



ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

## PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS  
CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA  
EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

CENTRO DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE – CÁMARA DE  
COMERCIO DE BOGOTÁ

Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa

Iván Darío Gómez Lee

Procuradora 55 Judicial II Administrativa

Fanny Contreras Espinosa

Bogotá D. C.

Julio 17 de 2019



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

I. PRIMERA PARTE.....	6
Análisis de los antecedentes.....	6
1. EL EXPEDIENTE N° 4190 .....	6
2. EL EXPEDIENTE N° 4209 .....	10
3. LA ACUMULACIÓN DE EXPEDIENTES.....	13
4. GRAVES ACTOS DE CORRUPCIÓN Y LA SOLICITUD DE NULIDAD DE LA PROCURADURÍA.....	16
5. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE Y COMPETENCIA.....	18
6. VINCULACIÓN DE LITISCONSORTES CUASINECESARIOS .....	19
7. INTERVENCIÓN DE LOS LITISCONSORTES CUASINECESARIOS.....	21
8. VINCULACIÓN DE TERCEROS COADYUVANTES DE LA PARTE CONVOCANTE: 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.....	21
9. EL ORIGEN DEL PROYECTO VIAL AUTOPISTA RUTA DEL SOL II, EL CONTRATO Y OTROS ACUERDOS NEGOCIALES MATERIA DE ESTA CONTROVERSIA.....	22
10. EL CONTRATO N° 001 DE 14 DE ENERO DE 2010 Y SUS OTROSÍES.....	25
11. LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO N° 001 DE 2010 POR MUTUO ACUERDO, LA FORMULA DE PAGO DE LA ANI, SU RECHAZO Y LA CONTINUIDAD DEL ARBITRAMIENTO POR VOLUNTAD DE LAS PARTES .....	28
12. OTRAS ACTUACIONES PROCESALES EN CURSO PROBADAS.....	29
II. SEGUNDA PARTE .....	29



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

Desarrollo del concepto .....	29
PROBLEMA JURÍDICO.....	29
1. NULIDAD, CAUSAS Y EFECTOS .....	30
1.1 NULIDAD DEL CONTRATO ESTATAL POR ACTOS DE CORRUPCIÓN .....	30
1.2 LA NULIDAD EN EL MARCO JURÍDICO NACIONAL.....	35
1.3 LA NULIDAD ABSOLUTA .....	36
1.4 CAUSALES DE NULIDAD EN LOS CASOS DE CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL.....	37
1.5 CONTRATOS ESTATALES CELEBRADOS PARA LA CORRUPCIÓN Y CONTRATOS ESTATALES CELEBRADOS POR LA CORRUPCIÓN.....	41
1.6 CAUSALES DE NULIDAD .....	42
1.7 EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD DEL CONTRATO ESTATAL POR ACTOS DE CORRUPCIÓN.....	54
1.8 LA NULIDAD EN EL ARTÍCULO 20 DE LA LEY 1882 DE 2018 Y LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN CONCESIONES Y ACTOS DE CORRUPCIÓN.....	58
2. ACTOS DE CORRUPCIÓN QUE VICIAN AL CONTRATO PARA BENEFICIARSE INDEBIDAMENTE Y A OTROS NEGOCIOS JURÍDICOS .....	62
2.1 ESTÁNDARES PROBATORIOS DEL ACTO DE CORRUPCIÓN.....	62
2.2 LA CORRUPCIÓN INTERNACIONAL DE ODEBRECHT Y SUS “ALIANZAS” .....	65
2.3 ACTOS DE CORRUPCIÓN DESDE LA ESTRUCTURACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO.....	68



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

2.4 CORRUPCIÓN DURANTE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO N° 001 DE 14 DE ENERO 2010 Y SUS OTROSÍES N°3 Y N°6 .....	80
2.5 ACCIONES Y OMISIONES DE LAS SOCIEDADES DE LA CONCESIONARIA ANTE LOS ACTOS DE CORRUPCIÓN.....	92
2.6 LA ACCIÓN POPULAR.....	94
3. ¿EXISTIRÍAN BASES EN DERECHO PARA REALIZAR PAGOS Y RECONOCIMIENTOS, LOS MISMOS SERIAN VIABLES, SEGÚN LAS PRESCRIPCIONES DE LA SENTENCIA C-207 DE 2019?.....	103
3.1. MARCO JURÍDICO PARA LAS RESTITUCIONES Y RECONOCIMIENTOS .....	103
3.2 EFECTOS FRENTE A TERCEROS .....	106
3.3. ARTÍCULO 20 DE LA LEY 1882 DE 2018, SENTENCIA C-207 DE 16 DE MAYO DE 2019 Y LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN CONCESIONES Y ACTOS DE CORRUPCIÓN.....	108
3.4 REGLAS DE APLICACIÓN DE LA SENTENCIA C-207 DE 2019 Y LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS GENERAL, EL PATRIMONIO PÚBLICO Y LA MORALIDAD.....	116
3.5 LOS SUPUESTOS PARA LA PROCEDENCIA DE LOS PAGOS Y RECONOCIMIENTOS .....	119
3.6 BASES TÉCNICAS Y FINANCIERAS PARA LA DETERMINACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS ECONÓMICAS DERIVADAS DE LA NULIDAD ABSOLUTA .....	122
4. CONSIDERACIÓN FINAL DEL MINISTERIO PÚBLICO SOBRE EL DEBIDO PROCESO	126
CONCLUSIONES .....	127
CONCEPTO EN SENTIDO ESTRICTO.....	129



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

Honorables Árbitros

Doctor JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR (Presidente)

Doctora CATALINA HOYOS JIMÉNEZ

Doctor CARLOS MAURICIO GONZÁLEZ ARÉVALO

Doctor CARLOS ANDRÉS PERILLA CASTRO (Secretario)

E. S. D.

Referencia.	Expedientes:	4190 y 4209
	Contrato:	N° 001 de 2010.
	Convocante:	CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. y OTROS
	Convocada:	AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA (ANI)
	Asunto:	Concepto

Respetados Señores Árbitros:

Presentación

De manera atenta y en representación del Ministerio Público, en ejercicio de las funciones constitucionales y legales asignadas al Ministerio Público, en particular las establecidas en el numeral 7 del artículo 277 de la Constitución Política, artículo 44 del Decreto 262 de 2000, en concordancia con los artículos 104 y 303 de la Ley 1437 de 2011 y, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1° de la Resolución N° 270 de 6 de septiembre de 2001 y en cumplimiento de la Agencia Especial que me confirió el Procurador General de la Nación Doctor Fernando Carrillo Flórez para actuar en este proceso y en desarrollo del artículo 118 de la Constitución Política, que faculta a los Procuradores Delegados para actuar como agentes del Ministerio Público, por medio del presente escrito procedo a emitir concepto en el trámite arbitral de la referencia entre la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, en adelante la Concesionaria y, la Agencia Nacional de Infraestructura, en adelante ANI.

Este concepto se estructura de la siguiente forma:



ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

### **Primera parte – Análisis de los antecedentes**

Es el análisis de los antecedentes procesales: 1. El expediente 4190. 2. El expediente 4209. 3. La acumulación de expedientes. 4. Graves actos de corrupción y la solicitud de nulidad de la Procuraduría. 5. Primera audiencia de trámite y competencia. 6. Vinculación de terceros. 7. Intervención de los litisconsortes cuasinecesarios facultativos. 8. Vinculación de terceros coadyuvantes de convocante. 9. El origen del proyecto vial autopista Ruta del Sol II, el contrato y otros acuerdos negociales materia de esta controversia. 10. El contrato N° 001 de 14 de enero de 2010 y sus otrosíes. 11. La terminación del contrato N° 001 de 2010 por mutuo acuerdo, la fórmula de pago de la ANI, su rechazo y la continuidad del arbitramento por voluntad de las partes. 12. Otras actuaciones procesales en curso.

### **Segunda parte – Desarrollo del concepto**

Se plantea el problema jurídico a resolver en el concepto, sus interrogantes y el desarrollo del mismo en los siguientes puntos principales: 1. Nulidad, causas y efectos. 2. Actos de corrupción que vician al contrato para beneficiarse indebidamente y a otros negocios jurídicos. 3. ¿Existirían bases en derecho para realizar pagos y reconocimientos, los mismos serían viables según las prescripciones de la Sentencia C-207 de 2019? 4. Consideración final el Ministerio Público sobre el debido proceso, conclusiones y concepto en sentido estricto.

