que la estimación del costo de los peajes fue de tipo determinística. Por lo tanto, tomó como base la información asociada a inventarios (de equipos e infraestructura) como referencia para las cantidades y los valores comerciales como referencia para los precios. Textualmente, el perito de FTI dijo que el *"proceso de cálculo implicó el producto de las cantidades inventariadas por los precios unitarios de mercado estimados según criterio experto de FTI Consulting"*[501].

De acuerdo con lo anterior, concluyó que los costos directos para las actividades asociadas a Peajes correspondían a doce mil 5 millones (12.005.000.000,00) de pesos constantes de 2008.

Conclusiones frente a los Costos Indirectos:

En primer lugar, el perito de FTI advirtió que el Contrato de Concesión No. 0001 de 2010 no había establecido parámetros que permitieran determinar los conceptos de Administración (A), Imprevistos (I) y Utilidad (U) (en adelante "AIU") correspondientes a la ejecución del proyecto vial Ruta del Sol Sector 2. Con todo, siendo que esos rubros eran un componente importante para la determinación del CAPEX, en el dictamen pericial se cuantificaron esos montos para asegurar un valor de CAPEX que integrara de manera objetiva esos costos indirectos asociados a las obras ejecutadas.

Así las cosas, para cuantificar los costos indirectos por concepto de AIU del Proyecto, en el dictamen pericial se usó la Estimación Paramétrica. Dicha estimación consistió en seleccionar proyectos de características similares que, al analizarlos en conjunto, reflejaran la naturaleza, condiciones y características del Proyecto Vial Ruta del Sol Sector 2.

En esa medida, FTI comenzó por explicar cuáles fueron las fuentes de información que utilizó. Al respecto, dijo que para el concepto AIU buscó establecer un análisis de relación de costos (CER) a partir del valor de mercado para este rubro, registrado en varios de los proyectos de obras públicas de construcción y rehabilitación vial más significativos de los últimos años, contratados por el INVIAS o por la ANI, y otros contratantes de origen gubernamental. Para ello, el perito dijo haber consultado en la página del Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP I) procesos de esa naturaleza (obras públicas viales).

A continuación, FTI describió los supuestos en los que se fundamentó el Modelo Paramétrico de AIU para la Concesión Vial Ruta del Sol 2. El primero de ellos consistió en que la naturaleza de los trabajos entre las obras analizadas y la Concesión Vial Ruta del Sol 2 eran similares, en consecuencia, las necesidades de recursos administrativos podían ser comparables (en cuanto a tipo y costo unitario). En segundo lugar, los imprevistos (riesgos) a los cuales se expuso la Concesionaria eran, en gran proporción, similares a los del contratista de obra pública, con excepción de aquellos que asume

[500] Ver página 86 del Peritaje Técnico independiente Ruta del Sol 2, elaborado FTI Consulting.
[501] Ver página 86 del Peritaje Técnico independiente Ruta del Sol 2, elaborado FTI Consulting.

de manera explícita dentro de la distribución de riesgos del contrato y cuyo costo de mitigación debería estar incluido en los costos directos del contrato. En tercer lugar, la rentabilidad esperada por el Concesionario era similar a la del contratista de obra pública al menos para la fracción de inversiones correspondientes al CAPEX. Y, en cuarto lugar, los valores de AIU eran independientes de forma directa del alcance de los trabajos a realizar, los cuales se representaban en el costo directo de las obras y del tiempo de ejecución, el cual estaba representado en el plazo contractual.

Después, el Perito describió en detalle cuáles fueron i.) la validez de los datos recopilados y ii.) los datos de referencia utilizados para el cálculo de los componentes de Administración, de Imprevistos y de Utilidad.

Con base en ello, el perito concluyó lo siguiente:

En primer lugar, que los costos estimados para el componente de Administración (A) del Proyecto era de cuatrocientos ochenta y cinco mil cuatrocientos doce millones de pesos ($485.412.000.000,00), en pesos corrientes del año 2008.

En segundo lugar, que los costos estimados para el componente de Imprevistos (I) del Proyecto era de ciento cinco mil ciento treinta y seis millones (105.136.000.000,00) de pesos, en pesos corrientes del año 2008.

Por último, que el rubro de Utilidad (U) del Proyecto era de cien mil ochocientos setenta y cinco millones (100.875.000.000) de pesos, en pesos corrientes del año 2008.

Ahora bien, sobre el concepto de AIU, en la audiencia de contradicción del dictamen llevada a cabo el 3 de mayo de 2018, FTI señaló que, de la información recopilada en el SECOP, pudo constatar, a través de una regresión lineal, que los proyectos similares al objeto del Contrato de Concesión, tenía aproximadamente un promedio del 21.8 % de administración, en temas de imprevistos 4.7 % y en temas de utilidad 4.5 %, todo lo cual daba como resultado que el AIU correspondiera al 31 % del valor total del proyecto.

- *Estimación de los Costos Indirectos de la Obra Civil - Costos Indirectos de Otros Rubros*

FTI indicó que estos costos indirectos correspondían a la utilidad (beneficio) que debía obtener el ejecutor del Proyecto como resultado del ejercicio de venta de un producto o servicio. Para estimar su valor, usó los mismos parámetros que utilizó para hallar el valor de los costos indirectos correspondientes a la AIU. En efecto, concluyó que el rubro de "Costos Indirectos de Otros Rubros", es decir, la utilidad correspondiente a "Otros Rubros" del Proyecto Vial Ruta del Sol – Sector 2 ascendía a la suma de nueve mil ciento noventa y seis millones (9.196.000.000,00) de pesos, constantes del año 2008.

Conclusión del dictamen pericial elaborado por FTI Consulting

Con fundamento en todo lo anteriormente señalado, FTI Consulting estimó que el CAPEX de las obras del Proyecto que generaron beneficios ascienden a tres billones ciento veinticinco mil novecientos doce millones ($3.125.912.000.000,00) de pesos constantes de diciembre del 2008.

La indexación de ese valor a pesos constantes del año 2017, a partir de los índices de precios al consumidor publicados por el Departamento Nacional de Estadísticas – DANE, arrojó un valor de cuatro billones trescientos cuarenta mil trescientos veintinueve millones (4.340.329.000.000) de pesos constantes de diciembre de 2017.

La contradicción del dictamen

A continuación, el Tribunal se permite relatar los aspectos más relevantes de la audiencia de contradicción del perito llevada a cabo el 3 de mayo de 2018.

El Tribunal le pidió al perito que aclarara cuál fue el criterio que utilizó para escoger los proyectos de obra pública comparables para efectos de calcular los precios de las cantidades y elementos asociados al objeto del Contrato de Concesión, así como la información con que contaba sobre cada uno de esos proyectos comparables.

Al respecto, el perito contestó que había realizado un análisis de comparabilidad con el fin de explicar las razones por las cuales seleccionó los proyectos de obra pública que catalogó como comparables al Contrato de Concesión. Tal análisis de comparabilidad se basó en encontrar un filtro o criterio que permitiera determinar qué proyectos valía la pena tener como comparables desde el punto de vista estadístico y de regresiones lineales. Así, los criterios que utilizó consistieron en que los proyectos fueran viales, ejecutados en Colombia, que hubiesen sido adjudicados durante los últimos ocho años, de manera que se pudiera asegurar que las tecnologías y las técnicas disponibles para su ejecución fueran similares a las utilizadas en el Contrato de Concesión y, por último, que el proyecto hubiese sido contratado por el Gobierno colombiano.

No obstante, el perito aclaró que debido al tamaño y complejidad del Proyecto Ruta del Sol II no se podía encontrar proyectos de obra pública similares en Colombia. Por eso, decidió sumar el valor de varios proyectos de obra pública que dieran como resultado un rango de magnitud equiparable al del objeto del Contrato de Concesión.

Adicionalmente, y frente a las consideraciones físicas que debían tener los proyectos que se tomaron como comparables, el perito adujo que se había basado principalmente en que la topografía de los proyectos de obra pública fuera similar a la del Contrato de Concesión.

Ahora bien, frente a la información con la que contó sobre estos proyectos, a partir de la cual pudo determinar si eran o no comparables, el perito manifestó que había acudido a las bases públicas de información del SECOP y con base en ellas, había obtenido el valor de cada uno de los contratos de los proyectos comparables, el valor de los diseños, los costos de la interventoría, los costos del AIU.

Por otro lado, el apoderado de las Sociedades Odebrecht le pidió al perito que explicara, en relación con los costos indirectos, y en específico, en cuanto al AIU, por qué desde el punto de vista técnico para valorar EL CAPEX de una obra que no se terminó en su totalidad, es pertinente la utilización del AIU.

Al respecto, el perito adujo que la A, es decir, los costos indirectos de administración tales como el pago al gerente del proyecto, a los contadores y a todo el personal administrativo, tenía que utilizarse en la medida en que fueron gastos que se realizaron realmente. Por su parte, la I corresponde a la reserva por imprevistos y corresponde a un precio hipotético. No obstante, en la medida en que no se puede comprobar fidedignamente si se materializó o no un imprevisto, el perito señaló que la I no se debe utilizar pues no se puede comprobar. Finalmente, en cuanto a la U el perito dijo que corresponde a la utilidad por la ejecución de las actividades del contratista y que su reconocimiento debía decidirse por el Tribunal.

Sobre el AIU, el Tribunal le pidió al perito que clarificara las razones por las cuales resultaba pertinente y, sobre todo, no contradictorio, tomar el AIU en un contrato de concesión que tiene una tasa interna de retorno.

Para responder a esta solicitud, el perito dijo que era cierto que un contrato de concesión nadie pactaba un AIU pues existía una tasa interna de retorno, en la medida en que el contrato de concesión, a diferencia de un contrato de construcción, es un contrato financiero. Lo anterior, en la medida en que el contratista invierte una gran cantidad de recursos en la fase de construcción, que después va recuperando en el tiempo y al final obtiene una rentabilidad.

No obstante, en las situaciones en que, como ocurre en este caso concreto, la obra corta a la mitad existe un problema pues no se tiene una tasa interna de retorno ejecutada. De manera que ya no se está midiendo una inversión contra una rentabilidad, sino la inversión que se hizo, valor del cual el

Tribunal descontará lo ya pagado y las inversiones que ya se recibieron, con el objetivo de hacer un balance entre lo que se recibió y lo que se instaló o ejecutó en inversión.

Por esa razón y comoquiera que no existe una obra terminada, el AIU se vuelve relevante, pues es necesario realizar una valoración atípica, más aún si al haberse cortado la obra en la mitad, el contrato deja de ser uno de concesión y se convierte en uno de obra.

Finalmente, el Tribunal requiere al perito para que explique por qué el CAPEX a precios de 2008 asciende a la suma de $ 2.231 billones, mientras que el valor del Contrato de Concesión era de 2.1 billones donde se incluía un CAPEX, un OPEX y adicionalmente una utilidad para el contratista. En otras palabras, el Tribunal requiere al perito para que le explique por qué el valor del CAPEX a precios de 2008 no resulta desfasada frente al valor original del Contrato de Concesión.

Sobre este asunto, el perito dijo que en el CAPEX se estaban incluyendo costos adicionales a los previstos en el Contrato de Concesión. Esto se veía con claridad, por ejemplo, en las licencias ambientales que requerían la existencia de 28 variantes adicionales a las 4 inicialmente previstas en el contrato. También en temas relacionados con puentes peatonales adicionales.

III. EL INFORME ELABORADO POR LA INTERVENTORÍA DEL CONTRATO, CONSORCIO PROYECCIÓN VIAL PUERTO SALGAR, RESPECTO AL CÁLCULO DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN NO. 001 DE 2010.

En cumplimiento del Auto 71 del 23 de enero de 2018, el Interventor del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, Consorcio Proyección Vial Puerto Salgar (en adelante "la Interventoría"), elaboró un informe sobre las restituciones del Contrato, aplicando para el efecto lo previsto en el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018[502]. Este informe fue presentado por la Interventoría y luego revisado por ella en el informe final del 23 de mayo de 2018[503].

Por razones metodológicas, en este Capítulo nos abstendremos de mencionar los aspectos de fondo sobre la tacha que las partes hicieron en relación con la persona del interventor, lo cual es desarrollado en detalle en el capítulo pertinente.

En primer lugar, la Interventoría dispuso que, para la valoración de los costos, gastos, inversiones, contingencias y la remuneración y pagos recibidos por la Concesionaria, tuvo en cuenta una estructura de flujo de caja en términos corrientes y actualizados a precios constantes de marzo de 2018. En otras palabras, la Interventoría calculó el valor actualizado de los costos, las inversiones y gastos ejecutados por el Concesionario determinados a valor del mercado, incluyendo los intereses bancarios, así como los pagos y remuneraciones recibidos por el Concesionario dentro del Contrato

Desde el punto de vista metodológico, *"los ejes fundamentales de la determinación fueron los valores de mercado y la manera como el Concesionario desarrolló las actividades"*. De manera que, según la Interventoría, *"la contabilidad no fue utilizada como fuente única ni principal para la determinación de los egresos del Concesionario"*.

Resultado de la valoración de los costos, gastos e inversiones ejecutados por la Concesionaria

Según el análisis realizado por la Interventoría, la totalidad de los costos, gastos e inversiones ejecutados por la Concesionaria correspondieron a $5.291.353.207.794. Para ejemplificar cada uno de los conceptos que tuvo en cuenta para obtener dicho resultado, la Interventoría realizó el siguiente cuadro[504]:

Tabla 1. Valoración de los Costos, Gastos e Inversiones ejecutadas por el Concesionario en Pesos Constantes de abril de 2018

[502] Obra a folios 1 a 395 del Cuaderno de Pruebas No. 195.
[503] Obra a folio 362 del Cuaderno Principal No. 9.
[504] Ver página 6 del Capítulo 11 - Conclusiones del "Dictamen de los reconocimientos de acuerdo al artículo 20 de la Ley 1882 de 2018" elaborado por el Consorcio Proyección Vial Puerto Salgar. Obrante a folio 362 del Cuaderno Principal No. 9.

Actualización con IPCm /IPCi	*COP CONSTANTES DE ABR18*
PIP - MRI	*$26.577.674.048*
Estudios y Diseños	*$115.968.879.387*
AOM	*$552.671.779.301*
Resto costos y gastos	*$477.243.938.090*
(a) Directo Mto	*$68.070.212.881*
(b) Imprevisto Mto	*$3.403.510.644*
(c) Utilidad Mto	*$3.387.898.210*
(d) IVA Utilidad Mto	*$550.607.042*
Gestión Predial	*$16.265.306.758*
Gestión Social	*$27.107.982.561*
Gestión Ambiental	*$38.708.353.383*
Implementación PMA	*$9.634.490.668*
Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento	*$3.030.180.642.283*
Total costo directo	*$2.283.465.133.832*
AIU (a+b+c+d)	*$746.715.508.451*
(a) Imprevistos (5%)	*$114.173.256.692*
(b) IVA (19% sobre Utilidad)	*$21.692.918.771*
(c) Utilidad (5%)	*$114.173.256.692*
(d) Administración (22% para la troncal y 15% para el Tramo 8)	*$496.676.076.296*
Fondeos contractuales sin predios	*$95.640.006.167*
Fondeo predial	*$369.022.540.715*
Intereses bancarios corrientes	*$1.009.575.552.524*
Total Valoración de los Costos, Gastos e Inversiones ejecutadas por el Concesionario	*$5.291.353.207.794*

Fuente de Información: Cálculos propios de la Interventoría

Resultado de la valoración de los costos, gastos, inversiones y reembolsos asociados con actividades pendientes de ejecutar por la Concesionaria en pesos constantes de marzo de 2018

De acuerdo con la Interventoría, los conceptos expuestos en el siguiente cuadro, corresponden a los costos, gastos, inversiones y reembolsos que deben hacerse para aprovechar e impedir el deterioro de las obras y actividades ejecutadas en forma total o parcial por la Concesionaria. Como se verá en el cuadro[505] a continuación, la totalidad de dichos factores equivale a la suma de $188.255.537.396, en pesos constantes de marzo de 2018.

[505] Ver página 7 del Capítulo 11 - Conclusiones del "Dictamen de los reconocimientos de acuerdo al artículo 20 de la Ley 1882 de 2018" elaborado por el Consorcio Proyección Vial Puerto Salgar. Obrante a folio 362 del Cuaderno Principal No. 9.

Tabla 2. Valoración de los Costos, Gastos, Inversiones y reemolsos asociados con actividades pendientes de ejecutar por el Concesionario en Pesos Constantes de marzo de 2018

Actualización con IPCm /IPCi	*COP CONSTANTES DE ABR18*
Vida util remanente del pavimento (Tramos 1, 5 y 6)	*$50.820.246.097*
Control de erosión de taludes de corte	*$42.244.918.012*
Capas expuestas de la estructura del pavimento	*$40.802.619.236*
Pasivos ambientales	*$15.469.582.815*
Deficiencias en gestión documental predial	*$650.582.815*
Reembolsos prediales pendientes del Concesionario	*$38.267.588.444*
Total Costo, Gastos, Inversiones y reembolsos asociadas con actividades pendientes de ejecutar por el Concesionario	*$188.255.537.396*

Fuente de Información: Cálculos propios de la Interventoría.

Así las cosas, el total de los costos, gastos e inversiones ejecutadas por la Concesionaria menos el valor de los mismos conceptos asociados con actividades pendientes por ejecutar por parte de la Concesionaria da como resultado la suma de $5.103.097.670.398. Este cuadro[506] expresa lo dicho:

Actualización con IPCm /IPCi	*COP CONSTANTES DE ABR18*
Costos, Gastos e Inversiones ejecutadas por el Concesionario	*$5.291.353.207.794*
Costos, Gastos, Inversiones y reembolsos asociados con actividades pendientes de ejecutar por el Concesionario (-)	*-$188.255.537.396*
Total Costo, Gastos, Inversiones	*$5.103.097.670.398*

Resultado de la valoración de la remuneración y pagos a favor de la Concesionaria

En primer lugar, la Interventoría señaló cuáles conceptos clasificaban dentro de la categoría de "remuneraciones y pagos a favor del Concesionario". Particularmente, dijo que éstos correspondían a: i) los Aportes INCO trasladados a la cuenta Aportes Concesionario por reconocimiento de hitos y avance de obras; ii) rendimientos financieros generados en la Subcuenta Vigencias Futuras y trasladados a la Cuenta Concesionario y Subcuenta Reversión; iii) Cuentas pagadas por concepto de mayor valor de predios, con recursos del Fondo de Pasivos Contingentes; iv) Recaudo de peajes y sobrantes de usuarios; v) Ingreso fijo por estación de servicio Morrison; vi) Saldo de la Subcuenta reversión y; vii.) el abono parcial realizado el 22 de diciembre de 2017 a los siete bancos que hacen parte del crédito sindicado a la Concesionaria Ruta del Sol.

El resultado de la valoración de la Interventoría concluyó que el monto total de la remuneración y pagos a favor de la Concesionaria equivalían a $3.772.936.446.999. Con el propósito de especificar el monto de cada uno de los factores mencionados arriba, la Interventoría realizó el siguiente cuadro[507]:

[506] Ver página 7 del Capítulo 11 - Conclusiones del "Dictamen de los reconocimientos de acuerdo al artículo 20 de la Ley 1882 de 2018" elaborado por el Consorcio Proyección Vial Puerto Salgar. Obrante a folio 362 del Cuaderno Principal No. 9.
[507] Ver página 8 del Capítulo 11 - Conclusiones del "Dictamen de los reconocimientos de acuerdo al artículo 20 de la Ley 1882 de 2018" elaborado por el Consorcio Proyección Vial Puerto Salgar. Obrante a folio 362 del Cuaderno Principal No. 9.

Tabla 4. Valoración de la Remuneración y pagos en Pesos Constantes de abril de 2018

Actualización con IPCm /IPCi	*COP CONSTANTES DE ABR18*
Abono parcial a Bancos que hacen parte del crédito sindicado de la Concesionaria Ruta del Sol (Incluido GMF)	*$815.219.145.197*
Recaudo de Peajes	*$1.153.019.927.587*
Sobrantes en el recaudo de peajes	*$329.430.640*
Ingreso fijo por estación de servicio Morrison	*$274.419.861*
Vigencias futuras trasladadas (Aportes)	*$1.437.425.213.203*
Rendimientos financieros trasladados al Concesionario.	*$292.770.327.697*
Traslados del Fondo de Contingencia Predial	*$160.530.353.232*
Saldo de la Subcuenta Reversión a 30 de abril de 2018 (-)	*-$86.632.370.420*
TOTAL REMUNERACIÓN Y PAGOS	*$3.772.936.446.999*

Fuente de Información: Cálculos propios de la Interventoría

Cálculo del monto de la cláusula penal de conformidad con el parágrafo 2 de la Ley 1882 de 2018

De acuerdo con el contenido del parágrafo 2 del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, el informe de la Interventoría resolvió que el valor de la cláusula penal pecuniaria, con base en el monto del salario mínimo vigente para el 2018, equivalía a $78.124.200.000.

En opinión de la Interventoría, dicha suma debía ser descontada de los remanentes de la liquidación resultante, en los términos del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018.

Resultado de la valoración del informe de la Interventoría: saldo a favor de la Concesionaria

Como síntesis de todo lo anterior, la Interventoría afirmó que el saldo estimado a favor de la Concesionaria era de $1.252.037.023.399. Los siguientes cuadros[508] demuestran cómo la Interventoría llegó a esa conclusión:

Tabla 5. Resultados de la valoración de Costos, Gastos e Inversiones – Remuneración y pagos Pesos Constantes de abril de 2018

Actualización con IPCm /IPCi	COP CONSTANTES DE ABR18
COSTOS, GASTOS E INVERSIONES	$5.103.097.670.398
REMUNERACIÓN Y PAGOS	$3.772.936.446.999
Resultado (Costos, Gastos e Inversiones - Remuneración y Pagos)	$1.330.161.223.399

Fuente de Información: Cálculos propios de la Interventoría.

Tabla 6. Estimado saldo a favor del Concesionario Pesos Constantes de abril de 2018

[508] Ver página 10 del Capítulo 11 - Conclusiones del "Dictamen de los reconocimientos de acuerdo al artículo 20 de la Ley 1882 de 2018" elaborado por el Consorcio Proyección Vial Puerto Salgar. Obrante a folio 362 del Cuaderno Principal No. 9.

Actualización con IPCm /IPCi	COP CONSTANTES DE ABR18
Resultado (Costos, Gastos e Inversiones - Remuneración y Pagos)	$1.330.161.223.399
Cláusula Penal Pecunaria	$78.124.200.000,
Estimado saldo a favor del Concesionario	$1.252.037.023.399

Fuente de Información: Cálculos propios de la Interventoría.

Finalmente, la Interventoría deja claro que su informe no tuvo en cuenta la valoración de las contingencias que posteriormente pudieran surgir, tales como reparaciones directas a terceros y multas por parte de las autoridades ambientales. Según la interventoría, dichas contingencias están a cargo de la Concesionaria, de acuerdo con la cláusula quinta del Acuerdo de terminación y liquidación del Contrato suscrito entre el Concesionario y la ANI, el 22 de febrero de 2017.

IV.5 El testimonio rendido por el representante legal de la Interventoría del Contrato, señor Miguel Ángel Bettín Jaraba, el 31 de mayo de 2018[509]

A continuación, el Tribunal se permite relatar las cuestiones más relevantes del testimonio rendido por Miguel Ángel Bettín Jaraba (en adelante "el interventor"), representante legal del Consorcio Previsión Vial Puerto Salgar.

El Tribunal le solicitó al interventor que explicara cuál fue la metodología que utilizó para elaborar el informe. En específico, cómo a partir de esa metodología se podía evidenciar el cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 1882, cómo se podía identificar y separar el valor del CAPEX del valor del OPEX, cuáles de esos factores había ejecutado CONSOL y cuáles la Concesionaria, y cómo se veían reflejados en el informe los sobrecostos en lo que incurrió el proyecto, particularmente, aquellos que habían sido fruto de eventos eximentes de responsabilidad que dieron origen al Tribunal de Arbitramento.

Al respecto, el interventor explicó que para realizar el informe determinó el valor de mercado de cada ítem y en algunos casos utilizó información de la Concesionario, a excepción de la contabilidad. Lo anterior, toda vez que (i) en la contabilidad de la Concesionaria se reflejaron reprocesos e ineficiencias (como, por ejemplo, el hecho de haber tenido que poner varias veces una misma capa de asfalto) que no permiten reflejar "el valor del mercado" y (ii) porque la contabilidad solo la tuvieron hasta el año 2015 y, en todo caso, la del año 2016 no se encontraba auditada.

Así las cosas, en la medida en que no utilizó la contabilidad, el interventor afirmó que en su informe no estaban incluidos los sobrecostos asociados a todos los eventos eximentes de responsabilidad. Más aún cuando el informe corresponde a una valoración a precios de mercado de cuánto puede valer cada ítem. No obstante, después, frente a una pregunta que le hizo el apoderado de la ANI[510], el interventor precisó que en su valoración sí habían quedado incluidos algunos costos asociados a la obra, tales como los de la adquisición de predios, la gestión predial, el licenciamiento ambiental, entre otros. A este punto, se volverá más adelante.

Ahora bien, frente a los estudios y diseños, el interventor señaló que tuvo acceso a los contratos que la Concesionaria suscribió con las empresas diseñadoras y las actas de liquidación. Por lo tanto, para determinar si el valor de los estudios y diseños estaban a precios de mercado, lo comparó con el valor de otros estudios a nivel nacional e internacional, a partir de lo cual pudo concluir que el valor de los estudios y diseños sí estaban a precios de mercado.

En cuanto al valor del OPEX, el interventor señaló que lo construyó con base en mucha de la información del modelo financiero marginal que se utilizó para calcular el valor tope de la vía adicionada Ocaña – Gamarra.

[509] Obrante a folios 163 a 200 del Cuaderno de Pruebas No. 198.
[510] Ver Cuaderno de Pruebas No. 198 folio 174.

Finalmente, en relación con qué valor del OPEX y del CAPEX había ejecutado CONSOL, el interventor resaltó que, aunque no había tenido acceso a su contabilidad, esa sociedad aparecía en la parte de obras, había hecho parte de la gestión predial y de la gestión ambiental. De manera que aparecía en los costos de OPEX. Por su parte, la Concesionaria había hecho esas mismas actividades y también se había encargado de la operación y recaudo de peajes.

A continuación, el Tribunal le solicitó al interventor que expusiera su opinión en relación con la procedencia del concepto de AIU para determinar el valor de las restituciones mutuas, cuando se trata de un contrato de concesión y no de un contrato de obra.

Sobre este asunto, el interventor señaló que, por regla general, el constructor y el concesionario de una obra suelen ser dos personas diferentes. No obstante, en este caso, como en muchos otros en Colombia, el constructor y el concesionario son una misma persona. Es decir, el concesionario es, al mismo tiempo, un contratista de obra. En esa medida, es necesario determinar lo necesario para construir una obra y por eso se reconoce el AIU.

Con base en esta respuesta, el Tribunal le solicitó al interventor que explicara si, en virtud de lo previsto en el parágrafo 1 del artículo 20, debe reconocerse un componente de utilidad. Frente a esto, el interventor dijo que sí, pero para el contratista de obra. Explicó que en este caso quien construye la obra es también el concesionario y que comoquiera que la ley habla de precios de mercado, quien venda una vía espera recibir una utilidad a cambio. Por eso decidió incluir un componente de utilidad en su informe.

Posteriormente, el apoderado de la ANI le pidió al interventor que explicara, más a fondo, cómo fue la determinación de los valores de mercado, cuáles fueron los parámetros que se tuvieron en cuenta, si se habían utilizado otros contratos de Concesión y, en fin, cómo se hizo esa determinación.

Frente a esta pregunta, el interventor señaló que había determinado los valores de mercado dependiendo de cada componente y para su disponibilidad había hecho uso de los precios INVIAS de las distintas regiones por donde pasa el Proyecto. En otros casos y cuando aplicaba, también dijo que había utilizado precios derivados de las cotizaciones que había realizado la Concesionaria y precios de insumos de entidades como el IDU.

Ante esta respuesta, el apoderado de la ANI le preguntó si consideraba que esa era una forma adecuada de elaborar el presupuesto de una obra construida, a lo que el interventor contestó que sí.

Por otra parte, el apoderado de la ANI le preguntó al interventor de qué manera los valores cuantificados y valorados en el informe tuvieron relación con la obra y prestaron alguna utilidad al interés público.

Sobre este aspecto, el interventor contestó que en su informe había incluido las inversiones, costos y gastos que tuvo que hacer la Concesionaria y que después le reportarían un beneficio. En ese sentido, dijo que había tenido en cuenta el fondeo predial, en la medida en que la compra de predios era necesaria para hacer la vía nueva y, por lo mismo, era una inversión asociada al proyecto. Asimismo, dijo que había tenido en cuenta los gastos asociados a los estudios de trazado y diseño geométrico pues habían sido necesarios para la construcción de la obra.

También, mencionó que había tenido en cuenta el programa de interventoría prioritaria y el MRI, pues fue una inversión que hizo la Concesionaria para mejorar la transitabilidad del proyecto y que fue usada por los que transitaron la vía. El licenciamiento ambiental también fue una inversión que tuvo en cuenta, en la medida en que sin ella la Concesionaria no hubiera podido construir aquellas obras que requirieran licencia ambiental. Finalmente, dijo que había tenido en cuenta las inversiones por gestión predios y por gestión social, pues si la Concesionaria no hubiera tenido abogados, ingenieros catastrales que elaboraran avalúos, no hubiera podido comprar los predios por donde pasaba la vía. Tampoco lo hubiese hecho de no haber implementado el plan social básico.

IV. EL DICTAMEN PERICIAL APORTADO POR EPISOL[511]

[511] Obrante en los folios 3 a 22 del Cuaderno de Pruebas No. 199.

EPISOL solicitó como prueba un dictamen pericial económico y financiero sobre el valor real de liquidación del Contrato de Concesión y los perjuicios ocasionados a EPISOL como accionista de la Concesionaria Ruta del Sol, con ocasión de la terminación anticipada del Contrato de Concesión. El Tribunal concedió dicha prueba a través del Auto 68 del 7 de diciembre de 2017512 y EPISOL lo aportó al proceso de 4 de abril de 2018[513].

Presupuestos generales del dictamen.

Idoneidad del perito y cumplimiento de las formalidades previstas en la ley.

El dictamen pericial fue elaborado por Gloria Zady Correa Palacio, contadora pública con tarjeta profesional No. 18.772-T. En el escrito, la perita manifestó, bajo la gravedad del juramento, que la opinión que emitió es independiente y corresponde a su real convicción profesional, tras haber realizado los exámenes e investigaciones pertinentes, y haber practicado las pruebas de auditoría a que había lugar.

Adicionalmente, la perita señaló que, en los últimos cuatro años, no ha sido designada como perito contable y financiero en proceso alguno donde haya sido parte EPISOL u otro de los partícipes privados en este proceso arbitral. También manifestó que no se encuentra incursa en ninguna de las causales de impedimento previstas en el artículo 50 del CGP y que tampoco ha sido excluida de la lista de auxiliares de la justicia.

Con todo, el Tribunal considera pertinente traer a colación la manifestación hecha por el apoderado judicial de la ANDJE en la audiencia de contradicción del peritaje realizado por la perita, llevada a cabo el 2 de mayo de 2018, en donde se dijo que Gloria Zady Correa Palacio había rendido en el año 2017 un dictamen pericial para CSS Constructores, quien intervino en este proceso arbitral.

Finalmente, la perita reveló que en los últimos cuatro años ha actuado como perito contable y financiero en cinco procesos arbitrales donde la apoderada judicial de EPISOL, Patricia Mier Barrios, ha sido árbitro o apoderada judicial de una de las partes y que no tiene interés económico, o de otro tipo en relación con este proceso arbitral.

Aspectos basilares del dictamen pericial

Limitaciones y advertencias del peritaje

Para la elaboración del informe, la perita tomó como fuente la información suministrada por EPISOL, que se relaciona a continuación: (i) los libros auxiliares contables de todas las cuentas de inversiones de EPISOL para los años 2009 a 2016, (ii) los documentos de las operaciones contables que soportan los aportes de capital realizados por EPISOL en la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. para los años 2009 a 2016, (iii) los Estados Financieros semestrales y anuales auditados de EPISOL desde enero del año 2009 hasta diciembre del año 2017, (iv) los Estados Financieros anuales auditados de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. desde el año 2011 y hasta diciembre de 2015, (v) el borrador de los Estados Financieros anuales de la Concesionaria Ruta del Sol para el año 2016 y (vi) la Escritura Pública No. 2103 del 22 de diciembre de 2009 de la Notaría 22 del Círculo de Bogotá D.C., a través de la cual se constituyó la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

Asimismo, la perita señaló que, para la elaboración del informe, además de la revisión de los documentos mencionados, también realizó varias reuniones con funcionarios de las áreas jurídica, técnica y financiera de EPISOL, con el fin de tener mayor claridad y confirmar la información recibida.

La perita declaró que hizo su mejor esfuerzo para lograr fuentes precisas y actualizadas de información, pero que no asume responsabilidad alguna sobre posibles inexactitudes que puedan derivarse de la información suministrada por EPISOL o de la información relevante que, por alguna razón, no hubiera sido consultada o entregada.

Metodología del peritaje

512 El Auto 68 obra en los folios 366 a 391 del Cuaderno Principal No. 7.
513 Así consta en el memorial obrante en el folio 500 del Cuaderno Principal No. 8.

En primer lugar, la perita manifestó que los experimentos, metodologías de análisis e investigaciones que utilizó en la elaboración del dictamen fueron los usualmente aceptados en el mercado y los que indican la ciencia contable, financiera y de auditoría contable, así como los mismos que ha utilizado para otros trabajos.

Además, manifestó que el desarrollo del informe se hizo con fundamento en una única pregunta, la cual consistía en determinar el monto de la inversión hecha por EPISOL en la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

Inversión de EPISOL en la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

La perita concluyó que el total de la inversión de EPISOL en la Concesionaria Ruta del Sol, compuesta por aportes de capital y valorización patrimonial, ascendió a la suma de COP$ 315.520.644.583, con corte a diciembre de 2017.

Para llegar a esta conclusión, la experta expuso los siguientes fundamentos:

De conformidad con la Escritura Pública No. 2103 del 22 de diciembre de 2009 de la Notaría 22 del Círculo de Bogotá D.C., EPISOL tiene una participación del 33 % en el patrimonio de la Concesionaria Ruta del Sol, el cual asciende a COP$ 956.123.166 (en miles de pesos), de conformidad con la información reportada por la Concesionaria con corte a 31 de diciembre de 2017. Por lo tanto, es claro que la inversión de EPISOL en la Concesionaria es de COP$ 315.520.644.583.

a. La información registrada por EPISOL en su contabilidad coincide con la contabilidad de la Concesionaria Ruta del Sol. En efecto, de conformidad con la contabilidad de EPISOL con corte a diciembre de 2017, en la cuenta contable 120530001 Acciones puede verificarse que EPISOL realizó aportes por un valor de COP$ 86.562.465.000 a la Concesionaria Ruta del Sol en las siguientes fechas:

Fecha	Valor	Número de acciones	Número de comprobante
31/12/2009	8.580.000.000	858.000.000	CPMAN000055
6/05/2010	6.835.785.000	683.578.500	CPMAN000088
21/10/2010	71.280.000	7.128.000	OCING000020
19/01/2011	5.361.771.043	536.177.104	OCING000037
19/01/2011	20.685.128.957	2.068.512.896	OCING000038
1/01/2012	45.028.500.000	4.502.850.000	00013000002
TOTAL	**86.562.465.000**	**8.656.246.500**	

Adicionalmente, en la cuenta 126020502 Valoración M.P.P. por cuentas de resultado, método de participación, EPISOL tiene registrada la suma de COP$ 202.641.550.425.70 y en la cuenta 12650504 Valorización M.P.P. por adopción por primera vez, la suma de COP$ 26.316.629.157.10.

Todo lo anterior, en opinión de la experta, permite afirmar que la inversión de EPISOL en la Concesionaria corresponde a COP$ 315.520.644.583

b. La Nota No. 16 a los Estados Financieros de EPISOL con corte a 31 de diciembre de 2017, en la cual se indica que EPISOL reconoció un ajuste por deterioro a la inversión realizada en la Concesionaria Ruta del Sol por valor de $ 140.691 millones de pesos adicionales al monto reconocido sobre los estados financieros correspondientes al segundo semestre de 2016, no modifican, en opinión de la perita, el valor de la inversión que EPISOL hizo en la Concesionaria Ruta del Sol.

Al respecto, la perita explica que dicho ajuste es de naturaleza contable y no implica ninguna modificación en el valor patrimonial de la Concesionaria. Además, señaló que lo dicho en la Nota No. 16 obedece a que EPISOL debe reconocer el riesgo que para ella tiene un posible deterioro de la inversión hecha en la Concesionaria Ruta del Sol, con ocasión de todos los hechos ocurridos desde la suscripción del Acuerdo de

Terminación y Liquidación entre la Concesionaria y la ANI en febrero de 2016 hasta la fecha del informe (4 de abril de 2018). A su vez, la perita indicó que la Nota No. 16 evidencia el análisis del riesgo que realizó EPISOL, en cumplimiento de las normas de contabilidad y de información financiera aceptadas en Colombia (NCIF).

Actualización del valor del capital aportado

Según la perita, los aportes de capital realizados por EPISOL a la Concesionaria Ruta del Sol, durante los años 2009 a 2012, actualizados por inflación a febrero de 2018, ascienden a la suma de COP$ 113.280.309.527.

Para obtener este resultado, la perita utilizó la siguiente fórmula:

K Actualizado = K * (IPC FINAL / IPC INICIAL)

Donde:

K:	Corresponde al valor de los aportes realizados por EPISOL en la Concesionaria durante los años 2009 a 2012
IPC Final:	Corresponde al índice de precios al consumidor del mes de febrero de 2018, último índice certificado por el DANE a la fecha.
IPC Inicial:	Corresponde al índice de precios al consumidor para cada uno de los meses en los cuales se realizaron los aportes.

Conclusiones

En conclusión, la perita sostuvo que:

- Los aportes de capital realizados por EPISOL a la Concesionaria Ruta del Sol, durante los años 2009 a 2012, ascendieron a la suma de COP$ 86.562.465.000, que a pesos de febrero de 2018 equivalen a COP$ 113.280.309.527.

- La inversión total realizada por EPISOL en la Concesionaria Ruta del Sol, durante los años 2009 a 2012, incluyendo la valorización por el método de participación, asciende a la suma de COP$ 315.520.644.583.

La contradicción del dictamen pericial[514]

A continuación, el Tribunal se permite relatar los aspectos más relevantes de lo ocurrido en la audiencia de contradicción del peritaje aportado por EPSIOL.

El apoderado de la ANI le pidió a la perita que explicara cuáles eran, en su criterio, los efectos de que el revisor fiscal se hubiera abstenido de emitir opinión sobre los Estados Financieros del año 2016 de la Concesionaria Ruta del Sol, frente a las conclusiones a la que había llegado en el dictamen pericial.

Sobre este aspecto, la perita señaló que la abstención de la opinión en nada modificaba la conclusión a la que había llegado en el dictamen pericial. Explicó que cuando hay abstención de opinión en unos estados financieros no significa que los estados financieros están mal hechos, pero tampoco significan que están bien elaborados. Simplemente es una manifestación del revisor fiscal que quiere decir que no tuvo las

[514] Obrante a folios 108 a 124 del Cuaderno de Pruebas No. 198.

suficientes pruebas para poder determinar si los estados financieros estuvieron bien o mal elaborados. Por lo tanto, en su opinión, el hecho de que haya una abstención del revisor fiscal sobre los estados financieros del año 2016 de la Concesionaria, en nada modificaba las conclusiones a las que llegó en su dictamen pericial.

Adicionalmente, el Tribunal le preguntó a la perita cuáles eran los efectos de que la inversión realizada por EPISOL a la Concesionaria arrojara pérdidas. Es decir, si en el momento en que la Concesionaria reflejara pérdidas el valor de la inversión y, en general, los valores que expuso la perita en el dictamen se verían afectados.

Ante esta pregunta, la perita respondió que sí, toda vez que toda inversión debe ir afectándose con los resultados que genere la misma, es decir, pérdidas o utilidades. En otras palabras, si una inversión genera pérdidas su valor inicial debe afectarse y, por eso, debe reconocerse un deterioro paulatino.

IV. EL DICTAMEN PERICIAL SOLICITADO DE OFICIO POR EL TRIBUNAL ARBITRAL A LA FIRMA DUFF & PHELPS[515]

Luego de la tacha formulada por varias de las partes al informe presentado por el Interventor y ante la evidente necesidad de contar con una prueba de un experto independiente, el Tribunal, mediante Auto N° 109 del 18 de febrero de 2019[516], decretó de oficio la práctica de un dictamen pericial tendiente a resolver muchas de las dudas que tenía el Tribunal sobre la controversia bajo análisis.

Dentro del plazo otorgado por el Tribunal, la sociedad Duff & Phelps respondió a un cuestionario de 20 preguntas que incluían aspectos relacionados con la valoración de las prestaciones del contrato bajo los escenarios hipotéticos de una pura aplicación del artículo 48 de la Ley 80 de 1983, así como de una pura aplicación del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018. También se incluyeron aspectos relativos a la ejecución del contrato, al manejo de riesgos en el interior de la Concesionaria y a la gestión predial del proyecto.

Dentro del término previsto en la Ley, a su turno, las partes solicitaron las aclaraciones y complementaciones correspondientes, al tiempo en que presentaron objeciones por error grave y contradictámenes para refutar algunas de las tesis planteadas por el perito. A continuación, nos referiremos a los aspectos más importantes del dictamen pericial, de su contradicción y de las respuestas dadas por el perito a los cuestionamientos de las partes.

La elección del perito fue una tarea hecha por el Tribunal de Arbitramento, a la cual no fueron ajenas las partes. El Tribunal identificó una lista de más de 30 Firmas con presencia global y se tomó el trabajo de hacer los chequeos de conflictos de interés correspondientes, al tiempo en que informó a las partes sobre los criterios utilizados para la escogencia del Profesional, así como de las Firmas que había contactado. El proceso no fue fácil, ya que de todas las Firmas consultadas solo 4 manifestaron no tener conflictos de interés. De esta forma el Tribunal, en un principio, designó a Deloitte como el profesional que se encargaría de realizar el encargo, pero esta última declinó luego de ser nombrada. Ante ello, el Tribunal optó por la Firma Duff & Phelps a través de su filial en Madrid, España, Forest Partners, Estrada y Asociados, S.L, nombramiento que las partes no sólo no objetaron, sino frente al cual mostraron su total aceptación.

De acuerdo con las credenciales que acreditaron y que fueron trasladadas a las partes antes de la designación, Duff & Phelps es una firma de referencia mundial en el asesoramiento en valoraciones, investigaciones, cumplimiento normativo, insolvencias, reestructuraciones y finanzas corporativas. Los profesionales de Duff & Phelps están especializados en finanzas y contabilidad y tienen experiencia en la realización de dictámenes periciales, así como en la defensa de los mismos. En efecto, los profesionales de Duff & Phelps han defendido sus valoraciones ante organismos estatales reguladores, tales como la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) en España, la *Securities and Exchange Commission* (SEC) en Estados Unidos, entre otros. Duff & Phelps tiene presencia en Estados Unidos, México, Colombia, Brasil, Argentina, España, Francia, Inglaterra, Alemania, Italia, Grecia, Rusia, Australia, China, India, entre otros países de Asia y Europa, lo cual la cataloga como una de las firmas más reconocidas en el mercado de

[515] Obrante a folios 58 a 227 del Cuaderno de Pruebas No. 200.
[516] Obrante a folios 191 a 194 del Cuaderno Principal No. 12.

servicios de valoración y finanzas corporativas en el mundo. Prueba de ello es su portafolio de más de cinco mil clientes al año, entre los cuales se encuentran el 74 % de las mayores compañías de capital riesgo y *hedge funds*, el 88 % de las firmas de abogados estadounidenses más reconocidas según la publicación *AM Law* y el 59 % de las compañías que forman parte del prestigio listado "*Fortune 100*". Además, Duff & Phelps ocupa el primer lugar en la lista de proveedores de servicios de *fairness opinion* en Estados Unidos y a nivel mundial, debido, especialmente, al nivel de independencia de sus profesionales al momento de prestar sus servicios de valoración[517].

Para este caso concreto, los peritos de Duff & Phelps acreditaron su idoneidad para elaborar, presentar y sustentar el dictamen pericial decretado de oficio por el Tribunal. Efectivamente, tal y como consta en el escrito que contiene el dictamen pericial, los autores del informe fueron los siguientes profesionales:

(i) Alfonso Segura Yáñez, identificado con cédula de ciudadanía No. 3.277.868., licenciado en ingeniería civil de la Universidad Militar Nueva Granada, inscrito en el registro abierto de Avaluadores del Autorregulador Nacional de Avaluadores de Colombia, con número de avaluador AVAL-3227868;

(ii) José Vicente Estrada Esteban, identificado con Documento Nacional de Identidad español (en adelante "DNI") No. 50810578-J, economista, auditor de cuentas y administrador concursal, con una amplia experiencia forense, como perito, ante todas las jurisdicciones, penal, civil y laboral, como árbitro y como administrador concursal. Es licenciado en Ciencias Económicas y Empresariales, Economista Colegiado, miembro del Registro de Economistas Forenses (REFor) en España, miembro del Instituto de Censores Jurados de Cuentas en España e inscrito en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas con el número 10-093 y en el Registro de Auditores Judiciales.

(iii) José Manuel Albaladejo Cañedo-Argüelles, identificado con DNI No. 52991001-J, ingeniero civil de la Universidad de Purdue, Estados Unidos, MSC en Project & Construction Management por la Universidad de Reading (Reino Unido) y MBA por el IESE Business School en Madrid (España), quien cuenta con la certificación de Project Management Professional (PMP), otorgado por el Project Management Institute (PMI).

(iv) Diego Perul Tejero, identificado con DNI No. 29124714-K, licenciado en administración y dirección de empresas y MBA del Instituto de Empresa.

(v) Carmen Mencía Bastanchury, identificada con DNI No. 53134897-K, licenciada en administración y dirección de empresas de la Universidad Pontificia de Comillas de Madrid (ICADE).

(vi) Juan Ignacio Moral Calero, identificada con DNI No. 04844408-X, ingeniero de caminos, canales y puertos con más de 19 años de experiencia profesional en el sector de la construcción y gestión de proyectos, así como en la explotación de infraestructuras.

La hoja de vida de cada uno de los profesionales mencionados, junto con la copia de los títulos y certificados académicos están detallados en el Anexo I del dictamen pericial.

Como puede observarse, se trata de profesionales altamente acreditados para elaborar el dictamen pericial que cumpliera con los objetivos y requerimientos del Tribunal.

4.1. **Los aspectos basilares del dictamen pericial**

Limitaciones y advertencias del peritaje

1.1. El informe no incluyó la auditoría de la información facilitada. De acuerdo con el perito, "de haber aplicado procedimientos de revisión y análisis adicionales a los indicados en este informe, se podrían haber puesto de manifiesto otros hechos y circunstancias que podrían haber afectado a nuestro juicio profesional y conclusiones"[518].

[517] Toda esta información fue recopilada de "Duff & Phelps España: Asesores En Valoración Y Finanzas Corporativas". 2019. *Duffandphelps.Es*. https://www.duffandphelps.es/, consultada por última vez el 28 de julio de 2019.

[518] Página 35 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps. Por su parte, en el escrito de aclaraciones y complementaciones el Perito reforzó esta posición al sostener: "*De habérsenos encargado una auditoría financiera o forense de la información facilitada, podrían haberse puesto de manifiesto*

1.2. Las fuentes de la información utilizadas por el perito están basadas enteramente en la documentación que le fue entregada al perito tanto por las partes como por el Tribunal Arbitral[519].

1.3. El perito considera que la información que tuvo fue suficiente para hacer un dictamen, pero reconoce que no tiene seguridad acerca de si pudo haber pasado por alto otro tipo de informaciones, debido a la ingente cantidad de información obtenida y el tiempo que tuvo para ejecutar su encargo[520].

1.4. El perito considera relevante señalar que no encontró un "proyecto completo definido técnicamente", en el cual se evidencien las cantidades totales de obra a ejecutar, planos completos de diseño de todo el alcance y precios unitarios contractuales, ni existe una documentación uniforme en lo que tiene que ver con cantidades de obra, consensuada por las partes, que haya servido como herramienta de seguimiento y registro durante el desarrollo de las obras, lo cual supone limitaciones al alcance del trabajo para la valoración de las obras realizadas[521].

1.5. Se encontraron inconsistencias e incongruencias entre distintas fuentes de información, lo cual también podría afectar los juicios de valor del perito[522].

1.6. A pesar de todo lo anterior, el perito entiende que "los documentos y las fuentes de información utilizadas son adecuados y suficientes para sustentar las conclusiones del informe"[523].

No se hizo una evaluación del estado de las obras ni una valoración de potenciales deficiencias.[524]

1.7. Se encontraron numerosas limitaciones de información en relación con los llamados "rubros globales", por lo cual no se hizo un análisis completo de los mismos[525].

1.8. El cálculo de las cantidades ejecutadas se basó en la información recibida de las partes, sin que el perito haya realizado trabajos de comprobación o registro de datos topográficos[526].

1.9. Las cantidades necesarias para las explanaciones no fueron revisadas para la totalidad de los hitos, por lo cual se seleccionó los de mayor peso[527].

1.10. Si bien la documentación de la Concesionaria es completa en cuanto a memorias técnicas de cada hito intervenido, planos POT, informes de laboratorio y reportes de obra, no se aportan índices de la documentación y se mezclan informaciones de distinta índole en un solo documento. Esto dificultó el análisis de la documentación y la posterior revisión de cantidades[528].

1.11. En el caso de los puentes, se revisó el 60% de los puentes nuevos y existentes en términos de luz de puente (3.083,4 metros de un total de 5.125,53 metros), lo que supone 28 puentes de un total de 184 (15,22%) y, en términos de superficie de tablero, 32.475 m2 de los 59.456,15 m2 existentes (54.62%)[529].

1.12. Existen 12 puentes que aparecen en el inventario de la Concesionaria pero que no aparecen en los documentos contractuales de la ANI o de la interventoría. En relación con los mismos, el perito optó por mantenerlos en la lista de puentes construidos de su informe[530].

1.13. Se encontraron inconsistencias en la documentación a la hora de determinar el grado de ejecución de los puentes, pues en algunos casos no hay trazabilidad en la nomenclatura utilizada para nombrar los puentes, lo cual dificulta la interrelación proveniente de la ANI, la interventoría y la concesionaria. Por su

circunstancias que hubieran podido afectar a nuestras conclusiones. Dado que la anterior, no ha sido la finalidad de nuestro encargo, entendemos que con la información analizada y considerada nuestras conclusiones son adecuadas al caso y al contexto del mismos".

519 Página 36 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.
520 Página 37 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.
521 Ibídem.
522 Página 37 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.
523 Ibídem.
524 Página 82 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.
525 Página 84 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.
526 Página 88 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.
527 Página 89 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.
528 Página 104 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.
529 Página 111 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.
530 Página 114 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.

parte, los inventarios de las partes (Acta Reversión CONCESIONARIO-ANI-Con anexos RDS-2 (1) PDF) no coinciden en su número de elementos, al tiempo en que se encontraron diferencias en los PR de referencia, en las longitudes de los vanos y en el nombre dado a ellos[531].

1.14.No es posible hacer una valoración de puentes no terminados dada la falta de documentación[532].

1.15. Al determinar las cantidades de los puentes, de acuerdo con el estado de su construcción, el perito i) no pudo calcular todas las unidades debido a la cantidad de documentación; ii) las cantidades se realizaron sobre los planos de la concesionaria; iii) no se pudieron comprobar las cantidades *in situ* para establecer si su geometría y dimensiones corresponden a lo que se muestra en planos; y iv) en el caso de las cimentaciones profundas se encontraron indefiniciones en los planos[533].

1.16. Al cotejar la información de la Interventoría con la de la Concesionaria en cuanto a las cantidades de los puentes, el perito consideró darle mayor credibilidad a esta última[534]. No obstante, admite que en la revisión de la documentación encontró varias inconsistencias, así: i) no encontró criterio de medición de algunos servicios; ii) no se define la cota de cimentación de los pilotes; iii) no se define, en varios casos, con precisión, las cantidades de las unidades de obra que forman los servicios o actividades que definen las cantidades y precios.

1.17. El perito considera que habitualmente, en relación con los puentes, deberían aparecer todas las cantidades de todas las unidades de obra, las cuales son necesarias para la valoración de los presupuestos de proyectos constructivos. "Resulta por tanto imposible definir precios de servicios, puesto que en los archivos de cantidades de la Concesionaria (5.3 CÁLCULO DE CANTIDADES/5.3.2. Cantidades_Puentes) únicamente están las cantidades de hormigón y neoprenos, exceptuando que, en el Puente de Río Negro, donde además están las cantidades de acero (sic). Esta situación conlleva que tampoco es posible el análisis comparado de precios de servicios puesto que dependen de las cantidades y las unidades de obra que componen ese servicio"[535].

1.18. Hay una gran dispersión en los costes por metro cuadrado de cada puente, lo cual no debería ser lógico por tratarse de puentes de similares características. Esto, a juicio del perito, deja patente la falta de homogeneidad en la medición y valoración de los puentes del proyecto[536]. Por su parte, en relación con las unidades descritas en el Anexo III del informe no se encontraron planos de definición y detalle[537].

1.19. Dado que la Concesionaria no tiene desglosados los servicios de puentes y dada la ausencia de descomposición de precios, así como de homogeneización de criterios, no fue posible analizar los precios de tales servicios[538].

1.20. En los casos de precios no analizados se mantuvo el precio de la Concesionaria[539].

1.21. Existen discrepancias entre los documentos de la Concesionaria y entre estos y la Interventoría. Por ejemplo, en el caso de los macroservicios de aspectos generales que incluye las actividades asociadas a los cerramientos de obra y demoliciones y remociones, la comparación entre los mismos documentos de la Concesionaria determinó que el costo total presentado en el documento 8.1_CAPEX-201903 es mayor al costo total que se obtiene al ingresar las cantidades unificadas de los soportes de la concesión, multiplicados por el valor unitario de cada ítem. El valor de la diferencia, según el dictamen, asciende a $49.110.716.373 . No obstante, cuando se compara el mismo documento de CAPEX de la Concesionaria con los documentos de la Interventoría, se encuentra que el costo total presentado por la Concesionaria es menor al que se obtiene una vez tomadas las cantidades de los soportes de la Interventoría multiplicadas por el

531 Página 114 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.
532 Página 114 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.
533 Página 115 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.
534 Página 121 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.
535 Página 122 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.
536 Página 123 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.
537 Ibídem.
538 Página 133 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.
539 Página 133 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.

valor unitario de cada ítem. De manera concreta, en el documento 8.1_CAPEX-201903 (Concesionario) se reportan 6.159.841 m2 por un valor de 178.684 millones, mientras que en las memorias de cantidades de la Concesión (Concesionario) aparecen 3.104.109 m2 por un valor de 129.574 millones y en las memorias de la interventoría aparecen 7.292.654 m2 por un valor de 198.007 millones[540].

1.22. La Concesionaria, en la práctica, acudió a agrupar varias actividades en un mismo ítem, lo cual genera dificultades o hace inviable la verificación o valoración de los servicios asociados, dado el desconocimiento directo de los insumos y/o cantidades empleadas en el análisis. A manera de ejemplo, el Concesionario muestra bajo el ítem "alcantarillas de concreto" las actividades de excavación, solado, atraque, tubería y relleno. En el caso del reforzamiento de puentes, el perito agrupa bajo el ítem "fundación pilotes" al cemento y el acero; bajo el ítem "apoyo estribos" a la excavación, el concreto y el acero de refuerzo. En las superestructuras se agrupan en un solo grupo a los tableros, andenes, bordillos, barandas vehiculares y juntas de dilatación, en algunos casos; y en otros el acero de refuerzo, el concreto para la placa superior y las barandas . Lo anterior ocurre, por ejemplo, en la totalidad de los precios de las estructuras[541].

1.23. En otras ocasiones el Concesionario no utiliza la misma unidad de medida que es usual para los trabajos de infraestructura a nivel nacional y el precio de los ítems que contemplan varias actividades presupone el conocimiento cuantitativo de las unidades que lo conforman[542].

1.24. Para el cálculo del OPEX se basaron en la información que figura en el Plan Económico Financiero (Modelo Financiero hecho por la Concesionaria) en el caso de la pregunta 2 y en los Estados Financieros de la Concesionaria para el caso de la pregunta 3[543]. Esto implica que ítems importantes de la valoración, como lo son la gestión social, la gestión predial y la gestión ambiental, están sustentados, enteramente, en los estados financieros de la Concesionaria. Ello, por cuanto según el perito, los mismos hacen parte del OPEX[544].

1.25. Del mismo modo, los valores por concepto de gestión predial están basados en los valores trasladados por la Fiducia por concepto de predios en cuantía de $255.141.029.848 y $253.539.391.511 pesos en la troncal y $1.601.638.337 pesos en la transversal, actualizados a marzo de 2019[545].

1.26. No existe un presupuesto total desglosado en cantidades y precios de la obra a ejecutar, que haya sido acordado entre la Concesionaria y la Concedente. En esta medida, no existen cantidades consensuadas de la totalidad del proyecto a ejecutar, como tampoco existen precios unitarios de aplicación para efectos de valorar la obra ejecutada en un determinado momento del contrato[546].

1.27. No es posible establecer que la totalidad de las obras cumplan con los requisitos y especificaciones del Contrato en términos de espesores, calidades, alcances y condiciones exigibles para esta clase de infraestructura. D&P replicó que "dado el poco detalle del seguimiento de la calidad real del proyecto, y el hecho de que gran parte de los trabajos ejecutados no son accesibles, no es posible determinar de manera exacta el grado de impacto de este hecho".

1.28. Todas las obras de la Concesionaria como producto de los eventos eximentes de responsabilidad que dieron origen a este proceso fueron valorados por el perito, en la medida en que se trata de obras construidas[547].

2. Metodología del peritaje

La metodología parte de que las magnitudes fueron divididas en CAPEX y OPEX[548].

2.1. CAPEX

[540] Página 131 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.
[541] Página 135 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.
[542] Página 136 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.
[543] Página 87 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.
[544] Ibidem.
[545] Página 156 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.
[546] Páginas 140-141 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.
[547] Ver, entre otros, el punto 8.4 del escrito de aclaraciones y complementaciones de D&P., P. 264.
[548] Página 83 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.

Por CAPEX, el perito entiende los costos asociados directa e indirectamente a la construcción de la carretera, para lo cual tiene en consideración (i) el valor de la obra ejecutada; (ii) los rubros globales; (iii) el AIU de la obra ejecutada y (iv) la utilidad de rubros globales:

2.2.2. Valor de la obra ejecutada

La valoración de la obra está compuesta de la suma de la valoración de los macroservicios. Para este propósito, por macroservicios se entiende el conjunto de actividades de obra, agrupadas por tipologías de trabajo, en las que se subdivide cada uno de los hitos que, a su vez, fueron divididos en tres grupos analizados: i) Explanaciones, transporte de materiales de excavaciones y derrumbes, soluciones suelos blandos, sub-bases y bases, pavimento; ii) puentes, estructuras y drenajes; y iii) aspectos generales/ preliminares, señalización y seguridad y obras varias[549].

2.2.2.1. Cantidades

Utilizaron dos bases de cálculo diferentes en función del contenido de las preguntas: para las preguntas que exigen valoración independiente de lo que se correspondería con el coste de reposición de las prestaciones ejecutadas (pregunta 2, 4.1 y 5.1), utilizan cantidades resultantes de su propio análisis. Por su parte, para las preguntas que exigen valoración independiente de costos incurridos por la Concesionaria (Preguntas 3, 4.2 y 5.2), utilizan las cantidades reflejadas por la Concesionaria.

2.2.2.2. Precios

Como mejor alternativa optaron por hacer análisis de comparabilidad, cuyas comparables fueron las siguientes:

a) Los Precios de la Reclamación del Concesionario, que corresponden a los precios aportados por la Concesionaria en el documento 8.1_1.CAPEX-201903 Tribunal.

b) Los Precios del Contrato EPC correspondientes a Puerto Salgar-San Roque y Ocaña-Gamarra

c) Los Precios de las Cartillas Guías INVIAS- Cundinamarca, Boyacá, Santander, Cesar

d) Los precios de los nuevos contratos adjudicados por el INVIAS y cuyo objeto es la construcción, mejoramiento, rehabilitación, mantenimiento, gestión predial y ambiental de la Troncal del Magdalena, San Alberto - San Roque durante 2018, los cuales están divididos por tramos (Puerto Salgar- Puerto Araújo, Puerto Araujo- San Alberto, San Alberto- San Roque). También se tuvieron en cuenta los contratos adjudicados por el INVIAS para la continuación de la construcción, mejoramiento, rehabilitación, mantenimiento, gestión social, predial y ambiental de la transversal Ocaña- Aguaclara-Gamarra.

e) Los Precios unitarios establecidos por el Consorcio Euroestudios Ingenieros de Consulta, Duran y Osorio Abogados y Deloitte en la consultoría especializada para la estructuración de concesiones viales para algunas carreteras correspondientes al Grupo 3 (Centro Oriente, Corredores: (3) Villavicencio-Arauca, incluyendo el sector transversal del Sisga- (Chocontá - Aguaclara).

Dada la dispersión de precios, el perito procedió a encontrar una media ponderada de los mismos. Para ello dio al valor del centro un peso del 50%; a los inmediatamente superior e inferior un peso del 20% y a los extremos mayor y menor un peso del 5% de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$P_{\text{media ponderada}} = 0{,}5\,P_3 + 0{,}2\,(P_2 + P_4) + 0{,}05\,(P_1 + P_5)$$

La anterior metodología lo que hace es darle un menor valor en la ponderación a los escenarios de precios más altos y más bajos, para darle, en cambio, un mayor peso a los que se encuentran en la mitad. Es así como para cada ítem el precio que va de terceras tiene un peso en la ponderación del 50%, mientras que los

[549] Páginas 79 y 80 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.

otros tienen un peso del 20% o del 5%, según el caso. Los datos se encuentran en el Anexo 5 del dictamen pericial, mostrados a precios de diciembre de 2008.

En sede de contradicción las partes y el Tribunal cuestionaron la comparabilidad de los 5 escenarios mencionados. De acuerdo con la Concesionaria y sus litisconsortes, no resulta propio comparar contratos de obra con contratos de Concesión, pues en uno y otro caso la remuneración tiene componentes distintos en línea con las distintas funciones, activos, riesgos y personal empleados. Del mismo modo, cuestionaron la inclusión de los precios del INVIAS y de la Concesión Transversal del Sisga dentro del set de comparables, así como la exclusión de los precios incluidos en el informe de FTI. En el caso de la ANI, se cuestionó el no haber incluido dentro de los comparables a los precios aportados por la interventoría y el Tribunal cuestionó, además de algunos de los puntos señalados por las partes, el incluir dentro de los comparables a la propia parte evaluada y además por partida doble, es decir, mediante la utilización de los precios de la Concesionaria y de su Epecista.

El perito, luego de enfatizar que se trata de activos de difícil valoración que no pueden ser evaluados como si fueran *commodities,* respondió que los escenarios son comparables porque todos están referidos a la valoración de construcción de carreteras en Colombia y que si bien los elementos de una Concesión y de una Obra Pública son distintos, en la práctica los precios de los insumos que se requieren para construir una obra en una u otra modalidad son iguales, sin que ellos varíen en función de que el adquirente sea un concesionario o un simple constructor. En el caso de la Concesión Transversal del Sisga, el perito encuentra que tiene características técnicas y unidades de obra similares a la infraestructura que es objeto de arbitraje. Afirma también que no puede tomarse como universalmente válida la premisa según la cual los costes de una concesionaria superan a los de un constructor y, de ser mayores, ello obedece a elementos ajenos a la construcción misma, tales como i) la menor competencia o falta de ella, particularmente cuando quien construye está vinculado al concesionario; ii) la limitación de obtener posteriores mejoras al precio a través de los mecanismos de reclamación habituales en la contratación tradicional, entre otros. Sostiene que en su opinión los precios del INVIAS constituyen una base suficientemente objetiva, estadística y/o objetiva para ser tenidos en cuenta en la valoración. Lamenta, por su parte, que en el caso concreto haya habido una única oferta aceptada para este contrato, lo cual no permite verificar lo que otros licitantes hubieran podido ofrecer por los mismos bienes y servicios[550]/[551].

El perito también fue cuestionado por su fórmula de ponderación que, a juicio de la Concesionaria y sus litisconsortes, implica darle mayor valor a los precios del INVIAS. Este respondió que ello no es cierto y que la metodología simplemente presupone "castigar" en la ponderación a los precios que se encuentran en los extremos más alto y más bajo, o lo que es igual, tanto los precios más baratos como los más caros, con el consecuente "premio" a los precios que se encuentran en la mitad, con independencia de su proveniencia[552].

CSS consideró que si había unos precios para "premiar" en la ponderación, ellos debían ser los de la Concesionaria y su Epecista, pues los mismos provienen de un CAPEX que fue revisado y aceptado por los bancos al momento de otorgar sus créditos. En este sentido, apuntó que resultaba contradictorio que el perito hubiera tomado el modelo financiero que fue precisamente presentado a los bancos financiadores para efectos de ciertas valoraciones, pero al mismo tiempo desconozca esa realidad frente a su ponderación. El perito, al responder reiteró que su metodología de darle un menor valor a los precios que se encuentran en los extremos obedece a fundamentos técnicos[553] y más adelante, en su cuestionario, puso de presente que en este caso se había presentado un exceso de financiación, punto que será analizado en detalle más adelante.

Frente a la exclusión de los precios de la Interventoría y del informe de FTI, el perito consideró que su trabajo no había consistido en reproducir informaciones o hipótesis, no necesariamente compartidas, de alguna(s) de las partes, sino en sacar sus propias e independientes conclusiones[554].

[550] Ver, entre otros, los puntos 3.17 a 3.20 del escrito de aclaraciones y complementaciones, p. 79-81.
[551] Ver también Punto 3.33 del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 88.
[552] Ver, entre otros, el punto 3.21. del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 81
[553] Ver punto 9.12 del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 274.
[554] Ver Punto 5.7 del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 182

2.2.2.3. Metodología empleada para los precios unitarios

Adicional a lo anterior, el dictamen manifiesta que se fijó los siguientes parámetros:

i) Cuando se encontraron varias fuentes para un mismo ítem se procedió a calcular el promedio de la fuente de consulta correspondiente

ii) Cuando la descripción del ítem por la Concesionaria implicaba la concurrencia de varios ítems, se procedió a sumar las actividades que lo conforman

iii) Fueron revisados todos los servicios contenidos en el desglose de precios que fue facilitado por la Concesionaria. Cuando el perito no plantea alternativas de precios a algunos de ellos, es porque le parecieron razonables.

iv) Se mantuvo el precio de la Concesionaria en precios no analizados o en precios en los que había concordancia entre fuentes.

v) En algunos casos se analizó la justificación de los precios aportados por la Concesionaria. Dado que la misma no tiene desglosados los servicios de puentes y dada la ausencia de descomposición de precios, así como de homogeneización de criterios, no ha sido posible analizar los precios de tales servicios.

vi) Dado que los precios de consulta correspondieron a fechas distintas a diciembre de 2008, los mismos fueron indexados por el IPC[555].

2.2.2.4. Los rubros globales

Corresponden a otros costos no asociados directamente a la obra ejecutada, como son la gestión predial, ambiental, social, estudios, obras y afines. También se incluyen los estudios y diseños, la remoción de redes de interferencia, el programa de intervención prioritaria (PIP) y los peajes. Por su parte, no se incluyen los gastos de gestión ambiental, gestión social y gestión predial por estar incluidos en el OPEX, de acuerdo con los estados financieros de la Concesionaria correspondientes al ejercicio de 2016[556]. La Concesionaria cuestionó esta última asunción, pues señaló que existen rubros globales de las gestiones social, ambiental y predial que están incluidas en el CAPEX, que a su juicio tienen un impacto de $75.047 millones de pesos a precios de diciembre de 2008, y que a marzo de 2019 implicarían un mayor valor de la obra en $108.818 millones, lo cual incrementaría en un 2.8% las estimaciones de CAPEX en la respuesta a la pregunta 2[557] .

Dada la limitada información sobre los rubros globales, los peritos estimaron una valoración del 4.5% de la obra ejecutada para la cuantificación de los estudios y diseños, al tiempo en que mantuvieron el resto de criterios de la Concesionaria, por cuanto los consideraron razonables. En el peritaje no se sustenta de manera suficiente esta premisa. La Concesionaria, por su parte, en su solicitud de aclaraciones y complementaciones cuestionó esta manifestación y, en cambio, sostuvo que el 20 de octubre de 2017, fecha en la que se entregó la vía a la ANI, la totalidad de los estudios y diseños de detalle habían sido debidamente entregados por el Concesionario y contaban con la respectiva no objeción de la Interventoría, en cumplimiento de lo previsto en las Secciones 4.01 y 4.02 del contrato de Concesión. Ante este hecho, solicitó aclarar las razones por las que el perito no tuvo en cuenta el valor real, ejecutado y aceptado por las partes en relación con tales estudios y diseños, a lo cual el perito respondió que tras revisar la información no había tenido la capacidad de confirmar la veracidad de la premisa indicada y se negó a hacer cualquier ajuste en este específico punto. El perito reafirma su posición, además, teniendo en cuenta que muy seguramente la ANI tendrá que incurrir en costos adicionales de revisión, redacción y adaptación en los cuales tendrá que incurrir un nuevo adjudicatario[558]. En este sentido, el perito se negó a tener como cierta la afirmación insinuada por la Concesionaria, en el sentido de que los estudios y diseños pueden ser utilizados posteriormente[559].

2.2.2.5. El AIU de la Obra Ejecutada (Administración, Imprevistos, Utilidad)

[555] Página 133 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.
[556] Página 84 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.
[557] Punto 3.31 del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 87.
[558] Punto 3.38 del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 90
[559] Punto 3.40 del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 91

Corresponde a los costos indirectos asociados a la ejecución de la obra. De acuerdo con el perito, el AIU es incorporado a los presupuestos de proyectos del sector de la construcción con el propósito de *retribuir* los costes de administración de un contrato en particular, retribuir al contratista con una utilidad por su trabajo y retribuirlo por asumir los riesgos a frente a los cuales asume compromiso, así como por los imprevistos asociados a los proyectos de construcción.

Dado que el AIU es un rubro variable según la complejidad, el riesgo y las condiciones del proyecto, los peritos tomaron la información de proyectos similares [560], para concluir que podía tomarse un AIU del 32%, que al descomponerlo determina una Administración del 22%, unos Imprevistos del 5% y una utilidad para el contratista del 5%.

La Concesionaria, en su solicitud de aclaraciones y complementaciones, pidió que el perito determinara un AIU acorde con contratos de concesión, no de obra. El perito respondió, en consonancia con sus respuestas a otras preguntas, que los preceptos aplicables a las concesiones viales deben ser, en estos específicos puntos, equivalentes a un esquema de obra[561].

2.2.2.6. La utilidad de rubros globales

Se estimó en un 5% de acuerdo con el Contrato de Concesión.

La ANI cuestionó que el perito incluyera en su valoración la utilidad, a lo cual este respondió que ese es un elemento jurídico que deberá evaluar el Tribunal y que, con tal fin, en el informe pericial se han desglosado los distintos componentes de sus cálculos para que el Tribunal haga uso de ellos como considere oportuno[562].

La Concesionaria, en cambio, consideró que los rubros globales deben ser adicionados, no solamente en la utilidad, sino también en la administración e imprevistos. A tal petición el perito respondió que además de que este había sido el propio criterio de la Concesionaria, la actividad de Otros Rubros no tiene asociados costos indirectos ni imprevistos, solo utilidad[563].

2.2.2.7. OPEX

Para este cálculo se basaron en la información que figura en el Plan Económico Financiero (Modelo Financiero hecho por la Concesionaria) en el caso de la pregunta 2 y en los Estados Financieros de la Concesionaria para el caso de la pregunta 3[564].

La ANI, en su escrito de aclaraciones y complementaciones cuestionó esta metodología por basarse en modelos financieros elaborados por el propio Concesionario (Pregunta 2) o en Estados Financieros que, de acuerdo con el mismo dictamen pericial, se encuentran cuestionados (Pregunta 3). El perito respondió, al respecto, que el hecho de que los estados financieros estén cuestionados, no quiere decir que no sean válidos y que ellos "tan solo" llaman la atención sobre el hecho de que no se puede depositar confianza sobre la información financiera objeto de auditoría[565]. Por su parte, en relación con los modelos financieros, el perito considera que es válida su utilización para dar respuesta a la pregunta 2, dado que lo que se pretendía era "obtener un coste de obra que un tercero incurriría en condiciones de mercado (valor de reposición) por lo que a estos efectos hemos tomado el OPEX que un tercero presupuestaría, como lo hizo la Concesionaria"[566]

2.1.1.3. Medición de las Cantidades de Obra ejecutada

1.2.2.9. Aspectos Generales

Se realizó un análisis de la información recibida, para lo cual se utilizaron los planos de diseño no objetados contenidos en las memorias técnicas y en los modelos digitales de trazado aportados por el Concesionario,

560 Página 86 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.
561 Punto 5.16, página 186 del escrito de aclaraciones y complementaciones.
562 Ver punto 4.9, página 163 del escrito de aclaraciones y complementaciones.
563 Ver punto 3.41, página 91 del escrito de aclaraciones y complementaciones.
564 Página 87 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.
565 Página 160 del escrito de aclaraciones y complementaciones.
566 Punto 4.17 del escrito de aclaraciones y complementaciones, Página 168.

incluidos los informes asociados, así como los respectivos cuadros de Excel. También se tomaron los reportes mensuales registrados por la interventoría. En el caso de los puentes, estructuras y drenajes, además, se tuvo en cuenta tanto el acta de reversión y entrega de la ANI[567], el capítulo 8 del informe preliminar del 7 de noviembre hecho por la Interventoría[568], el informe CAPEX de la Concesionaria y los documentos de cantidades y estado de elementos[569], las carpetas de CAPEX[570].

En las solicitudes de aclaración y complementación del dictamen, varias de las partes cuestionaron la metodología empleada, ante lo cual el perito respondió que no era posible en una obra ya ejecutada la determinación exacta de materiales, horas de trabajadores, horas de maquinarias, ineficiencias o disrupciones por motivos diversos que van desde las condiciones climáticas hasta las sociales, pasando por las logísticas.

Para efectos de las cantidades, los distintos macroservicios fueron agrupados según su naturaleza en tres grandes grupos: i) explanaciones, transporte de material de excavaciones y derrumbes, soluciones suelos blandos, sub-bases, bases y pavimento; ii) Puentes, estructuras y drenajes y iii) señalización, seguridad y obras varias.

1.2.2.10. Grupo 1: Explanaciones, transporte de material de excavaciones y derrumbes, soluciones suelos blandos, sub-bases, bases y pavimento

En el caso de las explanaciones, el perito acudió a distintos modelos que fueron trasladados a programas de software de cálculo, con base en los cuales determinaron el descapote, el cuerpo del terraplén, las excavaciones, el hombro, la coronación de terraplén y, a partir de ellos, determinaron las excavaciones de material procedente de préstamo, la conformación de botaderos, el mejoramiento de la fundación de los terraplenes, la excavación de material en roca y la mezcla con cal para rellenos. Estos resultados luego fueron comparados con los datos de la Concesionaria y se llegó a la conclusión de que el perito había encontrado variaciones entre el 0 y el -4.43%, a excepción de la excavación del material en roca, donde la diferencia superó el -45%. Frente a este último punto el perito aclara que si bien los resultados de su investigación coinciden con los archivos de la Concesionaria, esta reclama unas cantidades superiores en el documento del CAPEX aportado[571]. La ANI solicitó al perito aclarar cuál había sido la fuente de información con la que se habían determinado las cantidades de obra[572], quien respondió que las cantidades de obra se determinaron a partir del análisis de las memorias de obra, en las que se consideraron los planos y diseños disponibles, así como la documentación que las partes utilizaron para desglosar y justificar las cantidades de obra, con la aclaración de que en el Anexo 5 del dictamen se incluyó la lista de las cantidades consideradas, así como su comparación[573].

En cuanto al transporte de material de excavaciones y derrumbes, la variación entre las cantidades de la Concesionaria y el perito fue de -1.84%; en las soluciones de suelos blandos se consideró válida la medición de la Concesionaria; en las sub-bases estabilizadas con cemento se encontró una variación de -6.33%; en la base granular del -5.44% y en la carpeta asfáltica del -2.01%[574].

1.2.2.11. Grupo 2: Puentes, estructuras y drenajes

En el caso de los puentes, en una Primera Fase se determinó el número de puentes inventariados por las partes y el estado reconocido en que se encuentran (en construcción, construidos o sin construir) a Octubre de 2017 y luego, en una Segunda Fase, se hizo una medición sobre plano de varios servicios de los principales puentes. Según el perito, se revisó el 60% de los puentes nuevos y existentes en términos de luz de puente (3.083,4 metros de un total de 5.125,53 metros), lo que supone 28 puentes de un total de 184 (15,22%) y, en términos de superficie de tablero, 32.475 m2 de los 59.456,15 m2 existentes (54.62%).

567 Documento GCSP-F-118 suscrito por la Concesionaria, la ANI y la Interventoría.
568 Documento IF-PVPS-AR-07-17, con sus anexos en los que se detallan inventarios, planos, estado y cantidades (8.1_CAPEX-201903 y Anexos PdF).
569 201802 INFORME TECNICO_CAPEX RDS.doc y 8.1_1. CAPEX-201903.xls.
570 P. 110-111 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.
571 P. 104 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.
572 Solicitud 5 de la ANI.
573 Punto 4.5 del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 161.
574 P. 109 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.

En la Primera Fase mencionada, el perito determinó en qué estaban de acuerdo la Concesionaria y la ANI y en qué no estaban de acuerdo, para luego sacar sus propias conclusiones. Dentro de dicho análisis se determinó que existen 12 puentes que aparecen en el inventario de la Concesionaria pero que no aparecen ni en los documentos contractuales de la ANI o de la interventoría. En relación con los mismos, el perito optó por mantenerlos en la lista de puentes construidos de su informe[575].

En la Segunda Fase, el perito procedió a calcular las cantidades de los puentes con base en el estado de su construcción. Pero al hacerlo, i) no pudo calcular todas las unidades debido a la cantidad de documentación; ii) las cantidades se realizaron sobre los planos de la concesionaria; iii) no se pudieron comprobar las cantidades *in situ* para establecer si su geometría y dimensiones corresponden a lo que se muestra en planos; y iv) en el caso de las cimentaciones profundas se encontraron indefiniciones en los planos. A pesar de todas estas limitaciones, el perito trató de determinar las cantidades de la manera más *precisa* posible[576].

En cuanto a los drenajes, se cotejaron las cantidades de la documentación de la Concesionaria[577] con las de la Interventoría[578] y se determinó que la información coincide casi en su totalidad, salvo diferencias que no son materiales. Por ello, el informe concluye con que se consideran correctas las cantidades que constan en la documentación del Concesionario[579].

1.2.2.12. Grupo 3: Aspectos Generales/Preliminares, señalización y seguridad y obras varias

Frente a la señalización y seguridad y obras varias, se revisó la información de la Concesionaria, para lo cual se hizo una comparación entre las cantidades que aparecen en el archivo 8.1_CAPEX-201903 y los archivos de las memorias de cantidades que lo soportan. En este caso, se analizó la totalidad de los macroservicios. Luego se comparó el mismo documento del CAPEX con los archivos de soporte de cantidades registrados por la Interventoría en las memorias correspondientes al Capítulo 8 del Informe Preliminar de Interventoría del 7 de Noviembre de 2017. Del mismo modo, se revisaron otros archivos de la Concesionaria[580].

La comparación entre los mismos documentos de la Concesionaria determinó que el costo total presentado en el documento 8.1_CAPEX-201903 es mayor al costo total que se obtiene al ingresar las cantidades unificadas de los soportes de la concesión, multiplicados por el valor unitario de cada ítem. El valor de la diferencia, según el dictamen, asciende a $49.110.716.373[581]. No obstante, cuando se compara el mismo documento de CAPEX de la Concesionaria con los documentos de la Interventoría, se encuentra que el costo total presentado por la Concesionaria es menor al que se obtiene una vez tomadas las cantidades de los soportes de la Interventoría multiplicadas por el valor unitario de cada ítem. De manera concreta, en el documento 8.1_CAPEX-201903 (Concesionario) se reportan 6.159.841 m2 por un valor de 178.684 millones, mientras que en las memorias de cantidades de la Concesión (Concesionario) aparecen 3.104.109 m2 por un valor de 129.574 millones y en las memorias de la interventoría aparecen 7.292.654 m2por un valor de 198.007 millones[582].

D. Identificación de los principales ítems

El perito analizó la identificación de los ítems que le presentó la Concesionaría y los comparó con la metodología empleada por el INVIAS en sus guías de precios unitarios para los diversos proyectos en los distintos Departamentos de Colombia.

El mayor problema encontrado por el perito fue que la Concesionaria, al generar algunos ítems, lo que hizo fue agrupar varias actividades en uno solo de ellos, lo cual dificulta o impide la verificación o valoración de

575 P. 114 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.
576 P. 115 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.
577 Documentos del CAPEX, inventario de drenaje del "listado de obras realizadas" y planos de obras aprobados
578 "Informe preliminar de noviembre de 2017" y sus anexos
579 P. 124 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.
580 P. 126 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.
581 P. 128 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.
582 P. 131 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.

la actividad, dado el desconocimiento directo de los insumos y/o cantidades empleadas en el análisis. Esto se da por ejemplo, en prácticamente la totalidad de los precios de estructuras[583].

A manera de ejemplo, el Concesionario muestra bajo el ítem "alcantarillas de concreto" las actividades de excavación, solado, atraque, tubería y relleno. En el caso del reforzamiento de puentes, el perito agrupa bajo el ítem "fundación pilotes" el cemento y el acero; bajo el ítem "apoyo estribos" agrupa la excavación, el concreto y el acero de refuerzo. no explica el tipo de intervención ejecutada. En las superestructuras se agrupan en un solo grupo a los tableros, andenes, bordillos, barandas vehiculares y juntas de dilatación, en algunos casos; y en otros el acero de refuerzo, el concreto para la placa superior y las barandas[584].

Adicionalmente, en otras ocasiones el Concesionario no utiliza la misma unidad de medida que es usual para los trabajos de infraestructura a nivel nacional y el precio de los ítems que contemplan varias actividades presupone el conocimiento cuantitativo de las unidades que lo conforman.

E. Otros cuestionamientos sobre los aspectos generales del dictamen presentados en los escritos de aclaraciones y complementaciones

Además de los que ya han quedado expuesto, en relación con los lineamientos generales del dictamen, las partes cuestionaron los siguientes aspectos en sus solicitudes de aclaraciones y complementaciones:

1.2.2.13. Eliminación de algunos servicios por parte del perito en el CAPEX

La concesionaria y sus litisconsortes evidenciaron que el perito no había incluido en sus valoraciones los servicios llamados *mezcla con cal para rellenos T3-H21N y T3 Paso Campo 23 N*, así como *muros de tierra mecánicamente reforzada- la rayita*. D&P estuvo de acuerdo con esta observación y, con base en ello, procedió a hacer un recálculo del CAPEX, el cual tuvo un incremento en un intervalo que oscila entre el 0,58% y el 1,06% dependiendo de la pregunta del cuestionario[585].

1.2.2.14. Errores en las cantidades de obra medidas

La Concesionaria y sus litisconsortes evidenciaron algunos errores en las mediciones de cantidades. Unos de ellos fueron aceptados por el perito y otros no. Al final, con las modificaciones, los cambios a la valoración del CAPEX en las distintas preguntas osciló entre el 0,58% y el 1.03%. El detalle de los cálculos y resultados se encuentran en el Anexo 1 al escrito de aclaraciones y complementaciones hecho por D&P[586].

1.2.2.15. Cuestionamiento sobre la confusión entre la Concesionaria y su Epecista

La Concesionaria, sus litisconsortes y algunos terceros intervinientes, permanentemente cuestionaron que el dictamen pericial acudiera a información del Epecista Consorcio Constructor -Consol para determinar cálculos como los relacionados con los perjuicios del proyecto y, al respecto, subrayaron que el perito no tenía claro que se trataba de dos entes jurídicos diferentes. D&P respondió que tiene muy claras las diferencias jurídicas entre las dos entidades, pero subrayó la importancia de mostrar la posición neta que en el negocio tienen la Concesionaria y sus socios, pues al mirar el negocio en su totalidad resulta evidente la inexistencia de aportes netos por parte de la Concesionaria y Consol al proyecto[587].

1.1.3. Las respuestas al cuestionario hecho por el Tribunal

1.1.3.1. Respuesta a la pregunta Nº 1

La pregunta formulada fue la siguiente:

De conformidad con las Obligaciones contenidas en el Contrato de Concesión No. 001 de 2010 -incluidos sus anexos y apéndices, otrosíes, actas modificatorias, adicionales y demás documentos contractuales-, y en el Contrato EPC para el diseño, suministro, construcción, mejoramiento y rehabilitación de las obras del Sector 2 del Proyecto Vial Ruta del Sol -incluidos sus

583 P. 134-135 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.
584 Páginas 135-136 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.
585 Punto 3.36 del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 90
586 Punto 5.2 del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 180 yss
587 Entre otros, ver punto 9.8 de las aclaraciones y complementaciones, P. 270.

anexos y apéndices, otrosíes, adicionales y demás documentos contractuales-, con sujeción al alcance señalado en cada uno de tales contratos, el Perito determinará el porcentaje de ejecución real y el porcentaje de ejecución financiera, frente al exigido de haberse ejecutado la obra en su totalidad sin interrupción alguna. El perito discriminará los porcentajes de ejecución tanto para la troncal Puerto Salgar- San Roque; como para la transversal Ocaña- Gamarra.

El Tribunal quería tener una idea clara del grado de ejecución de las obras, de cara a su evaluación de las pruebas en su conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

1.1.3.1.1. Ejecución real

El Contrato tenía por alcance la totalidad del Sector 2 del Corredor Vial Ruta del Sol que une a Puerto Salgar (Cundinamarca) con San Roque (Cesar), lo cual implicaba la realización de obras a lo largo de 528 km, aproximadamente. De acuerdo con su Anexo Nº 6, además, quedó comprendida la transversal Río de Oro- Ocaña- Gamarra, que suponía obras en 73,9 km adicionales.

El perito parte del supuesto de que el cálculo del grado de avance físico de una infraestructura como la que tenemos presente requiere tener un proyecto completo a ejecutar, que tenga un presupuesto desglosado en cantidades de obra y precios unitarios. De este modo se puede valorar la infraestructura completa y, de la misma forma, determinar el grado de ejecución de lo que se ha contratado[588].

Dado que lo anterior no existe en el presente caso según el perito, D&P procedió a darle un peso a cada una de las actividades del plan de obras en la totalidad del proyecto a ejecutar, bajo el supuesto de que no todas revisten la misma importancia y bajo la premisa según la cual la obra no puede ser medida en kilómetros, dadas las diferencias que reviste la ejecución de los distintos tramos. Al mismo tiempo, procedió a determinar el grado de ejecución de cada una de dichas actividades en función de sus objetivos. Esta ponderación se realizó en relación con tramos nuevos y con tramos existentes y bajo la permanente diferenciación de las obras de la troncal y de la transversal.

Con base en este análisis, el perito concluye que el grado de avance de la troncal es del 52.66%. Por su parte, el de la transversal es del 29.92%[589]. El grado de avance total lo calculó en 50.33%[590].

1.1.3.1.1.1. La contradicción de las partes

La ANI le solicitó al perito aclarar cómo podía presentar tales porcentajes sin haber determinado ni cuantificado las posibles deficiencias en la construcción de las obras, a lo cual el perito respondió que si bien es posible determinar las obras ejecutadas para beneficiar el interés público, en su caso habría que hacer deducciones atribuibles a las referidas deficiencias[591].

La ANDJE, por su parte, cuestionó si para la determinación de la ejecución real el perito pudo establecer que la totalidad de las obras cumplían con los requisitos y especificaciones del Contrato en términos de espesores, calidades, alcances y condiciones exigibles para esta clase de infraestructura. D&P replicó que *"dado el poco detalle del seguimiento de la calidad real del proyecto, y el hecho de que gran parte de los trabajos ejecutados no son accesibles, no es posible determinar de manera exacta el grado de impacto de este hecho"*[592].

La Concesionaria y sus litisconsortes pidieron al perito aclarar por qué no había incluido en su ponderación las actividades de preconstrucción, plan de intervención prioritaria (PIP), gestión social, predial y ambiental, estudios de trazado y diseño geométrico, estudios de detalle e interferencia de redes. También cuestionaron el peso dado en las fórmulas a algunas actividades y, en general, los porcentajes de ejecución presentados por D&P. El perito respondió que lo que hizo fue adoptar el criterio de considerar que tales conceptos

588 Esta premisa fue fuertemente discutida entre la Concesionaria y el Perito quien, tanto en el escrito de aclaraciones y complementaciones, como en la audiencia de contradicción del dictamen, reafirmó su posición en el sentido de que no existe una documentación total del proyecto a ejecutar ni la totalidad de los diseños de todo el proyecto. También sostuvo que la referida documentación fue solicitada a las partes sin una respuesta. Ver, entre otros, punto 3.47 del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 93.
589 Páginas 145 y 147 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.
590 Página 153 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.
591 Punto 4.7 del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 162
592 Punto 8.3 del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 263

impactan proporcionalmente al avance de obra, de manera que son amortizados en su totalidad una vez finalizada. Por ello y por considerar técnica su metodología, se negó a modificar sus cálculos[593]/[594].

1.1.3.1.2. Ejecución financiera

El perito comenzó por precisar y determinar las distintas fuentes de financiación del contrato, para luego contrastarlas con su grado de ejecución. Dichas fuentes las clasificó así: i) aportes de capital; ii) aportes de la ANI por concepto de vigencias futuras y peajes; iii) aportes de la Concesionaria por concepto de predios; iv) financiación bancaria y v) aportes de la ANI por concepto de estudios y diseños.

Las conclusiones del perito se resumen en el siguiente cuadro:

Fuente de Financiación	Observaciones	Porcentaje de ejecución
Aportes de capital socios	El Concesionario debía aportar una suma mínima de $245.000 M constantes de 2008 lo que equivale a $356.675 M de marzo de 2019. La Fiducia certifica aportes por $253.438 M constantes de 2018, lo que equivale a $335.571 M de marzo de 2019	94.08%[595]
Vigencias Futuras y peajes	El perito sostiene que el valor del contrato de Concesión a marzo de 2019 es de $4.034.157 millones y parte de tal cifra para la determinación del porcentaje de ejecución de los aportes estatales a través de vigencias futuras y de peajes. Así, sostiene que teniendo en cuenta que se han pagado vigencias futuras por $1.452M a pesos de 2019 y peajes por $1.160, para un total de $2.612M, ello quiere decir que esta última cifra corresponde al 64.76% del total mencionado por $4.034M.	64.76%
Aportes de la Concesionaria por concepto de predios	En relación con la troncal, sostiene el dictamen que el contrato exigía aportes de $94.684 M constantes de 2008, lo que equivale a $137.842 M de marzo de 2019. El concesionario hizo aportes por $253.539 millones corrientes, pero la ANI le	120.36% para la troncal 102.40% para la transversal 115.87% (consolidado)[598]

[593] Puntos 3.45 y ss del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 92
[594] Punto 16.1 del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 188
[595] Página 148 del dictamen pericial y punto 3.53 del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 96
[598] Página 153 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.

	retornó $128.830 M, lo que quiere decir que el Concesionario ha aportado $124.635M de pesos constantes de 2008, lo cual equivale a $165.904M corrientes de 2019[596]. En relación con la transversal, los aportes de la Concesionaria debían ascender a $31.584 M constantes de diciembre de 2008, lo cual equivale a $45.980 M de marzo de 2019[597]. La Concesionaria aportó $40.801 M corrientes, equivalentes a $47.086M de marzo de 2019	
Financiación Bancaria	La financiación mínima debía ser de $245.000 millones de pesos. De acuerdo con el Segundo Crédito formalizado por la Concesionaria, el crédito sindicado concedido fue por un valor de 2.370 Billones de pesos, de los que dispuso 2.367 Billones de pesos. Los cálculos del perito no tienen en cuenta la amortización del crédito[599]	99.9%
Aportes ANI por estudios y diseños	De acuerdo con el Otrosí Nº 8 la ANI debía fondear la subcuenta de estudios y diseños con $10.331 M de diciembre de 2014. La ANI aportó $10.331M de diciembre de 2014[600]	100%

1.1.3.1.3. Los principales aspectos de la Contradicción del dictamen

El Anexo 2 contiene todos los puntos que fueron objeto de contradicción. A continuación, se tratarán los aspectos más relevantes.

596 Página 150 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.
597 Páginas 150-151 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.
599 Página 151 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.
600 Página 152 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.

1.1.3.1.3.1. En relación con la afirmación del perito en el sentido de que el contrato tiene un valor de $4.034B de marzo de 2019

En relación con el cálculo del porcentaje de ejecución de vigencias futuras y peajes, la ANI cuestionó al perito sobre su afirmación en el sentido de que el valor del contrato asciende a $4.034B de marzo de 2019, teniendo en cuenta que su valor está expresado en un VPIT que está basado en unos ingresos distribuidos en el tiempo y descontados a una tasa que, para el caso, es la TDI expresada en el contrato. El perito, sobre el particular, respondió que el monto de $4.034B es el resultado de tomar el valor del contrato de concesión a pesos de diciembre de 2008 por un total de $2.771.093 M y aplicarle el IPC hasta marzo de 2019. El perito afirma que no considera técnico aplicarle a dicho valor la TDI del contrato, ya que la misma representa la rentabilidad del Concesionario, mientras que su análisis pretende una simple comparación de costes de obra[601].

La Concesionaria y sus litisconsortes también discutieron vehementemente las razones por las cuales el perito no había utilizado la TDI establecida en el contrato para el cálculo real del VPIT. El perito insistió en su metodología, sobre la cual precisó que *"el valor del Contrato se fijó en $2.094.286 millones, constantes a 31 de diciembre de 2018, que se correspondía con el valor presente a dicha fecha de los ingresos correspondientes a los Aportes de INCO/ANI y a los recaudos de peajes solicitados por el Concesionario en su propuesta.*

El valor presente anterior era determinado a partir de los flujos establecidos en el Contrato para los Aportes de INCO/ANI y los Peajes descontando a una tasa de descuento "TDI" y trayendo los pesos de cada momento de los distintos flujos a precios constantes de 2018. Desde una perspectiva financiera, la racionalidad de la actualización por la TDI de los distintos flujos de Aportes y Peajes responde a que la TDI obedece al reconocimiento de la rentabilidad del empresario, en este caso, de la Concesionaria, la cual se haya implícita en cada uno de los flujos de Aportes y Peajes, como remuneración de la Concesionaria. Por otra parte, el ajuste de los valores de los Aportes y Peajes por el IPC supone simplemente corregir los efectos de la inflación.