## **I. PRIMERA PARTE**

### **Análisis de los antecedentes**

#### **1. EL EXPEDIENTE N° 4190**

1.1 *Reforma de la Demanda:* El día 13 de julio de 2016 el apoderado de la Concesionaria Ruta del Sol invoca como pretensiones principales y en contra de la ANI, esencialmente, que se declare:

1.1.1 Que está vigente y es vinculante para las partes el contrato de concesión N° 001 de 2010, junto con sus apéndices, anexos, otrosíes y modificaciones.

1.1.2 Que con posterioridad al 30 de noviembre de 2012, continuaron varios de los eventos



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

eximentes de responsabilidad que se reconocieron en los otrosíes N° 2 del 5 de abril de 2013 y N° 4 del 28 de octubre de 2013, presentándose otros nuevos eventos eximentes, reconocidos por la ANI y la interventoría en las mesas de verificación de eventos y determinación de periodos especiales adelantados entre los días 2 de marzo y 16 de junio de 2015. Situaciones éstas que argumentó, afectaron de forma sustancial y adversa el cumplimiento de las obligaciones del Concesionario y del plan de obras aprobado por la ANI, por ello se produjo un desplazamiento de las fechas máximas de inicio de operación.

1.1.3 Que además de los eventos eximentes de responsabilidad que fueron reconocidos por la ANI con posterioridad al 30 de noviembre de 2012, ocurrieron otros eventos eximentes de responsabilidad que afectaron de forma sustancial y adversa el cumplimiento de las obligaciones del concesionario y el plan de obras aprobado el 13 de enero de 2014, las fechas máximas de inicio de operación establecidas en los otrosíes para los tramos 1 a 7 y 7 del contrato de concesión N° 001 de 2010; constituyéndose de ese modo en aleas extraordinarias a favor de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

1.1.4 Que el plan de obras aprobado por la ANI el 13 de enero de 2014 y las fechas máximas de inicio de operación establecidas en los otrosíes 2 y 4 de 2013 para los tramos 1 a 7, dejaron de ser exigibles a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

1.1.5 El incumplimiento del contrato de concesión N° 001 de 2010 por parte de la ANI, por cuanto se negó 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 2 y 4 de 2013 de los tramos 1 a 7 del proyecto.

1.1.6 Que el plan de obras presentado por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. el día 4 de junio de 2015 a la ANI al igual que las fechas máximas de inicio de operación de los tramos 1 a 7 establecidas en dicho plan, sean declarados vigentes y obligatorios para las partes de conformidad con la sección 8.12 del contrato de concesión N° 001 de 2010. Subsidiariamente a esta pretensión, teniendo en cuenta que como consecuencia de la prosperidad de las súplicas referidas en los numerales anteriores en el laudo que posteriormente se profiriera, solicita que se fijen nuevas fechas máximas de inicio de operación de los tramos 1 a 7 del contrato de concesión



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

N° 001 de 2010.

1.1.7 El incumplimiento de la ANI del contrato de concesión N° 001 de 2010 y la ley, al desconocer la competencia del panel de expertos en los asuntos que le conciernen de conformidad con lo pactado en este negocio jurídico; incumplimiento que también predica de la negativa a pagar los gastos extras en que incurrió este panel para el desarrollo de sus funciones y en la no suscripción de las actas de terminación de los hitos en las oportunidades contractualmente previstas ocasionando un supuesto perjuicio.

1.1.8 Que por la ocurrencia de los eventos eximentes de responsabilidad, las aleas extraordinarias, el ajuste de la programación de las obras y el desplazamiento de las fechas máximas de inicio de operación de los tramos 1 a 7 establecidas en los otrosíes 2 y 4 de 2013 indicados previamente, se ocasionó una mayor permanencia en obra, mayores costos y múltiples daños y perjuicios a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., lo cual sumado a la negativa en el reconocimiento de las indemnizaciones y compensaciones reclamadas por la misma, por aquellos daños y perjuicios, originaron la ruptura del equilibrio económico del contrato de concesión.

1.1.9 Finalmente pide que sea condenada la ANI, al pago de todas las sumas que restablezcan el equilibrio económico del contrato de concesión N° 001 de 2010, de todas las indemnizaciones y compensaciones económicas a que tiene derecho la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., cuyos valores deberán actualizarse, incluirse intereses bancarios corrientes e intereses moratorios desde el momento de la ejecutoria del laudo arbitral, dando cumplimiento inmediato al mismo, con las respectivas costas y agencias en derecho.

**1.2 En este proceso el apoderado de la ANI contestó la demanda y la reforma a la misma, oponiéndose de manera rotunda y categórica a todas las pretensiones tanto principales como subsidiarias, por considerar que estas carecían por completo de sustento fáctico y jurídico, básicamente con los siguientes argumentos:**

1.2.1 En cuanto a la existencia, validez y eficacia del contrato de concesión N° 001 de 2010, aduce que este tópico no se encuentra en discusión, por tanto considera inútil e inane acudir a la



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

jurisdicción arbitral para que así lo declare pues las mismas partes no han impugnado la vigencia y naturaleza vinculante del contrato.

1.2.2 No es cierto que la ANI hubiere reconocido conforme a lo previsto contractualmente todos los eventos eximentes de responsabilidad, que a juicio de la Concesionaria ocurrieron con posterioridad al 30 de noviembre de 2012, ya que solamente se aceptaron por parte de la Agencia, aquellos que cumplieron con los requisitos, presupuestos y procedimientos acordados contractualmente; aclara que lo que ocurre frente a este aspecto, es que la Concesionaria considera que la sola existencia de un hecho, que a su juicio constituye un evento eximente de responsabilidad, de forma automática genera un desplazamiento del cronograma de obras, situación que carece de sustento y respaldo, dado que el contrato de concesión contiene procedimientos específicos para el reconocimiento de eventos eximentes de responsabilidad y la modificación del plan de obras.

1.2.3 Tampoco es cierto que se hayan presentado aleas extraordinarios que afectaran la ejecución de las obras en perjuicio de la Concesionaria porque muchos de los eventos que presentó como eximentes de responsabilidad, en realidad no deben ser considerados como tal, pues se tratan de hechos que perfectamente se hubiesen podido prever y afrontar utilizando buenas prácticas de ingeniería y buenos criterios de programación, los cuales fueron inobservados por la Concesionaria.

1.2.4 El plan de obras vigente era el actualizado mediante comunicación del 21 de noviembre de 2013, remitido por la Concesionaria a la ANI y aprobado por esta mediante comunicación del 5 de diciembre de 2013; insiste en la equivocación del Concesionario de tomar como evento eximente de responsabilidad, automáticamente todo aquel hecho que se considerara como tal, sin reunir los requisitos necesarios establecidos contractualmente violando las secciones 8.12, 8.13 y 19.02 del contrato de concesión N° 001 de 2010.

1.2.5 La ANI no incumplió el contrato de concesión por el hecho de no haber aceptado las modificaciones del plan de obras que de manera unilateral quiso imponer la Concesionaria. Precisa al respecto, que no existió un supuesto plan de obras del 4 de junio de 2015 como lo



## **ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

presentó la Concesionaria, puesto que el único plan de obras vigente es el actualizado mediante comunicación del 21 de noviembre de 2013, remitido por la Concesionaria y aprobado por la ANI por oficio del 5 de diciembre de 2013.

1.2.6 La ANI nunca ha incurrido en mora o siquiera retardo en la suscripción de las actas de terminación de los hitos, que la Convocante no especificó cuáles fueron las actas susceptibles de la supuesta demora ni las consecuencias de los aparentes atrasos, aspecto que en su sentir es temerario dado que durante la ejecución del contrato, la Concesionaria nunca realizó reclamación alguna por dicho concepto.

1.2.7 Como no acaecieron los eventos eximentes de responsabilidad que generaran sobrecostos, carece de asidero la mayor permanencia en obra conforme a lo previsto contractualmente, lo que a su vez descarta la existencia de un supuesto desequilibrio económico, por cuanto para que fuera declarado el mismo a favor de la Concesionaria, primero debía demostrarse que dichos eventos eximentes de responsabilidad impidieran la ejecución de la totalidad o de una parte sustancial de la obra y en segundo lugar, que dicha parálisis implicara la existencia de recursos ociosos conforme a la definición contractual, requisitos que para el presente caso no se acreditan.