Como consecuencia de lo anterior, desde un prisma de análisis financiero, eliminada la remuneración o rentabilidad de la Concesionaria y traído el valor del Contrato a precios constantes de 2008, el resultado obtenido a dicha fecha no es más que el valor presupuestado del coste de construcción de la obra a precios de 2008".

"De todo lo anterior, se deriva que, dependiendo de qué se pretenda, se deben utilizar diferentes análisis económicos:

- *Si lo que se pretende es determinar el valor del Contrato, entendiéndose éste como el coste presupuestado de la obra, a una fecha determinada, se deberá ajustar el valor de 31 de diciembre de 2018 por los cambios habidos en la inflación desde 31 de diciembre de 2018 hasta dicha fecha determinada.*

- *Si lo que se pretende es determinar el valor del Contrato, entendiéndose éste como el coste de la obra más la remuneración del Concesionario, retribuidos ambos por el Estado y los Peajes, entonces se deberá ajustar el valor de 31 de diciembre de 2018 por los cambios habidos en la inflación desde 31 de diciembre de 2018 hasta dicha fecha determinada (sic).*

- *Si lo que se pretende es determinar el valor del Contrato, entendiéndose éste como el coste de la obra más la remuneración del Concesionario, retribuidos ambos por el Estado y los Peajes, entonces se deberá ajustar el valor de 31 de diciembre de 2018 por los cambios habidos en la inflación desde 31 de diciembre de 2018 hasta dicha fecha determinada y capitalizarlo por la remuneración de la Concesionaria por la TDI.*

El análisis realizado por nosotros en nuestro Informe de 19 de mayo de 2019 ha pretendido eliminar los efectos de la remuneración de la Concesionaria, puesto que la misma no se va a producir en un futuro, ni parece que, desde un punto de vista económico, tenga sentido compensarla.

Como hemos explicado anteriormente, la forma de actualización del valor del Contrato depende del propósito para el que se desee hacer esa actualización a una fecha determinada.

Como también hemos explicado anteriormente, en nuestros análisis de nuestro Informe Pericial, no hemos considerado la remuneración del Concesionario, porque todo el análisis se está realizando a coste de obra con el objetivo de identificar, excluida

[601] Punto 4.13 del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 168.

la remuneración de la Concesionaria, en qué mayores costes incurrirá la ANI o el Estado Colombiano como consecuencia del rescate de la infraestructura"[602]/[603].

Más adelante sostuvo que "*no hemos considerado la remuneración del Concesionario, porque todo el análisis se está realizando a coste de obra con el objetivo de identificar, excluida la remuneración de la Concesionaria, en qué mayores costes incurrirá la ANI o el Estado Colombiano como consecuencia del rescate de la infraestructura"*[604].

La anterior discusión tiene trascendentales efectos en los cálculos hechos por el perito, ya que muchos de ellos, particularmente los de los eventuales perjuicios sufridos por la ANI como consecuencia de la terminación del contrato, parten precisamente de la afirmación según la cual el valor del contrato es el resultado de tomar su valor inicial a pesos de 2008 y aplicarle el IPC, bajo la asunción de que dicho valor representa el costo acordado de la obra. No obstante, tanto en el dictamen inicial, como en el escrito de aclaraciones y complementaciones, el perito se reafirma en su posición y ante la petición de la Concesionaria y sus Litisconsortes de recalcular todas las cifras con base en la TDI, procedió a hacerlo, pero bajo su propia óptica y con la aclaración de que no está de acuerdo con ninguna de las observaciones que le hicieron.

Así, el perito consideró que para hacer homogéneos varios de los cálculos hechos a lo largo del dictamen pericial, tenía que proceder a ajustar los costos de obra determinados en el dictamen por la TDI y, de esta manera, volver a calcular el costo para completar la obra (*cost-to-complete*), según la solicitud del Tribunal en algunas de sus preguntas. Ello obedece a que, según el perito, sus cálculos frente a las preguntas 2 y 5 hechas por el Tribunal solo incluyen el "costo" del proyecto y, por lo tanto, a ellos faltaría la remuneración que cobraría un tercero que llegare a licitar otra vez bajo las mismas condiciones de la Concesionaria, la cual supone, entonces, aplicar al costo la TDI solicitada por la Concesionaria en su propuesta e incluida en el contrato de concesión.

De la misma manera y con el mismo propósito de hacer los cálculos homogéneos, sostienen que en el ejercicio que le solicitó el Tribunal para responder a la pregunta 5 (Sección 7.5 del dictamen), procederán a excluir de la financiación del coste de la obra el valor de los peajes, por cuanto ellos incluyen conceptualmente la remuneración del Concesionario[605].

Luego de todas las aclaraciones expuestas, los peritos concluyen que el valor del contrato es de $12.188.021 millones de pesos calculados a 31 de marzo de 2019[606]. Luego, en la audiencia de contradicción, sostuvieron que este valor asciende a $13.946.339 millones y que la cifra de 12.188.021M tenía un error en la fórmula que la precedió, por haber descontado dos veces la inflación.

1.1.3.1.3.2. En relación con los aportes de capital hechos por la Concesionaria

De otro lado, la Concesionaria y sus litisconsortes, así como los terceros intervinientes, cuestionaron que en los aportes de capital de la Concesionaria no se hubiera tenido en cuenta la suma de $8.872M, correspondientes a los pagos realizados con anterioridad a la constitución de la fiducia.

El perito sostiene que no los tuvo en cuenta en la medida en que no fueron efectivamente aportados al patrimonio autónomo[607], pero que es cierto que existen aportes por $8.872 M a pesos de diciembre de 2008 que se hicieron antes de la constitución de la fiducia. Esto cambiaría el grado de ejecución de 94.08% a 97.63%[608].

1.1.3.1.3.3. En relación con el porcentaje de ejecución de los aportes estatales

La Concesionaria y sus litisconsortes, con base en los cuestionamientos anteriores, le solicitaron al perito rehacer sus cálculos teniendo en cuenta la TDI. Recordemos que el perito estimó en un 64.76% el grado de ejecución de los aportes.

602 Punto 3.50 del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 93
603 Punto 17.1 del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 189
604 Ibidem
605 Punto 3.51 del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 95.
606 Ibidem.
607 Punto 3.52 del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 95.
608 Punto 7.2 del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 261.

Al aplicar la TDI a los peajes y a las vigencias futuras, el grado de ejecución de los aportes estatales llega al 35,19% .

1.1.3.1.3.4. En relación con el porcentaje de ejecución de la financiación

La Fiduciaria Corficolombiana cuestiona que el perito haya fijado en un porcentaje de 99.9%, no del 100%, el grado de ejecución de los créditos. Dicen que ello obedece a que los peritos lo que hicieron fue comparar los montos desembolsados contra el cupo de crédito otorgado, que ciertamente es superior a las sumas efectivamente prestadas a la Concesionaria.

D&P respondió que la Fiduciaria tiene razón pero que es ese punto precisamente, es decir, el contraste entre el cupo asignado y el monto desembolsado, el que se quiere subrayar en el dictamen. Ello, por cuanto tal hecho demuestra que la Concesionaria ya prácticamente agotó el crédito que le fue concedido (99.9%), a pesar de que solo ha ejecutado el 52.66% (sic) de la obra[609].

1.1.3.2. Respuesta a la pregunta Nº 2

La pregunta formulada fue la siguiente:

De conformidad con las Obligaciones contenidas en el Contrato de Concesión No. 001 de 2010 -incluidos sus anexos y apéndices, otrosíes, actas modificatorias, adicionales y demás documentos contractuales- el perito determinará y valorará las prestaciones efectivamente ejecutadas por la Concesionaria de manera directa o por conducto de su EPECISTA, que beneficiaron a la entidad estatal en cuanto le han servido para satisfacer un interés público, hasta el 20 de octubre de 2017, fecha en la cual se produjo la reversión o entrega de la infraestructura y bienes afectos al citado Proyecto.

1.1.3.2.1. Lo que se propuso el Tribunal con la pregunta planteada

Dado que para la fecha de solicitud del dictamen pericial estaba pendiente el fallo de la Corte Constitucional sobre la aplicación retroactiva a este proceso del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, el Tribunal, en la pregunta, reprodujo el contenido del artículo 48 de la Ley 80 de 1993, como un posible escenario de determinación de las restituciones que debían hacerse las partes.

1.1.3.2.2. La metodología empleada por el perito

El perito procedió a:

i) Definir las cuantías de cada uno de los conceptos ejecutados hasta el 20 de Octubre de 2017, de acuerdo con las mediciones estimadas que fueron realizadas en los términos expuestos

ii) A las cantidades de obra se les aplicaron los escenarios de precios a 31 de diciembre de 2008 de acuerdo con la ponderación hecha entre los 5 grupos de precios definidos previamente

iii) También se tomó como uno de los escenarios el valor de la obra ejecutada que fue establecido por la Concesionaria[610]

1.1.3.2.3. Cálculo del CAPEX

Al aplicar la metodología anterior, a continuación, se muestran los precios determinados de acuerdo con los 5 escenarios. En el mismo cuadro se detallan los cambios hechos por el perito con ocasión del escrito de aclaraciones y complementaciones (Cuadro 75 del dictamen):

Fuente del precio	Valor resultante según dictamen inicial (Expresado en pesos del 31 de diciembre de 2008)	Valor resultante según escrito de aclaraciones y complementaciones

[609] Ver punto 7.2 del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 258 y siguientes.
[610] Página 154 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.

Concesionaria	2.414.793.190.180	2.417.582.179.431
EPC	2.695.342.293.522	2.709.288.335.182
INVIAS Cartilla	1.649.776.120.991	1.658.353.493.814
INVIAS Ruta del Sol	1.631.367.476.262	1.640.608.585.716
Nuevas Concesiones	1.757.148.077.748	1.766.772.320.193
Media ponderada	*1.895.291.589.366*	*1.915.295.223.976*

1.1.3.2.4. Cálculo del OPEX

Este fue tomado de los modelos financieros que la Concesionaria presentó a los Bancos para adquirir los préstamos en 2010 y 2014. El perito, en este punto, asume que los Bancos debieron aceptar mediciones ajustadas a precios de mercado[611] .

Del mismo modo, se tuvo en cuenta el valor trasladado por la Fiducia por concepto de predios en cuantía de $255.141.029.848 y $253.539.391.511 pesos en la troncal y $1.601.638.337 pesos en la transversal, actualizados a marzo de 2019[612].

Con base en lo anterior, el perito concluyó que las prestaciones ejecutadas por la Concesionaria ascienden a $4.997.881.895.286, en pesos de marzo de 2019. Hay que aclarar que en el dictamen original el perito había presentado una cifra de $4.958.065.809.803, pero hizo recálculos de acuerdo con las observaciones de las partes.

1.1.3.2.5. Resultado

El resultado se muestra en el siguiente cuadro (Ver Cuadro Nº 77 del dictamen pericial y del anexo 1 al escrito de aclaraciones y complementaciones), que muestra, según el perito, la media ponderada del valor de las prestaciones ejecutadas por la Concesionaria a pesos de marzo de 2019:

Concepto	Troncal	Transversal	Total
(i) Valoración de obra ejecutada sin rubros globales ni AIU a precios de diciembre de 2008	1.864.589.522.827	50.705.701.149	1.915.295.223.976
a. Estudios de trazado y diseño geométrico y estudios de detalle ejecutados b. Remoción de redes de interferencia	a. 83.906.528.527 b. 19.272.428.933 c. 19.073.949.020 d. 12.552.849.759	a. 2.281.756.552 b. 524.094.987 c. 518.697.519 d. 341.362.558	a. 86.188.285.079 b. 19.796.523.920 c. 19.592.646.539 d. 12.894.212.317

611 Página 156 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.
612 Página 156 del del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.

c. PIP d. Peajes ***(ii) Total rubros globales***	(ii) ***134.805.756.240***	(ii) ***3.665.911.615***	(iii) ***138.471.667.855***
Total CAPEX sin AIU y sin U (2008)	1.999.395.279.066	54.371.612.764	2.053.766.891.
Total CAPEX a diciembre de 2008 (i)+(ii)+AIU (0,32*(i)) + U (0,05*(ii))	2.461.258.170.132¨+ 141.546.044.052 = ***2.602.804.214.183***	66.931.525.517+3.849.207.196= ***70.780.732.713***	2.673.584.946.896
Total Capex sin AIU y sin U (marzo de 2019)	2.917.655.028.756	76.946.261.955	2.994.601.290.711
Total CAPEX con AIU y U (marzo de 2019)	**3.789.162.375.008**	**103.042.590.683**	**3.892.204.965.691**
OPEX (marzo de 2019- según modelo financiero)	**713.707.807.073**	**81.911.671.268**	**795.619.478.341**
Predios (marzo de 2019)	**308.111.077.122**	**1.946.374.132**	**310.057.451.254**
Total Prestaciones a marzo de 2019	**4.810.981.259.203**	**186.900.636.083**	**4.997.881.895.286**
Prestaciones sin AIU 2019	**3.939.473.912.951**	160.804.307.355	4.100.278.220.306

1.1.3.2.6. La Contradicción

El Anexo 2 contiene todos los puntos que fueron objeto de contradicción. A continuación, se tratarán los aspectos más relevantes.

1.1.3.2.6.1. Errores en las cifras

Luego de las aclaraciones solicitadas por las partes, el cuadro anterior quedó modificado por medio del escrito de aclaraciones y complementaciones. El cuadro anterior refleja el resultado final dado por los peritos.

1.1.3.2.6.2. Cálculo del OPEX

La Concesionaria, sus litisconsortes y terceros coadyuvantes, cuestionaron la metodología del perito al tomar el OPEX de los modelos financieros hechos por ella misma y solicitaron que se tomaran los estados financieros de CRS como base para hacer el cálculo. También solicitaron incluir los costos de la financiación, el valor de los fondeos contractuales y los gastos reales de AIU aplicables a los proyectos de Concesión vial.

El perito respondió que la metodología implica definir el costo de reposición de la obra, lo cual supone la determinación de lo que a un tercero le habría costado su realización. Dada la dificultad para determinar esta cifra, al perito le pareció que lo mejor era acudir a los modelos financieros, pues ello podría mostrar, indirectamente, lo que a un tercero le costaría realizar la obra. Por ello, no consideró oportuno hacer el cálculo con el OPEX real, aunque hizo un ejercicio, a su modo de ver "académico", en el que concluyó que, si se tomaran costos reales, la diferencia sería de solo $161.939.709.166[613].

El perito también considera que la metodología planteada en la pregunta no supone, implícita o explícitamente, la consideración de los intereses financieros, pues ellos representan un coste, mas no una prestación ejecutada. Agrega, además, que la estructura de financiación del Concesionario era una decisión libre, a excepción del endeudamiento mínimo requerido en el contrato, equivalente a $245.000.000.000 de 2008. La decisión de sustentar en mayor o menor medida el proyecto con deuda, además, en nada beneficia al interés público según D&P[614]. Sostiene que, si en gracia de discusión su modelo debiera reflejar el costo de la financiación, ello supondría tener en cuenta intereses hasta concurrencia de la referida cifra, única a la cual obligaba el contrato, lo cual supondría reconocer unos intereses en cuantía de 106.000M[615].

En el caso de los fondeos contractuales, sostiene que la pregunta supone una metodología que apunte a valorar las prestaciones ejecutadas, con independencia de la forma en que las mismas hayan sido fondeadas. Y, en relación con los predios, informan que el cuadro 77 del Informe Pericial incluye el hecho de que D&P consideró una inversión en predios por un importe de $310.057.451.255 pesos de marzo de 2019.

Frente a los costos de supervisión aérea, interventoría y divulgación, el perito sostiene que se encuentran implícitos en el CAPEX afectado con el AIU, por lo cual no hay lugar a cambios.

En relación con el AIU, sostienen que el peritaje acude a la misma metodología empleada por la Concesionaria, que supone que la actividad de "otros rubros" no lleva asociados sobrecostos indirectos de administración e imprevistos, sino únicamente de utilidad.

Puntualiza también que en caso de que las partes quieran ver un modelo con el financiamiento, pueden acudir a la respuesta a la Pregunta Nº 3, que sí supone esta variable[616].

1.1.3.2.6.2. Valores máximos a ser utilizados

La Procuraduría solicitó para esta pregunta, y para la Pregunta 3, que se aplicaran los precios del contrato de concesión, teniendo en cuenta que el propio peritaje establece que el valor del contrato a marzo de 2019 asciende a la suma de $4.034 billones de pesos y teniendo en cuenta que el contrato establece que los riesgos de incremento de precios deben ser asumidos por la Concesionaria. D&P respondió que tal petición no está implícita en la pregunta hecha por el Tribunal[617]. En todo caso, dice que de seguirse los precios estipulados en el contrato de Concesión, la Concesionaria no debería obtener reconocimientos superiores a los previstos en el contrato, que para el caso serían de 2.030B (50.33% del valor total del contrato)[618].

613 Ver Punto 3.58 del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 97.
614 Ibídem.
615 Ver punto 3.68 del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 104.
616 Ver punto 3.68 del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 104.
617 Punto 10.1 del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 280.
618 Ibidem.

1.1.3.3. Respuesta a la pregunta Nº 3

La pregunta formulada fue la siguiente:

"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 201O -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".

1.1.3.3.1. Lo que se propuso el Tribunal con la pregunta planteada

El Tribunal, en la pregunta, reprodujo parte del contenido del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, como un posible escenario de determinación de las restituciones que debían hacerse las partes. Para el momento en que se solicitó la prueba, la Corte Constitucional no se había pronunciado sobre la potencial aplicación de esta disposición al caso que nos ocupa.

1.1.3.3.2. La metodología empleada por el perito[619]

El perito procedió de la siguiente forma:

i) Definir las cuantías de cada uno de los conceptos ejecutados, de acuerdo con las mediciones estimadas que fueron realizadas por la Concesionaria.

ii) A las cantidades de obra se les aplicaron los escenarios de precios a 31 de diciembre de 2008 de acuerdo con la ponderación hecha entre los 5 grupos de precios definidos previamente

1.1.3.3.3. Cálculo del CAPEX

Al aplicar la metodología anterior, a continuación se muestran los precios determinados de acuerdo con los 5 escenarios. En el mismo cuadro se detallan los cambios hechos por el perito con ocasión de la audiencia de aclaraciones y complementaciones (Cuadro 79 del dictamen):

Fuente del precio	Valor resultante según dictamen inicial (Expresado en pesos del 31 de diciembre de 2008)	Valor resultante según escrito de aclaraciones y complementaciones
Concesionaria	2.414.793.190.108	2.417.582.179.431
EPC	2.766.188.231.479	2.768.977.220.802
INVIAS Cartilla	1.714.267.507.082	1.715.754.205.031
INVIAS Ruta del Sol	1.709.717.823.704	1.711.204.521.653
NUEVAS CONCESIONES	1.818.555.597.114	1.820.042.295.063
Media Ponderada	1.965.965.577.188	1.977.620.280.317

1.1.3.3.4. OPEX e intereses

[619] Los cálculos originales se detallan en el Anexo V del dictamen pericial.

El OPEX y los intereses fueron tomados directamente de los estados financieros de la Concesionaria entre 2010 y 2017, es decir, parte de los costes realmente incurridos por la Concesionaria.

1.1.3.3.5. Resultado

El resultado de la valoración se muestra en el siguiente cuadro (Ver Cuadro Nº 81 del dictamen pericial y del anexo 1 al escrito de aclaraciones y complementaciones), que muestran, según el perito, la media ponderada del valor de las prestaciones ejecutadas por la Concesionaria a pesos de marzo de 2019:

Concepto	Troncal	Transversal	Total
(i) Valoración de obra ejecutada sin rubros globales ni AIU a precios de diciembre de 2008	1.926.773.706.219	50.846.574.098	1.977.620.280.317
a. Estudios de trazado y diseño geométrico y estudios de detalle ejecutados b. Remoción de redes de interferencia c. Gestión Social, Predial y Ambiental d. PIP e. Peajes ***(ii) Total rubros globales***	a. 86.704.816.780 b. 19.287.535.703 c. 70.297.105.292 d. 19.088.900.211 e. 12.562.689.361 (ii) ***207.941.047.347***	a. 2.288.095.834 b. 508.988.217 c. 1.855.104.708 d. 503.746.328 e. 331.522.956 (ii) ***5.487.458.043***	a. 88.992.912.614 b. 19.796.523.920 c. 72.152.210.000 d. 19.592.646.539 e. 12.894.212.317 (iii) ***213.428.505.390***
Total CAPEX sin AIU y sin U (2008)	2.126.493.131.781	56.334.032.141	2.191.048.785.707
Total CAPEX a diciembre de 2008 (i)+(ii)+AIU (0,32*(i)) + U (0,05*(ii))	2.543.341.292.209¨+ 218.338.099.716 = ***2.761.679.3 91.924***	67.117.477.809+5.761.830.945= ***72.879.308.755***	2.834.558.700.678
Total Capex sin AIU y sin	3.095.748.701.247	81.695.227.217	3.177.443.928.465

U (marzo de 2019)			
Total CAPEX con AIU y U (marzo de 2019)	**4.020.452.858.762**	**106.097.697.685**	**4.126.550.556.448**
OPEX (Según contabilidad)	**932.939.393.370**	**24.619.794.136**	**957.559.187.506**
Predios (marzo de 2019)	**308.111.077.122**	**1.946.374.132**	**310.057.451.254**
Intereses financieros a marzo de 2019	**980.241.138.115**	**25.868.063.023**	**1.006.109.201.138**
Total Prestaciones a marzo de 2019	**6.241.744.467.370**	**158.531.928.976**	**6.400.276.396.346**
Prestaciones sin AIU 2019	**5.317.040.309.854**	**134.129.458.508**	**5.451.169.768.362**

1.1.3.3.6. Activos que no revirtieron al Estado

De acuerdo con D&F no fue identificado activo alguno que no haya revertido

1.1.3.3.7. La Contradicción por parte de los sujetos procesales

1.1.3.3.7.1. En cuanto a los activos no revertidos

La ANI dice que existen 109 vehículos de operación que aún no han sido revertidos por parte del Concesionario.

D&P dice que esa información no reposa en el expediente ni le fue entregada[620].

1.1.3.3.7.1. En cuanto a la financiación

La Concesionaria y sus litisconsortes cuestionaron si la financiación le genera un beneficio a la entidad estatal, a lo cual el perito respondió que la misma obra existiría con o sin financiación y que el esquema de financiación únicamente requería una deuda mínima de $245.000.000.000. También sostuvo que el único beneficiado con la financiación es el Concesionario, dado que es más costoso financiar con recursos propios que ajenos[621].

1.1.3.3.7.2. En cuanto a la exclusión de contratos que se encuentran en discusión

La Concesionaria solicitó que del OPEX se excluyeran los valores de los contratos que se encuentran en investigación, de acuerdo con la declaración de Carolina Sarmiento. El perito dice que no lo hizo en primera instancia, teniendo en cuenta que a la fecha no hay una sentencia definitiva que determine la irregularidad de los respectivos pagos[622].

620 Ver punto 4.10 del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 167.
621 Punto 5.33 del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 195.
622 Punto 3.83 del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 112.

Con todo, de hacerse el ejercicio, el resultado sería el siguiente:

Cuadro 11. OPEX pregunta 3 del Acta 95 descontados los contratos en investigación (importe expresado en pesos).

Concepto	Marzo 2019
OPEX Pregunta 3 Acta 95	957.559.187.506
Contratos en investigación	23.579.499.463
OPEX sin contratos en Investigación	**933.979.688.043**
% de contratos en investigación sobre OPEX pregunta 3 Acta 95	**2,46%**

Fuente: Elaboración propia

1.1.3.3.7.3. En cuanto a la exclusión de los fondeos contractuales y otras partidas

La Concesionaria y sus litisconsortes solicitaron incluir las cifras correspondientes en los cálculos, pero el perito se negó a hacerlo aduciendo que la fórmula solo exige incluir las prestaciones efectivamente ejecutadas, con independencia de la forma en que se hayan fondeado las mismas. En todo caso, el informe contempla una inversión en predios en cuantía de $310.057.451.255 (en pesos de marzo de 2019)

También expone que los costos de supervisión aérea, interventoría y divulgación están implícitos en el CAPEX, cuando al mismo se adiciona AIU[623].

1.1.3.3.7.4. Petición de sustituir todo el modelo hecho por el perito para incluir el CAPEX del EPC

Esta solicitud hecha por Episol, de acuerdo con el perito, es infundada, pero si se hiciera el ejercicio el resultado sería el siguiente:

Cuadro 81.:Media Ponderada del valor las prestaciones ejecutadas por la Concesionaria a pesos de 31 de diciembre de 2008 actualizadas a 31 de marzo de 2019 (importe expresado en pesos)

Concepto	TRONCAL	TRANSVERSAL	Total
VALORACIÓN DE OBRA EJECUTADA (No incluye Rubros Globales, ni AIU) (valoración a precios de diciembre de 2008) (a)	1.916.139.408.039	49.826.169.148	1.965.965.577.188
Total estudio de trazado y diseño geométrico / estudios de detalles ya ejecutados	86.226.273.362	2.242.177.612	88.468.450.973
Total remoción de redes de interferencia	19.294.793.391	501.730.529	19.796.523.920
PIP	19.096.083.155	496.563.384	19.592.646.539
Total peajes	12.567.416.563	326.795.754	12.894.212.317
RUBROS GLOBALES (b)	**137.184.566.470**	**3.567.267.280**	**140.751.833.749**
CAPEX total a diciembre de 2008 = (a)+ (b) +AIU (0,32 *(a)) + U (0,05*(b)	**2.673.347.813.405**	**69.516.173.920**	**2.742.863.987.325**
CAPEX Total marzo 2019 (IPC marzo 2019 - DIC2008= 1,4558)	**3.891.859.746.755**	**101.201.645.992**	**3.993.061.392.747**
OPEX marzo 2019 (Contabilidad)	**933.290.448.216**	**24.268.739.290**	**957.559.187.506**
Predios actualizados a marzo de 2019	**308.111.077.122**	**1.946.374.132**	**310.057.451.255**
INTERESES FINANCIEROS MARZO 2019	**980.609.992.088**	**25.499.209.050**	**1.006.109.201.138**
Total Prestaciones a 20 octubre 2017 (Valor en pesos a marzo de 2019)	**6.113.871.264.181**	**152.915.968.464**	**6.266.787.232.645**

Fuente: Elaboración propia

El perito aclara que, para los efectos de la sustitución del CAPEX, ellos entienden que los precios del contrato EPC incluían lo que en el informe pericial ha sido llamado "rubros globales" y AIU[624].

1.1.3.3.7.5. Cuestionamiento sobre si los cálculos del perito corresponden a "condiciones de mercado", según se lo encomendó el Tribunal, particularmente en lo relativo al cálculo del OPEX

[623] Punto 3.85 del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 113.
[624] Ver punto 2.18, P. 18 del escrito de aclaraciones y complementaciones.

Las sociedades Odebrecht y la Procuraduría subrayan que el criterio para calcular el OPEX en el dictamen son las cifras que aparecen en los estados financieros de la Concesionaria, sin que el perito justifique o sustente si tal criterio satisface los requerimientos del Tribunal, particularmente el relativo a que los reconocimientos no pueden exceder las condiciones de mercado. También cuestionan el procedimiento efectuado si se tiene en cuenta que los estados financieros lo que hacen es totalizar, sin discriminación, los referidos valores.

El perito no responde por qué su criterio determina que sus cálculos corresponden máximo a condiciones de mercado. Por su parte, explica que en efecto tomó los totales que encontró en los EEFF de la Concesionaria y procedió a repartirlos entre troncal y transversal, de acuerdo con el valor de la obra ejecutada de cada uno de los tramos con respecto al valor total de la obra ejecutada. Para el efecto, presentó el siguiente cuadro[625]:

Cuadro 21.: Valor de la obra ejecutada en millones de pesos y porcentaje sobre el total

	TRONCAL	TRANSVERSAL	TOTAL
Pregunta 2	1.845.481.210.031	49.810.379.335	**1.895.291.589.366**
%	*97,37%*	*2,63%*	***100,00%***
Pregunta 3	1.916.139.408.039	49.826.169.148	**1.965.965.577.187**
%	*97,47%*	*2,53%*	***100,00%***

Fuente: Elaboración Propia.

1.1.3.3.7.6. Cuestionamiento sobre las cantidades y la calidad de las obras

La Procuraduría cuestionó las cantidades aplicadas por el perito y su sustento técnico, así como la calidad de las obras. Del mismo modo, cuestiona si las mismas fueron validadas por la interventoría o por el perito.

El perito respondió que para la valoración de las cantidades se tuvo en cuenta la documentación disponible que a su juicio resultó representativa. A pesar de que al parecer de D&P no se identificó la existencia de un proyecto completo definido técnicamente, en el cual se incluyeran cantidades totales de obra a ejecutar y planos completos de diseño de todo el alcance del proyecto, se usaron los informes de seguimiento y registro expedidos durante el desarrollo de las obras, de manera que se evaluaron las cantidades ejecutadas a partir de los diseños aportados y de las memorias técnicas registradas. En cuanto a las deficiencias, si ellas aparecieses, "deberán ser tenidas en consideración de manera oportuna"[626].

1.1.3.3.7.6. Cuestionamiento sobre la certeza de que la financiación requerida por la Concesionaria esté representada en obras

Ante esta pregunta de la Procuraduría, el perito responde con la información que le proveen los estados financieros de la Concesionaria. En resumen, presenta el siguiente cuadro[627]:

[625] Ver punto 5.39 del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 198.
[626] Ver punto 10.3 del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 283.
[627] Ver punto 10.4. del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 295.

Cuadro 30.: Origen y aplicación de fondos (cifras expresadas en millones de pesos)

Concepto	Aportes por origen	Caja en la Fiducia a 28/2/2019	Aportes netos	CONSOL	Total
Aportaciones de la ANI					
Vigencias futuras	2.711.299	(46.728)	2.664.571	-	2.664.571
Ingresos por Rendimientos y Utilidades	292.617	(82.983)	209.634	-	209.634
Exceso de predios	135.254	-	135.254	-	135.254
Interventoría	-	-	-	-	-
Divulgación	-	-	-	-	-
Estudios y obras	10.331	-	10.331	-	10.331
Supervisión aérea	-	-	-	-	-
	3.149.501	**(129.711)**	**3.019.790**	**-**	**3.019.790**
Aportaciones del Concesionario					
Capital social no aportado a la fiducia	8.873	-	8.873	-	8.873
Aportes del concesionario a la fiducia	253.438	-	253.438	-	253.438
Subcuenta de predios	159.086	(39.199)	119.887	-	119.887
Otros movimientos – Rendimientos	-	-	-	-	-
Otros movimientos - otras subcuentas	77.852	(17.130)	60.722	-	60.722
Cuenta reversión	-	-	-	-	-
	499.249	**(56.329)**	**442.920**	**-**	**442.920**
Deuda Financiera	2.367.464	(193)	2.367.271	-	2.367.271
Recaudación Peajes	963.428	-	963.428	-	963.428
Otros resultados	-	-	-	5.637	5.637
Total orígenes de fondos	**6.979.642**	**(186.233)**	**6.793.409**	**5.637**	**6.799.046**
Costes y gastos concesionario			(5.243.476)	459.209	(4.784.267)
EPC	-	-	(3.321.548)	3.321.548	-
Gastos Operativos	-	-	(795.449)	(2.862.339)	(3.657.788)
Predial	-	-	(255.141)	-	(255.141)
Gastos financieros	-	-	(871.338)	-	(871.338)
Inversiones en activo fijo	-	-	(15.375)	(47.301)	(62.676)
Amortización de deuda financiera e intereses por cuenta de la Concesionaria (*)	-	-	(1.420.122)	-	(1.420.122)
Gastos Fideicomiso	-	-	(110.540)	-	(110.540)
Total aplicaciones de fondos		**-**	**(6.789.513)**	**411.908**	**(6.377.605)**
Dividendos a socios EPC	-	-	-	(345.686)	(345.686)
Anticipos a consorciados	-	-	-	(71.859)	(71.859)
Utilidades financieras traspasadas a consorciados por anticipos	-	-	-	-	-
Aplicaciones no identificadas	**-**	**-**	**3.896**	**0**	**3.896**

Fuente: Elaboración propia.
Nota (*): las aplicaciones por inversiones en activo fijo no incluyen los efectos de la terminación del contrato de la concesión y los movimientos de reversión de activos.

Entonces, los aportes hechos fueron los siguientes:

- Los aportes de la ANI ascendieron a $3.019.790 millones de pesos.
- Los aportes del Concesionario totalizaron $442.920 millones de pesos.
- La Deuda Financiera ascendió a $2.367.271 millones de pesos.
- Los peajes fueron en cuantía de $963.428 millones de pesos.
- Se percibieron $5.637 millones de pesos por Otros resultados.

Las partidas a las que se destinaron los aportes fueron los siguientes:

- A Costes y gastos del Concesionario en un importe de $4.784.267 millones de pesos materializados en costes del EPC, Gastos operativos, prediales y financieros.
- Inversiones en activo fijo por importe de $62.676 millones de pesos.
- Amortización de deuda financiera e intereses por cuenta de la Concesionaria por un montante de $1.420.122 millones de pesos.

- Gastos Fideicomiso por importes de $110.540 millones de pesos.

- Excedentes a socios EPC $345.686 millones de pesos y anticipos a consorciados por $71.859 millones de pesos.

- No se identificó el destino de $3.896 millones de pesos.

1.1.3.3.7.7. Cuestionamiento sobre la inclusión de las obras provenientes de los eventos eximentes de responsabilidad que también son objeto del proceso dentro de la valoración

La Procuraduría y el Tribunal cuestionaron al perito sobre si las obras provenientes de la supuesta ocurrencia de eventos eximentes de responsabilidad, que se debate en el proceso, han sido incluidas en la valoración. También se le solicitó hacer la discriminación de ellas en el total de sus cálculos.

El perito respondió que sí, por cuanto a él se le pidió valorar las prestaciones realmente ejecutadas. El perito no procedió a discriminar el valor de las obras mencionadas a pesar de la petición del Tribunal y de varios sujetos procesales[628].

1.1.3.3.7.8. La Procuraduría, la ANDJE y la ANI cuestionaron que el perito se hubiera basado, en general, en los estados financieros de la Concesionaria

Esta pregunta, que fue varias veces formulada, no fue lo suficientemente sustentada por el perito.

1.1.3.4. Respuesta a la pregunta Nº 4

La pregunta formulada fue la siguiente:

"El perito determinará el costo de las obras y actividades no ejecutadas dentro del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 para la terminación de las obras de la Ruta del Sol, Sector 2 (cost to complete), con base en las especificaciones de la obra que fueron establecidas contractualmente, bajo cada uno de los escenarios propuestos en los numerales 2 y 3 de este cuestionario".

1.1.3.4.1. Objeto de la pregunta

El Tribunal quería tener una idea de los perjuicios causados a la ANI por efecto de los eventuales mayores costes en que tendría que incurrir dicha entidad al contratar a terceros para que terminaran la obra en las condiciones inicialmente pactadas. Esta pregunta resultaba relevante, particularmente por la redacción del artículo 48 de la Ley 80 de 1993, que exige al juez determinar la existencia o inexistencia de perjuicios a la hora de definir las restituciones mutuas entre contratantes.

1.1.3.4.2. Metodología

Para la determinación del *cost to complete* (valor de las prestaciones pendientes de ejecutar) del CAPEX, tanto en la pregunta 2 como en la 3, el perito procedió a aplicar una regla de 3, teniendo en cuenta los valores determinados de acuerdo con los capítulos anteriores y el grado de avance físico asignado tanto a la troncal como a la transversal.

El OPEX, por su parte, lo obtuvo del modelo financiero para las dos preguntas.

1.1.3.4.3. *Cost to Complete* para el escenario de la Pregunta 2

Las cifras son presentadas en pesos de marzo de 2019.

1.1.3.4.3.1. *Cost to Complete* de la troncal (Pregunta 2)

La lógica del cálculo se resume así:

- Dado que el 52.66% del CAPEX de la troncal tiene un valor de $3.789.162.375.008, ello quiere decir que el 100% equivale a $7.195.522.930.133 (en aplicación de una regla de tres simple). Así las cosas, al restar $3.789.162.375.008 de esta última cifra, el valor resultante es $***3.406.360.555.125***, que correspondería al *cost to complete* del CAPEX

[628] Ver puntos 2.3, 10.5 y 11.4 del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 10-11 y 296 y ss.

- El OPEX pendiente se tomó del modelo económico financiero hecho por la Concesionaria, en cuantía de **$2.655.935.000**

- La sumatoria de estas dos cifras da como resultado el *cost to complete* de la troncal, es decir, ***$3.409.016.490.125***.

1.1.3.4.3.1. *Cost to Complete* de la transversal (Pregunta 2)

- Dado que el 29.92% del CAPEX de la transversal tiene un valor de $103.042.590.683, ello quiere decir que el 100% equivale a $344.393.685.438. Así las cosas, al restar $103.042.590.683 de esta última cifra, el valor resultante es $**241.351.094.755**, que correspondería al *cost to complete* del CAPEX

- El OPEX pendiente se tomó del modelo económico financiero hecho por la Concesionaria, en cuantía de $1.955.560.000

- La sumatoria de estas dos cifras da como resultado el *cost to complete* de la transversal, es decir, **$243.306.654.756**

1.1.3.4.3.2. *Cost to complete* total (Pregunta 2)

Al sumar los resultados anteriores se obtiene un total de **$3.652.323.144.881**[629]

1.1.3.4.4. *Cost to Complete* para el escenario de la Pregunta 3

Las cifras son presentadas por el perito en pesos de marzo de 2019.

1.1.3.4.4.1. *Cost to Complete* de la troncal (Pregunta 3)

La lógica del cálculo se resume así:

- Dado que el 52.66% del CAPEX de la troncal tiene un valor de $4.020.452.858.762, ello quiere decir que el 100% equivale a $7.634.737.673.304 (en aplicación de una regla de tres simple). Así las cosas, al restar $4.020.452.858.762 de esta última cifra, el valor resultante es $3.614.284.814.543, que correspondería al *cost to complete* del CAPEX

- El OPEX pendiente se tomó del modelo económico financiero hecho por la Concesionaria, en cuantía de $2.655.935.000

- Los intereses financieros pendientes, ascenderían a $723.164.651.555

- La sumatoria de estas tres cifras da como resultado el *cost to compl*ete de la troncal, es decir, $4.340.105.401.097[630].

1.1.3.4.3.2. *Cost to Complete* de la transversal (Pregunta 3)

- Dado que el 29.92% del CAPEX de la transversal tiene un valor de $106.097.697.685, ello quiere decir que el 100% equivale a $354.604.604.562, Así las cosas, al restar $106.097.697.685 de esta última cifra, el valor resultante es $248.506.906.878, que correspondería al *cost to complete* del CAPEX

- El OPEX pendiente se tomó del modelo económico financiero hecho por la Concesionaria, en cuantía de $1.955.560.000

- Los intereses financieros pendientes serían de $19.083.945.832.

- La sumatoria de estas tres cifras da como resultado el *cost to complete* de la transversal, es decir, $269.546.412.710

1.1.3.4.3.2. *Cost to complete* total (Pregunta 3)

Al sumar los resultados anteriores se obtiene un total de $4.609.651.813.807[631]

[629] Página 26 del Anexo I (Recálculos) del escrito de aclaraciones y complementaciones.
[630] Página 27 del anexo I (Recálculos) del escrito de aclaraciones y complementaciones.

1.1.3.4.4. La Contradicción

El Anexo 2 contiene todos los puntos que fueron objeto de contradicción. A continuación se tratarán los aspectos más relevantes.

1.1.3.4.4.1. Cuestionamiento de la metodología empleada

Las partes cuestionaron al perito sobre la metodología empleada, que supone la aplicación de una regla de tres simple. Particularmente se le reprocha el no haber cuantificado las actividades pendientes de ejecutar de una manera directa, el no cuantificar las actividades previas necesarias para elaborar un presupuesto de obra de cara a la obtención del mencionado costo y, en general, el no haber tenido en cuenta todos los elementos que resultan indispensables para la determinación del costo de obra por incurrir.

El perito considera que atendió debidamente su encargo[632].

1.1.3.4.4.2. Cuestionamiento por la inclusión de ciertos rubros que en teoría ya deberían estar completamente ejecutados

La Concesionaria y sus litisconsortes cuestionan que el perito haya incluido como parte del cálculo el valor de los estudios de trazado y diseño geométrico, así como el valor del PIP pendiente y los intereses pendientes, si los mismos ya fueron ejecutados en su totalidad.

El perito responde que el perito no ha podido confirmar esta afirmación y que, por el contrario, ha encontrado que la documentación del proyecto asociado a la obra pendiente de ejecutar no es completa en relación con cálculos y planos de detalle, estudios geotécnicos, cantidades, etc. Por lo anterior, considera que tendrá que incurrirse parcialmente de manera proporcional en los referidos costes[633].

De manera particular, en punto a los intereses, el perito considera que debe incluirlos porque la financiación ha servido de manera proporcional a toda la obra[634]. Los intereses que se calcularon fueron los teóricos que la concesionaria hubiese tenido que satisfacer entre 2018 y 2024[635], los cuales estimó en $742.248 millones de pesos.

1.1.3.4.4.2. Solicitud de inclusión de elementos técnicos constructivos que no llegaron a implementarse o ejecutarse o que solo lo fueron parcialmente

El Tribunal hizo esta petición al perito. Este respondió que no existe un proyecto constructivo completo de los trabajos pendientes por ejecutar contra el cual pueda hacerse semejante teórica comparación. Por su parte, aunque existiera, tampoco hay un estándar internacional que sirva de "benchmark" sobre el alcance del proyecto actual. El Perito hizo una valoración con base en el alcance ejecutado, sin que exista la "posibilidad técnica de dar una relación de elementos constructivos aplicables a un estándar internacional pendientes de ejecutar"[636].

1.1.3.5. Respuesta a la pregunta Nº 5

La pregunta formulada fue la siguiente:

El perito determinará los perjuicios contractuales causados por la terminación anticipada del citado Contrato de Concesión, bajo cada uno de los escenarios propuestos en los numerales 2 y 3 de este cuestionario.

1.1.3.5.1. Objeto de la pregunta

El Tribunal quería obtener un cálculo de los perjuicios causados a las partes como consecuencia de la terminación anticipada de contrato, en caso de tener que aplicar el artículo 48 de la Ley 80 de 1993.

1.1.3.5.2. Metodología

631 Ibidem.
632 Puntos 3.87, 3.88 y 3.89 del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 114 y siguientes.
633 Punto 2.90 del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 115.
634 Punto 3.93 del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 116.
635 Puntos 3.94 y 13.1 del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 118 y 187.
636 Punto 11.4 del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 298.

El perito se concentró en los perjuicios causados a la ANI, sin tener en cuenta los de la Concesionaria. Por su parte, partió de que solo tendría en cuenta daños objetivos, que supusieran un menoscabo patrimonial que no pudiera ser reparado por otra vía y que tuvieran como causa directa la terminación del contrato[637].

Con base en lo dicho, el perito identificó los gastos que de haber continuado el contrato no se habrían producido y que, en consecuencia, supondrán un sobrecosto para la ANI. De la misma manera, se analizan los mayores costes en que eventualmente incurrirá la ANI como consecuencia de la finalización del contrato.

1.1.3.5.3. Sobrecostos incurridos

El perito identificó: i) la licitación de contratos para terminar los tramos no concluidos; ii) la ampliación de los contratos suscritos entre la ANI y la Interventoría para colaborar con la liquidación del contrato; iii) los contratos formalizados entre el Ministerio de Transporte y diversas consultoras y iii) el mayor valor de las prestaciones a ejecutar.

1.1.3.5.3.1. Licitación de nuevos contratos

El perito acudió a la página web del Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP), en la cual identificó licitaciones convocadas en relación con el Sector 2 de la Ruta del Sol, en cuantía de $588.480 millones. Ellas, de ser parte de los trabajos a realizar, deberían excluirse del valor de los perjuicios por estar incluidas en el *cost to complete.*

1.1.3.5.3.2. Contrato de Consultoría

La ANI y la sociedad Consorcio Estructurar celebraron un contrato, el 4 de diciembre de 2017, cuyo objeto consiste en la consultoría para la estructuración del proyecto para terminar el Sector II de la Ruta del Sol. El precio del mismo asciende a $5.789 millones a marzo de 2019.

1.1.3.5.3.3. Contratos de interventoría

La ANI y el Consorcio Proyección Vial Puerto Salgar formalizaron contratos por $3.953 millones de pesos a marzo de 2019. Los mismos suponen dos otrosíes al contrato de interventoría del contrato objeto de la presente discusión en cuantías de $2.287 y $ 1.147 millones de pesos, respectivamente; y un contrato de interventoría con el Consorcio Interventorías Viales, en cuantía de $345 millones[638]

1.1.3.5.3.3. Mayores costes incurridos para llevar a término el contrato de concesión de acuerdo con la Pregunta 2.

De acuerdo con el dictamen pericial, el cálculo del *cost to complete* en los escenarios es útil para determinar los perjuicios sufridos por el Estado, por la vía de comparar el valor del contrato contra el valor ejecutado y pendiente por ejecutar[639].

Para hallar el valor del contrato, el perito toma el valor del mismo a diciembre de 2008, es decir, $2.771.093M y lo actualiza por el IPC (ver cuadro 85 del dictamen pericial), lo cual arroja un resultado de $4.034.157M. Según el perito, este es el valor del contrato.

Luego, toma el valor de las prestaciones ejecutadas del contrato, que a su juicio lo son en cuantía de $4.687.824M y les sumó las prestaciones pendientes de ejecutar en cuantía de $3.652.323M, lo cual le da un total de $8.340.147M. Hay que aclarar que del valor determinado en el cuadro 77 del dictamen el perito excluyó el valor actualizado de los predios, porque a su juicio, no están incluidos en el valor del contrato.

Luego, pasa a comparar este importe (valor de prestaciones ejecutadas y no ejecutadas), con el valor del contrato (4.034.157M), es decir, a este último valor le resta el valor de las prestaciones ejecutadas y no ejecutadas, para concluir que el perjuicio de la ANI asciende a $-4.305.990M. Su ejercicio lógico consiste en entender que el Estado habría podido desarrollar una obra completa en $4.034.157M, por la que ahora tendrá que pagar $8.340.147. De acuerdo con el perito, este perjuicio de 4.3 billones de pesos surge en el

637 Página 165 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.
638 Página 168 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.
639 Página 169 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.

escenario en que se remunere a la Concesionaria. Continúa diciendo que en caso de que no se remunerara la obra al contratista, el perjuicio se disminuiría a $-2.840.469M. Esta cifra surge de restarle a los $4.03 billones el valor de los aportes ya realizados por la ANI en cuantía de 3.2 billones y a ese resultado (de 811.544 millones) restarle las prestaciones pendientes de ejecutar en cuantía de $3.6 billones[640].

1.1.3.5.3.4. Mayores costes incurridos para llevar a término el contrato de concesión de acuerdo con la Pregunta 3.

Nuevamente, el perito parte de que el valor del contrato es $4.034.157M.

Luego, tomó el valor de las prestaciones ejecutadas del contrato, que a su juicio lo son en cuantía de $6.090.218M y les sumó las prestaciones pendientes de ejecutar en cuantía de $4.609.651M, lo cual le da un total de $10.699.870M. Hay que aclarar que del valor determinado en el cuadro 81 del dictamen el perito excluyó el valor actualizado de los predios, porque a su juicio, no están incluidos en el valor del contrato.

Luego, pasa a comparar este importe (valor de prestaciones ejecutadas y no ejecutadas), con el valor del contrato (4.034.157M), es decir, a este último valor le resta el valor de las prestaciones ejecutadas y no ejecutadas, para concluir que el perjuicio de la ANI asciende a $-6.665.713M. Su ejercicio lógico consiste en entender que el Estado habría podido desarrollar una obra completa en $4.034.157M, por la que ahora tendrá que pagar $10.699.870M. De acuerdo con el perito, este perjuicio de 6.6 billones de pesos surge en el escenario en que se remunere a la Concesionaria. Continúa diciendo que en caso de que no se remunerara la obra al contratista, el perjuicio se disminuiría a $-3.797.8797M. Esta cifra surge de restarle a los $4.03 billones el valor de los aportes ya realizados por la ANI en cuantía de 3.2 billones y a ese resultado (de 811.544 millones) restarle las prestaciones pendientes de ejecutar en cuantía de $4.6 billones.[641]

1.1.3.5.3.5. Resumen de mayores costes incurridos por la ANI en las preguntas 2 y 3

De acuerdo con el perito, el siguiente cuadro muestra los mayores costes en que tendría que incurrir la ANI (En millones de pesos):

Concepto	***Pregunta 2***	***Pregunta 3***
En caso de compensación a la Concesionaria	4.305.990	6.665.713
En caso de no compensación a la Concesionaria	2.840.469	3.797.797

1.1.3.5.3.6. Los principales aspectos de la contradicción

El Anexo 2 contiene todos los puntos que fueron objeto de contradicción. A continuación se tratarán los aspectos más relevantes.

1.1.3.5.3.6.7. La ANI solicitó que se incluyera en los perjuicios los valores de los excesos de la adquisición predial, toda vez que dicho rubro no aparece incorporado. También solicita que se incluyan los valores que en criterio de la Interventoría son susceptibles de reembolso derivados del proceso de gestión predial.

El perito respondió que, de acuerdo con el contrato, era la ANI quien debía asumir el exceso de valor predial en cuanto este superase el 20% del valor estimado de los predios. En cuanto a la solicitud de incluir las sumas propuestas por la interventoría, considera que se trata de un asunto jurídico que excede el alcance del peritaje[642].

1.1.3.5.3.6.8. La ANI solicita que se incluya en los perjuicios otras variables como el CAPEX pendiente de ejecutar, el OPEX faltante por ejecutar, la proyección de ingresos adicionales tanto en peajes como en

640 Página 171 del dictamen pericial y página 29 del anexo 1 del escrito de aclaraciones y complementaciones.
641 Página 30 del Anexo I (Recálculos) del escrito de aclaraciones y complementaciones.
642 Punto 4.20 del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 172.

vigencias futuras, los supuestos macroeconómicos, servicio de la deuda, financiación, etc., en los que tendrá que incurrir la ANI para poder sacar el proyecto a licitación.

El perito considera que lo que ha realizado es una comparación entre la inversión de la obra en el Contrato y el coste total de la obra a incurrir con objeto de determinar los costes a ejecutar en exceso. Esta determinación se ha realizado mediante la ejecución de un modelo para la determinación de la obra ya ejecutada y la obra pendiente de ejecutar ("*cost-to-complete*").

El perito respondió que "*el modelo se ha realizado a coste para no contemplar la distorsión que supone tener en cuenta la remuneración del concesionario representada en el TDI, por lo que igual que no se tiene en cuenta la rentabilidad del concesionario, para hacer cálculos homogéneos, tampoco hemos tenido en cuenta la rentabilidad que la ANI tendría que satisfacer en el caso de que licitara la obra pendiente a un nuevo concesionario*"[643].

1.1.3.5.3.6.9. La Concesionaria y sus litisconsortes y coadyuvantes cuestionaron por qué el perito no calculó los perjuicios en los cuales incurrió la Concesionaria, a pesar de que ello estaba implícito en la pregunta del Tribunal

Los peritos responden que ello obedece a que la terminación del contrato no perjudicó, sino que benefició a la Concesionaria. Dicen que desde la perspectiva de la ANI el Estado recibió una obra no finalizada con unos costos muy superiores a los que se previeron en el contrato.

En cambio, desde la perspectiva de CRS, destacan que a pesar de que el contrato llevaba un grado de ejecución real apenas superior al 50%, la financiación bancaria ya había sido prácticamente agotada (99,9%), lo que representaba una amenaza para la continuidad del contrato. En este sentido, para continuar con el mismo, la Concesionaria habría tenido que hacer inversiones adicionales significativas, con lo cual su "liberación" de las obligaciones como producto de la terminación del contrato no le habría reportado sino beneficios.

Concluye diciendo que la suspensión definitiva del contrato ha supuesto a la Concesionaria la liberación de importantes pérdidas que tenía aseguradas, si la ANI, en los términos del contrato, no hubiera puesto más fondos que aquellos a los que efectivamente estaba obligada[644].

1.1.3.5.3.6.10. La Concesionaria y sus litisconsortes cuestionaron los contratos incluidos en el cálculo de perjuicios. También cuestionaron si las licitaciones incluyen obras que pudieran estar comprendidas en el cálculo del *cost to complete*

El perito respondió que todos los contratos tienen como causa la terminación anticipada del contrato de Concesión[645]. En cuanto a las licitaciones, dijo que desconocía si incluían obras o actividades comprendidas en el *cost to complete*, en cuyo caso deberían ser excluidas del cálculo de los perjuicios[646].

1.1.3.5.3.6.11. La Concesionaria y sus litisconsortes cuestionan la inclusión del otrosí al contrato de interventoría en cuantía de $1.147 millones, si se tiene en cuenta que ello fue pagado a través de la Fiduciaria y fondeado por la Concesionaria.

El perito responde que si lo dicho es cierto, en efecto debe restarse del monto del perjuicio[647]

1.1.3.5.3.6.12. La Concesionaria y sus litisconsortes cuestionan que el perito utilice como parámetro para la cuantificación del perjuicio el valor del contrato actualizado por inflación en cuantía de 4.034 billones y preguntan si de aplicar la TDI se hubiera presentado una cifra positiva a favor de la ANI, es decir, una cifra que hubiera mostrado un beneficio, en vez de un perjuicio.

El perito sostiene que la TDI lo que hace es reconocer la rentabilidad del Concesionario, la cual se haya implícita en cada uno de los flujos de aportes y peajes, como *remuneración* de la Concesionaria.

643 Punto 4.22 del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 174.
644 Punto 3.98 del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 118.
645 Punto 3.99 del escrito de aclaraciones y complementaciones, Página 119.
646 Ibidem.
647 Punto 3.102 del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 121.

Desde tal perspectiva, si lo que se pretende es determinar el valor del Contrato, entendido como el costo presupuestado de la obra, a una fecha determinada, deberá ajustarse el valor del contrato por inflación.

Si por valor del contrato se entiende el costo de la obra más la remuneración del concesionario, retribuidos ambos por el Estado, entonces, deberá ajustarse el valor por inflación y aplicarle la TDI.

El análisis hecho por el perito, según sus propias palabras, lo que pretendió fue eliminar los efectos de la remuneración de la Concesionaria porque según este, no tiene sentido compensarla desde una perspectiva económica. Pero además de ello, el informe pericial está basado en el costo de obra, con el propósito de identificar, excluida la remuneración de la Concesionaria, en qué mayores costes incurrirá la ANI como consecuencia del rescate de la infraestructura.

1.1.3.5.3.6.13. Episol solicita que se determine el valor del contrato a 31 de marzo de 2019 teniendo en cuenta la remuneración de la Concesionaria.

El perito responde que lo va a hacer, pero que para homogeneizar los cálculos hechos a lo largo del informe, a la hora de hacer comparaciones con el *cost to complete,* resulta necesario ajustar los cálculos hechos sobre la base del puro coste de obra, es decir, habría que suponer que la obra pendiente se va a licitar otra vez de manera que un tercero va a obtener la Concesión con el derecho a una remuneración o rentabilidad equivalente a la que se determinó en el Contrato. Por su parte, del ejercicio inicial hecho por el perito, se procedió a excluir de la financiación los peajes, por cuanto según el dictamen los mismos incluyen la remuneración del Concesionario. Al llevar a cabo el ejercicio que solicita Episol, en el que se supone que el valor del contrato considera la remuneración del Concesionario, para hacer igualmente los cálculos homogéneos, habrá que detraer la parte del contrato que ha sido compensada por los peajes recibidos por el Concesionario.

De acuerdo con los cálculos del perito, de esta manera, el valor del Contrato asciende a $13.946.339 millones de pesos[648].

En este caso, entonces, D&P sostiene que de procederse como lo sugiere Episol, habría que hacer un recálculo completo de las respuestas dadas a la Pregunta Nº 4 (Perjuicios sufridos), por efecto de que en el *cost to complete* tendrían que ser incluidos los nuevos flujos, dando como resultado lo siguiente:

1.1.3.5.3.6.13.1. Cuadro comparativo de los costes a incurrir por la ANI en exceso sobre el valor del contrato

Los siguientes cuadros resumen la posición del perito, comparada con la que, según este, propone Episol[649] (Corrección al cuadro 93 del dictamen pericial):

	A coste		A valor actualizado	
Concepto	Pregunta 2	Pregunta 3	Pregunta 2	Pregunta 3
En el caso de compensación a la Concesionaria				
Costes en exceso a los previstos en el Contrato hasta su terminación	8.834.670	11.012.038	17.274.342	22.027.527
En el caso de no compensación a la Concesionaria				
Costes en exceso a los previstos en el Contrato hasta su terminación	7.408.965	8.277.612	13.295.962	15.721.291

Los fundamentos y cálculos del perito no son muy claros, pero en últimas lo que sostiene es que al incluir el VPIT en sus cifras, el cual aplica al costo de la obra, los perjuicios para la ANI oscilarían entre 7.4 y 22.02 billones de pesos, dependiendo de si se trata de la pregunta 2 o 3 y dependiendo de si se remunera o no se remunera a la Concesionaria.

1.1.3.5.3.6.14. Episol cuestiona la afirmación del perito en el sentido de que el cuadro 77 del dictamen pericial excluyó el valor actualizado de los predios por no estar incluidos en el valor del contrato y por ser un coste en el que en todo caso incurriría la ANI, al haber sido sobrepasados los valores asumidos por la Concesionaria, de acuerdo con el contrato.

[648] Esta cifra fue presentada por el perito luego de su escrito de aclaraciones y complementaciones.
[649] Carta de subsanación de cálculos presentada por el perito el día 9 de julio de 2019, P. 4.

El perito entiende que los aportes de la ANI por los predios no están incluidos en el valor del Contrato pues se trata de aportes que tienen naturaleza variable, es decir, la ANI los aporta en la medida en que se adquieran los predios, una vez sobrepasados los valores asumidos por la Concesionaria. De esta forma, dado que los valores del cuadro 86 del informe pericial se utilizan para compararlos con el valor del contrato en el cuadro 87, para efectos de homogenización, si se incluyeran los predios habría que incluirlos también en el valor del contrato. Por ello, según el perito, la inclusión o no de los predios es neutral, ya que o se excluyen de las cifras que componen el minuendo y el sustraendo de la diferencia del cuadro 87 (como se realizó en el informe) o se incluyen en ambos, pero, en cualquier caso, el resultado del cuadro 87 se mantendría inalterado.

1.1.3.6. Respuesta a la pregunta Nº 6

La pregunta formulada fue la siguiente:

De conformidad con el Contrato de Concesión No. 001 de 2010 -incluidos sus anexos y apéndices, otrosíes, actas modificatorias, adicionales y demás documentos contractuales- y el Contrato de Fiducia Mercantil, el Perito determinará los recursos depositados en el Patrimonio Autónomo Fideicomiso Ruta del Sol Sector 2, tanto del Contratista como del Estado, con identificación de su origen y naturaleza, y establecerá la medida en la cual los recursos -incluidos los provenientes del Equity y el endeudamiento- fueron utilizados o invertidos en las obras y actividades exclusivamente previstas en el Contrato de Concesión No. 001 de 2010 y en el Contrato EPC -incluidos sus anexos y apéndices, otrosíes, actas modificatorias, adicionales y demás documentos contractuales-; establecerá el saldo de cada una de las Cuentas y Subcuentas del citado Patrimonio Autónomo Fideicomiso Ruta del Sol Sector 2 y los pagos pendientes por efectuar a cargo de cada una de ellas, al momento de rendir el dictamen, si llegaren a existir.

1.1.3.6.1. Metodología

El perito determina los recursos depositados en el patrimonio autónomo (orígenes) por las dos partes del Contrato, al tiempo en que define su utilización (aplicaciones). Por su parte, determina la utilización última de los fondos del Patrimonio Autónomo, para lo cual analiza el destino de los fondos que salieron de la fiducia a la Concesionaria y de esta a CONSOL.

1.1.3.6.2. Orígenes de Fondos

1.1.3.6.2.1. Aportes ANI (Vigencias Futuras)

De acuerdo con el certificado de la fiduciaria Nº 316401-0119-2019, los aportes realizados por la ANI al cierre de febrero de 2019 ascendieron a **$2.711.299M**, el cual coincide con las notas de los estados financieros del patrimonio autónomo del ejercicio 2018 ($2.711.272).

De acuerdo con el mismo certificado, se realizaron los siguientes traslados:

i) $1.245.301M a la cuenta Aportes Concesionario y fueron aplicados a pagos al Concesionario por finalización de hitos y pagos por avances de obra

ii) $1.420.122M a favor de los bancos por concepto de amortización de deuda financiera de la Concesionaria

A 28 de febrero de 2019, existe un saldo por $46.728 en la subcuenta de vigencias futuras.

1.1.3.6.2.2. Ingresos por rendimientos y utilidades

Corresponden a los intereses obtenidos de los rendimientos en las inversiones efectuadas por la Fiduciaria con los dineros recibidos de la ANI por concepto de vigencias futuras, que podían ser utilizados por la Concesionaria para desarrollar el objeto del contrato.

De acuerdo con el certificado Nº 316401-0123-2019 del 26 de marzo de 2019, los rendimientos de vigencias futuras entre 2011 y 2015 ascendieron a $75.699 millones.

Por su parte, de acuerdo con lo previsto en la Cláusula 4 del Acuerdo de Terminación y Liquidación, la Fiduciaria trasladó rendimientos financieros en cuantía de $216.918 a la subcuenta de reversión.

Por lo anterior, los rendimientos totales entre el 5 de mayo de 2010 y el 31 de enero de 2019, según el certificado de la Fiduciaria del 26 de marzo de 2019, ascienden a $292.617M.

1.1.3.6.2.3. Aportes para predios

De acuerdo con el certificado de la Fiduciaria Nº 316401-0119-2019, desde el 5 de mayo de 2010 hasta el 20 de octubre de 2018, la subcuenta de predios recibió la suma de $294.340 millones. Esta suma, de acuerdo con el contrato, fue fondeada, en parte por el Concesionario, y en parte por la ANI. La Concesionaria aportó $159.087M y la ANI $135.254M.

1.1.3.6.2.4. Aportes de la Concesionaria

El contrato, en su sección 6.02, establecía que estos aportes debían ascender, como mínimo, a $245.000 millones de pesos. De acuerdo con los Estados Financieros los aportes ascienden a $262.310 millones y de acuerdo con el certificado de la Fiduciaria Nº 316401-0122-2019 del 26 de marzo de 2019, los aportes entre el 5 de mayo de 2010 y el 28 de febrero de 2019 ascienden a $253.438 millones. De acuerdo con el peritaje, existen $8.873 millones que no fueron aportados a la Fiducia.

1.1.3.6.2.5. Aportes de la Concesionaria a otras Subcuentas

De acuerdo con el certificado de la Fiduciaria ACPL-RDS-2017-002 del 19 de mayo de 2017, la Concesionaria realizó los siguientes fondeos a las siguientes subcuentas:

Concepto	Valor
Interventoría	66.148
Divulgación	3.546
Estudios y Obras	1.791
Supervisión aérea	6.097
Total	77.852

Fuente: Cuadro 100 del dictamen pericial

De acuerdo con el mismo certificado, la Concesionaria ordenó que se trasladaran $3.177 millones desde la Subcuenta de Supervisión Aérea a la Subcuenta de Estudios y Obras, el 3 de diciembre de 2013.

Del mismo modo, la Fiduciaria dio alcance a la anterior Certificación el 30 de mayo de 2017, entre el 5 de mayo de 2010 y el 30 de abril de 2017, la ANI realizó fondeos por concepto de estudios y obras en cuantía de $10.331 millones.

1.1.3.6.2.6. Deuda Financiera

De acuerdo con las notas de los estados financieros de la Concesionaria correspondientes al ejercicio de 2018, el monto principal de la deuda al inicio de diciembre de 2017 ascendía a un total de $2.367.464 millones de pesos. El 22 de diciembre de 2017 la ANI emitió una autorización de giro a los bancos, con cargo a los aportes que había realizado, en cuantía de $792.603 millones de pesos, de los cuales la suma de $491.604 millones fueron usados para amortizar capital.

Luego del pago de la deuda financiera autorizado por la ANI, la deuda ascendía a $1.875.859 millones de pesos.

En definitiva, el importe de la deuda que entró al Patrimonio Autónomo y posteriormente salió con destino a la Concesionaria hasta el 31 de diciembre de 2017, ascendió a $2.367.464 millones, dado que el pago de la deuda fue realizado desde dicho Patrimonio, por cuenta de la ANI y con cargo a los aportes que esta había realizado por concepto de vigencias futuras.

Posteriormente, el 22 de enero de 2019 la ANI emitió una nueva autorización de giro con cargo a sus aportes, para el pago a los Bancos, en cuantía de $627.518 millones de pesos.

En conclusión, la deuda que supuso un origen y una aplicación dentro del Patrimonio Autónomo asciende a $2.367.464M y la ANI hizo dos pagos para amortizar deuda con cargo a los aportes realizados por concepto de vigencias futuras en cuantía de $1.420.121 millones de pesos, los cuales supusieron una aplicación de fondos para el Patrimonio Autónomo a favor de los bancos[650].

1.1.3.6.2.7. Peajes

Estos importes eran transferidos desde el Patrimonio Autónomo al Concesionario para hacer frente a los costos y gastos de la concesión.

De acuerdo con el certificado de la Fiduciaria 316401-0121-2019, el importe recibido en concepto de recaudación de peajes desde el 5 de mayo de 2010 hasta el 20 de octubre de 2018 ascendió a $963.428 millones de pesos. Ello coincide con el importe registrado en las Notas de los Estados Financieros del Patrimonio Autónomo del ejercicio 2018 ($963.428 millones de pesos).

1.1.3.6.2.8. Saldos disponibles en las cuentas de la Fiducia a 28 de febrero de 2019

De acuerdo con el certificado de la Fiducia del 26 de marzo de 2019, los saldos consolidados en el Fideicomiso al 28 de febrero de 2019 ascienden a $186.232 millones de pesos.

Asimismo, a partir de los Estados Financieros de la Fiducia y sus Notas, los siguientes son los flujos de caja de la Fiducia, de acuerdo con el dictamen pericial[651]:

Cuadro 101.: Estado de origen y aplicación de fondos en el periodo comprendido entre el 5 de mayo de 2010 y el 31 de diciembre de 2018 (cifras expresadas en millones de pesos)

Descripción	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	Total 10-19
Resultado	-	(1.633)	293	1.337	4.148	4.031	23.915	89.613	75.729	18.938	(4.039)	212.330
Var. Cuentas a cobrar (pagar)	-	(15)	139	(315)	126	130	2.887	(4.615)	(4.607)	7.971	-	1.701
Otras variaciones en los bienes fideicomitidos	-	-	(275)	(20)	(349)	(23)	(280)	-	-	-	-	(947)
Aportes y pagos, netos		45.320	48.322	420.620	78.182	395.749	706.237	(197.856)	(837.806)	(58.101)	(627.519)	(26.852)
Cash Flow fiducia		**43.672**	**48.479**	**421.622**	**82.107**	**399.887**	**732.759**	**(112.858)**	**(766.684)**	**(31.192)**	**(631.558)**	**186.232**

Fuente: Elaboración propia a partir de los Estados Financieros de la Fiducia

Notas: Los datos recogidos a 2019 incluyen:

- *Con fecha 10 de enero de 2019, la ANI giró un pago desde la cuenta de Aportes INCO (actual ANI) de la Fiducia a favor de los bancos financiadores por un importe total de $627.518 millones de pesos.*
- *Un resultado negativo estimado de 4.039 millones de pesos para igualar el saldo final resultante con la certificación emitida por Fiduciaria, con fecha 25 de marzo de 2019 respecto de los saldos consolidados, a nivel de todas las cuentas y subcuentas, en el Fideicomiso a 28 de febrero de 2019.*

Y, de conformidad con el siguiente cuadro, el siguiente es el detalle del saldo de cada una de las cuentas a 28 de febrero de 2019:

Cuadro 102.: Detalle del saldo del patrimonio autónomo a 28 de febrero de 2019 (cifras expresadas en millones de pesos)

Cuentas y Subcuentas	Importe
Financiación	192
Cuenta Aporte del Concesionario	**192**
Vigencias Futuras	46.728
Interventoría	74
Divulgación	902
Estudios y obras	12.685
Supervisión aérea	3.469
Cuenta Aportes INCO	**63.858**
Reserva ret. Sobre utilidades	1.700
Reversión	81.283
Subcuenta reversión	**82.983**
Predios	39.199
Subcuenta reversión predios	**39.199**
Total Saldo	**186.232**

650 Página 183 del dictamen pericial de Duff & Phelps.
651 Página 184 del dictamen pericial de Duff & Phelps.

1.1.3.6.2.9. Cuadro resumen de los orígenes de fondos y movimientos en la Fiducia

El siguiente cuadro presentado por el perito resume los orígenes de los fondos y los movimientos de la Fiducia[652]:

Cuadro 95.: Orígenes de fondos para la Concesión Ruta del Sol (importes expresados en millones de pesos)

Concepto	Aportes según origen		Traspasos		Aportes ajustados a cuentas de Fiducia	Caja en la Fiducia a 28/2/2019 (8)	Aportes netos
Aportaciones de la ANI							
Vigencias futuras	2.711.299	(1)	-		2.711.299	-46.728	2.664.571
Ingresos por Rendimientos y Utilidades	292.617	(2)	-292.617	(2)	-	-	-
Exceso de predios	135.254	(3)	-135.254	(3)	-	-	-
Interventoría	-		66.418	(5)	66.418	-74	66.344
Divulgación	-		3.546	(5)	3.546	-902	2.644
Estudios y obras	10.331	(5)	4.968	(5)	15.299	-12.685	2.614
Supervisión aérea	-		2.920	(5)	2.920	-3.469	-549
	3.149.501		**-350.019**		**2.799.482**	**-63.858**	**2.735.624**
Aportaciones del Concesionario							
Capital social no aportado a la fiducia	8.873	(4)	-		8.873	-	8.873
Aportes del concesionario a la fiducia	253.438	(4)	-		253.438	-	253.438
Subcuenta de predios	159.086	(3)	135.254	(3)	294.340	-39.199	255.141
Otros movimientos - Rendimientos	-		75.699	(2)	75.699	-	75.699
Otros movimientos - otras subcuentas	77.852	(5)	-77.852	(5)	-	-	-
Cuenta reversión	-		216.918	(2)	216.918	-82.983	133.935
	499.249		**350.019**		**849.268**	**-122.182**	**727.086**
Deuda Financiera	**2.367.464**	(6)	-		**2.367.464**	**-193**	**2.367.271**
Recaudación Peajes	**963.428**	(7)	-		**963.428**	-	**963.428**
Otros resultados	-		-		-	-	-
Total orígenes de fondos	**6.979.642**		**-**		**6.979.642**	**-186.233**	**6.793.409**

Fuente: Elaboración propia a partir de la información disponible

1.1.3.6.2.10. Cuadro resumen de los orígenes de los fondos

Si solo se atiende a los orígenes de los fondos, el siguiente cuadro resume todos los aportes que entraron a la Fiduciaria en función de su origen:

[652] Página 177 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.

Cuadro 103.:Fondos obtenidos atendiendo a su origen (cifras expresadas en millones de pesos)

Concepto	Aportes por origen	Caja en la Fiducia a 28/2/2019	Aportes netos
Aportaciones de la ANI			
Vigencias futuras	2.711.299	(46.728)	2.664.571
Ingresos por Rendimientos y Utilidades	292.617	(82.983)	209.634
Exceso de predios	135.254	-	135.254
Interventoría	-	-	-
Divulgación	-	-	-
Estudios y obras	10.331	-	10.331
Supervisión aérea	-	-	-
	3.149.501	**(129.711)**	**3.019.790**
Aportaciones del Concesionario			
Capital social no aportado a la fiducia	8.873	-	8.873
Aportes del concesionario a la fiducia	253.438	-	253.438
Subcuenta de predios	159.086	(39.199)	119.887
Otros movimientos - Rendimientos	-	-	-
Otros movimientos - otras subcuentas	77.852	(17.130)	60.722
Cuenta reversión	-	-	-
	499.249	**(56.329)**	**442.920**
Deuda Financiera	2.367.464	(193)	2.367.271
Recaudación Peajes	963.428	-	963.428
Otros resultados	-	-	-
Total orígenes de fondos	**6.979.642**	**(186.233)**	**6.793.409**

Fuente: Elaboración propia.

1.1.3.6.3. Aplicación de fondos

Si se tiene en cuenta también a Consol, a continuación el Perito explica el destino de los recursos

1.1.3.6.3.1. Costos y Gastos de la Concesionaria[653]

1.1.3.6.3.1.1. Gastos EPC

Los pagos realizados por la Concesionara correspondientes al contrato EPC suscrito con CONSOL ascendieron, a 31 de diciembre de 2018, a $3.321.548M, con el siguiente detalle por años:

Cuadro 105.: Fondos pagados por anticipado EPC en el periodo de 2010 a 2018 (cifras expresadas en millones de pesos)

Concepto	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	Total
Fondos recibidos por anticipado EPC	212.162	316.542	539.801	395.223	630.412	500.618	501.108	225.682	-	**3.321.548**

Fuente: Elaboración propia a partir de las Estados Financieros de la Concesionaria y CONSOL

1.1.3.6.3.1.2. Gastos Operativos

Son los gastos operacionales de la Concesionaria, que no incluyen los gastos del Epecista.

De acuerdo con los EEFF de la Concesionaria 2009-2018, ellos ascendieron a $802.229M

1.1.3.6.3.1.3. Gastos Financieros

Son los intereses financieros pagados por la Concesionaria por concepto de la deuda con los bancos.

[653] Página 187 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.

De acuerdo con los EEFF de la Concesionaria 2010-2018 (Nota correspondiente a obligaciones financieras), los intereses ascendieron a $1.039.175M.

La nota 8 a los EEFF de 2018 muestra intereses financieros pendientes de pago por $167.837 M, lo cual indica que los intereses causados y pagados en el período 2009-2018 ascienden a $871.338M

1.1.3.6.3.1.4. Gasto Predial

De acuerdo con el certificado de la Fiduciaria 316401-0119-2019, desde el 5 de mayo de 2010 hasta el 20 de octubre de 2018, la subcuenta Predios recibió la suma de $294.340 millones de pesos, que fueron fondeados desde la cuenta de aportes de la Concesionaria en cuantía de $159.087 M y desde la cuenta de aportes ANI en cuantía de 135.254M.

Si se tiene en cuenta que el saldo en la cuenta de reversión de predios a 28 de febrero de 2019 ascendía a $39.199M, puede advertirse que de las anteriores sumas, el monto de $255.141M fueron utilizados efectivamente en adquirir predios.

1.1.3.6.3.1.5. Inversiones en activos fijos

De 2009 a 2016 se hicieron inversiones en cuantía de $15.375M

1.1.3.6.3.1. Costos y Gastos del Epecista -Consol

El siguiente cuadro resume los costos pagados por la Concesionaria a Consol

Cuadro 108.: Utilización de fondos por CONSOL (cifras expresadas en millones de pesos)

Concepto	Importe
Gastos Operativos	2.862.339
Inversiones en activo fijo	47.301
Otros resultados	(5.637)
Distribuciones a consorciados	
Dividendos	345.686
Anticipos	71.859
Importe del EPC incurrido por la Concesionaria en favor de CONSOL	**3.321.548**

El 13 de abril de 2010, Construtora Norberto Odebrecht, Episol y CSS constructores, celebraron un acuerdo de Consorcio cuyo único objeto era la ejecución del contrato de construcción para ejecutar las obras del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol. El acuerdo fue formalizado mediante matrícula en la Cámara de Comercio Nº 01984735 del 22 de abril de 2010 como un establecimiento de comercio que se denomina Consorcio Constructor Ruta del Sol -Consol.

Los EEFF de los ejercicios 2010-2016 se encuentran auditados. Los de 2017-2018 no lo están. Para 2016 hubo abstención, de acuerdo con el perito[654].

1.1.3.6.3.1.1. Análisis de flujos de caja en Consol

Los flujos de caja de Consol de 2010 a 2017 en millones de pesos, fueron los siguientes:

Cuadro 110.: Flujos de caja de CONSOL del periodo 2010-2017 (cifras expresadas en millones de pesos)

[654] Página 188 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.

Concepto	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	Total
Resultado (Excl. amortizaciones)	14.423	38.479	81.576	51.965	175.976	51.227	80.456	114.108	608.21
Ajustes entre resultados y caja	96.149	68.428	20.554	-16.209	-81.379	-21.001	-41.109	3.813	29.24
Variaciones de balance	12.994	25	-7.116	3.068	-14.943	24.145	46.845	-63.253	1.76
Flujo de caja antes de Inversiones	**123.566**	**106.932**	**95.014**	**38.824**	**79.654**	**54.371**	**86.192**	**54.668**	**639.22**
CAPEX	-2.744	-18.644	-27.868	-26.910	-36.609	-38.572	-40.740	-25.593	-217.68
Flujo de caja del periodo	**120.822**	**88.287**	**67.146**	**11.914**	**43.045**	**15.799**	**45.452**	**29.074**	**421.54**
Aumento en anticipo a consorciados	-68.105	-124.233	-36.401	57.153	-6.819	134.575	-23.076	-4.953	-71.85
Dividendos	0	-14.288	-28.612	-63.767	-33.518	-149.640	-31.110	-24.751	-345.68
Flujo de caja después de pago a consorciados	**52.717**	**-50.234**	**2.134**	**5.300**	**2.708**	**735**	**-8.734**	**-629**	**3.99**

Del cuadro anterior, el perito infiere que i) los flujos de caja de Consol fueron destinados, casi totalmente, al pago de dividendos y de anticipos a consorciados y ii) durante todos los años los consorciados se repartían los dividendos correspondientes al resultado del ejercicio anterior, con excepción de 2017 y 2018. La caja quedaba prácticamente vacía luego de ello.

1.1.3.6.3.1.2. Aplicación de fondos por parte de Consol

1.1.3.6.3.1.2.1. OPEX

Entre 2018 y 2018 incurrió en costos operativos en cuantía de $2.862.339M, de acuerdo con sus EEFF.

1.1.3.6.3.1.2.2. CAPEX

El Saldo neto de Consol asciende a 47.301 Millones de pesos. Este surge de unos activos en cuantía de 202.173 que tienen correlativamente deudas por concepto de contratos de leasing (155.556M) y unos intangibles por 684M.

1.1.3.6.3.1.2.3. Dividendos o utilidades repartidos a los consorciados

Son los detallados en el cuadro 112 del dictamen pericial, que ascienden a $345.686M:

Cuadro 112. Detalle de los dividendos repartidos por CONSOL a los consorciados en el periodo comprendido entre el 13 de abril de 2010 y el 31 de diciembre de 2017 (cifras expresadas en millones de pesos)

Concepto	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	Total
Constructora Norberto Oderbrecht S.A. Sucursal en Colombia	-	8.860	17.742	39.542	20.785	92.792	19.291	15.348	214.360
EPISOL	-	4.715	9.442	21.043	11.061	49.381	10.266	8.168	114.076
CSS	-	713	1.428	3.182	1.673	7.467	1.552	1.235	17.250
Dividendos	**-**	**14.288**	**28.612**	**63.767**	**33.519**	**149.640**	**31.109**	**24.751**	**345.686**

Fuente: Elaboración propia a partir de las Cuentas Anuales de CONSOL y los Estados Financieros proporcionados de los años 2017 y 2018

El perito aclara que las notas a los EEFF de 2015 indican que aún no se ha aprobado su distribución. En 2017, por su parte, no hay constancia de la distribución de excedentes, al contrario de lo que sucede con los otros años, en los que consta que fueron distribuidos. Luego de revisar los saldos de efectivo, los resultados y las variaciones de balance de los ejercicios, los peritos advierten que al parecer hay una salida de caja pendiente en cuantía de $149.640M correspondiente a 2015 y $24.751 correspondiente a 2017.

1.1.3.6.3.1.2.4. Anticipos a los consorciados

El detalle de los anticipos en el período 2010 a 2018 son presentados así:

Cuadro 113.: Detalle de los anticipos a consorciados registrados por CONSOL en el periodo comprendido entre el 13 de abril de 2010 y el 31 de diciembre de 2018 (cifras expresadas en millones de pesos)

Concepto	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Constructora Norberto Oderbrecht S.A. Sucursal en Colombia	42.234	118.940	141.840	106.436	110.653	27.295	41.483	44.553
EPISOL	22.473	63.176	75.484	56.593	58.853	14.363	22.084	23.719
CSS	3.398	9.553	11.414	8.558	8.899	2.172	3.339	3.587
Total	**68.105**	**191.669**	**228.738**	**171.587**	**178.405**	**43.830**	**66.906**	**71.859**

Fuente: Elaboración propia a partir de las Cuentas Anuales de CONSOL y los Estados Financieros proporcionados de los años 2017 y 2018

1.1.3.6.3.1.3. Resumen de Origen y aplicación de fondos por parte de la Concesionaria y Consol

El siguiente cuadro resume el origen y aplicación de los fondos en la Concesión teniendo en cuenta Consol

Cuadro 104.: Origen y aplicación de fondos (cifras expresadas en millones de pesos)

Concepto	Aportes por origen	Caja en la Fiducia a 28/2/2019	Aportes netos	CONSOL	Total
Aportaciones de la ANI					
Vigencias futuras	2.711.299	(46.728)	2.664.571	-	2.664.571
Ingresos por Rendimientos y Utilidades	292.617	(82.983)	209.634	-	209.634
Exceso de predios	135.254	-	135.254	-	135.254
Interventoría	-	-	-	-	-
Divulgación	-	-	-	-	-
Estudios y obras	10.331	-	10.331	-	10.331
Supervisión aérea	-	-	-	-	-
	3.149.501	**(129.711)**	**3.019.790**	**-**	**3.019.790**
Aportaciones del Concesionario					
Capital social no aportado a la fiducia	8.873	-	8.873	-	8.873
Aportes del concesionario a la fiducia	253.438	-	253.438	-	253.438
Subcuenta de predios	159.086	(39.199)	119.887	-	119.887
Otros movimientos – Rendimientos	-	-	-	-	-
Otros movimientos - otras subcuentas	77.852	(17.130)	60.722	-	60.722
Cuenta reversión	-	-	-	-	-
	499.249	**(56.329)**	**442.920**	**-**	**442.920**
Deuda Financiera	2.367.464	(193)	2.367.271	-	2.367.271
Recaudación Peajes	963.428	-	963.428	-	963.428
Otros resultados	-	-	-	5.637	5.637
Total orígenes de fondos	**6.979.642**	**(186.233)**	**6.793.409**	**5.637**	**6.799.046**
Costes y gastos concesionario			(5.243.476)	459.209	(4.784.267)
EPC	-	-	(3.321.548)	3.321.548	-
Gastos Operativos	-	-	(795.449)	(2.862.339)	(3.657.788)
Predial	-	-	(255.141)	-	(255.141)
Gastos financieros	-	-	(871.338)	-	(871.338)
Inversiones en activo fijo	-	-	(15.375)	(47.301)	(62.676)
Amortización de deuda financiera e intereses por cuenta de la Concesionaria (*)	-	-	(1.420.122)	-	(1.420.122)
Gastos Fideicomiso	-	-	(110.540)	-	(110.540)
Total aplicaciones de fondos		**-**	**(6.789.513)**	**411.908**	**(6.377.605)**
Dividendos a socios EPC	-	-	-	(345.686)	(345.686)
Anticipos a consorciados	-	-	-	(71.859)	(71.859)
Utilidades financieras traspasadas a consorciados por anticipos	-	-	-	-	-
Aplicaciones no identificadas	**-**	**-**	**3.896**	**0**	**3.896**

1.1.3.6.4. Los principales puntos de la Contradicción

El Anexo 2 contiene todos los puntos que fueron objeto de contradicción. A continuación, se tratarán los aspectos más relevantes.

1.1.3.6.4.1. Inclusión de pagos pendientes

La Concesionaria solicita que se incluya en el peritaje los pagos pendientes de trabajadores, proveedores, subcontratistas y terceros de buena fe, tanto de la Concesionaria como de Consol hasta marzo de 2019 con cargo a dichas subcuentas, de acuerdo con lo registrado en la contabilidad de la Concesionaria.

El perito responde que el 9 de julio de 2019 recibió un informe de la Concesionaria donde se desglosan otros saldos con proveedores y acreedores, así: Obligaciones fiscales en cuantía de 229M, laborales en cuantía de 940M, Obligaciones con vinculadas en cuantía de 5.359M, obligaciones con proveedores en cuantía de 25.929M y liquidación del contrato EPC en cuantía de 218.273M. También se revelan gastos a incurrir hasta agosto de 2019 en cuantía de $793M[655].

1.1.3.6.4.2. Aportes del Concesionario frente a los cuales el perito establece que no fueron aportados al Patrimonio Autónomo

Episol pide se aclare si la suma de $8.873M se encuentra reconocida en los EEFF de la Concesionaria y el perito responde que sí[656].

[655] Punto 3.109 del escrito de aclaraciones y complementaciones, página 133.
[656] Punto 2.33 del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 42.

1.1.3.6.4.3. Se solicita al perito incluir la totalidad de los intereses devengados pendientes de pago, particularmente desde el 27 de marzo de 2017 a la fecha, así como los intereses satisfechos durante el mismo período.

El perito responde que su trabajo, en esta Sección, era mostrar los dineros que han sido satisfechos. Por ello, la suma de $186.375M correspondiente a la pregunta hecha, no figuran en el cuadro 104.

Los intereses satisfechos por $871.339 figuran como aplicaciones en el cuadro 104.

1.1.3.6.4.4. Se solicita al perito incluir en su informe los pagos pendientes de trabajadores, proveedores, subcontratistas y terceros de buena fe, tanto de la Concesionaria como de Consol.

El señor Carlos Vargas, representante legal de la Concesionaria, presentó una certificación al perito donde se detallan las obligaciones de la misma con terceros de buena fe (En Millones de pesos):

Concepto	Valor
Obligaciones Fiscales	229.368[657]
Obligaciones Laborales	940[658]
Obligaciones con vinculadas	5.359[659]
Obligaciones con proveedores	25.929
Liquidación contrato EPC	218.273
Obligaciones financieras	$1.462.575[660]

Por su parte, la Concesionaria tiene una reserva de gastos a incurrir durante junio a agosto de 2019 por valor de $793M, los cuales no han sido considerados por el Perito, en la medida en que no se han causado.

En relación con las obligaciones con proveedores y subcontratistas, entre ellos se encuentran (no es claro en el dictamen si estas cifras se solapan con las anteriormente expuestas):

- Obligaciones con proveedores de la Concesionaria por importe de 5.398 millones de pesos[661]
- Obligaciones proveedores de CONSOL por importe de 7.513.509.046 pesos
- Obligaciones de CONSOL con vinculadas por importe de 13.016.601.915 pesos
- Obligaciones contingentes por importe de 330.626.062.660 pesos correspondientes a la Liquidación del Contrato EPC.

De acuerdo con los peritos, no obstante, del importe anterior habría que descontar 112.353.040.471 pesos correspondientes a contingencias que les corresponde asumir a la Concesionaria, por lo que el importe neto a reconocer por la Concesionaria a favor de CONSOL en concepto de Liquidación del Contrato EPEC ascendería a $218.273 millones de pesos.

1.1.3.6.4.4. CSS sostiene que se precise los dineros que recibió a título de dividendos en la Concesionaria y los dineros que recibió por su participación en el consorcio, ya que en el dictamen se utiliza indistintamente la alusión a dividendos, cuando CSS no ha recibido dividendos de la Concesionaria

El perito responde que ningún socio de la Concesionaria ha percibido dividendos de ésta, tal como se expone en el dictamen pericial. Sin embargo, sí ha habido reparto de utilidades y anticipos a consorciados

657 A 31 de diciembre de 2018 las obligaciones eran de $3.104M.
658 A 31 de diciembre de 2018 ascendían a $859 M.
659 A 31 de diciembre de 2018 ascendían a $1.891M.
660 La deduda de Capital es de $1.250.076M y los intereses $212.499M.
661 De acuerdo con los Estados Financieros de la Concesionaria a 31 de diciembre de 2018 las obligaciones con proveedores. nacionales y del exterior ascendían a $5.808 millones de pesos.

en Consol. Aclara que en el informe, cuando se refieren a los "dividendos" de Consol, se refieren a las utilidades distribuidas a favor de los consorciados, con independencia del nombre técnico que ello pueda tener.[662]

1.1.3.6.4.5. CSS pregunta por qué los peritos no registran los exactos montos que le fueron reconocidos en Consol, los cuales no tienen como causa dividendos o repartos de excedentes

En este sentido, CSS sostuvo en su escrito de aclaración y complementación:

"Partiendo de la base que las sumas recibió CSS S.A se derivaron de su participación en el Consorcio epecista Consol sobre las obras realmente ejecutadas por CAPEX, cuya suma ascendió a $16.111 MM, donde el Consorcio epecista facturó las obras al Patrimonio autónomo Ruta del sol sector 2 Fideicomiso Corficolombiana, quien registra la contabilidad y la inversión en CAPEX de este proyecto, se solicita a los peritos precisar por qué no tomaron el valor antes mencionado ($16.111.MM) en lugar de la suma de $17.250 MM, que según ellos corresponde a los "dividendos" que se pagaron a CSS en el periodo comprendido entre abril 13 de 2010 a 31 de diciembre de 2017, ya que de una parte estas sumas no corresponden a dividendos y además la suma de $17.250MM no corresponde a la participación por especista que recibió CSS, razón por la cual solicitamos efectuar la aclaración correspondiente".

Los peritos responden que esas son las cifras que reposan en la contabilidad[663].

1.1.3.6.4.6. La Procuraduría le solicita al perito volver a responder la pregunta, tomando como base información confiable, con la que aún no cuentan

El perito responde que su encargo no era hacer auditorias de estados financieros y que, por ello, sus respuestas se basan en los mismos[664].

1.1.3.7. Respuesta a la Pregunta Nº 7

Inexistente

1.1.3.8. Respuesta a la Pregunta Nº 8

La pregunta fue la siguiente:

El perito determinará, para el escenario previsto en el numeral 3 de este cuestionario, el valor actualizado de la remuneración recibida por el contratista, así como de los pagos recibidos por el mismo, a cualquier título, como consecuencia de la ejecución del Contrato de Concesión Nº 001 de 2010 -incluidos sus anexos y apéndices, otrosíes, actas modificatorias, adicionales y demás documentos contractuales-. Para la actualización, el perito deberá tener en cuenta el Índice de Precios al Consumidor Histórico desde el momento en que se incurrieron las respectivas erogaciones, hasta el mes inmediatamente anterior a la fecha del cálculo.

El Tribunal, con esta pregunta, quería tener elementos para la aplicación del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018.

1.1.3.8.1. Metodología:

El Perito procedió a verificar todos los aportes estatales recibidos por la Concesionaria

1.1.3.8.2. Resultado:

De acuerdo con el siguiente cuadro, la Concesionaria ha recibido una remuneración en cuantía de 4.378.577M. Esta suma incluye la deuda amortizada en los años 2017 y 2019[665].

662 Punto 9.1 del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 276.
663 Punto 9.2 del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 277.
664 Punto 10.7 del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 299.
665 Página 198 Dictamen Pericial de Duff & Phelps.

Cuadro 118.: Aportaciones de la ANI y peajes registrados por Ruta del Sol (importe expresado en millones de pesos)

Año	Aportaciones ANI	Amortización de deuda e intereses por cuenta de la Concesionaria	Aportes directos a Estudios y Obras[31]	Remuneración recibida (peajes)	Total	A valores constantes de 31 de marzo de 2019
2010	-	-	-	56.336	56.336	77.934
2011	-	-	-	94.592	94.592	125.241
2012	146.110	-	-	109.442	255.552	332.723
2013	160.373	-	-	135.802	296.175	378.283
2014	239.728	-	10.330	126.460	376.518	463.930
2015	279.757	-	-	148.416	428.174	494.129
2016	552.864	-	-	157.138	710.002	774.838
2017	1.815	792.603	-	135.242	929.660	1.014.554
2018	-	-	-	-	-	
2019	-	627.518	-	-	627.518	627.518
Total	**1.380.647**	**1.420.121**	**10.330**	**963.428**	**3.774.526**	**4.289.148**

Fuente: Elaboración propia

1.1.3.8.3. La Contradicción

El Anexo 2 incluye todos los puntos que fueron objeto de debate. A continuación se exponen los aspectos más relevantes.

1.1.3.8.3.1. La ANI solicita que se incluya el valor que esta le pagó a la Concesionaria por concepto de gestión ambiental

El perito responde que con la información disponible no puede determinar el importe correspondiente[666].

1.1.3.8.3.2. CSS solicita se precise si la Concesionaria repartió dividendos

El perito responde que la Concesionaria no repartió dividendos[667].

1.1.3.9. Respuesta a la Pregunta Nº 9

La pregunta fue la siguiente:

El perito establecerá los valores a reconocer bajo el escenario previsto en el numeral 2, teniendo en cuenta lo previsto en los numerales 4 y 5, así como los pagos y remuneraciones hechas a favor del contratista, directa o indirectamente, hasta la fecha de realización del dictamen pericial.

El perito quería determinar el monto de las restituciones a realizar al amparo del artículo 48 de la Ley 80 de 1993, como un posible escenario a aplicar.

1.1.3.9.1. Metodología:

El perito toma las conclusiones de los puntos anteriores del dictamen y, con base en ellas procede a hacer sus cálculos.

1.1.3.9.2. Resultados

De acuerdo con los cálculos del Perito, si se aplicara la Ley 80 de 1993, la Concesionaria, el valor a reconocer a la Concesionaria sería de $**70.726 M**, en el escenario de que no se reconozca ningún perjuicio a la ANI. En el caso de reconocer los perjuicios de la ANI, la Concesionaria debería pagar una indemnización a la ANI por **$4.157.059M**.

666 Punto 4.16 del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 171.
667 Punto 9.4 del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 269.