## **2. EL EXPEDIENTE N° 4209**

2.1 En este asunto, la reforma a la demanda presentada por el apoderado de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. plantea pretensiones tanto declarativas como de condena. Básicamente las primeras, tienen por objeto que se declare:

2.1.1 La existencia y vigencia del contrato de concesión N° 01 de 2010, junto con sus apéndices, anexos, otrosíes y modificaciones.

2.1.2 Que los eventos eximentes de responsabilidad, junto con los ajustes en la programación de las obras y el desplazamiento de las fechas máximas de inicio de operación de los tramos 1 a 7 del proyecto, reconocidos y establecidos en los otrosíes 2 del 5 de abril de 2013 y 4 del 28 de octubre de 2013, constituyeron aleas extraordinarias, ocasionando mayor permanencia, mayores



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

costos y múltiples perjuicios a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, produciendo la ruptura del equilibrio económico del contrato de concesión N° 001 de 2010.

2.1.3 El incumplimiento del contrato de concesión N° 001 de 2010 por parte de la ANI, dada la negativa por parte de ésta a restablecer el equilibrio económico del contrato y a pagar las compensaciones e indemnizaciones a que tiene derecho el Contratista 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 a 7 del proyecto.

2.1.4 Como consecuencia de la declaratoria de las anteriores pretensiones, la Convocante instó al Tribunal, a que se le obligara a la ANI para que en adelante procediera al pago de todas las sumas que restablezcan el equilibrio económico del contrato de concesión N° 001 de 2010 y al pago de todas las indemnizaciones y compensaciones económicas a que tiene derecho el Contratista, cuando ocurran eventos como los descritos en las pretensiones que se acaban de reseñar en este acápite.

2.1.5 Que la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. no está obligada a asumir el costo del traslado de las redes de servicios públicos, que se encontraban en servidumbre a lo largo del sector, puesto que varias de las empresas titulares de estas redes se negaron a asumir los costos del traslado de las mismas, valor que el Concesionario se vio obligado a asumir para poder ejecutar las obras contratadas bajo la concesión N° 001 de 2010.

2.1.6 Que la ola invernal que se desató en el país durante los años 2010 y 2011 así como sus efectos constituyeron un hecho imprevisible e irresistible, que no formó parte de las aleas que asumió la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. bajo el contrato de concesión N° 001 de 2010, ocasionando mayores costos.

2.1.7 Que para restablecer el equilibrio económico del contrato de concesión N° 001 de 2010, se declare que la ANI está obligada a pagar a la Convocante, los costos en los que ha tenido que incurrir para el traslado de las redes de servicios públicos que se hallaban en las servidumbres



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

existentes a lo largo del sector, en los montos que resulten demostrados en el proceso, incluidos los mayores costos producto de la ola invernal que se desató en el país para los años 2010 y 2011, entre otros, como la suma que debió pagar la Concesionaria al experto David Yanovich de la firma Cerrito Capital por el desarrollo de la actividad encomendada en los otrosíes 2 y 4 de 2013, como los demás costos y sumas que se logren demostrar en el proceso.

2.1.8 Finalmente y a título de condena, que se ordene a la 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, con todas las sumas y compensaciones que restablezcan el equilibrio económico del contrato de concesión N° 001 de 2010 de acuerdo con la ley, la cual se debe disponer con la respectiva actualización, los intereses bancarios corrientes y los intereses moratorios, costas e intereses moratorios, a partir de la ejecutoria del laudo y con la orden de cumplimiento inmediato del mismo a la ANI.

**2.2 La ANI contestó el libelo introductorio de este proceso y su reforma, oponiéndose a las pretensiones con fundamento en lo siguiente:**

2.2.1 Reitera que la existencia, validez y eficacia del contrato de concesión N° 001 de 2010, no es objeto de controversia.

2.2.2 Que los eventos eximentes de responsabilidad no generaron mayores costos ni perjuicios a la Concesionaria, dado que no existió una parálisis total ni sustancial de la obra, además no se constató la existencia de recursos ociosos conforme a la definición contractual.

2.2.3 No ha existido desequilibrio económico alguno en perjuicio de la Concesionaria, pues los eventos eximentes de responsabilidad no generaron consecuencias nocivas desde el punto de vista financiero, además no existe prueba de estas afirmaciones porque lo que pretende la Concesionaria es el cobro de los sobrecostos en los que aparentemente incurrió el contratista EPC, con quien la ANI no tuvo vínculo contractual.

2.2.4 Que es contrario a la verdad, invocar la llamada ola invernal como generadora de supuestos mayores costos, como quiera que el fenómeno climático no afectó la ejecución de los trabajos



## ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

debido a que cuando se iniciaron los mismos ya se había superado dicho evento.

2.2.5 Respecto del tema de la instalación de defensas metálicas, se indica que el incumplimiento fue de la Concesionaria.

2.2.6 La instalación de vallas informativas no corresponde a hechos imprevisibles o irresistibles, dado que la Concesionaria asumió como obligación, el instalar el número de vallas informativas exigidas, sin que pueda decirse que por el solo hecho de modificarse el número requerido en relación con la reglamentación, tal situación encuadre en un escenario de alea extraordinaria.

2.2.7 Como no es cierto el incumplimiento del contrato de concesión N° 001 de 2010 por parte de la ANI ni la ruptura del equilibrio contractual a favor del Contratista, al momento de proferirse el laudo arbitral se deben desestimar las súplicas de la Concesionaria.

### 3. LA ACUMULACIÓN DE EXPEDIENTES

3.1 Por auto N° 25 calendado 5 de septiembre de 2016, contenido en el acta N° 21, se decretó la acumulación del proceso radicado con el número 4209 al número 4109, por consiguiente y en adelante, ambos se adelantarían conjuntamente, suspendiéndose el primero por estar más adelantado en la fecha en que se profiere esta providencia, determinándose a su vez que la decisión de éstos sería adoptada en el mismo laudo arbitral, en caso de asumirse competencia de las pretensiones y excepciones contenidas en las demandas arbitrales.

3.2 La ANI radicó el 18 de enero de 2017, reforma a la demanda de reconvención, que integró en un solo documento con la formulación de las siguientes pretensiones:

#### 3.2.1 Pretensiones principales

3.2.1.1 La declaración de **nulidad absoluta**, por contar con **objeto ilícito y por haber sido celebrado con abuso y desviación de poder**, del contrato de concesión N° 001 de 2010 e igualmente de todos los contratos adicionales, otrosíes modificatorios y en general la totalidad de los documentos negociales suscritos entre las partes en desarrollo y ejecución del citado contrato de concesión.



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

3.2.1.2 Como consecuencia de la anterior declaración, se ordene la terminación del contrato de concesión N° 001 de 2010, imponiendo a la ANI solamente la obligación de reconocer y pagar a favor de la Concesionaria, las prestaciones contractuales ejecutadas y cumplidas hasta el momento de la declaración de nulidad, siempre y cuando dichas prestaciones hayan beneficiado a la ANI, y únicamente hasta el monto del beneficio obtenido, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, condenando en costas a la parte demandada en reconvención.

**3.2.2 Pretensiones subsidiarias**

3.2.2.1 Que los eventos eximentes de responsabilidad y su configuración, tienen como absolutamente indispensable el cumplimiento de las previsiones contenidas en la sección 19.02 literal "c" del contrato de concesión N° 001 de 2010.

3.2.2.2 Que no se han configurado periodos 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 2 y 4 y aquellos que han sido reconocidos por la ANI a través de los funcionarios competentes para tal efecto.

3.2.2.3 Que los plazos máximos de entrada en operación de los tramos de la concesión definidos en los otrosíes 2 y 4 deben ser cumplidos y que una vez vencido el plazo máximo de entrada en operación de los tramos, la Concesionaria deberá entregar tales obras a disposición de la interventoría y de la ANI, de acuerdo con el procedimiento previsto en la sección 9.08 literal "b".

3.2.2.4 Que el concepto o informe elaborado por la firma Cerrito Capital S.A.S. el 14 de febrero de 2014 y el concepto o informe elaborado por el Panel de Expertos de fecha enero 26 de 2015 desbordaron los límites de competencia normativa y contractual, ya que tocaron temas que nunca le fueron encargados y para los cuales no tenían atribución legal ni contractual, por ende no tienen relevancia ni efectos jurídicos.