Cuadro 119.: Valores a reconocer según el escenario de la Pregunta 2, neto de pagos y remuneraciones y de perjuicios (millones de pesos)

Concepto	Sección	Valores
Prestaciones ejecutadas por la Concesionaria, según escenario de Pregunta 2	7.2	4.958.066
Pagos y remuneraciones realizados en favor de la Concesionaria[32]	7.8	(4.289.148)
Prestaciones ejecutadas, netas. Valor bruto a reconocer		**668.918**
Daño emergente por sobrecostes[33]	7.5.3	(598.192)
Valor neto a reconocer a la Concesionaria		**70.726**
Costes a incurrir en exceso sobre valor del Contrato, neto de peajes	7.5.3	(4.227.785)
Valor neto a favor de la ANI		**(4.157.059)**

Fuente: Elaboración propia

Luego dice que teniendo en cuenta que conjuntamente la Concesionaria y Consol no aportaron fondos al proyecto, a su juicio el límite máximo del valor a reconocer sería el importe a amortizar de la deuda bancaria que a 28 de febrero ascendía a $1.250.680M o incluso el valor de la deuda, neta de los beneficios retirados por los consorciados de CONSOL. De esta forma, teniendo en cuenta que los beneficios netos retirados por los consorciados ascendieron a 188.469M, el límite del reconocimiento de valor debería ser 1.062.211M[668]. Lo anterior, de acuerdo con el siguiente cuadro:

Cuadro 120.: Límite de reconocimiento de valor (millones de pesos)

Concepto	Sección	Valores
Deuda bancaria pendiente34		1.250.680
Beneficios netos retirados por los consorciados de CONSOL	7.10.1	(188.469)
Límite de reconocimiento de valor		**1.062.211**

Fuente: Elaboración propia

1.1.3.9.2.1. Aspectos más relevantes de la contradicción

La totalidad de las discusiones que se dieron en sede de contradicción, aparecen en el Anexo 2.

1.1.3.9.2.1.1. La Concesionaria y sus litisconsortes refutan el hecho de que el perito afecte los límites a los reconocimientos con el monto de las distribuciones hechas en Consol y reiteran que el perito confunde a la sociedad Concesionaria con su Epecista.

El perito responde que si se tiene en cuenta a la Concesionaria y a Consol, los aportes del Concesionario resultan negativos[669]. También reitera que no tiene ninguna confusión y que tiene claro que Consol no tenía por qué hacer aportes a la Concesionaria.

Con todo, considera importante hacer mención a los resultados netos si se tienen en cuenta los dos vehículos, que tienen la misma composición en términos de participaciones de los accionistas/consorciados.

1.1.3.9.2.1.2. La Concesionaria y sus litisconsortes señalan la contradicción que hay en el dictamen, cuando evidencia los aportes hechos por los socios a la Concesionaria, al tiempo en que sostiene que dichos aportes fueron negativos.

El perito reitera que si se tiene en cuenta que Consol, en su composición de participaciones, es prácticamente un espejo de la Concesionaria, sí existe un aporte negativo en términos de grupo empresarial[670]. Ello, porque los recursos que fueron aportados por el lado de la Concesionaria, fueron retirados por el lado de Consol. Y dado que los retiros en Consol fueron superiores a los aportes en la Concesionaria, hablan de "aportes negativos".

1.1.3.9.2.1.3. La Concesionaria y sus litisconsortes le preguntan al perito qué entiende en su dictamen por "Contratista"

668 Página 199 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.
669 Puntos 3.110, 3.112, P. 132 y siguientes del escrito de aclaraciones y complementaciones.
670 Punto 3.112 del escrito de aclaraciones y complementaciones.

D&P responde que por Contratista entiende a la Concesionaria y sus socios, quienes fueron los que presentaron la oferta para la licitación de la Concesión[671].

1.1.3.9.2.1.4. La Concesionaria y sus litisconsortes piden se les explique el fundamento técnico de los límites a la compensación que se señala en el peritaje

A juicio del perito, una compensación por la terminación de un contrato de concesión debería estar limitada a los costes reales incurridos, después de los financiados con Aportes de la ANI y Peajes, satisfechos con financiación propia o ajena.

"En un escenario donde se interprete que los accionistas no aportaron, de forma neta, fondos al proyecto porque recibieron una cantidad superior de excedentes del Consorcio, los costes realmente satisfechos, en adición a aquellos financiados con Aportes y Peajes, serían equivalentes a la deuda bancaria pendiente, si el resto de los saldos con acreedores y proveedores estuvieran saldados, como hemos asumido".

No obstante lo anterior, con fecha 9 de junio de 2019, posterior a nuestro Informe Pericial, hemos recibido un informe de la Concesionaria Ruta del Sol donde se desvelan y desglosan otros saldos con otros proveedores y acreedores, según el siguiente detalle:

Concepto	Importe
Obligaciones fiscales	229
Obligaciones laborales	940
Obligaciones con vinculadas	5.359
Obligaciones con proveedores	25.929
Liquidación contrato EPC	218.273
Límite de reconocimiento de valor	**250.730**

Además de los saldos anteriores, la Concesionaria revela Reserva de gastos a incurrir en los meses de junio, julio y agosto de 2019 por importe de $793 millones de pesos, que no hemos considerado debido a que los mismos aún no se han producido"[672].

1.1.3.9.2.1.5. Episol solicita que el perito revise el monto de la deuda bancaria

D&P reconoce que existe un error en su reporte inicial y que el total de la deuda asciende a $1.462.575M a 31 de mayo de 2019[673].

1.1.3.9.2.1.6. Episol solicita que se recalcule el "valor neto a favor de la ANI" de las tablas 119 y 130, teniendo en cuenta los errores en que habría incurrido el perito a la hora de valorar el contrato sin tener en cuenta que este tenía su propia fórmula de actualización, expresada en un VPIT.

Al hacerlo, el perito presenta unos cuadros en su escrito de aclaraciones y complementaciones con unas cifras que más adelante son recalculadas en la "Carta de Subsanación"[674] presentada por el perito al Tribunal luego de su escrito de aclaraciones y complementaciones. En ellas se refleja una modificación al cuadro 119 (valores a reconocer en escenario de pregunta 2) que sugiere unos valores netos a favor de la ANI de $8.763.944M (a coste), de $17.203.616M (a valor actualizado) y de $16.035.567M (con ajustes de Episol). No es muy clara la metodología empleada por el perito para hacer estos cálculos, pero los mismos se transcriben a continuación:

Cuadro 119 (páginas 37 y 51 del Escrito de Contestación a Aclaraciones)

671 Punto 2.42 del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 49.
672 Punto 2.43 del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 49
673 Punto 2.44 del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 50
674 Folios 145 a 151 del Cuaderno de Pruebas No. 198.

Concepto	A coste	A valor actualizado	Con ajustes de Episol
Prestaciones ejecutadas por la Concesionaria, según escenario de Pregunta 2	4.958.066	4.958.066	6.126.115
Pagos y remuneraciones realizados en favor de la Concesionaria	(4.289.148)	(4.289.148)	(4.289.148)
Prestaciones ejecutadas, netas. Valor bruto a reconocer	**668.918**	**668.918**	**1.836.967**
Daño emergente por sobrecostes	(598.192)	(598.192)	(598.192)
Valor neto a reconocer a la Concesionaria	**70.726**	**70.726**	**1.238.775**
Costes a incurrir en exceso sobre valor del Contrato, neto de peajes	(8.834.670)	(17.274.342)	(17.274.342)
Valor neto a favor de la ANI	**(8.763.944)**	**(17.203.616)**	**(16.035.567)**

El perito deja claro, no obstante, que no está de acuerdo con estos cálculos:

"Como se ha explicado anteriormente, no existe ningún error en los "costes a incurrir en exceso sobre el valor del Contrato", toda vez que los mismos fueron calculados, atendiendo a criterios de prudencia, sobre la base de los costes de la obra, dejando fuera la retribución del Concesionario.

No obstante, lo anterior, en la Pregunta 30 anterior se realizan los cálculos para aplicar el criterio deseado por EPISOL de aplicar la remuneración del Concesionario o TDI, el cual requiere que la misma sea aplicada entonces también sobre la obra pendiente de ejecutar"[675].

En relación con la tabla 130, a ella nos referiremos en la siguiente pregunta.

1.1.3.9.2.1.8. Episol solicita rehacer el cuadro Nº 120 sin tener en cuenta los beneficios retirados por los socios de Consol, considerando los aportes de capital e incluyendo los saldos pendientes con terceros.

El cuadro actualizado se encuentra en el documento "Carta de Subsanación"[676] presentada por el perito, así:

Cuadro 120 (página 52 del Escrito de Contestación a Aclaraciones)

Concepto	Valores	Con ajustes de Episol	Con otros acreedores
Deuda bancaria pendiente	1.250.680	1.250.680	1.250.680
Intereses pendientes	-	186.375	186.375
	1.250.680	1.437.055	1.437.055
Otros acreedores	-	-	250.730
Aportaciones realizadas por los socios de la Concesionaria	-	348.234	348.234
Beneficios netos retirados por los consorciados de CONSOL	-188.469	-	-
Límite de reconocimiento de valor	**1.062.211**	**1.785.289**	**2.036.019**

Esto cambiaría los valores de reconocimiento, así[677]:

[675] Punto 2.45 del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 50.
[676] Página 5.
[677] Ibídem.

Concepto	A coste	A valor actualizado	Con ajustes de Episol	Con otros acreedores
Valores brutos de reconocimiento ajustados	668.918	668.918	1.836.967	1.836.967
Aplicación de límite de reconocimiento de valor	N/A	N/A	Sí	N/A
Valores brutos de reconocimiento ajustados	**668.918**	**668.918**	**1.785.289**	**1.836.967**
Daño emergente por sobrecostes	(598.192)	(598.192)	(598.192)	(598.192)
Valores netos de reconocimiento	**70.726**	**70.726**	**1.187.097**	**1.238.775**
Costes a incurrir en exceso sobre el valor del Contrato, neto de peajes	(8.834.670)	(17.274.342)	(17.274.342)	(17.274.342)
Valor neto a favor de la ANI	**(8.763.944)**	**(17.203.616)**	**(16.087.245)**	**(16.035.567)**

Según el perito, todos los reconocimientos deben ser a favor de la ANI.

1.1.3.9.2.1.9. La Concesionaria y sus litisconsortes, en general, denuncian que el perito hizo suposiciones que no se encontraban implícitas en la pregunta formulada.

El perito respondió de múltiples formas a estos cuestionamientos, en los que hizo valer sus propias opiniones personales.

1.1.3.10. Respuesta a la Pregunta Nº 10

La pregunta fue la siguiente:

El perito establecerá los valores a reconocer para el escenario previsto en el numeral 3, teniendo en cuenta que el concesionario no podrá recibir, 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, actualizados por el IPC. De manera separada calculará los efectos que sobre este resultado podrían tener los resultados de lo previsto en los numerales 4 y 5.

El Tribunal quería determinar el monto de las restituciones con base en el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018.

1.1.3.10.1. Metodología:

El perito comenzó por hacer un comparativo entre los aportes hechos por los socios y los dineros que retiraron teniendo en cuenta todo el proyecto, es decir, teniendo en cuenta a la Concesionaria como a su Epecista.

Luego de ello, procedió a hacer los cálculos, sobre la base de las conclusiones de su dictamen.

1.1.3.10.1.1. Comparación entre los aportes hechos por la Concesionaria al Proyecto y los retiros de recursos hechos a través de Consol[678]

El perito comienza por establecer que los "aportes netos" hechos por los socios del proyecto, son el resultado de tomar los aportes de capital menos los dividendos decretados y pagados. Así las cosas, si una persona aporta a un proyecto $5 pero retira $5, eso quiere decir que ya habrá recuperado su inversión y que la misma solo le producirá réditos. En tal caso, sus aportaciones netas serán igual a cero.

En este caso, los socios de la Concesionaria invirtieron al capital de la Concesionaria una suma de $262.311 millones, que actualizados a marzo de 2019 suman $340.925M. La Concesionaria no repartió dividendos, por lo cual los aportes netos de los socios equivalen a esta última suma.

No obstante, en Consol, entre el reparto de excedentes y anticipos a consorciados, los inversionistas de la Concesionaria, de manera directa o a través de sus filiales, hicieron retiros en cuantía de $417.545 millones, que actualizados a marzo de 2019 equivaldrían a $530.798M.

El detalle es el siguiente (nótese que el cuadro difiere en unos pocos millones de lo dicho):

[678] Páginas 200 y siguientes del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.

Cuadro 126.: Dividendos y anticipos repartidos por CONSOL (importes expresados en millones de pesos)

Concepto	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	Total
Dividendos	-	14.288	28.612	63.767	33.518	149.640	31.110	24.751	345.686
Var. Anticipo a consorciados	68.105	123.563	37.070	(57.153)	6.819	(134.575)	23.076	4.953	71.859
Total	**68.105**	**137.851**	**65.682**	**6.614**	**40.337**	**15.065**	**54.186**	**29.704**	**417.545**
Total Actualizado a marzo 2019	**94.215**	**183.850**	**85.517**	**8.448**	**49.702**	**17.385**	**59.134**	**31.143**	**529.394**

De lo anterior, los peritos concluyen que los socios de la Concesionaria, de manera directa o a través de sus filiales, han hecho aportes negativos al proyecto, es decir, que sus aportaciones netas a la totalidad del proyecto equivaldrían a $-156.639M, que actualizados a marzo de 2019 equivaldrían a $-189.873M. En términos netos, concluye el peritaje, la Concesionaria y Consol no invirtieron nada en el proyecto, el cual se apalancó en su totalidad en la deuda de los bancos y los aportes estatales. Y, además de no haber aportado nada, tuvieron beneficios en cuantía de $189.873 millones.

Cuadro 127.: Aportaciones netas realizadas en Ruta del Sol, teniendo en consideración los dividendos y anticipos repartidos por CONSOL (importes expresados en millones de pesos)

Concepto	Total	Total act. a marzo 2019
Aportaciones realizadas en Ruta del Sol	262.311	340.925
Dividendos y anticipos repartidos a los socios de CONSOL	(417.545)	(529.394)
Total Aportaciones netas	**(155.2349)**	**(188.469)**

Fuente: Elaboración propia, a partir de los estados financieros de Ruta del Sol y CONSOL para el periodo 2010 - 2017

1.1.3.10.1.2. Pagos a reconocer de acuerdo con la Pregunta 3, sin tener en cuenta perjuicios[679]

Los mismos ascenderían a $1.977.639M, discriminados en el cuadro 128 hecho por el Perito, así:

Cuadro 128.: Valores brutos a reconocer según el escenario de la Pregunta 3, neto de pagos y remuneraciones y de perjuicios (millones de pesos)

Concepto	Sección	Valores
Prestaciones ejecutadas por la Concesionaria, según escenario de Pregunta 3	7.3	6.266.787
Pagos y remuneraciones realizados en favor de la Concesionaria[36]	7.8	(4.289.148)
Prestaciones ejecutadas, netas. Valor bruto a reconocer		**1.977.639**

Fuente: Elaboración propia

1.1.3.10.1.3. Pagos a reconocer de acuerdo con la Pregunta 3, teniendo en cuenta perjuicios

Los peritos, no obstante, dicen que si se tiene en cuenta que en el resultado neto la Concesionaria y Consol no han hecho aportes al proyecto, el límite de los reconocimientos debería estar dado por la deuda bancaria que a 28 de febrero de 2019 ascendía a $1.250.680M a valores actualizados, o incluso al valor de la referida deuda neta de los beneficios retirados por los consorciados de Consol, así:

Cuadro 129.: Límite de reconocimiento de valor según el escenario de la Pregunta 3, neto de pagos y remuneraciones y de perjuicios (millones de pesos)

Concepto	Sección	Valores
Deuda bancaria pendiente[37]		1.250.680
Beneficios netos retirados por los consorciados de CONSOL	7.10.1	(188.469)
Límite de reconocimiento de valor		**1.062.211**

Fuente: Elaboración propia

El perito dice que además, si se tienen en cuenta los daños de la ANI, bajo este escenario habría que reconocerle a esta última una suma de $5.941.137M, así:

[679] Página 205 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.

Cuadro 130.: Valores a reconocer según el escenario de la Pregunta 3, neto de pagos y remuneraciones y de perjuicios (millones de pesos)

Concepto	Sección	Valores
Límite de reconocimiento de valor		1.062.211
Daño emergente por sobrecostes	7.5.3	(598.192)
Valor neto a reconocer		**464.019**
Costes a incurrir en exceso sobre el valor del Contrato neto de peajes	7.5.3	(6.405.156)
Valor neto a favor de la ANI		**(5.941.137)**

Fuente: Elaboración propia

1.1.3.10.1.4. Aspectos más relevantes de la contradicción

La totalidad de las discusiones que se dieron en sede de contradicción, aparecen en el Anexo 2.

1.1.3.10.1.4.1. Al igual que en el punto anterior, la Concesionaria y sus litisconsortes refutan el hecho de que el perito afecte los límites a los reconocimientos con el monto de las distribuciones hechas en Consol.

El perito responde que si se tiene en cuenta a la Concesionaria y a Consol, los aportes del Concesionario resultan negativos[680].

1.1.3.10.1.4.2. La Concesionaria y sus litisconsortes señalan la contradicción que hay en el dictamen, cuando evidencia los aportes hechos por los socios a la Concesionaria, al tiempo en que sostiene que dichos aportes fueron negativos.

El perito responde que si se tiene en cuenta que Consol, en su composición de participaciones, es prácticamente un espejo de la Concesionaria, sí existe un aporte negativo en términos de grupo empresarial[681]. Ello, porque los recursos que fueron aportados por el lado de la Concesionaria, fueron retirados por el lado de Consol. Y dado que los retiros en Consol fueron superiores a los aportes en la Concesionaria, hablan de "aportes negativos".

1.1.3.10.1.4.3. La Concesionaria y sus litisconsortes piden se les explique el fundamento técnico de los límites a la compensación que se señalan en el peritaje

A juicio del perito, una compensación por la terminación de un contrato de concesión debería estar limitada a los costes reales incurridos, después de los financiados con Aportes de la ANI y Peajes, satisfechos con financiación propia o ajena.

"En un escenario donde se interprete que los accionistas no aportaron, de forma neta, fondos al proyecto porque recibieron una cantidad superior de excedentes del Consorcio, los costes realmente satisfechos, en adición a aquellos financiados con Aportes y Peajes, serían equivalentes a la deuda bancaria pendiente, sobre la asunciín de que el resto de los acreedores y proveedores se hubieran visto saldados.

Por otra parte, entendemos que, sujeto a consideraciones jurídicas que quedan fuera de nuestro ámbito de conocimiento experto, el importe de la compensación podría verse limitado a los mencionados costes reales satisfechos en adición a aquellos financiados con Aportes y Peajes (y representados, en este caso, por la Deuda Bancaria, sobre la asunción de que el resto de los acreedores y proveedores se hubieran visto saldados, que como hemos visto anteriormente, no parece haber sido así por la revelación hecha con posterioridad a nuestro Informe Pericial de saldos con proveedores y acreedores).

Por otra parte, sujeto también a consideraciones jurídicas que quedan fuera de nuestro conocimiento experto, desde un prisma de análisis económico, el importe a compensar de los mencionados costes reales (la Deuda Bancaria) se podría ver reducido por los excedentes netos retirados por los socios del proyecto a través del consorcio, de tal manera que la Deuda Bancaria fuera devuelta con el dinero de la compensación del Estado y la reintegración de los excedentes detraídos de los socios"[682].

1.1.3.10.1.4.4. Episol solicita que el perito revise el monto de la deuda bancaria

D&P reconoce que existe un error y que el total de la deuda asciende a $1.462.575M a 31 de mayo de 2019[683].

680 Puntos 3.110, 3.112, P. 132 y siguientes del escrito de aclaraciones y complementaciones.
681 Punto 3.112 del escrito de aclaraciones y complementaciones.
682 Punto 2.50 del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 55.
683 Punto 2.44 del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 50.

1.1.3.10.1.4.5. Episol solicita que se recalcule el "valor neto a favor de la ANI" del cuadro 130, teniendo en cuenta los errores en que habría incurrido el perito a la hora de valorar el contrato sin tener en cuenta que este tenía su propia fórmula de actualización, expresada en un VPIT.

El resultado es el siguiente:

Cuadro 130 (Páginas 38 y 53 del Escrito de Contestación a Aclaraciones)

Concepto	A coste	A valor actualizado	Con ajustes de Episol	Con otros acreedores
Valores brutos de reconocimiento ajustados	1.977.639	1.977.639	1.977.639	1.977.639
Aplicación de límite de reconocimiento de valor	Sí	Sí	Sí	N/A
Límite de reconocimiento de valor	1.062.211	1.062.211	1.785.289	1.977.639
Daño emergente por sobrecostes	(598.192)	(598.192)	(598.192)	(598.192)
Valor neto a reconocer	**464.019**	**464.019**	**1.187.097**	**1.379.447**
Costes a incurrir en exceso sobre el valor del Contrato neto de peajes	(11.012.038)	(22.027.527)	(22.027.527)	(22.027.527)
Valor neto a favor de la ANI	**(10.548.019)**	**(21.563.508)**	**(20.840.430)**	**(20.648.080)**

1.1.3.10.1.4.6. La Concesionaria y sus litisconsortes, en general, denuncian que el perito hizo suposiciones que no se encontraban implícitas en la pregunta formulada

El perito respondió de múltiples formas a estos cuestionamientos, en los que hizo valer sus opiniones personales.

1.1.3.11. Respuesta a la Pregunta Nº 11[684]

La pregunta fue la siguiente:

El perito describirá las diferencias en los resultados de las fórmulas a aplicar en los numerales 9 (escenario previsto en el numeral 2 teniendo en cuenta los numerales 4 y 5) y 10 (escenario previsto en el numeral 3 teniendo y no teniendo en cuenta los numerales 4 y 5)

El Tribunal pretendía entender la diferencia entre los artículos 48 de la Ley 80 de 1993 y 20 de la Ley 1882 de 2018.

El perito resume sus resultados en el siguiente cuadro:

Cuadro 131. Valores de reconocimiento en los escenarios de las preguntas 2 y 3

Concepto	Pregunta 2	Pregunta 3
Valores brutos de reconocimiento	668.918	1.977.639
Aplicación de límite de reconocimiento de valor	N/A	Sí
Valores brutos de reconocimiento ajustados	**668.918**	**1.062.211**
Daño emergente por sobrecostes	(598.192)	(598.192)
Valores netos de reconocimiento	**70.726**	**464.019**
Costes a incurrir en exceso sobre el valor del Contrato, neto de peajes	(4.227.786)	(6.405.156)
Valor neto a favor de la ANI	**(4.157.060)**	**(5.941.137)**

11.3.11.1. La Contradicción

A continuación, se mostrarán los aspectos más relevantes. Todas las discusiones dadas en sede de contradicción aparecen en el Anexo 2.

11.3.11.1.1. Episol solicita actualizar el cuadro 131 con las discusiones dadas en relación con las preguntas anteriores

El perito presentó el siguiente cuadro[685]:

[684] Páginas 206 y 207 del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.
[685] Punto 2.55 del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 57.

Cuadro 131: Valores de reconocimiento en los escenarios de las preguntas 2 y 3

	A coste		A valor actualizado	
Concepto	Pregunta 2	Pregunta 3	Pregunta 2	Pregunta
Valores brutos de reconocimiento	668.918	1.977.639	668.918	1.977.
Aplicación de límite de reconocimiento de valor	N/A	Sí	N/A	
Valores brutos de reconocimiento ajustados	**668.918**	**1.062.211**	**668.918**	**1.062.**
Daño emergente por sobrecostes	(598.192)	(598.192)	(598.192)	(598.1
Valores netos de reconocimiento	**70.726**	**464.019**	**70.726**	**464.**
Costes a incurrir en exceso sobre el valor del Contrato, neto de peajes	(4.227.785)	(6.405.156)	(6.169.890)	(10.923.(
Valor neto a favor de la ANI	**(4.157.059)**	**(5.941.137)**	**(6.099.164)**	**(10.459.(

Fuente: Elaboración propia

En todos sus escenarios dan sumas a favor de la ANI.

11.3.11.1.2. Odebrecht solicita que se le explique el fundamento técnico usado por el perito para responder a las preguntas 9 y 10

D&P responde que "*la fórmula empleada no procede de ninguna prescripción técnica concreta, sino del sustento metodológico y económico expresado a lo largo de nuestro Informe Pericial*"[686].

1.1.3.12. Respuesta a la Pregunta Nº 12

La pregunta fue la siguiente:

El perito deberá indicar si desde el punto de vista técnico es válido o no reconocer un porcentaje de AIU (Administración, Imprevistos y Utilidad) como componente del CAPEX y, al mismo tiempo, reconocer erogaciones por concepto de AOM (Administración, Operación y Mantenimiento).

El perito respondió que se trata de dos rubros que deben ser formalmente considerados de manera independiente.

Fundamenta su respuesta en que se trata de dos actividades que se encuentran plenamente diferenciadas. El hecho de que pueda haber sinergias, los dos rubros deben ser considerados de manera independiente.

1.1.3.12.1. La Contradicción

Ninguna de las partes se opuso a su respuesta.

1.1.3.13. Respuesta a la Pregunta Nº 13[687]

La pregunta fue la siguiente:

El perito determinará si la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S y el Consorcio Constructor CONSOL debieron adoptar los principios contables de empresas en liquidación luego de terminados los contratos de Concesión y de EPC, respectivamente, con anterioridad a su ocurrencia teniendo en cuenta los hechos que dieron lugar a la terminación de tales contratos y, de ser afirmativa tal respuesta, los efectos que ello comporta respecto de las mediciones y registros contables de las dos empresas.

1.1.3.13.1. Aspectos Generales

El perito considera que las normas contables aplicables en Colombia establecen que la regla general es la formulación de estados financieros bajo el principio de empresa en funcionamiento y sólo por excepción determinan la aplicación del principio de empresa en liquidación en todas aquellas situaciones en las cuales existan incertidumbres relevantes que cuestionen la continuidad de las operaciones de la entidad.

1.1.3.13.2. La Concesionaria

[686] Punto 5.71 del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 212
[687] Páginas 208 y siguientes del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.

La Concesionaria dejó de utilizar el principio de empresa en funcionamiento en el ejercicio 2016. Para dicho ejercicio, Ruta del Sol preparó sus Estados Financieros de acuerdo con los principios de Contabilidad generalmente aceptados en Colombia, cuyo fundamento se encuentra en las NIIF, y en consecuencia cambió sus bases contables para adoptar los principios de negocios en liquidación. Todo lo anterior, de acuerdo con las normas que resultan aplicables.

Este proceder estuvo ajustado a la normativa, pues una vez resuelto el contrato y ordenada la liquidación del mismo, existe plena certeza sobre la terminación del contrato, y, con ella, el cese de la actividad y el fin de los flujos derivados de la explotación del Contrato de Concesión, que, en los términos del Decreto 2101 de 2016, obligan a valorar la entidad por su valor de liquidación.

El auditor de Ruta del Sol, PricewaterhouseCoopers, denegó la opinión de auditoría como consecuencia de la imposibilidad de medir el impacto económico que suponía la terminación del Contrato Nº1 de 2010 y del Contrato EPC. En su escrito, dicho auditor incluyó un párrafo que hace énfasis en que los Estados Financieros de Ruta del Sol están formulados de acuerdo con normas de contabilidad y de información financiera aceptadas en Colombia para entidades que no cumplen la hipótesis de negocio en marcha establecidas en el Decreto 2101 del 22 de diciembre de 2016, y en que a la fecha del informe la Compañía no se encontraba en estado de disolución y liquidación.

1.1.3.13.2. El Epecista

En opinión del Perito, la terminación del Contrato de Concesión conlleva la resolución anticipada del Contrato EPC y, en consecuencia, justifica la utilización del principio contable de empresa en liquidación también para esta última. No obstante, ello no ha ocurrido hasta el momento, a pesar de que CONSOL, a partir de 2016, se encontraba obligada a hacerlo.

En este sentido, la cláusula 32.3. del Contrato EPC indica que "el presente Contrato EPC se terminará anticipadamente, si el INCO (ahora ANI) termina unilateralmente el Contrato de Concesión" y Consol era una entidad cuyo único objeto era, precisamente, la ejecución de este preciso contrato.

Sin embargo, a la fecha de firma del Informe de Auditoría no se había producido de facto la terminación del Contrato EPC, lo que permitió a CONSOL formular sus estados financieros bajo el principio de negocio en marcha. El Informe de la Auditoría Independiente sobre los Estados Financieros de CONSOL correspondientes al ejercicio 2016 es del 15 de febrero de 2019, es decir, más de dos años después del cierre del ejercicio 2016.

Por ello PwC, el antiguo revisor fiscal que por la terminación de su vínculo no estuvo llamado a auditar los EEFF, sostuvo lo siguiente:

"El 22 de febrero de 2017, se firmó el acuerdo para la terminación y liquidación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 Ruta del Sol Sector Dos (II) celebrado entre la Concesionaria Ruta del Sol, S.A.S. y la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, el cual fue modificado el 27 de marzo de 2017. Dicho acuerdo tenía como objeto concluir el vínculo negocial, para lo cual el propósito fundamental del mismo era efectuar las acciones que propendieran por dicha conclusión. Esta situación podría conllevar a la terminación del contrato EPC entre la Concesionaria Ruta del Sol, S.A.S, y el Consorcio Constructor Ruta del Sol – CONSOL. A la fecha de emisión de este informe no se ha firmado ningún acuerdo de terminación del contrato EPC entre las partes; sin embargo, en la actualidad el Consorcio Constructor Ruta del Sol – CONSOL, no se encuentra desarrollando ninguna actividad relacionada con el cumplimiento del contrato EPC. A la fecha no se me ha suministrado un estudio, concreto en donde sustente que la hipótesis de negocio en marcha es apropiada. A pesar de lo anterior, la administración del Consorcio tomó la decisión de adoptar y presentar sus estados financieros del año 2016 de acuerdo con normas de contabilidad y de información financiera aceptadas en Colombia para entidades que cumplen la hipótesis de negocio en marcha".

A la fecha de presentación del informe, los peritos no tuvieron evidencia de que los Estados Financieros de CONSOL correspondientes a 2017 y 2018 hayan sido preparados y certificados por su Representante Legal y Controller.

No obstante, los mismos, en caso de estar preparados, deberían haberlo sido bajo el principio de empresa en liquidación, en los términos expuestos

1.1.3.14. Respuesta a la Pregunta Nº 14[688]

La pregunta fue la siguiente:

El perito determinará cuáles son los efectos sobre la calidad y fiabilidad de la información financiera el hecho de que algunos de los Estados Financieros de la Concesionaria y de CONSOL no hayan sido certificados y/o dictaminados. Determinará, así mismo, si este hecho puede tener efectos sobre estados financieros de ejercicios anteriores que sí se encuentren certificados y/o dictaminados.

1.1.3.14.1. La Concesionaria

Los Estados Financieros de Ruta del Sol de los ejercicios 2010 a 2017 están certificados por sus Administradores, y dictaminados por el revisor fiscal. Las auditorías de los ejercicios 2010 a 2015 contienen una opinión sin salvedades, mientras que en las auditorías de los ejercicios 2016 y 2017 el auditor denegó la opinión.

En este sentido, de acuerdo con el perito, el Informe de Auditoría emitido por PWC en relación con los Estados Financieros correspondientes a 2016 de la Concesionaria, incluye en su párrafo 8) una denegación de opinión, en los siguientes términos:

"Debido a la significancia de los asuntos descritos en los párrafos 4) al 7) anteriores "bases para la abstención de opinión", no me fue posible obtener evidencia de auditoría suficiente y apropiada para proporcionarme una base para mi opinión de auditoría. De acuerdo con esto, no expreso una opinión sobre los estados financieros al 31 de diciembre de 2016".

La denegación de opinión por parte del auditor está regulada en la Norma Internacional de Auditoría 705 (en adelante NIA 705).

En los párrafos 9 y 10 de la NIA 705 se establecen las situaciones en las que el auditor debe denegar o abstenerse de dar una opinión, en los siguientes términos:

- Párrafo 9. *"El auditor denegará la opinión (o se abstendrá de opinar) cuando no pueda obtener evidencia de auditoría suficiente y adecuada en la que basar su opinión y concluya que los posibles efectos sobre los estados financieros de las incorrecciones no detectadas, si las hubiera, podrían ser materiales y generalizados."*

- Párrafo 10. "*El auditor denegará la opinión (o se abstendrá de opinar) cuando, en circunstancias extremadamente poco frecuentes que supongan la existencia de múltiples incertidumbres, el auditor concluya que, a pesar de haber obtenido evidencia de auditoría suficiente y adecuada en relación con cada una de las incertidumbres, no es posible formarse una opinión sobre los estados financieros debido a la posible interacción de las incertidumbres y su posible efecto acumulativo en los estados financieros."*

A juicio del perito, las dos circunstancias mencionadas coexisten en relación con los Estados Financieros de la Concesionaria correspondientes al ejercicio 2016. El perito, en este sentido, considera que el auditor se vio obligado a denegar su opinión, en respuesta a la imposibilidad de cuantificar los impactos económicos derivados de la resolución, terminación y liquidación del Contrato, y de la resolución del Contrato EPC.

La denegación de opinión, en definitiva, pone en duda la calidad y fiabilidad de la información financiera de la Concesionaria, en tanto:

- La firma del Convenio de indulgencia firmado por Odebrecht con las autoridades judiciales de Brasil, Estados Unidos y Suiza, hacen inferir al auditor la posible existencia de otros hechos ilegales, y la posible vulneración de controles por parte de los Administradores de la Concesionaria. Ello podría dar lugar a pasivos contingentes no cuantificados ni registrados en los Estados Financieros.

- La terminación y liquidación del Contrato de Concesión exige una cuantificación. La estimación de la reclamación de la Concesionaria ascendía a $3.443.465.827.992 pesos, representados en la cuenta por cobrar a la ANI por $1.887.068.498.798 pesos y el saldo de las aportaciones realizadas por la ANI a las cuentas de la Fiducia por $1.556.397.329.194 pesos.

[688] Páginas 223 y siguientes del dictamen pericial

• No habiéndose dado una conciliación entre las partes ni la aprobación de la fórmula de liquidación que las partes determinaron en primera instancia, el saldo de la cuenta por cobrar registrado por la Concesionaria podría estar sujeto a ajustes, que el auditor no puede determinar.

• La falta de respuesta de la carta enviada por la administración de la Concesionaria a la ANI impide conocer:

– Los saldos a cargo y/o a favor de la Concesionaria por conceptos de anticipos, avances, pagos, adiciones, compras, ventas u otros conceptos al 31 de diciembre de 2016, y

– Los saldos que pudieran resultar como consecuencia de medidas tomadas por la ANI contra la Concesionaria en virtud del Contrato de Concesión, relacionados con sanciones, garantías, mecanismos de cobertura de riesgos y resolución de controversias.

• La terminación del Contrato EPC implica la necesidad de cuantificar los saldos pendientes de liquidación con CONSOL. No obstante, sin un acuerdo sobre la liquidación del contrato, el auditor no puede determinar la razonabilidad de los saldos y transacciones resultantes del Contrato EPC.

De acuerdo con la NIA 705, la imposibilidad de obtener evidencia de auditoría suficiente y adecuada sobre aspectos significativos implica la denegación de opinión. Además de ello, también lleva a inferir que los estados financieros pueden tener incorrecciones materiales y generalizadas.

La denegación de opinión de auditoría en los Estados Financieros de la Concesionaria correspondientes a 2016, implica que no se pueda depositar confianza sobre la información financiera. Esta circunstancia, a juicio del perito, es crítica a la hora de evaluar la confiabilidad de los estados financieros de ejercicios anteriores.

Sobre este último punto, la NIA 240 establece que, en caso de haberse detectado el riesgo de fraude, la deben seguirse ciertos procedimientos que extienden el alcance de una auditoria. Ello se deriva del incremento en el grado de escepticismo que debe desplegar el auditor y que comporta la observación de ciertas pautas por parte del mismo.

1.1.3.14.2. CONSOL

Los Estados Financieros de CONSOL correspondientes a los ejercicios 2010 a 2016 están certificados por sus Administradores, y dictaminados por auditor independiente. Los Estados Financieros de los ejercicios 2010 a 2015 contienen opiniones sin salvedades, mientras que frente al ejercicio 2016, el auditor denegó su opinión.

El perito obtuvo los balances parciales consolidados de los ejercicios 2017 y 2018, pero no tiene ninguna evidencia de que los mismos hayan sido formulados, certificados y/o dictaminados. Es por ello que, según el perito, "respecto a los ejercicios 2017 y 2018 sólo hemos dispuesto de determinados estados de sumas y saldos para realizar el trabajo contenido en el presente Informe".

El hecho de que dichos estados contables no se encuentren certificados por el Representante legal de CONSOL y por su Contador, a juicio del perito, implica que no se pueda depositar ningún tipo de confianza sobre su calidad y fiabilidad.

En relación con el Informe de Auditoría emitido por PWC sobre los estados financieros de 2016, incluye en su párrafo 19 una denegación de opinión, que el auditor justifica de la siguiente manera:

"Debido a la significancia de los asuntos descritos en los párrafos 4) al 16) anteriores "Bases para la abstención de opinión", no nos fue posible obtener evidencia de auditoría suficiente y apropiada para proporcionarme una base para mi opinión de auditoría. De acuerdo con esto, no expreso una opinión sobre los estados financieros al 31 de diciembre de 2016. […]"

De acuerdo con los peritos, en la auditoría de los estados financieros de CONSOL también concurren las circunstancias descritas en los párrafos 9 y 10 de la NIA 705 para proceder con una denegación de opinión. En efecto, los auditores encontraron inconsistencias generalizadas que se concretan en i) el Convenio de indulgencia firmado por Odebrecht, ii) la Resolución de la SIC por medio de la cual formuló pliego de cargos en contra de los consorciados que poseen la mayor participación en CONSOL, iii) el fallo del

Tribunal de Cundinamarca por el que se ordenó la terminación del Contrato de Concesión, iv) la existencia de hechos ilegales cometidos en Colombia, v) la vulneración de controles por parte de la alta gerencia, vi) la solicitud por parte del revisor fiscal de un plan de investigación a ser efectuado por un ente independiente (auditoría forense). Menciona también vii) la imposibilidad de determinar el posible monto total derivado de hechos ilegales, así como su posible impacto en la procedencia, legalidad y validez de los gastos y costos incurridos por CONSOL y su efecto correlativo en la determinación del ingreso, activos y pasivos registrados en los estados financieros. En este contexto, también alude a viii) la potencial terminación del Contrato EPC como consecuencia de la terminación y liquidación del Contrato de Concesión, ix) el cese de actividades derivadas del Contrato EPC y la dudosa aplicación del principio de empresa en funcionamiento. Agrega x) la imposibilidad de medir el impacto económico derivado de la terminación del Contrato EPC, xi) La falta de información por parte de la Administración para cubrir el muestreo realizado, xii) la falta de actualización de las respuestas dadas por los abogados M&P sobre contingencias de la compañía, xiii) la falta de respuesta de terceros para validar saldos de anticipos dados a proveedores, xiv) la falta de revisión de actas del Comité del Consorcio, xv) diferencias no explicadas en obligaciones financieras, xvi) diferencias en costos de transporte, obra civil, arrendamientos entre los registros contables y la documentación suporte, xvii) diferencias entre valores contractuales y valores facturados por contratistas, xviii) falta de información de terceros para validar pasivos, y xix) falta de confirmación de transferencias bancarias de 2015 que no contaban con la aprobación de los representantes de CONSOL a favor de empresas con las que no se tenían relaciones contractuales.

La denegación de opinión, de acuerdo con el perito pone en duda la calidad y fiabilidad de la información financiera de Consol del año 2016, en tanto:

- La firma del Convenio de indulgencia, la posible existencia de hechos ilegales, y la posible vulneración de controles por parte de los Administradores del Consorcio, podrían dar lugar a pasivos contingentes no cuantificados ni registrados en los estados financieros.

- La terminación del Contrato de Concesión también puede implicar ajustes a los estados financieros de CONSOL.

- La potencial terminación del Contrato EPC implica cuantificar los saldos pendientes de liquidación con Ruta del Sol. Al no estar formalizada la liquidación entre las partes, el auditor no puede determinar la razonabilidad de los saldos y transacciones resultantes del Contrato EPC, como tampoco debida aplicación del principio de empresa en marcha.

- La falta de documentación (actas, cartas de abogados, respuestas bancarias) no permite determinar los saldos de las cuentas de ingresos, activos y pasivos de los estados financieros.

- Las diferencias no explicadas no permiten concluir si el balance y la cuenta de resultados de CONSOL responden a su realidad económica.

Nuevamente, de acuerdo con las disposiciones de la NIA 705, la imposibilidad de obtener evidencia de auditoría suficiente y adecuada conllevan la denegación de opinión, y la duda sobre si los estados financieros contienen incorrecciones materiales y generalizadas.

1.1.3.14.3. Efecto sobre los estados financieros de la Concesionaria y CONSOL de ejercicios anteriores que se encuentran certificados y/o dictaminados

El perito comienza por aclarar que la auditoría de estados financieros no está orientada a la detección de fraude y errores que vengan originados por los mismos.

Al respecto, la NIA número 240 establece lo siguiente:

"[…] Responsabilidad en relación con la prevención y detección del fraude

4. Los responsables del gobierno de la entidad y la dirección son los principales responsables de la prevención y detección del fraude. Es importante que la dirección, supervisada por los responsables del gobierno de la entidad, ponga gran énfasis en la prevención del fraude, lo que puede reducir las oportunidades de que éste se produzca, así como en la disuasión de dicho fraude, lo que puede persuadir a las personas de no cometer fraude debido a la probabilidad de que se detecte y se sancione. Esto

implica el compromiso de crear una cultura de honestidad y comportamiento ético, que puede reforzarse mediante una supervisión activa por parte de los responsables del gobierno de la entidad. La supervisión por los responsables del gobierno de la entidad incluye prever la posibilidad de elusión de los controles o de que existan otro tipo de influencias inadecuadas sobre el proceso de información financiera, tales como intentos de la dirección de manipular los resultados con el fin de influir en la percepción que de ellos y de la rentabilidad de la empresa tengan los analistas. […]"

"[…] Responsabilidad del auditor

6. Como se indica en la NIA 240, los posibles efectos de las limitaciones inherentes son especialmente significativos en el caso de incorrecciones debidas a fraude. El riesgo de no detectar incorrecciones materiales debidas a fraude es mayor que el riesgo de no detectar las que se deben a error. Esto se debe a que el fraude puede conllevar planes sofisticados y cuidadosamente organizados para su ocultación, tales como la falsificación, la omisión deliberada del registro de transacciones o la realización al auditor de manifestaciones intencionadamente erróneas. Dichos intentos de ocultación pueden ser aún más difíciles de detectar cuando van acompañados de colusión. La colusión puede inducir al auditor a considerar que la evidencia de auditoría es convincente, cuando, en realidad, es falsa. La capacidad del auditor para detectar un fraude depende de factores tales como la pericia del que lo comete, la frecuencia y el alcance de la manipulación, el grado de colusión, la dimensión relativa de las cantidades individuales manipuladas y el rango jerárquico de las personas implicadas. Si bien el auditor puede ser capaz de identificar la existencia de oportunidades potenciales de cometer un fraude, puede resultarle difícil determinar si las incorrecciones en aspectos en los que resulta necesario ejercer el juicio, tales como las estimaciones contables, se deben a fraude o error.

7. Por otra parte, el riesgo de que el auditor no detecte una incorrección material debida a fraude cometido por la dirección es mayor que en el caso de fraude cometido por empleados, porque la dirección normalmente ocupa una posición que le permite, directa o indirectamente, manipular los registros contables, proporcionar información financiera fraudulenta o eludir los procedimientos de control diseñados para prevenir que otros empleados cometan fraudes de ese tipo. […]"

En definitiva, debido a la existencia de un fraude dirigido desde la alta gerencia, es muy posible que las pruebas de auditoría no detectaran errores significativos durante los ejercicios en los que no tenía conocimiento de la existencia del fraude.

No obstante, en caso de detectarse riesgo de fraude, la NIA 240 prescribe una serie de procedimientos que incrementan el alcance de la auditoría, al elevar el grado de escepticismo profesional del auditor. Por ello, Carlos Emilio Moreno Sánchez, socio de PwC, "*indicó en su testimonio ante la Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá del 25 de enero de 2018, que una vez desvelado un fraude en la Concesionaria Ruta del Sol, recomendó la extensión del alcance de auditoría del ejercicio 2016, incluyendo procedimientos forenses y auditoría retrospectiva*".

Teniendo en cuenta que las auditorías relacionadas con los ejercicios 2010 a 2015 no incluyeron procedimientos específicos asociados a la identificación de fraudes, *"los Estados Financieros de la Concesionaria de los ejercicios 2010 a 2015 podrían contener incorrecciones materiales, que no fueron identificadas por el auditor, al no contemplar en su alcance la existencia de un fraude".*

En síntesis, aun cuando existen opiniones de auditoría sin salvedades para los ejercicios anteriores a 2016, en opinión del perito no es posible depositar confianza en la información financiera objeto de auditoría.

1.1.3.14.4. Las aclaraciones y complementaciones solicitadas por las partes.

Todas las aclaraciones y complementaciones solicitadas por las partes en relación con esta pregunta, junto con las correspondientes respuestas de Duff & Phelps, están previstas en el Anexo 2. A continuación, el Tribunal se permite señalar sólo las siguientes, por considerarlas más relevantes:

La Concesionaria solicitó que el Perito aclarara las razones por las cuales consideraba que sus Estados Financieros anteriores al ejercicio 2016, no resultaban válidos, a pesar de tener opiniones sin salvedades.

Al respecto, Duff & Phelps señaló que en ningún momento había dicho que los Estados Financieros anteriores al año 2016 de la Concesionaria no resultaban válidos. Por el contrario, lo que había hecho era llamar la atención acerca de que no se podía depositar confianza sobre la información financiera objeto de auditoría en los ejercicios anteriores al año 2016. Lo anterior, toda vez que PwC no había tenido en cuenta

la existencia de un posible fraude al momento de auditar los ejercicios anteriores al año 2016 que, de haberlo hecho, *"hubiera provocado que las pruebas sustantivas hubiesen sido mucho mayores, las cuales podrían haber revelado otros hechos o circunstancias, que el auditor hubiera podido tener que poner de manifiesto"*[689].

Tanto así que, en su Informe de Auditoría del 9 de marzo de 2018 sobre los Estados Financieros del año 2016, PwC había señalado que: *"por la naturaleza de los hechos mencionados en el párrafo 4) de este informe y las actuales circunstancias, mi informe actual con relación a los estados financieros por el año terminado el 31 de diciembre de 2015 podría llegar a diferir del emitido previamente"*[690].

1.1.3.15. Respuesta a la Pregunta Nº 15[691]

La pregunta es la siguiente:

El perito determinará el monto de los dineros que fueron distribuidos o pagados a los socios de la Concesionaria a través del Consorcio Constructor CONSOL, bien sea como utilidades o como excesos de liquidez o anticipos o cualquier otro concepto equivalente, con la discriminación de las fechas en las que se realizaron los pagos. Dichas sumas deberán ser presentadas de dos formas: i) con la respectiva actualización y ii) junto con los intereses bancarios que las mismas habrían generado en el hipotético caso de haber sido objeto de contratos de crédito por parte de los bancos a favor de la Concesionaria.

El Tribunal quería tener toda la información financiera tanto de la Concesionaria como de su Epecista, para tener un mejor entendimiento de las cifras del contrato y para acumular material probatorio sobre el cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 20 de la Ley 1882 para el reconocimiento de las prestaciones del contrato, como sería, a manera de ejemplos, si las erogaciones realizadas por la Concesionaria se hicieron a precios y condiciones de mercado, o si fueron hechas para satisfacer el interés público.

1.1.3.15.1. La respuesta dada por el perito

CONSOL repartió dividendos y abonó anticipos a sus consorciados en el periodo comprendido entre los ejercicios 2010 y 2018 por importe de $418.949 millones de pesos que, actualizado a marzo de 2019, suponen un total de $530.798 millones de pesos y cuyo detalle es el siguiente:

Cuadro 132.: Dividendos y anticipos repartidos por CONSOL (importes expresados en millones de pesos)

Concepto	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	Total
Dividendos	-	14.288	28.612	63.767	33.518	149.640	31.110	24.751	-	345.686
Var. Anticipo a consorciados	68.105	123.563	37.070	(57.153)	6.819	(134.575)	23.076	4.953	1.404	73.263
Total	**68.105**	**137.851**	**65.682**	**6.614**	**40.337**	**15.065**	**54.186**	**29.704**	**1.404**	**418.949**
Total Actualizado a marzo 2019 IPC official de Colombia	**94.215**	**183.850**	**85.517**	**8.448**	**49.702**	**17.385**	**59.134**	**31.143**	**1.404**	**530.798**

Fuente: Elaboración propia, a partir de los estados financieros de CONSOL para el periodo 2010 - 2018

Los dividendos abonados, los anticipos concedidos a los socios y los intereses que habrían generado, ascienden a $790.470M. Lo anterior, lo resume el perito en el siguiente cuadro:

[689] Escrito de Contestación a las aclaraciones y complementos del Informe Pericial de Experto Independiente elaborado por Duff & Phelps el 20 de mayo de 2019, p. 142.
[690] Escrito de Contestación a las aclaraciones y complementos del Informe Pericial de Experto Independiente elaborado por Duff & Phelps el 20 de mayo de 2019, p. 142.
[691] Páginas 232 y siguientes del dictamen pericial.

Cuadro 133.: Intereses bancarios que habrían generado estos importes de haber sido objeto de contratos de crédito por parte de los bancos a favor de la Concesionaria (importes expresadas en millones de pesos)

Concepto	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Dividendos									
Saldo inicial	-	-	15.678	48.026	120.666	169.075	359.412	436.398	507.67
Dividendos del año	-	14.288	28.612	63.767	33.518	149.640	31.110	24.751	
Dividendos acumulados + Intereses capitalizados del año anterior	-	14.288	44.290	111.793	154.184	318.715	390.522	461.149	507.67
IPC + 6%	9,17%	9,73%	8,44%	7,94%	9,66%	12,77%	11,75%	10,09%	9,18
Intereses del año	-	1.390	3.736	8.874	14.891	40.697	45.876	46.524	46.5
Saldo Final		**15.678**	**48.026**	**120.666**	**169.075**	**359.412**	**436.398**	**507.673**	**554.2**
Anticipos									
Saldo inicial	-	74.351	217.163	275.679	235.872	266.130	148.353	191.568	216.3
Anticipos del año	68.105	123.563	37.070	(57.153)	6.819	(134.575)	23.076	4.953	
Anticipos acumulados + Intereses capitalizados del año anterior	68.105	197.914	254.233	218.526	242.691	131.555	171.429	196.520	216.3
IPC + 6%	9,17%	9,73%	8,44%	7,94%	9,66%	12,77%	11,75%	10,09%	9,18
Intereses del año	6.246	19.249	21.445	17.346	23.438	16.798	20.138	19.826	19.8
Saldo Final	**74.351**	**217.163**	**275.679**	**235.872**	**266.130**	**148.353**	**191.568**	**216.346**	**236.2**
Total	**74.351**	**232.841**	**323.704**	**356.539**	**435.205**	**507.765**	**627.966**	**724.019**	**790.47**

Fuente: Elaboración propia

[*] *Intereses calculados con la sunción de que la deuda y los anticipos se producen a mitad de año.*

El detalle de los dividendos y anticipos, junto con los intereses bancarios que se habrían causado en los contratos de crédito por parte de los bancos es el siguiente, de acuerdo con el dictamen:

Cuadro 134.: Detalle de los dividendos y anticipos, así como de los intereses bancarios (importes expresadas en millones de pesos)

Concepto	Dividendos	Anticipos	Total
Importe	345.686	71.859	417.545
Intereses	208.581	164.344	372.925
Total	**554.267**	**236.203**	**790.470**

1.1.3.15.2 Los aspectos más relevantes de la contradicción

La totalidad de los asuntos sometidos a contradicción aparecen en el Anexo 2.

1.1.3.15.2.1. La Concesionaria le pregunta al perito si tuvo en cuenta que el objeto, la naturaleza jurídica y la composición de consorciados de Consol son distintos de los de la Concesionaria

Los peritos responden que siempre tuvieron claro que el objeto, la naturaleza y la composición son distintos y a ello se refirieron en distintos puntos de su informe. Para demostrarlo, transcriben los cuadros 4 y 5 de su informe que establecen:

Cuadro 4: Accionistas de Ruta del Sol

Accionista	Participación
Oderbrecht Investimentos Em Infraestructura Ltda. (en adelante, 'Oderbrech')(1)	37,00%
Constructora Norberto Oderbrecht S.A.	25,01%
Estudios y Proyectos del Sol S.A.S – EPISOL S.A.S (en adelante, 'EPSIOL')	33,00%
CSS Constructores S.A. (en adelante, 'CSS')	4,99%
Total	**100,00%**

(1) Por medio de comunicación recibida de Odebrecht Latinvest Colombia, S.A. el 23 de octubre de 2015 informan que en reunión extraordinaria de Asamblea de Accionistas realizada el 30 de julio de 2015, la sociedad Oderbrecht Participacoes e Investimentos S.A. único accionista de Oderbrecht Latinvest Colombia S.A.S. aportó a esta última las acciones de la Concesionaria.
Fuente: Elaboración propia

Consorcio Constructor Ruta del Sol (en adelante, 'CONSOL'): *Es el consorcio constructor con el que la Concesionaria suscribió el Contrato EPC. Sus accionistas son:*

Cuadro 5: Accionistas de Ruta del Sol

Accionista	Participación
Constructora Norberto Oderbrecht, S.A. Sucursal Colombia	62,01%
EPISOL	33,00%
CSS	4,99%
Total	**100,00%**

Fuente: Elaboración propia

Sin embargo, concluye el perito, "*como se observa de los detalles antecedentes, el accionariado de ambas entidades es idéntico en términos de grupos empresariales*"[692].

1.1.3.15.2.2. La Concesionaria le solicita al perito aclarar por qué considera que los resultados de la operación del Consorcio (ganancia o pérdida) reflejados en sus estados financieros, equivalen a una distribución de utilidades, como ocurriría en una sociedad

El perito responde que desde una perspectiva económica son plenamente asimilables.

1.1.3.16. Respuesta a la Pregunta Nº 16[693]

La pregunta es la siguiente:

El perito hará una descripción y dará una opinión sobre la gestión de riesgos de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y del Consorcio Constructor CONSOL durante la ejecución del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 -incluidos sus anexos y apéndices, otrosíes, actas modificatorias, adicionales y demás documentos contractuales-, y del Contrato EPC para el diseño, suministro, construcción, mejoramiento y rehabilitación de las obras del Sector 2 del Proyecto Vial Ruta del Sol-incluidos sus anexos y apéndices, otrosíes, adicionales y demás documentos contractuales-, con sujeción al alcance señalado en cada uno de tales contratos.

1.1.3.16.1. La gestión de riesgos en el Contrato de Concesión

El Contrato de Concesión no establece un procedimiento de gestión de riesgos ni obliga a la Concesionaria a acreditar ninguna certificación de gestión de riesgo (certificados de normalización ISO o similares), como tampoco define los riesgos de la Concesionaria en la ejecución del Contrato. Simplemente prevé mecanismos de supervisión y control por parte de un Interventor para asegurar su cumplimiento y ejecución de conformidad con lo previsto en el Contrato.

[692] Punto 3.141 del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 149
[693] Páginas 235 y siguientes del dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps.

Con base en lo anterior, el Perito denuncia que desde el propio contrato se presentaron debilidades de cara a la gestión de riesgos, dentro de las cuales menciona que:

i) No obliga a la Concesionaria a presentar certificaciones ISO sobre gestión de riesgos, tales como las ISO 31000 sobre Gestión de Riesgos; ISO 37001 sobre Sistemas de Gestión Anti-soborno; ISO 196000 sobre Cumplimiento Legal; ISO 27000 sobre Seguridad de la Información; OHSAS 18001 sobre requisitos mínimos en materia de gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo, o la ISO 27001 sobre aseguramiento, confidencialidad e integridad de los datos y de la información.

ii) No desarrolla un Manual de Procedimientos de la Interventoría, en el que se establezcan obligaciones de reporte periódico por parte de la Concesionaria al Interventor, y del Interventor al INCO, ni de la tipología de informes a emitir en el caso de detectarse incumplimientos.

iii) El perito no obtuvo informes de la interventoría que le permitieran determinar si las funciones del Interventor fueron debidamente cumplidas

iv) El perito no obtuvo un mapa de riesgos de la Concesionaria, como tampoco de informes periódicos de evaluación de riesgos

En definitiva, el perito dice que no cuenta con elementos de juicio para pronunciarse sobre la gestión de riesgos de la Concesionaria dentro del contexto del contrato de concesión.

1.1.3.16.2. La gestión de riesgos en el contrato EPC

El Contrato EPC tampoco con regulaciones sobre gestión de riesgos, como tampoco a la definición de riesgos operativos, financieros, legislativos, laborales, medioambientales, o de cualquier otra índole.

Con lo que sí cuenta el contrato, es con previsiones sobre la asignación de los riesgos del Contrato. En la Cláusula 20 se asignan unos riesgos al contratista EPC, dentro de los cuales se destacan: *"(a) Los efectos derivados de la variación en el valor de los Estudios de Detalle; (b) Los efectos derivados del atraso en la ejecución de los Estudios de Detalle; (e) Los efectos derivados de los errores de los Estudios de Detalle; (d) Los efectos derivados de la variación de las cantidades de Obra realmente ejecutadas con relación a las cantidades de Obra estimadas en los Estudios de Detalle; (e) Los efectos derivados de la calidad y estabilidad de las Obras ejecutadas por el CONSTRUCTOR; (f) Los efectos derivados del procedimiento constructivo por el CONSTRUCTOR para la ejecución de las Obras; (g) Los efectos derivados de la variación en los precios de mercado de los insumos necesarios para la Construcción de las Obras, exceptuando las variaciones debidas a la inflación […]; (h) Los efectos derivados de las variaciones en la rentabilidad del Contrato EPC […]; j) Los efectos derivados de las Obligaciones Ambientales inherentes a la Construcción, Mejoramiento y Rehabilitación de las Obras […]"*.Por su parte, son riesgos asignados a la concesionaria, entre otros, *"(a) Los efectos derivados de la variación en el valor de los Estudios Ambientales requeridos para obtener las Licencias Ambientales; […];(e) Los efectos derivados de las variaciones en el costo de las Obligaciones Ambientales de responsabilidad de la Concesionaria, que de acuerdo con el contrato EPC no le correspondan al CONSTRUCTOR; (f) Los efectos derivados de las variaciones en las cantidades de obra estimadas en la Propuesta y las resultantes de los Estudios de Detalle, hasta el límite establecido en la Cláusula 12 del presente Contrato; (g) Los efectos derivados de la alteración de las condiciones de financiación; (h) Los efectos derivados de la Gestión de adquisición de predios; (i) Los efectos derivados de las variaciones en la legislación ambiental; j) Los efectos derivados de las variaciones en la legislación tributaria; […]".*

Es decir, el Contrato EPC hace una redistribución de los riesgos técnicos y económicos inherentes a la Construcción, Mejoramiento y Rehabilitación de las Obras, pero guarda silencio sobre los riesgos de gestión del Contrato. Por su parte, la Interventoría era la encargada de supervisar y controlar la ejecución del contrato, de acuerdo con el Contrato de Concesión y también de acuerdo con la cláusula 8 del Contrato EPC.

No obstante, el propio contrato tenía falencias, que de acuerdo con el perito se resumen en que no obligaba a la Concesionaria a presentar ninguna certificación ISO sobre la gestión de riesgos; y no contemplaba la puesta en ejecución de un manual de procedimientos de la interventoría en el que se establecieran reportes periódicos de la Concesionaria al Interventor y de este a la ANI, lo cual determina que no se pueda verificar la manera en que el Interventor ejerció sus funciones para garantizar la supervisión y control del cumplimiento del Contrato EPC. En consecuencia, el perito no cuenta con elementos de juicio suficientes

para pronunciarse sobre la gestión de riesgos de CONSOL en el contexto de la ejecución del Contrato EPC.

1.1.3.16.3. La gestión de riesgos y el entorno de control interno de una entidad

De acuerdo con la respuesta dada a la Pregunta 18, el perito sostiene que la gestión de riesgos es un concepto inherente a la implementación de medidas de buen gobierno corporativo en las organizaciones empresariales, que se encuentran relacionadas con el entorno de control interno y la optimización de procesos dentro de la gestión empresarial. No se trata de un asunto regulado por la Ley, pero que sí tiene una serie de estándares y recomendaciones tendientes a proporcionar una seguridad razonable en la consecución de los objetivos de la entidad, al tiempo en que aportan a terceros (accionistas, inversores, entidades financieras, acreedores, administraciones públicas, etc.) un nivel de garantías razonable, de manera que se asegure la protección del valor generado por la entidad.

Dentro de esos estándares de industria se encuentran las normas ISO o las recomendaciones de COSO42, las cuales desarrollan un decálogo de recomendaciones para la implementación de sistemas de gestión de riesgos, mapas de procesos y sistemas de control interno, cuyo objetivo es la optimización de la gestión de riesgos en las organizaciones empresariales y la creación de un entorno de seguridad que favorezca la toma de decisiones por parte de los administradores.

También existe un grupo de organizaciones profesionales como The Institute of Internal Auditors (IIA), el American Institute of Certified Public Accountants (AICPA) o la Association of Certified Fraud Examiners (ACFE), las cuales emiten guías profesionales para el establecimiento de sistemas de gestión y para la implementación de entornos de control interno efectivos, capaces de prevenir riesgos y fraudes, y de generar entornos seguros para la consecución de los objetivos de las organizaciones.

El perito, dentro de este contexto amplio, asegura que ni el Contrato de Concesión ni el Contrato EPC establecían la obligación de que la Concesionaria Ruta del Sol o el Consorcio Constructor CONSOL obtuvieran certificaciones ISO relacionadas con la gestión de riesgos. Tampoco contenían obligaciones relacionadas con la implementación de un ambiente de control interno que asegurara la fiabilidad de la información financiera, la protección del patrimonio de la empresa y su epecista o la prevención de riesgos. Todo esto, a pesar de la creciente demanda, en el entorno empresarial, de mayor transparencia y control en la gestión empresarial y en la relación con Administraciones Públicas.

El perito no encontró, en ninguna de las dos entidades (la Concesionaria o su Epecista), que se hubiera implementado un Comité de Auditoría ni un departamento de Auditoría Interna, que hubiera actuado de manera independiente de la Interventoría. Un adecuado entorno de control interno y de gestión de riesgos muy seguramente habría implementado "*un programa eficaz de prevención, detección e investigación de fraudes, con una estructura jerárquica, en la que un órgano colegiado o unipersonal, dependiente del Consejo de Administración, velara por la aplicación del Código de Conducta de la entidad y asegurara un comportamiento profesional, ético y responsable de toda la organización, cubriendo los procedimientos del gráfico adjunto:*

Cuadro 135. Programa de Prevención, detección e investigación de fraudes, en un sistema organizado de gestión de riesgos



Fuente: Instituto de Auditores Internos (España)

Un adecuado entorno de control interno y de gestión de riesgos, de acuerdo con el dictamen pericial, debe estar sustentado, ante todo, en el compromiso de la Alta Dirección, así como con un plan de comunicación y formación que impregne a toda la organización. Con tal compromiso, con la implementación de un Código de Conducta, y con un mapa de procesos y riesgos en la organización, puede desarrollarse un sistema de gestión de riesgos dentro de un entorno de control interno razonable.

En la revisión que hicieron los peritos, no obtuvieron de la Concesionaria ni de su Epecista documentación suficiente, que les permitiera evaluar el sistema de gestión de riesgos. Sin embargo, los peritos tuvieron acceso a todo el expediente arbitral y de él concluyeron, particularmente de la lectura de diversos testimonios y actas, así como de la secuencia de hechos que llevaron a la terminación del Contrato de Concesión, que el sistema de gestión de riesgos y el entorno de control interno presentaban debilidades.

Dentro de tales debilidades, los peritos resaltan:

(i) La falta de compromiso por parte de la Alta Dirección para dotar a las entidades de un Código de Conducta y un comportamiento ejemplar. Al fin y al cabo, fueron los propios Administradores de Odebrecht quienes reconocieron la comisión de actos fraudulentos para la obtención del Contrato de Concesión, de acuerdo con lo que indican los Informes de Auditoría de Ruta del Sol y de CONSOL del ejercicio 2016.

(ii) Las declaraciones del Controller de la Concesionaria (D. José Enrique Pizano Callejas-*qepd*) ponen de manifiesto debilidades en el ejercicio de su función de control, al tiempo en que revelan la existencia de transacciones irregulares.

(iii) Las declaraciones del socio de auditoría (D. Carlos Emilio Moreno Sánchez) de PwC, en su condición de revisor fiscal, evidencian la detección de transacciones irregulares y de hechos fraudulentos.

(iv) En los informes de auditoría del ejercicio 2016, tanto de la Concesionaria como de CONSOL, se incluyen afirmaciones demostrativas de la debilidad en los controles, tales como:

- *"no me fue posible obtener evidencia de auditoría suficiente y apropiada para proporcionarme una base para opinar si las operaciones registradas en los libros y las actas de los administradores se ajustan a los estatutos y a las decisiones de la Asamblea",*
- *"no me fue posible obtener evidencia de auditoría suficiente y apropiada para proporcionarme una base para opinar si la correspondencia, los comprobantes de las cuentas y los libros de actas y de registro de cuotas sociales se llevan y se conservan debidamente",*
- *"no existen medidas de control interno, de conservación y custodia de los bienes de la Compañía y los de terceros que están en su poder".*

Por su parte, en las Actas del Comité de Gerenciamiento, el perito encontró evaluaciones negativas del entorno de control, tales como las siguientes:

- *"No se tiene seguridad que todas las operaciones sean verificadas. La información está limitada".*
- *"No hay cumplimiento de algunos procedimientos de calidad".*
- *"No se ha expedido el código de ética y buen gobierno corporativo, aunque el controller ya lo ha recomendado en varias oportunidades a la administración".*

En definitiva, y a pesar de las limitaciones que el perito afirma haber tenido para poder entender, describir y evaluar el sistema de gestión de riesgos de la Concesionaria y de CONSOL, concluye que el mismo tenía debilidades.

1.1.3.16.4. Las aclaraciones y complementaciones solicitadas por las partes

Todas las aclaraciones y complementaciones solicitadas por las partes en relación con esta pregunta, junto con las correspondientes respuestas de Duff & Phelps, están previstas en el Anexo 2. A continuación, el Tribunal se permite señalar sólo las siguientes, por considerarlas más relevantes:

La Concesionaria solicitó que el Perito aclarara varios puntos. En primer lugar, la forma en la que valoró los procedimientos incluidos por parte de la Concesionaria y por parte de CONSOL. En segundo lugar, por qué solo se determinó la información de la Concesionaria y se dejó por fuera la información de CONSOL. En tercer lugar, cuáles sistemas de administración del riesgo eran de obligatorio cumplimiento para la Concesionaria, de conformidad con el Contrato de Concesión y la legislación colombiana. Por último, en cuarto lugar, si las sociedades que conforman a CONSOL tenían sistemas de administración del riesgo.

Para responder a la solicitud de CONSOL, Duff & Phelps señaló que los procedimientos incluidos por la Concesionaria y por CONSOL fueron valorados de conformidad con la información obrante en el expediente, en particular, con los testimonios del controller y del auditor, así como con las actas del Comité de Conformidad. En todo caso, precisó que no había tenido acceso ni al Código de Conducta, ni al Manual de Gestión de la Concesionaria, ni al seguimiento ni a los controles establecidos para velar por su cumplimiento.

Adicionalmente, Duff & Phelps agregó que en el Contrato de Concesión no se estableció de manera específica un procedimiento normativo de gestión de riesgos (que no es lo mismo que la asignación de riesgo prevista en la Sección 14.01 del Contrato de Concesión). Finalmente, manifestó que dentro del alcance del informe solicitado no estaba analizar los sistemas de administración del riesgo que conforman a CONSOL, de manera que no podía emitir una opinión sobre ese aspecto.

Las Sociedades Odebrecht solicitaron que el Perito aclarara cuáles fueron las evidencias que tuvo en cuenta para concluir que existieron debilidades en el sistema de control de la Concesionaria.

Sobre este punto, Duff & Phelps aclaró que las evidencias más significativas que la llevaron a concluir que existieron deficiencias en el sistema de control de riesgos fueron las siguientes: (i) no había un equipo dedicado. Solo existía la figura del controller, lo que, en su opinión, no era suficiente para un proyecto de las características del proyecto objeto del Contrato de Concesión, (ii) no existía un procedimiento de control específico sobre empresas vinculadas, (iii) el controller no tenía pleno acceso a toda la documentación contable, (iv) existían contratos de los cuales el controller no fue informado, (v) no existía un procedimiento de aceptación por parte del controller previo a la celebración de un contrato, (vi) no tuvo plena seguridad de que todas las operaciones fueran verificadas, en la medida en que la información fue limitada, (vii) pese a las recomendaciones del controller no se expidió el Código de Ética y Buen Gobierno Corporativo y (viii) no hubo evidencias de que se realizasen trabajos retrospectivos una vez detectadas las incidencias, ni que se establecieran controles adicionales o acciones correctivas.

1.1.3.17. Respuesta a la Pregunta Nº 17[694]

La pregunta fue la siguiente:

El perito determinará si la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y/ o el Consorcio Constructor CONSOL y/ o sus accionistas o partícipes estaban obligadas a aplicar los procedimientos de SARLAFT frente a la ejecución del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 -incluidos sus anexos y apéndices, otrosíes, actas modificatorias, adicionales y demás documentos contractuales-, y del Contrato EPC para el diseño, suministro, construcción, mejoramiento y rehabilitación de las obras del Sector 2 del Proyecto Vial Ruta del Sol -incluidos sus anexos y apéndices, otrosíes, adicionales y demás documentos contractuales-, con sujeción al alcance señalado en cada uno de tales contratos y a la calidad u objeto de las personas indicadas.

1.1.3.17.1. Sobre la obligación de aplicar los procedimientos de SARLAFT

1.1.3.17.1.1. De la legislación aplicable

El Contrato de Concesión como el Contrato EPC estaban sujetos a la ley colombiana, de conformidad con las Cláusulas 19.14 y 2.7, respectivamente. Bajo esa premisa, el perito precisó que, pese a que no existió una mención específica sobre la normativa que regula el Sistema SARLAFT en el Contrato de Concesión y en el Contrato EPC, tanto la Concesionaria como CONSOL quedaron obligadas a aplicar los procedimientos de SARLAFT en el marco de la ejecución de ambos Contratos, una vez fue expedida la Circular 100-000005

[694] Página 244 y siguientes del dictamen pericial

de 2014 (actualizada por la Circular 055 del 22 de diciembre de 2016) de la Superintendencia Financiera de Colombia.

En efecto, de acuerdo con esa Circular, estaban obligadas a aplicar los procedimientos de SARLAFT las entidades que cumplieran con los siguientes requisitos: (i) estar vigilada por la Superintendencia de Sociedades, de conformidad con los artículos 84 de la Ley 222 de 1995 y el Decreto 4350 de 2006 y (ii) registrar ingresos brutos iguales o superiores a 160.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes al corte del 31 de diciembre de 2013. Por lo tanto, en opinión del perito, en la medida en que la Concesionaria y CONSOL eran entidades vigiladas por la Superintendencia de Sociedades y obtuvieron ingresos superiores a los previstos en la Circular, quedaron legalmente obligados a establecer y cumplir con los procedimientos SARLAFT.

1.1.3.17.1.2. Concesionaria Ruta del Sol

De acuerdo con el perito, desde su constitución y antes de la expedición de la Circular 100-000005 de 2014 (actualizada por la Circular 055 del 22 de diciembre de 2016), la Concesionaria había prestablecido la necesidad de adaptarse a las disposiciones de SARLAFT.

Esto se evidenciaba en varios documentos, en específico, en el Acuerdo de Accionistas del 12 de noviembre de 2009 donde la Concesionaria demostró sus intenciones de adoptar las disposiciones de la SARLAFT, del testimonio rendido por el controller de la Concesionaria al Tribunal[695] en donde se puso de presente que en la junta directiva del 22 de septiembre del 2012 se había adoptado un manual SARLAFT y de la modificación del Acuerdo de Accionistas del 11 de marzo de 2016, a través del Anexo No. 3, en donde se incluyeron nuevas obligaciones para cumplir con las disposiciones legales del SARLAFT, así como la implementación del Comité Permanente de Conformidad para la supervisión del entorno general de control interno.

1.1.3.17.1.3. Sobre si los procedimientos de SARLAFT fueron efectiva y cabalmente cumplidos durante la ejecución de los Contratos.

Para determinar si la Concesionaria cumplió en debida forma con las obligaciones SARLAFT, el perito revisó el Manual del SARLAFT de la Concesionaria y el testimonio del señor Jorge Enrique Pizano Callejas, controller de la Concesarionaria, en su declaración judicial del 23 de enero de 2018.

Después de describir diferentes puntos del Manual del SARLAFT de la Concesionaria, el perito concluyó que éste, en teoría, cumple con las prescripciones de la Circular No. 022 de 2017 de la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF), *"en cuanto establece los criterios y parámetros mínimos que la Concesionaria debía atender en el diseño, implementación y funcionamiento del SARLAF"*[696]. *No obstante, en su criterio, el Manual presenta varias debilidades, entre ellas, el hecho de "carecer de un manual de procedimiento y de un programa extensivo de implementación y desarrollo práctico de identificación de riesgos y establecimiento de controles que presenta debilidades para cubrir eficazmente los requerimientos previstos en la normativa"*[697].

A continuación, el perito se refirió al testimonio rendido por el señor Jorge Enrique Pizano Callejas, controller de la Concesionaria. Al respecto, en primer lugar, señaló que no tuvo acceso a las actas o informes completos presentados por el controller, en especial, al Código de Conducta del 28 de marzo de 2014, al Sistema de "Conformidad, Ética, Integridad y Transparencia" de septiembre de 2017, a las actas de la gerencia de conformidad, a las verificaciones en listas vinculantes y listas de control, realizadas por Corficolombiana a través del controller de la Concesionaria (informes, actas y documentos de evaluación de SARLAFT) y al informe de capacitación de la junta directiva de 28 de agosto de 2015.

Por esa razón, el perito manifestó que para evaluar si los procedimientos SARLAFT fueron efectiva y cabalmente cumplimos durante la ejecución de los Contratos se limitó al testimonio del señor Jorge Enrique Pizano Callejas y a los documentos presentados por éste durante su testimonio. De esas pruebas, el perito concluyó que el sistema SARLAFT no había sido debidamente implementado por la Concesionaria,

695 Se refiere al señor Jorge Enrique Pizano Callejas.
696 Dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps, p. 251.
697 Dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps, p. 252.

y adolecía, al menos de las siguientes debilidades: (i) existencia de un solo controller, sin pleno acceso a toda la información financiera, (ii) implementación tardía del sistema SARLAFT, no antes de 2016, (iii) ausencia de identificación precisa de riesgos financieros y operativos, (iv) ausencia de análisis precontractual, (v) ausencia de comprobación de precios de mercado de las transacciones, (vi) limitación al comprobar, para algunos contratos (no todos), si los proveedores se encontraban en listas cautelares por blanqueo de capitales, (vii) limitaciones al alcance de los contratos revisados, muchos de los cuales no pasaban por el controller, sino directamente por el representante legal del Consorcio, en particular los de empresas vinculadas, a pesar de que existía el riesgo (no controlado) de que otros contratos generasen pagos a la Concesionaria sin haber pasado los procedimientos de control de SARLAFT y (viii) ausencia de comprobación sobre la naturaleza de los pagos, dejando sin comprobar si todos ellos eran, en realidad, necesarios para el desarrollo de la Concesión, sobre la ejecución de la obra, o sobre si los precios pagados a los subcontratistas eran precios de mercado[698].

1.1.3.17.1.4. El Comité Permanente de Conformidad (CPC)

El CPC, constituido en el año 2016 tras la modificación del Acuerdo de Accionistas, le permitió al perito establecer la existencia de un mecanismo de auditoría, control y seguimiento de las actividades de la Concesionaria. Aunque no tuvo acceso a la totalidad de las actas del CPC, pudo identificar en las actas a las que sí tuvo acceso, en particular, en la Memoria número 19 de la Concesionaria las siguientes debilidades del CPC: (i) no se tenía seguridad de que todas las operaciones hubieran sido verificadas. La información estaba limitada, (ii) no se cumplieron algunos procedimientos de calidad, (iii) no se expidió el código de ética y buen gobierno corporativo, aunque el controller lo hubiera recomendado en varias oportunidades a la administración y (iv) faltó fortalecer la cultura corporativa.

Con base en lo anterior, el perito concluyó que *"la labor de prevención de LA/FT realizada por el controller de la Concesionaria era limitada, estaba dirigida por el representante legal de la Concesionaria y Corficolombiana, no tenía identificado claramente los riesgos financieros y operativos ni contaba con un programa de implantación de controles preventivo, y no contaba tampoco con un programa de controles detectivos suficientes para identificar transacciones inusuales que no estuvieran relacionadas con el objeto del Contrato de Concesión, ni que pudieran ocultar operaciones relacionadas con el lavado de activos o la financiación del terrorismo"*[699].

Finalmente, el perito afirma que frente a CONSOL y a la ejecución del Contrato EPC, no obtuvo acceso a actas, certificaciones o informes de la interventoría que se refieran a la implementación del SARLAFT en el Consorcio Constructor. Pero que, en todo caso, CONSOL estaba en la obligación de implementar el SARLAFT en virtud de lo previsto en las Circulares 055 de 2016 y 100-00005 de 2014. Más aún si se tenía en cuenta que CONSOL era una entidad vigilada por la Superintendencia de Sociedades de Colombia y que había registrado ingresos brutos por COP$ 419.978 millones durante el año 2013.

1.1.3.17.2. Las aclaraciones y complementaciones solicitadas por las partes en relación con la pregunta No. 17

Todas las aclaraciones y complementaciones solicitadas por las partes en relación con esta pregunta, junto con las correspondientes respuestas de Duff & Phelps, están previstas en el Cuadro Anexo al Auto 129. A continuación, el Tribunal se permite señalar sólo las siguientes, por considerarlas más relevantes:

Los Bancos intervinientes, EPISOL, las Sociedades Odebrecht solicitaron que el Perito aclarara su informe en relación con la afirmación que había hecho a lo largo del informe consistente en que CONSOL y la Concesionaria eran entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia.

En su respuesta, Duff & Phelps mencionó que cometió un error al referirse a la Superintendencia Financiera. Además, agregó que "en los informes de auditoría se establece que se han aplicado los principios de contabilidad generalmente aceptados en Colombia para instituciones vigiladas en por la Superintendencia de Sociedades, no obstante, lo anterior dado el objeto social de la Concesionaria, la

[698] Dictamen Pericial elaborado por Duff & Phelps, p. 253.
[699] Dictamen Pericial elaborado por Duff & Phelps, p. 254.

explotación de una concesión de obra pública de transporte la misma podría estar vigilada por la Superintendencia de Puertos y Transporte"[700].

Por su parte, EPISOL solicitó que el Perito aclarara los motivos por los cuales concluyó que el Manual SARLAFT de la Concesionaria presentaba diversas debilidades en relación con diversos asuntos, cuando en realidad todos ellos estaban contemplados y desarrollados en el Manual.

Para aclarar este punto, Duff & Phelps explicó que había evaluado la calidad del Manual SARLAFT en su conjunto y, a partir de ese análisis, en su opinión, la principal deficiencia del Manual consiste en la segregación de funciones y en la falta de autonomía del controller. Adicionalmente, dijo que el Manual SARLAFT:

(i) Carece de un desarrollo reglamentario y de un manual de uso práctico en el que se indiquen distintas tipologías de riesgo o fraude en la subcontratación con terceros.

(ii) No define el establecimiento de controles preventivos previos, como sería una mayor segregación de funciones en la selección de contratistas, o distintos niveles de supervisión y autorización en función de la cuantía del contrato o de la naturaleza del trabajo contratado.

(iii) No incluye un cuestionario concreto que permita delimitar aquellas contrataciones que no estuvieran directamente relacionadas con el objeto de la obra.

(iv) No contempla un mapa de riesgos financieros y operativos específico en el que estén definidos los riesgos del negocio y los riesgos de fraude. Y, particularmente, no prevé cómo pueden materializarse dichos riesgos de fraude, lavado de activos o blanqueo de capitales durante la ejecución del Contrato de Concesión.

(v) No se identifican las partes vinculadas a los accionistas, las cuales ni siquiera conocía el controller, según el testimonio del Señor Jorge Enrique Pizano.

1.1.3.18. Respuesta a la Pregunta Nº 18[701]

La pregunta formulada por el Tribunal fue la siguiente:

"Con base a la pregunta 17, el Perito determinará si existen reglas estándar para la gestión de riesgos en empresas como la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y/o el Consorcio Constructor CONSOL y/o sus accionistas o participes y cuál es el benchmark- o requisitos estándar para un proyecto como el analizado a lo largo del dictamen pericial. En caso afirmativo, determinara si en el caso se satisfizo los estándares de la industria".

1.1.3.18.1. El benchmark- o requisitos estándar para un proyecto como el analizado a lo largo del dictamen pericial.

El Perito inició por señalar que las Normas ISO 31000 y 37001 establecen una serie de recomendaciones para optimizar los sistemas de gestión de riesgos de las entidades, a través de las cuales se pueden defender las responsabilidades de los distintos órganos de gobierno de la entidad y fijar una adecuada segregación de funciones, de manera que la supervisión y el control de los riesgos estén interconectados por canales independientes. También señaló que las recomendaciones del Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO) impulsan a nivel mundial el desarrollo de marcos generales y orientaciones sobre la gestión del riesgo, control interno y disuasión del fraude, con el fin de mejorar el desempeño organizacional y reducir el alcance del fraude en las organizaciones.

Con fundamento en lo anterior, el Perito precisó que, en una entidad con una gestión de riesgo razonable, habría los siguientes órganos: (i) un Consejo de Administración, (ii) una Comisión de Auditoría y Control (o Interventoría), (iii) una Dirección General de Finanzas o Departamento de Gestión de Riesgos y, en términos operativos, (iv) se implementarían las funciones del Departamento de Auditoría Interna y la labor de los controllers.

[700] Escrito de Contestación a las aclaraciones y complementos del Informe Pericial de Experto Independiente elaborado por Duff & Phelps, el 20 de mayo de 2019, p. 142.
[701] Ver páginas 256 y siguientes.

El primer escalón de dicha gestión de riesgo, estaría conformado por el Consejo de Administración, el cual sería *"responsable de la aprobación de la Política de Control y Gestión de Riesgos a propuesta de la Dirección, en la que se definiera la estrategia en materia de gestión de riesgos y comunicación al resto de la organización. A partir de dicha Política, se implementaría el Sistema de Gestión de Riesgos, así como los mecanismos de seguimiento periódico de los sistemas internos de información y control"*[702].

El segundo escalón, por su parte, estaría conformado por la Comisión de Auditoría y Control (o Interventoría) quien tendría a su cargo las siguientes tareas: (i) supervisar la función de control y gestión de riesgos, (ii) revisar periódicamente la Política de Control y Gestión de Riesgos, incluidos los fiscales, (iii) evaluar cualquier cuestión relativa a los riesgos no financieros (es decir, los operativos, tecnológicos, legales, sociales, medioambientales, políticos y reputacionales) que la política de control y los sistemas de gestión deben contener y, por último, (iv) velar por que la Política de Control y Gestión de Riesgos comprendiera, al menos, la fijación del nivel de riesgo que la entidad considerara aceptable, las medidas preventivas para mitigar el impacto de los riesgos identificados, en caso de que llegaren a materializarse y los distintos tipos de riesgo (operativos, tecnológicos, financieros, legales, reputacionales, legales y fiscales) a los que se enfrenta la entidad, incluyendo los financieros o económicos, los pasivos contingentes y otros riesgos fuera de balance.

En un tercer escalón, estaría la Dirección General de Finanzas o Departamento de Gestión de Riesgos, la cual sería responsable, entre otras tareas, de revisar periódicamente las políticas y manuales de gestión de riesgos y propuesta de su modificación y actualización a la Comisión de Auditoría y Control, para su elevación, cuando proceda, al Consejo de Administración, y de participar activamente en la elaboración de la estrategia de riesgos y en las decisiones importantes sobre su gestión.

Por otra parte, en términos operativos, en una entidad con una gestión de riesgo razonable debería implementarse un Departamento de Auditoría Interna y la labor de los controllers, quienes serían responsables de *"contribuir en la mejora de los procesos de gestión de riesgos, control y gobierno, garantizado a la Comisión de Auditoría y Control del Grupo la supervisión eficaz e independiente del sistema de control interno y aportando al Grupo recomendaciones que contribuyan a reducir niveles razonables el impacto potencial de los riesgos que dificultan la consecución de los objetivos de la Sociedad"*[703]. En este punto, el perito señaló que la función de Auditoría Interna debería salvaguardar siempre su independencia frente al Sistema de Gestión de Riesgos, sin responsabilizarse de la toma de decisiones clave para su funcionamiento.

Por último, el Perito señaló que en un sistema razonable de gestión de riesgos a la Alta Dirección de la entidad le correspondería estar a cargo de las siguientes funciones: (i) la concientización y sensibilización sobre la importancia del Sistema de Gestión de Riesgos y su valor para todos los grupos de interés del Grupo, de manera que se fomente la creación de una cultura de gestión de riesgos a todos los niveles, (ii) la definición y validación de funciones, atribuciones y responsabilidades en el marco del Sistema de Gestión de Riesgos, (iii) la fijación del nivel de riesgo que la entidad considere aceptable, (iv) la validación de planes de acción y de trabajo derivados del propio proceso de gestión de riesgos y (v) el seguimiento de actividades. Además, el perito señaló que podían establecerse comités específicos, relacionados con el seguimiento de los principales riesgos, tales como: el comité de obras, de logística, de ética, de seguimiento de negocio, financiero, de relaciones con las administraciones públicas, entre otros. Estos comités, según el perito, *"deben identificar y evaluar cada uno de los riesgos que afectan a la Concesionaria, el Consorcio Constructor y a la ejecución de los Contratos, y establecer controles detectivos y preventivos para mitigar dichos riesgos"*[704].

Así mismo, el Perito dijo que la Alta Dirección *"debería asumir la responsabilidad por la gestión del riesgo mientras que los órganos de supervisión rinden cuentas por la supervisión de la gestión del riesgo"*[705]. Entre los riesgos que debía gestionar estaban el riesgo del entorno del negocio, el normativo y regulatorio, el reputacional, los laborales, el operativos, el financiero, el de información para la toma de decisiones, el tecnológico y el riesgo asociado al gobierno corporativo.

[702] Dictamen Pericial elaborado por Duff & Phelps, p. 262.
[703] Dictamen Pericial elaborado por Duff & Phelps, p. 264.
[704] Dictamen Pericial elaborado por Duff & Phelps, p. 265.
[705] Dictamen Pericial elaborado por Duff & Phelps, p. 266.

1.1.3.18.1.2. La determinación sobre si la Concesionaria y el Consorcio se ajustaron a los estándares de la industria.

El Perito concluyó que *"las actividades de la Concesionaria Ruta del Sol y del Consorcio Constructor CONSOL relacionados con la ejecución de los Contratos de Concesión y Contrato EPC no contaron con un sistema sólido de identificación, prevención, seguimiento ni control de riesgos, ajustado a los estándares de la industria que hemos descrito sub-epígrafe anterior"*[706] (se refiere a lo mencionado en el punto inmediatamente anterior de este escrito).

Para llegar a esa conclusión, el Perito explicó que: (i) ni la ejecución del Contrato de Concesión ni la del Contrato de EPC estuvieron obligadas a presentar certificaciones ISO sobre la gestión del riesgo, (ii) la Concesionaria ni CONSOL estaban obligadas a realizar auditorías internas con el alcance recomendado por las directrices de COSO, (iii) la evaluación del control interno de Ruta del Sol y CONSOL, por parte del auditor de ambas entidades, fue negativa. Lo anterior, toda vez que en el informe de auditoría del ejercicio del año 2016 de Ruta del Sol se dijo que no existían medidas adecuadas de control interno, de observación y custodia de los bienes de la Compañía y de los terceros que estén en su poder. Además, porque el auditor de CONSOL, Carlos Emilio Moreno Sánchez de la Firma PWC, había advertido en su testimonio rendido el 25 de enero de 2018 sobre *"la posible existencia de hechos ilegales frente al control interno" y de "vulneración de controles por parte de la gerencia"*, lo cual provocó que pidiera la realización de un Informe Forense sobre los Estados Financieros del Consorcio Constructor *"al no poder concluir, mediante procedimientos de auditoría, sobre la razonabilidad de los Estados Financieros del Consorcio"*[707].

Además, el Perito agregó que (iv) el Manual SARLAFT de la Concesionaria no definía cada uno de los riesgos de la entidad, ni establecía los controles preventivos o detectivos o para gestionar dichos riesgos, (v) no existió un Comitié de Riesgos a nivel de entidad que supervisara la ejecución de los Contratos, (vi) no se allegó el Código de Conducta de la Concesionaria ni de CONSOL, lo que impidió evaluar el marco interno normativo para la gestión de riesgos y prevención de fraudes, (vii) no se tuvo acceso a las actas de la Interventoría que demostraran un adecuado seguimiento de los riesgos en la ejecución de los Contratos de Concesión y EPC; y, por último, (viii) que la opinión de auditoría de PWC sobre los Estados Financieros de CONSOL del año 2016 justificaba la imposibilidad de emitir una opinión por la ausencia de Actas del Comité del Consorcio.

Por último, el Perito también afirmó que había tenido acceso a cuatro actas del Comité Permanente de Conformidad en donde se había manifestado ciertas irregularidades en la firma de contratos de Ruta del Sol con las empresas Etra Interandina S.A., M&M, Zeronine Latam SAS y con trece sociedades por acciones simplificadas más.

En conclusión, el Perito adujo que teniendo en cuenta la ausencia de certificaciones ISO relacionadas con la gestión de riesgos, la falta de evaluación del control interno de las entidades conforme a las recomendaciones de COSO, y la negativa evaluación del control interno por parte de los auditores externos, daban paso a afirmar que *"tanto la Concesionaria como CONSOL carecían de sistemas de gestión de riesgos asimilables a los habituales en empresas concesionarias o constructoras, y exigibles, en términos generales y en entornos internacionales, en el marco de la ejecución de contratos de concesión y de construcción"*[708].

1.1.3.18.1.3. Las aclaraciones y complementaciones solicitadas por las partes en relación con la Pregunta No. 18

Todas las aclaraciones y objeciones solicitadas por las partes en relación con esta pregunta, junto con las correspondientes respuestas de Duff & Phelps, están previstas en el Anexo N° 2. A continuación, el Tribunal se permite señalar sólo las siguientes, por considerarlas más relevantes:

La Concesionaria solicita que el Perito complemente la respuesta a la pregunta 18 en lo que tiene que ver con los procedimientos de administración del riesgo de la Concesionaria y de CONSOL. Por su parte, EPISOL solicita que el Perito aclare las razones por las cuales sólo tiene en cuenta las Normas ISO para analizar si la Concesionaria y CONSOL aplican o no reglas estándares de gestión de riesgo.

[706] Dictamen Pericial elaborado por Duff & Phelps, p. 269.
[707] Dictamen Pericial elaborado por Duff & Phelps, p. 270.
[708] Dictamen Pericial elaborado por Duff & Phelps, p. 271.

Para responder a la solicitud de la Concesionaria, Duff & Phelps manifestó que cuando se refiere a la gestión de riesgos hace alusión a un concepto más amplio que al procedimiento SARLAFT, toda vez que el objeto de esta pregunta tiene que ver con cuál sería el *benchmark* para un proyecto de similares características. Por lo tanto, a lo que realmente se refiere es a que no existen reglas estándares para la gestión de riesgos en las que se obligue a certificar unas normas específicas de normalización y control tales como las normas ISO.

Por su parte, frente a la solicitud de aclaración de EPISOL, el Perito manifestó que el objeto de la pregunta era determinar la existencia de reglas estándares para la gestión de riesgos en empresas como la Concesionaria y CONSOL. En ese contexto, lo que hizo fue referirse a determinadas reglas, de reconocido uso internacional, que, como práctica habitual suelen implementar las empresas en la ejecución de contratos con administraciones públicas. Por esa razón, hizo mención a las Normas ISO que, en conjunto con las recomendaciones del COSO, recogen las mejores prácticas. Y, por lo mismo, de haber sido aplicadas, podrían haber guiado a la Concesionaria y a CONSOL en el establecimiento de un sistema de gestión y un entorno de control más sólido y en línea con las mejores prácticas para proyectos similares.

1.1.3.19. Respuesta a la Pregunta No. 19[709].

La pregunta formulada por el Tribunal fue la siguiente:

"El Perito determinará si existen normas de auditoria, de contabilidad o de gestión de riesgos que hubieran podido generar obligaciones, deberes o conductas para la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y/o el Consorcio Constructor CONSOL y/o sus accionistas o partícipes en Colombia, una vez conocidos los hechos de la operación "lava jato" en Brasil. En caso de que la respuesta sea afirmativa, determinará si en el caso dichas disposiciones o deberes fueron cumplidos".

El perito comenzó por decir que los hechos de corrupción que dieron lugar a la operación "lava jato" fueron conocidos públicamente desde el año 2014 en Brasil, es decir, con posterioridad a la licitación y adjudicación de la concesión de la autopista Ruta del Sol Sector 2. No obstante, el perito afirmó que el hecho de que dicha operación se hiciera pública en Brasil en el año 2014, *"no generó, por sí mismo, obligaciones legales nuevas para la Concesionaria ni para CONSOL"*[710], de conformidad con las normas de contabilidad y de auditoría.

1.1.3.19.1. Respecto de las normas de contabilidad

El Perito señaló que la Ley 1314 de 2009, actualizada en el año 2015 con la adopción de las NIIF, no incluye ninguna mención específica a temas relacionados con el lavado de dinero, ni estuvo sujeta a modificaciones tras hacerse públicos los hechos de la operación "lava jato".

1.1.3.19.2. Respecto de las normas de auditoría

El Perito señaló que entre las normas de auditoría que regulan los procedimientos del auditor en el ejercicio de su desempeño profesional, era importante destacar lo previsto en la NIA 240, la cual prescribe desde el año 2004, *"las responsabilidades del auditor y su consideración del riesgo de fraude al planificar y ejecutar una auditoría de estados financieros"*[711]. Dicha norma (la NIA 240) se estructura en tres grandes bloques, de los cuales el Perito describió a profundidad los dos primeros:

1.1.3.19.2.1. De las responsabilidades de los administradores

Sobre este aspecto, el Perito hace hincapié en lo previsto en las disposiciones décimo tercera, décimo cuarta y décima quinta de la NIA 240, en conjunto con las recomendaciones de COSO, señaladas en respuesta a la Pregunta No. 18[712].

[709] Ver páginas 272 y siguientes del Dictamen Pericial elaborado por Duff & Phelps.
[710] Dictamen Pericial elaborado por Duff & Phelps, p. 272.
[711] Dictamen Pericial elaborado por Duff & Phelps, p. 273.
[712] La disposición décimo tercera de la NIA 240 señala que: "*La responsabilidad primaria para la prevención y detección del fraude descansa tanto en los encargados del gobierno corporativo de la entidad como en los Administradores*".