3.2.2.5 Que la Concesionaria tenía a su cargo la obligación de poner en operación e iniciar el recaudo del peaje gamarra el día 4 de septiembre de 2015, conforme a lo pactado en la cláusula segunda del acta N° 2 del otrosí N° 6 del contrato de concesión N°001 de 2010, por tanto debe



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

restituir y pagar a la ANI la totalidad de los dineros que aquella se ahorró por concepto de la operación del peaje gamarra desde el 1 de enero de 2015 hasta la fecha en que el referido peaje entre en operación, conforme a las previsiones contractuales.

3.2.2.6 Que la Concesionaria incumplió y está obligada a instalar las vallas, de acuerdo con la regulación vigente establecida por el Ministerio de Transporte y lo contemplado en el contrato de concesión, sus apéndices y anexos, dando cumplimiento a la Resolución N° 1219 de 2015.

3.2.2.7 Que se condene a la Concesionaria al cumplimiento de las obligaciones derivadas de las declaraciones que se reseñan en los numerales anteriores, con la respectiva condena en costas.

3.2.2.8 Estas reclamaciones se estimaron en cuantía de Setecientos Noventa y Ocho Mil Millones, Ochocientos Veintitrés Millones, Trescientos Veintiocho Mil Trescientos Sesenta y Tres Pesos M/Cte \$798.823.328.363

3.3 La Concesionaria el día 4 de abril de 2017 contestó la reforma a la demanda de reconvención, oponiéndose a todas las pretensiones que allí se formularon, básicamente con los argumentos que a continuación se esbozan:

3.3.1 Que a la fecha de presentación de la contestación de la reforma de la demanda de reconvención, el contrato había sido terminado de forma bilateral en consideración a la gravedad de los hechos e investigaciones divulgados por los medios de comunicación nacionales e internacionales, para lo cual cita el documento titulado *“Acuerdo para la Terminación del Contrato de Concesión N° 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 y la modificación N°1 calendada 27 de marzo de 2017*; por consiguiente, solicita que los efectos de la nulidad no se extiendan al *“Acuerdo de Terminación”* porque buscando proteger el interés público, este documento se ajustó a lo dispuesto por el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, dado que allí se pacta una fórmula de liquidación que sería sometida a aprobación del Tribunal Arbitral en el marco de un acuerdo conciliatorio.

3.3.2 En lo relativo a los eventos eximentes de responsabilidad manifestó que *“la determinación de si cierta circunstancia constituye evento eximente de responsabilidad que exonera al Concesionario por*



## ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

*cualquier demora en la ejecución de las obligaciones a su cargo, corresponde a las partes o a falta de acuerdo entre ellas, al panel de expertos o al Tribunal de Arbitramento, tal como lo establece también expresamente la Sección 19.02 del contrato...”.*

3.3.3 Las decisiones provenientes del experto David Yanovich de la firma Cerrito Capital S.A.S. del 14 de febrero de 2014 y del Panel de Expertos del 26 de enero de 2015 fueron emitidas en estricto desarrollo de lo establecido por las partes en los otrosíes 2 y 4 de 2013 y en el contrato de concesión, siendo relevantes y con plenos efectos jurídicos vinculantes para la ANI.

3.3.4 El peaje Gamarra no pudo ser operado por el Concesionario y su recaudo se realizó por el acaecimiento de eventos eximentes de responsabilidad e incumplimientos de la ANI, hechos que a su parecer generaron a favor del Concesionario legal y contractualmente derechos, que la ANI debe reparar, compensando el recaudo dejado de percibir por el peaje a lo cual se obligó expresamente la entidad en el otrosí 6.

3.3.5 En lo atinente a las vallas informativas expresa que el Concesionario no estaba obligado a asumir las aleas extraordinarias que se presentaran durante la ejecución del contrato de concesión, como la que se presentó con la normatividad que reguló la instalación de las vallas informativas a lo largo del proyecto.

3.4 La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado** coadyuvó la **solicitud de la ANI**, para que el Tribunal se pronuncie de manera inmediata sobre el objeto ilícito que vicia el contrato de concesión N° 01 de 2010 del proyecto Ruta del Sol e igualmente sobre la causa ilícita y la manifiesta desviación de poder, como razones adicionales para que sea declarado nulo este negocio jurídico.

## **4. GRAVES ACTOS DE CORRUPCIÓN Y LA SOLICITUD DE NULIDAD DE LA PROCURADURÍA**

Ante graves actos de corrupción que promovieron y conocieron los miembros de la concesionaria a escala nacional e internacional, en el escándalo conocido como Odebrecht, que se reveló por los medios de comunicación y por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos en los primeros



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

días de enero de 2017.

El Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa, el día 8 de febrero de 2017, solicitó en audiencia y en documento escrito el decreto inmediato de la nulidad absoluta del negocio jurídico, incluidos los otrosíes objeto de este proceso arbitral y los acuerdos del negocio jurídico. En consecuencia, solicitó igualmente que se nieguen las pretensiones de contenido económico solicitadas por la parte convocante, al resultar clara y evidente la causa y objeto ilícitos del contrato, la desviación de poder, la celebración indebida del contrato generadas por las actuaciones realizadas en contra de las disposiciones constitucionales y legales que resultaban aplicables.

Cabe anotar que el fundamento de la terminación de mutuo acuerdo del contrato que se analizará al final de estos antecedentes, fue precisamente los graves actos de corrupción aludidos.

4.1 La Concesionaria se opuso a la solicitud presentada por el Procurador Delegado, al considerar que la misma carecía de objeto por cuanto las partes mediante documentos del 22 de febrero de 2017 y su modificación N° 01 del 27 de marzo de 2017 decidieron dar por terminado de mutuo acuerdo el contrato de concesión N° 001 del 14 de enero de 2010 y proceder a desistir de las pretensiones incoadas en el trámite arbitral, en las condiciones contenidas en el referido acuerdo y su modificación. De igual forma aduce que dentro del expediente no se encuentra probado que el contrato de concesión N° 001 adolezca de nulidad absoluta de forma tal que amerite un pronunciamiento inmediato y de oficio del Tribunal.

4.2 La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado coadyuvó el pedimento del Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa, en el sentido que el Tribunal debe pronunciarse de manera inmediata sobre el objeto y causa ilícita que vician el contrato de concesión N° 01 de 2010 Ruta del Sol, así como la manifiesta desviación de poder que se estructura.

4.3 La ANI está de acuerdo con el contenido de la solicitud del Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa en el sentido que debe declararse la nulidad absoluta por objeto y causa ilícita y por desviación de poder del contrato de concesión N° 001 de 2010, así como de todos sus adicionales, anexos y otrosíes. Sin embargo, frente a la petición de que no se efectuó



## ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

ningún reconocimiento económico a favor de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, aclara que ya la Convocante ha renunciado expresamente a dichas pretensiones de contenido económico y que aparece consignada en el texto de los acuerdos negociales a que han llegado las partes.

4.4 Esta Agencia del Ministerio Público manifestó 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, insistiendo en que la celebración del contrato de concesión N° 001 de 2010 no estuvo motivado por razones del servicio, sino por motivos ajenos a la ley y a las buenas costumbres, **con desviación de poder, esto es, con causa ilícita, además de contra expresa prohibición constitucional y legal, que genera la nulidad absoluta que pidió sea declarada.**

### 5. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE Y COMPETENCIA

5.1 El día 3 de octubre de 2017, el Tribunal Arbitral compuesto por los árbitros Jorge Arango Mejía (Q.E.P.D.), Presidente, Catalina Hoyos Jiménez y Carlos Mauricio González, quienes celebraron la primera audiencia de trámite de este proceso, emitieron el auto N° 63 de esa misma calenda, en virtud del cual declararon su competencia para decidir sobre las pretensiones formuladas por la sociedad convocante -Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.- en sus demandas arbitrales presentadas en los procesos identificados con los números 4190 y 4209, acumulados, y las pretensiones formuladas por la entidad pública convocada -ANI- en su demanda de reconvención.

5.2 Precisó el Tribunal, que la demanda de reconvención de la ANI contenía tanto pretensiones principales de nulidad, como unas súplicas patrimoniales subsidiarias que hacían referencia al incumplimiento del contrato de concesión, frente a lo cual advierte que la primera de las pretensiones (referente a la nulidad) es arbitrable por expresa disposición del inciso final del artículo 1° de la Ley 1563 de 2012, por cuanto la nulidad es una controversia surgida por la inobservancia de los requisitos de validez en la celebración del contrato y dado que este tipo de controversias jurisprudencialmente estaban expresamente definidas como arbitrables, dado que el actuar de los árbitros se asemejaba al del juez ordinario.



## ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

5.3 Frente a la segunda habilitación que es la convencional, el Tribunal encontró que la misma consistía en la voluntad de las partes de someter sus controversias al arbitraje, conforme se estableció por las mismas en la cláusula compromisoria de la sección 18.02 del contrato de concesión N° 001 de 2010.

5.4 Finalmente puntualiza que estas habilitaciones fueron validadas por la sociedad Convocante y la Entidad Convocada, al afirmar la competencia del Tribunal con la presentación de sus respectivas demandas arbitrales y de reconvención.

5.5 Cabe indicar que el día 13 de julio de 2018 fallece el Doctor Jorge Arango Mejía (Q.E.P.D.) Presidente de Tribunal, por lamentable muerte natural. Desde esa fecha hasta el día 26 de noviembre de 2018 se suspende este trámite procesal que se reanuda con la prórroga del plazo y la designación del Doctor Jorge Enrique Ibáñez Najar quien actúa como nuevo Presidente.

## 6. VINCULACIÓN DE LITISCONSORTES CUASINECESARIOS

6.1 Vinculación de los Litisconsortes Cuasinecesarios Facultativos de la parte convocante (Episol S.A.S., CSS constructores S.A., Constructora Norberto Odebrecht de Colombia S.A.S. y Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S)

6.2 En el numeral 5° del auto N° 48 contenido en el acta 37 del 6 de abril de 2017, se dispuso citar a las sociedades Episol S.A.S., CSS Constructores S.A., Constructora Norberto Odebrecht de Colombia S.A.S. y Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S. como *litisconsortes cuasinecesarios* de la sociedad Convocante Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, para que dentro de los 10 días siguientes a su notificación, manifestaran si era de su interés intervenir en el proceso, por cuanto estas sociedades participaron en la actividad licitatoria que dio origen al Contrato de Concesión objeto de este litigio, bajo la denominada “*Estructura Plural Promesa de Sociedad Futura Concesionaria Ruta del Sol*”, estructura que una vez seleccionada como adjudicataria del contrato de concesión del sector 2, fue constituida por parte de sus miembros, y es quien hoy actúa como convocante en este proceso.

6.3 El fundamento de modalidad de vinculación, lo constituye la aplicación de lo previsto en el



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

numeral 1 del artículo 7 de la Ley 80 de 1993 en concordancia con lo consagrado en el artículo 62 del Código General del Proceso, al considerar el Tribunal que los socios de la Concesionaria Ruta del Sol podrían llegar a ser considerados como obligados solidarios de los compromisos de la propuesta presentada por la convocante y de las obligaciones derivadas del contrato de concesión.

6.4 Así mismo en el numeral 6 de la providencia reseñada en párrafo precedente se citó al Consorcio Constructor Ruta del Sol – CONSOL para que en el término de 10 días siguientes a la notificación personal del auto citado, manifestara si era de su interés intervenir en el proceso.

6.5 El 17 de abril de 2017 el apoderado de la convocante (Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.) presentó recurso de reposición en contra de los numerales anteriormente reseñados, por cuanto por medio de ellos se citó a los socios de la Convocante en su doble calidad de accionistas y miembros del consorcio que es titular del contrato EPC. Argumenta que el Tribunal no tenía competencia para decidir sobre la solidaridad, dado que a su parecer no se configuraban los supuestos de hecho y de derecho para la existencia de la referida participación; y que en lo referente al Consorcio Constructor Ruta del Sol no se establecieron de manera clara las razones para su citación por parte del Tribunal.

6.6 Mediante escrito radicado el 24 de abril siguiente, el Ministerio Público se opuso al recurso de reposición interpuesto por la Convocante, y en su lugar solicitó que se mantuvieran en su integridad los puntos 5 y 6 del auto N°48 recurrido.

6.7 Por su parte, el representante judicial de la ANI indicó que la decisión recurrida no afectaba los intereses contractuales o procesales de su mandante.

6.8 Con auto N° 49 calendado 24 de abril de 2017 y contenido en el acta 38, se resolvió no reponer la decisión tomada en los puntos 5 y 6 del auto 48, con base en que el Tribunal: *“no ha sostenido que las mencionadas personas sean deudores solidarios, sino que “podrían” ser deudores solidarios de la Convocante, lo cual se basa no solo en el texto de la Ley sino en la propia apreciación de la Convocada cuando se le cuestionó acerca de las personas responsables de las obligaciones del contrato”*.



## **ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

6.9 En el proveído antes referido, se sostiene que el Tribunal tiene la competencia y el deber de llamar a todos los terceros potencialmente afectados con el resultado del proceso, y que en aras de preservar el derecho de defensa era incuestionable que en caso de ser deudores solidarios, las personas citadas en el auto recurrido podrían verse afectadas, directa o indirectamente con el laudo que eventualmente se profiriera, suposición que le bastó al Tribunal para llamarlas a que si lo estimaban pertinente, ejercieran su derecho de defensa.

6.10 En cuanto al contratista Epecista, el Tribunal en aras de garantizar el derecho de defensa de cualquier potencial perjudicado, se vio en el deber de citarlo, para que si lo estimaba pertinente concurriera al proceso.

### **7. INTERVENCIÓN DE LOS LITISCONSORTES CUASINECESARIOS**

7.1 Por auto 67 del 28 de noviembre de 2017, se admitió la intervención de las sociedades Estudios y Proyectos del Sol S.A.S., –Episol, Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S. y Constructora Norberto Odebrecht S.A. al presente proceso arbitral, en calidad de litisconsortes cuasinecesarios.

7.2 Con auto 76 de 8 de febrero de 2018, se admite a la sociedad CSS Constructores S.A. para intervenir como litisconsorte cuasinecesario de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

### **8. VINCULACIÓN DE TERCEROS COADYUVANTES DE LA PARTE CONVOCANTE:**

**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.**

8.1 A través del auto N° 99 contenido en el acta 83 de 31 de mayo de 2018, el Tribunal de Arbitramento admitió al presente proceso a los bancos 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.), como terceros coadyuvantes de la convocante Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

El 7 de diciembre de 2017, se decretan por auto N° 68 las pruebas de este proceso Arbitral, que fueron objeto de práctica hasta el día 12 de julio de 2019, calenda en la que se celebró audiencia



ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

para cerrar la etapa probatoria y fijó fecha para la diligencia de alegatos de conclusión y de concepto del Ministerio Público.

## 9. EL ORIGEN DEL PROYECTO VIAL AUTOPISTA RUTA DEL SOL II, EL CONTRATO Y OTROS ACUERDOS NEGOCIALES MATERIA DE ESTA CONTROVERSIA

El proyecto vial “Autopista Ruta del Sol” se extiende a lo largo del Valle del Río Magdalena y busca conectar, mediante el modo carretero, el centro del país con la Costa Atlántica, con una extensión total de 1071 km (aprox.) dividido en tres sectores; el sector 2 tiene una extensión de 528 km (aprox.), que corresponde al 50% sin contar la extensión del otro sí N° 6.

### 9.1 Antecedentes precontractuales de esta vía troncal

9.1.1 **Documentos CONPES:** El proyecto en su ejecución fue sometido a revisión del Consejo de Política Económica y Social, quien otorgó su aval en dos oportunidades, así:

9.1.1.1 CONPES 3571 de 2009: *“Importancia Estratégica del Proyecto Vial Autopista Ruta del Sol.”*

9.1.1.2 CONPES 3817 de 2 de octubre de 2014: modificación al documento CONPES 3571 *“importancia estratégica del proyecto vial autopista ruta del sol tramo 2”*, La modificación comprende la declaración de importancia estratégica del corredor Ocaña (Río de Oro) – Aguaclara – Gamarra y las conexiones a puertos fluviales al norte y sur de Gamarra la cual se conecta con el proyecto Ruta del Sol Sector 2 en la intersección de Aguaclara. Esto permitirá una mejora sustancial en la conectividad de Cúcuta y Venezuela con el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol y con el Río Magdalena.

9.2 **Documento CONFIS:** Mediante Acta del 24 de marzo de 2009 el Consejo de Política Económica y Fiscal aprobó las vigencias futuras para el proyecto Ruta del Sol, sectores 1 y 2.