De estas disposiciones, el Perito concluye que *"las indicaciones de la NIA 240 en cuanto a buen Gobierno Corporativo y en cuanto al establecimiento de un adecuado entorno de control interno debieron haberse seguido los por los Administradores de la Concesionaria y de CONSOL en el marco de la ejecución de los Contratos de Concesión y Contrato EPC. Estas medidas se deberían haber reforzado tras una vez conocidos los hechos de la operación "lava jato"*[713]. Específicamente, el Perito indica que debieron haberse incrementado desde el año 2014 *"las funciones de investigación de fraudes, con laborales de auditoría interna, estableciendo un régimen de mayor control y seguimiento, particularmente en las contrataciones con terceros y partes vinculadas, y en la prevención de operaciones relacionadas con lavado de activos y blanqueo de capitales"*[714].

No obstante, según indicó el Perito, a partir de la información a la que tuvo acceso, pudo evidenciar que la Concesionaria no puso en funcionamiento mecanismos de auditoría, supervisión y control, sino hasta el año 2016, cuando se constituyó el Comité Permanente de Conformidad. Y, en todo caso, las actas de dicho Comité daban cuenta de la existencia de deficiencias en el entorno de la Concesionaria, tal y como se mencionó en las respuestas a las Preguntas No. 18 y 19.

1.1.3.19.2.2. De las responsabilidades del auditor

De conformidad con la NIA 240 no es responsabilidad del auditor detectar un fraude, en la medida en que la auditoría de estados financieros no está enfocada en la identificación de los mismos. No obstante, esa norma establece que el auditor debe mantener el escepticismo profesional en toda su actuación, el cual debe incrementarse cuando existen sospechas de que pude haberse cometido un fraude[715].

En ese sentido, la NIA indica cuáles son los procedimientos de evaluación de riesgos que debe seguir el auditor, cuál debe ser su conducta y cómo debe examinar el entorno de control de la entidad auditada con el fin de conseguir los siguientes objetivos: (i) determinar si la entidad tiene o no establecidos controles preventivos, suficientes o capaces de evitar la comisión de fraudes y errores, (ii) establecer si la entidad cuenta con controles detectivos capaces de identificar un error o un fraude que impacte en sus estados financieros, con órganos independientes de supervisión y control, como son un departamento y una comisión de auditoría interna, (iii) comprobar si existe el riesgo de que el fraude pueda venir sobrevenido por la propia dirección de la sociedad, *"en el caso de que tenga atribuida plena capacidad de actuación sin estar sometida a controles de terceros independientes (práctica conocida como "management override", en la que los Administradores o la Alta Dirección pueden manipular los estados financieros o cometer fraudes sin someterse a ningún control, o incluso bajo la apariencia de que los controles estuvieran operando correctamente)"*[716].

Con fundamento en todo lo anterior, el Perito concluyó que en este caso concreto, la revelación de un fraude en Brasil, debió obligar a PwC, en su condición de auditor de los Estados Financieros de la Concesionaria y de Consol correspondientes al año 2014, a incrementar el escepticismo profesional del auditor y, en esa medida, a incrementar su examen sobre el entorno de control de la entidad auditada, reducir el importe de la materialidad, el error tolerable y el ajuste mínimo e incrementar el alcance de la auditoría, extendiendo la realización de pruebas sustantivas, analíticas y de contraste.

Por su parte, la disposición décimo cuarta dice que: *"es importante que la administración, con la vigilancia de los encargados del gobierno corporativo, ponga un fuerte énfasis en la prevención del fraude, lo cual puede reducir las oportunidades de que éste ocurra, así como en la disuasión del fraude, que podría persuadir a las personas a no cometerlo debido a la probabilidad de detección y castigo. Esto importa una cultura de honradez y comportamiento ético".*

Y, finalmente, la disposición décimo quinta prevé que: *Es responsabilidad de los encargados de gobierno corporativo de la entidad el asegurar, mediante vigilancia de la Administración, que la entidad establezca y mantenga el control interno para dar una seguridad razonable respecto a la confiabilidad de la información financiera, efectividad y eficiencia de las operaciones y al cumplimiento con las leyes y regulaciones aplicables",* y en su disposición décimo sexta indica que *"es responsabilidad de los Administradores establecer un ambiente de control y mantener políticas y procedimientos para ayudar a lograr el objetivo de asegurar la conducción ordenada y eficiente del negocio de la entidad".*

[713] Dictamen Pericial de Duff & Phelps, p. 274.
[714] Dictamen Pericial de Duff & Phelps, p. 275.
[715] Sobre estos aspectos, la NIA señala *"el auditor mantendrá una actitud de escepticismo profesional durante toda la auditoría, reconociendo que, a pesar de su experiencia previa sobre la honestidad e integridad de la dirección y de los responsables del gobierno de la entidad, es posible que exista una incorrección material debida a fraude*"; *"en la obtención de un entendimiento de la entidad y su entorno, incluyendo su control interno, el auditor deberá considerar si otra información obtenida indica riesgos de importancia relativa debida a fraude"*, e indica que *"el auditor debe considerar información sobre la entidad y su entorno que pudiera ser útil para identificar riesgos de error debidos a fraude".*
[716] Dictamen Pericial elaborado por Duff & Phelps, p. 277.

Con todo, en la opinión del Perito, parece que las disposiciones de la NIA 240 y el Decreto 302 de 2015 fueron atendidas por PwC en las auditorías de la Concesionaria y del Consorcio del ejercicio 2016.

1.3.19.3. Las aclaraciones y objeciones solicitadas por las partes.

Todas las aclaraciones y objeciones solicitadas por las partes en relación con esta pregunta, junto con las correspondientes respuestas de Duff & Phelps, están previstas en el Cuadro Anexo al Auto 129. A continuación, el Tribunal se permite señalar sólo las siguientes, por considerarlas más relevantes:

EPISOL solicita que el Perito aclare las razones por las cuales afirma que los administradores de la Concesionaria y de CONSOL debieron haber incrementado, desde el año 2014, la función y revisión del control interno para la investigación de fraudes y prevención de operaciones relacionadas con el lavado de activos y el blanqueo de capitales, si para ese año aún no se conocían investigaciones en contra de Odebrecht en Colombia.

Por su parte, las Sociedades Odebrecht le pidieron al Perito que complementara su informe en relación con las actuaciones y controles internos de transparencia, lucha contra la corrupción y fraude, implementados por la Concesionaria y por CONSOL una vez conocidos los hechos de la operación "lava jato" en Brasil. No obstante, el Tribunal reformuló esta solicitud, de manera que el Perito sólo tenía que responder si su informe estaba o no incompleto.

Como respuesta a la solicitud de EPISOL, el Perito dijo que desde el año 2014 se tenía constancia de investigaciones sobre Odebrecht en Brasil y en otros países de Latinoamérica, así como de la comisión de ciertos fraudes, lo cual era de conocimiento público y, por lo mismo, incuestionable. En consecuencia, en la medida en que Odebrecht era el principal accionista de la Concesionaria y de CONSOL, los administradores debieron haber incrementado el escepticismo profesional sobre la actuación de Odebrecht y el riesgo de participar en operaciones de lavado de activos y blanqueo de capitales.

Por su parte, frente a la solicitud de las Sociedades Odebrecht, Duff & Phelps sostuvo que se mantenía en lo dicho en su informe y, por lo tanto, reiteraba que de la información a la que tuvo acceso no se evidenció que se hubiera puesto en funcionamiento mecanismo alguno de auditoría, supervisión y gestión del riesgo sino hasta el año 2016, cuando se constituyó el Comité Permanente de Conformidad, y hasta el año 2017, cuando se expidió el Sistema de Conformidad –Ética, Integridad y Transparencia-.

1.3.20. Respuesta a la Pregunta No. 20[717]

La pregunta formulada por el Tribunal fue la siguiente:

"El Perito determinará si existen normas de auditoria, de contabilidad o de gestión de riesgos que hubieran podido generar obligaciones, deberes o conductas para la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y/o el Consorcio Constructor CONSOL y/o sus accionistas o partícipes una vez conocidos los presuntos hechos de corrupción que pudieron afectar al Contrato de Concesión No. 001 do 2010 incluidos sus anexos y apéndices, otrosíes, actas modificatorias, adicionales y demás documentos contractuales-, y/o el Contrato EPC para el diseño, suministro, construcción, mejoramiento y rehabilitación de las obras del Sector 2 del Proyecto Vial Ruta del Sol incluidos sus anexos y apéndices, otrosíes, adicionales y demás documentos contractuales-. En caso de que la respuesta sea afirmativa, determinara si en el caso dichas disposiciones o deberes fueron cumplidos".

1.3.20.1. El marco regulatorio en Colombia

El Perito señaló que no existen obligaciones o deberes a cargo de la Concesionaria y de CONSOL que se hubieren desarrollado legislativamente, una vez se conocieron públicamente los presuntos hechos de corrupción que pudieran afectar al Contrato de Concesión. Con todo, la Concesionaria, CONSOL y sus socios, estaban sujetos a la legislación aplicable en Colombia en materia de corrupción, fraude y prevención de blanqueo de capitales.

En esa medida, el Perito hizo un recuento de la normativa que establece las obligaciones regulatorias de prevención de soborno y blanqueo de capitales. Así, mencionó lo previsto en el artículo 5 de la Ley 1314 de

[717] Ver páginas 279 del Dictamen Pericial elaborado por Duff & Phelps.

2009 y lo previsto en el Decreto Ley 302 de 2015 que, según el experto, exigen que los revisores fiscales y contadores públicos cumplan con las NIA, las Normas Internacionales de Control de Calidad (NICC), las Normas Internacionales de Trabajos de Revisión (NITR), las Normas Internacionales de Trabajos para Atestiguar (ISAE, por sus siglas en inglés), las Normas Internacionales de Servicios Relacionados (NISR) y el Código de Ética para Profesionales de la Contaduría.

Adicionalmente, el Perito mencionó que, desde el 2 de febrero de 2016, las entidades quedaron obligadas a cumplir la Ley 1778, la cual recoge todas las exigencias de la normativa de la OCDE sobre soborno trasnacional que tiene su propia guía global para compañías con el fin de asegurar *"la eficacia de los controles internos, la ética y los programas y medidas de cumplimiento para evitar y detectar el soborno a funcionarios públicos extranjeros en sus transacciones internacionales"*[718]. En relación con la Ley 1778, el Perito destacó lo previsto en los artículos 2, 3, 5, 25, 30 y 32.

Con base en todo lo anterior, concluyó que era evidente que en este caso concreto *"no funcionaron las medidas preventivas para evitar el soborno en el fraude en la adjudicación del Contrato de Concesión por parte del INCO a la Concesionaria Ruta del Sol, ni en la posterior ejecución del Contrato"*[719]. Y, frente a las normas de auditoría, dijo que éstas regulan actuación del auditor en el ejercicio de su actividad profesional, pero no establecen obligaciones para las entidades auditadas.

1.3.20.2. De las responsabilidades de los administradores

Según se mencionó antes, la NIA 240 establece que un adecuado entorno de control es responsabilidad de los administradores de las sociedades. En ese sentido, el perito adujo que si bien en los años 2015 y 2016, los administradores del Consorcio tomaron medidas para la prevención del fraude, éstas fueron insuficientes una vez revelada la comisión de un fraude y, por lo tanto, *"debieron haberse complementado con otras, como la investigación de fraudes con un departamento de auditoría interna más profesionalizado, o con la subcontratación de procedimientos de Forensic, que investigaran el riesgo o la comisión de fraudes tanto en la Concesionaria como en el Consorcio"*[720].

Sobre este punto, el perito narró lo dicho por el señor Carlos Emilio Moreno Sánchez, auditor de la Concesionaria y de CONSOL, durante su testimonio del 25 de enero de 2018, en relación con las medidas adoptas por éste ante la revelación del fraude cometido en Colombia, de conformidad con lo previsto en el Decreto Ley 302 de 2015.

Así las cosas, en primer lugar, mencionó que, en cartas con fecha del 30 de enero de 2016 y 14 de marzo de 2017, el señor Moreno Sánchez recomendó que se realizaran procedimientos forenses y de auditoría retrospectiva para indagar sobre los posibles pagos realizados por Odebrecht o empresas vinculadas públicas en Colombia. En segundo lugar, dijo que, a través de una carta del 30 de enero de 2017, Moreno Sánchez solicitó que los administradores de la Concesionara y de Consol crearan un equipo que se encargara de la evaluación del fraude de soborno y de la necesidad de involucrar a asesores legales externos y especialistas en investigaciones forenses. En tercer lugar, señaló que el 14 de marzo de 2017, Moreno Sánchez emitió un requerimiento especial de información a los administradores de la Concesionaria, con el fin de solicitar (i) una revisión retrospectiva de papeles de trabajo de las compañías de Odebrecht en Colombia, así como de la documentación de la evaluación realizada por la Concesionaria para la contratación de terceros (cotizaciones, evaluaciones de competencias, aprobación de contratación con el tercero) y (ii) examinar los contratos celebrados con Odebrecht y la evidencia de los servicios prestados por la Concesionaria, junto con la totalidad de los pagos desde el año 2008.

No obstante, el perito dijo que ninguna de las recomendaciones del señor Carlos Emilio Moreno Sánchez fueron acatadas por los administradores de la Concesionaria y de CONSOL.

1.3.20.3. De las responsabilidades del auditor

[718] Dictamen Pericial elaborado por Duff & Phelps, p. 283.
[719] Dictamen Pericial elaborado por Duff & Phelps, p. 283.
[720] Dictamen Pericial elaborado por Duff & Phelps, p. 284.

El Perito inició por señalar que la NIA 240 establece los deberes del auditor en relación con el fraude en la auditoría de estados financieros y desarrolla el modo de aplicar la NIA 315 y la NIA 330 que tratan sobre los riesgos de incorrección material como consecuencia del fraude. Así mismo, dijo que la NIA 240 hace mención a las NIA 450 y 750, las cuales establecen requerimientos y proporcionan orientaciones sobre la evaluación y el tratamiento de las incorrecciones y su efecto en la opinión del auditor en los informes de auditoría.

Con base en lo anterior, el Perito concluyó que PwC siguió esa normativa al momento de preparar los informes de auditoría sobre los estados financieros de la Concesionaria y de CONSOL en el ejercicio 2016. Al respecto, volvió a reiterar los procedimientos y medidas realizados por el auditor ante la ocurrencia del fraude y señaló que ante la imposibilidad de concluirlos *"el auditor se vio obligado a denegar su opinión sobre los estados financieros del ejercicio 2016"*[721]. En conclusión, el Perito concluyó que PwC cumplió debidamente con las disposiciones de la NIA 240, una vez salió a la luz pública el fraude cometido por Odebrecht en Colombia.

1.3.20.4. Las aclaraciones y complementaciones solicitadas por las partes

Todas las aclaraciones y complementaciones solicitadas por las partes en relación con esta pregunta, junto con las correspondientes respuestas de Duff & Phelps, están previstas en el Cuadro Anexo al Auto 129. A continuación, el Tribunal se permite señalar sólo las siguientes, por considerarlas más relevantes:

La Concesionaria solicita que el Perito complemente su informe en relación con las medidas que se tomaron respecto a la lucha contra la corrupción y antifraude una vez se conoció el "Indictment" celebrado entre Odebrecht y la justicia de los Estados Unidos.

EPISOL le solicitó al Perito que aclarara si estudió, analizó y revisó las gestiones y pronunciamientos realizados por los administradores y, en específico los miembros de la Junta Directiva postulados por EPISOL, los cuales constan en las Actas de Junta Directa del año 2017, tendientes a acatar las solicitudes y recomendaciones de PwC en relación con la necesidad de incrementar la supervisión, control y detección de fraudes.

En relación con la solicitud de la Concesionaria, el Perito respondió que una vez se conoció el "Indictment" se modificó el Acuerdo de Accionistas y se formalizó el Manual de SARLAFT y se puso en marcha la Comisión Permanente de Conformidad.

Frente a la solicitud de EPISOL, Duff & Phelps manifestó que no estaba dentro del alcance de su informe analizar los diferentes postulados de la Junta Directiva. No obstante, precisó que en su informe hace mención a que no se dio respuesta satisfactoria a los requerimientos del auditor (PwC) por parte de la Concesionaria ni de CONSOL, sin entrar a evaluar las razones por las cuales no se dio respuesta, quién es el responsable, entre otras cuestiones, por estar fuera de su alcance.

1.3.21. Respuesta a la Pregunta No. 21[722].

La pregunta formulada por el Tribunal fue la siguiente:

"El perito hará una descripción de la gestión predial del proyecto y pondrá de manifiesto aquellas circunstancias que considere importantes para la valoración de las obras o la determinación de los valores a reconocer por parte del Tribunal".

1.3.21.1. Conclusiones acerca de la gestión predial.

En conclusión, el Perito ilustró en un cuadro los sobrecostos respecto del avalúo en los que se incurrió en la adquisición de la Troncal como en la Transversal:

[721] Dictamen Pericial elaborado por Duff & Phelps, p. 286.
[722] Ver páginas 288 y siguientes del Dictamen Pericial elaborado por Duff & Phelps.

Cuadro 151. Sobrecostes Transversal y Troncal a octubre de 2017 (importe expresado en pesos)

Tramo	Pagos a octubre	Exceso avaluados	Exceso no avaluados	Total
1	23.539.497.750	-768.761.719	0	-768.761.719
2	51.088.456.022	1.754.312.490	222.871.870	1.977.184.360
3	5.501.311.703	1.092.784.632	6.770.830.586	7.863.615.218
4	62.551.068.134	7.581.193.016	1.161.849.826	8.743.042.843
5	57.640.505.870	-1.063.183.237	7.559.872.829	6.496.689.592
6	28.722.362.946	-450.230.484	-7.609.654	-457.840.138
7	12.739.660.718	-3.546.521.605	-777.880.643	-4.324.402.247
Troncal	**241.782.863.142**	**4.599.593.093**	**14.929.934.815**	**19.529.527.908**
8	1.668.605.776	1.297.794.211	3.137.092.595	4.434.886.806
Transversal	**1.668.605.776**	**1.297.794.211**	**3.137.092.595**	**4.434.886.806**
Total	**243.451.468.918**	**5.897.387.303**	**18.067.027.410**	**23.964.414.713**

Fuente: Elaboración propia, a partir del Anexo 24 del Informe de la Interventoría de octubre de 2017

A partir de este cuadro, el Perito concluyó que, según el Informe de Interventoría del año 2017, se registraría un exceso respecto al avalúo en la adquisición de los 2742 predios inventariados (2416 en la Troncal y 325 en la Transversal) de COP$ 23.964.414.713.

Así mismo, el Perito señaló que se habrían satisfecho pagos por importe de COP$ 243.451.468.918. Y, al comparar ese valor con el valor de los traslados por predios del Patrimonio Autónomo (esto es, COP$ 253.539.391.510,74 en la Troncal y COP$ 1.601.638.337 en la Transversal) resultaría una diferencia de COP$ 11.689.560.929 que se distribuirían entre la Troncal y la Transversal de la siguiente manera:

Cuadro 152. Diferencia entre los traslados del Patrimonio Autónomo y los Pagos de la Transversal y Troncal a octubre de 2017 (importe expresado en pesos)

Concepto	Traslados Patrimonio Autónomo	Pagos	Diferencia	%
Troncal	253.539.391.511	241.782.863.142	11.756.528.369	4,64%
Transversal	1.601.638.337	1.668.605.776	-66.967.439	-4,18%
Total	**255.141.029.848**	**243.451.468.918**	**11.689.560.930**	**4,58%**

Fuente: Elaboración propia

Con fundamento en este cuadro, el Perito señaló que las diferencias respecto de los traslados del Patrimonio Autónomo se encontraban concentradas en la Troncal, lo cual podría deberse a que como indica el Informe de Interventoría del año 2017: *"Respecto a los valores pagados, se consideró en los indicadores los pagos parciales reportados en el proceso y los que ya cuentan con pago definitivo al 13 de octubre de 2017, esto de conformidad con el valor de la oferta realizada por parte de la concesionaria al propietario según el avalúo de ley. Este es un proceso cambiante hasta tanto no finalice el proceso de adquisición en la escrituración y compra de cada predio, razón por la cual los valores presentados son parciales y no definitivos"*[723].

Finalmente, el Perito explicó que el Valor Estimado de Predios y Compensaciones previstos en el Contrato era ostensiblemente inferior al valor del mercado de los predios a adquirir, afirmación que ilustró en el siguiente cuadro:

Cuadro 153. Diferencia entre Valor Estimado de Predios y Compensaciones previsto en el Contrato y valor de avalúo/mercado (importe expresado en pesos)

Concepto	Avalúos totales Inventariados	Valores Estimado del Contrato fondeados	Diferencia	%
Troncal	328.557.385.783	118.285.579.100	210.271.806.683	64,00%
Transversal	11.936.405.372*	40.800.842.254	-28.864.436.882	-241,82%
Total	**340.493.791.155**	**159.086.421.354**	**181.407.369.801**	**53,28%**

Fuente: Elaboración propia

** Existen predios pendientes de inventariar que incrementarían el avalúo y reducirían la diferencia entre éste y el Valor Estimado de Predios y Compensaciones previsto en el Contrato para la Transversal.*

Así las cosas, concluyó que *"parece incontrovertible que de haberse incurrido exclusivamente en los importes avaluados (precios de mercado) en la adquisición de los predios correspondientes a la Troncal y la Transversal, en aplicación de las*

[723] Dictamen Pericial elaborado por Duff & Phelps, p. 318 y 319.

prescripciones del Contrato de Concesión, como mínimo la ANI debería haber asumido $181.407.369.801 pesos adicionales al Valor Estimado de Predios y Compensaciones previsto en el Contrato"[724].

1.3.21.2. Las aclaraciones y complementaciones solicitadas por las partes

Todas las aclaraciones y complementaciones solicitadas por las partes en relación con esta pregunta, junto con las correspondientes respuestas de Duff & Phelps, están previstas en el Anexo 2. A continuación, el Tribunal se permite señalar sólo las siguientes, por considerarlas más relevantes:

La ANI solicitó que el Perito complementara o aclarara su dictamen con el propósito de exponer las razones que sustentan la validez de la metodología estadística utilizada para determinar los excesos de la adquisición predial.

En su respuesta, Duff & Phelps manifestó que su metodología, tal y como se expone en las secciones 7.21.2, 7.21.3 y 7.21.4 del Dictamen, partió del avalúo total de cada predio que engloba el valor de la superficie requerida, el inventario de construcciones, mejoras, especies/cultivos, afectación por servidumbres, rondas hídricas, daño emergente y lucro cesante. A su vez, con base en el avalúo, se empleó el importe de metros cuadrados de superficie requerida total avalúos por metro cuadrado que englobaría todos los componentes mencionados.

1.4. La Audiencia de Contradicción[725]

La audiencia de contradicción del dictamen pericial fue llevada a cabo los días 20 y 21 de junio y 12 de julio del año 2019. Los aspectos más relevantes de la misma se resumen a continuación. Se aclara que los puntos que ya quedaron expuestos no serán repetidos, salvo que tengan una especial relevancia, énfasis o interés para el caso:

1.4.1. Cuestionamiento sobre las limitaciones del peritaje

1. El Tribunal cuestionó a D&P sobre si considera que la información que les fue suministrada y revisada por ellos es suficiente para presentar con seguridad las conclusiones del peritaje.

El señor Vicente Estrada respondió que:

"*SR. ESTRADA. Con la información con la que hemos trabajado, que es la información que se nos proporcionó por parte del Tribunal y con la información que se me proporcionó por cada una de las partes, a nuestro juicio, hemos tenido evidencia suficiente como para llegar a las conclusiones a las que hemos llegado".*

2. El apoderado de la Concesionaria cuestiona si los resultados del dictamen habrían podido variar de escoger otra metodología y cuál es la metodología de precios aplicada por el perito

El perito responde que evidentemente siempre las valoraciones arrojan resultados diferentes pero que incluso en este caso las diferencias con los peritajes de las partes son mínimas:

"SR. ALBALADEJO: Me gustaría hacer mención si me permite un segundo ahora busco el dato, si además se hace una comparación de las diferentes metodologías usadas estamos hablando en este mismo pericial por empresas que han sido validadas o bien por el Tribunal o bien por las partes no entramos nosotros a analizar eso, las diferencias estamos hablando diferencias entre el 2% o el 9%".

3. El apoderado de la CRS cuestiona al perito sobre la valoración del CAPEX y si sobre los escenarios de los 5 precios tomados por el perito resultan comparables. En particular cuestiona el haber tomado precios provenientes de contratos de obra pública

El perito sustenta que sí es posible tomar contratos de obra pública, pues los insumos no tienen precios más altos o más bajos en función de si el comprador es un concesionario o un contratista de obra. Sustenta su respuesta en un documento del Banco Europeo que aporta al expediente.

[724] Dictamen Pericial de Duff & Phelps, p. 319.
[725] Ver transcripciones de la audiencia de contradicción del día 20 de junio del año 2019, que obra en los Folios 240 a 273 del Cuaderno de Pruebas No. 201.

1.5. Las Comunicaciones Posteriores del Perito mediante las cuales aclara algunos puntos discutidos durante la audiencia de Aclaraciones y Complementaciones

1.5.1. Carta del 8 de Julio de 2019, sobre la ratificación del Perito en el sentido de que no encontró un Proyecto Completo documentado

Mediante esta comunicación, que obra a folios 153 y 159 del Cuaderno de Pruebas No. 201, los peritos hicieron algunas precisiones sobre las discusiones que se presentaron durante las primeras Sesiones de la Audiencia de Contradicción celebradas los días 20 y 21 de Junio de 2019.

Comienza diciendo que las sociedades Odebrecht, en las referidas audiencias, mostró una serie de carpetas y archivos con el propósito de ilustrar la totalidad del Proyecto de la Ruta del Sol 2.

Manifiesta que luego de revisar la documentación que obra en el expediente se reafirma en su idea de que no existe un orden en el disco duro aportado por la parte frente al contenido del proyecto completo. En otras palabras, no existe un documento completo con estructura de Proyecto que integre un esquema de documentación ordenada por tramos e hitos.

Dice que los documentos a los que se refiere Odebrecht son carpetas llamadas de "diseños no objetados" en las que no constan los proyectos completos de los 8 tramos. "Por lo tanto, en lo que a la estructura se refiere nos reafirmamos en nuestra opinión de que la documentación presentada no puede ser calificada como un proyecto integrado completo, sino una serie de carpetas no necesariamente conexas y de difícil acceso para su adecuada comprensión e interpretación global.

El perito no ha podido localizar en el disco duro el archivo que integre las cantidades de todos los servicios de toda la obra, como tampoco tramo por tramo, ni siquiera hito por hito. La parte, en la Audiencia, tampoco mostró un documento integrado de cantidades, en concreto del tramo 3, sino que apenas mostraron carpetas diferenciadas por especialidades.

Frente al tramo 8 tampoco hay un documento completo que incluya las cantidades ni que esté ordenado.

Muestra una foto de cómo se visualizan las carpetas de "diseños no objetados", donde hay unas subcarpetas llamadas "EDL, INTEGRAL, BRACOL, AYESA, CARTAS A LA ANI-DISEÑO NO OBJETADO, CODIFICACIÓN PLANOS-CALIDAD, DISEÑO ILUMINACIÓN, ESTUDIO TRÁNSITO HALCROW, LISTADO MAESTRO, PEAJES DISEÑO Y PLANOS TÍPICOS". Si, a manera de ejemplo, se abre la carpeta INTEGRAL, solo se ven los tramos 3 y 4.

Al abrir la carpeta del tramo 3 (que fue mostrada por Odebrecht en la audiencia), se encuentra la carpeta T1 y dentro de T1 se encuentra T1 y T2, las cuales a su vez tienen carpetas de "informes" y "planos". Debe advertirse que no existe una explicación previa del contenido de las carpetas.

En la carpeta "informes" hay cierta documentación relativa a diversas especialidades técnicas, sin que sea un documento completo asociado a un proyecto constructivo. En esa carpeta, en el volumen XI, se vuelven a encontrar dos subcarpetas: Anexo I Especificaciones y Anexo 2 Memorias de Cálculo. En este último hay las siguientes subcarpetas: Depósitos, Diseño Geométrico, Estructuras, Geología y Geotecnia, Iluminación, Muros, Obras Hidráulicas, Poliductos, Redes-Eléctricas, Seña Temporal, Señalización. En tales carpetas no hay ningún documento con cantidades completas, que sea coherente y que permita un seguimiento e integración con el resto de documentos del Proyecto. Tampoco hay homogeneidad en los diferentes documentos que se muestran en las carpetas, siendo imposible integrarlas. A manera de ejemplo, expone la manera en que usualmente debe encontrarse la documentación sobre el particular.

1.5.1. Carta del 8 de Julio de 2019, sobre la modificación a algunos de los cuadros del dictamen pericial y el escrito de aclaraciones y complementaciones[726].

El perito aclara las cifras de los cuadros 83 (*cost to complete Pregunta 2*), 84 (cost to complete Pregunta 3), 87, 88, 89, 90, 91 (comparación del *cost to complete* a costo y a valor actualizado); 93 y 119 (valor de perjuicios para la ANI), 120 (límite de reconocimientos de valor) y 5 (pregunta 2.55 del escrito de aclaraciones).

[726] Obra a Folios 145 a 151 del Cuaderno de Pruebas No. 201.

A los anteriores cuadros ya nos referimos al consignar las posiciones del perito en su dictamen y con ocasión de la contradicción.

D&P aclara en su escrito que a pesar de todos los cálculos que hizo con ocasión de las preguntas de Episol, ello no significa que estén de acuerdo con los planteamientos del Litisconsorte.

1.5.2. Carta del 10 de Julio sobre la aplicación de la Sentencia de la Corte Constitucional relacionada con la constitucionalidad del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018[727], con lo cual dan alcance al cálculo de los valores a reconocer bajo la Pregunta N° 3

El Perito comienza por advertir que su carta debe ser leída en conjunto con su dictamen pericial y su escrito de aclaraciones y complementaciones.

Dice que caben distintas interpretaciones sobre el momento en el que debe determinarse el valor a reconocer, toda vez que dependiendo del momento de la liquidación podrían existir costos y gastos que se queden por fuera del valor a reconocer. Por ello, los peritos hacen el cálculo sobre la base de dos fechas:

a) Octubre de 2017, momento en que se terminó el contrato, momento a partir del cual habría que actualizar por inflación las cifras hasta la emisión del laudo.

b) Fecha más cercana a la emisión del laudo

1.5.2.1. Prestaciones ejecutadas

Las prestaciones ejecutadas a pesos del 31 de diciembre de 2008, actualizadas a 31 de marzo de 2019, son las siguientes:

Cuadro 81 actualizado: Media Ponderada del valor las prestaciones ejecutadas por la Concesionaria a pesos de 31 de diciembre de 2008 actualizadas a 31 de marzo de 2019 (importe expresado en pesos)*

Concepto	TRONCAL	TRANSVERSAL	Total
VALORACIÓN DE OBRA EJECUTADA (No incluye Rubros Globales, ni AIU) (valoración a precios de diciembre de 2008) (a)	1.926.773.706.219	50.846.574.098	1.977.620.280.317
Total estudio de trazado y diseño geométrico / estudios de detalles ya ejecutados	86.704.816.780	2.288.095.834	88.992.912.614
Total remoción de redes de interferencia	19.287.535.703	508.988.217	19.796.523.920
Gestión Social, Predial y Ambiental	70.297.105.292	1.855.104.708	72.152.210.000
PIP	19.088.900.211	503.746.328	19.592.646.539
Total peajes	12.562.689.361	331.522.956	12.894.212.317
RUBROS GLOBALES (b)	**207.941.047.347**	**5.487.458.043**	**213.428.505.390**
CAPEX total a diciembre de 2008 = (a)+ (b) +AIU (0,32 *(a)) + U (0,05*(b)	**2.761.679.391.924**	**72.879.308.755**	**2.834.558.700.678**
CAPEX Total marzo 2019 (IPC marzo 2019 - DIC2008= 1,4558)	**4.020.452.858.762**	**106.097.697.685**	**4.126.550.556.448**
OPEX marzo 2019 (Contabilidad)	**932.939.393.370**	**24.619.794.136**	**957.559.187.506**
Predios actualizados a marzo de 2019	**308.111.077.122**	**1.946.374.132**	**310.057.451.254**
INTERESES FINANCIEROS MARZO 2019	**980.241.138.115**	**25.868.063.023**	**1.006.109.201.138**
Total Prestaciones a 20 octubre 2017 (Valor en pesos a marzo de 2019)	**6.241.744.467.370**	**158.531.928.976**	**6.400.276.396.346**

Fuente: Elaboración propia

1.5.2.2. Pagos y remuneraciones recibidos por el Contratista

El Perito dice que en la contestación a la pregunta 4.12 de la ANI del escrito de Contestación de Aclaraciones, fueron reflejados los pagos y remuneraciones percibidos por la Concesionaria, en los que se incluyeron los rendimientos financieros de los aportes de la ANI por un valor de $75.699 Millones de pesos. En efecto, si bien los ingresos por rendimientos en la cuenta de aportes ANI ascendieron a $292.617

[727] Obra a Folios 275 a 278 del Cuaderno de Pruebas No. 201.

M, un importe de $215.918M fue traspasado a la cuenta de reversión, "por lo que no tuvo una incidencia directa en la financiación de la obra".

Así, el detalle de los pagos y remuneraciones recibidos por la Concesionaria se detalla así:

Cuadro 118: Aportaciones de la ANI, amortización de deuda e interés por cuanta de la Concesionaria, aportes directos a Estudios y Obras, peajes percibidos y rendimientos obtenidos por el Concesionario

Año	Aportaciones directos a Estudios y Obras	Amortización de deuda recibida por cuenta de la Concesionaria	Aportes (peajes)	Remuneración constantes	Rendimientos	Total	A valores de la ANI e intereses de 31 de marzo de 2019
2010	-	-	-	56.336	-	56.336	77.934
2011	-	-	-	94.592	-	94.592	125.241
2012	146.110	-	-	109.442	-	255.552	332.723
2013	160.373	-	-	135.802	7.459	303.634	387.809
2014	239.728	-	10.330	126.460	14.713	391.231	482.058
2015	279.757	-	-	148.416	53.527	481.701	555.902
2016	552.864	-	-	157.138	-	710.002	774.838
2017	1.815	792.603	-	135.241	-	929.659	1.014.554
2018	- - - - - - -	2019 - 627.518	- - -	627.518	627.517		
Total	**1.380.647**		**1.420.121**	**10.330**		**963.428**	**75.699**	**3.850.225**	**4.378.577**

Fuente: Elaboración propia

1.5.5.2.3. Prestaciones ejecutadas netas

Se describen a continuación:

Prestaciones, netas de pagos y remuneraciones	Millones de pesos
Prestaciones ejecutadas	6.400.276
Pagos y remuneraciones recibidos por la Concesionaria	-4.378.577
Prestaciones ejecutadas netas	**2.021.699**

1.5.5.2.4. Acreencias con terceros de buena fe

El perito parte de la consideración de la Corte Constitucional según la cual: "*dadas las características propias de los contratos de APP 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 un contrato de APP o de concesión de infraestructura para el transporte se regirán bajo la regla 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".*

"En este particular, se suscitan dos aspectos controvertidos:

c) *A qué fecha han de determinarse las acreencias, si a la fecha de resolución del contrato o a la fecha más próxima al laudo. Esta circunstancia adquiere especial importancia ya que los intereses debidos a las entidades financieras han tenido su devengo con posterioridad a octubre de 2017, esto es, a la fecha de resolución del contrato.*

d) *Si las partes vinculadas a la Concesionaria pueden ser consideradas 'terceros de buena fe'. La Corte Constitucional establece, a este respecto, que "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", pero naturalmente ésta es una apreciación jurídica".*

Frente a los pasivos con terceros, con fecha 9 de junio de 2019, luego del Informe Pericial, el perito recibió informe del Pasivo Externo de la Concesionaria emitido por el señor Carlos González Vargas, representante legal de la Concesionaria, en el cual se detallan las obligaciones de ésta con terceros de buena fe a 31 de mayo de 2019:

Concepto	*Importe*
Deuda Financiera	
- Principal	*1.250.076*
- Intereses	*212.499*
Obligaciones fiscales	*229*
Obligaciones laborales	*940*
Obligaciones con vinculadas	*5.359*
Obligaciones con proveedores	*25.929*
Liquidación contrato EPC	*218.273*
Total	***1.713.305***

Lo anterior refleja:

1. Obligaciones financieras por importe de 1.462.575 millones de pesos:

   – *Deuda capital: $1.250.076 millones de pesos.*

– *Deuda intereses: $212.499 millones de pesos.* De acuerdo con los Estados Financieros de la Concesionaria a 31 de diciembre de 2018 los intereses financieros pendientes de pago ascendían a $167.837 millones de pesos

2. Obligaciones fiscales en cuantía de $229.368.200 pesos. De acuerdo con los Estados Financieros de la Concesionaria a 31 de diciembre de 2018 las obligaciones fiscales ascendían a $3.104 millones de pesos.

3. Obligaciones Laborales en cuantía de $940 millones de pesos. De acuerdo con los Estados Financieros de la Concesionaria a 31 de diciembre de 2018 las obligaciones laborales ascendían a $859 millones de pesos.

4. Obligaciones de la Concesionaria con vinculadas en cuantía de 5.360 millones de pesos. De acuerdo con los Estados Financieros de la Concesionaria a 31 de diciembre de 2018, las cuentas por pagar a compañías vinculadas ascendían a $1.891 millones de pesos.

5. Obligaciones con proveedores y subcontratistas:

   - Obligaciones con proveedores de la Concesionaria en cuantía de 5.398 millones de pesos. De acuerdo con los Estados Financieros de la Concesionaria a 31 de diciembre de 2018 las obligaciones con proveedores nacionales y del exterior ascendían a $5.808 millones de pesos.

   - Obligaciones proveedores de CONSOL por importe de 7.513.509.046 pesos.

   - Obligaciones de CONSOL con vinculadas por importe de 13.016.601.915 pesos.

   - Obligaciones contingentes por importe de 330.626.062.660 pesos correspondientes a la Liquidación del Contrato EPC, no obstante, del importe anterior correspondería descontar 112.353.040.471 pesos correspondientes a contingencias que les corresponde asumir a la Concesionaria, por lo que el

importe neto a reconocer por la Concesionaria a favor de CONSOL en concepto de Liquidación del Contrato EPEC ascendería a $218.273 millones de pesos.

4. Las Objeciones por Error Grave del dictamen pericial

2.1. Las Objeciones de EPISOL[728]

Dentro del término previsto por el artículo 31 de la Ley 1563 de 2012, la apoderada de EPISOL presentó objeción por error grave en contra del dictamen pericial realizado por la Firma Duff & Phelps.

2.1.1. Las falencias del dictamen pericial

A juicio de Episol, el dictamen realizado por Duff & Phelps: i) No es *"claro, preciso, exhaustivo y detallado";* ii) no explica *"… los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuadas…"* de acuerdo con lo ordenado en el inciso quinto del artículo 226 del CGP; ii) fue elaborado por unas personas naturales que no actuaron en representación de Duff & Phelps y que no tenían la suficiente idoneidad para realizar el dictamen pericial; iii) fue elaborado sobre la base de un ingente volumen de información dentro de la cual podría haberse ignorado algún punto relevante y sin el tiempo suficiente de acuerdo con el propio dictamen; iv) el perito no tiene la seguridad de que la información proporcionada sea completa; v) el perito no identificó la existencia de un proyecto completo definido de manera técnica, en el cual se incluyeran cantidades de obra totales a ejecutar, planos completos de diseño de todo el alcance y precios unitarios contractuales; vi) no existe una documentación uniforme sobre cantidades de obra, consensuadas por las partes, lo cual ha limitado el alcance del perito según su propio criterio; y vii) el perito identificó inconsistencias e incongruencias entre diferentes fuentes de información. Todas estas falencias generalizadas del dictamen, a juicio de Episol, desvirtúan su credibilidad.

2.1.2. Los errores graves que determinan la objeción "parcial" del dictamen

A juicio de la apoderada, los siguientes son los errores graves de los cuales obedece el dictamen pericial:

2.1.3. El dictamen se refiere a puntos de derecho, en contra de lo previsto por el inciso 3 del artículo 226 del CGP.

A juicio de Episol el perito, por ejemplo, incluye elementos legales de la connotación de "perjuicio"[729]; se refieren a si las partes del proceso y sus vinculados son o no personas jurídicas y las condiciones bajo las cuales concurrieron a las relaciones contractuales implicadas en toda la discusión; invocan la Ley colombiana en algunos de sus apartes; etc. De lo anterior, la apoderada de Episol concluye que al encontrarse fundado el dictamen pericial de Episol en fundamentos de derecho, su pronunciamiento se encuentra íntegramente viciado.

2.1.4. De manera incorrecta, Duff & Phelps calcula el "valor neto a favor de la ANI" a propósito de la pregunta Nº 10.

En la página 205 (cuadro 130) se cuantifican unos *"costes a incurrir en exceso sobre el valor del contrato neto de peajes"* que corresponden a los mayores costes que implicaría llevar a término el Contrato de Concesión, con base en las prestaciones ejecutadas y no ejecutadas. Para efectos, del cálculo, parten de un valor del contrato de concesión que supone tomar el valor del mismo en pesos constantes de 2008 y actualizarlo por el IPC a marzo de 2019 (página 169, cuadro 85). Luego proceden a descontar el valor de las prestaciones ejecutadas a esa misma fecha, así como las pendientes, calculadas como un *"cost to complete"* (página 164 cuadro 84).

Los errores financieros de tal proceder son evidentes:

i) Calculan el CAPEX remanente, que según la apoderada de Episol los peritos denominaron "*Cost-to-Complete*", con una regla de tres (página 164 cuadro 84) que desconoce la complejidad de la obra realizada versus la obra "por realizar", desconoce el costo de las inversiones incurridas en el inicio de la obra que posteriormente no deben realizarse, tales como diseños, trámites de licencias, ente otros; desconoce la

[728] Obrante a folios 554 a 568 del Cuaderno Principal No. 13.
[729] Puntos 2.2, 2.21 del escrito de aclaraciones y complementaciones

naturaleza heterogénea de la obra y desconoce que la valoración de un proyecto no es homogénea y depende de diversos factores.

ii) No tienen en cuenta el VPIT del contrato que implica el descuento de todos los ingresos del contrato (peajes y vigencias futuras) a una tasa real, es decir, adicional a la inflación, que equivale al 0.8984% mensual y al 11,33% anual. Es decir, el perito no compara el valor de las prestaciones ejecutadas y pendientes de ejecutar con el valor del contrato que presupone una VPIT pactada, sino con un valor que simplemente responde a aplicarle la inflación al valor presente del contrato calculado a diciembre de 2008.

iii) Un principio básico de matemáticas es que solo se pueden sumar o restar valores que tengan las mismas unidades. No obstante, en el caso, hay al menos 3 unidades distintas a saber: i) valores en pesos corrientes de cada año (o valores nominales al tiempo en que fueron hechas las erogaciones); ii) valores en pesos constantes de un momento específico (que equivale a ajustar por inflación los pesos corrientes entre el momento del pago y el momento en que se quieren calcular los valores en pesos constantes) y iii) valores presentes a una fecha determinada (corresponden a valores en pesos corrientes o constantes ajustados por una tasa de descuento real o nominal entre el momento de su pago y el momento en que se quiere calcular el valor presente).

No obstante, el perito toma un valor presente (2.771.093) calculado a diciembre de 2008 con la TDI y pretende tratarlo como un valor en pesos constantes al ajustarlo con la inflación entre diciembre de 2008 y marzo de 2019. Ajustar un valor presente con la inflación lleva a un resultado que carece de sentido matemático y financiero ($4.034.157M), situación que empeora si luego de ello pretende restarse del mismo un valor en pesos constantes.

Los costos presentados por el perito (pág 170 cuadro 87) están en pesos constantes, que son los $4.648.008 M de las prestaciones ejecutadas y los $3.613.935 de las prestaciones por ejecutar. Esos números, en precios constantes, tienen sentido matemático y financiero. No obstante, detraer estas cifras de los $4.034.157M no lo tiene.

La forma correcta, según Episol, es calcular el valor del contrato en las mismas unidades de los costos, es decir, en pesos constantes de marzo de 2009. Para ello basta con tomar cada pago de ingresos provenientes de vigencias futuras y de peajes en pesos corrientes y ajustarlos con la inflación a marzo de 2019 (es decir, emplear el mismo procedimiento utilizado para calcular los costos de la obra). El valor así obtenido, según Episol, es de $12.188.021 M. A este valor y no a $4.034.157M sí se le podrían restar los $8.261.943 M.

iv) En el escrito de aclaraciones y complementaciones se vuelve a incurrir en las mismas falencias porque los peritos toman las prestaciones ejecutadas en valores de 2019 con la TDI del contrato de concesión y lo suman con las prestaciones a ejecutar valoradas al finalizar el contrato de concesión, como si el flujo se percibiera en el año 2035, es decir, nuevamente se incurre en el error de comparar y sumar cifras actualizadas en momentos del tiempo completamente distintos. El cálculo financiero adecuado de la actualización de las prestaciones ejecutadas en el mismo momento del tiempo (marzo de 2019) es de 10 billones de pesos y no de 18 billones como lo pretende mostrar el perito.

v) Se calculan unos perjuicios que no son objetivos, no están acreditados y no cumplen con los requisitos para ser reconocidos.

vi) Se establece como descuento lo denominado como "beneficios netos retirados por los consorciados de Consol", desconociendo que la Concesionaria y Consol son dos entes distintos, que constituye un estándar internacional el que el constructor asuma las utilidades y pérdidas de su negocio en función de un contrato que tiene un valor global fijo, que en el marco financiero y contable un dividendo es distinto de una distribución de excedentes y que las retenciones que se generan y efectúan en la ejecución del contrato de construcción deben ser trasladadas a los consorciados como sujetos pasivos de las retenciones.

vii) Se establece el importe a amortizar de la deuda bancaria como límite máximo a reconocer a la Concesionaria, sin considerar los intereses causados y no pagados.

Los anteriores errores llevan a presentar un valor neto a favor de la ANI que es financieramente incorrecto.

Con base en lo anterior, la apoderada de EPISOL solicitó un término de 30 días, con fundamento en los artículos 226 y siguientes del CGP, para aportar un dictamen pericial, en los términos del artículo 31 de la Ley 1563 de 2012, cuyo objeto es acreditar y probar los errores graves antes mencionados. El Tribunal, mediante Auto Nº XXX concedió un término de 10 días para que Episol presentara la prueba, la cual fue radicada en tiempo y de la cual se corrió traslado a las partes y peritos para su debida contradicción.

También solicitó al Tribunal dar aplicación al artículo 221 del CPACA, con el fin de que los peritos devuelvan los honorarios correspondientes o sean sancionados de acuerdo con la Ley.

2.1.5. El dictamen pericial realizado por la Firma Valora y presentado por Episol para sustentar el error grave en que pudo haber incurrido D&P[730]

Dentro del término de 10 días que fue otorgado por el Tribunal, Episol presentó el dictamen hecho por Valora Consultoría S.A.S. (En adelante "Valora").

El documento tiene dos secciones, de manera que en la primera se analiza la liquidación del contrato; y en la segunda se analiza la estimación de los perjuicios, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 20 de la Ley 1882 y lo establecido en la sentencia C-207-19 expedida por la Corte Constitucional.

2.1.5.1. Análisis de la liquidación del Contrato

La pregunta formulada a Valora fue la siguiente:

Indicar si es correcto o no el cálculo del valor neto a favor de la ANI, reflejado en la respuesta a la pregunta No. 10 y a la aclaración presentada, con base en la información y metodología utilizada por Duff & Phelps. En caso que la respuesta sea negativa, sírvase explicar y justificar en detalle cada uno de los errores financieros incorporados en el cálculo.

2.1.5.1.1. Análisis de las operaciones hechas por D&P en el Informe Pericial y en el escrito de aclaraciones y complementaciones, según Valora

Valora sostiene que en la respuesta a la Pregunta 10 hecha por el Tribunal, D&P hizo una cuantificación en favor de la ANI que, para efectos de su contradictamen, divide en dos partes: i) una, en la que se hace una liquidación del contrato a partir de las respuestas a las preguntas 3 (prestaciones ejecutadas), 8 (pagos y remuneraciones a favor de la Concesionaria) y en los análisis relativos a Acreencias y Aportes Netos de Capital que se desarrollaron en la misma pregunta 10. Luego de ello, ii) el perito calcula los efectos que sobre dicho resultado podrían tener las cuantificaciones previstas en las respuestas a las preguntas 4 (cost to complete) y 5 (perjuicios contractuales).

ii) Liquidación del contrato en el informe pericial

De acuerdo con Valora, el perito tomó las prestaciones ejecutadas ($6.266.787M), a ellas le restó los pagos y remuneraciones ($4.289.148) y tal operación le dio como resultado las "prestaciones ejecutadas netas" (1.977.639) (Cuadro 128 del dictamen).

Luego, D&P pasa a definir lo que ella llama el "límite de reconocimiento de valor", es decir, el valor adicional que le reconocería la ANI al Concesionario. Para realizar dicha estimación utiliza dos cifras: las acreencias y el valor neto de los aportes de capital del concesionario. Las acreencias son tomadas de la información de los bancos; pero para calcular los aportes, el perito toma los aportes de capital de la Concesionaria, a los cuales resta los dividendos repartidos por Consol y los anticipos a consorciados registrados por esta última. Esta operación le da un saldo negativo de $-188.469M.

El perito concluye, de lo anterior, que conjuntamente la Concesionaria y Consol no aportaron fondos al proyecto y que, por ello, el límite máximo de valor a reconocer debería ser el importe a amortizar de la deuda bancaria ($1.250.680M), neta de los beneficios retirados por los consorciados de Consol ($188.469). Esto da el límite del reconocimiento, que sería de $1.062.211

iii) Liquidación ajustada según el escrito de aclaraciones y complementaciones

[730] Folios 102 a 143A del Cuaderno de Pruebas No. 201.

En este documento el perito realiza ajustes a su informe inicial, sin que a juicio de Valora sea evidente si el perito aceptó o no las modificaciones presentadas por las partes.

Las prestaciones ejecutadas netas se incrementaron con ocasión del escrito de aclaraciones, por efecto de unos ajustes a cantidades y estimación de precios de mercado que reconoce el perito. Por su parte, también se incrementan las remuneraciones y pagos percibidos por la Concesionaria, al reconocer unos rendimientos financieros. De este modo, ellas pasan de $1.977.639M a $2.021.699M.

En las aportaciones netas, el perito en su escrito de aclaraciones incluye una nueva columna en la que elimina los beneficios netos retirados por los consorciados de Consol y adiciona el valor de los aportes hechos por la Concesionaria. También incluye otras acreencias de la Concesionaria que le fueron informadas con posterioridad y, con ello, incrementa el llamado límite de reconocimiento de valor, el cual pasa de $ 1.062.211 a 2.036.019M. La comparación entre los resultados del dictamen y el escrito de aclaraciones y complementaciones, la resume Valora en la siguiente tabla[731]:

Tabla 5 Límite de reconocimientos

Liquidación	**19 de mayo 2019**	**11 de junio 2019**
Prestaciones Ejecutadas Netas	1.977.639	2.021.699
Cuentas por Pagar		250.73011
Deuda Bancaria Pendiente	1.250.680	1.250.68012
Intereses		186.37513
Beneficios Netos	-188.469	348.234
Límite de Reconocimiento	**1.062.211**	**2.036.019**

Fuente: Cuadro 120, página 52. Escrito Aclaraciones y Complementos Cifras en millones de COP de marzo 2019

iv) Análisis de Valora sobre la liquidación del contrato hecha por el perito

Valora observa que los cálculos de D&P tienen dos características: (i) en la cuantificación de la inversión (CAPEX) hay una combinación de las cantidades realmente ejecutadas con precios de mercado estimados; y ii) deshace los efectos económicos del contrato, lo cual supone traer ingresos y egresos cuantificados a marzo de 2019 utilizando el índice de inflación para su actualización. Con esto, varios errores son cometidos por el perito:

a. Primer error: la aplicación de la Ley a través de la fórmula del límite de reconocimiento

El perito ignoró la fórmula que se le había planteado en la pregunta y que por lo demás es la fórmula legal, que podría llevar a determinar un valor a restituir al contratista que es insuficiente para pagar a los acreedores. No hay que olvidar que la pregunta decía: *"el perito establecerá los valores a reconocer para el escenario previsto en el numeral 3, teniendo en cuenta que el Concesionario no podrá recibir, 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, actualizados por el IPC".*

En otras palabras, sí existe un límite de reconocimiento, pero este se aplica después de las acreencias.

b. Segundo error: error en el cálculo de las aportaciones netas de capital

[731] P. 11 del dictamen de Valora, presentado por Episol.

El perito, de acuerdo con Valora, no podía restar los llamados dividendos repartidos por Consol, ni los anticipos a los consorciados. Desde una perspectiva financiera, con ello se está restando el componente de utilidad incorporado en los precios de mercado que fueron base para la estimación de las prestaciones ejecutadas, lo cual asumiría que las prestaciones efectivamente ejecutadas son iguales al costeo teórico cuantificado. Este error se exacerba en la medida en que se combinan las dos metodologías, es decir, las utilidades teóricas incorporadas en los precios de mercado con la resta de los flujos efectivos representados en los dividendos de Consol.

Si se quisiera mantener la aproximación teórica, según el perito, en lugar de una deducción de flujos reales de dividendos, se debería excluir los imprevistos y utilidad del cálculo del AIU. De todos modos, esta exclusión comportaría la definición de costos teóricos que se alejan de los precios de mercado.

Bajo esta misma argumentación, los anticipos efectivamente recibidos por Consol no deberían considerarse en el cálculo de los aportes netos de capital.

c. Tercer error: estimación de perjuicios y *cost to complete*

El perito responde a la Pregunta 10 con los resultados de la Pregunta 5, donde se le pide determinar los perjuicios contractuales causados por la terminación anticipada del contrato.

Lo primero que hace el perito, es identificar sobrecostos, así:

Tabla 7 Daño Emergente por sobrecostos

Perjuicios - Daño Emergente	**Dictamen 19 de mayo 2019**	**A&C 11 de junio 2019**
Consultoría e Interventoría	-9.742	-8.595
Licitaciones	-588.450	-588.450
Total Daño Emergente	**-598.192**	**-597.045**

Fuente: Cuadro 92, página 173. Informe Pericial y Cuadro 22, página 210 Escrito de Contestación Aclaraciones y Complementos

Cifras en millones de COP de marzo 2019

Valora considera que las licitaciones en cuantía de 588.450M deben sustraerse del daño emergente, por cuanto se encuentran implícitas en el *cost to complete.*

Luego identifica los costos a incurrir en exceso sobre el valor del contrato neto de peajes -*cost to complete.* Valora resume el procedimiento del perito en la siguiente tabla:

Tabla 8 *Cost to Complete*

Perjuicios - *Cost to Complete*	**Dictamen 19 de mayo 2019**	**A&C 11 de junio 2019**
Valor del Contrato	4.034.157	4.034.157

(menos)Prestaciones Ejecutadas	6.266.787	6.400.276
(menos)Predios	310.057	310.057
(menos) Prestaciones por Ejecutar	4.482.582	4.609.652
Costos a incurrir en exceso sobre el valor del Contrato neto de peajes	**-6.405.154**	**-6.665.713**

Fuente: Elaboración de Valora a partir del Informe Pericial y Aclaraciones. Cifras en millones de COP de marzo 2019

Concluye su respuesta a la pregunta 10 a través de la unión de lo que el perito llamó "límite de reconocimiento" con el "daño emergente por sobrecostes" y con los valores estimados como costos a incurrir en exceso sobre el valor del contrato neto de peajes. En el dictamen pericial, el perito considera que queda un saldo de $5.941.137M a favor de la ANI; mientras que en el escrito de aclaraciones y complementaciones llega a un valor de $5.226.739M, también a favor de la ANI, así, según Valora:

Tabla 9 Valor Neto a Reconocer

	Dictamen 19 de mayo 2019	**A&C 11 de junio 2019**
Límite de Reconocimiento	1.062.211	2.036.019
Daño Emergente	-598.192	-597.045
Valor neto a reconocer	**464.019**	**1.438.974**
Costos a incurrir en exceso sobre el valor del Contrato neto de peajes	-6.405.154	-6.665.713
Valor Neto a favor de la ANI	**-5.941.135**	**-5.226.739**

Fuente: Cuadro 130 Informe Pericial y elaboración de Valora a partir del escrito de contestación Aclaraciones y complementos.

Cifras en millones de COP de marzo 2019

Los errores, en este preciso punto, son varios según Valora:

a. El perito utiliza una metodología de valoración diferente para dos elementos del mismo contrato: el valor presente neto y los pesos constantes expresados en una misma fecha no son comparables. El perito, entonces, ha debido partir del valor del contrato con su tasa de descuento y bajo esa metodología ha debido realizar sus cuantificaciones. Una vez hallado el valor presente de las prestaciones por ejecutar, podría determinarse cuánto le costará a la ANI terminar la obra. De esta manera, si el valor presente de los aportes de la ANI expresado en vigencias futuras y peajes remanentes fuese igual o superior al valor presente de los costos, gastos e inversiones remanentes, podría concluirse que los recursos que la ANI tenía comprometidos serían suficientes. Por el contrario, si el valor presente de los aportes de la ANI resultare inferior al valor presente de los costos, gastos e inversiones remanentes, podría concluirse que los recursos la Ani tenía comprometidos resultaban insuficientes.

Para evaluar la existencia o no de perjuicios contractuales, a todo lo anterior debían ser agregados los resultados generados con la liquidación del contrato en la porción ya ejecutada y el daño emergente, para tener un entendimiento integral y completo del mismo.

b. Se desconoce que con la liquidación de lo ejecutado queda resuelto el pasado

Al cuantificar las prestaciones netas se resuelven los efectos económicos hasta la fecha de cuantificación, con lo cual no es coherente volver a tener en cuenta esos valores en el cálculo de perjuicios. D&P incorpora, en la determinación del perjuicio, tanto pagos y remuneraciones recibidos como prestaciones ejecutadas.

c. No es correcto utilizar el WACC como tasa de actualización

En el escrito de aclaraciones y complementaciones el perito utiliza el WACC para calcular flujos de caja futuros. Ello lo justifica al entender que la tasa de descuento obedece al reconocimiento de la rentabilidad del empresario. También establece que debe actualizar valores como si la obra pendiente por ejecutar fuera licitada otra vez y un tercero tuviera derecho a una rentabilidad que se supone igual a la que habría tenido la concesionaria, teniendo en cuenta la TDI del contrato.

Pues bien, una tasa WACC solo tiene sentido si se utiliza como tasa de descuento, es decir, para calcular valores presentes. Al descontar flujos, la tasa WACC representa tanto el concepto del valor del dinero en el tiempo, como el riesgo esperado de los flujos.

Pero cuando el perito utiliza el WACC para componer flujos, asume que la rentabilidad del proyecto es igual al WACC, lo cual no suele coincidir con la realidad. El rendimiento del proyecto se puede medir con el ROIC o tasa de retorno sobre el capital invertido, el cual puede ser superior al WACC, si el proyecto genera retornos superiores a los costos asociados, o inferior al WACC en caso contrario.

d. La TDI no es la tasa de rentabilidad del empresario

Como lo estableció el Ministerio de Hacienda en la resolución 6128 de 2008, la TDI es la tasa equivalente al WACC que representa el costo promedio ponderado del capital, y que tiene implícito el riesgo de los flujos de caja futuros.

e. Los intereses no hacen parte de las prestaciones pendientes de ejecutar

Dado que las prestaciones por ejecutar deben cuantificarse como un flujo de caja futuro traído a valor presente usando el WACC, que incluye el costo de la deuda, no se deben incluir los valores de intereses. Ello genera una sobreestimación de las prestaciones.

f. La definición de la fecha de entrega del proyecto afecta los cálculos financieros

El momento en el que se han debido hacer todas las mediciones del VPI es la fecha de terminación del contrato, es decir, el 20 de octubre de 2017. Esta cifra debe a su vez actualizarse por el IPC.

2.1.5.1.2. Conclusión de Valora

Valora concluye que no es correcto el cálculo del valor neto a favor de la ANI reflejado en la respuesta a la pregunta Nº 10.

2.1.5.2. Análisis de la aplicación de la sentencia C-207-19 de la Corte Constitucional

La pregunta que Episol hizo a Valora fue la siguiente:

"*De acuerdo con el artículo 20 de la Ley 1882, cuyo texto es el siguiente en virtud de la Sentencia C-207-19 de la Corte Constitucional…*

a) *Explicar financieramente cada uno de los rubros o conceptos incorporados en la fórmula matemática establecida en el artículo 20 de la ley 1882 para determinar las prestaciones a las que haya lugar,*

El perito considera que la fórmula es la siguiente:

$$Valor\ a\ reconocer = ((C + I + G + i)) - (P + R)$$

En cuanto al límite de los reconocimientos, la fórmula sería:

$$Límite\ de\ Reconocimiento = Min(Valor\ a\ reconocer - A; E')$$

Donde:

C+I+G= costos, gastos e inversiones ejecutadas, actualizados por el IPC, según corresponda. Representan el OPEX y CAPEX del proyecto y corresponden a las llamadas "prestaciones ejecutadas". Hace parte del flujo de caja de egresos del proyecto.

I= Intereses generados durante el periodo actualizados por el índice del IPC, según corresponda. Hace parte del flujo de egresos del proyecto.

P + R= Remuneraciones y pagos al Contratista, son aquellos valores que recibe el contratista por parte del Contratante para que sean utilizados en el proyecto a título de peajes y vigencias futuras. Hace parte de los flujos de ingresos del proyecto. Se actualizan por el IPC, según corresponda.

A= Acreencias, equivalente a pasivos exigibles.

E'= Aportes de capital netos de dividendos y descapitalizaciones.

b) Establecer el monto del pasivo externo del proyecto con terceros de buena fe

Valora comienza por aclarar que ella no puede calificar si un tercero es de buena fe, por lo que se limita a presentar una lista de acreencias, entendidas ellas como obligaciones exigibles.

Según Valora, la información la tomó del escrito de aclaraciones y complementaciones del Perito, que a su vez lo tomó de un certificado de la Concesionaria:

Tabla 10 Detalle terceros

Concepto	Millones de COP
Deuda capital	1.250.076
Deuda intereses	212.49931
Total Obligaciones financieras	**1.462.575**
Obligaciones fiscales y/o contribuciones	229
Obligaciones laborales	940
Obligaciones con proveedores CRDS	5.398
Obligaciones proveedores de CONSOL	7.514
Obligaciones CRDS con vinculadas (vinc)	5.360
Obligaciones CONSOL con vinculadas, tramitadas por Concesionaria para autorización de la ANI. (vinc)	13.017
Saldo neto de la liquidación del contrato EPC (vinc)	218.273

Total	1.713.305
Total excluyendo cuentas con vinculados económicos (vinc)	1.476.655

c) *Determinar si el perito Duff & Phelps aplicó los rubros o conceptos incorporados en la fórmula matemática establecida en el artículo 20 de la ley 1882.*

De acuerdo con Valora, el perito no determinó correctamente el rubro de aportes de capital netos de dividendos y descapitalizaciones, porque para la determinación de este monto se toman cifras tanto de los socios de la Concesionaria como del Epecista. Cuando la ley solo habla de los socios del Concesionario. Si bien en el escrito de aclaraciones y complementaciones se aclara ese error, el perito no es claro en cuanto a la pertinencia de hacer el ajuste.

El perito determina una fórmula de límite de reconocimientos que no se ajusta a la ley porque esta última es clara en que la restricción se debe aplicar sobre el capital neto y no sobre el capital y los acreedores. Ello puede implicar desconocer las acreencias en caso de que el capital neto (es decir, una vez sustraídos dividendos decretados, pagados y capitalizaciones) resulte en un valor negativo.

d) *A partir de los elementos cuantificados por el Perito Duff & Phelps que estime pertinentes, sírvase aplicar los rubros o conceptos previstos en el artículo 20 de la ley 1882".*

Valora presenta el siguiente cuadro de los valores a reconocer:

Tabla 11 Cálculo valores a reconocer (Valora)

Valora

COP Millones

I =Inversión	CAPEX	4.126.551
I=Inversión	Predios	310.057
C+G=Costos+Gastos	OPEX	957.559
i= Intereses	Intereses	1.006.109
PE=C+G+I+i	**Prestaciones Ejecutadas[732]**	**6.400.276**
P&R= Peajes+Vigencias Futuras	Pagos y Remuneraciones[733]	-4.289.148
	Rendimientos Financieros[734]	-89.429
PN=PE-(P+VF+r)	**Prestaciones Ejecutadas Netas**	**2.021.699**
D	Deuda Bancaria Pendiente	-1.250.680
CxPv	Cuentas por Pagar vinculadas	-236.650
CxP	Cuentas por Pagar otros	-14.080
ixP	Intereses por Pagar	-186.375
A= D+(CxPv+ CxP+ ixP)	**Total Acreencias[735]**	**1.687.785**

[732] Cuadro 81 del dictamen pericial una vez actualizado por el Anexo I del escrito de aclaraciones y complementaciones.
[733] Cuadro 128 del dictamen pericial (página 205).
[734] Cuadro 118 del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 168.

E	**Aportes/ Beneficios netos**[736]	**348.234**
$Min(Valor\ a\ reconocer - A; E')$	**Valor a Reconocer**[737]	**333.914**

3. Las Objeciones de las Sociedades Odebrecht[738]

Dentro del término previsto en el artículo 31 de la Ley 1563, el apoderado de las sociedades Odebrecht presentó el 2 de junio de 2019 Objeción por Error Grave, al cual siguieron 7 complementaciones. Frente a la oportunidad de las mismas, se hará referencia más adelante.

3.1. Primer escrito de Objeciones

El día 31 de mayo de 2019, con ocasión del traslado dado a las partes para presentar solicitudes de aclaración o complementación del dictamen, el apoderado de las sociedades Odebrecht solicitó al Tribunal desestimar como prueba pericial el documento presentado por la Firma Duff & Phelps, por tener errores graves, ostensibles y de tal magnitud que impiden sea tenida en cuenta dentro del proceso.

Comienza por exponer que los fundamentos de la prueba pericial radican en la necesidad de contar con el acompañamiento de expertos en especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, con el propósito de esclarecer elementos fácticos que requieren de conocimientos especializados, a través de un análisis claro, exhaustivo detallado y metódico. Es por ello que el juez apreciará la prueba pericial sobre la base de su solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos.

No obstante, el informe de Duff & Phelps adolece de gravísimos defectos, que comienzan por la equivocación en los elementos que constituyen pilares del estudio. Las conclusiones, naturalmente, también son ajenas a lo que sucedió en el caso. A juicio del apoderado de las Sociedades Odebrecht, no cabe duda de que el dictamen cae dentro del supuesto de la figura de la objeción grave, al (i) haberse estudiado materias, objetos o situaciones distintos de aquellos sobre los cuales debe versar la pericia; ii) al haber alterado en forma ostensible la cualidad, esencia o sustancia del objeto analizado, o lo que es lo mismo, el perito rindió su dictamen a partir de una percepción equivocada del mismo; y iii) el error grave fue determinante en las conclusiones del dictamen.

El experto pretermitió las obligaciones económicas y financieras del Contrato de Concesión y la realidad financiera del proyecto, a pesar de que la misma le fue proporcionada por las partes. Los errores graves del perito fueron los siguientes:

a. Error grave en el cálculo del VPIT del Contrato de Concesión: el perito, en vez de aplicar la fórmula contractual, procedió a tomar el VPIT calculado a 31 de diciembre de 2008 y actualizarlo por inflación. Por este error el perito concluye que el valor del contrato a marzo de 2019 asciende a $4.034.157M, a pesar de que si se aplica correctamente la fórmula contractual este valor asciende a $12.120.591.

El anterior error tiene un efecto de propagación sobre las respuestas a las Preguntas 5, 9, 10 y en los cuadros 87, 88, 91, 130, entre otros.

b. Error grave en relación con el análisis de contraste entre el importe recibido por la Concesionaria y las aportaciones netas.

A juicio del apoderado de Odebrecht, el perito confundió los derechos y obligaciones de la sociedad con los del epecista, lo que lo llevó a mezclar resultados de unos y otros en aras de definir las aportaciones

[735] Escrito de aclaraciones y complementaciones.
[736] Cuadro 120 del escrito de aclaraciones y complementaciones, P. 52 (sin incluir los beneficios netos retirados por los consorciados).
[737] Valores a restituir después de pago de Acreencias aplicando límite de reconocimiento.
[738] Folios 8 a 22 del Cuaderno Principal No. 14.

netas. Esto también llevó al perito a concluir que ni la Concesionaria ni el epecista aportaron fondos al proyecto, lo cual no tiene ningún sustento.

c. Error grave en el cálculo de las prestaciones efectivamente ejecutadas por el Concesionario, al haber omitido los intereses en la respuesta a la Pregunta Nº 2.

3.2. Segundo escrito de objeciones

El día 19 de junio de 2019, dentro del término del artículo 31 de la Ley 1563, el apoderado de las sociedades Odebrecht presentó un escrito de ratificación de las objeciones por error grave, en el cual incluyó nuevas objeciones que además sustentó con un dictamen pericial elaborado por la Firma FTI Consulting y con un escrito técnico preparado por Argo Finance Partners por conducto de un colaborador exintegrante del Grupo Odebrecht.

En el memorial remisorio, el apoderado de las sociedades agrega los siguientes errores graves:

d. Error grave en el cálculo de las obras ejecutadas (CAPEX). Al respecto, el apoderado dice aportar un dictamen de FTI Consulting que demuestra que i) la metodología adoptada no se encuentra sustentada y/o no sería la más adecuada para este caso; ii) aún si fuese la metodología escogida por el perito la más adecuada, no fue implementada de manera apropiada; iii) aún de ser implementada de manera apropiada, no se realizó la validación e interpretación de los resultados de manera correcta.

e. Error grave por omitir la parte resolutiva de la sentencia citada en el comunicado de prensa de la Corte Constitucional, pues el perito asume que los accionistas no tienen derecho a recuperar su capital invertido en el proyecto y extiende los alcances del fallo a Consol, cuando esta figura contractual no se encuentra inmersa en el escenario de la sentencia de la Corte Constitucional.

f. El perito confundió el contrato de Concesión de Obra Pública con el Contrato de Obra Pública

3.2.1. El dictamen de la Firma FTI para evidenciar los errores graves del dictamen de Duff & Phelps[739]

FTI recibió el encargo de las sociedades Odebrecht de revisar los siguientes puntos del peritaje de D&P, con el propósito de verificar la existencia de errores graves: i) porcentaje de avance (Pregunta 1); ii) utilización de la distribución normal (Preguntas 2 y 3); y iii) cálculos y cambios en el VPIT (Pregunta 5).

El perito aclara que su revisión es de carácter técnico y que, por ello, cualquier cálculo incluido en el dictamen tiene como único propósito ejemplificar los errores identificados y/o detallar su magnitud. Por su parte, ningún cálculo puede considerarse como corrección de errores de D&P ni puede esperarse que el escrito contenga valuaciones.

3.2.1.1. Análisis del proceso de selección del método de estimación del CAPEX

Duff & Phelps utiliza un "análisis comparativo" para la determinación de precios unitarios, que en la práctica es un análisis estadístico denominado "media ponderada".

FTI comienza por afirmar que para poder asociar un conjunto de datos a una distribución normal, se necesitan por lo menos 30 datos y determina los siguientes errores en el análisis de D&P:

i) La selección del método de la media ponderada es un error en el marco del ejercicio pericial.

ii) Existen muchas metodologías estadísticas o matemáticas con suficiente sustento teórico que permiten la estimación correcta de un total. En ellas, debe presentarse el análisis de los datos, el marco poblacional y un análisis de inferencia sobre el resultado que habitualmente corresponde a una prueba de hipótesis.

iii) El cálculo pericial no explica el porqué de la escogencia de los pesos asignados a las variables y los pesos expresados por el perito no pueden ser considerados un criterio de experto.

[739] Folio 8 a 66 del Cuaderno de Pruebas No. 201.

iv) La media ponderada no es un estimador robusto, pues el resultado puede variar considerablemente al remover alguno de los datos utilizados en esa media

v) El criterio de los pesos aplicados a cada variable tiene injerencia drástica en los resultados, por lo cual cada peso debería estar lo suficientemente sustentado.

FTI concluye que el método para la estimación del CAPEX fue escogido de manera incorrecta, sin que sea justificable desde la práctica comunmente aceptada. El peritaje ni siquiera tiene bibliografía.

3.2.1.2. Análisis de la aplicación del método seleccionado por D&P para la estimación del CAPEX

En esta sección, FTI muestra, bajo la asunción de que el método seleccionado por el perito fuera correcto, que la aplicación del método seleccionado entra en conflicto con las hipótesis propuestas por FTI en su dictamen pericial del 19 de mayo de 2018 y la teoría estadística vigente.

Por ejemplo, en algunos casos, los valores son iguales para un mismo análisis, con lo cual no se satisface la necesidad de que todos los valores sean diferentes. Puede advertirse también en las memorias de cálculo del CAPEX que en el 77.8% de la base por lo menos alguno de los datos está repetido. En el 44.77% de los casos, además, se encuentra coincidencia exacta en los 5 escenarios considerados.

No existe una justificación en el informe que explique la coincidencia exacta en el 44.77% de los datos considerados en la base. De hecho, al tratarse de estimaciones independientes, el número de coincidencias exactas debería ser mínimo o al menos deberían advertirse variaciones en los decimales. Por ello, se pierde confiabilidad en la selección de los valores como un dato representativo en la estimación del CAPEX, porque se genera sesgo hacia alguno de los 5 escenarios cuando se repiten valores.

Los valores de las muestras, adicionalmente, deben corresponder a eventos independientes, es decir, no deben mostrar un nivel de correlación importante. Dada la evidente relación entre la Concesionaria y su epecista, es también evidente la dependencia entre sus estimaciones de costos.

Pero además, no deberían incluirse los valores proporcionados por las partes afectadas, caso en el cual no haría falta hacer una estimación. El perito, al respecto sostiene que *"si el dato se considera válido, ¿para qué se estima? ¿y si por el contrario se tienen dudas de su validez, por qué se incluye en la estimación?. En consecuencia, el tener en cuenta esos valores genera un sesgo en la estimación pericial independiente y convierte el procedimiento en un argumento circular, el cual no es verdadero en todos los casos".*

De acuerdo con FTI, al partirse de 5 casos distintos, debió tenerse en cuenta las variaciones en los datos para evitar generar una media con datos dispersos. La falta de robustez del estimador genera cambios significativos al agregar o quitar datos. De acuerdo con un ejemplo que plantea, el uso indiscriminado de los pesos y la selección de los datos puede generar diferencias porcentuales en la estimación que superan el 20%.

Uno de los pilares de la estadística inferencial como ciencia es el Teorema Central del Límite, que en la práctica determina que se requiere contar con al menos 30 estimaciones del total para que se haga posible un cálculo como el que hizo D&P.

En definitiva, dado que el dictamen no cuenta con datos representativos para generar la estimación y entra en conflicto con la teoría vigente en la estadística y las matemáticas, es claro que el método seleccionado por D&P no fue aplicado de manera correcta, lo cual afecta el resultado obtenido para la estimación del CAPEX.

3.2.1.3. Análisis de la interpretación y validación del estimado de CAPEX realizada por D&P

Aquí FTI analiza, bajo el supuesto de que el modelo seleccionado para la estimación del CAPEX y la aplicación del método hubieran sido correctas, si la interpretación y validación del modelo fue la apropiada.

Sobre el particular, el perito concluye que i) no se procedió a validar el resultado de la estimación con procedimiento matemático o estadístico de índole alguna, para de esta forma informar sobre el posible margen de error de la estimación; ii) no se presentó una prueba de hipótesis para la media que permitiera la

validación del resultado; y iii) no se emplearon mecanismos para maximizar el nivel de confianza de la estimación.

Al no haberse validado el estimado y al no haberse intepretado los resultados obtenidos, no existe ninguna garantía sobre la confiabilidad de la estimación. Todo lo anterior constituye un error grave que determina que el resultado sea deficiente para su uso como estimador del total del CAPEX.

3.2.1.4. Análisis de la estimación del avance físico de la obra

En relación con la metodología aplicada para resolver la Pregunta Nº 1 del dictamen pericial, FTI sostiene que de acuerdo con la AACE (International Association for the Advancement of Cost Engineering), los cinco métodos más comunes para medir el progreso de una obra son i) el de unidades completas; ii) el de incremento en hitos; iii) el de unidades ponderadas o de unidades equivalentes completas; iv) el de gastos recursos (nivel de esfuerzo); y el de juicio.

De acuerdo con FTI, D&P contaba con información suficiente para implementar la metodología de Unidades Ponderadas. Sin embargo, dice que D&P niega y afirma la aplicación del método en varios de los apartes del dictamen, lo que genera incertidumbre a la hora de verificar la validez del método aplicado. D&P resalta dudas en la aplicación del mismo, pero en todo caso lo implementa. También presenta dudas sobre la validez de los datos disponibles, pero en todo caso los usa. FTI resalta las constantes contradicciones del dictamen.

3.2.1.5. Análisis de la aplicación del método de medición de avances

Sobre la base de que el perito utilizó el informe mensial de la interventoría como documentación disponible para calcular el grado de avance físico, las inconsistencias son las siguientes:

3.2.1.5.1. En la Troncal

A pesar de que la fuente de los datos es el informe de la interventoría, FTI encontró cambios en los ponderadores para el 60% de las actividades del plan de obra al ser comparado con el informe mensual del interventor. Esta nueva distribución, sobre la base de la interpretación personal del perito, desconoce que la interventoría no había hecho cosa distinta de aplicar el literal f) de la Sección 13.04 del Contrato de Concesión de acuerdo con la cual el 60% del total de los aportes de la ANI en la etapa preoperativa estará asociado a la terminación de la construcción de la nueva calzada; mientras que el 40% restante estará asociado con la terminación de hitos de obras de mejoramiento y rehabilitación de la calzada existente.

El perito, por su parte, de una manera arbitraria asigna a las actividades del plan de obras los precios unitarios promedio del resultado de la metodología media ponderada. Bajo el entendido de que el archivo "7.2_Listado de Obras Realizadas_R2" en el que se relaciona la longitud de vía nueva y existente realmente ejecutada y terminada y recibida a satisfacción de la ANI fue entregado a D&P, es claro que el perito no consideró en sus cálculos la totalidad de la obra terminada. Ello se traduciría en un error del 48.06% en la estimación que hizo del avance de obra. La diferencia es el producto de excluir: i) el 100% de las variantes terminadas y ii) de no considerar el 60% de los hitos terminados no recibidos formalmente por la ANI.

Tampoco se puede corroborar la validez de la decisión arbitraria del perito de realizar ajustes a la ponderación de las actividades del plan de obras, dado que en la memoria de cálculo no se indica la procedencia ni fundamento de los cambios. La modificación hecha por D%P, además, parte de valores de interventoría que difieren de lo registrado por esta última en su informe de 2017.

Por último, en la memoria de cálculo de D&P también hay errores en la formulación, al aplicar porcentajes distintos de los que habían sido determinados por el propio perito, lo que agrega mayor incertidumbre a las conclusiones abordadas por el perito.

3.2.1.5.2. En la Transversal

FTI comienza por advertir que hay errores de transcripción de las cifras aportadas por la interventoría en algunos hitos.

3.2.1.5.3. Conclusión

FTI concluye que no fue posible corroborar la validez de la estimación de D&P para el grado de avance total correspondiente a un 50.33%, que surge de supuestos avances del 52.66% y del 29.92% para la troncal y transversal, respectivamente. No hay una memoria de cálculo que corrobore estos porcentajes y el dictamen pericial tampoco da cuenta de la lógica del resultado.

3.2.1.6. Análisis del cálculo del valor actualizado del contrato y las conclusiones que se derivan de tal valor en el informe de D&P

El perito parte de conceptos básicos de matemáticas financieras como lo son la tasa de interés, equivalencia, inflación, TDI y VPIT.

En la página 163, D&P presenta su actualización del valor del contrato a marzo de 2019, para lo cual tomó el precio del contrato (2.771.092.954.098) y le aplicó la inflación. Con ello, se desconoció que el contrato tiene una tasa de interés real que es aplicable a los aportes de vigencias futuras y peajes y que está expresada en la fórmula contractual por medio de la cual se determinó el mecanismo de cálculo del VPIT.

Este procedimiento contractual es en sí mismo una fórmula de actualización del contrato, es decir, el método a partir del cual debe ser determinada cualquier equivalencia. De acuerdo con FTI, al aplicar la fórmula contractual se llega a un valor actualizado del contrato que supera los 12.1 billones de pesos, lo cual evidencia una diferencia de más de 8 billones de pesos frente al cálculo realizado por D&P.

D&P, en el escrito de aclaraciones y complementaciones, luego de advertir su error incurre en otro peor, pues procede a aplicar la fórmula contractual, que solo se predica de los ingresos, al valor de las prestaciones ejecutadas, lo cual no tiene sentido desde el punto de vista financiero.

Ese cálculo del perito que en principio solo tenía efecto sobre la Pregunta 5, tuvo efectos en muchos de sus cálculos, particularmente los que aparecen en los cuadros 87, 88, 90 y 91 del dictamen pericial y 86, 87, 88, 89, 90 del escrito de aclaraciones y complementaciones.

En síntesis, las respuestas ofrecidas por D&P a la pregunta 5 carecen de sustento.

3.2.1.7. Conclusiones Generales

De acuerdo con FTI, D&P incurrió en errores graves en la estimación del CAPEX, en la estimación del avance físico y en la actualización del valor del contrato de concesión.

3.2.2. La opinión de ARGO Finance Partners[740]

Las sociedades Odebrecht también presentaron dentro del término previsto en el artículo 31 de la Ley 1563 un documento llamado "análisis parcial del informe pericial de experto independiente", el cual está suscrito por el señor César Alfaro. Este escrito no pretende ser un dictamen pericial sino un sustento de las objeciones de las sociedades Odebrecht, dado que de conformidad con la red profesional LinkedIn, el profesional trabajó durante 17 años y 4 meses para el Grupo Odebrecht, hasta marzo de 2019[741].

3.2.2.1. Ingresos

En cuanto a los ingresos del contrato, el profesional comienza por advertir que el VPIT es el valor presente, calculado al 31 de diciembre de 2008, de los ingresos correspondientes a aportes y peajes que fue solicitado por la Concesionaria en su propuesta. Tal es una cifra en pesos constantes de la referida fecha que, una vez alcanzada, determinaba la terminación del contrato de concesión.

El VPIT incorpora el concepto del valor del dinero en el tiempo, lo cual quiere decir que el flujo de ingresos futuros del contrato se expresa como un solo valor en el tiempo a 31 de diciembre de 2008. Para ello se aplican dos factores: i) la inflación, con lo cual se obtiene el valor del flujo en pesos del 31 de diciembre de 2008; y ii) el valor presente neto a la misma fecha descontado a la TDI de 0.8984% mensual.

En relación con la TDI, destaca que se trata de una tasa por medio de la cual la ANI traslada al contrato la política definida en el CONPES 3413 de 2006.

[740] Folios 2 a 7 del Cuaderno de Pruebas No. 201.
[741] https://www.linkedin.com/in/cesaralfaro/?originalSubdomain=pa Consultada por última vez el día 16 de julio de 2019.

Por todo lo anterior, no es correcta la afirmación del perito cuando sostiene que desde una perspectiva financiera, la TDI obedece al reconocimiento de la rentabilidad del empresario, la cual se haya implícita en cada uno de los flujos de aportes y peajes, como remuneración de la Concesionaria.

3.2.2.2. Medición de la ejecución del VPIT en cualquier mes (VPITm)

La ejecución del VPIT en cualquier mes o VPITm es el valor presente calculado a 31 de diciembre de 2008 de los ingresos correspondientes a los aportes ANI y a los recaudos de peajes en pesos constantes del 31 de diciembre de 2008, acumulados al mes correspondiente.

Para incorporar los aportes reales de la ANI y el recaudo real de peajes a la fórmula del VPITm, se debía deflactar primero a precios de diciembre 31 de 2008 y una vez convertidos, de esta forma, de pesos corrientes a constantes de diciembre de 2008, se debe proceder a calcular su valor presente neto en diciembre de 2008 por efecto de la TDI. Esta última, en los términos del CONPES 3413 de 2006, corresponde a "una buena estimación de la tasa de interés de los créditos asumidos por el Concesionario" y que, por tanto, tiene relación con la financiación del proyecto.

El VPIT Base marzo 2019, calculado como valor presente neto de los ingresos garantizados por el contrato al Concesionario, espresado en pesos del 31 de marzo de 2019, asciende a $12.120.591.480.042. No es correcto realizar actualizaciones del VPIT sin incluir el efecto de los factores establecidos anteriormente.

3.2.2.3. Valor actual del contrato sin el efecto de la TDI

De acuerdo con el profesional, el total de ingresos en pesos de diciembre de 2008 sin el efecto de la TDI es de $8.688.987M. Este valor, convertido a pesos de 2019, es de $12.649.561M. Esta cifra constrasta con los $4.034.157M del informe pericial. D&P yerra al tomar el VPIT expresado en pesos de 2008 sin antes eliminar el efecto de la TDI para luego actualizarlo por inflación a pesos de marzo de 2019.

3.2.2.4. Valor presente de los costos del proyecto

La TDI, acorde con Argo, solo resulta de aplicación a los ingresos, al contrario de lo que hizo el perito en su escrito de aclaraciones y complementaciones, en el cual se calcula el valor presente de los costos.

Pero además el cálculo está mal hecho, porque la fórmula correctamente aplicada arrojaría como resultado que las prestaciones ejecutadas y por ejecutar serían de $10.076.309M, a diferencia de los $18.357.911M que quedaron consignados en el informe de D&P. El error radica en que el perito, en vez de llevar los costes pendientes de ejecución a valor presente, los llevó a un valor futuro en 2035 para luego sumar dos valores presentes calculados cada uno en fechas diferentes, es decir, suma el valor ejecutado (calculado a valores presentes de marzo de 2019) y el valor por ejecutar (calculado a valores presentes de 2035). Este es un error grave.

3.3. Complementación Nº 1 al escrito de objeciones

El día 3 de julio de 2019, el apoderado de las sociedades Odebrecht presentó el escrito de Complementación 1 a la solicitud de objeción por error grave. En dicho documento, el apoderado sostiene que luego del inicio de la audiencia de aclaraciones y complementaciones (durante los días 20 y 21 de junio) surgieron nuevos elementos de valoración que determinan que el dictamen de D&P no pueda tomarse, en absoluto, como medio probatorio para resolver la controversia arbitral.

Sostiene que el dictamen raya con lo absurdo y lo arbitrario, lo cual se hizo aún más patente con la demostración de que el perito desconocía la existencia de un proyecto sobre la obra completa, insumo que a la postre resultaba fundamental para hacer cualquier valoración técnica de la obra. Esa ignorancia que no tiene excusa fue la única razón por la cual el perito tuvo que aplicar una regla de tres simple para el cálculo del *cost to complete* de las obras.

El perito, en varios apartes del informe reitera que no encontró un proyecto completo, lo cual fue reiterado en la audiencia de contradicción. La actitud del perito, según el apoderado de las sociedades Odebrecht, no merece sino el calificativo de vulgar.

El perito contaba con toda la información, y sin embargo no la encontró u omitió su contenido. Ello queda demostrado con lo que ocurrió en la audiencia, en la cual la señora Olga Higuera en su condición de funcionaria de Consol, hizo una presentación al Tribunal donde mostró las carpetas de los archivos que fueron entregados al perito, donde se encontraban los informes del diseño completo de la totalidad de la obra. De los archivos del diseño no objetado, según la funcionaria, podían extraerse las cantidades de obra para puentes, obras de arte, cantidad de obra, etc.

Concluye diciendo que ante todo este desastre, no puede dársele credibilidad al dictamen. El perito, además, se dejó acompañar de la vanidad y terquedad al no tener el profesionalismo de aceptar sus errores.

El apoderado solicita, entonces, desechar la prueba pericial.

3.4. Complementación Nº 2 a la solicitud de Objeción por Error Grave

El apoderado de las sociedades Odebrecht, el mismo 3 de julio de 2019, presenta una Complementación Nº 2 a su escrito de objeción por error grave.

En tal documento, resalta que el perito no entendió el cuestionario preparado por el panel arbitral, en particular la pregunta Nº 3, la que a juicio del apoderado, no quedó contestada. El perito, según el escrito, no tuvo en cuenta la naturaleza del contrato de concesión para efectos de calcular el CAPEX y, además no hizo una valoración del OPEX con base en los precios y condiciones de mercado.

Frente a la naturaleza del contrato, el perito desconoció que el contrato que originó la discusión es un contrato de concesión. Desde esta perspectiva no resulta explicable que haya tomado como elemento de comparación un conjunto de contratos de obra pública del INVÍAS, los cuales fueron seleccionados sin rigor metodológico. Los precios del INVIAS fueron pensados para contratos de obra pública, no para contratos de concesión.

Subraya que el mismo INVIAS hace un cúmulo de advertencias al presentar las tablas de precios, dentro de las cuales se destacan que i) la entidad no garantiza que los precios publicados se ajusten a una determinada situación técnica o proyecto en particular; ii) el interesado que usa los datos tiene el deber de verificar y/o actualizar la información; iii) los precios de la base de datos no reemplazan la labor de los consultores externos, quienes deben evaluarlos, analizarlos y soportarlos caso por caso, en los términos contractuales que resulten pertinentes; iv) los precios de referencia no son indicativos de valores de contratación y v) su propósito es eminentemente informativo.

Sostiene que el perito redujo el proyecto a un simple contrato de obra, por lo que las partes terminaron pagando un millón de dólares para que un perito hiciera una simple multiplicación de obras con unos precios de referencia que de ninguna manera reflejan la realidad del mercado.

Por si fuera poco, el perito adujo en la audiencia un informe del European Investment Bank (EIB) en el que, según D&P, se dice que no hay razón para que en los contratos de concesión se presenten precios más altos que en los contratos de obra pública, cuando el documento dice todo lo contrario.

Ahora bien, en relación con el OPEX, resulta claro que el perito ignoró las instrucciones dadas por el panel arbitral en las que se le solicitó tener en cuenta los precios y condiciones de mercado al momento de realizar los cálculos. En efecto, el perito se basó en el plan económico y financiero en el caso de la pregunta 2; y en los estados financieros de la Concesionaria para el caso de la Pregunta 3.

Concluye diciendo que el dictamen, que fue decretado de oficio con las mejores intenciones, se equivoca incluso en elementos tan elementales que para lo único que servirá en un futuro, será como material académico tendiente a demostrar lo que no debe hacerse en un dictamen pericial.

Solicita que se rechace la prueba pericial por no cumplir con los requisitos señalados en los artículos 232 y concordantes del CGP. La prueba no es sólida, clara, exhaustiva ni precisa, al tiempo en que no se evidencia calidad en la evaluación elaborada.

3.5. Complementación Nº 3 a la solicitud de Objeción por Error Grave

El día 5 de Julio, por fuera de término, el apoderado de las sociedades Odebrecht radicó la complementación Nº 3 a la solicitud de objeción por error grave.

Dice que en la audiencia de los días 20 y 21 de Junio surgieron nuevos elementos de valoración. En esta oportunidad, denuncia que el perito, al tomar las cifras del modelo económico y financiero y de la propia contabilidad de la concesionaria, la copió mal.

Dice, por ejemplo, que los $957.559.187.506 de OPEX utilizado por el perito para responder a la pregunta 3, estaba en pesos de 2008 y que, por ello, debe leerse $4.611.495.000.000 (se resalta que esta última cifra tiene tres ceros más).

Concluye que los errores del perito son tan elementales, que el Tribunal debe rechazar la prueba pericial.

3.6. Complementación Nº 4 a la solicitud de Objeción por Error Grave

El 6 de Julio de 2019, por fuera de término, el apoderado de las sociedades Odebrecht radicó la complementación Nº 3 a la solicitud de objeción por error grave. En ella, manifiesta que FTI, luego de estudiar la audiencia de contradicción celebrada el 21 de junio de 2019, se ratifica en todos los puntos de su dictamen técnico. También informa al Tribunal que la Universidad Nacional está dispuesta a acudir al Tribunal para dar su posición sobre la discusión, en caso de que el Tribunal decida decretar la prueba de oficio.

3.7. Complementación Nº 5 a la solicitud de Objeción por Error Grave

El día 11 de Julio, por fuera de término, el apoderado de las Sociedades Odebrecht presentó un documento en el que vuelve a señalar los graves errores en los que incurrió D&P, para lo cual parte de la valoración de las prestaciones pendientes del cuadro 89 del dictamen (luego de los cambios realizados a lo largo de la contradicción), en los cuales muestra un valor de las prestaciones pendientes por ejecutar equivalente a $25.378.482M. Esa cifra, que equivale a 8.5 billones de dólares. Aparte de que la cifra no hace sentido, Odebrecht encuentra que en la misma fueron incluidos los gastos de intereses y dividendos.

Aparte de ello, aporta la cifra del *cost to complete* a la cual llegó el estructurador de la ANI, que está calculada en 4.378.278, es decir, 1.5 billones de dólares.

Solicita al tribunal, en consecuencia, que convoque al Consorcio Estructurador 2017 para que sustente y contradiga lo dicho por D&P. No tiene sentido, de acuerdo con el apoderado de Odebrecht, que el dictamen establezca que es la Concesionaria la que le debe a la ANI un monto aproximado de USD 7.2B (Col$ 21.563.508M).

3.8. Complementación N° 6 a la solicitud de Objeción por Error Grave

El 12 de Julio de 2019, por fuera de término, el apoderado de las Sociedades Odebrecht presentó otro complemento que sustenta su posición en el sentido de que el perito se equivocó al considerar que no existe un proyecto completo para valorar el *cost to complete*, lo que a juicio del apoderado justificó la aplicación de una regla de tres por parte del mismo con tal fin. A juicio del apoderado, este hecho desconoce, además, las obligaciones del Concesionario establecidas en el Contrato de Concesión respecto de la elaboración y entrega de la ingeniería de detalle y ejecución de la obra.

Con esta comunicación, las sociedades Odebrecht también refutan la comunicación del perito de la cual se dio traslado a las partes el día 9 de Julio, en la cual volvió a sustentar la premisa según la cual no se encontró con un "proyecto completo" que le permitiera hacer una evaluación objetiva de las obras pendientes de ejecutar.