9.3 **El proceso licitatorio SEA-LP-001-2009**, adelantado por el INCO sustituida por la ANI, con las siguientes actuaciones relevantes:

9.3.1 La Resolución N° 186 del 27 de marzo de 2009, expedida por el INCO se ordenó la apertura de la licitación pública N° SEA-LP-001-2009 cuyo objeto era "seleccionar las Propuestas más



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

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”.

9.3.2 El proyecto vial se dividió en 3 sectores, que comprendían el sector 1: Tobiagrande/Villeta - El Koran, sector 2: Puerto Salgar - San Roque y sector 3: San Roque - Ye de Ciénaga y Carme de Bolívar-Valledupar." el INCO ordenó la apertura de la Licitación Pública N° SEA-LP-001-2009 para la adjudicación de tres (3) Contratos de Concesión.

9.3.3 **Pacto de probidad:** En el pliego del proceso licitatorio se previó la suscripción de un pacto para garantizar la transparencia del mismo, en los siguientes términos:

*“1.13. INTEGRIDAD DE LOS PARTICIPANTES Y RESPETO.*

*1.13.1. Con el propósito de consolidar la participación ciudadana y afianzar la visibilidad y transparencia en los procesos de contratación que adelanta el INCO y dada la importancia y cuantía de la presente Licitación, se implementará en este proceso, la metodología “pacto de probidad” impulsada por el Programa Probidad de la Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio –CONFECÁMARAS, la cual se constituye en un acuerdo ético de voluntades entre los participantes de un proceso licitatorio y la entidad contratante, que tiene por objeto minimizar la ocurrencia de hechos contrarios a la ética de lo público provenientes tanto de la iniciativa privada como la pública y promover un entorno de competencia justa y amplia visibilidad ante la opinión pública. En razón de lo anterior se invita a los representantes legales de los Interesados y Proponentes, a que suscriban voluntariamente el pacto de probidad en un evento que se realizará en la fecha indicada en el cronograma del numeral 2.1.1. INCO se permite aclarar que en razón a que éste es un acto voluntario, la suscripción del pacto no concede puntos adicionales en la calificación de la Oferta Técnica o Económica, ni resta puntos por no suscribirlo. Se anexa el texto del pacto de probidad a ser suscrito, en el Anexo 4 de estos Pliegos.”*



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

9.3.4 **Propuesta de la Estructura plural:** Con carta de 27 de octubre de 2009 la Estructura Plural denominada Promesa de Sociedad Futura Concesionaria Ruta del Sol S.A.S bajo la Sigla CRS conformada por Constructora Norberto Odebrecht S.A., Odebrecht Inversiones en Infraestructura Ltda, Estudios y proyectos del Sol -Episol S.A. y CSS Constructores S.A. presentó dentro del citado proceso licitatorio propuesta para el proyecto Ruta del Sol sector 2, documento suscrito por:

9.3.4.1 **Constructora Norberto Odebrecht S.A:** Luiz Antonio Bueno Junior y Amilton Hideaki Sendai

9.3.4.2 **Odebrecht Inversiones en Infraestructura Ltda:** Luiz Antonio Bueno Junior y Amilton Hideaki Sendai.

9.3.4.3 **Estudios y proyectos del Sol S.A. -Episol S.A.:** Ingrid Xiomara Cangrejo Aljure

9.3.4.4 **CSS Constructores S.A.:** Carlos Alberto Solarte Solarte.

9.3.5 Resolución de Adjudicación N° 641 del 15 de diciembre de 2009: Mediante la cual el INCO adjudicó a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., la concesión del Sector 2 (Puerto Salgar - San Roque), en la cual se puede establecer que los otros dos proponentes (Vías del Sol Autopistas S.A., y la Unión Temporal concesión RD) fueron inadmitidos y rechazados respectivamente.

9.4 **Constitución de la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.:** Mediante escritura pública N° 2103 del 22 de diciembre de 2009, otorgada en la Notaría 22 del círculo notarial de Bogotá, se constituyó la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.. Esta forma societaria se rige por la solidaridad en su responsabilidad (Art. 7º Ley 80 de 1993). La Sociedad se identifica con el NIT N° 900330667-2 y con las siguientes empresas:

9.4.1 Constructora Norberto Odebrecht S.A. – 25,01%;

9.4.2 Odebrecht Inversiones en Infraestructura Ltda. – 37%;

9.4.3 Estudios y proyectos del Sol S.A. -Episol S.A. – 33%;



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

9.4.4 CSS Constructores S.A. – 4.99%).

9.5 La actual composición accionaria de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., es:

9.5.1 Constructora Norberto Odebrecht S.A. – 25,01%;

9.5.2 Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S., – 37%; cesión accionaria de Odebrecht

9.5.3 Inversiones en Infraestructura Ltda

9.5.4 Estudios y proyectos del Sol S.A. -Episol S.A. – 33%;CSS Constructores S.A. – 4.99%).

**10. EL CONTRATO N° 001 DE 14 DE ENERO DE 2010 Y SUS OTROSÍES**

10.1 Contratista: Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

10.2 Objeto: 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 trayecto comprendido entre Puerto Salgar y San Roque (Sector 2 del proyecto vial “Autopista Ruta del Sol”

10.3 Plazo Inicial: 20 años.

10.4 Acta de Inicio: 31 de marzo de 2010

10.5 Fecha terminación inicial: 31 de marzo del 2030

10.6 Plazo Final: Se modificó mediante otrosí 6 hasta 2035

10.7 Contraprestación:

10.7.1 Aportes del Inco al Patrimonio Autónomo

10.7.2 Ingresos de recaudo de peajes

10.8 Valor inicial del contrato: Dos billones noventa y cuatro mil doscientos ochenta y seis



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

millones de pesos (\$2.094.286.000.000).

10.9 Etapas de ejecución contractual:

10.9.1 Etapa pre operativa: 2 Fases: Pre construcción y Construcción (5 años) plazo total: 6 años

10.9.2 Etapa operación y mantenimiento plazo: 14 años

10.10 Siete (7) tramos iniciales:

10.10.1 Puerto Salgar Caño Alegre

10.10.2 Caño Alegre Puerto Araújo; Caño Alegre – Puerto Serviez; Puerto Serviez Puerto Araújo

10.10.3 Puerto Araujo – La Lizama

10.10.4 La Lizama – San Alberto

10.10.5 San Alberto – Aguachica

10.10.6 Aguachica – La Mata

10.10.7 La Mata – San Roque

10.11 Tramos adicionales: Río de Oro Aguaclara Gamarra

10.12 Personas que suscribieron el contrato: Gabriel Ignacio García Morales, Gerente General Encargado del INCO; David Eduardo Villalba Escobar, Subgerente de Estructuración y Adjudicación, en representación del Instituto Nacional de Concesiones – INCO; AMILTON HIDEAKI SENDAI representante legal principal de la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., y, Manuel Ricardo Cabral Ximenes representante legal suplente de la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

10.1 Los otrosíes al contrato y el contrato de estabilidad jurídica

El contrato No 01 de 2010, tuvo 7 otrosíes, los cuales hacen parte de lo que hemos denominado



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

acuerdos negociales del contrato. Los más relevantes en lo económico se destacan a continuación.

**10.1.1 Otrosí N° 3 de 15 de julio de 2013**

10.1.1.1 Objeto: Adición del contrato de concesión para que: "EL CONCESIONARIO elabore los Estudios y Diseños Fase III del Tramo Aguaclara - Gamarra - Puerto Acapulco 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.

10.1.1.2 Valor de esa adición: tres mil ciento setenta y siete millones quinientos noventa y dos mil quinientos cincuenta y un pesos (\$3.177.592.551.00) M/L, incluido IVA, a precios de mayo de 2013. Actuación contractual que fue modificada por Acta del 10 de marzo de 2014.

**10.1.2 Otrosí N° 6 del 14 de marzo de 2014**

10.1.2.1 Objeto: Adición del contrato : "Adicionar el Contrato de Concesión N° 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"

10.1.2.2 Valor de la Adición: seiscientos setenta y seis mil ochocientos seis millones novecientos cincuenta y cuatro mil noventa y ocho pesos (\$676.806.954.098); ampliación del plazo de 20 a 25 años, y la ANI se comprometió a tramitar ante el Ministerio de Transporte el aumento de la tarifa de los 5 peajes existentes y la instalación de 2 nuevos sobre la vía Ocaña - Gamarra.

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.



ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

### 10.1.3 El Contrato de Estabilidad Jurídica

Durante el desarrollo del Contrato No 001 de 2010, se obtuvo el contrato de estabilidad jurídica suscrito el día 31 de diciembre de 2012, entre la Nación – Ministerio de Transporte y la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, que como antecedente tiene el supuesto soborno que pactó Yezid Augusto Arocha Alarcón -abogado de Odebrecht- por cuatro mil millones de pesos, cerca de tres millones de dólares. El análisis de este contrato se desarrolla en el acápite de los actos constitutivos de corrupción.

## **11. LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO N° 001 DE 2010 POR MUTUO ACUERDO, LA FORMULA DE PAGO DE LA ANI, SU RECHAZO Y LA CONTINUIDAD DEL ARBITRAMIENTO POR VOLUNTAD DE LAS PARTES**

Un acuerdo negocial o negocio jurídico que merece especial desarrollo es el Acuerdo 001 de 22 de febrero de 2017 las partes dieron por terminado de manera bilateral el contrato N° 001 de 2010, modificado el 27 de marzo de 2017, que señalaba expresamente en el artículo primero que:

*“ (...) 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 en la forma prevista para tal efecto en el artículo 11 de la ley 1150 de 2007, teniendo como referencia lo dispuesto en el Artículo 48 de la Ley 80 de 1993 (...)”*

*Para los efectos del presente Acuerdo se entenderá por “Fecha de Aprobación”, aquella en la que se apruebe la fórmula de liquidación contenida en el presente Acuerdo por la autoridad judicial competente”.*

En ningún momento las partes sometieron a la aprobación de la autoridad judicial el acuerdo conciliatorio que se derivaba del contrato y su modificación, por esta razón el acuerdo de terminación no tuvo efectos jurídicos vinculantes toda vez que esa era la condición suspensiva para que tuviera aplicabilidad y fuerza vinculante. En este mismo sentido la autoridad judicial competente no pudo pronunciarse sobre la aprobación o improbación del acuerdo conciliatorio que conllevaba a la terminación del contrato.

Adicionalmente, en el trámite del proceso arbitral se desarrollaron varias audiencias con el



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

propósito que las partes llegarán a un acuerdo conciliatorio con lo cual, se le hubiera podido dar aplicación al acuerdo de terminación referido (ver actas 43, 44, 45 y en las últimas audiencias del trámite arbitral el Delegado de la Procuraduría propuso nuevamente la posibilidad de gestionar una conciliación por las partes sin que las mismas hubieran convenido desarrollar una conciliación).

## **12. OTRAS ACTUACIONES PROCESALES EN CURSO PROBADAS**

Para efectos del análisis integral de los actos de corrupción que deberá valorar el juez del contrato la Procuraduría ha aportado las diversas pruebas que tenía a su disposición como entidad pública, relativas a procesos ya decididos o en curso, tales como los siguientes traslados: procesos penales y disciplinarios con sus pruebas, actuaciones y providencias. Así mismo de acciones de vigilancia por la Superintendencia de Industria y Comercio. Finalmente, todo el material probatorio que la Procuraduría General de la Nación aportó en la Acción Popular que se decidió en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca condena que supera los 800 mil millones contra la Concesionaria y sus sociedades.

## **II. SEGUNDA PARTE**

### **Desarrollo del concepto**

#### **PROBLEMA JURÍDICO**

Acorde con la competencia que declaró el Tribunal Arbitral para decidir las pretensiones formuladas por la Convocante y las súplicas de la entidad pública Convocada, así como, de la facultad oficiosa que tiene atribuida<sup>1</sup>, el problema jurídico a resolver en este concepto, consiste en dar respuesta a los siguientes interrogantes: 1. ¿El contrato de concesión N° 001 del 14 enero de 2010, sus adiciones, otrosíes, el acuerdo de terminación y otros acuerdos negociales o negocios jurídicos, están viciados de nulidad absoluta? y en tal evento ¿cuáles son las causales, el marco jurídico nacional e internacional y los efectos jurídicos que se derivan de los vicios de un contrato

---

<sup>1</sup> Artículos 1 y 5 de la Ley 1563 de 2012, artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, artículo 45 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 1742 del Código Civil, subrogado por el artículo 50 de la Ley 50 de 1936.



## ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

originados en actos de corrupción?. Ante una respuesta afirmativa al primer interrogante, determinar lo siguiente: 2. ¿Cuál es el origen del caso de corrupción en el contrato de concesión y cómo las sociedades que conforman la Concesionaria y el INCO, se involucraron y beneficiaron, para tener incidencia en los vicios de nulidad absoluta del contrato y sus acuerdos negociales o para omitir medidas de vigilancia y control que evitaran tales actos de corrupción, siendo tales actos previsibles? 3. ¿Existen bases jurídicas ciertas para realizar pagos o reconocimientos económicos adicionales a los ya pagados con cargo a la Fiducia del proyecto por concepto de las pretensiones de este expediente y por concepto de otras reclamaciones pendientes, como consecuencia de la terminación del contrato y eventual declaratoria de nulidad? Al contestar la tercera pregunta analizar las calidades o el status jurídico de los diferentes intervinientes en el proceso arbitral bien como parte o como terceros, para determinar en el marco de sus actuaciones u omisiones ¿en qué medida les asisten derechos para que este Tribunal de Arbitramento reconozca pagos o la justicia restableciera sus derechos?

Para resolver estos interrogantes se desarrollan tres puntos básicos y su respuesta se consolida en un cuarto punto con una consideración final y con las conclusiones del concepto, así:

### **1. NULIDAD, CAUSAS Y EFECTOS**

#### **1.1 NULIDAD DEL CONTRATO ESTATAL POR ACTOS DE CORRUPCIÓN**

##### 1.1.1 Concepto de corrupción

La corrupción, entendida como el acto de corromper, supone *sobornar a alguien con dádivas o de otra manera* y, en general, en el ámbito de las organizaciones, especialmente en las públicas, como *la práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores*<sup>2</sup>. La corrupción, sin embargo, al ser un fenómeno con alto impacto social, económico, político y moral resulta polisémico y, en veces, etéreo y de difícil concreción.

---

<sup>2</sup> Real Academia Española, [www.rae.es](http://www.rae.es).



ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

En un reciente estudio denominado “Estado del arte sobre la corrupción en Colombia”<sup>3</sup>, luego de un revisión académica sobre el concepto de la corrupción en el que se ponen de presente diferentes acepciones del término, se concluye que, a pesar de las divergencias que se evidencian en las mismas, es dable advertir como sus elementos esenciales, al menos:

*“i) el abuso o desviación del poder encomendado (que puede ser público o privado); y ii) el beneficio o ganancia privada (que puede ser personal o para un tercero, y que no necesariamente tiene que ser monetaria). Por el contrario, se mantiene el disenso en relación con la necesidad de que exista una interacción entre un actor público y uno privado, y de que se genere o no un perjuicio para el interés público. En todo caso, la tendencia actual apunta a reducir paulatinamente los elementos de la esencia del concepto, para lograr una “concepción dinámica del fenómeno de la corrupción” que tal y como lo ha señalado la Corte Constitucional de Colombia, tenga “(...) en cuenta la gran capacidad de mutación de las formas en que se concreta [la corrupción], así como de la complejidad que adoptan dichas formas”*

El documento CONPES 167 de 2013<sup>4</sup>, por su parte, define la corrupción como “el uso del poder para desviar la gestión de lo público hacia el beneficio privado. Esto implica que las prácticas corruptas son realizadas por actores públicos o privados con poder o incidencia en la toma de decisión y la administración de los bienes públicos”.

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. Esta circunstancia es una de las tantas condiciones que contribuyen, sin duda, a su desafortunada proliferación, gracias a un entramado normativo complejo que puede llevar a la impunidad de los actores involucrados en estas prácticas, quienes logran escabullirse por los laberintos normativos.