Sostiene que la relación de los documentos que constituyen un "proyecto completo" se encuentran definidos en el Contrato de Concesión y, concretamente, en los Apéndices Técnicos. Precisa, al respecto, varias cosas:

a. Que el perito no conoce el Apéndice Técnico, Parte A del Contrato, que tiene un cuadro indicativo del número máximo de estudios que debían entregarse, los cuales fueron en efecto entregados por tramos.

b. Que dada la longitud extensa del proyecto para su diseño, el contratista había tenido que contratar a tres consultores, entre los cuales menciona precisamente a empresas que están en la lupa de la justicia y que habrían celebrado contratos falsos con la Concesionaria y/o su epecista, tales como el Consorcio Bracol y Consultores Unidos, quienes se encargaron del diseño de los Tramos 1, 2, 5 y 6 y que, por "obvias" razones estos estudios no se encontraban en las mismas carpetas en las que buscó el perito. También se refiere a que el diseño del pavimento se le encomendó a COPAVEL (Consultoría de Engenharia Ltda) y el estudio de tránsito, capacidad y niveles de servicio fue hecho por Halcrow. El estudio de gestión predial, social y ambiental lo hizo Ambiotec y el Epecista. A través de Egis Route, hizo el control de calidad del proyecto, quienes "también evaluaron que existiera un proyecto completo".

c. En relación con el Tramo 3, al igual que el 4, su diseño fue realizado por el Consorcio Integral-Engefoto.

Luego, el apoderado hace un mapa de las carpetas para demostrar que los documentos que los peritos relataron que no existían, en realidad sí se encuentran. También resume los Anexos y planos que contiene "cada diseño de cada disciplina del Diseño No Objetado que es un Proyecto Completo fase 3, ejecutivo para construcción".

Muestra así mismo las cartas de la Interventoría, en las que manifiesta para cada disciplina que los diseños son satisfactorios, atienden el contenido del Apéndice Técnico Anexo 1 del Contrato de Concesión y decide no objetar el proyecto completo de la Transversal. Agrega que el Perito también contaba con una carpeta llamada "listado maestro" que contiene un cuadro en Excel para cada hito.

Sostiene que el perito es atrevido y pone en duda la honorabilidad y trabajo profesional tanto de la Interventoría Cano Jiménez Estudio y Proyección Vial Puerto Salgar, así como a la ANI en su esfuerzo por hacer seguimiento al proyecto.

También refuta la apreciación del perito al considerar que no ha encontrado la información sobre cantidades, así como su insistencia en que no existe un archivo completo de cantidades que esté completo y sea homogéneo, por cuanto según el apoderado, sí existe en el disco duro.

Contradice la afirmación de D&P según la cual la cantidad de obra de los puentes solo tienen hormigón y neoprenos. A continuación, muestra fotos de las carpetas donde asevera que tal premisa es falsa. En ellas se advierten cantidades de obra por elemento de puentes de excavaciones, concretos, formaleta, apoyos de neopreno, ductos metálicos, montaje de vigas, apoyos de neopreno, malla grafil, junta jeen, etc.

Finalmente, se refiere a toda la información que había en relación con los Subtramos 2 y 3, así como el Informe de Cantidad de Obra, Análisis de Precios Unitarios y Presupuesto, los cuales incluían cantidades de obra, que no fueron objetados por el Interventor.

Solicita, finalmente, que se rechace la prueba pericial.

3.9. Complementación N° 7 a la solicitud de Objeción por Error Grave

El 12 de Julio, por fuera de término, el apoderado de las sociedades Odebrecht sostiene que el perito falta a la verdad cuando afirma que los eventos eximentes de responsabilidad (EER) se encuentran incluidos en su valoración. Para sustentarlo, sostiene:

1. Que la demanda por eventos eximentes de responsabilidad no incluye cantidades de obra ejecutadas adicionales, sino apenas un sobrecosto "por mayor permanencia de gastos directos e indirectos", lo cual quiere decir que solo podrían incorporarse en el CAPEX si fueran incorporados en el análisis de los precios unitarios. Agrega que existe un solo expediente de planos *as built* y de cantidades, con el cual tanto FTI como Duff & Phelps y la Interventoría calcularon el valor del CAPEX. Dichas cantidades de obra y/o proyección de precios unitarios no incorporan los EER.

2. Ninguna proyección de análisis de precios unitarios se encuentra incorporado en el "claims" (sic) por EER, pues durante la ejecución de las obras la Concesionaria y Consol formalizaron un acuerdo por el

cual "solamente se incorporarían cobros de Consol a la Concesionaria por este rubro, una vez los mismos fueran aprobados en un laudo arbitral". Por ello, "todas las facturas emitidas por Consol que se encuentran incluidas en los EEFF de la Concesionaria, no incluyen este concepto, y por lo tanto, ni el Peritaje de BDO, ni el Peritaje de Duff & Phelps, incluyen este concepto cuando toman los Estados Financieros para sus cálculos respectivos".

3. Luego procede a transcribir las pretensiones de las demandas que dieron origen a los procesos acumulados en este expediente para concluir que:

- La solicitud que la Concesionaria realizó por EER nunca fue de mayores cantidades de obra sino por mayor permanencia en obra.

- Los EER solo podrían reflejarse en un cálculo del CAPEX por estar referidos a la ejecución de la obra y sólo podrían reflejarse en los precios unitarios, lo cual no ha ocurrido.

- Ninguna proyección de análisis de precios unitarios se encuentra incorporada en el "claims" por EER, pues durante la ejecución de las obras la Concesionaria y Consol formalizaron un acuerdo, al cual ya se hizo alusión.

En consecuencia, una vez más se objeta por error grave el referido dictamen, pues el perito dijo que las obras relativas a los EER sí se encontraban inmersas en su valoración.

G. LOS RECONOCIMIENTOS ECON+OMICOS ENTRE LAS PARTES

I. Marco Jurídico de los reconocimientos

Como ya se advirtió, este Tribunal aplicará el parágrafo del artículo 20 de la Ley 1882 y la Sentencia C-207-19 proferida por la Corte Constitucional, a los cuales dará estricto cumplimiento.

1.1. Consideraciones Previas

El Tribunal advierte 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. En todo caso, como se advirtió al momento de resolver sobre las objeciones a la prueba pericial decretada por el Tribunal, este proceso no cuenta con una prueba cierta sobre el verdadero alcance de los perjuicios sufridos por la ANI, dado que los fundamentos que tuvo en cuenta el perito Duff & Phelps para su cálculo adolecen de error grave.

La norma mencionada, en conjunto con la sentencia C-207-19 proferida por la Corte Constitucional, se lee así (Los Apartes de la Corte se escriben en itálicas):

> **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. *(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).

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, ~~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 parte subrayada fue declarada inexequible.*

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 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.

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.

Esta 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°. De no ser suficiente los remanentes para el pago, la entidad hará efectivo el saldo de la penalidad contra las personas naturales o jurídicas responsables.

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 del 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. La forma como quedarán a disposición estos recursos será definida por el Gobierno Nacional.

~~La autoridad judicial o administrativa competente podrá decretar como medida preventiva lar.'aplicación de los incisos anteriores a investigaciones en curso. En este supuesto, la penalidad mencionada en el presente parágrafo, descontada de los remanentes de la liquidación en los términos del mismo. se mantendrá a disposición de dicha autoridad administrativa o judicial en tanto se resuelva de manera definitiva la investigación. Al momento de decretar la medida preventiva, la autoridad administrativa o judicial deberá individualizar las personas afectas a la ilicitud o infracción administrativa, a quienes se les aplicarán las sanciones y efectos señalados en los incisos anteriores. Inexequible.~~ (aparte declarado inexequible).

Lo previsto en este artículo se entiende sin perjuicio de las responsabilidades fiscales, disciplinarias o penales a que haya lugar.

Por su parte, 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.

1.2. Las fórmulas matemáticas que debe aplicar el Tribunal:

El Tribunal considera que la fórmula prevista en la referida disposición para la determinación de los reconocimientos es la siguiente:

$$X= \{[VC + VI + VG+Vi] - VR\} - \{VP\}$$

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 ejecutadas 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

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 e 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 en 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:

$$R \leq \{A - [D + DE]\}IPC$$

Donde:

R= Remanentes

A= Aportes

D= Dividendos

DE= Descapitalizaciones

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:

II. LAS PRUEBAS DEL VALOR ACTUALIZADO DE LOS COSTOS, LAS INVERSIONES, LOS GASTOS Y LOS INTERESES EJECUTADOS POR LA CONCESIONARIA

2.1. Aspectos Generales

La norma trae unas definiciones para las cuales hay que recurrir a criterios contables (no de otro modo podría entenderse la referencia a *costos, inversiones y gastos*), pero que en todo caso recogen las nociones de CAPEX y OPEX, hecho en el que hay coincidencia entre todos los peritos. A estos rubros habría que agregar los fondeos contractuales hechos por la Concesionaria, que también proyectan el concepto de inversión.

2.2. Las pruebas en las cuales se basará el Tribunal para definir los reconocimientos

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 N° 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.

2.3. Los escenarios de valoración presentados por las partes

De acuerdo con los cuatro escenarios contemplados en los dictámenes periciales presentados a lo largo de la discusión, el valor de los costos, inversiones, gastos e intereses realizados por la Concesionaria es el siguiente (El comparativo tiene las cifras actualizadas a marzo de 2019):

	Duff & Phelps	BDO	BDO+FTI	INTERVENTOR (Mayo)
Total Inversiones	4.126.550.556.447	4.445.639.587.718	4.550.807.191.292	3.353.884.653.744
OPEX	957.559.187.506	881.413.704.462	881.413.704.462	567.814.237.312
Predios Actualizados	310.057.451.255	464.228.936.127	464.228.936.127	477.393.671.157
Intereses Financieros	1.006.109.201.138	1.046.642.463.894	1.046.642.463.894	1.037.236.554.924
Total Inversiones	**6.400.276.396.346**	**6.837.924.692.201**	**6.943.092.295.775**	**5.436.329.117.137**

Fuente: Cuadro incluido en alegatos de conclusión de Odebrecht, con cifras verificadas por los árbitros

2.3.1. El informe de la ANI por conducto del Interventor del contrato

Al informe del Interventor se hizo referencia en el capítulo respectivo en el cual no se tiene como Informe oficial en los términos de la Ley 1882 sino como informe de parte por las razones allí anotadas. El Tribunal señala que no obstante la tacha del testigo por las partes, evaluó el citado Informe y encontró que no existen inconsistencias entre sus informes correspondientes a los meses de abril y mayo de 2018, fechas para las cuales se había comprometido a prestar asesoría a la ANI en este litigio, con los informes preliminares que había presentado con anterioridad, particularmente los del 7 de noviembre y 18 y 20 de diciembre de 2017. En otras palabras, aún actuando como asesor de la ANI, es evidente que los mismos mantienen una línea lógica y, además, que los mismos fueron ajustados a favor de la Concesionaria cuando el interventor encontró errores en el mismo.

De hecho, en el informe de noviembre, el interventor estableció que el costo del CAPEX, que representa el grueso de la discusión, ascendía a $2.414.554.486.365 expresados en pesos de 2017. Luego este valor fue sustancialmente ajustado a favor de la Concesionaria hasta el informe final. Por ello, el Tribunal no cree que la ANI haya tenido una influencia significativa en el resultado de la prueba, o al menos es equiparable a la que habría podido tener Odebrecht sobre BDO y FTI[742].

El informe definitivo del interventor presentado como prueba pericial por la ANI[743], estima los costos, gastos e inversiones realizados por la Concesionaria en la suma de $ 5.436.329.117.137. Es importante advertir que la interventoría presenta unos descuentos adicionales a la suma expresada con anterioridad, en cuantía de $273.678.181.319, para un total de inversiones de 5.162.650.935.818 calculados a marzo de 2019.

[742] El dictamen pericial elaborado por BDO por solicitud de la Constructora Norberto Odebrecht obra a folios 51 a 120 del Cuaderno de Pruebas No. 194. Por su parte, el dictamen pericial elaborado por FTI a solicitud de Constructora Norberto Odebrecht se encuentra en los folios 121 y siguientes del Cuaderno de Pruebas No. 194.
[743][743] Obra a folios 1 a 395 del Cuaderno de Pruebas No. 195.

2.3.2. Los dictámenes de la Constructora Norberto Odebrecht y su idoneidad para dirimir la controversia

El dictamen pericial de BDO, presentado por la Constructora Norberto Odebrecht, está basado por completo en la contabilidad de la Concesionaria, con todos los problemas que ello trae de cara a la credibilidad que el Tribunal tiene frente a la misma.

El dictamen pericial de la Firma FTI, también presentado por la Constructora Norberto Odebrecht, únicamente hizo una valoración del CAPEX de la Concesionaria basada en una combinación de métodos estadísticos, determinísticos y probabilísticos que llegan a un valor muy similar al presentado por la Firma BDO. La diferencia entre los dos dictámenes apenas supera el 2% del referido CAPEX.

Los estudios de BDO y FTI arrojan unas cifras que equivalen, prácticamente, a la totalidad de las erogaciones que hicieron la Concesionaria y su Epecista a lo largo del proyecto. Tal conclusión se evidencia con la simple revisión de los flujos de recursos del contrato de la Concesionaria y de Consol, junto con los usos de los mismos, de acuerdo con el dictamen pericial de Duff & Phelps. También se demuestra con el hecho de que al partir de las sumas que arrojan los referidos dictámenes, el resultado sería que tanto la Concesionaria como Consol podrían liquidarse, pagar sus acreencias y distribuir los montos de capital y utilidades aportados por sus accionistas.

Casos Acumulados 4190 y 4209
Informe Pericial
19 de mayo de 2019

DUFF & PHELPS
Protect, Restore and Maximize Value

Así las cosas, el origen y aplicación de fondos en la concesión teniendo en cuenta también CONSOL, sería como sigue:

Cuadro 104.: Origen y aplicación de fondos (cifras expresadas en millones de pesos)

Concepto	Aportes por origen	Caja en la Fiducia a 28/2/2019	Aportes netos	CONSOL	Total
Aportaciones de la ANI					
Vigencias futuras	2.711.299	(46.728)	2.664.571	-	2.664.571
Ingresos por Rendimientos y Utilidades	292.617	(82.983)	209.634	-	209.634
Exceso de predios	135.254	-	135.254	-	135.254
Interventoría	-	-	-	-	-
Divulgación	-	-	-	-	-
Estudios y obras	10.331	-	10.331	-	10.331
Supervisión aérea	-	-	-	-	-
	3.149.501	**(129.711)**	**3.019.790**	**-**	**3.019.790**
Aportaciones del Concesionario					
Capital social no aportado a la fiducia	8.873	-	8.873	-	8.873
Aportes del concesionario a la fiducia	253.438	-	253.438	-	253.438
Subcuenta de predios	159.086	(39.199)	119.887	-	119.887
Otros movimientos – Rendimientos	-	-	-	-	-
Otros movimientos - otras subcuentas	77.852	(17.130)	60.722	-	60.722
Cuenta reversión	-	-	-	-	-
	499.249	**(56.329)**	**442.920**	**-**	**442.920**
Deuda Financiera	2.367.464	(193)	2.367.271	-	2.367.271
Recaudación Peajes	963.428	-	963.428	-	963.428
Otros resultados	-	-	-	5.637	5.637
Total orígenes de fondos	**6.979.642**	**(186.233)**	**6.793.409**	**5.637**	**6.799.046**
Costes y gastos concesionario			(5.243.476)	459.209	(4.784.267)
EPC	-	-	(3.321.548)	3.321.548	-
Gastos Operativos	-	-	(795.449)	(2.862.339)	(3.657.788)
Predial	-	-	(255.141)	-	(255.141)
Gastos financieros	-	-	(871.338)	-	(871.338)
Inversiones en activo fijo	-	-	(15.375)	(47.301)	(62.676)
Amortización de deuda financiera e intereses por cuenta de la Concesionaria (*)	-	-	(1.420.122)	-	(1.420.122)
Gastos Fideicomiso	-	-	(110.540)	-	(110.540)
Total aplicaciones de fondos		**-**	**(6.789.513)**	**411.908**	**(6.377.605)**
Dividendos a socios EPC	-	-	-	(345.686)	(345.686)
Anticipos a consorciados	-	-	-	(71.859)	(71.859)
Utilidades financieras traspasadas a consorciados por anticipos	-	-	-	-	-
Aplicaciones no identificadas	**-**	**-**	**3.896**	**0**	**3.896**

Fuente: Elaboración propia.
Nota (*): las aplicaciones por inversiones en activo fijo no incluyen los efectos de la terminación del contrato de la concesión y los movimientos de reversión de activos.

El anterior cuadro y todo el contexto de la prueba en el que está inmerso, lo que muestra es que la Concesionaria, Odebrecht y demás litisconsortes, pretenden que la ANI asuma prácticamente la totalidad de las erogaciones que ella y su Epecista realizaron y de las que están pendientes de pago de acuerdo con su pasivo externo. Es decir, según estas valoraciones de BDO y FTI, el monto de las inversiones, costos y gastos calculados a precios de mercado y que cumplirían con el requisito de haber satisfecho el interés público, sería equivalente al monto de todos los recursos que fueron empleados por la Concesionaria y su Epecista para desarrollar su objeto, los cuales provienen de aportes del Estado y de los ahorradores.

En los alegatos de conclusión de la Construtora Norberto Odebrecht se presenta un cuadro que ratifica lo dicho. De acuerdo con ellos, según los distintos dictámenes periciales que obran en el expediente con excepción del informe del interventor, los recursos que debe reconocer la ANI son suficientes para cubrir el pasivo externo del proyecto y repartir remanentes a los socios.

El cuadro presentado por Odebrecht así lo demuestra[744]:

Valores a Marzo de 2019

Criterios	BDO	BDO + FTI CAPEX	INTERVENTORIA		PERITAJE DE DUFF & PHELPS	
	contabilidad hasta oct 2017	Base BDO excepto capex hasta oct 2017	Informe interventoria de abril 2018	Informe interventoria de mayo 2018	RESPUESTA PREGUNTA 7.2 - Aclaracion y Complementacion	RESPUESTA PREGUNTA 7.3 - Aclaracion y Complementacion
AR	6,837,924,692,201	6,943,092,295,774	4,882,960,273,023	5,436,329,117,137	4,997,881,895,287	6,400,276,396,346
Capex	4,445,639,587,718	4,550,807,191,292	2,904,851,999,748	3,353,884,653,744	3,892,204,965,691	4,126,550,556,448
Opex	881,413,704,462	881,413,704,462	558,733,216,435	567,814,237,312	795,619,478,341	957,559,187,506
Intereses	1,046,642,463,894	1,046,642,463,894	942,998,024,608	1,037,236,554,924		1,006,109,201,138
Fondeos Contractuales	464,228,936,127	464,228,936,127	476,377,032,232	477,393,671,157	310,057,451,255	310,057,451,254
Menos aportes	1,867,556,184,776	1,867,556,184,776	1,945,027,388,794	1,942,811,160,732	1,645,700,534,653	1,645,700,534,653
Pago de avance de obra	1,469,321,916,879	1,469,321,916,879	1,480,361,423,520	1,476,808,716,669	1,487,805,737,147	1,487,805,737,147
Rendimientos financeiros	236,991,534,756	236,991,534,756	299,340,534,743	300,791,838,040		
Predios	161,242,733,140	161,242,733,140	165,325,430,531	165,210,606,023	157,894,797,507	157,894,797,507
Menos peajes	1,152,680,188,144	1,152,680,188,144	1,187,800,159,674	1,184,949,568,123	1,178,579,465,347	1,178,579,465,347
Menos multas						
VL (A)	3,817,688,319,282	3,922,855,922,855	1,750,132,724,555	2,308,568,388,282	2,173,601,895,287	3,575,996,396,346
DESCUENTOS - INTERVENTORIA	-		- 289,234,803,494	- 273,678,181,319		
DESCUENTOS - DUFF & PHELPS						
TOTAL DESCUENTOS (B)	-	-	- 289,234,803,494	- 273,678,181,319	-	-
SALDO (A - B)	**3,817,688,319,282**	**3,922,855,922,855**	**1,460,897,921,061**	**2,034,890,206,964**	**2,173,601,895,287**	**3,575,996,396,346**
PAGOS BANCOS	**1,511,593,268,088**	**1,511,593,268,088**	**1,511,593,268,088**	**1,511,593,268,088**	**1,511,593,268,088**	**1,511,593,268,088**
SALDO VL	**2,306,095,051,194**	**2,411,262,654,767**	- **50,695,347,027**	**523,296,938,876**	**662,008,627,199**	**2,064,403,128,258**

Esta pretensión de que la ANI asuma todas las obligaciones de la Concesionaria y de Consol, por la vía del pago a título de reconocimientos, no solo estaría desvirtuada por el artículo 20 de la Ley 1882 cuando pone unos límites a los mismos en los términos ya expuestos, sino porque el ejercicio que debe hacer el Tribunal no tiene como objetivo el proveer los recursos necesarios para atender los requerimientos de la liquidación de la Concesionaria y de Consol, salvo obviamente que se demuestre que todas las erogaciones realizadas por la Concesionaria cumplieron con los requisitos de Ley y resultan suficientes para tal propósito. En este sentido, debe partirse de que, si al proceso de la Ley 1882 lo pudiéramos llamar una "liquidación", ella solo podría predicarse del *Contrato* de Concesión, no de la *Empresa* de la Concesionaria y mucho menos de la *Empresa* de su Epecista.

A propósito de lo dicho, FTI manifestó que su dictamen incluía todas las cantidades de servicios requeridos por el proyecto, con lo cual puede advertirse que la valoración hecha por tal Firma incluye todos los sobrecostos inherentes al mismo que, **en cuanto no hayan sido causados en cabeza de la Concesionaria por no haberse cumplido con los requisitos para que nacieran las respectivas obligaciones de pago por parte de la misma, no podrían ser objeto de los reconocimientos que tenga que hacer el Tribunal**. En efecto, el perito Carlos Alfredo Ortega Dávila, como representante de FTI en audiencia del 3 de mayo de 2018, sostuvo lo siguiente:

> DRA. HOYOS: Fue por unos eventos eximentes de responsabilidad y evidentemente por esa vía Ruta del Sol quería y de hecho está dentro de las pretensiones que tiene que revisar este Tribunal, el

[744] Ver Alegatos de Conclusión presentados por la Constructora Norberto Odebrecht obrantes a Folios 268 a 381 del Cuaderno Principal No. 14.

pago de unos sobrecostos derivados de esas circunstancias, quiere ello decir que en su dictamen esos sobrecostos obviamente por la vía de una valoración de precios de mercado no por la vía de la valoración derivada de la contabilidad, pero por la vía de que estamos valorando todas las obras que efectivamente se realizaron, eso estaría incluido en su dictamen?

SR. DÁVILA: en las cantidades, le haría esa corrección.

DRA. HOYOS: Las cantidades por eso, con un valor de mercado.

SR. DÁVILA: En las cantidades no en los precios unitarios, es decir básicamente y siguiendo un poco con la pregunta que hizo el doctor Henry, los planos récord es el plano que se hace al final de la obra para mostrar en donde terminó, ¿por qué se hace eso?, por mil razones, una de esas para que si alguien más adelante va a construir pues pueda mostrar el plano récord y saber qué hay ahí y más o menos basado en eso construye o arma lo siguiente que vaya a construir, las modificaciones que vaya a hacer, por ejemplo se va a ampliar a 3 carriles entonces se usa los planos récord para decir eso es lo que está instalado y basado en eso yo amplio.

Esa información es importante desde el punto de vista de registro de la realidad de la obra, entonces por ejemplo el doctor Henry hacia la pregunta que es muy válida y es cómo yo garantizo que no hay 3 y 4 veces un retorno metido ahí, válido… o las ineficiencias o los sobrecostos o los retrabajos del cliente, si se hace desde el punto de vista contable todo está incluido, es decir yo todo aquí, de una u otra manera me costó y el doctor Henry tenía que venir acá 3 veces que era el experto geólogo y tuvo que venir 7 veces, pues yo calculo y le pagué 7 veces no 3, pero desde el punto de vista de vista de cantidades de registro, esas cantidades de registro están registradas en lo que quedó no en lo que se hizo, o sea no registra un proceso, registra una foto final y esa foto final es el plano de récord, entonces esa foto final me determina esas cantidades, esas cantidades son con las que se calcula todo el dictamen nuestro, en términos de precios de mercado, ahí le haría esa corrección no aplica, porque no está metido, pero en temas de las cantidades, las cantidades sí incluyen todo lo que se ejecutó realmente, todo lo que quedó en la obra, incluyen 16 variantes no 4, incluyen 16.

Alguien podría preguntarse, no obstante, por qué llegaron FTI y BDO a unas cifras tan parecidas en la valoración del CAPEX, si BDO lo que tuvo en cuenta fue la contabilidad de la Concesionaria para la realización de su dictamen. La respuesta, una vez revisadas todas las pruebas, es sencilla: porque el Epecista devengó unos recursos de la Concesionaria que fueron suficientes para cubrir los costos, gastos e inversiones del Contrato EPC, para cubrir los costos, gastos e inversiones *adicionales* que no fueron contemplados en el Contrato EPC y que se concretarían en unas demandas contra la ANI presentadas y por presentar a las que se hará alusión, así como para todos los demás propósitos a los cuales se hace mención a lo largo del laudo.

Por ser este asunto de la mayor importancia, a continuación, nos centraremos en la definición del marco de los reconocimientos que este Tribunal debe hacer en favor de la Concesionaria

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.

El testigo Iván Pinto, quien fuera Gerente de Administración Contractual de la Concesionaria desde marzo de 2010 hasta agosto de 2017 y quien además fue parte integrante del equipo que elaboró la propuesta del Contrato de Concesión, explicó este hecho de una manera muy clara en Audiencia Celebrada los días 9 y 10 de abril de 2018. Explicó que el Epecista había tenido que hacer obras adicionales, que se reflejaban: (i) en las demandas acumuladas que dieron origen al presente proceso y que sumadas ascendían aproximadamente un valor de 1 billón de pesos; y ii) en obras adicionales que se realizaron luego de presentadas las referidas demandas pero que darían pie para una tercera demanda a la ANI que, según él, no se alcanzó a presentar por efectos del escándalo de corrupción.

También explicó que el Acuerdo de Terminación y las valoraciones que se hicieron con posterioridad tenían unas sumas diferentes de CAPEX, y que en relación con las demandas presentadas la Concesionaria y Consol habían llegado a acuerdos en virtud de los cuales la Concesionaria demandaría a la ANI (en este proceso) y, de salir victoriosa –y solo en ese evento-, reconocería los sobrecostos en que incurrió Consol. En definitiva, las obligaciones de la Concesionaria a favor de Consol por el pago de dichos costos, inversiones y gastos, estarían condicionadas a lo que se decida en este laudo y, en tal medida, la Concesionaria no las ha causado y mucho menos pagado. Explicó, así mismo, que las obras adicionales estaban incluidas en la valoración que harían peritos en este Tribunal, lo cual marcaba una diferencia con lo inicialmente pactado en el Acuerdo de Terminación.

El entonces apoderado de las sociedades Odebrecht, Dr. Weiner Ariza, también hizo intervenciones directas en la misma audiencia, en las cuales hizo énfasis en estos asuntos[748]:

> DR. ARIZA: Gracias muy amable doctor Ángel, por supuesto y para claridad del Tribunal. El doctor Ángel le estaba preguntando sobre los temas de Ocaña - Gamarra por supuesto yo no preguntaré de eso para que él, el orden que lo disponga el Tribunal pues en su momento haga las preguntas se crea pertinente sobre ese en particular.
>
> Yo quisiera hacerle varias preguntas al ingeniero lván Pinto y la primera es la siguiente. Usted recuerda o indíquele al Tribunal si usted participó en la elaboración de las que son las demandas 1 y 2 que están acumuladas en este proceso y en caso positivo indíquele, Ingeniero Pinto, al Tribunal, ¿cuáles son las obras que se están reclamando en esas demandas 1 y 2?
>
> SR. PINTO: Buenos días a todos, respondiendo su pregunta, sí participé en la elaboración de las demandas que fueron presentadas en agosto del 2015 ante la Cámara de Comercio de Bogotá y conozco, recuerdo, digámoslo así, el contenido o los conceptos que en estas demandas se están reclamando. Efectivamente y hablando de las dos demandas de manera unificadas en las demandas 1 y 2, en esas demandas ahí se están reclamando obras que fueron ejecutadas por el contratista..., básicamente las más importantes están asociadas al hecho en que el año 201O y 2011 como es de conocimiento de todos en Colombia ocurrió una ola invernal, ola invernal que originó una emergencia a nivel nacional a la cual no escapó la construcción de la Ruta del Sol sector dos.

[745] Obrante en los folios 167 a 180 del Cuaderno de Pruebas No. 196.
[746] Obrante en los folios 285 a 318 del Cuaderno de Pruebas No. 197.
[747] Obrante en los folios 318 a 356 del Cuaderno de Pruebas No. 197.
[748] Ibidem.

Eso afectó la construcción de las obras principalmente de dos formas, la primera, varias fuentes de materiales que se encontraban debidamente licenciadas se inundaron por estas lluvias de la ola invernal, lo cual imposibilitó que fueran usadas para propósito de extraer de ellas materiales de construcción, al no poderse utilizar esas fuentes de materiales fue necesario traer material de otras fuentes que no estaban inundadas y que se encontraban en sitios más lejanos, más distantes de los sitios en los cuales se estaban realizando las obras; eso conllevó a lo que en ingeniería se conoce a una mayor distancia de acarreo de materiales, los materiales que se trasportan desde la fuente de materiales hasta el sitio de las obras, hasta donde se está construyendo la carretera es mayor, lo cual origina unos mayores costos de acarreo de trasportes de materiales.

El segundo, efecto que tuvo esta ola invernal en los materiales del proyecto es que, en algunas de las fuentes de materiales ya sea de las que se pudo utilizar que no fueron inundadas a las que fue necesario recurrir en sitios más lejanos, la humedad del material precisamente por la época invernal era muy alta y como ustedes bien conocen pues uno no puede colocar en una carretera un material, perdóneme la expresión, hecho una sopa o demasiado húmedo, los materiales para colocarse en las vías tienen que encontrarse en un determinado rango de humedad ni muy húmedo ni muy seco porque si no, no se deja compactar el material, es un rango y siempre existe una humedad óptima a la cual el material debe ser colocado y debe ser empezado a compactar para alcanzar los niveles de compactación que requiere la estructura del pavimento; fue necesario para materiales que estaban muy húmedos aplicar diferentes técnicas de construcción para secarlos, básicamente fueron dos que son los que aparecen en las demandas, el uso de una máquina que se llama el dragón que como su nombre lo indica pues el dragón a punta de fuego disminuye la humedad del material y la colocación de cal que con la cal digámoslo así se reduce también la humedad o se reduce la cantidad de agua en los materiales.

DR. ARIZA: Una pregunta y perdón que lo interrumpa para orientación del Tribunal, esas obras que usted va a mencionar y no es necesario digamos para efecto del interrogatorio que entre en las especificidades de eso si no simplemente que las enuncie y las mencione, a la hora de una eventual liquidación y medir el valor de capex, ¿tienen que ser consideradas porque se encuentran allí efectivamente en la vía?

SR. PINTO: Sí, claro, claro porque se ejecutó, porque esas obras se ejecutaron, esos trabajos se ejecutaron.

DR. ARIZA: Entonces usted está indicando ola invernal y hay una serie de obras que como usted lo ha dicho están en la demanda; al lado de eso aquí se mencionaba en este Tribunal defensas metálicas, suelos blandos, puentes sobre el Río Opón, puentes vehiculares, ¿esos elementos estaban también en esas demandas acumuladas o eran objeto de otras reclamaciones?

SR. PINTO: No están en esas demandas acumuladas, fueron, eso digámoslo así fueron obras adicionales que fueron apareciendo durante la ejecución del contrato y que finalmente, que se trató de llegar a una conciliación con la Agencia, no fue posible, se llevó al panel de expertos, el panel se pronunció sobre eso y finalmente dice que no fue posible llegar a una conciliación como parte de lo que se presentó ante la Procuraduría General de la Nación en el intento de llevar una conciliación global del proyecto, fueron presentadas en el informe que yo mencioné ayer que está, básicamente corresponde a una mayor cantidad de variantes de centro poblados, una mayor cantidad de puentes peatonales.

DR. ARIZA: Usted le puede explicar al Tribunal digamos de manera elemental, en qué consistieron, ¿qué son las variantes, qué obra implico eso?

SR. PINTO: El contrato de concesión preveía la construcción de cuatro variantes a centro poblados, es decir, no pasar por la mitrad del pueblo si no hacer la variante; después de efectuado el proceso de licenciamiento ambiental resultaron 19 variantes adicionales más a las que estaban prevista en el contrato, de esas 19 algunas se ejecutaron y quedaron construidas, por ejemplo la variante de Aguachica que seguramente ustedes han pasado por ahí hoy en día es una de ellas; entonces recuerdo que de 19 variantes adicionales se construyeron 9 entonces eso corresponde a una parte; lo otro, los puentes peatonales, lo mismo a nivel de la propuesta estaba previsto un determinado número de puentes peatonales.

DR. GONZÁLEZ: Perdón, doctor, 9 variantes se construyeron.

SR. PINTO: Se construyeron.

DR. GONZÁLEZ: ¿Y no están pagadas?

SR. PINTO: De las 9, cinco no están pagadas, no están pagadas.

DRA. HOYOS: Cinco no están pagadas, eso quiero que lo precise bien, o sea, lo que le estoy entendiendo es, el contrato inicial preveía muchas menos; luego hubo que construir muchas más; usted acaba decir adicionalmente que en las reclamaciones que hay. Usted está diciendo, en el contrato se preveía muchas menos se construyeron muchas más tanto variantes como puentes peatonales, de acuerdo; hubo que construir estos extras y le acabo de entender que en las reclamaciones de los dos procesos acumulados que se debaten en este Tribunal, ¿no fueron incluidas esas reclamaciones en la demanda presentada por ustedes?

SR. PINTO*:* Sí, no están incluidas.

DRA. HOYOS: ¿Por qué no están incluidas en esa demanda?

SR. PINTO: Porque digámoslo así, inicialmente con la Agencia se trató el tema de los efectos económicos de las ampliaciones de plazo, que es lo que está en la demanda más las obras que acabo de mencionar y posteriormente en la medida en que se vino ejecutando el proyecto aparecieron estas obras adicionales, eso por así decirlo, apareció después, se trató de conciliar con la Agencia, no se llegó a una conciliación y se llevó a la Procuraduría como parte de las mesas.

DRA. HOYOS: ¿Apareció después de las demandas?

SR. PINTO: No, apareció después de la firma del otrosí 2, del otrosí

4. DRA. HOYOS: Okey.

DR. ARIZA: En el mismo sentido de la doctora Catalina.

DRA. HOYOS: Pero un momento doctor Weiner, pero quiero una aclaración ahí, porque entonces y si no está metido en las demandas, ustedes cómo estaban pretendiendo recuperar eso, lo iban hacer mediante un otrosí, lo iban hacer mediante otra demanda o ustedes habían renunciado a esas pretensiones o qué era; y qué pena doctor Weiner, sencillamente quiero tener claridad de eso para tener en la cabeza la magnitud de la,

SR. PINTO: Inicialmente, intentamos conciliar con la Agencia, no fue posible; se llevó al panel de expertos, el panel se pronunció favorablemente respecto de esto, como no fue posible la conciliación con la Agencia pedimos la intervención de la Procuraduría para intentar llegar a un acuerdo respecto a esto; no fue posible entonces lo que seguía ya era la presentación de una nueva demanda que no se alcanzó a presentar.

DRA. HOYOS: A okey, ya le entendí.

DR. ARIZA: Si de algo sirve en su momento digamos para la presentación de lo que sería el Tribunal 3, la Concesionaria solicitó oferta digamos a mi oficina para asesorarla en un proceso que por la circunstancia que están claras aquí finalmente no se presentó, es básicamente eso. Simplemente enúnciemela para claridad entonces del Tribunal. Hay una demanda uno y una demanda dos, me puede simplemente enunciar las obras que sí están en la demanda uno o la demanda dos o en las demandas que obran en el proceso.

SR. PINTO: Mayor distancia trasporte de materiales, el proceso de secado de materiales, los dos de la ola invernal, algunas obras de interferencia de redes que tocó a ejecutar y también como hubo un atraso en la construcción de la carretera nueva, una mayor intervención o una mayor cantidad de obras de rehabilitación en la vía existentes, son esos cuatro.

DR. ARIZA: Y, en la reclamación no presentada lo que iría a conducir a una demanda tres, pero en todo caso tramitada ante la Procuraduría, ¿cuáles son las obras entonces?

SR. PINTO: Mayor cantidad de variantes, mayor cantidad de puentes peatonales, la realización del puente sobre el Río Opón que ese sí finalmente no se hizo, eso no se ejecutó y mayor cantidad de colocació:1 de defensas metálicas.

DRA. HOYOS: Que no se hizo y, ¿lo último qué era?

SR. PINTO: Mayor cantidad de defensas metálicas. De eso, que se llevó a la Procuraduría se ejecutaron algunos puentes peatonales adicionales, algunas variantes adicionales y las defensas metálicas, el puente sobre el Río Opón no se hizo en su remplazo.

DR. ARIZA: En la medida en que hay peritazgos o hay un peritazgo técnico al margen de lo que el peritazgo diga, uno pensaría que para un eventual proceso de liquidación tanto los de las obras de la demanda uno como la demanda dos, como esas obras digamos que se tramitaron vía Procuraduría deben estar valoradas o consideradas en un peritazgc que se le entrega al Tribunal o que se le ha entregado al Tribunal.

SR. PINTO: Sin duda porque están ejecutadas.

DR. ARIZA: ¿Usted recuerda el monto global, digamos, si lo recuerda, de esas obras de lo que hemos llamado demanda uno, demanda dos y reclamación ante la Procuraduría?

SR. PINTO: No doctor, no me atrevería a dar una cifra.

DR. ARIZA: ¿Esas obras hasta la fecha han sido o no han sido reconocida al Concesionario por parte de la ANI?

SR. PINTO: No, no han sido reconocidas, hasta el momento no han sido reconocidas porque pues, una son demandas una y dos que sabemos donde está, estamos en la demanda tres que no se presentó.

DR. ARIZA: Yo quiero pasar a un segundo tema y pido la licencia del Tribunal para que el testigo pueda ayudarnos en esto. Hay un contrato de concesión como es sabido entre la Concesionaria y la ANI y a su turno, hay un contrato de EPC o de obra fundamentalmente entre la Concesión y el Epecista Consol en este caso.

SR. PINTO: Así es.

(…)

DR. ARIZA: Yo le quiero preguntar en la medida en que en un eventual proceso de liquidación el tema de la contabilidad se vuelve relevante, qué es lo que está en la contabilidad del Concesionario, ¿está ese flujo de pagos que está acordado conforme a un contrato EPC?

SR. PINTO: Sí, eso es lo que está en la contabilidad del concesionario, el cronograma de pagos al cual se comprometió con el contratista EPC.

DR. ARIZA: Pero si quisiéramos mirar el valor de las obras en la medida en que usted le ha dicho al Tribunal que ahí lo que hay es un flujo y un cronograma de pago que no guarda una relación uno a uno con la obra, ¿podríamos utilizar el valor que está registrado en la contabilidad del concesionario como representativo del valor de las obras o no habiendo una relación uno a uno, ese valor contable no es representativo del valor de las obras?

SR. PINTO: El valor contable no es representativo del valor de las obras y lo que debe hacerse es una cuantificación y una valoración de la obra que realmente se construyó.

DR. ARIZA: Quiero pasar a un tercer tema y es el Capex, perdón, el Opex. Lo que está en la contabilidad del concesionario para registrar los gastos de operación y mantenimiento, lo que está representado en esa contabilidad, ¿es idóneo para calcular el costo del Opex?

SR. PINTO: Es idóneo y debe ser la base que se debe tomar para determinar el valor del Opex, es decir, para determinar el valor de las inversiones que efectivamente hizo el concesionario en Opex debe tomarse la contabilidad del concesionario, es el único método idóneo que hay.

(…)

DR. ARIZA: Entonces varío la pregunta señor presidente para atender su objeción, no hay ningún problema, usted es el director de esta audiencia. Se la planteo, de otra manera. Estando reflejado en la contabilidad un hecho que es el flujo de pagos acordados en el EPC entre el concesionario y el epecista,¿ese valor refleja o sirve para efectos de liquidación, ¿para establecer el valor del Capex? SR. PINTO: No sirve, no...

DR. GALLEGO: Yo objeto la pregunta porque es que el señor testigo está aquí para acreditar hechos que a él le consten, no para dar opiniones de si reflejan o no unos hechos económicos en una actividad o en unos libros.

SR. PINTO: Si me permiten yo quisiera, iba a agregar una cosita, pero excúseme.

DR. ARANGO: Yo creo, es evidentemente una opinión lo que, porque de todas maneras da..., y yo le pediría también no en relación a esta pregunta sino con todos, concretáramos a los hechos que se pretende probar en el proceso y no una declaración tan larga como la de ayer que duró nueve horas.

DR.ARIZA: Yo sí quiero hacer una consideración con todo respeto y quiero que sea lo suficientemente corta pero el tiempo, el tema doctor Arango con el respeto que siempre le expreso, tiene una trascendencia importante, si el Tribunal llega a tomar una decisión en relación con la validez o nulidad del contrato y eso es parte de lo que se debate en este proceso porque es lo que ha planteado la ANI en su demanda de reconvención y sin demanda de reconvención lo que el Tribunal lo que tendría que resolver a la hora del laudo, entonces se vuelve de presente lo que la ley o la fórmula de liquidación y eso son hechos establece, qué se reconoce; para saber qué se reconoce evidentemente hay varias consideraciones.

Primero, he oído a mis colegas y esa será parte de los alegatos no se debe reconocer nada; es una posición respetable jurídica, en la medida en que los hechos que han sucedido pues generan una consecuencia y el Código Civil tiene una estipulación a propósito de ese tema; o, como es la posición nuestra, en ese caso tiene que reconocerse el valor, lo que se hizo, por lo menos es mi entendimiento de la

ley y es entendimiento de lo que está en el acuerdo de terminación y liquidación; entonces ahí aparece un tema de fondo, yo incluso si la doctora Catalina me ayuda se vuelve fundamental, de hecho, el Tribunal doctor Arango tiene dos peritazgos, con dos cifras distintas en cuanto a Capex se refiere. El peritazgo establece un valor de Capex de 4.3 billones, el técnico, y lo que está registrado en la contabilidad es 3 punto, lo que está registrado en el anexo dos es 3.6, lo que el contable establece es 3.8.18 ciertamente para eso tendremos un interrogatorio a los peritos pero viene el problema fundamental de cara al Tribunal pero de cara a nosotros mismos, cómo proceder en evento de una nulidad y más concreto, cómo proceder si se toma el valor contable que será una de las discusiones acá.

El testigo ha dicho y creo que esto es vital en el proceso y le pediría al Tribunal que recabara, que no hay una relación uno a uno entre lo que está en la contabilidad y las obras, eso no es menor de cara al Tribunal porque si el Tribunal llegara a adoptar el criterio contable tendría que ver si lo que está en la contabilidad corresponde con lo que esta ejecutado porque el Tribunal conforme a la ley y conforme al acuerdo no puede reconocer más, por lo menos en el acuerdo, de lo que está contablemente. Aquí no se vuelve un tema de opinión, aquí la pregunta es de hecho, con todo el respeto a mis colegas y a usted doctor Jorge es, óigame qué es lo que está ahí y si eventualmente el Tribunal llegara a reconocer el valor contable por qué sí o porque no; el testigo si eso es suficiente está diciendo, no pero está diciendo un hecho, es ciertamente ahí la distinción entre opinión y hecho se vuelve gris, no porque mire, ahí lo que hay registrado en la contabilidad es un flujo de pagos que no necesariamente representa al ciento por ciento la obra ejecutada; de ahí mis preguntas y claro que son relevantes para esto, porque de una o de otra manera como él participó, era el gerente técnico, él sabe las obras que contrató la concesionaria con el epecista, él debe saber lo que está reflejado en la contabilidad y creo que es el testigo idóneo y es lo que yo quiero, que le diga al Tribunal, vea, si toma esa opción independientemente, porque el contable no nos lo va a decir porque el contable lo que va a decir es, a mí no me pregunte por obras porque yo soy contable, *yo* le digo que ahí está registrado en la contabilidad un valor de capex de 3.8.18 pero ese valor y lo digo claramente, termina siendo engañoso en tanto que el testigo está diciéndole algo fundamental al Tribunal no establece una relación igual con el de obra.

Hacia eso apuntaba, yo puedo reformular mi pregunta en el sentido de plantearla como hecho pero creo que es vital porque, insisto, por lo menos en cuanto al cliente que represento y por su puesto respecto de mí mismo si hay una eventual liquidación, yo no quisiera que se reconociera el tema contable y no porque sea una mayor o menor cifra, sino fundamentalmente porque con razones de trasparencia el Tribunal nadie puede reconocer lo que no se ha ejecutado y ahí las preguntas que estoy planteando son relevantes para claridad del Tribunal; y, creo que anticipan un debate que vamos a tener con los peritos; entonces las opiniones o los hechos, si el Tribunal ya considera que es absolutamente claro, que no hay, es decir, lo que está en la contabilidad no representa el ciento por ciento de la obra, yo abandono el tipo de pregunta que estoy planteando y me voy al acuerdo de liquidación porque aquí aparece otro tema, en el acuerdo de liquidación, en el acuerdo que se frustró, se dice no se podrá reconocer más en el evento más de lo que este en la contabilidad más de lo que este registrada por ellas en la misma.

Esa es como mi línea de pregunta, insisto, es para claridad del proceso, para claridad del Tribunal y por su puesto para claridad de un eventual decisión en la que desde ya digo, el valor contable en cuanto al Capex se refiere pues le estoy diciendo al Tribunal que no lo tome por, y aquí está la persona más indicada, no va a ser el perito contable, el perito contable va a decir a mí no me haga preguntas de ingeniero, hágame preguntas de contable y yo le he dado un valor, tampoco va a ser el perito técnico, de hecho, por lo que está en el peritazgo, es una consideración respetuosa por trasparencia, si al Tribunal le quedó claro que lo que está en la contabilidad del concesionario, que lo que está en el peritazgo técnico, es una cifra que refleja simplemente un hecho, que es un cronograma de pagos y que esa cifra no representa el ciento por ciento de la obra, yo me declaro satisfecho sino, le pediría al Tribunal que me diera el uso de la palabra y que me permitiera preguntas para dejar esa claridad, es vital, es el último testigo que tenemos y además es el testigo idóneo para eso, lo que está diciendo tampoco es una opinión, si hay un hecho y es que la contabilidad solo refleja en cuanto al Capex de refiere un cronograma de pagos entonces el Capex no es idóneo para calcularlo, será el valor de la interventoría o será el valor

del peritazgo técnico o será el valor de una prueba de oficio que decrete el Tribunal o no será nada, que supongo que va a ser la posición de la ANI... (interpelado).

DRA. HOYOS: Es perfectamente claro lo que están discutiendo, solamente quiero hacerle una pregunta al testigo, entonces tenemos que, usted dice sí o no y por qué, creo que es importante que diga por qué para efecto de nuestra grabación. En la contabilidad de la concesionaria aparecen 3.6 billones de pesos de Capex que se diferencian de los 4.3 billones en total ejecutados por las obras y que no se reflejan, de acuerdo con lo que usted está diciendo, en la medida en que en el contrato entre la concesionaria y el epecista había sencillamente un cronograma de pagos que no estaba hecho por hitos y en ese sentido los dos contratos no eran espejo, ¿es así o no es así?

SR. PINTO: Es así.

DRA. HOYOS: De acuerdo, bueno, siga con su aclaración, me parece importante su aclaración.

DR. ARANGO: Yo quiero agregar una pregunta, ¿por qué razón no se incluyó o no se incluyeron en la contabilidad esas partidas?

SR. PINTO: La contabilidad refleja lo que realmente se le pagó al contratista EPC, lo que se le pagó al contratista EPC corresponde al cronograma de pagos al que se comprometió la concesionaria con dicho contratista.

DRA. HOYOS: ¿Por causación?

DR. ARANGO: Pero, perdón, ¿en la contabilidad no había una partida correspondiente a las obras ejecutadas y no pagadas?

SR. PINTO: No señor, en la contabilidad únicamente están las facturas que presentó el contratista EPC, no existe eso que usted dijo.

DR. ARANGO: Ah, bueno, continúe, reformule la pregunta y continúe.

DRA HOYOS: Creo que esa es una pregunta más para los contadores, pero entonces hasta ahí está claro; entonces tengo en últimas la contabilidad del epecista, tengo la otra contabilidad, yo causé en la contabilidad sencillamente de acuerdo con mi cronograma de pagos; hasta ahí está claro. **Qué pasa con las demandas acumuladas porque en las demandas acumuladas y esto uno entendería que como el contrato EPC es a valor fijo, como es a valor fijo, entonces ese epecista eventualmente si incurrió en unos mayores gastos asumo que esos gastos están en su contabilidad, pero, cuál era el mecanismo entre la concesionaria y el epecista para hacer esos cobros por un mayor valor, porque también uno entendería que ese es un contrato llave en mano**.

SR. PINTO: **En primer lugar, las obras que están en las demandas acumuladas y que fueron ejecutadas, las obras adicionales que no se presentaron llamémoslo en una demanda 3, están parcialmente ejecutadas, no han sido facturadas al concesionario y, por lo tanto, no están en la contabilidad**.

DRA. HOYOS: Comencemos con las demandas, con las que sí se demandaron los 700 mil millones de pesos de los eventos eximentes de responsabilidad.

SR. PINTO: **Entonces respecto de esas, en el año 2015 se firmó un acuerdo de transacción entre el concesionario y el contratista EPC, aquí tengo el acuerdo de transacción, en resumen dice este acuerdo, es que el contratista EPC presentó una reclamaciones a la concesionaria,**

establece cómo, cuáles son y sus montos y establece que el concesionario y hay unos antecedentes relacionados con todo lo que pasó, va a llevar esto a un Tribunal de Arbitramento que es este, y se acordó que el reconocimiento que se hiciera en este Tribunal o la autoridad judicial correspondiente, que se hiciera al concesionario por estos conceptos sería lo que la concesionaria le pagaría al contratista EPC, eso es lo que dice este acuerdo de transacción y eso es lo que, así está el tema de las demandas, de las dos demandas acumuladas.

DRA. HOYOS: Este contrato de transacción se firma antes de presentar la demanda.

SR. PINTO: Sí señora, si quiere le digo cuándo, me permite un minutico, se firma en julio del 2015.

DR. ARIZA: Ayer, el doctor Mariño si se me permite, indicó sobre el procedimiento que se aplicaba en estos eventos ordinariamente en los contratos de concesión, en virtud de los cuales el concesionario simplemente fungía como un intermediario de los subcontratistas y en este caso del epecista, en el sentido de que él presentaba la reclamación porque el subcontratista no era parte de la relación con el concesionario y, se sometía la reclamación al Tribunal de Arbitramento o a los mecanismos de arreglo directo y el efecto que se producía entraba al concesionario pero en el fondo era del epecista o del subcontratista. Esta transacción que le ha puesto de presente al Tribunal y a mí me gustaría que aportara la misma al expediente, al traslado digamos a los participantes en este proceso, es el mecanismo que intenta reflejar esto, o sea, en la medida en que se necesita presentar un proceso, que ese proceso está sujeto a la decisión de un Tribunal de Arbitramento, **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 Arbitramento falle, ¿era el mecanismo al que pretendía dar respuesta el acuerdo de transacción que se celebró?**

SR. PINTO: Así es y así es que está escrito en este documento.

DRA. HOYOS: **Una pregunta, ¿qué pasaba si el Tribunal no reconocía nada por eventos eximentes de responsabilidad, de acuerdo con ese contrato de transacción?**

SR. PINTO: El concesionario no le reconocía nada al EPC.

DR. ARIZA: O sea, que el efecto de esta consecuencia.

DRA. HOYOS: **O sea, era te pago si gano.**

SR. PINTO: **Te pago lo que me paguen**.

DR. ARIZA: **Es eso, en ese sentido era espejo, o sea, que, si se perdía 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**.

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.

Por ejemplo, los estados financieros de Consol dicen:

- Nota 17 a los EEFF de Consol del 2013 (INGRESOS OPERACIONALES) párrafos 2 y 3[749]:

  "Es relevante mencionar que hasta el 30 de septiembre de 2013, el margen del POC[750] se situaba en el 12,05%; sin embargo a partir del mes de octubre de 2013 decreció a 10,88%, como consecuencia del incremento de los costos indirectos por mayor permanencia en la fase de construcción … y otros sobrecostos inherentes a la construcción de la obra tales como, redes de servicios públicos, transportes y vigilancia privada para los equipos de construcción."

[749] Obran a Folio 487 del Cuaderno Principal No. 6.
[750] Porcentaje de Obra construido.

"La administración actualmente se encuentra en proceso de levantamiento de la información y recopilación de los soportes necesarios para presentar formalmente la reclamación ante el cliente (CRDS) y la ANI por estos mayores costos incurridos en la construcción de la obra Ruta del sol del Sector 2"

Aunque en el párrafo transcrito se habla de que Consol presentaría reclamaciones a la ANI, ello resultaba imposible por cuanto Consol no es parte del contrato de Concesión. Las notas del año siguientes son más claras[751]:

- Nota 17 a los EEFF de CONSOL del 2014 (INGRESOS OPERACIONALES) párrafos 2, 3 y 4:

"*Es relevante mencionar que hasta 30 de septiembre de 2013, el margen del POC se situaba en 12,05%, sin embargo a partir del mes octubre de 2013 decreció a 10,88%, como consecuencia del incremento de los costos indirectos por mayor permanencia en la fase de construcción… y otros sobrecostos inherentes a la construcción de la obra, tales como, redes de servicios públicos, transportes y vigilancia privada para los equipos de construcción."*

"La administración presentó la reclamación ante el cliente (CRDS) el cual fue recibido, evaluado y aceptado según el procedimiento establecido en el contrato EPC para los reclamos. Como las causas de los reclamos devienen de hechos y circunstancias no imputables a la Concesionaria Ruta del Sol esta procedió a trasladar la reclamación a la ANI. El reconocimiento y pago definitivo estará sujeto a la decisión de la ANI o a los mecanismos de solución de controversias que establece el contrato de concesión, todo lo cual también está regulado en el contrato EPC."

En los EEFF de la Concesionaria ni siquiera aparecen esas obligaciones reflejadas en favor de Consol como contingentes. Lo único que aparece en sus Estados financieros es una nota general en los años 2015 y 2016, que dice:

5. NOTAS DE CARÁCTER GENERAL

5.1 Información general.

"i) El 6 de agosto de 2015, la Concesionaria, en ejercicio de lo estipulado en la Sección 18 del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, presentó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, demanda arbitral contra la ANI para dirimir las controversias surgidas entre las Partes por razón de los Eventos Eximentes de Responsabilidad que han ocurrido con posterioridad al 30 de noviembre de 2012 y aquellos que habiendo sido reconocidos en Otrosíes No. 2 de 5 de abril de 2013 y No.4 de 28 de octubre de 2013, a criterio de la Concesionaria continuaron produciendo efectos. La anterior demanda arbitral cursa ante el Centro de Arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá bajo el número de proceso 4190."

"j) El 19 de agosto de 2015, la Concesionaria, en ejercicio de lo estipulado en la Sección 18 del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, presentó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, demanda arbitral contra la ANI para dirimir las controversias surgidas entre las Partes por razón de los Eventos Eximentes de Responsabilidad que han ocurrido hasta el 30 de noviembre de 2012, tal como fueron reconocidos en los Otrosíes No. 2 del 5 de abril de 2013 y No. 4 del 28 de octubre de 2013. La anterior demanda cursa ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá bajo el número de proceso 4290."

Llama la atención que Consol, siendo un sujeto de derecho distinto de la Concesionaria, en su condición de Consorcio, haya anotado en sus Estados Financieros que los sobrecostos de las obras solo le serían reconocidos en caso de que la reclamación contra la ANI que dio origen al presente litigio llegare a prosperar. Un Epecista independiente, seguramente habría demandado a la Concesionaria sin importar la decisión de esta última de presentar reclamaciones al Estado e incluso con independencia de que las reclamaciones resultaran exitosas.

No obstante, ello se explicaría por la vinculación entre la Concesionaria y el Epecista al tener los mismos beneficiarios efectivos, así como por el Contrato de Transacción que suscribieron Consol y la CRS al que alude el testigo Pinto, de acuerdo con el cual Consol solo hará efectivas sus reclamaciones, en caso de que

[751] Obran a Folio 487 del Cuaderno Principal No. 6.

la Concesionaria tuviera un triunfo total o parcial en este arbitramento. En el expediente obra el llamado *"Acuerdo de Transacción Indemnizatorio para la solución directa de las reclamaciones realizadas por el Consorcio Constructor Ruta del sol- Consol en contra de la Concesionaria Ruta del Sol por concepto de mayores costos causados durante la ejecución del contrato EPC suscrito el 26 de abril de 2010 por causa de incumplimientos de la ANI y de eventos eximentes de responsabilidad"*[752], en cuya cláusula tercera se lee:

> *Obligaciones del Concesionario. Con el objeto de resarcir a CONSOL por la pérdida que ha sufrido por causa de los mayores costos derivados de los incumplimientos de la ANI y de los eventos eximentes de responsabilidad ocurridos hasta el 30 de noviembre de 2012 y del consecuente desplazamiento de las fechas máximas de inicio de operación de los distintos tramos del proyecto vial…y de los nuevos desplazamientos en el Plan de Obras General del Proyecto y que se estiman en Quinientos sesenta y nueve mil cuatrociendos ochenta y ocho millones novecientos treinta y cuatro mil novecientos sesenta y siete pesos ($569.488.934.967) en pesos constantes de diciembre 31 del 2008, el Concesionario se obliga a lo siguiente:*
>
> *3.1. A usar sus esfuerzos razonables para iniciar y llevar hasta su terminación acciones contractuale en contra de la ANI, mediante la convocatoria del tribunal de arbitramento previsto en la Sección 18 del Contrato de Concesión…*
>
> *3.2. A pagarle a Consol la pérdida en que ha incurrido por causa de los mayores costos derivados de los incumplimientos de la ANI…,* ***bajo la condición de que el pago de las sumas reclamadas por CONSOL estará sujeto a lo que efectivamente sea reconocido y pagado por la ANI a EL CONCESIONARIAO por los distintos conceptos reclamados por CONSOL ya sea que dicho reconocimiento y pago provenga como resultado de los tribunales de arbitramento, de cualquier otra acción judicial o de cualquier acuerdo que EL CONCESIONARIO realice con la ANI con el objeto de obtener el resarcimiento de los perjuicios mencionados.***
>
> ***EL CONCESIONARIO en ningún caso será responsable por los resultados o por las sumas que pueda llegar a obtener frente a la ANI, en relación con las reclamaciones que CONSOL ha presentado…***
>
> ***3.4. Una vez se llegue a la solución final de las diferencias entre el CONCESIONARIO y la ANI dentro de la cual se incluyan los conceptos que hacen parte de las reclamaciones presentadas por CONSOL, y que haya un reconocimiento y pago de la ANI de la parte correspondiente a las reclamaciones de CONSOL, el CONCESIONARIO queda en la obligación de pagar a CONSOL la suma que le corresponda de los valores reconocidos y pagados por la ANI dentro de los noventa (90) días siguientes a la fecha en que reciba las sumas de dinero por parte de la ANI, en las condiciones y términos acordados en la cláusula 24.2 del Contrato EPC…***
>
> ***PARÁGRAFO. El Concesionario, en las acciones contractuales contra la ANI, además de involucrar las reclamaciones de CONSOL, también puede reclamar mayores costos propios aún cuando estos sean similares a los reclamados por CONSOL, o por cuantías mayores, pero por causas o motivaciones distintas, y no por eso CONSOL tendrá derecho a participar o reclamar a EL CONCESIONARIO esos mayores valores o conceptos"***.

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[754]. El

[752] Obra a folio 321 del Cuaderno de Pruebas No. 198.
[753] Ver capítulo sobre definiciones del Contrato de Concesión.
[754] Literal C de la Sección 2.05 del Contrato de Concesión.

Contrato EPC, por su parte, tenía establecido exactamente lo mismo, es decir, que se trataba de un contrato a precio global fijo (Cláusula 12.1) que debía ser satisfecho de acuerdo con un cronograma de pagos que, en los términos del testigo Pinto, no guardaban relación con los avances de obra.

Evidentemente, el contrato EPC también tenía unas cláusulas de reclamos (Cláusula 24.2), de revisión por imprevisión (Cláusula 22) y de fuerza mayor, caso fortuito y eventos eximentes de responsabilidad (23). No obstante, la aplicación de las mismas estaba sometida a los procedimientos contractuales respectivos y, como ya se ha advertido, las partes pactaron expresamente que no nacerían obligaciones para la Concesionaria frente a Consol, en caso de que las condiciones establecidas en el Contrato de Transacción antes referido resultaran fallidas, como en efecto ya ocurrió ante la imposibilidad de la Concesionaria de aplicar los mecanismos contractuales previstos en el Contrato de Concesión N° 001 para que le sean reconocidos los costos, las inversiones y los gastos incurridos por su Epecista. Con todo, así la condición no hubiere devenido fallida, se reitera, tendríamos que los costos, las inversiones y los gastos incurridos por el Epecista, en tanto no han sido causados por la Concesionaria ni le han representado obligaciones, no pueden ser reconocidos en este Laudo en aplicación del artículo 20 tantas veces referido.

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 este 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.

2.5. Otros aspectos relacionados con la valoración de las pruebas

Además de lo anterior, el Tribunal tendrá en cuenta los siguientes elementos para la valoración de las pruebas que lo conduzcan a determinar el monto de los reconocimientos entre las partes:

2.5.1. El Contrato EPC no fue suscrito a precios de mercado y, por ello, el CAPEX contable se encuentra sobreestimado

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[755].

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.

Es importante advertir, en este punto, que, en los propios acuerdos de accionistas de la Concesionaria, suscritos por EPISOL, Corficolombiana y las sociedades del grupo Odebrecht, se acepta que el Contrato EPC no tiene por qué cumplir la condición de ser pactado a precios de mercado. En efecto, en la cláusula 12.1.6. del mismo se lee:

> "*Los contratos con partes relacionadas, distintos del Contrato EPC, se celebrarán en condiciones de mercado, sin que la condición de parte relacionada sea motivo de ventaja o privilegio alguno, a menos de tratarse de ofertas que tengan igualdad de condiciones frente a las ofrecidas por terceros y teniendo en cuenta, en todo caso, lo previsto en el Acuerdo de Accionistas con respecto al desarrollo por las Partes, bajo los esquemas contractuales definidos, de actividades*

[755] Entre muchos otros, el testimonio de Eduardo Zambrano en Audiencia del 2 de abril de 2018 ante la Corte Suprema de Justicia, dentro del proceso adelantado contra Plinio Olano y que fuera allegado a este expediente, narra cómo inflaban el precio de contratos con la Concesionaria y Consol a través de la Firma Consultores Unidos como integrante del Consorcio Bracol. Explica que diseñaron 188 kilómetros del tramo dos de la Ruta del Sol y que suscribieron ese contrato por un valor mayor, con el compromiso de que los recursos en exceso fueran entregados a Federico Gaviria y a Otto Bula con destino al Ñoño Elías y otros senadores. Ver: cuaderno de pruebas 198, transcripción del testimonio de Eduardo Zambrano.

relacionadas con la ejecución del Emprendimiento, que podrán implicar la contratación directa de las pertes relacionadas, o por medio de vehículos establecidos para el efecto, con la sociedad concesionada".[756]

También es claro que desde el propio EPC se concibió que el mismo tendría una fórmula para determinar el presupuesto necesario para terminar las obras y que todo excedente podía ser repartido a los accionistas, de manera permanente, por concepto de "excesos de liquidez":

Cláusula 10 (Acuerdo Consorcial). Aportes a favor del Consorcio

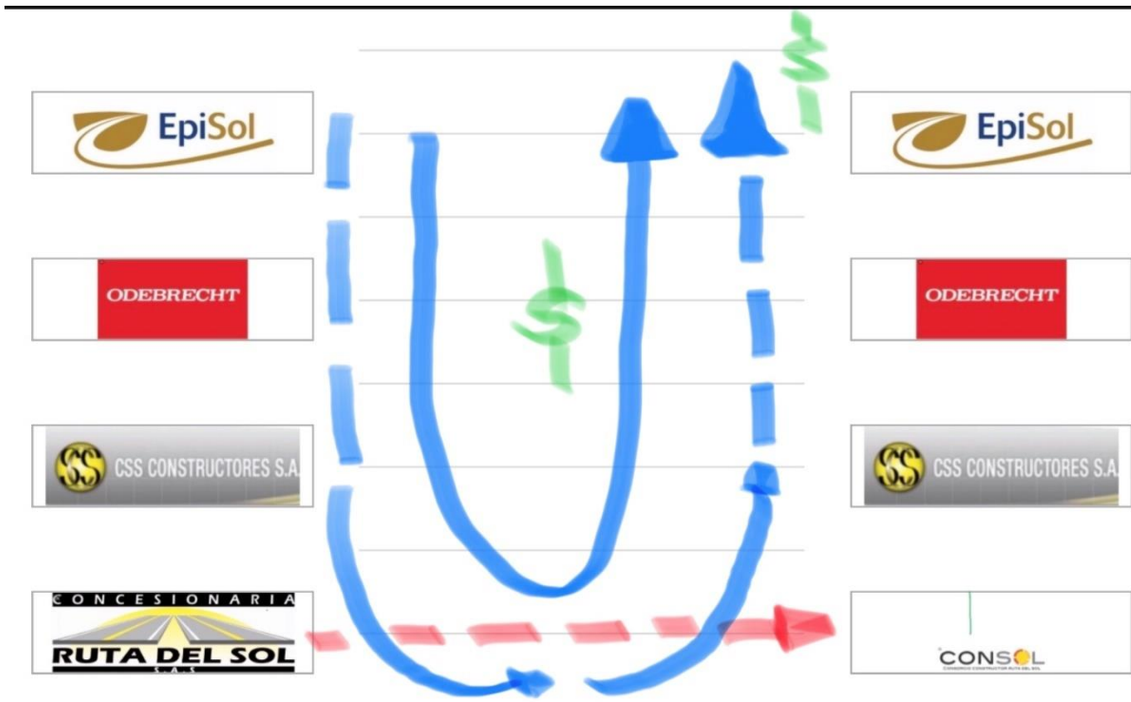
Las partes, a petición de la Dirección de Obras y de acuerdo con lo aprobado por el Comité de Dirección, aportarán los fondos necesarios para la ejecución de las Obras de acuerdo con las necesidades del contrato de construcción y de forma proporcional con su participación.

De ser requerido por la Dirección de obras, las partes podrán arrendar bienes y/o prestar servicios al Consorcio, por los cuales serán retribuidos de acuerdo con lo que se establezca para cada servicio, tomando en cuenta las implicaciones tributarias para el Consorcio y la parte respectiva y tomando las previsiones necesarias para mitigar cualquier contingencia tributaria adversa para el consorcio y las partes.

Si al final de cada mes hubiera un saldo favorable en caja, dicho saldo podrá por decisión de la Dirección de Obra en concordancia con el Plan de Acción ser transferido a las cuentas que indiquen cada una de las Partes, de forma proporcional a su participación y tomando en cuenta las necesidades de los siguientes meses[757].

Con lo anterior se demuestra que el propio Acuerdo Consorcial tenía pactada una fórmula para que lo que no se requiriera para cubrir los costos del Epecista y las utilidades de sus partícipes, podía ser repartido de manera inmediata. No de otra forma puede entenderse cómo, desde la misma Consol, se haya ordenado entregar a sus beneficiarios efectivos unas sumas superiores a los aportes de capital en la Concesionaria desde los orígenes del negocio, cuando ni siquiera se podía advertir si el mismo podía dar utilidades o pérdidas o podía estar enfrentado a eventualidades que demandaran necesidades de caja.

Tal como se advirtió al resolver sobre las objeciones por error grave, existe suficiente evidencia de que a través de Consol, los beneficiarios efectivos de todo el negocio (Odebrecht, Episol -como filial de Corficolombiana- y CSS), en la medida en que realizaban sus aportes de *equity* al proyecto, al mismo tiempo iban retirando sumas equivalentes incluso por montos superiores a través de Consol.



[756] Documento entregado por las sociedades Odebrecht en cumplimiento del Auto N° 107, Cuaderno principal N° 10 Folios 463 a 468.
[757] Que obra a folio 312 Cuaderno de Pruebas No. 198.

El cuadro siguiente muestra la manera en que los aportes de capital a la Concesionaria, estaban aparejados de retiros de recursos en Consol, desde los mismos inicios del proyecto.

	2.009	2.010	2.011	2.012	2.013	2.014	2.015	2.016	2.017	2.018
APORTES A CAPITAL CRS (Valores Corrientes)										
SALDO INICIAL	0	26.000.000	46.930.500	125.860.500	262.310.500	262.310.500	262.310.500	262.310.500	262.310.500	262.310.500
INICIAL	2.000.000									
INCREMENTO	24.000.000	20.930.500	78.930.000	136.450.000	0	0	0	0	0	0
SALDO A DIC.31 CAPITAL	**26.000.000**	**46.930.500**	**125.860.500**	**262.310.500**	**262.310.500**	**262.310.500**	**262.310.500**	**262.310.500**	**262.310.500**	**262.310.500**
ANTICIPOS A CONSORCIADOS CONSOL (Valores Corrientes)										
SALDO INICIAL	0	0	68.101.083	191.440.909	228.738.628	171.491.821	178.341.956	43.115.071	66.906.000	71.858.570
INCREMENTO		**68.101.083**	123.339.826	37.297.719	-57.246.807	6.850.135	-135.226.885	23.790.929	4.952.570	1.404.430
Saldo a 31 de diciembre anticipos	**0**	**68.101.083**	**191.440.909**	**228.738.628**	**171.491.821**	**178.341.956**	**43.115.071**	**66.906.000**	**71.858.570**	**73.263.000**
DISTRIBUCIÓN DE EXCEDENTES CONSOL (Valores Corrientes)										
SALDO INICIAL	0	0	0	14.288.446	42.901.047	106.668.821	140.186.846	289.826.995	320.936.995	345.687.995
EXCEDENTES DISTRIBUIDOS			14.288.446	28.612.601	63.767.774	33.518.025	149.640.149	31.110.000	24.751.000	
Saldo a 31 de diciembre excedentes	**0**	**0**	**14.288.446**	**42.901.047**	**106.668.821**	**140.186.846**	**289.826.995**	**320.936.995**	**345.687.995**	**345.687.995**

Como se expuso abiertamente en el acápite relativo a las objeciones por error grave, el Contrato de Concesión contemplaba unos compromisos financieros frente al proyecto, junto con un cronograma que exigía aportar $45.000 millones de pesos al momento de la constitución del patrimonio autónomo, $75.000 millones el 25 de enero de 2011 y $125.000 millones el 25 de enero de 2012. De esta forma, para el 25 de enero de 2012 la cuenta de aportes del Concesionario debía haberse nutrido con un monto equivalente a $245.000 millones de pesos. No obstante, de acuerdo con el cuadro anterior, para el mismo año 2012, los beneficiarios efectivos de Consol, que eran los mismos de la Concesionaria, ya habían hecho retiros por $271.639 millones, valor incluso superior al aporte a capital de la Concesionaria en cuantía de $262.310 millones de pesos.

Esta es una evidencia más de que el precio del EPC no estuvo suscrito a precios de mercado. De lo contrario, no podría justificarse que su valor hubiera tenido la entidad suficiente para hacer un retorno anticipado de sumas equivalentes a los aportes de capital que se habían aportado a la Concesionaria y, como lo muestra el gráfico, de excedentes de liquidez que van mucho más allá del concepto de utilidad.

El Tribunal quiere aclarar que no juzga el que se haya esperado una utilidad para el Epecista, que tenía la vocación de ser independiente de la de la Concesionaria. Lo que sí tiene que juzgar hoy, ya que se enfrenta a una Ley que le exige hacer unos reconocimientos "hasta concurrencia de los precios de mercado" y en la medida en que las erogaciones hayan "satisfecho el interés público", es el hecho de que no puede aceptar que la Concesionaria y sus litisconsortes y coadyuvantes tengan la expectativa de reconocimientos basadas en precios que fueron fijados por la Concesionaria y su Epecista, que reflejan el total desinterés por definir un precio basado en el principio de plena competencia y que les permitió destinar recursos para objetivos distintos a los de la satisfacción del interés público.

2.5.2. No existe prueba de que la sociedad Concesionaria tuviera efectivos mecanismos de gestión de riesgos y de los que existieron solo se encuentra evidencia documental, no llevada a la práctica. Tampoco encuentra que los organismos encargados del control hayan actuado en debida forma.

Tal como lo evidencian las pruebas que reposan en el expediente, así como el dictamen pericial de D&P, ni la Concesionaria ni sus socios implementaron mecanismos efectivos tendientes a prevenir de manera efectiva el lavado de activos, la financiación del terrorismo, el control de los pagos que quedaron reflejados en la contabilidad ni las cuentas por cobrar de sus contratistas, que en muchas ocasiones se presentaban ciertamente sobrevaloradas, en aras de la atención de propósitos ilícitos.

En este punto, las fallas no solo pueden predicarse de Odebrecht. Episol, en los distintos contratos que rodearon el negocio, asumió responsabilidades cuyo cumplimiento efectivo no evidenció este Tribunal. Por ejemplo, la cláusula 8 del Acuerdo de Consorcio (Consol)[758], suscrito entre Episol, Corficolombiana, las

[758] Que obra a folio 312 del Cuaderno de Pruebas No. 198.

sociedades Odebrecht y CSS, establecía que *"todos los actos que generen gastos, y los pagos que efectúe el Consorcio, incluida la emisión de cheques u otros títulos valores, deberán ser autorizados o suscritos conjuntamente por el Director de Obra y el Gerente de Ingeniería y el representante suplente del Líder del Consorcio. En la ausencia de uno o ambos de los representantes nombrados, exclusivamente para estos fines, el Gerente Comercial sustituirá el Director de Obra o al representante Suplente del Líder del Consorcio. En caso de que la ausencia sea del Gerente de Ingeniería, actuará el reemplazo permanente del Gerente de Ingeniería, nombrado por Episol".* De acuerdo con la Cláusula VI del mismo acuerdo, el Gerente de Ingeniería debía ser nombrado por Episol.

De lo anterior se colige que sí era una función de Episol autorizar todos los actos que generaran gastos, lo cual no resulta extraño si se tiene en cuenta que, a pesar de su condición minoritaria en la Concesionaria y en el Epecista, se trataba de una filial de un Grupo Empresarial que tenía intereses en todo el negocio: El Grupo Aval, como beneficiario efectivo de Episol, no solo tenía intereses en la Concesionaria y en el Epecista, sino también en los bancos que financiaron el proyecto y la Fiduciaria que administró los recursos del proyecto, por no mencionar la Banca de Inversión que estructuró el proyecto.

No obstante, cuando este Tribunal interrogó a los distintos funcionarios de dicha sociedad o de su matriz Corficolombiana, lo que obtuvo fue respuestas evasivas. En ellas no se precisó quién era la persona o personas encargadas de dar cumplimiento a los anteriores preceptos, como tampoco las personas que tuvieron a su cargo la tarea de autorizar pagos en el interior de Consol. Al final, el Tribunal no pudo saber quiénes eran los responsables de cumplir los preceptos del Acuerdo Consorcial. Por ejemplo, los siguientes son apartes del testimonio de Mauricio Millán, del 29 de enero de 2018,[759] alto funcionario de Corficolombiana que se desempeñó como funcionario de Consol:

> DRA. HOYOS: Cuando se lee la cláusula 8 del contrato, del acuerdo de consorcio, dice "*Todos los actos que generan gastos y los pagos que efectúe el consorcio incluida a emisión de cheques u otros títulos valores deberán ser autorizados o suscritos conjuntamente por el director de obra y el gerente de ingeniería y el representante suplente del líder del consorcio. En ausencia de uno o ambos de los representantes nombrados exclusivamente para estos fines, el gerente comercial sustituirá al director de obra o al representante suplente del líder del consorcio. En caso de que la ausencia sea del gerente de ingeniería,* que más adelante dice que es nombrado por Episol, *actuará el reemplazo permanente del gerente de ingeniería nombrado por Episol."* Usted no es ninguna de estas personas?
>
> SR. MILLÁN: Ya voy para allá, en relación con eso porque originalmente yo no iba para el proyecto, y una vez se definió el proyecto para la gerencia de ingeniería Odebrecht propuso un señor con muchísima experiencia que se llama Antonio Barra y creo una gerencia de ingeniería, y yo sí ejercí de representante en relación con esa pero como gerente de administración contractual.
>
> Por algún motivo nunca se hizo, pero en la práctica había un nombramiento en relación con eso, pero el señor tuvo a cargo la ingeniería, sino que tuve administración contractual y digamos esa fue la operación en relación con eso, posteriormente cuando se dividió en dos…
>
> DRA. HOYOS: Usted ejerció esas funciones a las que se refiere esa cláusula?
>
> SR. MILLÁN: No como gerente de ingeniería, pero sí en relación con el tema de los pagos en relación con eso. Cuando se dividió en dos y a pesar de que se duplicó la estructura como les comenté, esa… sólo quedó una persona haciendo esa lideración final en relación con los pagos.
>
> DRA. HOYOS: Sólo quedó una persona?
>
> SR. MILLÁN: Sí, solamente, yo quedé asignado o yo quedé dentro de ese rol y nuevamente es importante yo estaba en misión allá, yo tenía un cargo operativo allá en relación con eso como pueden ver y se… un poco las funciones yo quedé en el sur y otra persona en el norte, pero para

[759] Obrante en los folios 167 a 180 del Cuaderno de Pruebas No. 196.

efectos de liberación de pagos había solamente uno en el sur cuando se hizo ese división por un acuerdo para buscar mayor agilidad algunos de los roles de la concesionaria como era el tema de gestión predial y de gestión social y nuevos permisos digamos quedaron asignados, se destinaron desde el consorcio y yo quedé con ese rol cuando hubo la división en relación con el sector norte y el sector sur.

DRA. HOYOS: Pero para concretar la pregunta, quién ejerció las gestiones de autorizar todos los pagos de Consol por parte de Episol durante los años en los que usted estuvo, fraccionémoslo por años de tal a tal fulano, de tal a tal fulano.

SR. MILLÁN: Es importante lo que está autorizado ahí era el documento final de pago, era como los cheques y otras cosas, ahora como un poco, siempre el flujo y el flujo en relación con la generación de cualquier demanda de recursos o de contratos o lo que fuera, siempre se originaba en cualquiera de las áreas. Entonces, si producción necesitaba, no sé, comprar materiales, producción era el que lo solicitaba y ya dependiendo si era por compras o por contratos, se gestionaba el contrato, una vez se recibía el servicio, digamos si eso Odebrecht puso o tenía un sistema que creo que se llamaba… que era un aplicativo como SAP o como cualquiera de esos, una vez se recibía el servicio, el que era responsable de su contrato era el que verificaba la ejecución de su contrato y básicamente pasaba toda una cadena por cada una de las áreas. Finalmente una vez salen las aprobaciones intermedias o las aprobaciones las hacían con la recepción del servicio o cualquier otra cosa, lleva a administrativa y financiera solamente a nivel ya último de tesorería que era la expedición o la autorización para el giro que era lo que me llegaba en cumplimiento de la función, ese fue siempre el entendimiento a interior del consorcio de cómo se debía ejecutar eso.

DRA. HOYOS: Usted tenía alguna función con Pizano?

SR. MILLÁN: El doctor Pizano estaba en la concesionaria, estaba en el consorcio constructor no tenía ninguna.

DRA. HOYOS: Pero si mal no entendí, Pizano también estaba encargado de que los pagos que se hicieran a través de Consol cumplieran con ciertos parámetros de riesgos?

Sr MILLÁN: No sé, porque no era, yo no tenía una interacción para pagos en relación con Pizano, yo creo que lo hacía temas de visitas cautelares en relación con algunos de los pagos de Consol, pero no tenía una interacción ni regular, ni era dentro de mis funciones tener una interacción con él.

DRA. HOYOS: Usted con su testimonio lo que quiere decir es que ustedes no tenían un control sobre los pagos que estaba haciendo el Consorcio, porque usted me dice que a usted solamente le llegaba el pago y usted le ponía el chulo al pago, pero entonces no había?

SR. MILLÁN: O sea, había unos pagos anteriores que pasaban desde el inicio nuevamente en relación hasta con las obligaciones que eran por parte del director.

DRA. HOYOS: Usted creía en todo lo que le pasaban las distintas áreas?

SR. MILLÁN: En relación con eso y yo no tenía dentro de esas funciones yo nunca tenía ni funciones de auditoría, ni funciones de cumplimiento, ni funciones de conformidad en relación con los temas, ya básicamente yo esas funciones no las tenía.

Ahora bien y como he manifestado en todas estas discusiones en otros escenarios, en relación con eso, hubo algunos que creo yo yendo más allá, porque yo no tenía que mirar ni la idoneidad, ni todo, porque eso todo estaba en cabeza como está en el documento de otra persona al interior del consorcio, yo detecté unos giros que me llamaron la atención y en relación con eso lo manifesté al

interior de Corficolombiana al doctor Melo, pero no alrededor de 3 o 4 momentos en relación con eso básicamente yo lo reporté y uno fue al principio.

DRA. HOYOS: Usted podría especificar más al principio quién fue, a quien fue, por cuánto fue?

SR. MILLÁN: Voy a tratar dentro de lo que me puedo acordar porque eso fue hace ya muchísimos años y porque ya me han hecho varias veces la pregunta en relación con eso, en principio en el primer semestre entró algo que digamos es normal en este tipo de proyectos, es que una vez se adjudican los costos de la elaboración de la propuesta se le asignan es un costo de propio proyecto, se le asigna al proyecto, en relación con eso hubo un primer giro, transacción como quieran llamarlo que fue seguramente en el primer semestre del 2010, yo acababa de llegar al consorcio constructor, en que digamos hubo una cesión por parte de Odebrecht al consorcio constructor en relación con un contrato que se había suscrito para la elaboración de la oferta, en relación con ese tema digamos me llamó la atención en el sentido, yo se lo manifesté al doctor José Elías Melo presidente de Corficolombiana que me había llamado la atención porque yo había estado un poco en la estructuración en ese momento final y yo no tenía conocimiento de todos los consultores en relación con el tema, pero me había llamado la atención porque no lo reconocía mucho, en relación con eso, yo se lo manifesté en su momento.

El nombre del consultor creo que era un consultor, sé que era un consultor internacional, no me acuerdo, yo manifesté básicamente eso y en algún momento alguna vez se lo manifesté y creo que fue después de unos días el doctor Melo me dijo que había hablado y que en la medida en que eso fuera de las reglas que se habían establecido en el acuerdo con social que yo procediera, fue el primer semestre, el orden de magnitud de los giros que derivaron del contrato habían quedado alrededor de $15.000 o $16.000 millones.

DRA. HOYOS: En lo que usted ha visto y en lo que le conste eso coincide con el giro de los US$6.5 millones?

SR. MILLÁN: No, en relación con eso no sé, posteriormente y básicamente cuando se dio la división norte sur, también digamos me llamaron la atención unos, creo que fue en el segundo semestre del 2012, primer semestre 2013, me disculparán si no puedo ser exacto pero es más o menos donde tengo alguna referencia que puede ser de ese orden, alrededor de 3 veces que le manifesté al doctor Melo, pudo haber sido una menos, una más en que también manifesté alguna preocupación por algunos giros que no eran muy claros o algunos contratos que no veía muy claros en el lugar en que estábamos en ese momento, no me coincidía el… que era básicamente anticipos y en ese momento un requerimiento muy fuerte para poder fortalecer la ejecución, entonces necesitaban más subcontratistas, pero en todo caso lo manifesté y básicamente la respuesta fue en términos generales lo mismo, el doctor Melo me manifestó que se había reunido con los directivos de Odebrecht y en la medida en que eso estuviera dentro de las reglas que se habían pactado para ello, que procediera con el giro en relación con que fuera de eso no erar la responsabilidad de que lo que se contrataba era de Odebrecht de acuerdo con su liderazgo.

DR. GONZÁLEZ: De cuánto era el segundo grupo?

SR. MILLÁN: Esos que yo me acuerde no eran del mismo orden de magnitud del que manifesté anteriormente, si no me acuerdo eran alrededor de 700 y otros de hasta de pronto de un par de miles de millones, se miraban y dentro de este contexto es que nuevamente yo creo que es muy importante para todos los que están en este proceso, o sea el orden de magnitud de lo que era este proyecto, es que este proyecto es yo creo que desde que presenté la oferta $1.000 millones, pero la realidad es que una obra de $3 billones entonces uno pierde en cierta forma magnitudes en relación con eso, podía ser ese orden.

> Pero nuevamente en relación con quién era el contratista la memoria no me dio, sé hice las manifestaciones en su momento.
>
> DRA. HOYOS: Para terminar ese tema y pasar a otro, cuando uno mira la cláusula con independencia de que usted está diciendo que no tenía funciones de auditor, que es lo que le entendí hace un momento, la cláusula dice todos los actos que generen gastos y los pagos que efectúe el consorcio incluida la emisión de cheques y otros títulos valores deberán ser autorizados o suscritos conjuntamente por el director de la obra y el jefe de ingeniería.
>
> Entonces por lo menos en el papel sí se ve evidentemente que sí alguien que por Episol sí debe tener unas funciones de auditoría, porque dice todos los actos que generen gastos o así no se entendió la cláusula?
>
> SR. MILLÁN: Así nunca se entendió la cláusula, ni se aplicó en ese sentido, o sea auditoría no y durante el tiempo que estuve ahí no y nunca ejercí y nuevamente por la magnitud del producto pretender que una persona hiciera la auditoría de ese proyecto era prácticamente imposible, en relación digamos un poco saliéndonos de ese tema en particular de los pagos que creo que ya quedó un poco claro en relación hasta cuando yo estuve, durante la obra sí se presentaron una gran cantidad de interrupciones y de acciones que no eran controlables por parte de consorcio que generaron implicación en relación con el normal desarrollo, desde demoras en las licencias ambientales hasta interferencias con redes, interferencias con comunidades, temas de violencia, arqueológicos, una gran cantidad que también obviamente por la extensión de la obra se presentaron en diferentes sitios, muchos fueron reportados en otros muchos yo incluso los vi y era parte de lo que yo registraba al interior, básicamente es eso.

El Testimonio de Vannesa Garay Guzmán del 30 enero de 2018,[760] Gerente General de Episol, también ofrece respuestas evasivas sobre la distribución de funciones y las responsabilidades por parte de los funcionarios de Episol:

> DRA. HOYOS: Ya que usted ha sido por lo que he entendido del alma de la corporación, quisiera entender cómo se hace seguimiento al cumplimiento o la ejecución de las funciones que tienen los respectivos empleados y voy a ser absolutamente explícita en mi pregunta, ayer yo leía el contrato de consorcio y en el contrato consorcio había unas funciones muy especiales para un cargo que entiendo que ejecutaba el señor Millán y el señor Millán nos dijo que él sólo ejecutaba algunas de las funciones que aparecían mencionadas en ese contrato.
>
> Concretamente el contrato decía que había una persona de Corficolombiana que tenía que evaluar los contratos desde su misma concepción, celebración, ejecución y pagos y él decía que él solamente revisaba pagos, que esa cláusula en últimas había quedado ahí y que él solamente revisaba que un pago llegara con los soportes y que los pagos llegaran, que él confiaba que en todo el equipo que estaba detrás.
>
> Ustedes tienen algún mecanismo de seguimiento a que las personas realicen efectivamente las funciones que han sido encomendadas, cuáles son los mecanismos de contraloría que ustedes tienen, cómo están haciendo seguimiento permanente al desarrollo de esas funciones, porque vemos muchas funciones en el papel, pero cuando les preguntamos la gente sale con que yo no las hacía, vemos una discrepancia entre el papel y los testimonios que estamos recibiendo.
>
> SRA. GARAY: Digamos que me es difícil mencionar o pronunciarme sobre algún tipo de gestión que se hubiera podido realizar desde Episol antes del momento en que yo llegué a la gerencia, pero

[760] Obrante en los folios 201 a 227 del Cuaderno de Pruebas No. 196.

si bien es cierto digamos que en Episol teníamos esta figura de por decirlo así funcionarios en misión, es decir son personas que son de la planta de Episol pero están encargadas de realizar algún tipo de actividades en diferentes proyectos.

Desde que estoy en Episol desde el año antepasado lo que diseñamos fue un tema como un formato de seguimiento, sin embargo creo que es importante tener en cuenta que cada uno de estos funcionarios tiene como unas instancias a quien debe hacer el reporte del cumplimiento de sus funciones, ya sea una junta directiva, o ya sea un comité de dirección digamos la instancia correspondiente dependiendo de cada tipo de sociedad, pero no hay como tal como me mencionaba del tema de contraloría no, la verdad no tengo conocimiento, al menos desde Episol lo único que hacemos en este momento es hacer seguimiento a varias funciones a través de un procedimiento que quedó divulgado a partir del 2016.

DRA. HOYOS: Usted conoce las funciones de ese controller?

SRA. GARAY: Como miembro de la junta directiva de la concesionaria, él llevó alguna vez algún tipo de informe relacionado con el tema específico de Sarlaft, y entiendo que sus actividades estaban completamente limitadas a esta gestión, todo el tema de verificación de listas cautelares, cumplimiento más como de procedimientos, incluso por el volumen que maneja la concesionaria y el consorcio era imposible, yo creo que hacer una auditoría a todo, pero es lo que conozco de sus funciones, el tema de verificación de Sarlaft.

DRA. HOYOS: Usted sabe si esas funciones que él ejercía en relación con Ruta del Sol, también tenía que ejercerlas frente a Episol, frente a Consol perdón?

SRA. GARAY: No, él era funcionario de la concesionaria.

DRA. HOYOS: Es decir los pagos que se hacían a través de Consol no estaban sujetos a este control?

SRA. GARAY: En mi entendimiento no.

DRA. HOYOS: Usted qué conoce de los contratos que finalmente fueron o han sido objeto de investigación, de censura por parte de autoridades públicas, usted los ha revisado, tiene conocimiento de ellos, qué sabe de eso?

SRA. GARAY: No, como le decía anteriormente todos los temas los hemos conocido por tema de medios los contratistas que han salido mencionados, no tengo más conocimiento.

En todos los estamentos, el Tribunal encontró que en la práctica Episol no tenía funcionarios lo suficientemente independientes para asumir sus propias responsabilidades pues, curiosamente, como lo relata el señor Millán, al parecer se encontró en la figura de José Elías Melo, Presidente de Corficolombiana -no de Episol, la persona en la que se descargó la responsabilidad.

En la Concesionaria, por su parte, los Acuerdos de Accionistas precisaban que Corficolombiana estaba encargada de designar al Controller, aunque el mismo debía ser nombrado por la Sociedad. El testimonio de Yesid Arocha[761], por ejemplo, estableció que la razón por la cual el Controller tenía que ser designado por Corficolombiana, era en atención al cumplimiento que dicha empresa o las empresas que pertenecen al Grupo Aval tenían que demostrar de cara a los procedimientos de las regulaciones sobre lavado de activos y financiación del terrorismo-SARLAFT. Dicho Controller, Jorge Enrique Pizano, advirtió en múltiples ocasiones sobre las irregularidades que ocurrieron tanto en el interior de la Concesionaria como de Consol,

[761] Que obra a folio 201 del Cuaderno de Pruebas No. 198.

sin que sus advertencias fueran atendidas. De ello dejó suficiente evidencia Duff & Phelps en su peritaje, así como el testimonio del señor Pizano junto con los documentos que adjuntó al expediente[762]. 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[763].

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.

Incluso, el Tribunal tuvo la oportunidad de revisar el informe de auditoría realizado por el Grupo Aval para definir las responsabilidades de sus funcionarios en este asunto, y lo que encontró fue una investigación que se realizó en el término de un mes, al cabo del cual se concluyó que ninguno de sus funcionarios tenía responsabilidad en el escándalo[764].

Como lo precisó Carlos Moreno de PWC, en su condición de revisor fiscal de la Concesionaria, aquí hubo una vulneración de controles por parte de la propia gerencia de la compañía, lo cual conduce, además, a que este Tribunal no pueda considerar la información presentada en los estados financieros de la sociedad y de su epecista como creíble. Al respecto, basta nuevamente con remitir a las conclusiones de Duff & Phelps sobre el particular.

2.5.3. Estándares de conducta Exigibles a la Concesionaria, a sus socios y a sus funcionarios

No hay que olvidar que prácticamente todas las pruebas que reposan en el expediente provienen de la propia información de la Concesionaria, su Epecista y sus socios. A pesar del esfuerzo probatorio desplegado por los árbitros, incluso el dictamen pericial independiente de la Firma Duff & Phelps está altamente influenciado por la contabilidad, los libros y los documentos de las partes en el proceso. Por ello, una evaluación crítica de los estándares de conducta de las partes y sus litisconsortes resulta fundamental.

2.5.3.1. Estándares de conducta exigibles a la Concesionaria y sus funcionarios

A los contratistas les son exigibles estándares de conducta tanto en la fase precontractual como en la ejecución del contrato, como serían los deberes de buena fe y la *diligencia exigible* al contratista en la fase contractual. Al respecto, la Corte Constitucional ha sostenido:

> *"En el ordenamiento jurídico colombiano, la buena fe es reconocida como un principio general de derecho a través del cual se adopta el valor ético y social de la confianza. Este principio se encuentra consagrado expresamente en el artículo 83 de la Carta Política y, por su intermedio, se le impone a los particulares y a las autoridades públicas el deber moral y jurídico de ceñir sus actuaciones a los postulados que la orientan -lealtad y honestidad-, estableciéndola como presunción en todas las gestiones que 'aquellos adelanten ante estas". En materia contractual, igual a lo que ocurre con el principio de reciprocidad, la buena fe comporta entonces uno de los criterios de imputación dentro de la teoría de la equivalencia de los contratos estatales (…)"*[765].

El Consejo de Estado ha elevado este estándar de conducta al señalar que teniendo en cuenta el rol y responsabilidad de los contratistas del Estado, la simple convicción de actuar conforme a derecho no es suficiente sino que los actos derivados de tal convicción deben también estar ajustados a derecho:

---

[762] Que obran a Folios 529 a 531 del Cuaderno Principal No. 7.
[763] El señor Pizano, según su testimonio, estaba solo al frente de su gestión. El testimonio del señor Pizano obra en los Folios. 91 a 110 del Cuaderno de Pruebas No. 196.
[764] Obra a folios 354 a 395 del Cuaderno Principal No. 8.
[765] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-209 de 2006. Exp. T-1220297. MP. Jaime Córdoba Tribiño.

> *"[la buena fe contractual] estriba en un comportamiento real y efectivamente ajustado al ordenamiento y al contrato (…) se trata aquí de una buena fe objetiva y "por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho" o conforme al contrato, pues tales convencimientos son irrelevantes porque, habida cuenta de la función social y económica del contrato, lo que en verdad cuenta son todos los actos reales y efectivos que procuran la cabal realización de estas funciones dentro del ámbito de la legalidad y de la lealtad y corrección, esto es, ajustados en un todo al ordenamiento jurídico y a lo convenido*[766]".

En otras palabras, la buena fe contractual no es una buena fe subjetiva, sino que exige un comportamiento real y efectivamente ajustado al ordenamiento y al contrato y por consiguiente ella, tal como lo ha señalado el Consejo de Estado, "*consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia". Es decir, se trata aquí de una buena fe objetiva y "por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho o conforme al contrato, pues tales convencimientos son irrelevantes porque, habida cuenta de la función social y económica del contrato, lo que en verdad cuenta son todos los actos reales y efectivos que procuran la cabal realización de estas funciones dentro del ámbito de la legalidad y de la lealtad y corrección, esto es, ajustados en un todo al ordenamiento jurídico y a lo convenido'*"[767].

Así las cosas, en el caso que nos ocupa y de conformidad con la información que reposa en el expediente, es claro que el deber de buena fe objetiva no fue observado a lo largo del Contrato por parte de los directivos de la Concesionaria. De hecho, una vez percatados de la existencia de irregularidades en la ejecución de pagos que a todas luces resultaban sospechosos, únicamente advirtieron de los hechos a algunos de los accionistas, sin que se hubiera recurrido a adoptar medidas o a activar sistemas de auditoría y de denuncia sobre pagos injustificados.

Ello no solo se advierte en el testimonio de Enrique Pizano, Controller de la Concesionaria, sino también en el de Mauricio Millán[768], funcionario de Consol, quien en su testimonio hizo saber que en varias ocasiones había informado a José Elías Melo, Presidente de Corficolombiana, sobre pagos sospechosos, a los cuales no se les había prestado la suficiente atención. Este funcionario, además, evidenció la falta de independencia que tenían los funcionarios de la Concesionaria y de Consol que habían sido designados por Episol.[769]

2.5.3.2. La Concesionaria incumplió con los preceptos que le imponían las normas de auditoría

Tal como lo señaló abiertamente Duff & Phelps y Carlos Moreno como revisor fiscal designado por PWC[770], una vez estallado el escándalo de corrupción y ante el hecho evidente de que la vulneración de controles en la Concesionaria y Consol se habían dado al nivel de la propia Gerencia, no fueron activados los mecanismos y reglas de auditoría que exigían la realización de una auditoría forense a los Estados Financieros de la Concesionaria y su Epecista, tal como lo ordenaba la NIA 240, para poder evidenciar cuál fue la extensión de los efectos de la corrupción y los malos manejos del negocio. Para el Tribunal la conducta de la Concesionaria y de su Epecista, no solo durante la ejecución del contrato de Concesión, sino con posterioridad al mismo, deja mucho que desear. Aquí no solo hubo fondeo de delitos y repartición de excedentes de liquidez con cargo a recursos públicos y provenientes del ahorro público, sino que hubo unas conductas delictuales por las que se hubiera esperado recibir respuestas que reflejaran la asunción de responsabilidades y que estuvieran no solo a la altura de los hechos, sino de los implicados y, sobre todo, de los perjudicados. No se trataba únicamente de asumir delitos, mucho menos de asumir delitos no cometidos por quienes probablemente no los cometieron. Pero sí de asumir la responsabilidad por el propio negocio y ofrecer respuestas contundentes, acordes con las reglas impuestas y tendientes a llegar al fondo del asunto, evidenciar sus consecuencias y mostrar corrección en medio de la crisis.

---

[766] Consejo de Estado. Sentencia con radicado No. 22043. Sección Tercera. 19 de noviembre de 2012. MP. Jaime Orlando Santofimio.
[767] Sentencia con radicado No. 2007-00147 Consejo de Estado (Buena fe contractual). Sección Tercera. M.P.: Jaime Orlando Santofimio.
[768] Obrante a Folios 167 a 180 del Cuaderno de Pruebas No. 196.
[769] Testimonio obrante en folios 167 a 180 del Cuaderno de Pruebas No. 196.
[770] Testimonio que obra en los Folios 135 a 158 del Cuaderno de Pruebas No. 196.

Ahora bien, desde la perspectiva del Tribunal, la ausencia de correctivos impone una actitud mucho más rigurosa, crítica y escéptica a la hora de fallar.

El incumplimiento de lo que imponían las reglas de auditoría, tal como quedó expuesto, hace que el Tribunal no pueda aceptar que la contabilidad de la Concesionaria y de su Epecista constituyan un medio de prueba idóneo para sustentar los efectos que de ella se pretenden derivar. No se trata de juzgar la "validez" de los Estados Financieros, como erróneamente lo plantearon las partes cuando durante el proceso invocaron su necesaria utilización con el argumento de que todos ellos -al menos en la Concesionaria- habían sido emitidos por los organismos societarios competentes, suscritos por los funcionarios competentes y certificados y dictaminados por un revisor fiscal competente. El problema aquí atañe a la eficacia y a la idoneidad del medio probatorio y a si los árbitros pueden creer en lo que en ellos está reflejado. El Tribunal, una vez valoradas todas las pruebas, tal como ya se expuso, no da crédito a los Estados Financieros de la Concesionaria y tampoco a los de su Epecista, como tampoco a las facturas y documentos en los cuales ellos están sustentados. Los precios del Contrato de Concesión y del Contrato EPC no tienen solamente implícitos los gastos, costos e inversiones del proyecto y una razonable utilidad. También tienen implícito el costo de intereses económicos de sus partícipes, que excedieron su legítimo interés de ser retribuidos y percibir utilidades y el costo execrable de la corrupción.

2.5.3.3. Los distintos testimonios y evidencia documental muestran 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

Los giros que anota el testigo Millán desde los inicios del Contrato, por su parte, fueron objeto de informes que a este Tribunal hizo llegar la Fiscalía General de la Nación, así como otros testigos del proceso. Dentro de ellos, por ejemplo, se encuentra el informe presentado por la Alcaldía de Andorra sobre movimientos a través de la Banca Privada de Andorra, que eran recurrentes por parte de Odebrecht. En el informe se pueden advertir varios giros hechos por la Concesionaria a través de la Fiduciaria Banco de Bogotá con destino a dicha Banca durante los meses de junio, julio y agosto de 2010 y, en general, durante el tiempo de ejecución del contrato de concesión[771].

Al expediente, el ente acusador aportó importantes pruebas con listas de contratistas de la Concesionaria y de Consol provenientes de contratos ficticios, con empresas tales como Profesionales de Bolsa, Consultores Unidos, PRESOAM, Consorcio SION, Detección de Riesgos Técnicos, Control de Calidad y Supervisión de Obras de Edificación S.A., RGQ Logistics, Transportes y Equipos de la Sabana, Lurion Trading, etc. Los testimonios de Javier Germán Mejía, Gustavo Ramírez, Enrique Guisays, Gabriel García Morales, Yesid Arocha y Eduardo Zambrano también darían fe de lo dicho.

Por su parte, los propios testimonios y actuaciones de las partes y litisconsortes evidencian la falta de claridad sobre las cuentas de la Concesionaria. Llama la atención, por ejemplo, que CSS haya negado haber recibido cualquier excedente de liquidez proveniente de Consol[772], cuando tales movimientos aparecen perfectamente registrados en la contabilidad. No obstante, CSS adujo que solo fue retribuida por unas obras realizadas, lo cual contradice lo expresado por los registros contables del Epecista.

2.5.3.4. No existe 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

Como corolario de lo anterior, el Tribunal considera que tiene suficiente evidencia de que los algo más de 6.7 billones de pesos que corresponden a las erogaciones de la Concesionaria y su Epecista, que coincidencialmente representan lo que según BDO y FTI debe ser reconocido a título de costos, gastos e inversiones realizados a precios de mercado y que se hicieron con cargo a los recursos de bancos, vigencias futuras y peajes, constituye una cifra que, lejos de cualquier duda, incluye recursos que fueron utilizados para el pago de coimas, actos ilícitos y repartos de excesos de liquidez. En otras palabras, tanto el valor del contrato de Concesión como el del EPC fueron fijados de manera que no solo se atendiera a los

[771] Obra a Folios 433 a 508 del Cuaderno de Pruebas No. 196.
[772] Ver objeciones de CSS al peritaje hecho por Duff & Phelps en el Anexo N° 2 del Laudo.

requerimientos de las obras y a la utilidad de los beneficiarios efectivos de CRS y Consol en uno y otro caso, sino de manera que fueran suficientes para cubrir otros rubros. Ello demuestra no solo su inconsonancia con la necesidad de haber sido desembolsados a precios de mercado para su reconocimiento, sino su desvío de los fines tendientes a la satisfacción del interés público.

Si bien se trata de un concepto jurídico indeterminado, el Consejo de Estado ha fijado el concepto de "interés público" para los fines de la aplicación del artículo 48 de la Ley 80 de 1993, que resulta plenamente aplicable al caso que hoy se dirime. El contrato estatal es uno de los instrumentos jurídicos más importantes con los que cuenta el Estado moderno para cumplir con sus finalidades, hacer efectivos los derechos y prestar los servicios públicos a su cargo. En efecto, cuando el Estado empezó a asumir la responsabilidad por la prestación de los servicios públicos y la realización de tareas para la defensa de los derechos de los ciudadanos, el contrato estatal se convirtió en un instrumento jurídico esencial para que el Estado pudiera cumplir con estos deberes con eficiencia y eficacia. Lo anterior, toda vez que el contrato estatal permite que el Estado cuente con el apoyo, la intervención y la experiencia de los particulares.

Este entendimiento del contrato estatal como un instrumento con el que cuenta el Estado para cumplir con sus fines y deberes es especialmente relevante y permite diferenciar a este tipo de contratos de los que celebran los particulares. Sobre este punto, por ejemplo, la Corte Constitucional en Sentencia C-932 de 2007, ha mencionado que:

"Así, la construcción de la teoría jurídica ius publicista para el contrato suscrito por el Estado y su necesaria autonomía respecto del acuerdo celebrado entre particulares, parte de la diferencia entre los objetivos propios de los contratos público y privado. Mientras en el contrato público el fin principal y primordial es la defensa del interés general, en el segundo, cuya relevancia es individual, los fines son esencialmente lucrativos y la concreción de los intereses particulares de los contratantes".

La regulación de la contratación estatal no es ajena al hecho de que el contrato estatal ha sido entendido como un mecanismo o instrumento idóneo para que el Estado logre cumplir sus cometidos. Ello se puede comprobar, por ejemplo, a partir de los artículos 1, 2 y 209 de la Constitución, de donde se extrae que la función administrativa, de la cual hace parte la contratación estatal, está al servicio del interés general y se desarrolla con fundamento en "los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad".

Asimismo, este entendimiento también se puede comprobar a partir de lo previsto en el artículo 3 de la Ley 80 cuando señala que "*Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines*.

Los particulares, por su parte, deben tener en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones".

Así las cosas, el fin esencial de la celebración de un contrato estatal es que el Estado pueda cumplir con sus fines, esto es, hacer efectivos los derechos de los ciudadanos y prestar los servicios públicos a su cargo, de manera adecuada y eficiente, con lo cual se asegura la satisfacción y prevalencia del interés general.

Así también lo dijo la Corte Constitucional en la Sentencia C-207 de 2019:

> *"(…) el contrato público es uno de aquellos instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. (…)*
>
> *La simple descripción, entonces, de la contratación pública muestra que está directamente asociada al cumplimiento del interés general, lo cual, incluso, sirvió de fundamento a la dogmática del contrato público para concluir que este tipo de contratación es distinta y autónoma respecto de los acuerdos y obligaciones comunes entre particulares (…)".*

Así las cosas, cuando el parágrafo 1 del artículo 20 de la ley 1882 y el artículo 48 de la Ley 80 se refieren a la satisfacción del interés público como condición para el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas por el contratista en virtud de un contrato nulo por causa u objeto ilícitos, es necesario acreditar que con dichas prestaciones el Estado, en algún punto, pudo cumplir con sus obligaciones (prestar un servicio público de calidad, proteger y velar por los derechos de las personas, entre otras cuestiones). Si no se logra probar ese aspecto, la prestación no puede ser reconocida, sencillamente porque nunca sirvió o coadyuvó a la satisfacción o cumplimiento del interés público. Sobre este aspecto, la doctrina especializada ha sido bastante clara.

De acuerdo con la Ley 1882, las partes en un contrato viciado de nulidad absoluta por objeto o causa ilícita, así ello haya ocurrido a sabiendas de una o las dos partes, tienen derecho al reconocimiento de las prestaciones ejecutadas en cumplimiento del objeto del contrato, en los términos del parágrafo del artículo 20. No obstante, esta regla tiene sendas limitaciones, que se presentan, no solo cuando las transacciones han sido concluidas a precios que exceden los valores de mercado, sino cuando las prestaciones no han servido para satisfacer el interés público, lo cual es claro que ocurre en el presente caso en alguna medida.

La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado también ha sido clara sobre este punto. Por eso, ha negado el reconocimiento de prestaciones realizadas por el contratista en virtud de un contrato nulo por objeto o causa ilícita (inversiones, costos y gastos), en los casos en que no existe prueba de que dichas prestaciones hayan satisfecho o ayudado a cumplir las obligaciones de la entidad pública contratante. Por ejemplo, en la Sentencia con radicado No. 27315 del 24 de abril de 2013, la Sección Tercera del Consejo de Estado, refiriéndose al artículo 48 de la Ley 80, dijo:

Luego, si el interés público no se ha satisfecho en alguna medida, no habrá lugar a ningún reconocimiento o pago y ello ocurriría, por ejemplo, cuando en un contrato que es nulo por ilicitud de su objeto o de su causa, la obra contratada no se ha ejecutado total o parcialmente y de tal manera que el interés público se haya satisfecho en esa misma medida en virtud de que el servicio público finalmente se prestó en alguna proporción.

En línea con lo anterior, en la Sentencia con radicado No. 50045 del 15 de diciembre de 2017, en donde se resolvió un caso en donde se tuvo que decidir sobre las restituciones mutuas a que había lugar ante la declaratoria de nulidad de un contrato estatal que no se celebró por el sistema de contratación adecuado, la Sección Tercera del Consejo de Estado dijo:

"Sin embargo, para que haya lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de un contrato declarado nulo por objeto o causa ilícito es indispensable que las prestaciones cumplidas hayan servido para satisfacer el interés público, cuestión ésta de la que no aparece ninguna prueba cualitativa o cuantitativa, razón por la cual no hay lugar a las restituciones mutuas".

Por su parte, en Sentencia con radicado No. 28010 del 22 de marzo de 2007 y en la medida en que la satisfacción del interés público por las prestaciones realizadas por un contratista en el marco de un contrato nulo es un asunto que debe estar plenamente probado, el Consejo de Estado dijo:

Finalmente, el derecho a recibir el reconocimiento y pago exige que, en el proceso, se encuentre demostrado que la parte que debe asumirlo se ha beneficiado con la prestación. Según esta regla, es perfectamente posible que las actividades desplegadas por quien reclama el pago no hayan beneficiado a la otra parte del negocio. Tal es el caso en que, recién se haya iniciado la ejecución del contrato, se declare su nulidad, no obstante que el contratista ya pudo asumir algunos gastos preparatorios para la ejecución del contrato. En este tipo de eventos, las prestaciones no alcanzan a beneficiar a la otra parte del contrato, y no habrá lugar a reconocerlos.

2.5.3.5. Existe suficiente evidencia sobre el hecho de que la Concesionaria excedió los límites de financiación del proyecto que habían sido acordados en el Contrato de Concesión

Esta es una consecuencia de todo lo que ha sido evaluado por el Tribunal hasta aquí. En efecto, una de las implicaciones de que el proyecto no se hubiera adelantado a precios de mercado y, sobre todo, que parte de sus recursos se hubieran destinado a fines distintos de la atención del interés público, es precisamente que los recursos de los bancos fueron canalizados por fuera de los fines del proyecto. Los bancos, entonces,

habrían financiado los repartos de excedentes de los socios del proyecto, los delitos cometidos con cargo al contrato y sus sobrecostos.

Por su parte, si los socios o beneficiarios efectivos de la Concesionaria recuperaron los aportes de *equity* que habían hecho al proyecto a través de Consol de manera simultánea a su desembolso, ello permite concluir que, en la práctica, los bancos financiaron la totalidad del proyecto. No obstante, el contrato de Concesión tenía una previsión clara en el sentido de que el proyecto debía fondearse con un mínimo de aportes de equity, en los términos ya expuestos. En este punto el Tribunal no acepta los argumentos de las partes en el sentido de que Consol era un sujeto de derecho distinto de la Concesionaria pues, en la práctica, la entrada y salida de los recursos a través de los dos vehículos, como ya fue explicado en detalle, constituyó un fraude a la ley del contrato. Al respecto, la Corte Constitucional sostuvo en la sentencia C-258-13, lo siguiente:

> *"A juicio de la Sala quien actúa en fraude a la ley, ejecuta actos que guardan fidelidad al texto de la norma o que se desprenden de una interpretación en apariencia razonable de ella, pero que en realidad eluden el sentido de las disposiciones y conducen a resultados que desbordan la naturaleza y finalidades de la respectiva institución jurídica.*
>
> *Tales actos pueden o no tener lugar por la voluntad del agente. Por ello el fraude a la ley no debe confundirse con el fraude susceptible de sanción penal o de otra naturaleza. En su dimensión objetiva, el fraude a la ley únicamente requiere que exista un aprovechamiento de las opciones hermenéuticas que se desprenden de una regla, para hacerla producir resultados incompatibles con el ordenamiento jurídico apreciado en su conjunto".*
>
> *…"se configura el fraude a la ley cuando los interesados buscan librarse de obligaciones impuestas por la ley, "realizando actos ajustados aparentemente a la misma, pero que suponen una contravención o un falseamiento de su espíritu".*

En Sentencia T-973 de 2019 la misma Corporación sostuvo:

> *"La esencia de la institución del fraude a la ley es, precisamente, contribuir a la coherencia del derecho, al ajuste entre las reglas y principios que las fundamentan y limitan, a evitar que se produzcan ciertas consecuencias contrarias a principios jurídicos, con independencia de la intención o motivo que condujeron al actor a la aplicación irregular que se censura.*
>
> *85. En esa medida, el elemento objetivo de la conducta es lo que determina la existencia del fraude y, el presupuesto determinante y suficiente para su configuración es que se produzca un daño antijurídico. Es por eso que, para estar en presencia de fraude no se requiere de un elemento subjetivo, ya que este puede producirse sin que exista intención por parte del agente. Basta con que la consecuencia aparezca como injustificada o indebida de acuerdo con los principios superiores, en tanto el acto fraudulento quebranta la coherencia del ordenamiento (necesaria adecuación entre la norma y el principio)".*

Y en sentencia SU-1122 de 2001, sostuvo:

> *En estas circunstancias, se puede hablar de un fraude a la ley (o fraude al derecho), por cuanto se aprovecha las opciones hermenéuticas que se desprenden de una regla, para fines o resultados no queridos (en tanto que incompatibles) por el ordenamiento jurídico. No se trata de un acto ilegal o ilícito en la medida en que no existe regla que prohíba el resultado hermenéutico. La calificación de fraude, entonces, tiene por objeto permitir que se corrija este fenómeno, a pesar de no ser típico. En este orden de ideas, el juez y la administración tienen el deber de evitar que se interpreten los textos legales de manera que se cometa fraude a los principios del sistema".*

Por su parte, no deja de resultar extraño para el Tribunal que, a pesar de que el Proyecto llevara un grado de ejecución apenas superior al 50%, la financiación ya hubiera llegado al 100%. Podría considerarse que la Concesionaria estaba contando con los aportes de la ANI y los recursos provenientes de peajes para efectos de fondear las obras que faltaban pero, en todo caso, este hecho no deja de llamar la atención.

En definitiva, todo lo expuesto a lo largo del laudo trae como consecuencia obvia el que parte de los intereses causados y/o pagados por la Concesionaria, no hayan cumplido con la condición de haber sido destinados a la atención del interés público, en los términos del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018.

El Tribunal quiere advertir, sobre el punto, que no ignora la condición de acreedores de buena fe de los bancos ni su condición de depositarios de la confianza de los ahorradores. No obstante, la Ley 1882 exige unos mínimos requisitos para el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas por la Concesionaria, que no han sido acreditados en el presente caso.

2.6. El dictamen de Duff & Phelps

Dado que Duff & Phelps es el tercero experto a que alude el artículo 20 de la Ley 1882, el Tribunal se detendrá sobre el mismo.

Este dictamen también tiene varios problemas de metodología que, a juicio de este Tribunal, son críticos a la hora de valorar la prueba. El Tribunal advierte en el mismo los siguientes hechos:

2.6.1. El dictamen tiene salvedades significativas, que quedaron expuestas en el capítulo correspondiente (Ver capítulo sobre *limitaciones y advertencias del peritaje).*

Dichas salvedades denotan que D&P confió, más allá de lo que sería razonable y admisible, en la información presentada por la propia Concesionaria. No de otro modo pueden explicarse salvedades del dictamen como las siguientes:

a. El informe no incluyó la auditoría de la información facilitada. De acuerdo con el perito, "de haber aplicado procedimientos de revisión y análisis adicionales a los indicados en este informe, se podrían haber puesto de manifiesto otros hechos y circunstancias que podrían haber afectado a nuestro juicio profesional y conclusiones"[773].
b. El perito considera que la información que tuvo fue suficiente para hacer un dictamen, pero reconoce que no tiene seguridad acerca de si pudo haber pasado por alto otro tipo de informaciones, debido a la ingente cantidad de información obtenida y el tiempo que tuvo para ejecutar su encargo[774].
c. No se hizo una evaluación del estado de las obras ni una valoración de potenciales deficiencias.[775]
d. El cálculo de las cantidades ejecutadas se basó en la información recibida de las partes, sin que el perito haya realizado trabajos de comprobación o registro de datos topográficos[776]
e. Las cantidades necesarias para las explanaciones no fueron revisadas para la totalidad de los hitos, por lo cual se seleccionó los de mayor peso.[777]
f. En los casos de precios no analizados se mantuvo el precio de la Concesionaria[778].
g. Para el cálculo del OPEX se basaron los Estados Financieros de la Concesionaria para el caso de la pregunta 3[779], que es la que reproduce el artículo 20 de la Ley 1882. Esto implica que ítems importantes de la valoración, como lo son la gestión social, la gestión predial y la gestión ambiental, están sustentados, enteramente, en los estados financieros de la Concesionaria[780].
h. Del mismo modo, los valores por concepto de gestión predial están basados en los valores trasladados por la Fiducia por concepto de predios en cuantía de $255.141.029.848 y $253.539.391.511 pesos en la troncal y $1.601.638.337 pesos en la transversal, actualizados a marzo de 2019[781].
i. No es posible establecer que la totalidad de las obras cumplan con los requisitos y especificaciones del Contrato en términos de espesores, calidades, alcances y condiciones exigibles para esta clase de infraestructura. D&P replicó que "dado el poco detalle del seguimiento de la calidad real del proyecto, y el hecho de que gran parte de los trabajos ejecutados no son accesibles, no es posible determinar de manera exacta el grado de impacto de este hecho".

773 Página 35 del dictamen. Por su parte, en el escrito de aclaraciones y complementaciones el Perito reforzó esta posición al sostener: "*De habérsenos encargado una auditoría financiera o forense de la información facilitada, podrían haberse puesto de manifiesto circunstancias que hubieran podido afectar a nuestras conclusiones. Dado que la anterior, no ha sido la finalidad de nuestro encargo, entendemos que con la información analizada y considerada nuestras conclusiones son adecuadas al caso y al contexto del mismos".*
774 Página 37.
775 Página 82.
776 Página 88.
777 Página 89.
778 Ibidem.
779 Página 87.
780 Ibidem.
781 Página 156.

j. Todas las obras de la Concesionaria como producto de los eventos eximentes de responsabilidad y que dieron origen a este proceso y sobrecostos no cubiertos por el contrato de Concesión fueron valorados por el perito, en la medida en que se trata de obras construidas[782].

2.6.2. El dictamen de Duff & Phelps 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.

La respuesta a la pregunta 3 debía dirigirse a la valoración de los costos, inversiones y gastos efectivamente ejecutados por la Concesionaria de acuerdo con el parágrafo del artículo 20 de la Ley 1882.

En la práctica, Duff & Phelps lo que hizo fue una valoración del CAPEX. El resto de elementos económicos del dictamen, como serían el OPEX y la gestión predial del proyecto, los extrajo directamente de la contabilidad de la Concesionaria.

Por su parte, para la valoración del CAPEX, el perito utilizó una metodología de media ponderada, en la que utilizó 5 comparables de acuerdo con lo que quedó expuesto en el capítulo correspondiente. No obstante, dentro de esos 5 comparables, uno fue la misma Concesionaria y otro su Epecista, con lo cual la muestra empleada no deja de estar parcializada. Ello quiere decir que, si se tiene en cuenta la metodología de Duff & Phelps, en cada uno de los precios analizados la Concesionaria y su Epecista tendrían un peso de entre el 10% -para los casos en que los dos precios fueran el más alto y el más bajo, respectivamente- y el 70% -para los casos en que los dos precios estuvieran justo en la mitad del rango y en cualquiera de los extremos siguientes, respectivamente.

[782] Ver, entre otros, el punto 8.4 del escrito de aclaraciones y complementaciones de D&P., P. 264.

En definitiva, la razón por la que los resultados de Duff & Phelps resultan tan semejantes a los de la Concesionaria, es obvia: el dictamen está basado en la contabilidad de la misma, lo cual no deja de ser contradictorio si se tiene en cuenta que D&P, en el mismo dictamen, advierte sobre la falta de credibilidad que le merece la contabilidad de la Concesionaria y su Epecista, la falta de controles en el interior de la Concesionaria, la vulneración de controles por parte de la gerencia, la deficiencia en los mecanismos de gestión de riesgos, la violación a las normas de auditoría financiera y la vulneración a los mecanismos de prevención de lavado de activos y financiación del terrorismo.

2.6.3. Es claro que Duff & Phelps también valoró obras que no se encuentran registradas en la contabilidad de la Concesionaria

El perito, de muchas formas, ratificó que había valorado la totalidad de las obras construidas, con independencia de que las mismas estuvieran afectadas por sobrecostos en los que hubiera incurrido Consol y que aún no podían ser atribuibles a la Concesionaria. Fue así como en el escrito de aclaraciones y complementaciones, en varios de sus apartes (los cuales aparecen transcritos en su totalidad en el Anexo 2 de este laudo), el perito fue claro en el punto:

a) Episol le preguntó al Perito:

Teniendo en cuenta que el perito afirma que "con base en esta información, que en nuestra opinión es consecuente con la filosofía de un contrato de concesión de esta naturaleza, el Concesionario se compromete a no recibir una remuneración mayor a la pactada en el contrato salvo en los supuestos indicados como eventos eximentes de responsabilidad", sírvase aclarar si, a los efectos de los cálculos y operaciones realizadas por el experto en el dictamen, calculó los valores correspondientes a los eventos eximentes de responsabilidad acaecidos durante la ejecución del contrato y reconocidos en los otrosíes No. 2 y 4 del Contrato de Concesión, sobre los que versan los procesos arbitrales acumulados Nos. 4190 y 4209 instaurados por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. contra la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI. En caso contrario, el perito complementará su dictamen incluyendo la valoración de los eventos eximentes de responsabilidad, con base en la información que reposa en el expediente.

D&P respondió[783]:

Sí. El Perito elaboró su Informe Pericial teniendo en consideración la valoración de las obras ejecutadas, incluyéndose los servicios y las prestaciones realizadas con sujeción al contenido de las preguntas formuladas por el Tribunal.

b) La Procuraduría Preguntó:

El Perito aclarará o complementará su dictamen para lo cual las respuestas a las preguntas 2 y 3 del cuestionario se deberán aclarar o complementar con la inclusión y sin la inclusión de las prestaciones ejecutadas como producto de eventos eximentes de responsabilidad.

D&P contestó[784]:

Para el cálculo de las prestaciones ejecutadas hasta la fecha el Perito, en la pregunta 2, consideró el alcance aprobado y ejecutado en base a las consideraciones de la respuesta 3.a anterior. En lo que a la respuesta 3 se refiere, el Perito consideró el alcance de los trabajos reportados por la Concesionaria, valorándolos al precio que el Perito considera de mercado, no aplicando ningún descuento en atención al alcance de la pregunta, que se refiere a las prestaciones que satisficieron al Estado.

c) El Tribunal preguntó:

El Perito debe aclarar si sus cálculos comportan un reconocimiento de las prestaciones ejecutadas dentro del contexto de los eventos eximentes de responsabilidad que constituyen parte de las pretensiones de la demanda de la Concesionaria contra la ANI en el presente trámite arbitral y las razones por las cuales dichas prestaciones deben incluirse o excluirse de la valoración realizada.

Duff & Phelps respondió[785]:

[783] Punto 2.3 del escrito de aclaraciones y complementaciones.
[784] Punto 11.3 del escrito de aclaraciones y complementaciones.

El Perito no reconoce elementos eximentes de responsabilidad, ya que, independientemente de su opinión técnica que el contrato da a esos elementos, no es alcance del Perito hacer una valoración jurídica, ni tampoco, un cálculo de liquidación contractual. El Perito, en lo que a la valoración del proyecto se refiere, valoró este en base a los elementos referidos en la respuesta 3.a del Tribunal; en lo relativo a la pregunta 3, valoró la totalidad de los trabajos reportados por el Concesionario en relación con el proyecto.

d) Luego, en la audiencia de contradicción del 21 de junio de 2019, los peritos fueron enfáticos en el punto:

DRA. MIER: En el contrato hubo dentro de la controversia que hay aquí hay unos eventos eximentes de responsabilidad que están aprobados o forman parte del contrato, dentro de la valoración cuando ustedes se fueron a los perjuicios e hicieron todo este análisis, ustedes tuvieron en cuenta los eventos eximentes de responsabilidad?

SR. ALBALADEJO: Esa pregunta creo que fue ayer al doctor Andrade que contestamos, se tuvieron en consideración de dos formas, en la pregunta 3 y en la pregunta 2, en la pregunta 3 se consideraron valorando el 100% del contratista incluido los excesos que estamos recomendamos y en la pregunta 2 tomando en consideración el 100% de lo que hay ahí, independientemente de que el concesionario fue reconocida por tanto indirectamente está reconocida.

DRA. CONTRERAS: En esa misma línea hay tres conceptos, ya voy en la pregunta 3, yo sé que se le han hecho muchísimas preguntas frente a los reprocesos, al tema de la calidad y frente al tema de los eventos eximentes de responsabilidad, a mí me van a disculpar, pero siempre que han preguntado, al comienzo yo entiendo que la pregunta es la pared blanca y dicen sí es blanca, pero a medida que van avanzando en la respuesta ya parece que la pared se vuelve negra.

Entonces, yo quisiera como poder saber ya cuando me contesten a mí es si yo entendí bien o entendí mal. Yo entendí frente a los eventos eximentes de responsabilidad que para definir el activo de lo que se ejecutó esos están incluidos, entendí bien.

Yo entendí frente a los reprocesos que esos no se tuvieron en cuenta. Y en la pregunta 3 ¿y cómo se tuvieron en cuenta?

SR. ALBALADEJO: En la pregunta 2 no se tuvieron en consideración, en la pregunta 3 sí se tuvieron en consideración, a través de las unidades reportadas por la concesionaria, me explico, si para excavar este volumen que hay entre estas dos mesas medimos longitud por ancho y por profundidad da una desavolutría, imaginemos que esto puede ser aproximadamente así a número gordo los 40 metros cúbicos. La pregunta 2 valoro cuántos metros cúbicos tiene esto, y al precio que consideramos razonable se le puso un precio.

Si la concesionaria para excavar esto, imagínese que en vez de excavar los 40 metros cúbicos se le fue 20 centímetros, y 20 centímetros en una longitud larga es muchos centímetros, y reportó que no excavó 40, excavó 60, y además, luego para compensar trajo terreno adicional para rellenar eso, que también quedó reflejado en sus dictámenes, ahí mi atención a la pregunta formulada de que se valore lo ejecutado y lo que realmente se ejecutó fue no los 20 metros, no los 40, sino los 50 que hay en exceso más los 10 en exceso de aportes, y en eso lo que sí dice la pregunta 3 sí lo tuve en consideración.

SI algo que aclaremos no le queda claro porque es demasiado técnico me lo dice y vuelvo sobre ello.

DRA. CONTRERAS: Gracias. Conclusión, sí se tuvieron en cuenta los reprocesos en la pregunta 3?

SR. ALBALADEJO: Sí.

El apoderado de las sociedades Odebrecht presentó el Complemento 7 a su objeción por error grave del dictamen pericial, a la cual no se le dio curso por haberse presentado de manera extemporánea. No obstante, en dicha complementación dijo que el perito había mentido al decir que había valorado los eventos eximentes de responsabilidad, pues: i) la demanda por eventos eximentes de responsabilidad no incluye cantidades de obra ejecutadas sino sobrecostos por mayor permanencia de gastos directos e indirectos; ii) que solo existe un expediente de planos *as built* y de cantidades, con el cual tanto FTI como Duff & Phelps y la Interventoría calcularon el valor del CAPEX y que dichas cantidades de obra y/o proyección de precios unitarios no incorporan los Eventos Eximentes de Responsabilidad; iii) que ni BDO ni Duff & Phelps incorporan los Eventos Eximentes de Responsabilidad porque no se encuentran en los

[785] Punto 11.4 del escrito de aclaraciones y complementaciones.

estados financieros de la Concesionaria; iv) que la solicitud que la Concesionaria realizó por EER nunca fue de mayores cantidades de obra sino por mayor permanencia en obra; v) que los EER solo podrían reflejarse en un cálculo del CAPEX por estar referidos a la ejecución de la obra y sólo podrían reflejarse en los precios unitarios, lo cual no ha ocurrido; y vi) que ninguna proyección de análisis de precios unitarios se encuentra incorporada en la demanda por EER, pues durante la ejecución de las obras la Concesionaria y Consol formalizaron un acuerdo, al cual se hará referencia más adelante.

Lo primero que tiene que advertir el Tribunal, sobre este punto, es que para la definición de los reconocimientos mutuos resulta indiferente la existencia o no de eventos eximentes de responsabilidad, por cuanto la declaratoria de nulidad del contrato impide que el Tribunal se pronuncie sobre los mismos. Lo que resulta verdaderamente importante es determinar si la obra estuvo sometida a sobrecostos representados, precisamente, en *costos, inversiones* y *gastos* que aún no han sido facturados por el Epecista por no haberse causado en cabeza de la Concesionaria, que quedaron incluidos en la valoración presentada por el perito. Es evidente que, en tal caso, respecto de tales *costos, inversiones y gastos* no se cumpliría la condición establecida en el parágrafo 1 del artículo 20 de la Ley 1882, por cuanto dichos costos, inversiones y gastos serían predicables de Consol, no de la Concesionaria Ruta del Sol.

Como ya se advirtió, las obligaciones no nacidas para la Concesionaria derivadas de costos, gastos e inversiones que, por tanto, no se ven reflejadas en sus Estados Financieros, de ninguna manera podrían convertirse en restituciones que la ANI tenga que asumir. En este sentido, se reitera, para el Tribunal resulta fundamental determinar si existen *costos, gastos o inversiones* desembolsados por Consol que ese Consorcio hubiere asumido como consecuencia de los riesgos que son propios del contrato EPC y que se encuentren incluidas en los 4.1 billones de pesos que el perito fijó para la cuantificación del CAPEX, sea que se deriven o no de mayores cantidades de obra.

El Tribunal, luego de revisar todas las pruebas, considera que existe evidencia suficiente en el proceso sobre el hecho de que Duff & Phelpls también tuvo en cuenta dichos sobrecostos para efectos de sus valoraciones. Dichas pruebas no solo se derivan de las afirmaciones del perito, sino también de la evidencia. Desde la perspectiva real, de acuerdo con el testigo Iván Pinto, la manera idónea de medir el CAPEX es mediante la medición de las obras, teniendo en cuenta cantidades efectivamente ejecutadas y lo verdaderamente construido[786]:

> *SR. PINTO: Lo que yo he tratado de decir, es que para determinar el Capex hay es que, con base en las obras que fueron construidas, hacer una cuantificación y valoración de las mismas para que lo que se pague sean las obras que fueron ejecutadas, perdóneme doctora, eso se hace, ¿cómo se llega a eso? a partir de determinar qué fue lo que fue construido, las cantidades de obra, de la obra que fue ejecutada, valorizada a unos precios unitario, correcto, y de esa forma se llega a un valor de las obras, eso es lo que y entre otras que también está en el anexo dos del acuerdo de terminación, eso es lo que dice... (interpelado).*

Y eso fue precisamente lo que hizo Duff & Phelps. No de otro modo podría comprenderse su dictamen cuando se refiere a diseños, planos, cantidades de obra, explanaciones, puentes construidos, variantes, puentes peatonales, etc. De hecho, en su dictamen, se hace referencia a obras que, según el propio testigo Pinto, tal como quedó reseñado, estaban por fuera de los compromisos del Contrato de Concesión, como lo sería el puente de Aguachica.

Resulta insólito que Odebrecht pretenda generar confusión en el proceso al aducir que el perito no valoró los sobrecostos por obras que no han sido facturadas a la Concesionaria, cuando fueron las mismas partes quienes le entregaron a Duff & Phelps toda la información sobre los costos, gastos e inversiones del proyecto y sobre las obras desarrolladas.

De hecho, la valoración del CAPEX exigía toda la información de Consol, información que fue entregada a cabalidad al perito y que nunca fue presentada segmentada para que el perito solo valorara una parte del proyecto. Existe, a manera de ejemplo, el documento en Excel sobre seguimiento mensual de la obra que fue enviado por Carlos Castro Ferreira Filho a los peritos para que pudieran tener toda la información de

[786] Obrante en los folios 318 a 356 del Cuaderno de Pruebas No. 197.

las obras construidas, mediante correo electrónico del 24 de abril de 2019. En dicho documento, por ejemplo, aparecen muchos de los puentes, variantes y obras adicionales mencionadas por Pinto en su testimonio como obras que estaban siendo o iban a ser parte de reclamaciones a la ANI. Se mencionan, a manera de ejemplo, el Puente sobre el Río Opón, las Variantes Minas, San Martin, Morrison, Aguachica, Besote, La Mata, Pelaya, La Floresta, El Burro, Puerto Libre, Río Negro, Líbano, entre otras.

Lo más importante es que el perito goza de toda la credibilidad y ninguna de las partes presentó pruebas que desvirtúen que su valoración recayó sobre solo una parte del proyecto.

Por lo anterior, partir de la valoración del CAPEX, tal como lo presentó el perito, resultaría inadmisible para este Tribunal. Como tantas veces se ha reiterado, de la redacción del artículo 20 de la Ley 1882 resulta claro que los valores a reconocer como producto de la determinación de las restituciones mutuas, deben obedecer a los costos, gastos e inversiones "ejecutados por la Concesionaria", no por su Epecista -a quien la Concesionaria, adicionalmente, había trasladado el riesgo de construcción-. Por su parte, de acuerdo con dicha Ley, los costos, gastos e inversiones deben necesariamente ser sometidos a un escrutinio de precios de mercado y, de resultar superiores a tales precios de mercado en cada caso, deben ser ajustados a la baja. En otras palabras, no se trata ni mucho menos de ajustar los precios de los activos que fueron objeto contractual hacia arriba, ni siquiera por efectos de que un tercero considere que tienen un mayor valor al efectivamente ejecutado por la Concesionaria.

El parágrafo del artículo 20 de la Ley 1882 no le permite a este Tribunal hacer reconocimientos por obligaciones que no sean atribuibles a la Concesionaria. Su redacción, en tal punto, es clara:

> *"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".***

A juicio de este Tribunal, cuando la norma se refiere a 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 obligaciones del tercero Epecista, que es Consol, está por fuera del alcance de la norma.

2.7. Los ajustes que el Tribunal hará al dictamen de Duff & Phelps basado en las demás pruebas que obran en el expediente

Con base en lo dicho hasta aquí, a continuación el Tribunal se pronunciará sobre cada uno de los elementos de la fórmula prevista en el parágrafo del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, así como sobre los ajustes a que pueda haber lugar.

2.7.1. Sobre la valoración del CAPEX

De acuerdo con Duff & Phelps, el valor del CAPEX asciende a la suma de $4.126.550.556.448 expresados en pesos de marzo de 2019.

No obstante, como se advirtió, esta valoración incluye el valor de costos, gastos e inversiones que no comportaron obligaciones en cabeza de la Concesionaria y que, por consiguiente, deben ser excluidos de los reconocimientos.

Dado que el perito hizo una valoración global de las obras desarrolladas por Consol, compete a este Tribunal ajustar dicha valoración de manera que refleje exclusivamente el valor de las obras que generaron costos, inversiones y/o gastos para la Concesionaria. Dado que dicha determinación tiene que partir de las pruebas que existen en el expediente, el Tribunal procederá de la siguiente forma:

1. Frente a los costos, gastos e inversiones por las obras que según varios de los testigos iban a ser objeto de una demanda que no alcanzó a ser presentada por la Concesionaria en contra de la ANI, el Tribunal no cuenta con ninguna evidencia que le permita hacer una valoración respecto de la misma. Con todo, bueno es advertir que en el expediente existe suficiente evidencia sobre su existencia y sobre el hecho de que, en estricto derecho, su valor tendría que ser sustraído de los reconocimientos que se determinen a favor de la Concesionaria.
2. Frente a los costos, gastos e inversiones por obras que fueron objeto de las demandas acumuladas que dieron origen al presente proceso, el Tribunal cuenta con la valoración que de las mismas realizó la propia Concesionaria en su juramento estimatorio, así como con la valoración que de las mismas hicieron la Concesionaria y Consol en el acuerdo de Transacción al que se hizo alusión con anterioridad.
3. El Tribunal se basará en este último acuerdo de Transacción para determinar el monto del CAPEX no procedente. Para el efecto, determinará la suma promedio de CAPEX que arrojan los dictámenes presentados por la Constructora Norberto Odebrecht y, una vez hecho este cálculo, determinará el porcentaje que representa el monto de la reclamación hecha por Consol a la Concesionaria frente a dicho resultado promedio.
4. Una vez establecido el porcentaje que representa el CAPEX no procedente dentro del total del CAPEX así determinado, dicho porcentaje se aplicará a la valoración hecha por Duff & Phelps para producir como resultado el CAPEX que no deberá reconocer la ANI a favor de la Concesionaria.

El Tribunal, de esta forma, procede a valorar las pruebas en su conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Entiende que Consol valoró los sobrecostos en que habría incurrido por efecto de los costos, inversiones y gastos que no estaban amparados por el Contrato EPC y que, en tal sentido, su propia valoración es útil para que el Tribunal la tome como punto de partida en la determinación de los costos, inversiones y gastos que no han sido facturados a la Concesionaria y que, por ello, deben ser detraídos de la valoración hecha por Duff & Phelps.

Así las cosas, el acuerdo de transacción entre Consol y la Concesionaria, tiene un valor de $569.488.934.967 en pesos constantes de diciembre 31 de 2008, con base en el acuerdo de transacción celebrado entre las mismas. Para hacer comparables las cifras con las del dictamen, dicho valor fue actualizado a pesos de marzo de 2019, de manera que se ajustó por el IPC acumulado entre el 1 de enero de 2009 y el 31 de marzo de 2019, en un porcentaje del 45.58%. El resultado serían unos sobrecostos expresados a marzo de 2019 en cuantía de $829.061.991.525.

Luego de ello, el Tribunal procedió a determinar la participación porcentual de los $829.061.991.525 en el valor promedio del total del CAPEX valorado por las sociedades Odebrecht a través de sus peritos, lo cual da como resultado un porcentaje de sobrecostos del 18.43%:

	BDO	BDO + FTI	Promedio
Total Capex	4,445,639,587,718	4,550,807,191,292	4,498,223,389,505
Sobrecostos			829,061,991,525
% de Sobrecostos			18.43%

El 18.43% representa, entonces, la porción de la valoración realizada por Duff & Phelps que comprendería costos, inversiones y gastos que no generaron obligaciones en cabeza de la Concesionaria y respecto de las cuales el riesgo fue asumido por Consol.

La lógica del cálculo obedece a que si los socios de la Concesionaria han valorado su CAPEX y al mismo tiempo la Concesionaria y Consol, de los cuales ellos son parte, han valorado unos costos, inversiones y gastos que no son atribuibles a la Concesionaria, lo procedente es establecer la proporción que tienen estos últimos en la valoración total del CAPEX que fue hecha por las sociedades Odebrecht.

El porcentaje determinado anteriormente de 18.43% será aplicado posteriormente, con todos sus decimales, al total del CAPEX determinado por D&P por valor de $4.126.550.556.447. Esto arroja como resultado un valor a no reconocer en cuantía de $760.559.431.183.

Se reitera que el no reconocimiento del CAPEX en la referida cuantía obedece a que esta sería la valoración de las obras que no han sido causadas en cabeza de la Concesionaria y, por consiguiente, afectaría el valor de mercado de las obras que debe reconocer la ANI a favor de esta última.

2.7.2. La valoración del Opex

Tal como se ha manifestado, en la práctica D&F no realizó una valoración del OPEX, sino que se limitó a copiar los resultados que aparecen en la contabilidad de la Concesionaria. El perito no realizó el ejercicio que le solicitó el Tribunal de determinar los precios de mercado de las respectivas erogaciones, ni de comprobar el cumplimento de los demás requisitos que exige la disposición.

El Tribunal, entonces, procederá a basarse en el dictamen pericial de BDO, en el cual se presentó el Anexo 5, que refleja algunas erogaciones que no resultarían admisibles de cara al artículo 20 de la Ley 1882, por corresponder, principalmente, a contratos desarrollados al margen de la Ley. De acuerdo con el peritaje, la información sobre los ajustes habría sido suministrada por la propia Concesionaria.

El anexo No 5 - Calculo OPEX a 20 de octubre de 2017, consiste en una hoja del archivo de Excel denominada Costos-Gastos No objeto por valor de $90.568.431.558 en pesos corrientes, los cuales deben ser expresados en términos constantes a marzo de 2019, de manera que resulten comparables con el dictamen de D&P. Así, el valor ajustado asciende a $109.214.087.323.

Gastos no Procedentes - Anexo 5 de BDO				
	IPC	**Gastos No Procedentes**	**Constantes de 2008**	**Reexpresados a marzo de 2019**
2009	102.000%		-	
2010	105.233%	975,576,893	927,060,128	1,349,614,135
2011	109.159%	2,447,983,963	2,242,593,650	3,264,767,836
2012	111.822%	5,215,829,017	4,664,400,101	6,790,433,667
2013	113.991%	23,988,540,058	21,044,162,096	30,636,091,180
2014	118.164%	16,211,326,997	13,719,402,013	19,972,705,451
2015	126.163%	26,572,512,912	21,062,019,004	30,662,087,265
2016	133.418%	15,157,461,719	11,360,919,369	16,539,226,417
2017	138.874%	- 800,000	- 576,060	- 838,629
2018	143.291%		-	-
2019	145.580%			
Total		**90,568,431,558**	**75,019,980,301**	**109,214,087,323**

La cifra anterior sería desconocida por tratarse de erogaciones que no fueron realizadas para satisfacer el interés público y tampoco estarían acordes con condiciones de mercado.

2.7.3. La valoración de los intereses

Bajo la consideración de que por concepto de CAPEX y OPEX el Tribunal ha rechazado unos montos, los intereses deben verse, en la misma proporción, afectados por esta causa. Tal como se advirtió en el laudo, existe suficiente evidencia de que la Concesionaria pagó intereses para propósitos distintos de la satisfacción del interés público.

Los sobrecostos por CAPEX y OPEX no reconocidos por el Tribunal, ascienden a $869.773.518.506. Con base en dicha suma se procedió a determinar la relación de estas inversiones no admisibles en función del total de las inversiones y dicha relación se aplicó al total del gasto financiero. De esta forma, el gasto financiero no admisible correspondería a $162.228.404.906

Sobrecostos	760,559,431,183
OPEX no admisible	109,214,087,323
Total no Admisibles	869,773,518,506
Total Inversiones (Capex, OPEX; Predios)	5,394,167,195,208
Relacion de Inversiones no Admisibles	16.12%
Total Gastos Financieros	1,006,109,201,138
Gasto financieros no admisobles	162,228,404,906

2.7.4. Otros costos, inversiones y gastos

Las demás partidas serán mantenidas de acuerdo con el dictamen de Duff & Phelps, dado que el Tribunal no tiene ningún elemento de juicio para ajustarlas. Con todo, se precisa que algunas de ellas provienen directamente de la contabilidad de la Concesionaria, con los serios reparos que sobre la misma tiene el Tribunal.

2.7.5. La Remuneración del Contratista

El artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 exige que el Tribunal determine la remuneración del Contratista para efectos de deducirla del monto de inversiones, costos, gastos e intereses reconocidos.

Sobre el término "remuneración", el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 establece que en los contratos de Concesión ella consiste en cualquier contraprestación que las partes acuerden por concepto del contrato. Esta definición, por razones obvias, haría nugatoria la aplicación del artículo 20.

Por ello, 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. De esta forma, dado que Duff & Phelps no incluyó este rubro en su dictamen, el Tribunal procederá a hacerlo basándose en los Estados Financieros de la Concesionaria hasta el año 2017, por corresponder al año de terminación del Contrato de Concesión. Las cifras a continuación se presentan reexpresadas a marzo de 2019, para hacerlas comparables con el dictamen pericial.

Utilidades				
	IPC	**Utilidades**	**Contantes de 2008**	**Reexpresados a marzo de 2019**
2009	102.000%		-	
2010	105.233%		-	-
2011	109.159%	13,182,703	12,076,650	17,581,187
2012	111.822%	16,815,442	15,037,676	21,891,849
2013	113.991%	- 28,353,845	- 24,873,665	- 36,211,082
2014	118.164%	228,182,308	193,107,253	281,125,538
2015	126.163%	290,788,389	230,485,938	335,541,429
2016	133.418%	- 114,595,427	- 85,892,310	- 125,042,025
2017	138.874%	69,730,225	50,211,021	73,097,205
2018	143.291%		-	-
2019	145.580%			
Total		**475,749,795**	**390,152,564**	**567,984,102**
Cifras expresadas en millones				

2.7.6. Los pagos efectuados por la ANI a la Concesionaria

Dado que Duff & Phelps no tuvo en cuenta la totalidad de los pagos que fueron percibidos por el Contratista, este Tribunal tomará el valor informado por la ANI, de acuerdo con la prueba ordenada por el Tribunal mediante Auto 107 del 21 de enero de 2019 (Acta 89) de la cual se dio traslado a las partes y de la cual dio cuenta el informe secretarial que consta en el acta No 95 del 14 de marzo de 2019. Estos documentos se encuentran en los folios 225 a 230 del Cuaderno de Pruebas N° 199.

Los valores reportados por la ANI se encuentran expresados a diciembre de 2018, razón por la que se actualizan para expresarlos en pesos de marzo de 2019. De acuerdo con los cálculos, los pagos hechos a la Concesionaria ascenderían a $4.591.866.816.581

Ingresos Segun ANI a Diciembre de 2018	4,519,653,103,843
Reexpresados a Marzo de 2019	4,591,866,816,581

2.8. Aplicación de la fórmula prevista en el parágrafo del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018

En síntesis, de acuerdo con lo anterior y partiendo del informe pericial de D&P, el siguiente cuadro resume los ajustes hechos por el Tribunal a dicho peritaje, al tiempo en que da aplicación a la fórmula prevista en el artículo 20. Las cifras están expresadas a marzo de 2019.

Ejecución de Inversiones Vs Ingresos				
Valores Expresados a Marzo de 2019				
	DUFF & PHELPS	**AJUSTES**	**ARBITROS**	
Ejecución de Inversiones				
Valoración de la Obra Ejecutada	2,879,019,604,085	- 530,628,543,743	2,348,391,060,343	
Rubros Globales	310,709,218,147	- 57,266,431,850	253,442,786,297	
Total	**3,189,728,822,232**	**- 587,894,975,593**	**2,601,833,846,639**	
AUI	936,821,734,215	- 172,664,455,590	764,157,278,625	
Total CAPEX	**4,126,550,556,447**	**- 760,559,431,183**	**3,365,991,125,264**	(1)
OPEX	957,559,187,506	- 109,214,087,323	848,345,100,183	(2)
Fondeos Contractuales (Predios Actualizados)	310,057,451,255	-	310,057,451,255	
Intereses Financieros	1,006,109,201,138	- 162,228,404,906	843,880,796,232	(3)
Total CAPEX; OPEX y OTROS	**6,400,276,396,346**	**- 1,032,001,923,412**	**5,368,274,472,934**	
Ingresos				
TOTAL INGRESOS	**4,378,577,000,000**	**- 213,289,816,581**	**4,591,866,816,581**	(4)
Remuneración Contratista		**- 567,984,102,076**	**567,984,102,076**	(5)
TOTAL INGRESOS	**4,378,577,000,000**	**- 781,273,918,657**	**5,159,850,918,657**	
Valor Neto a Favor Contratista (a favor de ANI)	**2,021,699,396,346**	**- 1,813,275,842,069**	**208,423,554,277**	

Los anteriores valores reexpresados a julio de 2019, dan como resultado el valor a reconocer a la Concesionaria en cuantía de $211.273.405.561 (doscientos once mil doscientos setenta y tres millones, cuatrocientos cinco mil quinientos sesenta y un pesos, tal como se presenta a continuación:

Ejecución de Inversiones Vs Ingresos			
Valores Expresados a Julio de 2019			
	DUFF & PHELPS	**AJUSTES**	**ARBITROS**
Ejecucion de Inversiones			
Valoración de la Obra Ejecutada	2,918,385,489,304	- 537,884,021,377	2,380,501,467,927
Rubros Globales	314,957,658,623	- 58,049,456,662	256,908,201,961
Total	**3,233,343,147,928**	**- 595,933,478,039**	**2,637,409,669,888**
AUI	949,631,239,509	- 175,025,359,674	774,605,879,835
Total CAPEX	**4,182,974,387,436**	**- 770,958,837,713**	**3,412,015,549,723**
OPEX	970,652,243,563	- 110,707,411,376	859,944,832,187
Fondeos Contractuales (Predios Actualizados)	314,296,979,885	-	314,296,979,885
Intereses Financieros	1,019,866,099,241	- 164,446,613,062	855,419,486,179
Total CAPEX; OPEX y OTROS	**6,487,789,710,125**	**- 1,046,112,862,151**	**5,441,676,847,974**
Ingresos			
TOTAL INGRESOS	**4,438,446,880,483**	**- 216,206,206,044**	**4,654,653,086,527**
Remuneracion Contratista		**- 575,750,355,886**	**575,750,355,886**
TOTAL INGRESOS	**4,438,446,880,483**	**- 791,956,561,930**	**5,230,403,442,413**
Valor Neto a Favor Contratista (a favor de ANI)	**2,049,342,829,642**	**- 1,838,069,424,081**	**211,273,405,561**

Para la determinación del IPC acumulado a julio de 2019, se tomó la inflación estimada para Junio del mismo año, dado que a la fecha del laudo el DANE no había reportado la inflación del último mes. La siguiente tabla muestra los índices de IPC que fueron aplicados para los cálculos:

Mes	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Enero	0.59%	0.69%	0.91%	0.73%	0.30%	0.49%	0.64%	1.29%	1.02%	0.63%	0.60%
Febrero	0.84%	0.83%	0.60%	0.61%	0.44%	0.63%	1.15%	1.28%	1.01%	0.71%	0.57%
Marzo	0.50%	0.25%	0.27%	0.12%	0.21%	0.39%	0.59%	0.94%	0.47%	0.24%	0.43%
Abril	0.32%	0.46%	0.12%	0.14%	0.25%	0.46%	0.54%	0.50%	0.47%	0.46%	0.50%
Mayo	0.01%	0.10%	0.28%	0.30%	0.28%	0.48%	0.26%	0.51%	0.23%	0.25%	0.31%
Junio	-0.06%	0.11%	0.32%	0.08%	0.23%	0.09%	0.10%	0.48%	0.11%	0.15%	0.27%
Julio	-0.04%	-0.04%	0.14%	-0.02%	0.04%	0.15%	0.19%	0.52%	-0.05%	-0.13%	0.27%
Agosto	0.04%	0.11%	-0.03%	0.04%	0.08%	0.20%	0.48%	-0.32%	0.14%	0.12%	0.00%
Septiembre	-0.11%	-0.14%	0.31%	0.29%	0.29%	0.14%	0.72%	-0.05%	0.04%	0.16%	0.00%
Octubre	-0.13%	-0.09%	0.19%	0.16%	-0.26%	0.16%	0.68%	-0.06%	0.02%	0.12%	0.00%
Noviembre	-0.07%	0.19%	0.14%	-0.14%	-0.22%	0.13%	0.60%	0.11%	0.18%	0.12%	0.00%
Diciembre	0.08%	0.65%	0.42%	0.09%	0.26%	0.27%	0.62%	0.42%	0.38%	0.30%	0.00%
En año corrido	2.00%	3.17%	3.73%	2.44%	1.94%	3.66%	6.77%	5.75%	4.09%	3.18%	2.99%
Acumulado	**102.00%**	**105.23%**	**109.16%**	**111.82%**	**113.99%**	**118.16%**	**126.16%**	**133.42%**	**138.87%**	**143.29%**	**147.57%**

2.9. Aplicación de la Sentencia C-207-18 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 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 1° 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.
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".*

H. SOBRE LA APLICACIÓN DE LOS EFECTOS CONTEMPLADOS EN EL ARTÍCULO 206 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO RELATIVO AL JURAMENTO ESTIMATORIO

1. JURAMENTO ESTIMATORIO

El artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, que fue modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014, concordante con el numeral 7 del artículo 82 del Código General del Proceso, preceptúa:

> "**Artículo 206. Juramento estimatorio.** Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando

cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. (…).

Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.
(…)

"Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.

"El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento.
(…)

"Parágrafo. También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.

"La aplicación de la sanción prevista en el presente parágrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte."

En virtud de las declaraciones y condenas que se harán en este Laudo Arbitral según se acaba de analizar en capítulos anteriores, corresponde al Tribunal resolver si procede la aplicación de las sanciones a que se refiere el artículo 206 del C.G.P. antes transcrito, toda vez que, como ha quedado argumentado, procede la declaratoria de nulidad absoluta del contrato.

En la demanda reformada y en la demanda de reconvención reformada se dio cumplimiento a este requisito procesal, cuyos montos fueron objetados por cada parte. Por su parte, la ANDJE, en memorial del 26 de septiembre de 2016, presentó objeción al juramento estimatorio de la parte convocante.

Tiene en cuenta el Tribunal que las partes propusieron un debate jurídico, nada temerario, donde expusieron posiciones antagónicas, pero bien fundadas, y si no se acogieron los argumentos de alguna de ellas, no fue por negligencia de su apoderado en la demostración de los supuestos de hecho, de derecho y probatorios de su reclamo, sino porque, por considerarse más ajustada a derecho se aceptó la tesis de la nulidad absoluta del contrato. De otra parte, la declaratoria de nulidad absoluta del contrato le impide al Tribunal entrar a analizar y resolver las pretensiones de las demandas arbitrales y de reconvenciòn reformadas, lo cual determina la improcedencia de la aplicación de las sanciones de que trata el artículo 206 del C.G.P., tal y como se dispondrá enseguida.

Encuentra el Tribunal que ni la Parte Convocante ni la Parte Convocada hubieren actuado temerariamente o de mala fe en tal estimación. Además de lo anterior, como quiera que no hay lugar a decidir sobre las pretensiones de la demanda, sino a ordenar las restituciones derivadas de la declaratoria de nulidad del Contrato conforme a lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, no es procedente la sanción por este concepto.

I. COSTAS

El Tribunal procede a estudiar los fundamentos de la decisión sobre la solicitud de condena en costas contenida en la demanda.

En la pretensión DECIMO TERCERA de la demanda reformada correspondiente al proceso 4190 y en la pretensión DECIMO SEXTA de la demanda reformada correspondiente al proceso 4209 se solicitó condena en costas y agencias en derecho. De manera similar, en la pretensión QUINTA de la reforma de la demanda de reconvención se solicitó condena en costas.

Dispone el artículo 188 del CPACA que *"salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.*

A su vez, el artículo 365 del Código General del Proceso establece:

"En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción."

Para la decisión sobre este tema, el Tribunal tendrá presente la siguiente jurisprudencia del Consejo de Estado:

"En la nueva regulación de las costas en el proceso administrativo no basta entonces que la parte sea vencida, toda vez que se requiere una valoración de la conducta observada por ella en el proceso (...) Es claro que el legislador no ha querido en este caso aplicar un criterio absoluto para determinar a cargo de quién están las costas del proceso y por lo tanto, no es la ausencia de razón en la pretensión u oposición lo que hace sujeto de la sanción a la parte sino su conducta abusiva que implique un desgaste innecesario para la administración y para la parte vencedora".[140]

De acuerdo con todo lo anterior, el Tribunal concluye que no es procedente la condena en costa a ninguna de las dos partes, por cuanto su actuación no se considera temeraria.

IV.- DECISIÓN

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal Arbitral convocado por la sociedad **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.**, para resolver sus controversias con la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**, administrando justicia por habilitación de las Partes, en decisión unánime, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

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 la Sociedades **EPISOL S.A.S.**, **CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.,** y **ODEBRECHT LATINVEST COLOMBIA S.A.S.,** al dictamen pericial rendido por **FOREST PARTNERS, ESTRADA Y ASOCIADOS, S.L. – 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 diciembre 2015 (Acta No. 5), las cuales fueron levantadas

de oficio mediante el Auto No. 34 del 17 enero 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 contractual 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, 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 su 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.

DECIMA 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.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

La anterior de decisión se notificó en audiencia.

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR
Árbitro Presidente

CATALINA HOYOS JIMÉNEZ
Árbitro

CARLOS MAURICIO GONZÁLEZ ARÉVALO
Árbitro

ODEBRECHT
Ingeniería & Construcción Internacional

Bogotá D.C., 12 de marzo de 2019

Doctora
Vanessa Garay Guzmán
Representante Legal
Episol S.A.S.
Bogotá D.C

Doctor
Jorge Alejandro Gonzalez Gomez
Representante Legal
CSS Constructores S.A.
Chía

Doctor
Alberto Mariño Samper
Miembro Comité Dirección
Consorcio Constructor Ruta del Sol
Bogotá D.C.

Doctor
Carlos Gustavo Ramirez Villa
Director de Contrato
Consorcio Constructor Ruta del Sol
Bogotá D.C

Referencia: Aprobación Acta Liquidación Consorcio Constructor Ruta del Sol - CONSOL
Asunto: Remisión Constancia

Respetados,

Por medio de la presente y conforme a lo estipulado en la cláusula VI del Acuerdo Consorcial estamos remitiendo a Ustedes en original, la "CONSTANCIA DE APROBACIÓN DEL ACTA DE LIQUIDACIÓN DEL ACUERDO DE CONSORCIO SUSCRITO ENTRE CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A., ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A.S. Y CSS CONSTRUCTORES S.A."

Atentamente,

GUILLERMO SUAREZ SOLIS
Representante Legal
Construtora Norberto Odebrecht S.A.
Sucursal Colombia

LILIANA CAROLINA SARMIENTO V.
Representante Legal
Construtora Norberto Odebrecht S.A.
Sucursal Colombia

C.C.: Dr. Carlos Castro Ferreira Filho - Miembro Principal Comité de Dirección CONSOL.

Odebrecht Ingeniería & Construcción Internacional
Calle 93 No 11ª – 28 Oficina 301
Edificio Capital Park
Bogota – Colombia
Tel. (57) (1) 6216218
Fax (57) (1) 6519183
www.odebrecht.com

Gestion Documental
Correspondencia Recibida
Vigencia: 2019 - Radicado de Entrada: R-570
Fecha de Radicación: 12/03/2019-11:35 AM
Sede: EPISOL SAS
Asunto: APROBACION ACTA LIQUIDACION CONSOL REMISION CONSTANCIA
Remitente: ODEBRECHT INGENIERIA Y CONSTRUCCION INTERNACIONAL
Destinatarios: Angie Mariam Perez Gutierrez GERENCIA GEN

ODEBRECHT Jurídico

ODEBRECHT
Ingeniería & Construcción Internacional

CONSTANCIA DE APROBACIÓN DEL ACTA DE LIQUIDACIÓN DEL ACUERDO DE CONSORCIO SUSCRITO ENTRE CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A., ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A.S. Y CSS CONSTRUCTORES S.A.

CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A., en su calidad de Líder del Consorcio Constructor Ruta del Sol, en ejercicio de sus facultades contractuales, aprueba el Acta de Liquidación del Consorcio Constructor Ruta del Sol previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

1. Que el día trece de abril de 2010, Construtora Norberto Odebrecht S.A., Episol S.A.S. y CSS Constructores S.A. suscribieron un Acuerdo de Consorcio, (en adelante "el Acuerdo Consorcial"), mediante el cual se conformó el Consorcio Constructor Ruta del Sol.

2. Que el 22 de febrero de 2017 se suscribió el Acuerdo para la Terminación y Liquidación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, celebrado entre la Agencia Nacional de Infraestructura- ANI y la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., que tuvo algunas modificaciones reflejadas en el acuerdo celebrado el 27 de marzo de 2017.

3. Que el 20 de octubre de 2017 se suscribió entre la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y la ANI, el Acta de Reversión y Entrega de la Infraestructura Vial y Bienes Destinados al Contrato de Concesión No 001 de 2010 del Corredor Vial Ruta del Sol Sector 2 Troncal Puerto Salgar - San Roque y Transversal Río de Oro – Aguaclara – Gamarra.

4. Que de conformidad con lo dispuesto en el numeral i) de la cláusula XIII del Acuerdo Consorcial, la terminación del Contrato de Concesión, acarrea la terminación y liquidación de CONSOL.

5. Que el Contrato de Construcción terminó en razón a que se ha terminado el Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

Odebrecht Ingeniería & Construcción Internacional
Calle 93 No 11ª – 28 Oficina 301
Edificio Capital Park
Bogota – Colombia
Tel. (57) (1) 6216218
Fax (57) (1) 6519183
www.odebrecht.com

ODEBRECHT Jurídico

6. Que de conformidad con lo dispuesto en el iv) de la cláusula XIII del Acuerdo Consorcial, constituya causal de terminación y liquidación de CONSOL la terminación anticipada del Contrato de Construcción.

7. Que por lo tanto, no se está en presencia de un evento que tenga como resultado o tenga como efecto la disolución y liquidación anticipada del Consorcio antes de la terminación del Contrato de Construcción.

8. Que la cláusula XIII del Acuerdo Consorcial establece que el Director de Obra debe elaborar el Acta de Liquidación del consorcio cuyo contenido debe (i) establecer el estado en que quedan los derechos y obligaciones a favor y a cargo de las partes, (ii) establecer el balance de la ejecución de las obligaciones de los consorciados, (iii) liquidar las sumas a restituirse y pagarse entre los consorciados. Elaborada el acta está se presentará al Comité de Dirección para su aprobación.

9. Que el Director de Obra es un delegado de Construtora Norberto Odebrecht S.A., quien tiene la calidad de Líder del Consorcio Constructor Ruta del Sol y en tal carácter ejerce la representación y el liderazgo del Consorcio.

10. Que el Acta de Liquidación contiene todos los ítems señalados en la cláusula XIII del Acuerdo Consorcial.

11. Que mediante comunicación del día 18 de diciembre de 2018, el Director de Obra convocó al Comité de Dirección para el día 16 de enero de 2019 con el fin de someter a consideración el Acta de Liquidación.

12. Que el día 16 de enero de 2019 se llevó a cabo la reunión ordinaria del Comité de Dirección, en la que encontrándose presentes los tres miembros del Comité, se sometió a consideración para comentarios el Acta de Liquidación.

13. Que mediante comunicación del día 31 de enero de 2019, el Director de Obra convocó al Comité de Dirección para el día 5 de febrero de 2019 con el fin de someter a aprobación el Acta de Liquidación

Odebrecht Ingeniería & Construcción Internacional
Calle 93 No 11ª – 28 Oficina 301
Edificio Capital Park
Bogota – Colombia
Tel. (57) (1) 6216218
Fax (57) (1) 6519183
www.odebrecht.com

ODEBRECHT
Jurídica

03

14. Que por falta de disponibilidad de los miembros del Comité de Dirección, la reunión se llevó a cabo el día 15 de febrero de 2019, con la presencia de todos sus miembros y en ella, puesta a consideración el Acta de Liquidación no se obtuvieron todos los votos o unanimidad para su aprobación.

15. Que conforme a lo estipulado en la cláusula VI del Acuerdo Consorcial, en tales circunstancias el Director de Obra debe hacer convocar a una segunda reunión del Comité de Dirección para deliberar nuevamente sobre la aprobación del Acta de Liquidación.

16. Que el Director de Obra procedió a hacer la convocatoria de la segunda reunión el día 18 de febrero de 2019, para el día 22 de febrero de 2019.

17. Que por falta de disponibilidad del Representante de Episol en la fecha fijada en la convocatoria, el Comité de Dirección se reunió el día 8 de marzo de 2019 con la presencia de todos sus miembros, y en dicha reunión fue sometida a votación por segunda vez el Acta de Liquidación, sin que se hubiere obtenido la unanimidad para su aprobación.

18. Que conforme a lo estipulado en la cláusula VI del Acuerdo Consorcial, las decisiones que no sean de aquellas para cuya adopción se requiere la aprobación del Representante designado por Episol, que no se aprueben por unanimidad en la reunión de segunda convocatoria, le corresponde al Líder adoptarla.

19. Que habiendo surtido el procedimiento para la adopción de decisiones del Comité de Dirección previsto en el Acuerdo Consorcial, el Acta de Liquidación no es una de aquellas decisiones para cuya adopción se requiere la aprobación del Representante designado por Episol.

20. Que no existen obligaciones entre los Consorciados y que las obligaciones ciertas a cargo del Consorcio han sido pagadas con cargo al patrimonio Consorcial, razón por la que no es necesario que los Consorciados destinen recursos adicionales propios para el pago de las obligaciones a cargo del Consorcio, por lo que el Acta de Liquidación no afecta de forma

Odebrecht Ingeniería & Construcción Internacional
Calle 93 No 11ª – 28 Oficina 301
Edificio Capital Park
Bogota – Colombia
Tel. (57) (1) 6216218
Fax (57) (1) 6519183
www.odebrecht.com

ODEBRECHT Jurídico

C8

substancialmente adversa los derechos económicos de los miembros del Consorcio, incluyendo a Episol.

21. Que el Acta de Liquidación no comporta la realización de actos o la asunción de obligaciones extrañas a la finalidad del Consorcio.

22. Que el Acta de Liquidación elaborada por el Director de Obra cumple en su totalidad con los requisitos de la cláusula XIII del Acuerdo Consorcial, así:

Requisito	Acápite del Acta correspondiente
Establecer el estado en que quedan los derechos y obligaciones a favor y a cargo de las partes.	Numeral 5 denominado *"Estado en que quedan los derechos y obligaciones a favor y a cargo de las partes"*, en especial el numeral 5.1
Establecer el balance de la ejecución de las obligaciones de los consorciados	Numeral 4 denominado *4. Estado en que quedan las obligaciones de CONSOL".*
Liquidar las sumas a restituirse y pagarse entre los consorciados.	Numeral 6 denominado *"Restitución de sumas remanentes líquidas a los Consorciados"*

23. Que las contingencias expuestas en el Anexo 6 del Acta de Liquidación del Consorcio se determinaron y midieron conforme el juicio del Director de Obra, complementado por informes de abogados expertos para las contingencias de orden laboral y jurídico y por el informe de una empresa experta para las contingencias ambientales.

24. Que forman parte del Acta Liquidación los estados de situación financiera cortados al 28 de febrero de 2019.

25. Que el Director de Obra presentó informe de gestión de las actividades realizadas en la fase de liquidación del Consorcio.

En consideración de lo anterior, el líder del Consorcio en ejercicio de sus facultades contractuales,

Odebrecht Ingeniería & Construcción Internacional
Calle 93 No 11ª – 28 Oficina 301
Edificio Capital Park
Bogota – Colombia
Tel. (57) (1) 6216218
Fax (57) (1) 6519183
www.odebrecht.com

ODEBRECHT

CS

ODEBRECHT
Ingeniería & Construcción Internacional

RESUELVE:

Primero: Aprobar el Acta de Liquidación elaborada por el Director de Obra, que se adjunta y forma parte integral de la presente constancia.

Dada en, Bogotá, D.C., a los doce (12) días del mes de marzo de 2019

GUILLERMO SUAREZ SOLIS
Representante Legal
Construtora Norberto Odebrecht S.A.
Sucursal Colombia

LILIANA CAROLINA SARMIENTO V.
Representante Legal
Construtora Norberto Odebrecht S.A.
Sucursal Colombia

Odebrecht Ingeniería & Construcción Internacional
Calle 93 No 11ª – 28 Oficina 301
Edificio Capital Park
Bogota – Colombia
Tel. (57) (1) 6216218
Fax (57) (1) 6519183
www.odebrecht.com

ODEBRECHT Jurídico

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

Al contestar cite el No. 2021-01-481789

Tipo: Salida Fecha: 04/08/2021 07:58:31 PM
Trámite: 17500 - ESTUDIO, ADMISION, INADMISION O RECHAZO
Sociedad: 800155291 - CONSTRUTORA NORBE Exp. 25742
Remitente: 460 - GRUPO DE ADMISIONES
Destino: 4151 - ARCHIVO APOYO JUDICIAL
Folios: 8 Anexos: NO
Tipo Documental: AUTO Consecutivo: 460-009992

AUTO

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

Sujeto del Proceso
Constructora Norberto Odebretch S.A.

Proceso
Liquidación Judicial

Asunto
Se convoca apertura proceso de liquidación judicial
Se imparten órdenes

Expediente
25742

I. ANTECEDENTES.

1. Mediante Resolución 300-000475 de febrero 10 de 2017, la Superintendencia de Sociedades sometió a control a la sucursal de sociedad extranjera Constructora Norberto Odebrecht S.A..

2. Con Resolución 301-000758 de marzo 11 de 2021, el Director de Supervisión Empresarial de esta Entidad, resolvió convocar a la citada sucursal de sociedad extranjera al trámite de un proceso de insolvencia en la modalidad de liquidación judicial.

3. Con Memorando 300-005839 de junio 21 de 2021, el Superintendente Delegado de Supervisión Societaria informó a la Superintendente Delegada de Procedimientos de Insolvencia, sobre la decisión adoptada por la Dirección de Supervisión Empresarial.

4. Con Memorando 301-006405 de julio 7 de 2021, el Director de Supervisión Empresarial, dando alcance al Memorando 300-005839, adjuntó la constancia de ejecutoria 515-001474 del 2 de julio del año en curso, a través de la cual, el Coordinador del Grupo de Notificaciones Administrativas certifica la firmeza de la Resolución 301-000758 del 11 de marzo de 2021, "(…) *Por la cual se convoca a una sucursal de sociedad extranjera al trámite de un proceso de insolvencia en la modalidad de liquidación judicial.".*

II. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO.

1. Por Resolución 300-000475 de febrero 10 de 2017, la sucursal de sociedad extranjera Constructora Norberto Odebrecht S.A., está sometida a control de la Superintendencia de Sociedades.

2. El numeral 7 del artículo 85 de la Ley 222 de 1995, modificado por el artículo 43 de la Ley 1429 de 2010, establece que la Superintendencia de Sociedades tiene la facultad de convocar a la sociedad al trámite de un proceso de insolvencia, independientemente a que esté incursa en una situación de cesación de pagos.

3. La Ley 1116 de 2006, por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial, establece en su artículo 49.3 que procederá de manera inmediata el inicio de un proceso de liquidación judicial, cuando lo solicite la autoridad que vigile o controle a la respectiva empresa.

4. Con Resolución 301-000758 de marzo 11 de 2021, el Director de Supervisión Empresarial de esta Entidad, resolvió convocar a la citada sucursal de sociedad extranjera al trámite de un proceso de insolvencia en la modalidad de liquidación judicial. En dicha providencia se dejaron plasmadas las razones por las cuales este ente de vigilancia y control, adoptó la decisión de convocar a Constructora Norberto Odebrecht S.A., al trámite de un proceso de insolvencia en la modalidad de liquidación judicial.

En mérito de lo expuesto, el Coordinador del Grupo de Admisiones,

RESUELVE

Primero. Decretar la apertura del proceso de Liquidación Judicial de los bienes de la sucursal de sociedad extranjera Constructora Norberto Odebrecht S.A., NIT 800.155.291, con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. Advertir que, como consecuencia de lo anterior, la sucursal de sociedad extranjera ha quedado en estado de liquidación y que, en adelante, para todos los efectos legales, deberá anunciarse siempre con la expresión *"en Liquidación Judicial"*.

Tercero. Advertir que, de conformidad con el artículo 61 de la Ley 1116 de 2006, en caso de la existencia de subordinación o de grupo empresarial, se presume que la situación de liquidación es producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la persona jurídica matriz, controlante en virtud de la subordinación.

Cuarto. Advertir que, de conformidad con el artículo 50.2 de la Ley 1116 de 2006, la declaración de apertura del presente proceso produce la cesación de funciones de administradores, órganos sociales y de fiscalización, si los hubiere.

Quinto. Advertir a los administradores, exadministradores, asociados y controlantes que, a partir de la expedición del presente auto, están imposibilitados para realizar operaciones en desarrollo de su actividad comercial, toda vez que únicamente conserva su capacidad jurídica para desarrollar los actos necesarios tendientes a la inmediata liquidación del patrimonio, sin perjuicio de aquellos que busquen la adecuada conservación de los activos. Los actos celebrados en contravención a lo anteriormente dispuesto, serán ineficaces de pleno derecho.

Sexto. Advertir a los administradores, exadministradores, asociados y controlantes, sobre la prohibición de disponer de cualquier bien que forme parte del patrimonio liquidable de la deudora o de realizar pagos o arreglos sobre obligaciones anteriores al inicio del proceso de liquidación judicial, a partir de la fecha de la presente providencia, so pena de ineficacia, cuyos presupuestos serán reconocidos por el juez del concurso sin perjuicio de las sanciones que este Despacho les imponga, tal como lo prevé el artículo 50.11 de la Ley 1116 de 2006.

Séptimo. Ordenar al exrepresentante legal de la sucursal que, dentro del mes siguiente a la fecha de expedición de esta providencia, presente el informe de que trata la Circular Externa 100-000004 de 26 de septiembre de 2018, o sea, el punto de entrada 10 - Inventario de Patrimonio Liquidable y Transición (Ajuste al Patrimonio Liquidable), con

corte al día anterior a la fecha de esta providencia, junto con los documentos adicionales enunciados en los literales a. y d. del numeral tercero de esa circular.

Advertir que, con la rendición de cuentas el exrepresentante legal debe presentar una conciliación entre los saldos del estado inicial de los activos netos en liquidación y los saldos del último estado de situación financiera (balance) preparado bajo la hipótesis de negocio en marcha.

Octavo. Ordenar al exrepresentante legal de la sucursal que, el informe de que trata el ordinal anterior, presente la contabilidad con la base contable del valor neto de liquidación, de conformidad con lo previsto en el Decreto 2101 de 2016.

Noveno. Advertir al exrepresentante legal que, no obstante la apertura del proceso de liquidación judicial, seguirá siendo responsable de la guarda y custodia de los documentos sociales así como de los activos propiedad de la concursada, hasta que se lleve a cabo la diligencia de embargo y secuestro de bienes y entrega de libros y papeles sociales.

Décimo. Ordenar al exrepresentante legal que remita al correo electrónico webmaster@supersociedades.gov.co, copia escaneada de los libros de contabilidad de la sucursal, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de esta providencia. Los mismos se podrán remitir cargando los archivos a una nube de acceso compartido con la Entidad que ofrezca seguridad sobre su contenido.

Undécimo. Advertir al exrepresentante legal que, el incumplimiento de las órdenes puede acarrearle la imposición de multas, sucesivas o no, de hasta doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (200 s.m.l.m.v.), de conformidad con lo previsto en el artículo 5.5 de la Ley 1116 de 2006.

Décimo segundo. Advertir que el proceso inicia con un activo reportado, a 31 de diciembre de 2019, de $127.401.576.000. Se advierte que este valor será determinado realmente al momento de aprobarse el inventario de bienes por parte del juez del proceso, en la etapa procesal correspondiente.

Décimo tercero. Designar como liquidador de la sucursal de sociedad extranjera, de entre los inscritos en la lista oficial de auxiliares de la justicia, a:

NOMBRE	Darío Laguado Monsalve
C.C.	19.139.571
CONTACTO	Dirección: Calle 70 A No. 11 - 83 Bogotá D.C. Correo electrónico: dariolaguadoinsolvencia@yahoo.com Teléfono fijo: 5439850 Teléfono móvil: 3106961664

Se advierte al auxiliar designado que deberá tener en cuenta el Protocolo establecido en la Circular Interna 500-000021 de 19 de abril de 2020, proferida por esta Superintendencia, para su posesión. Así mismo, deberá tener en cuenta los Protocolos de bioseguridad y diligencias virtuales, contenidos en la Circular 100-000012 de 26 de junio de 2020 y en la Resolución 100-005027 de 31 de julio de 2020.

Décimo cuarto. Advertir al auxiliar de la justicia que, con la firma del acta de posesión queda obligado a acatar el Manual de Ética y Conducta Profesional para los auxiliares de la justicia de la lista administrada por la Superintendencia de Sociedades, contenida en la Resolución 100-000083 de 19 de enero de 2016, que hace parte de la reglamentación del Decreto 2130 de 2015; y de forma previa a la diligencia de posesión deberá suscribir el formato de compromiso de confidencialidad contenido en la Resolución 130-000161 de 4 de febrero de 2016 e informar sobre el acaecimiento de cualquier hecho que pueda ser constitutivo de conflicto de interés o que pueda afectar negativamente el ejercicio de sus funciones.

Así mismo, el liquidador debe cumplir con el envío de los reportes de información señalados en la Resolución 100-001027 de 24 de marzo de 2020, que reglamentó el Decreto 65 de 2020, en cada una de las etapas allí señaladas.

Décimo quinto. Ordenar al liquidador que presente caución judicial por el 0.3% del valor total de los activos, para responder por su gestión y por los perjuicios que con ella llegare a causar, la cual deberá amparar el cumplimiento de sus obligaciones legales, incluyendo las generadas del ejercicio de su labor como secuestre de los bienes de la concursada, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución 100-000867 de 9 de febrero de 2011. Para el efecto dispone de cinco (5) días hábiles, a partir de su posesión, para acreditar ante este Despacho la constitución de la póliza. (art. 2.2.2.11.8.1 Decreto 1074 de 2015). La referida caución judicial deberá amparar toda la gestión del liquidador y, hasta por cinco (5) años contados a partir de la cesación de sus funciones.

Décimo sexto. Advertir que el valor asegurado de la caución judicial no podrá en ningún caso ser inferior a veinte salarios mínimos legales mensuales vigentes (20 s.m.l.m.v.), sin superar el 6% del valor de los activos, de conformidad con el parágrafo del artículo 67 de la Ley 1116 de 2006. Se advierte igualmente al auxiliar de justicia que, en caso de incrementarse el valor de los activos, dentro de los tres (3) días siguientes a la ejecutoria del auto por medio del cual se aprueba el inventario valorado de bienes, deberá ajustar el valor asegurado de la póliza presentada.

Décimo séptimo. Advertir que los gastos en que incurra el auxiliar para la constitución de la citada caución serán asumidos con su propio peculio y en ningún caso serán imputados a la sucursal concursada.

Décimo octavo. Decretar el embargo y secuestro de todos los bienes, haberes y derechos de propiedad de la sucursal susceptibles de ser embargados.

Décimo noveno. Ordenar al liquidador que, dentro de los cinco (5) días siguientes a su posesión, proceda a inscribir la presente providencia en las oficinas de registro correspondientes, a efectos de que queden inscritos los embargos.

Vigésimo. Ordenar al liquidador que proceda a diligenciar y registrar ante Confecámaras el formulario de registro de ejecución concursal ordenado en el Decreto 1074 de 2015, artículo 2.2.2.4.2.58 y concordantes y, allegue el respectivo soporte al expediente, dentro de los cinco (5) días siguientes a su posesión.

Vigésimo primero. Ordenar al liquidador que, dentro de los cinco (5) días siguientes a su posesión, verifique cuáles contratos son necesarios para la conservación de los activos y solicite al juez del concurso autorización para continuar su ejecución, conforme lo establece el artículo 50.4 de la Ley 1116 de 2006.

Vigésimo segundo. Ordenar al liquidador que presente dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de entrega de libros y documentos de la sucursal, un estimativo de gastos del proceso, indicando concepto, valor mensual y término.

En todo caso, el juez ejercerá las facultades del artículo 5.3 de la Ley 1116 de 2006, cuando se remitan los respectivos contratos o nombramientos.

Vigésimo tercero. Poner en conocimiento del auxiliar de la justicia que, durante el proceso, este Despacho se abstendrá de proferir providencias que le informen de nuevos memoriales radicados con destino al expediente, por lo tanto, deberá consultar el mismo y otorgar el trámite respectivo.

Vigésimo cuarto. Advertir al liquidador que, dentro de los diez (10) días siguientes a su posesión, remita al Despacho la relación de contratos de trabajo vigentes a la fecha de apertura del proceso, indicando el cargo, salario, antigüedad y verificación de aportes a la seguridad social.

Vigésimo quinto. Ordenar al liquidador que, dentro de los diez (10) días siguientes a su posesión, comunique sobre el inicio del proceso de liquidación judicial a todos los jueces y autoridades jurisdiccionales, a las fiduciarias, a los notarios y cámaras de comercio que tramiten procesos de ejecución, de restitución, o de ejecución especial de la garantía sobre bienes del deudor, a través de medios idóneos (correo electrónico, correo certificado o notificación personal), transcribiendo el aviso expedido por esta Entidad.
Advertir que los jueces de conocimiento de procesos de ejecución o de aquellos en los cuales se esté ejecutando la sentencia, deberán remitir al juez del concurso todos los procesos de ejecución que estén siguiéndose contra la deudora, hasta antes de la audiencia de decisión de objeciones, con el objeto de que sean tenidos en cuenta para la calificación y graduación de créditos, advirtiendo en dicha comunicación que los títulos de depósito judicial a convertir, deberán ser puestos a disposición del número de expediente del portal web transaccional del Banco Agrario de Colombia, el cual suministrará en sus oficios.

Vigésimo sexto. Ordenar al liquidador que, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecución de la orden dispuesta en el ordinal anterior, remita al juez del concurso las pruebas de su cumplimiento.

Vigésimo séptimo. Ordenar al liquidador que, transcurrido el plazo previsto para la presentación de créditos, cuenta con un plazo de un (1) mes para que remita al juez del concurso el proyecto de calificación y graduación de créditos, así como los documentos que le sirvieron de soporte para su elaboración, junto con el inventario de bienes presentado con la base contable del valor neto de liquidación o la certificación de inexistencia de activos debidamente suscrita en conjunto con el contador público de la concursada, para surtir el respectivo traslado y proceder de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley 1116 de 2006.

Vigésimo octavo. Advertir al liquidador que, en caso de que la sucursal (i) cuente con activos sujetos a registro, deberán allegarse los correspondientes certificados de tradición y, (ii) no cuente con activos, deberá remitir una certificación suscrita conjuntamente con el contador público de la concursada, la cual dé cuenta de la inexistencia de activos.

Vigésimo noveno. Advertir al liquidador que, una vez ejecutoriada la providencia de calificación y graduación de créditos, e inventario de bienes, deberá ajustar los estados financieros correspondientes.

Trigésimo. Ordenar al liquidador que, de conformidad con la Circular Externa 100–000004 de 26 de septiembre de 2018, expedida por la Superintendencia de Sociedades, entregue estados financieros de fin de ejercicio por el periodo comprendido entre el 1 de enero a 31 de diciembre de cada año y estados financieros de periodos intermedios cada cuatro (4) meses, esto es, con cortes a 30 de abril y 31 de agosto de cada año, utilizando los formatos diseñados para el efecto y siguiendo las instrucciones que suministra esta Entidad, los cuales deben ser rendidos dentro de los cinco (5) primeros días hábiles del mes siguiente a la fecha de corte del periodo intermedio correspondiente y la de fin de ejercicio a más tardar el 31 de marzo del año siguiente.

Trigésimo primero. Advertir al liquidador que, el marco técnico normativo de información financiera que debe aplicar durante el proceso, es el previsto en el Decreto 2101 de 22 de diciembre de 2016, por medio del cual se adiciona un título al Decreto 2420 de 2015, Único Reglamentario de las Normas de Contabilidad, Información Financiera y de Aseguramiento de la Información.

Trigésimo segundo. Advertir al liquidador que, en caso de detectar alguna irregularidad o inconsistencia en la información contable suministrada por el exrepresentante legal, deberá iniciar las acciones legales respectivas, ante las autoridades competentes.

Trigésimo tercero. Advertir que, de conformidad con el artículo 50.5 de la Ley 1116 de 2006, la declaración de apertura del presente proceso produce la terminación de los contratos de trabajo con el correspondiente pago de las indemnizaciones a favor de los trabajadores, de conformidad con lo previsto en el Código Sustantivo del Trabajo, para lo

cual no será necesaria autorización administrativa o judicial alguna, quedando sujetas a las reglas del concurso las obligaciones de dicha finalización sin perjuicio de las preferencias y prelaciones que les correspondan. En el evento que la sucursal tenga trabajadores amparados con fuero sindical, el liquidador deberá iniciar las acciones necesarias ante el juez ordinario tendiente a obtener el levantamiento de dicho fuero. En caso de la existencia de pasivo pensional deberá informar de ello al Despacho e iniciar toda la gestión pertinente para su normalización.

Advertir al liquidador que deberá atender las disposiciones relativas a la estabilidad laboral reforzada, respecto de los trabajadores que se encuentren en la citada situación, tales como mujeres embarazadas, aforados y discapacitados, siempre que cumplan con requisitos exigidos jurisprudencialmente.

Trigésimo cuarto. Advertir que, en virtud del efecto referido en el ordinal anterior, el liquidador deberá, dentro de los diez (10) días siguientes a su posesión, reportar las respectivas novedades de retiro de personal ante las entidades de salud y pensión e iniciar la gestión para depurar la deuda con dichas entidades.

Trigésimo quinto. Advertir que, de conformidad con el artículo 50.4 de la Ley 1116 de 2006, la declaración de apertura del presente proceso produce la terminación de los contratos de tracto sucesivo, de cumplimiento diferido o de ejecución instantánea, no necesarios para la preservación de los activos, así como los contratos de fiducia mercantil o encargos fiduciarios, celebrados por el deudor en calidad de constituyente, sobre bienes propios y para amparar obligaciones propias o ajenas.

Trigésimo sexto. Advertir que, de conformidad con el artículo 50.7 de la Ley 1116 de 2006, la declaración de apertura del presente proceso produce la finalización de pleno derecho de encargos fiduciarios y los contratos de fiducia mercantil celebrados por la deudora, con el fin de garantizar obligaciones propias o ajenas con sus propios bienes. En consecuencia, se ordena la cancelación de los certificados de garantía y la restitución de los bienes que conforman el patrimonio autónomo. Lo anterior, salvo en los casos previstos en el artículo 2.2.2.12.12 del Decreto 1074 de 2015 y el parágrafo del artículo 50 de la Ley 1116 de 2006.

Trigésimo séptimo. Advertir al liquidador que deberá realizar las gestiones correspondientes a efectos de determinar la existencia de posibles devoluciones de dinero a favor de la sucursal y realizar los trámites de reintegro correspondiente, para lo cual el auxiliar de la justicia deberá informar al Despacho sobre las solicitudes de devolución efectuadas, periodos y valores reclamados, allegando copia de la reclamación elevada, para que obre en el expediente y reportar periódicamente al juez de insolvencia sobre el avance la misma.

Trigésimo octavo. Advertir al liquidador que debe elaborar el inventario de los activos de la deudora, el cual realizará en un plazo máximo de treinta (30) días contados a partir de su posesión y enviarlo a esta Entidad vía internet bajo el aplicativo Storm en el informe 25 (inventario liquidación judicial). Dichos bienes serán avaluados posteriormente por expertos que contratará el liquidador, si hay lugar a ello.

Trigésimo noveno. Advertir al liquidador que para la designación del perito avaluador deberá proceder conforme a lo dispuesto en los artículos 2.2.2.13.1.1 y siguientes del Decreto 1074 de 2015, modificado por el Decreto 991 de 2018 y el artículo 226 del Código General del Proceso y, conforme a las pautas de austeridad propias del proceso de liquidación judicial.

Se advierte al liquidador que el perito que designe debe cumplir con el lleno de los requisitos legales establecidos en la Resolución 100-001920 de mayo de 2017 de la Superintendencia de Sociedades y estar inscrito en el Registro Abierto de Avaluadores, de conformidad con lo establecido en la Resolución 100-001920 del 16 de mayo de 2017.

Cuadragésimo. Advertir al liquidador que la etapa de venta de bienes, de conformidad con el artículo 57 de la Ley 1116 de 2006, está a cargo del auxiliar de la justicia quien

deberá adelantar la debida diligencia tendiente a la verificación de la calidad de las partes compradoras, antecedentes, socios, procedencia de recursos, verificar las listas pertinentes, evitando el riesgo de lavado de activos y de la financiación del terrorismo.

Cuadragésimo primero. Requerir al liquidador para que, en virtud de lo señalado en el artículo 42 del Decreto 65 de 2020 y del Decreto 806 de 2020, habilite un blog virtual con el propósito de darle publicidad al proceso y comunicar como mínimo los siguientes aspectos:

- El estado actual del proceso de liquidación.
- Los estados financieros del deudor y la información relevante para evaluar su situación y llevar a cabo la negociación, o un vínculo a la información publicada en los registros oficiales. Esta información deberá actualizarse dentro de los primeros diez (10) días de cada trimestre.
- Los reportes y demás escritos que el auxiliar presente al juez del concurso.

Cuadragésimo segundo. Ordenar al Grupo de Apoyo Judicial de esta Entidad comunicar al liquidador designado la asignación del encargo, así como inscribir ésta en el registro mercantil. Líbrense los oficios correspondientes.

Líbrense los oficios que comunican las medidas cautelares, advirtiendo que la constitución o conversión de títulos de depósito judicial, a favor del proceso, deberán ser efectuados en la cuenta de depósitos judiciales del Banco Agrario de Colombia número 110019196110, a favor del número de expediente que en el portal web transaccional del Banco Agrario de Colombia sea asignado, el cual se informará al momento de la posesión del liquidador.

Cuadragésimo tercero. Advertir que estas medidas prevalecerán sobre las que se hayan decretado y practicado en los procesos ejecutivos y de otra naturaleza en que se persigan bienes de la deudora.

Cuadragésimo cuarto. Ordenar al Grupo de Apoyo Judicial de esta Entidad la fijación, por un término de diez (10) días, del aviso que informa acerca del inicio del presente proceso de liquidación judicial, el nombre del liquidador y el lugar donde los acreedores deberán presentar sus créditos. Copia del aviso será fijado en la página web de la Superintendencia de Sociedades, en la de la deudora, en la sede, sucursales y agencias durante todo el trámite.

Cuadragésimo quinto. Ordenar al Grupo de Apoyo Judicial de esta Entidad que oficie a la Cámara de Comercio del domicilio del deudor y sus sucursales, para que proceda a inscribir el aviso que informa sobre la expedición de la providencia de inicio del proceso de liquidación judicial.

Cuadragésimo sexto. Ordenar al Grupo de Apoyo Judicial de esta Entidad remitir una copia de la presente providencia al Ministerio del Trabajo, a la U.A.E. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y a la Superintendencia que ejerza vigilancia y control, para lo de su competencia.

Cuadragésimo séptimo. Ordenar al Grupo de Apoyo Judicial de esta Entidad proceder con la creación del número de expediente con el que se identifique el proceso de liquidación judicial en el portal web transaccional del Banco Agrario de Colombia, para efectos de la constitución de los títulos de depósito judicial.

Cuadragésimo octavo. Ordenar al Grupo de Apoyo Judicial suministrar al liquidador, el número de expediente del portal web transaccional del Banco Agrario de Colombia, en el momento de su posesión.

Cuadragésimo noveno. Advertir a las partes que las órdenes relacionadas con entrega de documentos físicos serán cumplidas por el Grupo de Apoyo Judicial una vez se levanten las medidas de distanciamiento social.

Quincuagésimo. Advertir a los acreedores de la sucursal, que disponen de un plazo de veinte (20) días contados a partir de la fecha de desfijación del aviso que informa sobre la apertura del proceso de liquidación judicial, para que, de conformidad con el artículo 48.5 de la Ley 1116 de 2006, presenten su crédito al liquidador, allegando prueba de la existencia y cuantía del mismo.

Quincuagésimo primero. Ordenar a las entidades acreedoras de aportes de pensión, que al momento de presentar reclamación de sus créditos aporten la lista de trabajadores en virtud de los cuales se generó la obligación, con identificación y periodo sin pago.

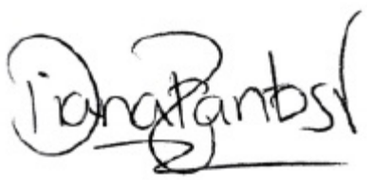
Quincuagésimo segundo. Advertir a los acreedores garantizados que, de conformidad con la Ley 1676 de 2013 y sus decretos reglamentarios, se encuentren ejecutando su garantía por medio de mecanismo de pago directo, que deberán presentar sus créditos ante el juez del proceso de liquidación y la desvinculación del activo deberá efectuarse dentro del trámite de insolvencia.

Quincuagésimo tercero. Advertir a los deudores de la concursada que, a partir de la fecha, sólo pueden pagar sus obligaciones al liquidador y que, todo pago hecho a persona distinta, será ineficaz.

Quincuagésimo cuarto. Advertir a los deudores de la concursada que, para la constitución o conversión de títulos de depósito judicial a favor del proceso, deberá tenerse en cuenta el número de expediente asignado en el portal web transaccional del Banco Agrario de Colombia, el cual será suministrado al momento de la posesión del liquidador.

Quincuagésimo quinto. Advertir a los interesados que el proceso se tramitará ante el Grupo de Procesos de Reorganización y Liquidación A**.**

Notifíquese y Cúmplase.



DIANA ROCIO SANTOS VÁSQUEZ
Coordinadora Grupo de Admisiones

TRD: ACTUACIONES DE LA LIQUIDACION JUDICIAL
2021-01-440925

CONTRATO EPC PARA EL DISEÑO, SUMINISTRO, CONSTRUCCIÓN, MEJORAMIENTO Y REHABILITACIÓN DE LAS OBRAS DEL SECTOR 2 PUERTO SALGAR – SAN ROQUE DEL PROYECTO VIAL RUTA DEL SOL

ENTRE

CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.

Y

CONSORCIO CONSTRUCTOR RUTA DEL SOL - CONSOL

26 de Abril de 2010

TABLA DE CONTENIDO

1. CLÁUSULA 1 - IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES 14

1.1. La CONCESIONARIA 14

1.2. El CONSTRUCTOR 14

2. CLÁUSULA 2 - CONSIDERACIONES 14

2.1. Antecedentes 14

2.2. Reglas de interpretación del Contrato EPC 15

2.3. Contrato Integral 16

2.4. Modificación del Contrato EPC 16

2.5. Cesión del Contrato EPC 16

2.6. Idioma 16

2.7. Leyes Aplicables 17

3. CLÁUSULA 3 - DEFINICIONES 17

3.1. "Acta de Inicio del Contrato EPC" 17

3.2. "Acta de Inicio de la Fase de Construcción del Contrato EPC" 17

3.3. "Acta de Inicio de un Hito" 18

3.4. "Acta de Terminación de un Hito" 18

3.5. "Acta de Terminación de un Tramo" 18

3.6. Acta de Terminación de la Fase de Construcción 18

3.7. "Acta de Recibo Final del Contrato de EPC" 18

3.8. "Acta de Liberación de Área de Construcción" 18

3.9. "Anexo" 18

3.10. "Apéndice" 19

3.11. "Aportes INCO" 19

3.12. "Área de Construcción" 19

3.13. "Áreas de Servicio" 19
3.14. "Autoridad Ambiental" 19
3.15. "Autoridad Gubernamental" 19
3.16. "Bases de Operaciones – BSO" 19
3.17. "Calzada" 20
3.18. "Carril" 20
3.19. "Centro de Control de Operación" 20
3.20. "Concesión" 20
3.21. "CONCESIONARIA" 20
3.22. "Contrato de Concesión" 20
3.23. "Contrato de Fiducia Mercantil" 20
3.24. "CONSTRUCTOR" 21
3.25. "Construccion" 21
3.26. "Contrato EPC" o el "Contrato" 21
3.27. "Cuenta Aportes CONCESIONARIA" 21
3.28. "Derecho de Vía" 21
3.29. "Día" 21
3.30. "Día Hábil" 21
3.31. "Dólares" o "US$" 21
3.32. "Especificaciones Técnicas" 21
3.33. "Estaciones de Peaje" 22
3.34. "Estaciones de Pesaje" 22
3.35. "Estudios de Detalle" 22
3.36. "Estudios de Trazado y Diseño Geométrico" 22
3.37. "Etapa de Operación y Mantenimiento" 22
3.38. "Etapa Pre-operativa" 22
3.39. "Evento Eximente de Responsabilidad" 23

3.40. "Fase de Construcción" 23
3.41. "Fase de Pre-construcción" 23
3.42. "Fecha de Inicio del Contrato EPC" 23
3.43. "Garantía Única de Cumplimiento" 23
3.44. "Hito" 23
3.45. "INCO" 23
3.46. "Indicador" 24
3.47. "Intervención Prioritaria" 24
3.48. "Interventoría" o "Interventor" 24
3.49. "Inventarios" 24
3.50. "INVIAS" 24
3.51. "IPC" 24
3.52. "Libro de registro de comunicaciones " 25
3.53. "Licencia Ambiental" 25
3.54. "Licitación" 25
3.55. "Ley Aplicable" 25
3.56. "Manual de Señalización" 25
3.57. "Mantenimiento" 25
3.58. "Mejoramiento" o "Mejoramiento Geométrico" 25
3.59. "Memoria Técnica" 25
3.60. "Mes" 26
3.61. "Obligaciones Ambientales y de Gestión Social" 26
3.62. "Obligaciones de Tráfico y Señalización" 26
3.63. "Obras" 26
3.64. "Obras Adicionales" 26
3.65. "Operación" 26
3.66. "Parte" 27

3.67. "Partes" 27
3.68. "Patrimonio Autónomo" 27
3.69. "Pesos" o "Col$ " 27
3.70. "Plan de Aseguramiento de la Calidad". 27
3.71. "Plan de Manejo Ambiental y Social" 27
3.72. "Plan de Señalización" 27
3.73. "Plan de Obras" 28
3.74. "Pliego de Condiciones" o "Pliegos" 28
3.75. "Predios" 28
3.76. "Programa de Intervención Prioritaria" 28
3.77. "Programa de Operación y Mantenimiento " o "POM" 28
3.78. "Propuesta" 28
3.79. "Rehabilitación" 28
3.80. "Sector" 28
3.81. "Sistema de Control" 28
3.82. "Supervisor del INCO" 29
3.83. "Peaje" 29
3.84. "Tramo" 29
3.85. "Usuarios" 29
3.86. "Variante" o "Variante de Población" 29

4. CLÁUSULA 4 - MODALIDAD DEL CONTRATO 29

5. CLÁUSULA 5 - OBJETO 30

6. CLÁUSULA 6 - ALCANCE 30

6.1. Fase de Pre-Construcción 30
6.1.1. Estudios de Detalle 30
6.1.1.1. Alcance de los Estudios de Detalle 30
6.1.1.2. Alcance Estudio de Trazado y Estudio Geométrico 31

6.2. Fase de Construcción 31

6.2.1. Ejecución de las Obras de duplicación de Calzada 31
6.2.1.1. Tramos del Sector 31
6.2.1.2. Características viales del Sector 32
6.2.1.3. Proceso de duplicación de Calzada 32
6.2.1.4. Características funcionales 32
6.2.2. Mejoramiento y Rehabilitación de la vía existente 32
6.2.3. Obras civiles y equipos electromecánicos para la Operación de la Concesión 33
6.2.4. Otras Obras 33

6.3. Mantenimiento y Operación 33
6.3.1. Intervención Prioritaria 34
6.3.2. Programa de Operación y Mantenimiento 34
6.3.3. Mantenimiento Rutinario, Periódico y de Emergencia 34
6.3.4. Operación 34

7. CLÁUSULA 7 - OBLIGACIONES DE LA CONCESIONARIA 35

7.1. Pagos al CONSTRUCTOR 35

7.2. Contrato de Fiducia Mercantil y constitución del Patrimonio Autónomo 35

7.3. Aportes de Capital al Patrimonio Autónomo 35

7.4. Financiación de las Obras 35

7.5. Diagnóstico Ambiental de Alternativas y Estudios de Impacto Ambiental 35

7.6. Licencias Ambientales 36

7.7. Plan de Manejo Ambiental 36

7.8. Plan Social Básico 36

7.9. Gestión Predial 37

7.10. Licencias, Permisos y Autorizaciones 37

7.11. Acceso y liberación del Área de Construcción 37

7.12. Firma del Acta de Inicio del Contrato EPC 38

7.13. Defensa del Derecho de Vía 38

8. CLÁUSULA 8 - INTERVENTORÍA Y REPRESENTANTE DE LA CONCESIONARIA 38

8.1. Interventoría 38

8.2. Representante de la CONCESIONARIA 39

9. CLÁUSULA 9 - OBLIGACIONES DEL CONSTRUCTOR 39

9.1. Declaraciones del CONSTRUCTOR 39
9.1.1. Respecto del Contrato de Concesión 39
9.1.2. Consentimientos Gubernamentales 39

9.2. Obligaciones Generales del CONSTRUCTOR 39
9.2.1. Representante del CONSTRUCTOR 40
9.2.2. Garantías y Pólizas de Seguros 40
9.2.3. Plan de Obras 41
9.2.4. Respecto del Área de Construcción 41
9.2.5. Sistema de Aseguramiento de la calidad 41
9.2.6. Informes y Planos 41
9.2.7. Inventarios 41
9.2.8. Subcontratistas 42
9.2.9. Colaboración del CONSTRUCTOR 42
9.2.10. Cooperación con terceros 42
9.2.11. Indemnidad 42

9.3. Obligaciones específicas del CONSTRUCTOR durante la Fase de Pre-Construcción 42
9.3.1. Generalidades 42
9.3.2. Estudios de Detalle 44
9.3.2.1. Presentación de los Estudios 44
9.3.2.2. Normas y Criterios de Diseño 45
9.3.2.3. Revisión de los Estudios 45
9.3.2.4. Plan de Aseguramiento de la Calidad 45
9.3.2.5. Modificaciones y adecuaciones del diseño 45
9.3.2.6. Corrección de los errores en los Estudios 46

9.4. Obligaciones específicas del CONSTRUCTOR durante la Fase de Construcción 46
9.4.1. Generalidades 46
9.4.2. Medio Ambiente 48
9.4.3. Protección del Patrimonio Cultural 49
9.4.4. Actas 49
9.4.5. Libro de Obra 49
9.4.6. Equipo del CONSTRUCTOR 49
9.4.7. Rutas de acceso al Proyecto y accesos de servicio 49
9.4.8. Derecho de Acceso 50
9.4.9. Derecho de Paso e Instalaciones 50
9.4.10. Actividades del CONSTRUCTOR en el Área de Construcción 50
9.4.11. Circulación de tránsito durante la ejecución de las Obras 50
9.4.12. Agua, Gas y Electricidad 51
9.4.13. Solución de interferencias 51
9.4.14. Puesta en Servicios de las Obras 51

10. CLÁUSULA 10. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS A LA FASE DE CONSTRUCCIÓN 51

10.1. Puesta en Servicio de las Obras. 51

10.2. Especificaciones Técnicas y calidad de las Obras 52

10.3. Fuentes de Materiales. 53

10.4. Pruebas y Ensayos. 53

10.5. Ubicación de Equipos. 54

10.6. Procedimiento de Verificación. 54

11. CLÁUSULA 11 - OBLIGACIONES DE LAS PARTES 54

12. CLÁUSULA 12 – DETERMINACIÓN DEL VALOR DEL CONTRATO EPC 55

12.1. Valor del Contrato EPC 55

12.2. Ajuste del valor del Contrato EPC como resultado de los Estudios de Detalle y de la aprobación de las Licencias Ambientales de cada Tramo 55

12.3. Ajustes por inflación 56

13. CLÁUSULA 13 - FORMA DE PAGO 57

13.1. Compromiso de Pago de la CONCESIONARIA 57

13.2. Compromiso de cumplimiento del CONSTRUCTOR 57

13.3. Facturas 57

13.4. Moneda de pago 58

13.5. Intereses de Mora 58

13.6. Emisión de la certificación de liquidación definitiva 58

14. CLÁUSULA 14 - INICIO DE LA ETAPA PRE-OPERATIVA 58

14.1. Inicio de la Fase de Pre-Construcción 58

14.2. Inicio de la Fase de Construcción 59

15. CLÁUSULA 15 - PLAZOS 59

15.1. Plazos de terminación de las Obras de cada uno de los Tramos 59

15.2. Ampliación de los plazos para terminación de Tramos 60

15.3. Plazo de los Estudios de Detalle 60

15.4. Culminación anticipada de las Obras 60

16. CLÁUSULA 16 - ÁREAS DE CONSTRUCCIÓN: 61

16.1. Entrega del Área de Construcción 61

16.2. Devolución del Área de Construcción 61

17. CLÁUSULA 17 - INSTALACIONES, MATERIALES, EQUIPOS, OBRAS Y EJECUCIÓN 61

17.1. Forma de ejecución 61

17.2. Inspección 61

17.3. Pruebas 62

17.4. Rechazo y Solicitud de Reparaciones 62

17.5. Cánones y Tasas 62

18. CLAUSULA 18 - MEDIO AMBIENTE 62

19. CLÁUSULA 19 - GARANTÍAS Y PÓLIZAS DE SEGUROS 63

19.1. Garantías y Pólizas de Seguros a cargo del CONSTRUCTOR 63

19.2. A cargo de cada una de las Partes según corresponda 63

20. CLÁUSULA 20 - RIESGOS 63

20.1. Riesgos asignados al CONSTRUCTOR 63

20.2. Riesgos asignados a la CONCESIONARIA 64

21. CLÁUSULA 21 - RESPONSABILIDADES 65

21.1. Responsabilidad del CONSTRUCTOR 65

21.2. Límites a la Responsabilidad del CONSTRUCTOR 65

21.3. Ausencia de Daños Indirectos y Consecuenciales 66

22. CLÁUSULA 22 - REVISIÓN DEL CONTRATO EPC POR IMPREVISIÓN 66

22.1. Eventos que dan lugar a la revisión del Contrato por imprevisión 66

23. CLÁUSULA 23 – FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO O EVENTO EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD 67

23.1. Definición del evento de Fuerza Mayor o Caso Fortuito o Evento Eximente de Responsabilidad 67

23.2. Ausencia de Responsabilidad 67

23.3. Notificación de Evento de Fuerza Mayor o Caso Fortuito o Evento Eximente de Responsabilidad 67

23.4. Fuerza Mayor en la adquisición Predial 68

23.5. Fuerza Mayor por la obtención de Licencias Ambientales 68

23.6. Fuerza Mayor por redes de servicios públicos 68

24. CLÁUSULA 24 - RECLAMOS 69

24.1. Reclamos o instrucciones de la CONCESIONARIA 69

24.2. Reclamos del CONSTRUCTOR 69

24.2.1. La CONCESIONARIA no acepta la procedencia del reclamo 70

24.2.2. La CONCESIONARIA acepta la procedencia y monto del reclamo 70

24.2.3. Reconocimiento de intereses 72

24.2.4. Colaboración del CONSTRUCTOR 72

25. CLÁUSULA 25 – MULTAS 72

26. CLÁUSULA 26 - CLÁUSULA PENAL 73

27. CLÁUSULA 27 - SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS 73

28. CLÁUSULA 28 – DEMORA Y SUSPENSIÓN DE LAS OBRAS 74

28.1. Indemnización por Demora 74

28.2. Suspensión de actividades del CONSTRUCTOR 74

28.3. Pago de las instalaciones y materiales en caso de Suspensión 75

28.4. Reanudación de las Obras 75

29. CLÁUSULA 29 - RECEPCIÓN DE LAS OBRAS POR LA CONCESIONARIA 75

30. CLÁUSULA 30 - RESPONSABILIDAD POR DEFECTOS DE CONSTRUCCIÓN: 76

30.1. Período de notificación de defectos 76

30.2. Reparación de defectos 76
30.3. Costos de reparación de defectos 76
30.4. Demoras en remediar defectos advertidos 77
30.5. Reducción en Ingresos de la CONCESIONARIA 77
30.6. Acta de Recibo Final del Contrato de EPC 77
31. CLÁUSULA 31 - LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO 77
32. CLÁUSULA 32 - TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL CONTRATO EPC 78
32.1. Terminación anticipada por caducidad del Contrato de Concesión 78
32.2. Terminación anticipada por incumplimiento del INCO 78
32.3. Terminación anticipada por terminación unilateral del Contrato de Concesión 78
32.4. Terminación anticipada por incumplimiento del CONSTRUCTOR 78
32.5. Terminación o suspensión por incumplimiento de la CONCESIONARIA: 79
32.6. Terminación anticipada por mutuo acuerdo 79
32.7. Terminación anticipada por evento de Fuerza Mayor, Caso Fortuito o Evento Eximente de Responsabilidad 80
32.8. Derechos de las Partes en caso de terminación anticipada 80
32.9. Responsabilidad del CONSTRUCTOR 82
32.10. Asunción de Obligaciones 82
33. CLÁUSULA 33 - RELACIONES CON TERCEROS 82
33.1. A cargo de la CONCESIONARIA 82
33.2. A cargo del CONSTRUCTOR 83
34. CLÁUSULA 34 DISPOSICIONES GENERALES: 83
34.1. Independencia 83
34.2. Auditoria 83
34.3. Divisibilidad 83
34.4. Propiedad Intelectual 84

34.5. Comunicaciones, Direcciones y Notificaciones 84

34.6. Títulos 85

34.7. Negociación del Contrato 85

34.8. No invocación o ejercicio de Derechos 85

34.9. Confidencialidad 85

TABLA DE ANEXOS

No.	Contenido
1	Lista de cantidades de obra y precios del Valor del Contrato EPC y de cada uno de los Tramos
2	Cronograma de pagos mensuales parciales del Valor del Contrato EPC
3	Cronograma de avance de ejecución de Obligaciones Contractuales del Contrato EPC (Hitos y Tramos del Sector)"
4	Cronograma de interfases Contrato EPC, Gestión Socio – Ambiental y Gestión Predial
5	Contrato de Concesión No. 01 de Enero 14 de 2010
6	Apéndice Técnico – Parte A
7	Apéndice Técnico – Parte B
8	Apéndice Técnico – Anexo 1: Contenido de Estudios de Detalle
9	Apéndice Técnico – Anexo 2: Medición de Indicadores
10	Apéndice Ambiental
11	Diagrama de Gantt presentado con la Propuesta
12	Listado de equipos de construcción mínimos
13	Proyectos de Propuesta para las Obras Requeridas para la Operación y Mantenimiento de la Concesión

CONTRATO EPC PARA EL DISEÑO, SUMINISTRO, CONSTRUCCIÓN, MEJORAMIENTO Y REHABILITACIÓN DE LAS OBRAS DEL SECTOR 2 PUERTO SALGAR – SAN ROQUE DEL PROYECTO VIAL RUTA DEL SOL

El presente Contrato EPC se suscribe en los términos y condiciones que se detallan a continuación:

1. CLÁUSULA 1 - IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES

1.1. La CONCESIONARIA

CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S., sociedad por acciones simplificada debidamente constituida y existente con arreglo a las Leyes de la República de Colombia (la "CONCESIONARIA"), identificada con NIT 900330667-2, debidamente representada por el señor Marko Antonio Harasic Angulo, identificado con cédula de extranjería No. 377992, y el señor Celso Carlos Buche, identificado con pasaporte No. CX 894 933, debidamente facultados según los Estatutos Sociales de dicha Sociedad.

1.2. El CONSTRUCTOR

CONSORCIO CONSTRUCTOR RUTA DEL SOL - CONSOL, Consorcio debidamente constituido por las Sociedades Construtora Norberto Odebrecht S.A., Estudios y Proyectos del Sol S.A. – EPISOL S.A. y CSS Constructores S.A., y existente con arreglo a las Leyes de la República de Colombia (el "CONSTRUCTOR"), identificado con NIT No. 900352728-8, debidamente representado por el señor Manuel Ricardo Cabral Ximenes identificado con la cédula de extranjería No. 372291, y el señor Luiz Claudio Teixeira dos Santos, identificado con cédula de extranjería No. 372176, debidamente facultados según el Acuerdo de Consorcio.

2. CLÁUSULA 2 - CONSIDERACIONES

2.1. Antecedentes

(a) Que el día 15 de diciembre de 2009 y en desarrollo del proceso licitatorio No. SEA-LP-001-2009, se adjudicó a la Promesa de Sociedad Futura SOCIEDAD CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S., el Contrato de Concesión del Sector 2, mediante Resolución No. 641 de 2009;

(b) Con fecha 14 de Enero de 2010, el Estado Colombiano actuando a través del Instituto Nacional de Concesiones – INCO (el "CONCEDENTE") y la CONCESIONARIA celebraron el Contrato de Concesión para la construcción, mejoramiento, ampliación, rehabilitación, operación y

mantenimiento de las Obras del Sector 2: Puerto Salgar – San Roque del Proyecto Vial Ruta de Sol (el "Contrato de Concesión"), en virtud del cual la CONCESIONARIA, entre otras actividades, se obligó a ejecutar la construcción, mejoramiento, ampliación y rehabilitación de las Obras señaladas en el Apéndice Técnico, Sector 2, Parte A del Contrato de Concesión;

(c) Que el Contrato de Concesión establece en su Capítulo V Sección 5.01, la obligación a cargo de la CONCESIONARIA de suscribir un contrato EPC con un constructor que cumpla y acredite unas características de experiencia mínimas;

(d) Que el día 19 de Abril de 2010 la CONCESIONARIA remitió al Interventor del Contrato de Concesión la información que acredita que el CONSTRUCTOR cumple con la experiencia mínima exigida para poder suscribir el Contrato EPC;

(e) La Interventoría con la comunicación 22 de Abril de 2010 y con arreglo a la Sección 5.02 del Contrato de Concesión manifestó su no objeción a la experiencia acreditada del CONSTRUCTOR;

(f) Con el fin de cumplir con sus obligaciones bajo el Contrato de Concesión, la CONCESIONARIA desea contratar al CONSTRUCTOR para ejecutar las Obras, según las definiciones señaladas a continuación; y,

(g) El CONSTRUCTOR se encuentra debidamente calificado y capacitado para ejecutar las obligaciones objeto del presente Contrato EPC, de conformidad con los términos establecidos en el mismo y en Contrato de Concesión, en lo aplicable al Contrato EPC.

2.2. Reglas de interpretación del Contrato EPC

Salvo que expresamente se indique lo contrario o el contexto así lo requiera, en la interpretación del Contrato EPC deberán observarse las siguientes reglas:

(a) El singular incluye el plural y viceversa;

(b) La referencia a cualquier género incluye al otro género;

(c) La referencia a cualquier contrato, documento o instrumento se entiende efectuada a tal contrato, documento o instrumento tal como haya podido ser modificado o regulado de vez en cuando de acuerdo a los términos contenidos en cada uno de ellos y, de ser aplicables, los términos contenidos en el Contrato de Concesión;

(d) La referencia a cualquier cláusula, sub-cláusula, sección, anexo o apéndice significa aquella cláusula, sub-cláusula, sección, anexo o apéndice del Contrato de Concesión, la misma que por tal efecto hace parte integrante del Contrato EPC;

(e) "Incluyendo" (y, consiguientemente, "incluye") significa que incluye sin limitar la generalidad de la descripción que precede al uso de dicho término;

(f) Cualquier enumeración o relación de conceptos donde exista la conjunción disyuntiva "o" deberá entenderse que comprende a algunos o a todos los elementos de tal enumeración o relación;

(g) Cualquier enumeración o relación de conceptos donde exista la conjunción copulativa "y" deberá entenderse que incluye a todos y cada uno de los elementos de tal enumeración o relación;

(h) Cualquier mención a "notificar" y consiguientemente a "notificación", "notificará" o conceptos similares deberá entenderse referida a comunicaciones escritas y no verbales; y

(i) Cualquier referencia a una Autoridad Gubernamental determinada deberá entenderse efectuada a la misma o a cualquier entidad que la sustituya o suceda.

2.3. Contrato Integral

El texto del Contrato EPC contiene todos los acuerdos entre las Partes en relación con los temas que son materia del mismo y reemplaza todas las negociaciones, acuerdos y declaraciones realizadas entre las Partes con anterioridad a la fecha de su suscripción, sean verbales o escritas.

2.4. Modificación del Contrato EPC

El Contrato EPC podrá ser modificado de mutuo acuerdo por las Partes, debiendo constar cualquier modificación por escrito y estar firmada por representantes de las Partes con capacidad suficiente.

2.5. Cesión del Contrato EPC

El CONSTRUCTOR no podrá ceder total o parcialmente el Contrato EPC, ni su participación derivado del mismo sin el previo consentimiento escrito de la CONCESIONARIA y aprobación del nuevo contratista EPC por parte del INCO. El CONSTRUCTOR no podrá ceder total o parcialmente cualquier beneficio derivado del Contrato EPC sin el previo consentimiento escrito de la CONCESIONARIA.

2.6. Idioma

El Contrato EPC ha sido negociado, redactado y suscrito en idioma castellano. Cualquier comunicación, acto o contrato entre las Partes con respecto al Contrato deberá efectuarse en castellano. Sin perjuicio de ello, el Contrato así como cualquier documentación vinculada al mismo podrá ser objeto de traducción, asumiendo la Parte que lo requiera el costo correspondiente. En caso de conflicto entre el texto del Contrato EPC y cualquier comunicación, acto o contrato que se desprenda o se derive del mismo y cualquier traducción de ellos, prevalecerá la versión en castellano suscrita por las Partes.

El Libro de Obra, todas las etiquetas, rótulos, instrumentos, maquinaria, equipo, componentes, hojas de instrucciones, comunicaciones, rotulados de embarque y cualquier plano o documento a ser preparado por el CONSTRUCTOR conforme a lo dispuesto en el Contrato EPC deberán estar en idioma castellano.

2.7. Leyes Aplicables

La interpretación y ejecución del presente Contrato EPC y los derechos y obligaciones que se derivan del mismo, se encuentran sometidos a las leyes vigentes de la República de Colombia, en la fecha de firma de este Contrato EPC.

3. CLÁUSULA 3 - DEFINICIONES

Para los fines de este Contrato EPC, a menos que expresamente se estipule de otra manera, los términos en mayúscula inicial que aquí se usan tendrán el significado asignado a dichos términos. Los títulos de las Secciones y Capítulos se incluyen con fines de referencia y de conveniencia pero de ninguna manera limitan, definen o describen el alcance y la intención del presente Contrato EPC y no se consideran como parte del mismo. Las palabras técnicas o científicas que no se encuentren definidas expresamente en este Contrato EPC tendrán los significados que les correspondan según la técnica o ciencia respectiva y las demás palabras se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas. Para efectos de este Contrato EPC, se establecen las siguientes definiciones:

3.1. "Acta de Inicio del Contrato EPC"

Es el documento que será suscrito entre la CONCESIONARIA y el CONSTRUCTOR, que dará inicio a la ejecución del presente Contrato EPC.

3.2. "Acta de Inicio de la Fase de Construcción del Contrato EPC"

Es el documento que será suscrito con la CONCESIONARIA una vez se cumplan todos los requisitos indicados en la Cláusula 14 del presente Contrato EPC y en el Contrato de Concesión para dar inicio a la Fase de Construcción.

3.3. "Acta de Inicio de un Hito"

Es el documento que será suscrito entre el Interventor, la CONCESIONARIA y el Supervisor del INCO una vez se cumplan todos los requisitos indicados en el Contrato de Concesión para dar inicio a la construcción de un Hito. Cada Hito tendrá su propia Acta de Inicio de un Hito.

3.4. "Acta de Terminación de un Hito"

Es el documento que será suscrito entre el Interventor, la CONCESIONARIA y el Supervisor del INCO cuando se verifique por parte del Interventor la terminación de las Obras de Construcción, o de Mejoramiento y Rehabilitación del Hito respectivo y se considere que las mismas cumplen con las Especificaciones Técnicas y con los Indicadores previstos en los Apéndices Técnicos del Contrato de Concesión.

3.5. "Acta de Terminación de un Tramo"

Es el documento que será suscrito entre la CONCESIONARIA, el INCO y el CONSTRUCTOR cuando se verifique la terminación de las Obras de Construcción, o de Mejoramiento y Rehabilitación del Tramo.

3.6. Acta de Terminación de la Fase de Construcción

Es el documento que se firme entre el Supervisor del INCO, el Interventor y la CONCESIONARIA para (i) consignar la terminación de la Fase de Construcción y de la Etapa Pre-operativa, y (ii) dar inicio a la Etapa de Operación y Mantenimiento, en los términos de la Sección 2.07 del Contrato de Concesión.

3.7. "Acta de Recibo Final del Contrato de EPC"

Es el documento que será suscrito entre la CONCESIONARIA y el CONSTRUCTOR al finalizar la Fase de Construcción y de la Etapa Pre-operativa, en la cual se verificarán los Indicadores señalados en los Apéndices Técnicos del Contrato de Concesión y se hará un inventario de los activos objeto de este Contrato EPC.

3.8. "Acta de Liberación de Área de Construcción"

Es el documento suscrito por la CONCESIONARIA y el CONSTRUCTOR, mediante el cual se deja constancia que el CONSTRUCTOR ha recibido una Área de Construcción y el estado en el cual ésta se encuentra, que será destinada a la ejecución del Contrato EPC.

3.9. "Anexo"

Son los documentos adjuntos, listados en la tabla de contenido del presente Contrato EPC y que forman parte integral del mismo.

3.10. "Apéndice"

Son los documentos adjuntos de carácter técnico, listados en la tabla de contenido del presente Contrato EPC, que incluyen, entre otros, el Contrato de Concesión y sus Anexos y que contienen obligaciones a cargo de la CONCESIONARIA y del CONSTRUCTOR y que forman parte integral del presente Contrato EPC.

3.11. "Aportes INCO"

Son los valores correspondientes al perfil de aportes anuales requeridos por la CONCESIONARIA en su Propuesta, expresados en Pesos constantes del 31 de diciembre de 2008 y que serán trasladados a la Cuenta Aportes CONCESIONARIA conforme a lo señalado en el Capítulo XIII del Contrato de Concesión.

3.12. "Área de Construcción"

Es la franja ubicada dentro del Derecho de Vía, que será puesta a disposición del CONSTRUCTOR para cumplir con sus obligaciones del Contrato EPC. El Área de la Construcción se irá incrementando proporcional y progresivamente luego de concluidos los procedimientos de adquisición y expropiación de predios, según corresponda. Dentro de esta franja se encuentra la carretera, sus bermas y accesos, puentes y obras de arte, de drenaje, muros de contención, obras de estabilidad y protección geotécnica, señalización y andenes.

3.13. "Áreas de Servicio"

Son las instalaciones diseñadas, construidas y/o adecuadas por la CONCESIONARIA, previstas en los Apéndices Técnicos, destinadas a prestar los servicios propios de la concesión y de atención a los Usuarios previstas en los Apéndices Técnicos. Las características de estas áreas, así como su número mínimo y los criterios para su ubicación están definidos en los Apéndices Técnicos.

3.14. "Autoridad Ambiental"

Es cualquier autoridad de la República de Colombia, incluyendo pero sin limitarse a las Corporaciones Autónomas Regionales, y el Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial que tenga competencia en asuntos ambientales y sociales.

3.15. "Autoridad Gubernamental"

Es cualquier autoridad de la República de Colombia, incluyendo pero sin limitarse al Ministerio de Transporte, Ministerio de Hacienda y Crédito Público y a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, entre otros, que tengan competencia sobre asuntos relacionados con el Contrato de Concesión, incluyendo a la Autoridad Ambiental.

3.16. "Bases de Operaciones – BSO"

Son las bases donde la CONCESIONARIA instalará los edificios, almacenes, talleres, silos de acopio, vehículos, maquinaria, etc. que considere necesarios para el desarrollo de sus obligaciones contractuales previstas en el Contrato de Concesión y que podrán estar localizadas junto a las Estaciones de Peaje y/o en otros puntos a lo largo de la ruta.

3.17. "Calzada"

La agrupación de dos (2) o más carriles.

3.18. "Carril"

Es la sección de la vía por donde puede circular un vehículo de forma continua en un solo sentido.

3.19. "Centro de Control de Operación"

Son las instalaciones de apoyo logístico, operacional y administrativo que la CONCESIONARIA deberá diseñar, construir, mantener y operar en el Sector, de conformidad con las Obligaciones de Operación y Mantenimiento previstas en los Apéndices Técnicos. Las características del Centro de Control de Operación están definidas en los Apéndices Técnicos.

3.20. "Concesión"

Es la Concesión cuyo contrato fue adjudicado a la CONCESIONARIA a través de la Resolución 641 de 2009 y cuyo alcance es que la CONCESIONARIA, 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.

3.21. "CONCESIONARIA"

Es la Parte a la cual le fue adjudicado el Contrato de Concesión y está plenamente identificada en la Cláusula 1 del presente Contrato EPC.

3.22. "Contrato de Concesión"

Se entenderá como el contrato de concesión No 01 del 14 de Enero de 2010 suscrito entre el INCO y la CONCESIONARIA, según se modifique o adicione de tiempo en tiempo.

3.23. "Contrato de Fiducia Mercantil"

Es el contrato de fiducia mercantil que se suscribirá con la Fiduciaria Corficolombiana S.A. y por medio del cual se constituye el Patrimonio Autónomo de la CONCESIONARIA en cumplimiento de lo previsto en el Capítulo III del Contrato de Concesión.

3.24. "CONSTRUCTOR"

Es la Parte con la cual la CONCESIONARIA suscribe el Contrato EPC de acuerdo con lo previsto en el Contrato de Concesión y está plenamente identificada en la Cláusula 1 del presente Contrato EPC.

3.25. "Construcción"

Es el conjunto de actividades requeridas para construir una calzada nueva, incluida la infraestructura afecta a la misma de tal forma que cumpla con las especificaciones técnicas definidas en el Contrato de Concesión.

3.26. "Contrato EPC" o el "Contrato"

Es este contrato suscrito por la CONCESIONARIA con el CONSTRUCTOR.

3.27. "Cuenta Aportes CONCESIONARIA"

Es la cuenta del Patrimonio Autónomo en la cual se depositarán los aportes que debe hacer la CONCESIONARIA según lo previsto en el Contrato de Concesión.

3.28. "Derecho de Vía"

Es la franja de terreno dentro del cual se encuentra la carretera, sus accesos o servicios complementarios, tales como Estaciones de Peaje, Estaciones de Pesaje y demás edificaciones, obras de arte, drenaje, muros de contención, obras de acceso a la vía, señalización, andenes, puentes, los servicios y zonas de seguridad. El detalle y dimensiones del Derecho de Vía se encuentran definidos en los Apéndices Técnicos del Contrato de Concesión y en todo caso corresponderán a lo establecido en los Estudios de Detalle. La defensa posesoria del Derecho de Vía será responsabilidad de la CONCESIONARIA, con la colaboración razonable del CONSTRUCTOR.

3.29. "Día"

Es cualquier día calendario que comprende veinticuatro (24) horas.

3.30. "Día Hábil"

Es cualquier Día de la semana de lunes a viernes (inclusive), sin incluir los Días feriados en la República de Colombia.

3.31. "Dólares" o "US$"

Es la moneda de curso legal y poder liberatorio en los Estados Unidos de América.

3.32. "Especificaciones Técnicas"

Son las características de las Obras de acuerdo con los Estudios de Detalle, las cuales atienden y cumplen con todas las estipulaciones del Contrato de Concesión y sus Apéndices Técnicos.

3.33. "Estaciones de Peaje"

Es (son) la(s) instalación(es) existente(s) y/o por instalar o reubicar de propiedad de la Nación, para el recaudo del(os) Peaje(s) que ésta, a través del INCO, entregará a la CONCESIONARIA, en virtud del Contrato de Concesión y que la CONCESIONARIA deberá diseñar, construir y equipar.

3.34. "Estaciones de Pesaje"

Es (son) la(s) instalación(es) existente(s) y/o por instalar, en cuyo caso la CONCESIONARIA las deberá diseñar, construir y equipar, las cuales son necesarias para realizar el pesaje de vehículos, en el número y con las características que se determinan en los Apéndices Técnicos, incluyendo los terrenos donde queden situadas, los cuales deberán ser adquiridos por la CONCESIONARIA.

3.35. "Estudios de Detalle"

Corresponden a los estudios y diseños de construcción de un proyecto con el alcance señalado en el Anexo 1 del Apéndice Técnico. Comprenden todas las actividades de diseño detallado en todas y cada una de las áreas técnicas de ingeniería, consideraciones ambientales, sociales, prediales y de tráfico.

3.36. "Estudios de Trazado y Diseño Geométrico"

Los estudios de trazado y diseño geométrico corresponden a los estudios relacionados con el diseño de las características geométricas de la vía en cuanto a velocidad, diseño horizontal, diseño vertical, sección transversal y demás aspectos técnicos relacionados con el diseño geométrico de una vía, con el alcance señalado en el Anexo 1 del Apéndice Técnico.

3.37. "Etapa de Operación y Mantenimiento"

Se refiere a la segunda etapa del Contrato de Concesión durante la cual la CONCESIONARIA se encargará de la realización de las actividades correspondientes a la Operación y a las Obras de Mantenimiento sobre el Sector, la cual inicia cuando se suscriba el Acta de Terminación de la Fase de Construcción.

3.38. "Etapa Pre-operativa"

Se refiere a la primera etapa del Contrato de Concesión durante la cual el CONSTRUCTOR deberá cumplir con las obligaciones de la Fase de Pre-construcción y de la Fase de Construcción, señaladas en el presente Contrato EPC y en las Secciones

2.02 y 2.05 del Contrato de Concesión que necesariamente le corresponden al CONSTRUCTOR y que hacen parte de los requisitos indispensables para iniciar la Etapa de Operación y Mantenimiento.

3.39. "Evento Eximente de Responsabilidad"

Tendrá el significado que se le asigna en la Secciones 19.02. (a) y (b) del Contrato de Concesión y demás que sean aplicables de dicho Contrato.

3.40. "Fase de Construcción"

Es la segunda fase de la Etapa Pre-operativa durante la cual el CONSTRUCTOR debe realizar las Obras de Construcción, Mejoramiento y Rehabilitación. Esta Fase de Construcción se extiende desde el momento de la firma del Acta de Inicio de la Fase de Construcción del Contrato EPC hasta la suscripción del Acta de Recibo Final del Contrato EPC.

3.41. "Fase de Pre-construcción"

Es la primera fase de la Etapa Pre-operativa durante la cual el CONSTRUCTOR debe cumplir con las obligaciones que se detallan en el presente Contrato EPC y en la Sección 2.02 del Contrato de Concesión que necesariamente le corresponden al CONSTRUCTOR y que hacen parte de los requisitos indispensables para iniciar la Fase de Construcción.

3.42. "Fecha de Inicio del Contrato EPC"

Se entenderá como el Día Hábil siguiente a la fecha en la cual se suscriba el Acta de Inicio del Contrato EPC.

3.43. "Garantía Única de Cumplimiento"

Se refiere a la garantía que deberá constituir el CONSTRUCTOR en los términos y condiciones del presente Contrato EPC y que deben corresponder a las establecidas en la Sección 12.01 del Contrato de Concesión.

3.44. "Hito"

Es el Mejoramiento o Construcción de al menos diez (10) kilómetros de vía consecutivos, con la infraestructura afecta al mismo, incluyendo, pero sin limitarse a puentes y viaductos, sin perjuicio de la excepción prevista en el Contrato de Concesión Sección 13.04 literal d).

3.45. "INCO"

Es el Instituto Nacional de Concesiones de Colombia. Es la entidad concedente del Contrato de Concesión.

3.46. "Indicador"

Son los indicadores señalados en el Cuadro 12 del Apéndice Técnico Parte A, en el Apéndice Técnico Parte B numeral 4 y en el Anexo 2 del Apéndice Técnico del Contrato de Concesión, que serán utilizados por el INCO para medir el cumplimiento por parte de la CONCESIONARIA incluidos aquellos relacionados con los resultados esperados del presente Contrato EPC.

3.47. "Intervención Prioritaria"

Es la intervención a cargo de la CONCESIONARIA, que debe realizarse en primera instancia una vez se suscriba e inicie la ejecución del Contrato de Concesión, que tiene por objeto mejorar las condiciones de seguridad de la vía antes de realizar el procedimiento de Rehabilitación y Mejoramiento en la carretera existente según los requerimientos del Apéndice Técnico del Contrato de Concesión.

3.48. "Interventoría" o "Interventor"

Será la persona natural o jurídica, consorcio o unión temporal o cualquier otra forma de asociación permitida por la ley escogida por el INCO para cumplir las funciones previstas en el Contrato de Concesión relacionadas con la supervisión de las obligaciones de la CONCESIONARIA, incluyendo aquellas que ejecute el CONSTRUCTOR.

3.49. "Inventarios"

Son los inventarios, inicial y final, elaborados y presentados conforme a los términos siguientes:

Inventario Inicial: Es el listado de los bienes correspondientes a la Construcción y Mejoramiento, recibidos por la CONCESIONARIA del INCO, que ésta entrega al CONSTRUCTOR a efectos de iniciar la Construcción, Mejoramiento y Rehabilitación de las Obras. El Inventario Inicial formará parte del Acta de Liberación de Área de Construcción.

Inventario Final: Es el listado de las Obras de Construcción y Mejoramiento que el CONSTRUCTOR entrega a la CONCESIONARIA a la fecha del Acta de Recibo Final del Contrato de EPC.

3.50. "INVIAS"

Es el Instituto Nacional de Vías de Colombia.

3.51. "IPC"

Es el índice de precios al consumidor con base diciembre 2008 = 100, para el total nacional publicado el día 5 de cada mes por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), o la entidad que lo sustituya.

3.52. "Libro de registro de comunicaciones "

Es la recopilación de la correspondencia y notificaciones escritas cruzadas entre las Partes.

3.53. "Licencia Ambiental"

Es el acto administrativo emitido por el Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial mediante el cual se otorga una licencia ambiental para la ejecución de las Obras.

3.54. "Licitación"

Es la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009 abierta por el INCO y de la cual resultó adjudicatario la CONCESIONARIA en el Sector.

3.55. "Ley Aplicable"

Es la Ley vigente en la República de Colombia.

3.56. "Manual de Señalización"

Es el manual que debe entregar el CONSTRUCTOR a la CONCESIONARIA, el cual deberá cumplir con los requisitos previstos en el Apéndice Técnico del Contrato de Concesión.

3.57. "Mantenimiento"

Son las actividades de mantenimiento rutinario, periódico y de emergencia que deberá desarrollar la CONCESIONARIA durante la vigencia del Contrato de Concesión y/o sobre cada Hito y/o Tramo recibido del CONSTRUCTOR, con sujeción a los términos del Capítulo IX y del Apéndice Técnico del Contrato de Concesión.

3.58. "Mejoramiento" o "Mejoramiento Geométrico"

Es el conjunto de actividades necesarias para reponer o adecuar técnica, operacional y ambientalmente la infraestructura o incrementar la eficiencia de los procesos de un proyecto vial, mejorando las condiciones existentes de la vía. Asimismo el mejoramiento corresponde al cambio de alineamiento del eje existente en los tramos donde éste no cumpla con el radio mínimo requerido y el alineamiento vertical para una velocidad de diseño determinada. Adicionalmente el mejoramiento corresponde a la ampliación de la sección transversal existente, para cumplir con el ancho de calzada establecido por la Ley 105 de 1993 y el dimensionamiento para la velocidad de diseño de acuerdo con el Manual de Diseño Geométrico del INVIAS de 1998.

3.59. "Memoria Técnica"

Es el documento que elaborará el CONSTRUCTOR en el cual se consignará toda la información necesaria que la CONCESIONARIA le deberá presentar al Interventor y al INCO para la evaluación de las Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento del Sector y verificar que cumplen con los resultados exigidos en el Contrato de Concesión, sus Anexos y Apéndices, en especial con lo señalado en el Apéndice Técnico. En la Memoria Técnica se anotará, por lo menos, la información a que hace referencia la Sección 8.07 del Contrato de Concesión.

3.60. "Mes"

Es cada uno de los meses del año, de enero a diciembre, empezando cada uno de dichos meses el día uno (1) y terminando el treinta (30) o treinta y uno (31), según corresponda para cada uno de los meses, salvo el mes de febrero que terminará el día veintiocho (28) o veintinueve (29), según sea el caso.

3.61. "Obligaciones Ambientales y de Gestión Social"

Es la denominación que se aplica a cualquiera de las obligaciones Ambientales y de Gestión Social a cargo de la CONCESIONARIA, a las cuales se refieren el Contrato de Concesión, los Apéndices Ambiental, Predial y Social y el presente Contrato EPC.

3.62. "Obligaciones de Tráfico y Señalización"

Es la denominación que se aplica a cualquiera de las obligaciones de Tráfico y Señalización a cargo de la CONCESIONARIA o el CONSTRUCTOR, a las cuales se refiere el Apéndice Técnico del Contrato de Concesión y el Contrato EPC y que se relacionen con el Manual de Señalización.

3.63. "Obras"

Serán aquellas requeridas para la Construcción y/o Rehabilitación y/o Mejoramiento del Sector según éstas se describe en el Apéndice Técnico y que se encuentran bajo el ámbito del presente Contrato EPC. Las Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento permitirán que la CONCESIONARIA cumpla con los Indicadores de estado de vía.

3.64. "Obras Adicionales"

Son aquellas Obras que no se encuentran contempladas en el alcance del Contrato EPC, pero cuya ejecución podrá ser solicitada por la CONCESIONARIA al CONSTRUCTOR, durante el plazo del Contrato EPC y serán ejecutadas previo acuerdo entre las Partes en relación con su forma de pago y plazo.

3.65. "Operación"

Son las actividades relacionadas con la prestación del servicio a los Usuarios finales del Sector que deberá desarrollar la CONCESIONARIA sobre cada Hito y/o Tramo durante las diferentes etapas del Contrato de Concesión, incluyendo aquellas actividades de operación que desarrolle sobre el Sector una vez concluida la Fase de Construcción.

3.66. "Parte"

Es, según sea el caso, la CONCESIONARIA o el CONSTRUCTOR.

3.67. "Partes"

Son, conjuntamente, la CONCESIONARIA y el CONSTRUCTOR.

3.68. "Patrimonio Autónomo"

Es el patrimonio autónomo que deberá constituir la CONCESIONARIA mediante la celebración del Contrato de Fiducia Mercantil.

3.69. "Pesos" o "Col$ "

Se entenderá como la moneda de curso forzoso y poder liberatorio en Colombia.

3.70. "Plan de Aseguramiento de la Calidad".

Tiene el significado que se le asigna a este término en el Apéndice Técnico del Contrato de Concesión.

3.71. "Plan de Manejo Ambiental y Social"

Es el documento que debe elaborar la CONCESIONARIA, producto de una evaluación ambiental, el cual establece de manera detallada las acciones que debe implementar la CONCESIONARIA o el CONSTRUCTOR para prevenir, mitigar, corregir o compensar los impactos y efectos ambientales negativos que se causen por la ejecución de las Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento. Incluye los planes de seguimiento, monitoreo, contingencia y abandono según la naturaleza del proyecto, obra o actividad.

3.72. "Plan de Señalización"

Es el documento que debe elaborar e implementar el CONSTRUCTOR durante la ejecución del Contrato EPC para mitigar, controlar y minimizar el impacto que tenga las Obras sobre el tráfico. Dicho Plan de Señalización, deberá respetar lo establecido en el Apéndice Técnico del Contrato de Concesión y el Manual de Señalización, en los cuales se incluyen las actividades y especificaciones obligatorias para el CONSTRUCTOR necesarias para señalizar el sitio de las Obras y el ingreso y salida de los equipos de construcción del sitio de las Obras, durante la ejecución del Contrato EPC.

3.73. "Plan de Obras"

Es el documento que entregará el CONSTRUCTOR a la CONCESIONARIA, que contendrá, el cronograma de obras discriminado por Tramos e Hitos y la forma como planearán las intervenciones de manera que la construcción de los Tramos e Hitos finalice en los plazos señalados en el Contrato de Concesión.

3.74. "Pliego de Condiciones" o "Pliegos"

Se entenderá como el conjunto de documentos señalados en el numeral 1.5 de los Pliegos de Condiciones publicados por el INCO en el SECOP y por lo mismo su contenido será de obligatorio cumplimiento para las Partes, según corresponda.

3.75. "Predios"

Significa las unidades físicas constituidas por terreno y/o mejoras que deben ser compradas por la CONCESIONARIA o puestas a disposición de la CONCESIONARIA por el INCO para la ejecución de las obligaciones a cargo del CONSTRUCTOR derivadas del presente Contrato EPC.

3.76. "Programa de Intervención Prioritaria"

Tiene el significado que se le asigna a este término en el Apéndice Técnico.

3.77. "Programa de Operación y Mantenimiento " o "POM"

Tiene el significado que se le asigna a este término en el Apéndice Técnico.

3.78. "Propuesta"

Se entenderá como la oferta entregada por la CONCESIONARIA para participar en la Licitación de acuerdo con los términos del Pliego de Condiciones.

3.79. "Rehabilitación"

Es el conjunto de actividades necesarias para reconstruir, reponer o recuperar las condiciones originales de la vía del Sector, de manera que se cumplan las especificaciones técnicas definidas en el Apéndice Técnico del Contrato de Concesión.

3.80. "Sector"

Es el trayecto comprendido entre Puerto Salgar y San Roque cuyas especificaciones de identificación y referencia se detallan en el Apéndice Técnico y sobre el cual se llevarán a cabo las obligaciones a cargo del CONSTRUCTOR comprendidas en el presente Contrato EPC.

3.81. "Sistema de Control"

Tiene el significado que se le asigna a este término en el Apéndice Técnico.

3.82. "Supervisor del INCO"

Es el supervisor designado por el INCO que será el interlocutor de la CONCESIONARIA y del Interventor en la ejecución del Contrato de Concesión y que además tendrá la capacidad para tomar decisiones por cuenta del INCO, para estos efectos deberá tener la capacidad conforme a las condiciones de su vinculación con el INCO para tomar este tipo de decisiones.

3.83. "Peaje"

Es el valor que tendrán que pagar los Usuarios del Sector en cada una de las Estaciones de Peaje.

3.84. "Tramo"

Son cada una de las partes en que se divide el Sector, los cuales se encuentran delimitados y señalados en el Apéndice Técnico del Contrato de Concesión.

3.85. "Usuarios"

Son los vehículos que transitan por el Sector que pueden estar o no obligadas a pagar Peaje, en los términos señalados en la Ley Aplicable.

3.86. "Variante" o "Variante de Población"

Es el corredor determinado por el trazado geométrico realizado con el fin de evitar el ingreso al casco urbano de la población que atraviesa el Sector y así poder darle continuidad al mismo. Las Variantes definidas para el Proyecto se encuentran en el Apéndice Técnico del Contrato de Concesión.

4. CLÁUSULA 4 - MODALIDAD DEL CONTRATO

La modalidad del Contrato EPC es a Precio Global Fijo, con los ajustes del valor del Contrato EPC establecido en la Cláusula 12 del presente Contrato EPC. En el Anexo No. 1 del Contrato EPC, se presenta para cada Tramo, la Lista de Cantidades y Precios que determinan el valor de cada Tramo y del Contrato EPC la cual servirá de base para determinar el Precio Global Fijo del Contrato EPC.

De acuerdo con lo establecido en la Cláusula 12 de éste Contrato EPC, en la oportunidad en que sea aprobado el Estudio de Detalle y adicionalmente obtenida la Licencia Ambiental de un Tramo, el valor del Contrato EPC en relación con dicho Tramo será revisado y ajustado considerando las nuevas cantidades de obra del Estudio

de Detalle y el valor de las Obligaciones Ambientales que se exijan por la Autoridad Ambiental en la Licencia Ambiental que sea expedida para el Tramo. En consecuencia, el valor del Contrato EPC será revisado y ajustado.

5. CLÁUSULA 5 - OBJETO

El objeto del presente Contrato EPC es contratar al CONSTRUCTOR para que ejecute por su cuenta y riesgo, de conformidad al alcance señalado en la Clausula 6, la elaboración de los diseños, rehabilite, construya y mejore, el Sector 2 del Proyecto Vial Ruta del Sol, comprendido entre las poblaciones de Puerto Salgar departamento de Cundinamarca y San Roque en el departamento del Cesar, con el alcance señalado en el Contrato de Concesión y sus Apéndices Técnicos para las siguientes actividades, según los términos del presente Contrato EPC:

a) El Estudio de Trazado y Diseño Geométrico, los Estudios de Detalle y los suministros para la Rehabilitación, Mejoramiento y duplicación de la vía existente, y
b) la Construcción de la vía nueva y la Rehabilitación y Mejoramiento de la vía existente.

La regulación y asignación de los riesgos en este Contrato EPC se establece en la Cláusula 20 del mismo.

6. CLÁUSULA 6 - ALCANCE

El alcance del Contrato EPC es el definido en la Sección 5.01 del Contrato de Concesión y que se menciona en el presente Contrato, correspondiente a la Construcción de carretera nueva (duplicación de la vía existente) y la Rehabilitación y Mejoramiento de la vía existente y comprende las siguientes actividades durante las distintas Fases del Contrato:

6.1. Fase de Pre-Construcción

6.1.1. Estudios de Detalle

6.1.1.1. Alcance de los Estudios de Detalle

El CONSTRUCTOR elaborará y presentará los Estudios de Detalle del Sector, para cumplir con el Objeto definido en la Cláusula 5 de este Contrato EPC, con miras a definir al nivel adecuado, las Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento de acuerdo con lo establecido en:

- El Capítulo IV del Contrato de Concesión
- El Apéndice Técnico – Anexo 1 del Contrato de Concesión (Normatividad sobre el contenido de los Estudios).
- El Apéndice Técnico – Parte A del Contrato de Concesión.

6.1.1.2. Alcance Estudio de Trazado y Estudio Geométrico

El CONSTRUCTOR efectuará el Estudio de Trazado y Diseño Geométrico del Sector, de acuerdo con el alcance establecido en el Apéndice Técnico – Anexo 1 y en el Capítulo IV del Contrato de Concesión. Este Estudio hace parte de los Estudios de Detalle a que se refiere esta Sección.

El Estudio de Trazado y Diseño Geométrico se efectuará y presentará en el plazo establecido en la Sección 4.01 del Contrato de Concesión y en concordancia con la programación de obra y las fechas de la Fase de Pre-Construcción de cada Tramo señaladas en la Propuesta de la CONCESIONARIA, la cual se incluye como Anexo No. 11 (Diagrama de Gantt presentado con la Propuesta) del presente Contrato EPC.

6.2. Fase de Construcción

6.2.1. Ejecución de las Obras de duplicación de Calzada

Comprende la ejecución de las Obras de duplicación de Calzada de la vía existente entre las poblaciones de Puerto Salgar en el Departamento de Cundinamarca y San Roque en el Departamento del Cesar, con una longitud estimada de 528 km.

6.2.1.1. Tramos del Sector

De acuerdo con lo establecido en el Apéndice Técnico Parte A del Contrato de Concesión, el Sector 2 está dividido en los siguientes Tramos:

TRAMO	No. de RUTA	P.R. INICIO	P.R. FINAL	LONGITUD (Km)
Puerto Salgar - Caño alegre	4510	PR 34	PR 81	47
Caño alegre – Puerto Araújo Caño alegre - Puerto Serviéz Puerto Serviéz - Puerto Araújo	4510 4511	PR 81 PR 00	PR 134 PR 61	114
Puerto Araújo - La Lizama	4511	PR 61	PR 149	88
La Lizama - San Alberto	4513	PR 00	PR 91	91
San Alberto – Aguachica	4514	PR 00	PR 65	65
Aguachica - La Mata	4514	PR 65	PR 100	35

La Mata - San Roque	4515	PR 00	PR 88	88
TOTAL				528

6.2.1.2. Características viales del Sector

Son las señaladas en la Sección 1.5 y 3.1.2 del Apéndice Técnico (AT) Parte A del Sector 2, con las variaciones permitidas en el mismo Apéndice. Las características viales del Sector se verán reflejadas en los Estudios de Detalle.

6.2.1.3. Proceso de duplicación de Calzada

El CONSTRUCTOR adelantará la ejecución de la duplicación de Calzada, cumpliendo con el proceso establecido en la Sección 3.1.1 del Apéndice Técnico (AT) Parte A del Contrato de Concesión.

6.2.1.4. Características funcionales

Además de lo indicado en otros apartados del presente Contrato EPC, el alcance del mismo incluye la construcción de las siguientes Obras relacionadas con la funcionalidad requerida para el Sector:

- Retornos y Puentes Peatonales (Sección 3.1.4.(a) AT Parte A);
- Intersecciones a Desnivel (Sección 3.1.4.(b) AT Parte A);
- Variantes de Población (Sección 3.1.4.(c) AT Parte A);
- Pasos Poblacionales (Sección 3.1.4.(d) AT Parte A);
- Paraderos de Autobús;
- Intercambiadores de Transporte;

6.2.2. **Mejoramiento y Rehabilitación de la vía existente**

El CONSTRUCTOR adelantará el Mejoramiento y la Rehabilitación de la vía existente entre las Poblaciones de Puerto Salgar y San Roque, con una longitud estimada de 528 km, de acuerdo con lo establecido en la Sección 3.1.3 del Apéndice Técnico Parte A del Contrato de Concesión, exceptuando las siguientes intervenciones relacionadas en dicha Sección, las cuales serán ejecutadas directamente por la CONCESIONARIA, incluyendo los Estudios de Detalle de dichas intervenciones:

- Implantación de Áreas de Servicio
- Estaciones de Pesaje
- Estaciones de Peaje
- Divisiones regionales
- Centro de Control de Operaciones
- Base de operaciones (BSO)

- Sistemas de comunicación

En Anexo 13 del presente Contrato EPC se encuentran los diseños de las anteriores áreas que hicieron parte de la propuesta los cuales serán tomados en cuenta para definir los alcances de las intervenciones arriba mencionadas.

6.2.3. Obras civiles y equipos electromecánicos para la Operación de la Concesión

El alcance del Contrato EPC no incluye los Estudios de Detalle ni la construcción de las obras civiles requeridas para la Operación y Mantenimiento de la Concesión, las cuales serán ejecutadas directamente por la CONCESIONARIA o a través de la contratación de terceros por la misma.

No obstante lo anterior, las Partes acuerdan que la CONCESIONARIA podrá solicitar a el CONSTRUCTOR la ejecución de las obras requeridas para la Operación de la Concesión, en cuyo caso, se pactarán previamente entre las Partes los respectivos alcances, precios y plazos de ejecución.

Las obras civiles requeridas para la Operación y Mantenimiento de la Concesión, que serán ejecutadas directamente por la CONCESIONARIA son:

- Centros de Control de Operación (Sección 3.1.4.(e) AT Parte A);
- Estaciones de Peaje (Sección 3 1.4.(f) AT Parte A);
- Áreas de Servicio y división regional (Sección 3.1.4.(g) AT Parte A);
- Estaciones de Pesaje (Sección 3.1.4.(h) AT Parte A);
- Sistemas de comunicaciones y postes SOS (Sección 3.1.4.(i) AT Parte A);
- Base de Operaciones-BSO

Tampoco incluye el alcance del Contrato EPC, la ingeniería, compra, suministro e instalación de los equipos eléctricos, mecánicos y electrónicos requeridos para la Operación y Mantenimiento de la Concesión. No obstante lo anterior, las Partes acuerdan que la CONCESIONARIA podrá solicitar a el CONSTRUCTOR la ejecución de estos trabajos como Obras Adicionales, en cuyo caso se pactará previamente entre las Partes los respectivos términos, condiciones, alcances, precios y plazos de ejecución.

6.2.4. Otras Obras

La CONCESIONARIA podrá solicitar al CONSTRUCTOR la ejecución de otras obras no previstas en el alcance del Contrato EPC, en cuyo caso, se pactarán previamente entre las Partes los respectivos términos, condiciones, alcances, precios y plazos de ejecución.

6.3. Mantenimiento y Operación

Los trabajos de Mantenimiento y Operación estarán a cargo de la CONCESIONARIA y comenzarán desde la fecha del acta de inicio del Contrato de Concesión del Sector y hasta la fecha de terminación de dicho contrato.

6.3.1. Intervención Prioritaria

Recibido el Sector en Concesión, La CONCESIONARIA adelantará los trabajos de Intervención Prioritaria de la vía existente establecidos en la Sección 2.4 del Apéndice Técnico Parte A del Contrato de Concesión. Así mismo, la CONCESIONARIA desarrollará el Programa de Intervención Prioritaria (PIP), diseñando las soluciones técnicas adecuadas y detallando las intervenciones a realizar en todo el Sector. El PIP formará parte del Programa de Operación y Mantenimiento que también será elaborado por la CONCESIONARIA.

6.3.2. Programa de Operación y Mantenimiento

El Programa de Operación y Mantenimiento será desarrollado por la CONCESIONARIA en la oportunidad y términos señalados en la Sección 2.3 del Apéndice Técnico – Parte A del Contrato de Concesión.

6.3.3. Mantenimiento Rutinario, Periódico y de Emergencia

Concluida la Construcción de un Hito y suscrita entre las Partes el Acta de Terminación de un Hito, será responsabilidad de la CONCESIONARIA llevar a cabo los trabajos de Mantenimiento Rutinario, Periódico y de Emergencia del Hito, de acuerdo con lo señalado en la Sección 4.3.1 del Apéndice Técnico – Parte B del Contrato de Concesión.

La CONCESIONARIA realizará los trabajos de conservación, mantenimiento, reparación rehabilitación y reconstrucción necesarias para cumplir con lo estipulado en el Contrato de Concesión y, además, asegurar el cumplimiento de lo estipulado en la Sección 4.3.2 a 4.3.10 del Apéndice Técnico – Parte B del Contrato de Concesión, en cuanto a Indicadores de estado de la vía.

La CONCESIONARIA podrá solicitar a la CONSTRUCTORA la ejecución de actividades de Mantenimiento Rutinario y Periódico de los Hitos y/o de los Tramos, para lo cual acordaran oportunamente el alcance de dichas actividades y el precio por la ejecución de las mismas. Así mismo, la CONCESIONARIA podrá solicitar al CONSTRUCTOR realizar actividades de Emergencia, en cuyo caso, las Partes pactarán previamente las tarifas del personal, de los equipos y los materiales a emplear en dichas actividades.

6.3.4. Operación

La CONCESIONARIA realizará las actividades de Operación necesarias para cumplir con lo estipulado en el Contrato de Concesión y, además, asegurar el cumplimiento de

lo estipulado en la Sección 4.4.1 a 4.4.10 del Apéndice Técnico – Parte B del Contrato de Concesión, en cuanto a Indicadores de Operación y actividades de Operación.

7. CLÁUSULA 7 - OBLIGACIONES DE LA CONCESIONARIA

7.1. Pagos al CONSTRUCTOR

Los pagos al CONSTRUCTOR serán efectuados de acuerdo con el "Cronograma de pagos mensuales parciales del Valor del Contrato EPC", que se incluye como Anexo No. 2 del presente Contrato EPC, y en los términos establecidos en la Cláusula 13 - Forma de Pago.

7.2. Contrato de Fiducia Mercantil y constitución del Patrimonio Autónomo

En la oportunidad y términos establecidos en el Capítulo III del Contrato de Concesión, la CONCESIONARIA suscribirá el Contrato de Fiducia Mercantil cuyo objeto es la constitución del Patrimonio Autónomo que tiene como finalidad administrar todos los Aportes, recursos de financiación y transferencias que deban hacer la CONCESIONARIA y el INCO conforme a lo previsto en el Contrato de Concesión.

7.3. Aportes de Capital al Patrimonio Autónomo

La CONCESIONARIA aportará a la Cuenta Aportes CONCESIONARIA del Contrato de Fiducia Mercantil, la suma mínima establecida en la Sección 6.02 del Contrato de Concesión, correspondiente a recursos de patrimonio (o deuda subordinada de los socios). Los aportes de capital serán efectuados dentro de los plazos establecidos en la misma Sección del Contrato de Concesión.

Así mismo, la CONCESIONARIA aportará a las Subcuentas del Contrato de Fiducia Mercantil señaladas en la Sección 3.02 del Contrato de Concesión, los Aportes correspondientes a la compra de predios, pagos a Interventoría, pagos para la Supervisión del INCO y pagos para la ejecución del Plan Social Básico.

7.4. Financiación de las Obras

De acuerdo con lo establecido en el Capítulo VI del Contrato de Concesión, la CONCESIONARIA financiará la ejecución del Sector.

7.5. Diagnóstico Ambiental de Alternativas y Estudios de Impacto Ambiental

La CONCESIONARIA llevará a cabo los estudios de Diagnóstico Ambiental de Alternativas que se requieran para la construcción de las Variantes a Poblaciones, así como, el Estudio de Impacto Ambiental de acuerdo con el alcance definido en el Apéndice Ambiental del Contrato de Concesión y el que establezca para tal propósito la

Autoridad Ambiental. De manera general, la CONCESIONARIA realizará todos los estudios socio - ambientales que la Autoridad Ambiental exija para obtener o modificar las Licencias Ambientales requeridas para la Construcción, Mejoramiento y Rehabilitación de las Obras, todo lo anterior de acuerdo con el cronograma de interfases, Anexo 4 del Contrato EPC.

7.6. Licencias Ambientales

La CONCESIONARIA adelantará todos los trámites requeridos para obtener, mantener vigentes o modificar oportunamente las Licencias Ambientales requeridas para la Construcción, Mejoramiento y Rehabilitación de la Obras, de acuerdo con "Cronograma de avance de ejecución de Obligaciones Contractuales del Contrato EPC (Metas, Hitos y Tramos del Sector)" incluido como Anexo No. 3 del presente Contrato EPC y el cronograma de interfases, Anexo 4 del Contrato EPC.

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, el CONSTRUCTOR deberá colaborar con la CONCESIONARIA en la obtención de dichas Licencias Ambientales, Para este efecto, el CONSTRUCTOR se compromete a entregar la información de su responsabilidad, que haga parte del alcance de este Contrato EPC, así como, a apoyar aclarando o complementando la información técnica presentada y requerida para la gestión y tramitación por parte de la CONCESIONARIA de las licencias, permisos y autorizaciones ante las distintas Autoridades Ambientales, todo lo anterior de acuerdo con el cronograma de interfases, Anexo 4 del Contrato EPC.

7.7. Plan de Manejo Ambiental

La CONCESIONARIA llevará a cabo las actividades requeridas para la formulación, aprobación por parte de la Autoridad Ambiental e implementación del Plan de Manejo Ambiental, siguiendo las estipulaciones del Apéndice Ambiental del Contrato de Concesión.

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, el CONSTRUCTOR deberá colaborar con la CONCESIONARIA en la aprobación del mencionado Plan de Manejo Ambiental. Para este efecto, el CONSTRUCTOR se compromete a entregar la información de su responsabilidad, que haga parte del alcance de este Contrato EPC, así como, a apoyar aclarando o complementando la información técnica presentada y requerida para la gestión y tramitación por parte de la CONCESIONARIA de las licencias, permisos y autorizaciones ante las distintas Autoridades Gubernamentales, todo lo anterior de acuerdo con el cronograma de interfases, Anexo 4 del Contrato EPC.

7.8. Plan Social Básico

La CONCESIONARIA llevará a cabo las actividades requeridas para la formulación, implementación y divulgación en coordinación con el INCO del Plan Social Básico, siguiendo las estipulaciones del Apéndice Social y Predial del Contrato de Concesión.

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, el CONSTRUCTOR deberá colaborar con la CONCESIONARIA en la aprobación del mencionado Plan Social Básico. Para este efecto, el CONSTRUCTOR se compromete a entregar la información de su responsabilidad, que haga parte del alcance de este Contrato EPC, así como, a apoyar aclarando o complementando la información técnica presentada y requerida para la gestión y tramitación por parte de la CONCESIONARIA de las licencias, permisos y autorizaciones ante las distintas Autoridades Gubernamentales, todo lo anterior de acuerdo con el cronograma de interfases, Anexo 4 del Contrato EPC.

7.9. Gestión Predial

Durante la Etapa Pre-Operativa, la CONCESIONARIA efectuará la Gestión Predial en los términos y condiciones señalados en el Capítulo VII y en el Apéndice Predial Social del Contrato de Concesión. Así mismo, la CONCESIONARIA llevará a cabo los procesos de expropiación de Predios, requeridos para garantizar la libre ocupación del Área de Construcción.

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, el CONSTRUCTOR deberá colaborar con la CONCESIONARIA en el desarrollo de la Gestión Predial. Para este efecto, el CONSTRUCTOR se compromete a entregar la información de su responsabilidad, que haga parte del alcance de este Contrato EPC, así como, a apoyar aclarando o complementando la información técnica presentada y requerida por parte de la CONCESIONARIA ante las distintas Autoridades Gubernamentales, todo lo anterior de acuerdo con el cronograma de interfases, Anexo 4 del Contrato EPC.

7.10. Licencias, Permisos y Autorizaciones

La CONCESIONARIA será responsable por la obtención y mantenimiento en vigencia de todas las licencias, permisos y autorizaciones necesarias para la Operación y Mantenimiento.

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, el CONSTRUCTOR deberá colaborar con la CONCESIONARIA en la obtención de dichas licencias, permisos y autorizaciones. Para este efecto, el CONSTRUCTOR se compromete a entregar la información de su responsabilidad, que haga parte del alcance de este Contrato EPC, así como, a apoyar aclarando o complementando la información técnica presentada y requerida para la gestión y tramitación por parte de la CONCESIONARIA de las Licencias, Permisos y Autorizaciones ante las distintas Autoridades Gubernamentales, todo lo anterior de acuerdo con el cronograma de interfases, Anexo 4 del Contrato EPC.

7.11. Acceso y liberación del Área de Construcción

La CONCESIONARIA deberá proporcionar al CONSTRUCTOR acceso libre sobre el Área de Construcción (liberación). Dicha liberación se entenderá efectuada a favor del CONSTRUCTOR en los términos que conste en la o las Acta de Liberación del Área de

Construcción suscritas entre la CONCESIONARIA y el CONSTRUCTOR, según dicho acceso o liberación sea efectuada en uno o en más actos y, en cada caso, debe efectuarse libre de personas u otros ocupantes, y/o en general libre de cualquier tipo de afectación que pudiera impedir el normal desarrollo de las Obras.

Desde la fecha de su puesta a disposición del CONSTRUCTOR y hasta que el Área de Construcción sea devuelta a la CONCESIONARIA, ésta será, respecto de la ejecución de las Obras, de uso exclusivo del CONSTRUCTOR. En todo caso, cualquier utilización distinta por parte del CONSTRUCTOR que comprometa el Área de Construcción deberá contar con la autorización previa de la CONCESIONARIA.

El incumplimiento por el retraso no justificado en la entrega del Área de Construcción de acuerdo al Anexo 4 del Contrato EPC, dará lugar al reconocimiento por parte de la CONCESIONARIA de los mayores costos debidamente demostrados en que haya incurrido el CONSTRUCTOR por este incumplimiento.

7.12. Firma del Acta de Inicio del Contrato EPC

El Acta de Inicio del Contrato EPC se suscribirá el mismo día que se suscriba el Contrato EPC.

7.13. Defensa del Derecho de Vía

La CONCESIONARIA saldrá en defensa jurídica de los bienes que conforman la infraestructura vial y de los derechos que se le han conferido, especialmente la defensa y protección del Derecho de Vía. La CONCESIONARIA será responsable por las defensas posesorias del Derecho de Vía expresamente contempladas a su cargo en el Contrato de Concesión y mantendrá indemne al CONSTRUCTOR de cualquier responsabilidad respecto de dichas defensas.

Sin embargo, el CONSTRUCTOR se compromete a informar a la CONCESIONARIA, tan pronto tome conocimiento de cualquier evento que afecte la posesión o la utilización del Derecho de Vía y/o Bienes de la Concesión, para permitir que la CONCESIONARIA ejerza las defensas posesorias referidas en el párrafo anterior.

8. CLÁUSULA 8 - INTERVENTORÍA Y REPRESENTANTE DE LA CONCESIONARIA

8.1. Interventoría

Las Partes declaran y reconocen que la supervisión de la ejecución de las Obras, deberá ser realizada de acuerdo con lo establecido en el Contrato de Concesión y por ende serán efectuadas por el INCO a través del Interventor designado oportunamente para tal fin.

El CONSTRUCTOR prestará su apoyo al Interventor en las actividades inherentes al Contrato EPC, sin limitar de forma alguna el ejercicio del derecho de la CONCESIONARIA de acompañar e inspeccionar en cualquier momento el desarrollo de las Obras.

8.2. Representante de la CONCESIONARIA

La CONCESIONARIA podrá, si lo considera conveniente, designar al CONSTRUCTOR para actuar en su nombre y representación a los efectos del Contrato (el "Representante de la CONCESIONARIA") frente al INCO y al Interventor y/o cualquier tercero.

El Representante de la CONCESIONARIA deberá realizar las tareas asignadas a éste y deberá ejercer las facultades delegadas a su favor por la CONCESIONARIA.

9. CLÁUSULA 9 - OBLIGACIONES DEL CONSTRUCTOR

9.1. Declaraciones del CONSTRUCTOR

El CONSTRUCTOR efectúa las siguientes declaraciones las cuales califica como veraces y, por lo tanto, acepta las consecuencias del incumplimiento de los compromisos asumidos en virtud de dichas declaraciones y/o de la falta de veracidad de las mismas:

9.1.1. Respecto del Contrato de Concesión

El CONSTRUCTOR declara que conoce el Contrato de Concesión. En ese sentido, el CONSTRUCTOR declara que las obligaciones contenidas en este Contrato EPC encuentran su origen en las obligaciones asumidas por la CONCESIONARIA en el Contrato de Concesión y en este sentido, salvo estipulación en contrario contenida en el presente Contrato EPC, acepta que estará obligado a cumplir de manera oportuna con todas las obligaciones de Pre-construcción, Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento previstas en el Contrato de Concesión a cargo de la CONCESIONARIA.

9.1.2. Consentimientos Gubernamentales

La suscripción y cumplimiento por parte del CONSTRUCTOR del presente Contrato EPC no requiere de ningún registro, consentimiento o aprobación de, o notificación a ninguna Autoridad Gubernamental en adición a las ya efectuadas y a las indicadas en el Contrato de Concesión.

9.2. Obligaciones Generales del CONSTRUCTOR

El CONSTRUCTOR deberá ejecutar y completar las Obras según lo establecido en el Contrato EPC. Asimismo, deberá subsanar oportunamente cualquier defecto en las mismas, de acuerdo con los plazos pactados entre las Partes.

El CONSTRUCTOR deberá suministrar el equipo mínimo necesario para ejecutar las Obras, el cual se relaciona en el Anexo 12 del Contrato EPC, así como, los documentos especificados en el Contrato EPC, y asegurar la contratación del personal, bienes, y servicios necesarios para el diseño y construcción de las Obras y la reparación de sus defectos, de ser el caso, mediante la ejecución directa por el CONSTRUCTOR o a través de Subcontratistas autorizados por la CONCESIONARIA dentro del período de garantía establecido bajo el Contrato EPC. Las subcontrataciones deberán ser efectuadas en estricto cumplimiento de lo establecido en el Contrato EPC.

El CONSTRUCTOR es responsable frente a la CONCESIONARIA por la correcta y oportuna ejecución de las Obras y será responsable por la idoneidad, estabilidad y seguridad de todas las Obras, de todos los métodos de construcción y de todas las actividades que ejecute, de conformidad con el presente Contrato y las Leyes Aplicables. Asimismo, el CONSTRUCTOR será responsable por el control de calidad de todas las actividades de Pre-construcción, Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento relacionadas con las Obras y por la calidad final de las mismas.

El CONSTRUCTOR deberá emitir, siempre y cuando lo requiera la CONCESIONARIA, el Interventor o el INCO, información detallada del proceso de construcción y de los métodos que se adopten o proponga adoptar para la ejecución de las Obras.

Asimismo, el CONSTRUCTOR deberá informar a la CONCESIONARIA de cualquier evento, hecho, ocurrencia o circunstancia que tenga o pueda tener un impacto en el desarrollo de las Obras, el Contrato de Concesión o en el Contrato EPC, tan pronto haya tomado conocimiento del mismo.

9.2.1. Representante del CONSTRUCTOR

El CONSTRUCTOR deberá nombrar un representante y le otorgará toda la autoridad necesaria para actuar en su representación, de acuerdo con lo establecido en el Contrato EPC (el "Representante del CONSTRUCTOR"). A la Fecha de Inicio del Contrato EPC, el CONSTRUCTOR deberá informar a la CONCESIONARIA el nombre de la persona que propone nombrar como su Representante.

9.2.2. Garantías y Pólizas de Seguros

El CONSTRUCTOR, constituirá a favor de la CONCESIONARIA la Garantía Única de Cumplimiento durante la Fase de Construcción y la Póliza Todo Riesgo de Construcción, en los términos y condiciones exigidos en el Capítulo XII y la Sección

5.01 del Contrato de Concesión de tal forma que puedan ser cedidas por la CONCESIONARIA al INCO o incluido el INCO como beneficiario.

9.2.3. Plan de Obras

Entregar oportunamente a la CONCESIONARIA el Plan de Obras previsto en la Sección 8.12 del Contrato de Concesión y en el Apéndice Técnico con base en el cual se adelantarán la Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento que cumpla con las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión, con ilustración suficiente de los tiempos, de manera que el Interventor pueda hacerse un juicio acerca de los plazos en los cuales se ejecutarán las Obras. Salvo autorización del INCO y de la CONCESIONARIA, el contenido de este cronograma no se podrá modificar en ningún caso, tampoco se podrá modificar ninguna de las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión ni en el Apéndice Técnico Parte A.

9.2.4. Respecto del Área de Construcción

El CONSTRUCTOR está obligado a realizar las actividades destinadas a preservar la condición, el estado y la naturaleza del Área de Construcción que esté en su posesión hasta que sea devuelta a la CONCESIONARIA en la fecha del Acta de Terminación de un Hito.

9.2.5. Sistema de Aseguramiento de la calidad

El CONSTRUCTOR elaborará el Plan de Aseguramiento de la Calidad que contendrá la descripción de los sistemas y/o herramientas que implantará para el aseguramiento de la calidad de sus actividades a lo largo de la duración de todo el Contrato EPC, el cual deberá cumplir con lo estipulado en la Sección 2.5 del Apéndice Técnico Parte A del Contrato de Concesión.

9.2.6. Informes y Planos

El CONSTRUCTOR deberá presentar informes mensuales de Avance de Obras de acuerdo con las instrucciones que imparta al respecto la CONCESIONARIA. Así mismo, el CONSTRUCTOR presentará los informes técnicos relacionados con las Obras objeto del contrato EPC estipulados en la Sección 8.07 y en los Apéndices Técnicos del Contrato de Concesión.

Por otro lado, el CONSTRUCTOR deberá suministrar a la CONCESIONARIA, planos sobre el estado final de las Obras construidas y efectivamente ejecutadas, planos "as built". El CONSTRUCTOR y la CONCESIONARIA acordarán sobre el formato a ser adoptado para la presentación de éstos planos, así como, el sistema de referencia y al cualesquier otro dato relevante.

9.2.7. Inventarios

El CONSTRUCTOR deberá revisar el Inventario Inicial y preparar el Inventario Final, establecidos en la Cláusula 3.49 del Contrato EPC.

9.2.8. Subcontratistas

El CONSTRUCTOR podrá subcontratar la ejecución de las Obras, para lo cual previamente deberá contar con la aprobación escrita de la CONCESIONARIA.

Para efectos de subcontratar la ejecución de las Obras, el CONSTRUCTOR deberá sujetarse a lo establecido en la Sección 19.09 del Contrato de Concesión y las Leyes Aplicables.

9.2.9. Colaboración del CONSTRUCTOR

En caso que así lo requiera la CONCESIONARIA en relación con la ejecución del Contrato de Concesión, el CONSTRUCTOR deberá prestarle, dentro de los límites de su responsabilidad en el Contrato EPC y de la razonabilidad, su colaboración con el fin de sustentar y fundamentar de manera suficiente e idónea, la ocurrencia de cualquier hecho o situación relacionada con la ejecución de las Obras, ante cualquier Autoridad Gubernamental, incluyendo el INCO, el Interventor y ante cualquier tercero.

9.2.10. Cooperación con terceros

Cooperar, previa autorización de la CONCESIONARIA, con los empleados, asesores o agentes que determine el INCO, con el Interventor, con otros contratistas que desarrollen obras en la zona de influencia del Sector y con los entes de control para que realicen actividades de estudio, análisis o inspección de la ejecución del Contrato EPC y para las demás funciones que les corresponda para lo cual, entre otras, deberá entregar toda la información, razonablemente requerida, relativa a la ejecución del Contrato EPC.

9.2.11. Indemnidad

Es obligación del CONSTRUCTOR mantener indemne al CONCESIONARIO de cualquier reclamación proveniente de terceros o de Autoridades Gubernamentales y/o Autoridades Ambientales y que se deriven de sus actuaciones o de las de sus subcontratistas o dependientes.

9.3. Obligaciones específicas del CONSTRUCTOR durante la Fase de Pre-Construcción

9.3.1. Generalidades

Sin perjuicio de cualquier otra obligación de la CONCESIONARIA derivada del Contrato de Concesión, que por su naturaleza deba ser ejecutada durante la Fase de Pre-construcción por el CONSTRUCTOR, éste será responsable por la ejecución de los Estudios de Detalle y diseños, de acuerdo con la Cláusula 6 - Alcance del Contrato

EPC, en conformidad con lo previsto en el Contrato de Concesión, en sus Anexos y Apéndices Técnicos, además de las contenidas en las normas legales o reglamentarias aplicables, o las que se desprendan de su naturaleza, incluidas pero sin limitarse a:

a) Cumplir cabalmente y en los plazos previstos, las obligaciones a su cargo durante la Fase de Pre-construcción.

b) Preparar y presentar el Estudio de Trazado y Diseño Geométrico del Sector y los Estudios de Detalle de los Tramos del Sector tal como se señala en la Sección 4.01 del Contrato de Concesión, y en los plazos indicados en el Diagrama Gantt de la Propuesta que se incluye como Anexo 11 del Contrato EPC.

c) Presentar los informes exigidos al CONSTRUCTOR en los Apéndices Técnicos del Contrato de Concesión.

d) Colaborar aclarando o complementando la información técnica presentada y requerida por parte de la CONCESIONARIA en el trámite y obtención de las Licencias Ambientales requeridas para llevar a cabo la Construcción, Mejoramiento y Rehabilitación de las Obras, todo lo anterior de acuerdo con el cronograma de interfases, Anexo 4 del Contrato EPC.

e) Entregar a la CONCESIONARIA, de acuerdo con el Cronograma de Interfases Anexo 4 del Contrato EPC, la información técnica requerida de tal forma que la Concesionaria pueda iniciar oportunamente la gestión predial del Sector.

f) Colaborar aclarando o complementando la información técnica presentada y requerida por parte de la CONCESIONARIA en los trámites relacionados con la gestión predial, todo lo anterior de acuerdo con el cronograma de interfases, Anexo 4 del Contrato EPC.

g) Colaborar aclarando o complementando la información técnica presentada y requerida por parte de la CONCESIONARIA en el trámite y obtención ante las Autoridades Gubernamentales y/o Autoridades Ambientales de todos los permisos, autorizaciones y concesiones para el uso y aprovechamiento de recursos naturales y para el depósito de materiales, todo lo anterior de acuerdo con el cronograma de interfases, Anexo 4 del Contrato EPC.

h) Realizar un inventario de los accesorios y elementos de las empresas de servicios públicos y de cualquier otra empresa que se encuentre en el Sector que puedan verse afectados por las Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento, indicando el estado de los mismos. Dicho inventario deberá ser remitido por la CONCESIONARIA a la empresa titular de los respectivos activos para su conocimiento y desarrollo del trámite que corresponda. Al finalizar la Fase de Construcción se deberá actualizar dicho inventario. En el evento en el cual por la acción del CONSTRUCTOR se produzcan daños en

redes de servicios públicos o de propiedad de cualquier otra empresa, el CONSTRUCTOR reparará a su cuenta y riesgo dichas redes y garantizará que los accesorios y elementos, se encuentren como mínimo en iguales condiciones de las registradas antes del respectivo daño, salvo por el desgaste propio de dichos elementos y accesorios por el uso y el paso del tiempo.

i) Entregar a la CONCESIONARIA, en un plazo de al menos tres (3) meses antes del inicio de las Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento del respectivo Tramo, el Plan de Obras que cumpla con las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión, en particular con lo establecido en el Apéndice Técnico, con ilustración suficiente de los tiempos, de manera que el Interventor pueda hacerse un juicio acerca de los plazos en los cuales se ejecutarán las Obras. El contenido de este cronograma no podrá modificar, en ningún caso, ninguna de las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión ni en el Apéndice Técnico y deberá ser consistente con las fechas de inicio de operación de cada uno de los Tramos.

9.3.2. Estudios de Detalle

Los Estudios de Detalle deberán garantizar el cumplimiento de los Indicadores relacionados con la Terminación de Construcción de una nueva Calzada y de obras de Mejoramiento y de Rehabilitación de una Calzada existente previstos en el Cuadro No. 12 del Apéndice Técnico Parte A Sección 3.04. Además de lo anterior, se deberá asegurar el cumplimiento de las consideraciones tomadas como base en la elaboración de los presupuestos de mantenimiento incluidos en la Propuesta.

9.3.2.1. Presentación de los Estudios

Sin perjuicio de lo establecido en los Apéndices Técnicos del Contrato de Concesión, los Estudios de Detalle se presentarán por Tramos así:

Sector 2, Estudios de Detalle por Tramo

TRAMO	Longitud (Km)	Número máximo de Estudios
Puerto Salgar - Caño alegre	47	1
Caño alegre - Puerto Araújo	114	2
Puerto Araújo - La Lizama	88	2
La Lizama - San Alberto	91	2
San Alberto – Aguachica	65	1

Aguachica - La Mata	35	1
La Mata - San Roque	88	2

9.3.2.2. Normas y Criterios de Diseño

En el desarrollo de los Estudios de Detalle, el CONSTRUCTOR deberá considerar las especificaciones y normas técnicas vigentes aplicables y en particular pero sin limitarse a las señaladas en la Sección 2.2 del Apéndice Técnico – Parte A del Contrato de Concesión.

9.3.2.3. Revisión de los Estudios

Será efectuada por el Interventor en los términos establecidos en la Sección 4.02 del Contrato de Concesión cumpliendo las directrices y parámetros descritos en el Apéndice Técnico Anexo 1 del Contrato de Concesión.

9.3.2.4. Plan de Aseguramiento de la Calidad

En las dos primeras semanas contadas a partir de la Fecha de Inicio del Contrato de Concesión, se presentará al Interventor un Plan de Aseguramiento de la Calidad para el desarrollo de los Estudios de Detalle, aplicando especificaciones internacionales sobre sistemas de calidad ISO – 9001.

El Plan de Aseguramiento de la Calidad para el desarrollo de los Estudios de Detalle será el documento que contenga, además de los recursos materiales y los procedimientos técnicos y de verificación del diseño a aplicar, un cronograma de trabajo detallado para el desarrollo del Plan de Obras, de los Estudios de Detalle, así como un organigrama de los integrantes del equipo de diseño y calidad que realizarán los Estudios de Detalle y las verificaciones de los diseños, junto con sus historiales profesionales (hojas de vida). La Interventoría verificará el Plan de Aseguramiento de la Calidad para el desarrollo de los Estudios de Detalle presentado por la CONCESIONARIA dentro de un plazo de 15 Días a partir de haberlo recibido y podrá hacer recomendaciones a la CONCESIONARIA sobre el cronograma y/o sobre los recursos adscritos al trabajo, si estima que no son acordes o suficientes para cumplir las obligaciones de resultado del Contrato de Concesión en plazo y calidad, lo anterior teniendo en cuenta lo estipulado en el Capítulo X del Contrato de Concesión.

9.3.2.5. Modificaciones y adecuaciones del diseño

Las adecuaciones y/o modificaciones que a su juicio haga el CONSTRUCTOR durante la Fase de Construcción a sus propios Estudios de Detalle o Estudio de Trazado y Diseño Geométrico, serán a su costo y bajo su responsabilidad, con el objeto de garantizar los resultados exigidos en el Contrato EPC y considerando que el

CONSTRUCTOR mantiene siempre la obligación de entregar las Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento, de acuerdo con las Especificaciones Técnicas y el Apéndice Técnico Parte A del Contrato de Concesión.

9.3.2.6. Corrección de los errores en los Estudios

Los errores de diseño que se presenten en los Estudios de Detalle, y que fueran señalados por el Interventor o la CONCESIONARIA, serán corregidos diligentemente por el CONSTRUCTOR. Así mismo, las consecuencias de tipo contractual, económico o programático que se puedan presentar en el Contrato de Concesión por este motivo, serán asumidas por El CONSTRUCTOR.

9.4. Obligaciones específicas del CONSTRUCTOR durante la Fase de Construcción

9.4.1. Generalidades

El CONSTRUCTOR será responsable por la ejecución de las Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento, de acuerdo con el alcance del Contrato EPC, así como de las Obligaciones Ambientales establecidas en la Licencia Ambiental, el Plan de Manejo Ambiental aprobado por la Autoridad Ambiental y los respectivos PAGA's, aplicables al Contrato EPC a cargo del CONSTRUCTOR y las Obligaciones de Señalización para el manejo del tráfico en los sitios de ejecución de las Obras de responsabilidad del CONSTRUCTOR, en conformidad con lo previsto en el Contrato de Concesión, en sus Anexos y Apéndices Técnicos, además de las contenidas en las normas legales o reglamentarias aplicables, o las que se desprendan de su naturaleza:

a. Adelantar las Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento de conformidad con lo previsto en el Contrato de Concesión, sus Apéndices Técnicos y en el Plan de Obras para lo cual deberá regirse en cuanto a tiempos de ejecución, calidades de las Obras, y en general todos los aspectos técnicos.

b. Obtener y mantener en vigor las Garantías y Pólizas de Seguro a su cargo, de acuerdo con lo previsto en el presente Contrato.

c. Mantener todos los equipos, materiales y el personal que necesite para la ejecución de las Obras y actividades correspondientes al objeto contratado.

d. Cumplir con los plazos para que la CONCESIONARIA esté en condiciones de iniciar la Operación de los Tramos, según lo establecido en la Cláusula 15 del presente Contrato.

e. En paralelo con la revisión y ajuste del valor de las Obras de cada uno de los Tramos a que se refiere la Cláusula 12 del Contrato EPC, el CONSTRUCTOR

presentará a la CONCESIONARIA el Plan de Obras revisado y ajustado al Estudio de Detalle de cada Tramo.

f. Entregar a satisfacción de la CONCESIONARIA y del INCO las Obras ejecutadas y responder por su calidad y estabilidad en los términos previstos en el Contrato de Concesión.

g. Colaborar eventual y diligentemente aclarando o complementando la información técnica presentada y requerida por parte de la CONCESIONARIA en el trámite y obtención ante las Autoridades Gubernamentales y/o Autoridades Ambientales de todos los permisos, autorizaciones y concesiones para el uso y aprovechamiento de recursos naturales y para las zonas de depósito de material, todo lo anterior de acuerdo con el cronograma de interfases, Anexo 4 del Contrato EPC.

h. Evitar la revocatoria de cualquiera de los permisos, licencias o aprobaciones gubernamentales requeridas para la ejecución del Contrato de Concesión.

i. Evitar la imposición de multas a la CONCESIONARIA, derivadas de transgresiones de las disposiciones ambientales aplicables al CONSTRUCTOR establecidas en el Plan de Manejo Ambiental aprobado por la Autoridad Ambiental y en caso de presentarse alguna sanción, multa o indemnización a cargo de la CONCESIONARIA como consecuencia del incumplimiento del CONSTRUCTOR, mantener indemne a la CONCESIONARIA por cualquiera de estos conceptos.

j. Organizar y realizar los trabajos de tal forma que los procedimientos utilizados sean compatibles con las disposiciones ambientales aplicables al CONSTRUCTOR establecidas en el Plan de Manejo Ambiental aprobado por la Autoridad Ambiental. Cualquier contravención a dichas disposiciones será responsabilidad del CONSTRUCTOR. La CONCESIONARIA podrá ordenar, en caso de que así lo disponga una Autoridad Ambiental o el Interventor, la modificación de procedimientos o la suspensión de los trabajos por transgresión de las disposiciones ambientales aplicables, sin que ello implique ampliación de los plazos contractuales ni se genere compensación alguna a favor del CONSTRUCTOR. Así mismo, si la Autoridad Ambiental o el Interventor ordena cambios en las disposiciones ambientales aplicables al CONSTRUCTOR establecidas en el Plan de Manejo Ambiental aprobado por la Autoridad Ambiental, que modifiquen los procedimientos de construcción, los costos y extensiones de plazo que se deriven de éstas órdenes de cambio le serán reconocidos al CONSTRUCTOR de acuerdo con lo señalado en la Cláusula 24 de Reclamos.

k. Establecer, documentar y mantener un sistema de aseguramiento de la calidad como medio para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones, para lo cual

deberá definir un sistema de calidad que deberá acogerse como mínimo a lo dispuesto en (i) la norma ISO 19011, o aquellas que las complementen, modifiquen o adicionen; y (ii) en el Apéndice Técnico. La CONCESIONARIA verificará el cumplimiento de esta obligación.

l. Pagar las multas y/o la cláusula penal pactadas en la Cláusula 25 y 26 de este Contrato EPC, aceptar las deducciones por parte de la CONCESIONARIA, de estas multas o cláusula penal de cualquier saldo a su favor cuando éstas se causen de conformidad con lo señalado en este Contrato.

m. Efectuar los trámites ante las entidades propietarias de las redes de servicios públicos, en el nombre de la CONCESIONARIA, afectadas de acuerdo con el Estudio de Trazado y Diseño Geométrico y Estudios de Detalle, para que se efectúen los traslados a que haya lugar. El costo asociado al traslado de las redes de servicios públicos deberá ser acordado con el titular de la red y asumido por el CONSTRUCTOR, costo que se encuentra incluido dentro del valor del presente Contrato, salvo por los costos asociados a los traslados de las redes de servicios públicos que se encuentren ubicadas en las servidumbres existentes del Sector, que serán asumidos por los respectivos titulares de la red y/o aquellos costos debidos al Plan de Manejo Ambiental aprobado por la Autoridad Ambiental, en lo relacionado con las redes de servicios públicos que se encuentren ubicadas en las servidumbres existentes del Sector. Para los traslados de las redes de servicios públicos que se encuentren ubicadas en las servidumbres existentes del Sector, el CONSTRUCTOR podrá, como consecuencia de la negociación y a por instrucción de la CONCESIONARIA, llevar a cabo las obras de traslado de redes.

n. Presentar los informes exigidos en los Apéndices del Contrato de Concesión que correspondan a actividades derivadas del presente Contrato EPC.

o. Prevenir a través de las Obras a su cargo la evasión y elusión en el pago del Peaje.

9.4.2. Medio Ambiente

El CONSTRUCTOR se obliga a cumplir con las disposiciones de la legislación ambiental vigente, del Contrato de Concesión en materia de Medio Ambiente y con las instrucciones que emita la CONCESIONARIA sobre esta misma materia. Dichas instrucciones no deberán resultar en obligaciones para el CONSTRUCTOR mas allá de las obligaciones aplicables previstas en el Plan de Manejo Ambiental aprobado por la Autoridad Ambiental y el Contrato de Concesión, salvo acuerdo entre las Partes.

La implementación del Plan de Manejo Ambiental aprobado por la Autoridad Ambiental, en las partes aplicables al Contrato EPC, es de carácter obligatorio para el CONSTRUCTOR.

9.4.3. Protección del Patrimonio Cultural

El CONSTRUCTOR deberá realizar las Obras y cumplir con todas sus obligaciones de acuerdo con el Contrato EPC, observando las disposiciones que sobre patrimonio cultural y arqueológico establecen las Leyes Aplicables y el Contrato de Concesión. En cualquier caso, sin perjuicio del cumplimiento de las Leyes Aplicables, el CONSTRUCTOR deberá comunicar inmediatamente a la CONCESIONARIA la existencia de restos arqueológicos que impidan la continuación de las Obras, así como suspenderá las Obras previa coordinación con la CONCESIONARIA, en la parte que sea necesaria para evitar el daño al indicado patrimonio cultural. El CONSTRUCTOR tendrá derecho al reconocimiento de costos y a la prórroga del plazo del Contrato, en tanto la paralización de las Obras sea aprobada por la CONCESIONARIA, y en conformidad a la Clausula 24 de este Contrato EPC.

9.4.4. Actas

Suscribir las diversas Actas previstas en el Contrato EPC.

9.4.5. Libro de Obra

El CONSTRUCTOR será responsable de mantener el Libro de Obra desde la Fecha de Inicio del Contrato EPC.

9.4.6. Equipo del CONSTRUCTOR

El CONSTRUCTOR será responsable de su Equipo. Una vez en el Área de Construcción, se considerará que el Equipo del CONSTRUCTOR está destinado exclusivamente a la ejecución de las Obras.

9.4.7. Rutas de acceso al Proyecto y accesos de servicio

El CONSTRUCTOR declara conocer los puentes del área del Proyecto y sus respectivas características y limitaciones y, en este sentido, el CONSTRUCTOR tomará las medidas necesarias para evitar daños a los mismos respecto de su maquinaria y equipos.

El CONSTRUCTOR será responsable del mantenimiento de los accesos de servicio que el CONSTRUCTOR construya para el cumplimiento de las obligaciones del Contrato EPC.

El CONSTRUCTOR establecerá la señalización necesaria a lo largo de los accesos de servicio que el CONSTRUCTOR construya para el cumplimiento de las obligaciones del Contrato EPC e implementará las medidas necesarias exigidas por las Leyes Aplicables y deberá obtener cualquier permiso, que requieran las correspondientes Autoridades Gubernamentales, para utilizar las carreteras;

El CONSTRUCTOR deberá soportar los costos derivados de la falta de adecuación o disponibilidad de los accesos de servicio cuyo uso requiera dentro de los terrenos comprendidos en el Área de Construcción.

9.4.8. Derecho de Acceso

El CONSTRUCTOR, al tomar conocimiento de que cualquier servidumbre, derecho de acceso o de similar naturaleza otorgado a favor de la CONCESIONARIA en relación al objeto del Contrato EPC podría extinguirse, cancelarse, anularse, revocarse, o resultar amenazado de cualquier otra manera, deberá comunicar inmediatamente a la CONCESIONARIA las circunstancias que amenacen a dichos derechos.

9.4.9. Derecho de Paso e Instalaciones

Para la ejecución de los trabajos a su cargo el CONSTRUCTOR deberá asumir los costos y cargas por derechos de pasos temporales o especiales que pudiera necesitar, incluidos aquellos necesarios para el acceso al Área de Construcción. El CONSTRUCTOR deberá obtener también, a su costo y riesgo, cualquier instalación auxiliar adicional situada fuera del Área de Construcción que pudiera necesitar para la Construcción de las Obras dentro del alcance del Contrato EPC.

9.4.10. Actividades del CONSTRUCTOR en el Área de Construcción

El CONSTRUCTOR deberá limitar sus actividades al Área de Construcción y a cualquier otra zona adicional obtenida por el CONSTRUCTOR como área de trabajo.

Durante la ejecución de las Obras, el CONSTRUCTOR deberá mantener el Área de Construcción libre de cualquier obstrucción innecesaria, y almacenará o desechará cualquier componente del Equipo del CONSTRUCTOR o material excedente. El CONSTRUCTOR deberá limpiar y retirar del Área de Construcción cualquier escombro o basura.

Una vez emitida el Acta de Recibo Final del Contrato de EPC, el CONSTRUCTOR deberá dejar el Área de Construcción de las Obras, en condiciones adecuadas de seguridad y limpieza.

El CONSTRUCTOR es responsable por el cumplimiento de la normativa vigente relacionada con Higiene y Seguridad Industrial en el Área de Construcción.

Las personas autorizadas a ingresar a los terrenos comprendidos en el Área de Construcción se limitarán al personal y Subcontratistas del CONSTRUCTOR, de la Interventoría, del INCO y de la CONCESIONARIA.

Cualquier circunstancia, acontecimiento o evento que pudiese perturbar o perturbe la seguridad deberá ser inmediatamente comunicada entre las Partes.

9.4.11. Circulación de tránsito durante la ejecución de las Obras

El CONSTRUCTOR es responsable, mientras ejecute las Obras, de dar cumplimiento a las normas vigentes en materia de señalización de tráfico y las demás estipulaciones contenidas en el Contrato de Concesión.

9.4.12. Agua, Gas y Electricidad

El CONSTRUCTOR será responsable del suministro de energía, agua y otros servicios que pueda necesitar para el cumplimiento de sus obligaciones señaladas en el Contrato EPC.

9.4.13. Solución de interferencias

Efectuar los trámites ante las entidades propietarias de las redes de servicios públicos afectadas de acuerdo con el Estudio de Detalle, para que se efectúen los traslados a que haya lugar.

9.4.14. Puesta en Servicios de las Obras

El CONSTRUCTOR deberá elaborar y presentar a la CONCESIONARIA para su aprobación los planos "*as built*" que recojan la definición detallada de todos los elementos construidos. Los planos "*as built*" deberá presentarse 30 Días después de la fecha de puesta en Operación de cada Tramo.

Además de lo señalado anteriormente, el pavimento deberá satisfacer los valores indicados en el Cuadro 12 de la Sección 3.4 del apéndice Técnico - Parte A, Índices de Estado para la puesta en Operación, que recoge un conjunto de características de estado del pavimento.

Los umbrales puntuales definidos en el mencionado cuadro serán de obligatorio cumplimiento y en cada kilómetro/unidad del Tramo a poner en servicio. La evaluación se efectuará de acuerdo a las especificaciones contenidas en el Capítulo de Operación y Mantenimiento.

Las Obras de cada Hito terminado y/o de los Tramos terminados del Sector, deben cumplir con los Indicadores de estado de vía establecidos en el Apéndice Técnico – Anexo 2 del Contrato de Concesión.

10. CLÁUSULA 10. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS A LA FASE DE CONSTRUCCIÓN

10.1. Puesta en Servicio de las Obras.

Las Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento que sean concluidas por el CONSTRUCTOR y aceptadas por el Interventor y la CONCESIONARIA, serán puestas

en servicio durante la Fase de Construcción. Una vez suscrita el Acta de Terminación de un Hito, la totalidad de las Obras del respectivo Hito serán recibidas a satisfacción por la CONCESIONARIA quien será responsable por las actividades de Mantenimiento y Operación del Hito terminado.

10.2. Especificaciones Técnicas y calidad de las Obras

a) Sin perjuicio de lo establecido en el numeral 9.3.2.2 del presente Contrato EPC, en la ejecución de las Obras de Construcción, Mejoramiento y Rehabilitación, el CONSTRUCTOR estará obligado a conocer y cumplir las Especificaciones Técnicas de los Estudios de Detalle y toda la normativa y especificaciones aplicables de carácter general relacionadas con la construcción de carreteras, entre las que se encuentran pero sin limitarse a ellas, las señaladas en la Sección 3.3 del Apéndice Técnico – Parte A del Contrato de Concesión.

b) Durante la Fase de Construcción del Contrato EPC, el CONSTRUCTOR deberá cumplir con todas las obligaciones estipuladas y ceñirse cabalmente a lo previsto en el Apéndice Técnico del Contrato de Concesión anexo a este Contrato EPC, en cuanto a la ejecución de las Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento dentro de su alcance.

c) El cumplimiento de las Especificaciones Técnicas no eximirá al Constructor del cumplimiento y de la obtención de los resultados previstos en el Contrato de Concesión y sus Apéndices, pues el CONSTRUCTOR deberá cumplir con todas ellas y obtener dichos resultados, para que se entienda que ha cumplido con este Contrato EPC en todos sus aspectos técnicos. Las obligaciones de resultado aquí establecidas hacen referencia al cumplimiento de las velocidades de diseño establecidas en el Apéndice Técnico – Parte A del Contrato de Concesión y anexo al presente Contrato EPC.

d) En consecuencia, no se aceptará reclamación alguna, ni solicitud de extensión de plazos, ni solicitudes de compensaciones derivadas de lo establecido en el literal b) anterior, sin perjuicio de lo establecido en la Cláusula 24 de este Contrato EPC.

e) La aplicación de las previsiones contenidas en el Apéndice Técnico del Contrato de Concesión genera a cargo del Constructor obligaciones de resultado, mencionadas en numeral c) anterior, y no de medio. En todo caso, las Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento deberán cumplir con las Especificaciones Técnicas contenidas en dicho Apéndice, especialmente en materia de calidad, resistencia y durabilidad.

f) El CONSTRUCTOR, por su propia iniciativa o por solicitud de la CONCESIONARIA, deberá, por su cuenta y riesgo, rectificar a satisfacción del

Concesionario los errores de construcción que hubiera cometido en cumplimiento de las actividades previstas para la ejecución del Contrato de Concesión. Durante toda la Fase de Construcción, será responsabilidad del CONSTRUCTOR advertir de manera inmediata a la CONCESIONARIA cualquier tipo de error que detecte y consecuentemente, sin perjuicio de la aplicabilidad de las sanciones y/o garantías a que haya lugar, el CONSTRUCTOR deberá corregir, revisar y arreglar cualquier desperfecto, vicio o error que se presente por su causa. En caso de que los desperfectos, vicios o errores no hubieren sido advertidos durante la Fase de Construcción, éstos deberán ser corregidos en el momento en que se identifiquen durante la Etapa de Operación y Mantenimiento y aún durante la vigencia de la póliza de estabilidad y calidad a la que se refiere la Clausula 19 de este Contrato.

10.3. Fuentes de Materiales.

El mantenimiento y cumplimiento de los requerimientos de conservación durante el plazo del Contrato de las licencias, permisos y/o concesiones mineras y ambientales, necesarias para la explotación de las fuentes de materiales de las zonas de préstamo y de las zonas de descargue de desechos, correrán por cuenta y responsabilidad del CONSTRUCTOR, así como los costos de construcción, mejoramiento y conservación de las vías de acceso a las fuentes de materiales. Todo lo anterior, de conformidad con lo establecido en el Contrato de Concesión y sus Apéndices, y de acuerdo con la Licencia Ambiental otorgada por la Autoridad Ambiental. Por otra parte, correrán por cuenta y responsabilidad del CONSTRUCTOR el pago de cualquier costo de explotación y recuperación ambiental, de acuerdo con lo establecido en las Licencias Ambientales de las fuentes de materiales, las tasas por uso de agua, tasas retributivas por contaminación, inversiones forzosas como la del 1% del la inversión necesaria para la explotación, los derechos de uso de zonas de préstamo y de sus correspondientes servidumbres, la construcción y conservación de vías de acceso a las zonas de desechos, el derecho de explotación de las mismas, los cuales se entienden incluidos dentro del precio del presente Contrato. Esta previsión no se entenderá como una prohibición para que el CONSTRUCTOR adquiera materiales en lugar de producirlos directamente, en cuyo caso deberá verificar que el tercero que los proporcione cumpla con las normas mineras y ambientales y asuma los costos mencionados en este numeral, sin perjuicio de la obligación que tiene el CONSTRUCTOR de responder directamente por dichos terceros en lo que se refiere al cumplimiento de lo establecido en este numeral. Sin embargo los trámites y los costos asociados a las renovaciones y expediciones de las licencias, permisos y/o concesiones ambientales, necesarias para la de explotación de las fuentes de materiales serán a cargo de la CONCESIONARIA. Los plazos de entrega de informaciones estarán conforme al Anexo 4 del presente Contrato EPC.

10.4. Pruebas y Ensayos.

El CONSTRUCTOR deberá proporcionar a la CONCESIONARIA o a quien indique todas las facilidades indispensables para examinar, medir y ensayar las obras ejecutadas, así como brindar las facilidades necesarias y usuales en este tipo de operaciones para efectuar las pruebas de los materiales utilizados. Los funcionarios de la Concesión, o aquellos que este designe, deberán en todo momento tener libre acceso a las obras, a las fuentes de materiales y a todos los talleres y lugares en los que se estén llevando a cabo trabajos para la ejecución de las Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento; el Constructor deberá proporcionar todas las facilidades y toda la ayuda que corresponda para hacer efectivo dicho derecho de inspección y vigilancia.

10.5. Ubicación de Equipos.

El CONSTRUCTOR se obliga a situar oportunamente, en el lugar de las Obras, todo el equipo que necesite para el cumplimiento oportuno, eficiente y calificado de sus obligaciones. Estará a cargo del CONSTRUCTOR la adecuación de las vías y estructuras que fuesen necesarias para el transporte de los mismos. La verificación por parte del Concesionario de algún equipo, en desarrollo de lo establecido en este numeral, no exime al CONSTRUCTOR de la obligación de suministrar oportunamente los equipos necesarios, adecuados en capacidad y características, para cumplir con los programas, plazos y Especificaciones Técnicas de las Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento.

10.6. Procedimiento de Verificación.

El CONSTRUCTOR acompañará a la CONCESIONARIA durante la verificación por partes del Interventor y del INCO de Hitos y Tramos terminados, y durante la entrega al INCO de las Obras de Construcción. En circunstancias que resultaren Obras que no cumplan con las Especificaciones Técnicas, cumplimiento de Indicadores ó con cualquier otra estipulación prevista en el Contrato de Concesión, sus Anexos ó Apéndices Técnicos; dichas Obras deberán ser corregidas por el CONSTRUCTOR en el plazo establecido por la CONCESIONARIA y en los términos indicados en la sección 8.08 del Contrato de Concesión.

11. CLÁUSULA 11 - OBLIGACIONES DE LAS PARTES

Las Partes se encuentran obligadas a mantenerse informadas mutuamente de todo aquello relacionado con el Contrato de Concesión y con el Contrato EPC que pueda tener un impacto o efecto en los mismos.

A efectos de lo anterior, la CONCESIONARIA desarrollará en conjunto con el CONSTRUCTOR un sistema de información con el objetivo de que ambas conozcan todos los trámites, solicitudes y correspondencias intercambiadas entre las mismas y el

INCO o la Interventoría, y todos los demás elementos involucrados en el Contrato de Concesión y en el Contrato EPC.

12. CLÁUSULA 12 – DETERMINACIÓN DEL VALOR DEL CONTRATO EPC

12.1. Valor del Contrato EPC

Las Partes acuerdan un valor del Contrato EPC de UN BILLON, NOVECIENTOS SETENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS TREINTA Y NUEVE MILLONES CIENTO OCHENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS ($1,977,639,184,977) referidos a 31 de diciembre de 2008, más el equivalente a CUATROCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS NUEVE MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y TRES PESOS ($494,409,796,243) en Dólares de los Estados Unidos a la TRM de 30 de septiembre de 2009 igual a Col $ 1922.00, estos valores incluyen IVA sobre la utilidad esperada. Para efectos de pago, la parte equivalente en Dólares será calculada nuevamente al valor del Dólar de origen y liquidada a la TRM del día anterior a la emisión de las facturas. El Valor del Contrato EPC se discrimina así:

Tramo del Sector 2	Col $	US$ en Col$
Puerto Salgar – Caño alegre	184,284,088,166	46,071,022,041
Caño alegre - Puerto Araújo	422,932,630,014	105,733,157,504
Puerto Araújo - La Lizama	324,297,414,417	81,074,353,604
La Lizama - San Alberto	346,189,554,704	86,547,388,676
San Alberto – Aguachica	230,575,863,478	57,643,965,869
Aguachica - La Mata	139,030,884,764	34,757,721,191
La Mata - San Roque	330,328,749,434	82,582,187,358
Valor Total	1,977,639,184,977	494,409,796,243

La Lista de cantidades de obra y precios que soporta el valor del Contrato EPC y de de cada uno de los Tramos del Sector 2, se incluye en el Anexo 1 al presente Contrato EPC.

El valor del Contrato EPC establecido en este Numeral 12.1 podrá variar de acuerdo con lo establecido en los numerales 12.2 y 12.3 siguientes y, adicionalmente al establecido en la Clausula 24 del Contrato EPC.

12.2. Ajuste del valor del Contrato EPC como resultado de los Estudios de Detalle y de la aprobación de las Licencias Ambientales de cada Tramo

En la medida que se expidan las Licencias Ambientales y los PAGAs, de responsabilidad de la CONCESIONARIA, y se aprueben por la Interventoría los Estudios de Detalle de cada Tramo para la Construcción, Mejoramiento y Rehabilitación de las Obras dentro del alcance del Contrato EPC, se revisarán y determinarán las nuevas cantidades de obras como resultados de las Licencias Ambientales, los PAGAs y los Estudios de Detalle. Adicionalmente se efectuará una comparación del nuevo valor de las obligaciones ambientales exigibles al CONSTRUCTOR en las Licencias Ambientales, los Planes de Manejo Ambiental aprobados por la Autoridad Ambiental y en los PAGAs para la Construcción, el Mejoramiento y la Rehabilitación de las Obras dentro del alcance del Contrato EPC, con el valor de las obligaciones ambientales que sirvieron de base para determinar el valor del Contrato EPC establecido en el Numeral 12.1. En este sentido, la CONCESIONARIA asumirá los valores de las obligaciones ambientales derivados de las Licencias Ambientales, del Plan de Manejo Ambiental y de los PAGAs aprobados por la Autoridad Ambiental, así como de sus modificaciones y demás obligaciones conexas y/o sucedáneas, así como los valores de las obras que se deriven de las referidas obligaciones y, siempre y cuando dichos valores excedan el valor de las obligaciones ambientales y de obras que sirvieron de base para determinar el valor del Contrato EPC establecido en el numeral 12.1.

Con base en esta revisión y comparación de cantidades y del valor de las obligaciones ambientales, se ajustará el Valor de cada uno de los Tramos del Sector 2 y el Valor del Contrato EPC, siendo que dicho Valor del Contrato EPC no podrá ser en ningún caso, inferior al valor del Contrato EPC establecido en Numeral 12.1. El aumento máximo estimado para el valor del Contrato EPC establecido en Numeral 12.1 es del 4% (cuatro por ciento), como consecuencia única y exclusivamente a los resultados de los Estudios de Detalle de responsabilidad del CONSTRUCTOR debido a aleas normales, sin que de ninguna forma cambie la asignación de los riesgos asumidos en el Contrato EPC conforme la Clausula 20 del mismo.

El nuevo Valor de cada Tramo será la base para la revisión del "Cronograma de pagos mensuales parciales del Valor del Contrato EPC", que se incluye como Anexo No. 2 del presente Contrato EPC.

Durante la construcción de las Obras, el CONSTRUCTOR asume el riesgo de los efectos positivos y negativos derivados de la variación de las cantidades de Obra determinadas en los Estudios de Detalle, a menos que estas variaciones sean solicitadas por la CONCESIONARIA.

La implementación del Plan de Manejo Ambiental aprobado por la Autoridad Ambiental es de carácter obligatorio para el CONSTRUCTOR, una vez efectuado los ajustes a que se refiere este numeral.

12.3. <u>Ajustes por inflación</u>

El Valor del Contrato EPC del 31 de diciembre de 2008 se ajustará con el mismo concepto establecido en el Contrato de Concesión para los Aportes del INCO (vigencias futuras). Los pagos que efectuará la CONCESIONARIA al CONSTRUCTOR se harán en Pesos corrientes del mes en el cual se efectúa el pago, de acuerdo con el Anexo 2 "Cronograma de pagos mensuales parciales del Valor del Contrato EPC".

El factor de ajuste de precios por inflación será calculado como el cociente entre el IPC del mes anterior del Cronograma de pagos mensuales parciales que se esté pagando, y el IPC del 31 de diciembre de 2008.

13. CLÁUSULA 13 - FORMA DE PAGO

13.1. Compromiso de Pago de la CONCESIONARIA

La CONCESIONARIA garantiza al CONSTRUCTOR efectuar oportunamente los pagos parciales mensuales del Valor del Contrato EPC, de acuerdo con el "Cronograma de pagos mensuales parciales del Valor del Contrato EPC" incluido como Anexo No. 2 del este Contrato.

A partir del décimo (10) día de cada Mes, el CONSTRUCTOR presentará a la CONCESIONARIA dos (2) facturas de pagos así: i) una por el monto del pago del Mes, conforme al Anexo 2 de este Contrato EPC y ii) otra por el monto correspondiente al ajuste por inflación. El pago será efectuado por la CONCESIONARIA en un plazo máximo de quince (15) Días de haber sido recibidas dichas facturas.

La utilidad declarada del CONSTRUCTOR para los efectos de este Contrato EPC es del cinco por ciento (5%).

13.2. Compromiso de cumplimiento del CONSTRUCTOR

El CONSTRUCTOR garantiza a la CONCESIONARIA el cumplimiento del "Cronograma de avance de ejecución de Obligaciones Contractuales del Contrato EPC (Metas, Hitos y Tramos del Sector)" incluido como Anexo 3 del Contrato EPC.

El incumplimiento por el retraso no justificado del Cronograma del Anexo No. 3, dará lugar al reconocimiento por parte del CONSTRUCTOR de: i) los mayores costos debidamente demostrados en que haya incurrido la CONCESIONARIA por este incumplimiento y, si corresponde, ii) las sanciones que se impongan a la CONCESIONARIA, siempre y cuando este incumplimiento sea imputable al CONSTRUCTOR debidamente demostrado. En los anteriores dos casos, respetando los límites de Responsabilidad fijados en la Cláusula 21 del presente Contrato EPC y de acuerdo con el procedimiento establecido en la Clausula 24 de este contrato.

13.3. Facturas

La solicitud de pago del CONSTRUCTOR será la presentación a la CONCESIONARIA de facturas en Pesos y/o Dólares de los Estados Unidos de América, según sea el caso, conteniendo la siguiente información:

- El monto adeudado;
- El monto del IVA a ser pagado sobre el monto facturado por el CONSTRUCTOR, liquidado con base en el porcentaje de utilidad establecido en la Cláusula 13.1;
- Cumplir con los demás requisitos de Ley

Toda otra información relevante sobre los conceptos incluidos.

13.4. Moneda de pago

El pago al CONSTRUCTOR del Valor del Contrato EPC se realizará en Pesos y respecto del valor facturado en Dólares de los Estados Unidos de América, se pagará el equivalente en pesos a la TRM del día anterior al del pago.

13.5. Intereses de Mora

Si la CONCESIONARIA incumpliera con el pago puntual del Valor del Contrato EPC, la CONCESIONARIA reconocerá y pagará a favor del CONSTRUCTOR, por concepto de mora y por cada día de retraso, un interés equivalente a DTF + 7% anual efectivo. Esta mora se devengará automáticamente a partir de la fecha en que se verifique el referido incumplimiento.

13.6. Emisión de la certificación de liquidación definitiva

Se firmará un certificado de liquidación definitiva por la CONCESIONARIA y el CONSTRUCTOR, una vez que el CONSTRUCTOR y la CONCESIONARIA hayan cumplido con sus respectivas obligaciones, incluyendo, pero sin limitarse a, la culminación de las Obras por el CONSTRUCTOR y el pago correspondiente por parte de la CONCESIONARIA.

14. CLÁUSULA 14 - INICIO DE LA ETAPA PRE-OPERATIVA

Las Etapas y Fases del desarrollo del Contrato de Concesión son las mismas en el presente Contrato EPC. La Etapa Pre-Operativa está compuesta por la Fase de Pre-Construcción y la Fase de Construcción.

14.1. Inicio de la Fase de Pre-Construcción

La Fase de Pre-Construcción se inicia en la Fecha de Inicio, una vez suscrita entre las Partes el Acta de Inicio del Contrato EPC.

14.2. Inicio de la Fase de Construcción

Los requisitos para que las Partes suscriban el Acta de Inicio de la Fase de Construcción son:

- Que se haya suscrito el acta de inicio de la Fase de Construcción del Contrato de Concesión;
- Haber entregado el CONSTRUCTOR, a satisfacción de la CONCESIONARIA, los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico del Sector y los Estudios de Detalle de los Tramos con cuya intervención se inicie la Fase de Construcción;
- Contar con los predios que las Partes consideren adecuados para iniciar la Fase de Construcción;
- Haber obtenido las licencias y permisos requeridos por las Autoridades Gubernamentales y por la Autoridad Ambiental para el inicio de las Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento, respecto de los Tramos con cuya intervención se inicie la Fase de Construcción;
- Haber cumplido el CONSTRUCTOR con las obligaciones previstas en los Apéndices Técnicos y Anexos del Contrato de Concesión y que deben ser cumplidas por el CONSTRUCTOR durante la Fase de Pre-construcción.

Con la suscripción del Acta de Inicio de la Fase de Construcción del Contrato EPC se dará inicio a la Fase de Construcción. Si hubiere una demora en el inicio de la Fase de Construcción debido a un error o demora por parte del CONSTRUCTOR, el CONSTRUCTOR no tendrá derecho a una extensión del plazo o al pago del costo o compensación alguna, situación que será evaluada de acuerdo a la Clausula 24 del presente Contrato EPC.

El atraso en el inicio de las Obras debido a causas imputables al INCO, dará lugar a la aplicación del procedimiento previsto en la Cláusula 24 del presente Contrato.

Si hubiere una demora en el inicio de la Fase de Construcción debido a un error o demora por parte de la CONCESIONARIA, dará lugar a la aplicación del procedimiento previsto en la Cláusula 24 del presente Contrato.

15. CLÁUSULA 15 - PLAZOS

15.1. Plazos de terminación de las Obras de cada uno de los Tramos

De acuerdo con lo señalado en la Sección 3.2 del Apéndice Técnico Parte A, los plazos máximos para entrada en Operación de cada uno de los Tramos del Sector 2, contados a

partir de la fecha de inicio del Contrato de Concesión son los que se indican a continuación, siempre y cuando se suscriba el Acta de Inicio del Contrato de EPC dentro de los 30 días siguientes a dicha fecha. En caso de que ello no ocurra el término se contará a partir de la suscripción del Acta de Inicio del presente Contrato y los plazos se deducirán en 1 mes:

Tramos	Inicio Operación
Puerto Salgar – Caño alegre	36 meses
Caño alegre - Puerto Araújo	72 meses
Puerto Araújo - La Lizama	72 meses
La Lizama - San Alberto	72 meses
San Alberto – Aguachica	36 meses
Aguachica - La Mata	48 meses
La Mata - San Roque	48 meses

15.2. Ampliación de los plazos para terminación de Tramos

Las ampliaciones de plazo para la terminación de los Tramos serán concedidas al CONSTRUCTOR en la medida que éstas hayan sido concedidas por el INCO a la CONCESIONARIA. En esta sentido, el CONSTRUCTOR facilitará y entregará a la CONCESIONARIA la información requerida para llevar al INCO las solicitudes de ampliación de plazo.

Si el incumplimiento o la demora de parte del CONSTRUCTOR en la ejecución de las Obras, es originada por el incumplimiento de alguna obligación de la CONCESIONARIA en el presente Contrato EPC y/o en el Contrato de Concesión, no será considerado como incumplimiento del CONSTRUCTOR.

15.3. Plazo de los Estudios de Detalle

Los Estudios de Detalle se efectuarán y presentarán al Interventor en el plazo establecido en la Sección 4.01 del Contrato de Concesión, así como de acuerdo con el "Cronograma de avance de ejecución de Obligaciones Contractuales del Contrato EPC (Metas, Hitos y Tramos del Sector)" aprobado por la CONCESIONARIA y que se incluye como Anexo No. 3 del presente Contrato EPC.

15.4. Culminación anticipada de las Obras

El CONSTRUCTOR y la CONCESIONARIA podrán acordar anticipar el "Cronograma de avance de ejecución de Obligaciones Contractuales del Contrato EPC (Metas, Hitos y Tramos del Sector)", en la medida en que: i) la CONCESIONARIA cuente con los recursos necesarios en caja y ii) las limitaciones y restricciones impuestas en los contratos de financiamiento lo permitan.

16. CLÁUSULA 16 - ÁREAS DE CONSTRUCCIÓN:

16.1. Entrega del Área de Construcción

Al iniciarse las Obras de cada Hito, la CONCESIONARIA liberará al CONSTRUCTOR el Área de Construcción que éste requiera para iniciar la Construcción, Mejoramiento y Rehabilitación de las Obras; las Áreas serán entregadas libre de personas u otros ocupantes de tal forma que el CONSTRUCTOR pueda iniciar la construcción del Hito.

La entrega del Área de Construcción se efectuará de manera gradual y parcial en la medida que se vayan adquiriendo las áreas del Derecho de Vía, de acuerdo con lo establecido en los Anexo 3 y Anexo 4 del Contrato EPC. Las entregas se consignarán en las Actas de Liberación de Área de Construcción.

16.2. Devolución del Área de Construcción

Conjuntamente con la firma del Acta de Terminación de un Hito, el CONSTRUCTOR efectuará la devolución del Área de Construcción. A dicha Acta también se anexará el Inventario de los bienes que se entrega a la CONCESIONARIA.

17. CLÁUSULA 17 - INSTALACIONES, MATERIALES, EQUIPOS, OBRAS Y EJECUCIÓN

17.1. Forma de ejecución

El CONSTRUCTOR deberá llevar a cabo la ejecución de las Obras contratadas:

a) De la forma especificada en este Contrato y en el Contrato de Concesión;
b) De forma competente, diligente y cuidadosa, de acuerdo con las buenas prácticas reconocidas; y
c) Con instalaciones auxiliares apropiadamente equipadas y materiales no peligrosos, excepto cuando se especifiquen de otra manera en el Contrato.
d) Teniendo cuidado con el Medio Ambiente.

17.2. Inspección

El CONSTRUCTOR proveerá a la Interventoría y a la CONCESIONARIA todas las facilidades para:

a) Tener pleno acceso a todas las áreas de terreno de las Áreas de Construcción; y
b) Tener derecho, durante la construcción, producción, fabricación o construcción a examinar, inspeccionar, medir o ensayar los materiales y la ejecución, así como comprobar el avance de las Obras y de cualquier

elemento asociado al cumplimiento oportuno del Plan de Obras, y en la producción o fabricación de materiales.

El CONSTRUCTOR deberá dar a la Interventoría y a la CONCESIONARIA todas las oportunidades para inspeccionar las actividades, facilitando el acceso y aportando ayudas, permisos y equipo de seguridad. Ninguna de estas actividades dispensará al CONSTRUCTOR de otras obligaciones o responsabilidad derivadas de este Contrato.

17.3. Pruebas

El CONSTRUCTOR será responsable por todos los aparatos, energía eléctrica, equipos, combustible, consumibles, instrumentos, mano de obra, materiales y personal adecuadamente cualificado y con experiencia para llevar a cabo las pruebas que considere necesarias para ejecución de las Obras, en conformidad con las especificaciones técnicas plasmadas en el Contrato de Concesión.

17.4. Rechazo y Solicitud de Reparaciones

Si el INCO o el Interventor rechazan o solicitan reparaciones en parte(s) de las Obras se procederá de conformidad con el Contrato de Concesión, siendo responsabilidad exclusiva del CONSTRUCTOR cualquier reparación necesaria y los costos correspondientes, siempre y cuando los motivos de tal rechazo o solicitud sean de responsabilidad del CONSTRUCTOR.

17.5. Cánones y Tasas

El CONSTRUCTOR deberá pagar todos los cánones, tasas por:

a) La obtención de materiales naturales fuera del lugar en el cual se ejecutan las Obras; y
b) El vertido de los materiales procedentes de demoliciones y excavaciones y otros materiales excedentes (ya sean naturales o artificiales).

18. CLAUSULA 18 - MEDIO AMBIENTE

Durante la Fase de Construcción, el CONSTRUCTOR asume la responsabilidad de cumplir la totalidad de las normas ambientales vigentes aplicables al Contrato EPC así como los Planes de Manejo Ambiental, las Licencias Ambientales y los PAGAs gestionados por la CONCESIONARIA, como una variable fundamental de sus responsabilidades, implementando las medidas necesarias que aseguren su cumplimiento. Sin perjuicio de lo anterior y de lo establecido en la Cláusula 12 del presente Contrato EPC, la CONCESIONARIA asumirá el riesgo de los sobrecostos que se generen al CONSTRUCTOR como consecuencia de cambios en la normatividad ambiental vigente con posterioridad a la fecha de obtención de la Licencia Ambiental, cuando dichos valores excedan el valor de las obligaciones ambientales que sirvieron de base para determinar el valor del Contrato EPC.

19. CLÁUSULA 19 - GARANTÍAS Y PÓLIZAS DE SEGUROS

Los montos, vigencias y disposiciones de las Garantías y Pólizas de Seguros del Contrato EPC, estarán de acuerdo con lo establecido en el Capítulo XII y Sección 5.01 del Contrato de Concesión. Las Garantías y Pólizas de Seguros contractuales son:

19.1. Garantías y Pólizas de Seguros a cargo del CONSTRUCTOR

(a) Garantía Única de Cumplimiento de la Fase de Construcción;
(b) Póliza de Seguros Todo Riesgo de Construcción.

19.2. A cargo de cada una de las Partes según corresponda

(a) Pólizas de Seguros de Responsabilidad Civil;
(b) Póliza de Seguros de Automotores, de Equipo y de Maquinaria;
(c) Póliza de Seguros de daño y rotura de Maquinaria y Equipos eléctricos y Electrónicos

Lo anterior sin perjuicio de que la CONCESIONARIA, de común acuerdo entre las Partes, asuma el valor y pague todas las Garantías y Pólizas de Seguro exigidas en el presente Contrato.

20. CLÁUSULA 20 - RIESGOS

20.1. Riesgos asignados al CONSTRUCTOR

Son riesgos asignados al CONSTRUCTOR:

(a) Los efectos derivados de la variación en el valor de los Estudios de Detalle;
(b) Los efectos derivados del atraso en la ejecución de los Estudios de Detalle;
(c) Los efectos derivados de los errores de los Estudios de Detalle;
(d) Los efectos derivados de la variación de las cantidades de Obra realmente ejecutadas con relación a las cantidades de Obra estimadas en los Estudios de Detalle a menos que dicha variación sea el resultado de una solicitud de la CONCESIONARIA o derivada de las áleas anormales de acuerdo con lo previsto en la Cláusula 22 del presente Contrato;
(e) Los efectos derivados de la calidad y estabilidad de las Obras ejecutadas por el CONSTRUCTOR;
(f) Los efectos derivados del procedimiento constructivo optado por el CONSTRUCTOR para la ejecución de las Obras;

(g) Los efectos derivados de la variación en los precios de mercado de los insumos necesarios para la Construcción de las Obras, exceptuando las variaciones debidas a la inflación y las áleas anormales de acuerdo con lo previsto en la Cláusula 22 del presente Contrato;

(h) Los efectos derivados de las variaciones en la rentabilidad del Contrato EPC y de la obtención de utilidades o sufrimiento de pérdidas que le sean comprobadas e imputadas;

(i) Los efectos derivados del acaecimiento de eventos cubiertos por la póliza TRC o que han debido cubrirse con esta póliza;

(j) Los efectos derivados de las Obligaciones Ambientales inherentes a la Construcción, Mejoramiento y Rehabilitación de las Obras, establecidas en los Planes de Manejo Ambiental aprobados por la Autoridad Ambiental y los PAGAs. En caso de modificaciones a los mismos la CONCESIONARIA deberá reconocer al CONSTRUCTOR los mayores costos que dichas modificaciones le impliquen.

(k) Los efectos derivados del riesgo geológico y geotécnico conexo a las Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento, exceptuando las áleas anormales de acuerdo con lo previsto en la Cláusula 22 del presente Contrato;

(l) Los efectos desfavorables derivados de todos y cualesquiera daños, perjuicios, hurtos ó perdidas de los bienes de su propiedad ó de sus subcontratistas causados por terceros sin prejuicio de su facultad de exigir a terceros la reparación ó indemnización de los daños y prejuicios directos y/ó subsecuentes cuando a ello haya lugar.

(m) Los efectos derivados de las variaciones del valor del Peso con relación a cualquier otra moneda, en la parte que corresponda al Contrato EPC, lo anterior sin perjuicio de lo previsto para las áleas anormales de acuerdo con la Cláusula 22 del presente Contrato;

(n) Los efectos derivados del incumplimiento del Plan de Obra, imputable al CONSTRUCTOR;

20.2. <u>Riesgos asignados a la CONCESIONARIA</u>

Son riesgos asignados a la CONCESIONARIA:

(a) Los efectos derivados de la variación en el valor de los Estudios Ambientales requeridos para obtener las Licencias Ambientales;

(b) Los efectos derivados del atraso de los Estudios Ambientales requeridos para obtener las Licencias Ambientales;

(c) Los efectos derivados de los errores de los Estudios Ambientales requeridos para obtener las Licencias Ambientales;

(d) Los efectos derivados del atraso en la obtención de las Licencias Ambientales, imputables a la CONCESIONARIA;

(e) Los efectos derivados de las variaciones en el costo de las Obligaciones Ambientales de responsabilidad de la Concesionaria, que de acuerdo con el contrato EPC no le correspondan al CONSTRUCTOR;
(f) Los efectos derivados de las variaciones en las cantidades de obra estimadas en la Propuesta y las resultantes de los Estudios de Detalle, hasta el límite establecido en la Cláusula 12 del presente Contrato;
(g) Los efectos derivados de la alteración de las condiciones de financiación;
(h) Los efectos derivados de la Gestión de adquisición de predios;
(i) Los efectos derivados de las variaciones en la legislación ambiental;
(j) Los efectos derivados de las variaciones en la legislación tributaria;
Los efectos derivados del cambio de cualquier Ley Aplicable a la Concesión y/o al Concesionario y/o al Contratista EPC;
(k) Los efectos derivados de la variación en los precios de mercado de los insumos necesarios para ejecutar la Operación y el Mantenimiento;
(l) Los efectos derivados de las variaciones de las cantidades de obra de Operación y Mantenimiento;
(m)Los efectos derivados de las variaciones en la rentabilidad del Contrato de Concesión y de la obtención de utilidades o sufrimiento de pérdidas;
(n) Los efectos derivados del acaecimiento de eventos cubiertos por la póliza OCT o que han debido cubrirse con esta póliza;
(o) Los efectos derivados de las variaciones del valor del Peso con relación a cualquier otra moneda, en la parte que corresponda al Contrato de Concesión;
(p) Los efectos derivados del número y el tipo de vehículos que transiten por el Sector;
(q) Los efectos derivados de la elusión y evasión de los Peajes;
(r) Los efectos derivados de la invasión del derecho de vía por parte de terceros;
(s) Los efectos derivados de los mayores costos incurridos por los cambios que se efectúen a los diseños aprobados por la Interventoría como consecuencia de una solicitud de la CONCESIONARIA.

21. CLÁUSULA 21 - RESPONSABILIDADES

21.1. Responsabilidad del CONSTRUCTOR

El CONSTRUCTOR asumirá la responsabilidad, e indemnizará y mantendrá indemne a la CONCESIONARIA, solo por aquellos daños directos ocasionados en virtud de la ejecución del presente Contrato en los términos establecidos en el presente Contrato.

21.2. Límites a la Responsabilidad del CONSTRUCTOR

Las Partes acuerdan que el CONSTRUCTOR será exclusivamente responsable frente a la CONCESIONARIA solo por aquellos daños directos ocasionados por el

CONSTRUCTOR hasta por 20% del valor del Contrato EPC establecido en la Cláusula 12.1 del Contrato, deduciendo las sumas reconocidas y pagadas a la CONCESIONARIA como consecuencia de la efectividad de la Garantía y/o Póliza de Seguros establecida en el Contrato EPC.

Las Partes acuerdan que el CONSTRUCTOR no asume ninguna responsabilidad por las operaciones y actividades de competencia exclusiva de la CONCESIONARIA y/o del Interventor y/o del Supervisor del INCO. La CONCESIONARIA mantendrá al CONSTRUCTOR indemne con relación a dichas operaciones y actividades, y a cualquier responsabilidad que de las mismas se derive.

21.3. Ausencia de Daños Indirectos y Consecuenciales

Salvo las obligaciones de la CONCESIONARIA y del CONSTRUCTOR de pagar las penalidades y/o indemnizaciones previstas en el presente Contrato EPC, derivadas de sus incumplimientos contractuales, ninguna de las Partes ni ninguno de sus directivos, subcontratistas, empleados o filiales serán responsables frente a la otra Parte, ya sea contractualmente o por responsabilidad civil, objetiva o de cualquier otro tipo, por cualquier daño indirecto o consecuencial sufrido por la otra Parte con relación al cumplimiento o incumplimiento del presente Contrato EPC.

22. CLÁUSULA 22 - REVISIÓN DEL CONTRATO EPC POR IMPREVISIÓN

22.1. Eventos que dan lugar a la revisión del Contrato por imprevisión

Los riesgos y las obligaciones asumidas por las Partes en virtud del presente Contrato EPC operan bajo las siguientes premisas:

(a) El CONSTRUCTOR asume y por ende se entiende incluido dentro del valor del presente Contrato EPC: (A) el cumplimiento de las obligaciones a su cargo; y (B) los riesgos que le han sido expresamente asignados, así como, los áleas normales de la ejecución de sus obligaciones. Todo lo anterior ha sido valorado y cuantificado de manera que el acaecimiento de circunstancias imprevistas (áleas anormales) que impliquen que el cumplimiento de una o más prestaciones a su cargo resulta excesivamente onerosa, podrá dar lugar a que se solicite la revisión del presente Contrato EPC, caso en el cual el CONSTRUCTOR presentará por escrito a la CONCESIONARIA la solicitud de revisión del Contrato EPC acompañada de los debidos soportes que la sustentan.

(b) El CONSTRUCTOR declara, que ha entendido y conocido el alcance de las obligaciones derivadas del presente Contrato EPC, así como, que ha efectuado la valoración de los riesgos que le fueron asignados. Finalmente, corresponde al CONSTRUCTOR asumir las áleas normales de la ejecución del presente Contrato EPC, puesto que el cumplimiento de las obligaciones de resultado

mencionadas en numeral 10.2 ítem c) anterior del mismo, es a riesgo del CONSTRUCTOR.

(c) El CONSTRUCTOR se compromete a colaborar a la CONCESIONARIA en los procedimientos tendientes a lograr el restablecimiento del equilibrio económico del Contrato de Concesión.

(d) LA CONCESIONARIA asume el costo de los riesgos expresamente asignados a la CONCESIONARIA, y del cumplimiento de las obligaciones a su cargo.

23. CLÁUSULA 23 – FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO O EVENTO EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD

23.1. Definición del evento de Fuerza Mayor o Caso Fortuito o Evento Eximente de Responsabilidad

Para los fines del presente Contrato EPC, los términos "Fuerza Mayor o Caso Fortuito o Evento Eximente de Responsabilidad" tienen los mismos significados que se le asignan bajo el Contrato de Concesión.

23.2. Ausencia de Responsabilidad

Las Partes no serán responsables por el incumplimiento de sus respectivas obligaciones o por el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de las mismas, cuando dicho incumplimiento se deba a un Evento de Fuerza Mayor o Caso Fortuito o Evento Eximente de Responsabilidad, siempre que la Parte afectada por el evento de Fuerza Mayor o Caso Fortuito haya actuado con debida diligencia y haya tomado todas las precauciones y medidas alternativas razonables para el cumplimiento del presente Contrato EPC. En tal caso, las obligaciones afectadas por dicho evento serán suspendidas mientras dure el evento de Fuerza Mayor o Caso Fortuito o Evento Eximente de Responsabilidad, generándose el derecho a que se efectúe la revisión del presente Contrato EPC siguiendo los procedimientos de la Clausula 24 del mismo.

El retraso en el cumplimiento de las obligaciones del CONSTRUCTOR por causa de un Evento de Fuerza Mayor o Caso Fortuito o Evento Eximente de Responsabilidad por un lapso superior a noventa (90) Días continuos, dará derecho a cualquiera de las Partes a resolver el presente Contrato EPC, aplicándose en tal caso lo dispuesto en la Cláusula 31 del presente Contrato.

23.3. Notificación de Evento de Fuerza Mayor o Caso Fortuito o Evento Eximente de Responsabilidad

La Parte que invoque un evento de Fuerza Mayor o Caso Fortuito o Evento Eximente de Responsabilidad deberá notificar a la otra Parte de:

a) Los actos que constituyen el supuesto evento, dentro del primer Día Hábil siguiente de haber ocurrido o de haber descubierto dicho evento; y

b) El período previsible de suspensión de actividades por la Parte afectada.

c) Además, la Parte que invoque el evento, deberá mantener a la otra Parte informada de cualquier desarrollo de los eventos relevantes.

En este sentido, cuando (i) ocurra un evento de Fuerza Mayor o Caso Fortuito o Evento Eximente de Responsabilidad y el CONSTRUCTOR prevea que sus efectos continuarán por un período mayor de noventa (90) Días o (ii) cuando éste pueda razonablemente prever la ocurrencia de un Evento de Fuerza Mayor o Caso Fortuito o Evento Eximente de Responsabilidad, éste deberá cumplir con notificar (i) y (ii) a la CONCESIONARIA tan pronto como haya tomado conocimiento de los mismos.

23.4. Fuerza Mayor en la adquisición Predial

Las Partes declaran que los efectos de las disposiciones contractuales de Fuerza Mayor en la adquisición Predial, previstas en la Sección 7.06 del Contrato de Concesión, tienen pleno efecto en el desarrollo del Contrato EPC, en el sentido de que dichas disposiciones se aplicarán en el presente Contrato EPC en cuanto fuesen aplicables de acuerdo con su finalidad y naturaleza, en el sentido de que la CONCESIONARIA deberá reconocer los costos incurridos por el CONSTRUCTOR con arreglo a lo establecido en la Cláusula 24 del presente Contrato.

23.5. Fuerza Mayor por la obtención de Licencias Ambientales

Las Partes declaran que los efectos de las disposiciones contractuales de Fuerza Mayor en la obtención y/o modificación de las Licencias Ambientales, por causas no imputables a la CONCESIONARIA y previstas en la Sección 15.01. (e) del Contrato de Concesión, tienen pleno efecto en el desarrollo del Contrato EPC, en el sentido de que dichas disposiciones se aplicarán en el presente Contrato EPC en cuanto fuesen aplicables de acuerdo con su finalidad y naturaleza, en el sentido de que la CONCESIONARIA deberá reconocer los costos incurridos por el CONSTRUCTOR con arreglo a lo establecido en la Cláusula 24 del presente Contrato.

23.6. Fuerza Mayor por redes de servicios públicos

Las Partes declaran que los efectos de las disposiciones contractuales de Fuerza Mayor por redes de servicios públicos, previstas en la Sección 19.02. (i) del Contrato de Concesión, tienen pleno efecto en el desarrollo del Contrato EPC, en el sentido de que dichas disposiciones se aplicarán en el presente Contrato EPC en cuanto fuesen aplicables de acuerdo con su finalidad y naturaleza, en el sentido de que la CONCESIONARIA deberá reconocer los costos incurridos por el CONSTRUCTOR con arreglo a lo establecido en la Cláusula 24 del presente Contrato.

24. CLÁUSULA 24 - RECLAMOS

24.1. Reclamos o instrucciones de la CONCESIONARIA

Cualquier reclamo o instrucción que efectúe el INCO o el Interventor a la CONCESIONARIA o que efectúe directamente la CONCESIONARIA con respecto a las actividades ejecutadas por el CONSTRUCTOR bajo este Contrato, será de responsabilidad del CONSTRUCTOR, el cual deberá dentro de los plazos señalados en el Contrato de Concesión, subsanar la situación que generó el reclamo o la instrucción respectiva. Si el CONSTRUCTOR considerase que el reclamo o la instrucción proveniente del INCO o del Interventor es infundada, lo informará a la CONCESIONARIA para que ésta, con la colaboración y apoyo del CONSTRUCTOR, tome y prosiga las acciones correspondientes ante el INCO o la Interventoría, según corresponda. En caso que dicha acción derive en un resultado adverso para la CONCESIONARIA, el CONSTRUCTOR mantendrá indemne a la CONCESIONARIA por cualquier daño o perjuicio generado al mismo como consecuencia de la actuación del CONSTRUCTOR vinculada con el reclamo o la instrucción materia objeto de dicha acción, siempre y cuando dicho daño o perjuicio se encuentre debidamente demostrado y probado por sentencia judicial, laudo de un Tribunal de Arbitramento, o decisión del Panel de Expertos establecido en el Contrato de Concesión y no se trate de daños indirectos o consecuenciales y en todo caso, respetando los límites de Responsabilidad fijados en la Cláusula 21 del presente Contrato EPC.

Si el CONSTRUCTOR considerase que el reclamo o la instrucción proveniente de la CONCESIONARIA es infundada, lo informará a la CONCESIONARIA para de esta forma iniciar la solución de la controversia de acuerdo con lo establecido en la Cláusula 27 del Contrato EPC. En caso de que la solución de la controversia derive en un resultado adverso para el CONSTRUCTOR, éste reconocerá a la CONCESIONARIA los daños y perjuicios generados, siempre y cuando los mismos se encuentren debidamente demostrados y probados por sentencia judicial, laudo de un Tribunal de Arbitramento, o decisión del Panel de Expertos del Contrato EPC y no se trate de daños indirectos o consecuenciales y en todo caso, respetando los límites de Responsabilidad fijados en la Cláusula 21 del presente Contrato EPC.

24.2. Reclamos del CONSTRUCTOR

Los reclamos que el CONSTRUCTOR presente a la CONCESIONARIA con relación al Contrato EPC, inclusive con respecto a las Fuerzas Mayores y/o Eventos Eximentes de Responsabilidad, así como a las obligaciones de pagos relacionados a ejecución de las Obras, deberán adjuntar la documentación de soporte correspondiente. La CONCESIONARIA evaluará el reclamo presentado dentro de los 30 Días siguientes de recibido de parte del CONSTRUCTOR, plazo en el cual determinará si en su concepto,

procede o no el reconocimiento de costos y/o plazo solicitado. Una vez efectuada dicha evaluación, el procedimiento será el siguiente:

24.2.1. La CONCESIONARIA no acepta la procedencia del reclamo

Si después de efectuada la evaluación del reclamo por parte de la CONCESIONARIA ésta no acepta ni reconoce el reclamo de costos y/o plazos solicitado, el CONSTRUCTOR quedará en libertad de acudir al mecanismo de solución de controversias previsto en la Cláusula 27 del Contrato EPC. La decisión del CONSTRUCTOR de acudir al mencionado mecanismo de solución de controversias deberá ser informada dentro de los siguientes 15 Días de recibida la evaluación de la CONCESIONARIA.

24.2.2. La CONCESIONARIA acepta la procedencia y monto del reclamo

Si después de efectuada la evaluación del reclamo por parte de la CONCESIONARIA ésta acepta y reconoce el reclamo de costos y/o plazos solicitado, la CONCESIONARIA en primera instancia determinará si el reconocimiento se deriva del incumplimiento de alguna de sus obligaciones en virtud del Contrato EPC o se deriva del incumplimiento de alguna de las obligaciones del INCO, o Eventos que generen responsabilidad al INCO de acuerdo con el Contrato de Concesión, o de responsabilidad de terceros.

Si la CONCESIONARIA acepta que el reconocimiento de costos y/o plazos se deriva del incumplimiento de una de sus obligaciones, efectuará el pago de la suma adeudada dentro de los 90 Días siguientes a la aceptación del reconocimiento. Si vencido este plazo no se ha efectuado el pago se continuará reconociendo intereses comerciales de acuerdo con lo establecido en esta Cláusula. Si después de efectuada la evaluación del reclamo por parte de la CONCESIONARIA ésta acepta y reconoce el concepto del reclamo de costos y/o plazos, pero discrepa en su valor, se convocará al Panel de Expertos para que este resuelva las desavenencias de costo y/o plazos entre las Partes. La decisión del Panel de Expertos será de obligatorio acatamiento. La CONCESIONARIA efectuará el pago de la suma adeudada dentro de los 90 Días siguientes al dictamen del Panel de Expertos. Si vencido este plazo no se ha efectuado el pago se continuará reconociendo intereses comerciales de acuerdo con lo establecido en esta Cláusula.

Si la CONCESIONARIA acepta y reconoce que el reclamo de costos y/o plazos se deriva del incumplimiento de una de las obligaciones a cargo del INCO, o Eventos que generen responsabilidad al INCO de acuerdo con el Contrato de Concesión, o de responsabilidad de terceros, procederá a solicitar el restablecimiento del Equilibrio Económico del Contrato de Concesión siguiendo el procedimiento señalado en la Sección 14.04 de dicho Contrato. Si la CONCESIONARIA no lo hace, o lo hace sin seguir el procedimiento establecido en la citada Sección 14.04, la CONCESIONARIA efectuará el pago de la suma adeudada dentro de los 90 Días siguientes a la aceptación

del reconocimiento de costos y/o plazos. Si vencido este plazo no se ha efectuado el pago se continuará reconociendo intereses comerciales de acuerdo con lo establecido en esta Cláusula.

Si la CONCESIONARIA procede a solicitar el Restablecimiento del Equilibrio Económico del Contrato de Concesión siguiendo el procedimiento señalado en la Sección 14.04 de dicho Contrato, la CONCESIONARIA en la medida de sus posibilidades, podrá efectuar pagos parciales o el pago total de la suma adeudada, así estos pagos no hayan sido todavía aceptados y reconocidos por el INCO, o por el Panel de Expertos o por el Tribunal de Arbitramento previsto en el Capítulo 18 del Contrato de Concesión.

Una vez acatado por la CONCESIONARIA y el INCO el concepto del Panel de Expertos o producido el Laudo Arbitral o la decisión judicial correspondiente en donde se determine la responsabilidad del INCO y/o de la CONCESIONARIA respecto de aquellas obligaciones que no se encuentran a cargo del CONSTRUCTOR de acuerdo con el presente Contrato EPC, la CONCESIONARIA efectuará el pago de la suma adeudada al CONSTRUCTOR dentro de los 90 Días siguientes a la ocurrencia de cualquiera de tales eventos, si no lo ha hecho. Si vencido este plazo no se ha efectuado el pago se continuará reconociendo intereses comerciales de acuerdo con lo establecido en esta Cláusula. Lo anterior sin perjuicio de que la CONCESIONARIA, después de revisado en los quince (15) Días siguientes de producido el concepto del Panel de Expertos o el Laudo Arbitral o la decisión judicial, pueda tomar la decisión de acudir a los mecanismos de solución de controversias previstos en la Cláusula 27 de este Contrato EPC.

Por otra parte, una vez acatado por la CONCESIONARIA y el INCO el concepto del Panel de Expertos o producido el Laudo Arbitral o la decisión judicial correspondiente en donde se determine la responsabilidad de la CONCESIONARIA derivada de un incumplimiento de las obligaciones que se encuentran a cargo del CONSTRUCTOR de acuerdo con el presente Contrato EPC, la CONCESIONARIA no deberá efectuar el pago de la suma que había reconocido al CONSTRUCTOR y en caso de que ya hubiese efectuado el pago de la suma solicitada por el CONSTRUCTOR, éste deberá reembolsar a la CONCESIONARIA la suma pagada, más los correspondientes intereses comerciales, en un plazo de 90 Días, salvo que el CONSTRUCTOR, después de revisado en los quince (15) Días siguientes de ser informado por la CONCESIONARIA del concepto del Panel de Expertos o el Laudo Arbitral o la decisión judicial, pueda tomar la decisión de acudir a los mecanismos de solución de controversias previstos en la Cláusula 27 de este Contrato EPC.

El pago de la suma adeudada al CONSTRUCTOR será efectuado independiente del medio para restablecer el equilibrio económico que pacte la CONCESIONARIA con el INCO de acuerdo con lo establecido en la Sección 14.04. (c) del Contrato de Concesión.

En cualquiera de los anteriores casos las sumas adeudadas al CONSTRUCTOR le serán reconocidas con anterioridad a la liquidación del Contrato EPC.

24.2.3. Reconocimiento de intereses

En cualquiera de los casos previstos en esta Cláusula, las Partes aceptan el pago de intereses comerciales el cual se pacta en DTF + 5%, desde la fecha de reconocimiento del reclamo de la CONCESIONARIA o el CONSTRUCTOR, hasta la fecha de pago de la suma adeudada.

24.2.4. Colaboración del CONSTRUCTOR

El CONSTRUCTOR colaborará y apoyará diligentemente a la CONCESIONARIA en la presentación y sustentación de las solicitudes de Restablecimiento del Equilibrio Económico del Contrato que la CONCESIONARIA presente ante el INCO. Esta colaboración y apoyo tendrá como alcance la presentación de la documentación, de responsabilidad del CONSTRUCTOR, que sea solicitada por la CONCESIONARIA, el INCO, o por Panel de Expertos o por el Tribunal de Arbitramento establecido en el Contrato de Concesión.

Así mismo, el CONSTRUCTOR colaborará y apoyará diligente a la CONCESIONARIA en la contestación de demandas, en los dictámenes de Peritos Técnicos y en las declaraciones como testigos en los Tribunales de Arbitramento que se lleven a cabo para la solución de controversias del Contrato de Concesión.

Esta colaboración y apoyo no exime la responsabilidad de la CONCESIONARIA en la conducción de las solicitudes de Restablecimiento del Equilibrio Económico del Contrato.

25. CLÁUSULA 25 – MULTAS

Si en el desarrollo de sus actividades el CONSTRUCTOR ocasiona la imposición (por parte del INCO, del Interventor o de una Autoridad Gubernamental o Ambiental) de multas, penalidades o sanciones de cualquier tipo a la CONCESIONARIA, ésta tendrá derecho a exigir al CONSTRUCTOR en forma inmediata el pago o el reembolso de los pagos efectuados por dichas multas, penalidades o sanciones, sin perjuicio del pago a la CONCESIONARIA por los daños y perjuicios ocasionados por el CONSTRUCTOR, en este último caso siempre y cuando se encuentren debidamente demostrados y probados por sentencia judicial, laudo arbitral o decisión del panel de expertos y no se trate de daños indirectos o consecuenciales y en todo caso, respetando los parámetros de Responsabilidad fijados en la Cláusula 21, sin que el total acumulado de las multas exceda el 10% (diez por ciento) del Valor del Contrato EPC y sin perjuicio del procedimiento previsto en la Cláusula 24 de este Contrato EPC. En caso de que las

multas excedan el 10%, la CONCESIONARIA podrá terminar anticipadamente el Contrato EPC sin indemnización.

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, si como consecuencia de la interposición de acciones legales o procedimientos de arbitraje destinadas a cuestionar la imposición de la multas, penalidades o sanciones de cualquier tipo impuestas a la CONCESIONARIA se obtiene una decisión judicial o arbitral, según sea el caso, que señale en forma definitiva que la imposición de la multa, penalidad o sanción de cualquier tipo impuesta no se encontraba acorde a las Leyes Aplicables o al Contrato de Concesión, el CONSTRUCTOR tendrá derecho a solicitar el reembolso inmediato de las sumas pagadas. En caso que se contemple el pago de intereses a favor de la CONCESIONARIA, ésta deberá trasladarlos al CONSTRUCTOR.

26. CLÁUSULA 26 - CLÁUSULA PENAL

Si se termina de forma anticipada el Contrato EPC por causas imputables al CONSTRUCTOR, se causará el pago de una Pena Pecuniaria indemnizatoria, pero acumulable con la indemnización de perjuicios a favor de la CONCESIONARIA y a cargo del CONSTRUCTOR, equivalente al DIEZ POR CIENTO (10%) de UN MILLÓN (1.000.000) de salarios mínimos legales mensuales vigentes. Lo anterior se aplicará siempre y cuando el INCO haya hecho efectiva esta penalidad a la CONCESIONARIA y en todo caso, respetando los límites de Responsabilidad establecidos en la Cláusula 21 del presente Contrato EPC.

27. CLÁUSULA 27 - SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Sin perjuicio de lo previsto en la Cláusula 24 del presente Contrato, todas las desavenencias o controversias que pudieran derivarse de este Contrato EPC, incluidas las que se refieran a su nulidad o invalidez, serán resueltas en primera instancia a través de una etapa de negociación por el término que de común acuerdo se defina o en su defecto de treinta (30) Días.

Evacuada la etapa de arreglo directo, las diferencias a que se hizo referencia en el párrafo precedente, que subsistan, serán resueltas de la siguiente manera: i) si son de naturaleza técnica, comercial, financiera, contable o contractuales que no sean de naturaleza jurídica, por un panel de expertos conformado por tres (3) especialistas en las respectivas áreas, de reconocida trayectoria, nombrados uno por cada una de las Partes y el tercero de común acuerdo entre las Partes; La solicitud de iniciación del trámite del Panel que cualquiera de las Partes presente se entenderá como el agotamiento de la etapa de arreglo directo sin que sea necesaria prueba alguna relacionada con el

mencionado agotamiento y los miembros del Panel se deberán designar dentro de los 8 Días siguientes. ii) si son de naturaleza jurídica, por un Tribunal de Arbitramento, el cual fallará en derecho, aplicando la legislación colombiana, siendo sus decisiones de carácter final e inapelable. El Tribunal de Arbitramento se regulará por las reglas del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), y estará compuesto por tres (3) árbitros, para lo cual cada Parte designará un árbitro y el tercero será designado por la Cámara Internacional de Comercio de París conforme al mencionado Reglamento, el foro del arbitraje será la ciudad de Bogotá D.C. y el idioma el español. En caso de que cualquiera de las Partes o ambas no efectúen la designación del árbitro de acuerdo con la presente estipulación, la designación de tal árbitro será hecha también por la Cámara Internacional de Comercio de París de acuerdo con su Reglamento. La solicitud de iniciación del trámite arbitral que cualquiera de las Partes presente se entenderá como el agotamiento de la etapa de arreglo directo sin que sea necesaria prueba alguna relacionada con el mencionado agotamiento.

28. CLÁUSULA 28 – DEMORA Y SUSPENSIÓN DE LAS OBRAS

28.1. Indemnización por Demora

En el caso que se produjera un incumplimiento en el plazo previsto para la ejecución de las obligaciones del CONSTRUCTOR por causas imputables al CONSTRUCTOR, el CONSTRUCTOR pagará a la CONCESIONARIA, una penalidad equivalente a la que el INCO exija pagar a la CONCESIONARIA en virtud del Contrato de Concesión, en este último caso siempre y cuando se encuentren debidamente demostrados y probados por sentencia judicial, laudo arbitral o decisión del panel de expertos y no se trate de daños indirectos o consecuenciales y en todo caso, respetando los límites de Responsabilidad fijados en la Cláusula 21 y sin perjuicio del procedimiento previsto en la Cláusula 24 de este Contrato EPC.

En el caso que el incumplimiento en el plazo previsto para la ejecución de las obligaciones del CONSTRUCTOR sea, originado por causas imputables a la CONCESIONARIA y/o el INCO, dicha demora no será considerada como incumplimiento del CONSTRUCTOR. En tales casos, se prorrogarán los plazos del Contrato EPC hasta recuperar el tiempo de demora causada y el CONSTRUCTOR tendrá los mayores costos resarcidos de acuerdo con lo establecido en la Cláusula 24 del presente Contrato.

28.2. Suspensión de actividades del CONSTRUCTOR

En caso de suspensión de las actividades del CONSTRUCTOR previstas en el presente Contrato EPC, independientemente de la causa que la provoque, el CONSTRUCTOR

deberá proteger, almacenar o asegurar la parte afectada de las Obras previniendo cualquier deterioro, pérdida o daño de las mismas.

En el caso que la suspensión no sea atribuible al CONSTRUCTOR, los costos que se devenguen de dichas actividades de protección y las actividades relacionadas con la suspensión, serán cuantificadas y remuneradas al CONSTRUCTOR con arreglo a lo establecido en la Cláusula 24 del presente Contrato. Así mismo, se reconocerá al CONSTRUCTOR las ampliaciones de plazo a que hubiere lugar.

28.3. Pago de las instalaciones y materiales en caso de Suspensión

El CONSTRUCTOR tendrá derecho a recibir el valor de las instalaciones o materiales que no se hayan instalado en los terrenos comprendidos en el Área de Construcción más el costo de gestión y administración, en caso que la ejecución de las Obras o la entrega de éstas se haya suspendido por más de 28 Días. Dicho importe deberá ser pagado a más tardar dentro de los 30 Días de la verificación de esta situación. En la medida que la suspensión de la ejecución de las Obras no sea originada por la CONCESIONARIA, el Pago de las instalaciones y materiales se efectuará de acuerdo con lo previsto en la Cláusula 24 del presente Contrato.

28.4. Reanudación de las Obras

Una vez dado el permiso u orden para la reanudación, el CONSTRUCTOR y la CONCESIONARIA deberán examinar conjuntamente las Obras y materiales afectados por la suspensión. El CONSTRUCTOR deberá reparar cualquier deterioro, defecto o pérdida en las Obras o materiales que haya tenido lugar durante la suspensión, siendo reembolsado por los costos correspondientes, salvo que el deterioro, defecto o pérdida en las Obras hayan sido ocasionados por culpa del CONSTRUCTOR. En la medida que el deterioro, defecto o pérdida en las Obras no sea originada por la CONCESIONARIA, los costos correspondientes de reparación serán pagos al CONSTRUCTOR de conformidad con lo indicado en la Cláusula 24 del presente Contrato.

29. CLÁUSULA 29 - RECEPCIÓN DE LAS OBRAS POR LA CONCESIONARIA

Las Obras de cada Hito son entregadas por el CONSTRUCTOR a la CONCESIONARIA y recibidas por ésta, cuando se suscriba el Acta de Terminación de un Hito. Con la firma de cada una de estas Actas, el CONSTRUCTOR deberá: devolver debidamente inventariadas las Obras, el Área de Construcción y los bienes de la Concesión que se encuentren en el Hito. A partir de la suscripción del Acta de Terminación de un Hito, éste entra en Operación y Mantenimiento de responsabilidad de la CONCESIONARIA.

En la fecha en que se suscriban la totalidad de las Actas de Terminación de Hitos de un Tramo, las Partes suscribirán el Acta de Terminación del Tramo. En dicha fecha se entenderá que la Construcción del Tramo ha terminado y consecuentemente éste entra en Operación y Mantenimiento.

En la fecha que se suscriban la totalidad de las Actas de Terminación de los Tramos del Sector, las Partes suscribirán el Acta de Recibo Final del Contrato de EPC. En dicha fecha se entenderá que la Construcción del Sector ha terminado y consecuentemente éste entra en la Etapa de Operación y Mantenimiento. Lo anterior, sin perjuicio de los demás requisitos previstos en el Contrato de Concesión, para dar inicio a la etapa de Operación y Mantenimiento,

La fecha y procedimiento de evacuación de los terrenos comprendidos en el Área de Construcción será coordinada en su momento entre las Partes.

30. CLÁUSULA 30 - RESPONSABILIDAD POR DEFECTOS DE CONSTRUCCIÓN:

30.1. Período de notificación de defectos

Durante el plazo de 5 años contados desde la suscripción del Acta de Terminación de un Hito, la CONCESIONARIA podrá determinar la existencia de defectos en la ejecución de las Obras en el respectivo Hito materia del presente Contrato EPC y notificarlo al CONSTRUCTOR para que este subsane a su costa y riesgo dicho defecto. Asimismo, durante el plazo de 5 años contados desde la suscripción del Acta de Terminación de un Hito, la CONCESIONARIA podrá determinar la existencia de riesgo de ruina en la ejecución de las Obras en el respectivo Hito materia del presente Contrato EPC y notificarlo al CONSTRUCTOR para que este subsane a su costa y riesgo dicho defecto.

30.2. Reparación de defectos

Con el objeto de que las Obras estén en las condiciones estipuladas en el Contrato EPC (excepto en los casos normales de desgaste natural, Fuerza Mayor o Caso Fortuito y otros no imputables al CONSTRUCTOR), el CONSTRUCTOR deberá ejecutar a su costa y riesgo, en el plazo pactado entre las Partes, todo el trabajo necesario de reparación de defectos o daños debidamente comprobados, que hubiera sido notificados por la CONCESIONARIA.

30.3. Costos de reparación de defectos

Todo trabajo de reparación de defectos del presente Contrato EPC deberá ser ejecutado a costo y riesgo del CONSTRUCTOR, siempre que dicho defecto fuera atribuible a la ejecución de las Obras objeto del presente Contrato.

30.4. Demoras en remediar defectos advertidos

La CONCESIONARIA notificará al CONSTRUCTOR, con anticipación razonable, la fecha en la que un defecto o daño debe estar reparado. Durante este periodo el CONSTRUCTOR deberá tomar las providencias necesarias para efectuar la reparación. Si el CONSTRUCTOR no arregla el defecto o daño antes de la fecha notificada y este trabajo tuviera que ser realizado a costo y riesgo del CONSTRUCTOR, según lo dispuesto en el Contrato EPC, la CONCESIONARIA podrá a su elección:

a) Realizar el trabajo, por si mismo o mediante terceros, con cargo al CONSTRUCTOR. El CONSTRUCTOR deberá pagar a la CONCESIONARIA todos los costos en los que ésta haya incurrido para arreglar el defecto o daño en un plazo a ser acordado entre las Partes;
b) Acordar o determinar una reducción en el Valor del Contracto EPC; o
c) Si el defecto o daño priva a la CONCESIONARIA de una parte importante de las Obras, de modo tal que pueda ocasionar la declaratoria de caducidad del Contrato de Concesión, podrá terminar el Contrato EPC. Sin perjuicio de cualquier otro derecho definido en el Contrato EPC, la CONCESIONARIA tendrá derecho al reembolso por las Obras ejecutadas por terceros, así como los costos financieros y los costos en los que haya incurrido para reparar los defectos de las Obras ejecutadas por el CONSTRUCTOR.

30.5. Reducción en Ingresos de la CONCESIONARIA

Si los defectos de responsabilidad del CONSTRUCTOR generan a la CONCESIONARIA una reducción de sus ingresos por Peajes, como consecuencia del incumplimiento de Indicadores de estado de la vía de acuerdo con lo previsto en el Contrato de Concesión, dicha reducción será reconocida por el CONSTRUCTOR a la CONCESIONARIA en un plazo máximo de 15 Días después de efectuada la reducción del ingresos por Peaje por parte del INCO y/o del Interventor. Lo anterior, respetando los límites de Responsabilidad fijados en la Cláusula 21 y sin perjuicio del procedimiento previsto en la Cláusula 24 de este Contrato EPC.

30.6. Acta de Recibo Final del Contrato de EPC

El cumplimiento de las obligaciones del CONSTRUCTOR previstas en el presente Contrato EPC no deberá considerarse finalizado hasta que la CONCESIONARIA haya suscrito el Acta de Recibo Final del Contrato de EPC, indicando la fecha en que el CONSTRUCTOR finalizó sus obligaciones contractuales, la cual será suscrita dentro de los 5 días hábiles siguientes a la suscripción del Acta de recibo del último Tramo.

31. CLÁUSULA 31 - LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO

El Contrato EPC será liquidado en un plazo máximo de cuatro (4) Meses, contados a partir de la fecha en que se suscriba entre las Partes el Acta de Recibo Final del Contrato EPC, o de que se termine en forma anticipada el Contrato EPC de acuerdo con lo previsto en la Cláusula 32 del mismo. La liquidación se efectuará mediante acta que suscriban las Partes en la cual se dejarán establecidos los finiquitos de las obligaciones entre las Partes, los paz y salvos entre ellas y/o las obligaciones que quedan pendientes entre ellas y cómo y en qué plazo se ejecutarán. Si no existiere acuerdo para la firma del acta en los 4 meses, se acudirá al panel de expertos o a al Tribunal de Arbitramento según el caso, en los plazos y mediante los procedimientos previstos en la cláusula 27 de Solución de Controversias.

32. CLÁUSULA 32 - TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL CONTRATO EPC

32.1. Terminación anticipada por caducidad del Contrato de Concesión

El presente Contrato EPC se terminará anticipadamente, si se declara la caducidad del Contrato de Concesión.

32.2. Terminación anticipada por incumplimiento del INCO

El presente Contrato EPC se terminará anticipadamente, si el Contrato de Concesión termina por incumplimiento del INCO.

32.3. Terminación anticipada por terminación unilateral del Contrato de Concesión

El presente Contrato EPC se terminará anticipadamente, si el INCO termina unilateralmente el Contrato de Concesión.

32.4. Terminación anticipada por incumplimiento del CONSTRUCTOR

La CONCESIONARIA podrá terminar anticipadamente el presente Contrato si se produjera alguno de los siguientes eventos (cada uno, un "Evento de Incumplimiento del CONSTRUCTOR"):

(a) En el caso que el CONSTRUCTOR incumpla gravemente una obligación sustancial del Contrato de forma tal que pueda conducir a la paralización de las Obras por un período superior a treinta (30) Días, o que pueda conducir a la declaratoria de caducidad del Contrato de Concesión;

(b) En caso que el CONSTRUCTOR viole o permita una violación de cualquier ley (especialmente las Leyes Aplicables en relación a temas ambientales o de protección del patrimonio cultural de la nación o de lavado de activos o financiación de terrorismo) o reglamento, norma, orden, permiso, autorización, u orden de cualquier autoridad u organismo gubernamental (incluyendo las Autoridades Gubernamentales) que pueda

conducir a la paralización de las Obras por un período superior a treinta (30) Días, o que pueda conducir a la declaratoria de caducidad del Contrato de Concesión; o

(c) Disolución y/o liquidación del CONSTRUCTOR o de cualquiera de sus integrantes; salvo que en el segundo supuesto los demás integrantes hayan demostrado la capacidad del CONSTRUCTOR de continuar asumiendo las obligaciones previstas en el Contrato; o

(d) En caso que el CONSTRUCTOR ceda su posición contractual, ceda, asigne o transfiera sus derechos en, o con respecto al, Contrato sin la aprobación previa de la CONCESIONARIA y del INCO; o

(e) En caso que el CONSTRUCTOR, sin causa justificada, suspenda la ejecución de las Obras por más de treinta (30) Días.

La terminación anticipada del Contrato prevista en el presente numeral será efectiva si el CONSTRUCTOR no subsana el respectivo Evento de Incumplimiento dentro del plazo que para el efecto le haya concedido la CONCESIONARIA.

32.5. Terminación o suspensión por incumplimiento de la CONCESIONARIA:

El CONSTRUCTOR podrá suspender la ejecución de las Obras o terminar anticipadamente el Contrato EPC, si se produjera alguno de los siguientes eventos (cada uno, un "Evento de Incumplimiento de la CONCESIONARIA"):

(a) Si la CONCESIONARIA no cumple con efectuar el pago de cualquier suma adeudada al CONSTRUCTOR en virtud de los términos del Contrato dentro de los noventa (90) Días posteriores al vencimiento de dicho pago; o

(b) En el caso que la CONCESIONARIA incumpla gravemente una obligación sustancial del Contrato de forma tal que pueda conducir a la paralización de las Obras por un período superior a treinta (30) Días, o que pueda conducir a la declaratoria de caducidad del Contrato de Concesión

(c) Si en relación con la CONCESIONARIA se produjera cualquiera de los siguientes actos: (i) aprobación de un acuerdo de accionistas de la CONCESIONARIA para su disolución y liquidación; o (ii) liquidación obligatoria de la CONCESIONARIA; o

(d) Si la CONCESIONARIA, por cualquier motivo, no logra el cierre financiero para la ejecución de cualquier parte de las Obras.

La terminación anticipada del Contrato prevista en el presente numeral será efectiva si la CONCESIONARIA no subsana el respectivo Evento de Incumplimiento dentro del plazo que para el efecto le haya concedido el CONSTRUCTOR.

32.6. Terminación anticipada por mutuo acuerdo

Las Partes podrán de común acuerdo optar por la terminación anticipada del presente Contrato EPC.

32.7. Terminación anticipada por evento de Fuerza Mayor, Caso Fortuito o Evento Eximente de Responsabilidad

En caso que ocurra un atraso en el cumplimiento de las obligaciones del CONSTRUCTOR por causa de un evento de Fuerza Mayor o Caso Fortuito o Evento Eximente de Responsabilidad, en los términos señalados en la Cláusula 23, las Partes podrán terminar anticipadamente el presente Contrato EPC.

32.8. Derechos de las Partes en caso de terminación anticipada

(a) Terminación anticipada por incumplimiento de obligaciones a cargo de la CONCESIONARIA, incumplimiento del INCO, Fuerza Mayor o Caso Fortuito, terminación unilateral del Contrato de Concesión, mutuo acuerdo entre las Partes y declaratoria de caducidad por incumplimiento de la CONCESIONARIA: la CONCESIONARIA pagará al CONSTRUCTOR: i) las Obras total o parcialmente ejecutadas hasta la fecha de recepción de la respectiva notificación de terminación anticipada del Contrato, ii) cualquier costo asociado con las actividades que haya realizado el CONSTRUCTOR hasta la terminación anticipada durante las Fases de Pre-construcción y/o Construcción según el momento en que se haya producido la terminación anticipada y iii) la utilidad dejada de percibir por el CONSTRUCTOR. Los anteriores pagos serán efectuados con arreglo a lo previsto en la Cláusula 24 del presente Contrato.

(b) Terminación anticipada por incumplimiento del CONSTRUCTOR: En los casos que se verifique un Evento de Incumplimiento del CONSTRUCTOR y el CONSTRUCTOR no cumpla con subsanar su incumplimiento dentro del plazo otorgado, la CONCESIONARIA tendrá los derechos que se indican a continuación, teniendo el CONSTRUCTOR las siguientes obligaciones en tales supuestos:

(1) La CONCESIONARIA podrá terminar el Contrato de conformidad con los requerimientos de notificación de la Cláusula 34.5 del presente Contrato y en caso que lo termine pagará al CONSTRUCTOR: i) las Obras total o parcialmente ejecutadas hasta la fecha de recepción de la respectiva notificación de terminación anticipada del Contrato y ii) cualquier costo asociado con las actividades que haya realizado el CONSTRUCTOR hasta la terminación anticipada durante las Fases de Pre-construcción y/o Construcción según el momento en que se haya producido la terminación anticipada. De estas sumas se deducirán las multas, sanciones o indemnizaciones que le hayan sido impuestas a la CONCESIONARIA como consecuencia del incumplimiento del CONSTRUCTOR;

(2) Sin perjuicio de la reversión de bienes prevista en el Contrato de Concesión, si lo solicitara la CONCESIONARIA, el

CONSTRUCTOR retirará del Área de Construcción la maquinaria, los materiales, equipos, herramientas e instrumentos usados por el CONSTRUCTOR y cualquier desperdicio generado durante la ejecución de las Obras, según lo indique la CONCESIONARIA y cederá a la CONCESIONARIA los subcontratos celebrados por el CONSTRUCTOR que la CONCESIONARIA pudiere solicitar;

(3) Una vez efectuado el pago correspondiente al CONSTRUCTOR, la CONCESIONARIA podrá previo pago tomar posesión de la totalidad de los Estudios de Detalle, materiales y equipos del CONSTRUCTOR, consumibles, herramientas, órdenes de compra, consultas, cronogramas y otros artículos e instalaciones del CONSTRUCTOR que se encuentren en las instalaciones del CONSTRUCTOR para la ejecución de las Obras en lo que falte por cancelarse y que la CONCESIONARIA considere necesarios para la culminación de las mismas; y

(4) La CONCESIONARIA tendrá el derecho a culminar las Obras ya sea con o sin el uso de los materiales, instalaciones, equipo, herramientas e instrumentos del CONSTRUCTOR. Previo pago al CONSTRUCTOR, la CONCESIONARIA podrá usar los Estudios de Detalle y/o cualquier bien del CONSTRUCTOR que se encuentren en su poder en ese momento para culminar las Obras;

En caso que se verifique un Evento de Incumplimiento del CONSTRUCTOR, el CONSTRUCTOR será responsable ante la CONCESIONARIA por los mayores costos en que incurra la CONCESIONARIA o cualquier parte que actúe en representación o sea designada por la CONCESIONARIA para culminar las Obras y entregar las mismas con todos los permisos vigentes, en condiciones apropiadas de operación y mantenimiento, incluyendo los costos en los que incurra como resultado del empleo de métodos acelerados de construcción usados con el fin de lograr la terminación de las Obras, o de reducir los atrasos causados por dicho incumplimiento. También se incluye en las responsabilidades del CONSTRUCTOR conforme a lo dispuesto en este párrafo, todos los costos en los que incurra la CONCESIONARIA en la administración de los contratos con Subcontratistas (sean pre-existentes o posteriores a la resolución del Contrato), los honorarios de abogados relacionados con la terminación del presente Contrato y todos los costos y gastos por intereses adicionales en los que se incurra como resultado de dicho incumplimiento. Todo lo anterior de acuerdo con los limites de Responsabilidad establecidos en la Cláusula 21 de este Contrato, siempre y cuando sean daños directos y no consecuenciales o indirectos y se encuentre debidamente probada la Responsabilidad del CONSTRUCTOR y el monto del daño por sentencia judicial , laudo del Tribunal de Arbitramento o decisión del panel de expertos.

La CONCESIONARIA deberá realizar su mayor esfuerzo para mitigar los daños que la verificación de un Evento de Incumplimiento del CONSTRUCTOR podría ocasionarle.

Todas las cantidades a ser pagadas por el CONSTRUCTOR o la CONCESIONARIA, según sea el caso, serán pagadas por la Parte respectiva dentro de los treinta (30) Días posteriores a la fecha en que la Parte obligada a efectuar tal pago reciba de la otra Parte la factura respectiva, con el sustento de todas esas cantidades.

32.9. Responsabilidad del CONSTRUCTOR

En caso se produzca la terminación anticipada del Contrato, el CONSTRUCTOR seguirá siendo responsable por las Obras ejecutadas, según los términos del presente Contrato EPC..

32.10. Asunción de Obligaciones

En caso de terminación del Contrato por cualquier causa, la CONCESIONARIA tendrá el derecho, a su exclusiva discreción, de asumir y hacerse responsable por las obligaciones que el CONSTRUCTOR pueda tener de buena fe frente a su personal o por cualquier otra obligación o compromiso que el CONSTRUCTOR pueda haber asumido de buena fe con terceros en relación con la ejecución de las Obras, aún cuando tales obligaciones y compromisos no estén cubiertos por los pagos efectuados al CONSTRUCTOR como consecuencia de la terminación del Contrato.

En el caso que la CONCESIONARIA decida asumir cualquier obligación del CONSTRUCTOR conforme se establece en este Contrato, entonces y de manera simultánea al cumplimiento por parte de la CONCESIONARIA de sus obligaciones en el caso que se verifique la terminación del Contrato, el CONSTRUCTOR firmará todos los documentos y llevará a cabo todas las otras acciones que la CONCESIONARIA le solicite y que puedan ser necesarias o convenientes para otorgarle todos los derechos, compensaciones, beneficios y cargos que sean necesarios para que asuma dichas obligaciones y compromisos.

33. CLÁUSULA 33 - RELACIONES CON TERCEROS

33.1. A cargo de la CONCESIONARIA

La responsabilidad por la relación contractual con el INCO es de la CONCESIONARIA con la colaboración del CONSTRUCTOR;

La responsabilidad por la relación contractual con el Interventor en los aspectos relacionados con la Construcción de las Obras, es de la CONCESIONARIA con la colaboración del CONSTRUCTOR y podrá ser delegada al CONSTRUCTOR;

La responsabilidad por la relación contractual con el Interventor en los aspectos relacionados con la Operación y Mantenimiento es de la CONCESIONARIA;

La responsabilidad por la relación con las Autoridades Gubernamentales Nacionales, Departamentales y Municipales es de la CONCESIONARIA;

La responsabilidad por la relación con las Autoridades Ambientales Nacionales, Regionales y Municipales es de la CONCESIONARIA;

La coordinación general entre todos los Contratistas relacionados con la Concesión, incluido el CONSTRUCTOR, es responsabilidad de la CONCESIONARIA;

33.2. A cargo del CONSTRUCTOR

La coordinación técnica entre los proyectistas de los Estudios de Detalle y el Consultor de los Estudios Ambientales requeridos para obtener la Licencia Ambiental, será realizada por la CONCESIONARIA con la colaboración del CONSTRUCTOR;

La coordinación técnica entre los proyectistas de los Estudios de Detalle y el Consultor encargado de la Gestión Predial, será realizada por la CONCESIONARIA con la colaboración del CONSTRUCTOR.

La coordinación de los proyectistas de los Estudios de Detalle y de los Subcontratistas, para la Construcción de las Obras será realizada por el CONSTRUCTOR.

34. CLÁUSULA 34 DISPOSICIONES GENERALES:

34.1. Independencia

El CONSTRUCTOR y sus diferentes Subcontratistas serán considerados en todo momento como contratistas independientes de la CONCESIONARIA, hecho que aceptan expresamente las Partes mediante la suscripción del presente Contrato.

34.2. Auditoria

El CONSTRUCTOR mantendrá, de acuerdo con los principios generalmente aceptados de contabilidad en Colombia, los libros y registros contables relacionados con las Obras, incluidos los trabajos que impliquen Obras Adicionales al Contrato, que deban ser pagados por la CONCESIONARIA, según los términos de este Contrato EPC. Dichos libros y registros deberán llevarse de acuerdo con alguno de los siguientes criterios: (i) costos recuperables; o (ii) tiempo y materiales. La CONCESIONARIA y sus representantes autorizados tendrán derecho a inspeccionar y a auditar dichos registros y libros de contabilidad durante las horas normales de oficina y previa notificación con una antelación razonable. El CONSTRUCTOR mantendrá todos los registros y libros de contabilidad por un plazo de por lo menos seis (6) años contados desde la fecha del Acta de Recibo Final del Contrato de EPC, o el plazo de prescripción que corresponda conforme a las Leyes Aplicables, el que resulte mayor.

34.3. Divisibilidad

En el caso que cualquiera de las disposiciones del Contrato EPC o la aplicación de ellas no sean aplicables o sean invalidadas por cualquier corte, tribunal arbitral, árbitro o jurisdicción competente, la CONCESIONARIA y el CONSTRUCTOR negociarán un ajuste equitativo de las disposiciones del Contrato EPC a fin de cumplir con el objeto del mismo. La validez y exigibilidad de las disposiciones restantes o las aplicaciones de ellas no se verán afectadas por este hecho.

34.4. Propiedad Intelectual

Los derechos patrimoniales sobre los estudios y conceptos técnicos que se generen, emitan, así como los informes que el CONSTRUCTOR produzca en cumplimiento del presente Contrato EPC, son de propiedad del CONSTRUCTOR, que otorgará a la CONCESIONARIA una licencia gratuita por plazo indeterminado. En virtud de ello, la CONCESIONARIA podrá bajo su responsabilidad reproducirlos por cualquier medio, transformarlos y distribuirlos, siempre respetando los derechos de autor, de acuerdo con las Leyes Aplicables.

34.5. Comunicaciones, Direcciones y Notificaciones

Toda notificación y toda otra comunicación que se requiera o permita bajo el presente Contrato: (a) será por escrito; (b) será entregada personalmente, por servicio expreso de mensajería, o por transmisión vía facsímil; (c) en el caso de entrega personal o por servicio de mensajería, será considerada entregada a su efectiva recepción por la Parte receptora de la comunicación respectiva, y, en el caso de entrega por transmisión de facsímil, cuando se complete dicha transmisión según lo indique el facsímil de la Parte a que se dirige tal comunicación; y (d) todas las notificaciones o comunicaciones bajo el Contrato EPC deberán ser entregadas o transmitidas al domicilio de la Parte respectiva que se indica más abajo, o en dicho otro domicilio que tal Parte haya designado a la otra Parte mediante aviso escrito cursado cuando menos con diez (10) Días de anticipación.

Cualquier notificación efectuada mediante facsímil deberá ser confirmada por escrito entregada personalmente por servicio expreso de mensajería; no obstante lo anteriormente señalado, la falta de confirmación no invalidará o anulará la notificación remitida por facsímil si es que, efectivamente, fue recibida por la Parte destinataria de la misma.

Todas las notificaciones, citaciones, peticiones, demandas y otras comunicaciones relacionadas al presente Contrato EPC deberán realizarse por escrito y se considerarán válidamente realizadas cuando cuenten con el respectivo cargo de recepción, a las siguientes direcciones:

Si va dirigida a la CONCESIONARIA:

Nombre: Marko Antonio Harasic Angulo

Dirección: Avenida carrera 15 # 106-65, Piso 4

Si va dirigida al CONSTRUCTOR:

Nombre: Manuel Ricardo Cabral Ximenes

Dirección: Avenida carrera 15 # 100-69, Oficina 603

34.6. Títulos

Las Partes reconocen que los títulos que encabezan las cláusulas del Contrato son meramente enunciativos y no serán tomados en cuenta para la interpretación de su contenido.

34.7. Negociación del Contrato

Las Partes declaran y reconocen expresamente que todas las Cláusulas, Sub-Cláusulas, Secciones, Anexos, Apéndices, términos, condiciones y, en general, todo el contenido del presente Contrato EPC ha sido plenamente negociado y aceptado por ambas Partes, no debiéndose considerar a ninguna de las anteriores como una Cláusula, Anexo, Apéndice, Sección, término o condición estándar o que pueda ser interpretada en contra de cualquiera de las Partes en caso de duda sobre su contenido, alcances o interpretación. Asimismo, las Partes declaran y garantizan expresamente que han contado con adecuada asesoría legal durante la negociación y redacción del Contrato.

34.8. No invocación o ejercicio de Derechos

La no invocación o falta de ejercicio por falta de cualquiera de las Partes de alguno o todos sus derechos establecidos en el Contrato EPC y bajo las Leyes Aplicables no podrá ser interpretado ni constituirá una renuncia a ejercer tales derechos. No podrá considerarse que una Parte ha renunciado, en todo o en parte, a ejercer sus derechos bajo el Contrato EPC o las Leyes Aplicables ante un evento de incumplimiento a cargo de la otra Parte, salvo que la primera indique por escrito y de manera expresa a la otra su renuncia a ejercer tal derecho.

34.9. Confidencialidad

Las Partes tratarán en forma confidencial toda la información técnica, comercial y económica derivada de la ejecución del Contrato, así como todos los documentos y datos intercambiados entre ellas que sean expresamente designados por la Parte que los provee como confidencial (la "Información Confidencial"). Ninguna de las Partes podrá, sin la previa aprobación de la Parte que proveyó la Información Confidencial, divulgarla a terceros, a menos que ello fuere obligatorio como consecuencia de una orden emitida por un juez u otra autoridad gubernamental, lo que incluye al INCO, según definición del Contrato de Concesión. En tal supuesto, la Parte que se encuentra obligada a revelar la Información Confidencial, deberá informar dicha circunstancia a la

otra Parte con la mayor antelación posible, a fin de permitir a esta última que adopte las medidas que considere convenientes. Las Partes no utilizarán la Información Confidencial para ningún otro propósito que la ejecución de este Contrato EPC.

La información confidencial excluye aquella que (i) sea de dominio público, o (ii) fuera puesta a disposición de una de las Partes por un tercero que no tenga obligación de confidencialidad asumida con la otra Parte.

Se suscribe el Contrato en la ciudad de Bogotá, Colombia a los 26 días del mes de Abril de 2010 en dos (2) ejemplares iguales, en señal de expresa aceptación de su contenido.

Marko Antonio Harasic Angulo
Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.
Presidente

Celso Carlos Buche
Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.
Gerente Administrativo Financiero

Manuel Ricardo Cabral Ximenes
Consorcio Constructor Ruta del Sol – CONSOL
Representante Común Principal

Luiz Claudio Teixeira dos Santos
Consorcio Constructor Ruta del Sol – CONSOL
Representante Común Suplente