Empero, de las normas que se ocupan de la corrupción es posible su caracterización, por manera que, lejos de encontrarnos ante un suceso puramente social y extra-normativo estamos ante un

---

<sup>3</sup> Newman Pont, Viviana y Ángel Arango, María Paula. “Estado del Arte Sobre la Corrupción en Colombia”. Documento elaborado para Fedesarrollo. Dejusticia, Bogotá, junio de 2017. <https://www.repository.fedesarrollo.org.co/handle/11445/3411>

<sup>4</sup> Consejo Nacional de Política Económica y Social. Documento Conpes 167 del 9 de diciembre de 2013: “Estrategia Nacional de la Política Pública Integral Anticorrupción”. En: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Social/167.pdf>



## ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

fenómeno jurídico que ha sido objeto de recepción por el ordenamiento jurídico y es dotado de consecuencias en el plano legal que permiten precaverlo y sancionarlo. En concreto, la corrupción es un hecho jurídico (*rectius*, acto jurídico ilícito) que hace parte de múltiples proposiciones normativas como hipótesis condicionante que, al verificarse, comporta una consecuencia normativa, como evento condicionado la cual, las más de las veces, deriva en una sanción<sup>5</sup>.

El compendio normativo nacional incluye disposiciones del Código Penal en las que se tipifican, entre otros delitos, la concusión, el cohecho, el interés indebido en la celebración de contratos, el tráfico de influencias, el enriquecimiento ilícito, el prevaricato y la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, y la Ley 734 de 2002 en la que se prevén algunas faltas disciplinarias en las que pueden incurrir servidores públicos o particulares. Igualmente, puede mencionarse la Ley 1474 de 2011, conocida como el Estatuto Anticorrupción, normativa en que se consagraron medidas administrativas para la prevención del fenómeno y se dispuso la tipificación de nuevos delitos sobre el particular<sup>6</sup>.

De las referidas normas, así como de las consideraciones expuestas en precedencia, es posible caracterizar el acto de corrupción, para efectos del presente concepto, como aquel que involucra (i) un agente público con capacidad para adoptar o gestionar una decisión; (ii) un agente privado con interés en obtener tal decisión; (iii) un pacto de un beneficio, generalmente económico, a favor de aquel a cambio de las gestiones para obtener la decisión o para su obtención.

### 1.1.2 Corrupción en los tratados internacionales y deberes de las autoridades públicas

De manera uniforme el derecho internacional se ocupa del fenómeno de la corrupción e impone a las autoridades colombianas la obligación de realizar hechos positivos para prevenirla y sancionarla, lo que comporta, sin más, un imperativo de rango constitucional que compele a

---

<sup>5</sup> Código Civil, artículo 6. “La sanción legal no es sólo 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. 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.

<sup>6</sup> Para un completo recuento de cada uno de los tipos penales y faltas disciplinarias relacionadas con la corrupción en: Newman Pont, Viviana y Ángel Arango, María Paula. “Estado del Arte Sobre la Corrupción en Colombia”... *ob. cit.*



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

todas las autoridades de la República a ejercer sus funciones de manera tal que los actos constitutivos de prácticas corruptas a nivel privado o público sean sancionadas con severidad y se prevenga a la comunidad, en general, para repudiarlas, evitarlas y procurar por su sanción.

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<sup>7</sup>.

De la Convención Interamericana Contra la Corrupción resulta importante resaltar la caracterización de los actos de corrupción, lo cual refuerza lo señalado en precedencia, en cuanto a que la corrupción se encuentra recogida en nuestro ordenamiento como un fenómeno jurídico que comporta importantes consecuencias normativas.

En efecto, el artículo VI del referido instrumento internacional considera como actos de corrupción las siguientes conductas:

*“a. El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;*

*b. El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;*

*c. La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero;*

---

<sup>7</sup> Para un detallado análisis de cada uno de los instrumentos internacionales mencionados, así como de otros relacionados con la temática de la corrupción, *vid.* Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 2260 del 10 de agosto de 2015.



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

*d. El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y*

*e. La participación como autor, co-autor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo”.*

Conforme con sus artículos VIII y IX, también son actos de corrupción el soborno transnacional<sup>8</sup> y enriquecimiento ilícito<sup>9</sup>.

En cuanto a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción conviene resaltar, para efectos del presente concepto, lo previsto en su artículo 34, relativo a las consecuencias de los actos de corrupción, conforme con el cual:

*“Con la debida consideración de los derechos adquiridos de buena fe por terceros, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará medidas para eliminar las consecuencias de los actos de corrupción. En este contexto, los Estados Parte podrán considerar la corrupción un factor pertinente en procedimientos jurídicos encaminados a anular o dejar sin efecto un contrato o a revocar una concesión u otro instrumento semejante, o adoptar cualquier otra medida correctiva”.*

Finalmente, de la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE resulta preciso destacar la tipificación y sanción penal del delito de cohecho de servidores públicos extranjeros, así como la recomendación para establecer la responsabilidad de personas jurídicas y la correspondiente

---

<sup>8</sup> Artículo VIII. Soborno transnacional. Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial.//Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de soborno transnacional, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de esta Convención.//Aquel Estado Parte que no haya tipificado el soborno transnacional brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan.

<sup>9</sup> Artículo IX. Enriquecimiento ilícito. Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él.//Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la presente Convención.//Aquel Estado Parte que no haya tipificado el enriquecimiento ilícito brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan.



ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

sanción penal, así como la posibilidad de imponer sanciones monetarias, civiles o administrativas (artículos 2 y 3).

De todo cuanto se deja dicho, se advierte que los instrumentos internacionales suscritos y aprobados por Colombia comportan un necesario compromiso de todas las autoridades públicas para combatir decididamente la corrupción, pero, particularmente, para sancionar con estrictez a quienes en ella incurran y negar efectos a los actos jurídicos mediante los cuales se materializan, pues, evidentemente, con ellos se socaba gravemente la estabilidad de los Estados, se afectan las políticas públicas internas y, por supuesto, se ve comprometido el tráfico de bienes y servicios a nivel internacional.

## 1.2 LA NULIDAD EN EL MARCO JURÍDICO NACIONAL

La palabra nulo proviene del latín *nullus*, que significa “falta de valor”; es decir, una carencia de fuerza para obligar o para tener un efecto. Así, se puede afirmar que el concepto de nulidad se refiere y se define por el efecto que produce: ninguno, en teoría.

La Corte Constitucional sobre la definición de nulidad en la sentencia C – 597 de 1998, expreso:

*“La nulidad, según la doctrina prevalente, constituye un castigo o sanción civil que se impone por la omisión de los requisitos que la ley considera indispensables para la validez de los actos o contratos. La nulidad se identifica con la invalidez del acto o contrato.”*

La nulidad, en cualquiera de sus variantes, es una sanción aplicable al negocio jurídico cuando se configura un defecto en las denominadas condiciones de validez, por ejemplo, la capacidad de los sujetos, el consentimiento exento de vicios (error, fuerza y dolo) o la licitud de la causa y del objeto<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> El artículo 1502 del Código Civil preceptúa lo siguiente: “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

1o.) que sea legalmente capaz.

2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.

3o.) que recaiga sobre un objeto lícito.

4o.) que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra”.



## ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

El artículo 1740 del Código Civil estipula que *“Es nulo todo acto o contrato al 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”*. (Subrayado fuera de texto)

El criterio de distinción entre la nulidad absoluta y la relativa reside en la importancia de la norma violada. Si ésta es de interés general, la nulidad es absoluta; si es de aquellas que tutelan el interés particular de las personas, la nulidad es relativa.

### 1.3 LA NULIDAD ABSOLUTA

Un contrato es nulo absolutamente cuando carece de valor por haberse celebrado con vicios tan graves, que no admiten saneamiento por la protección que se debe al interés general público o general de la sociedad. Es además una declaración encaminada a castigar lo ilícito, lo contrario a la ley, las buenas costumbres y el orden público.<sup>11</sup>

Sobre la nulidad absoluta el Código Civil, prevé:

*“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”*

Es procedente la declaratoria judicial de la nulidad absoluta, aunque las partes no lo hayan solicitado, siempre y cuando aparezca de manifiesto en el acto jurídico. Dado que la nulidad absoluta protege el bien común, puede alegarse por todo el que tenga interés en ello y también puede pedirse su declaración por el Ministerio Público para proteger la moral o la ley<sup>12</sup>, concretamente el inciso final del artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, establece que este último o un tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare la nulidad absoluta de un contrato estatal.

<sup>11</sup>Sentencia de Constitucionalidad C – 597 de 1998, Pág. 5

<sup>12</sup>De conformidad con lo previsto en el artículo 1742 del Código Civil.



ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

#### 1.4 CAUSALES DE NULIDAD EN LOS CASOS DE CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Los actos de corrupción antecedentes, concomitantes o sobrevinientes a la celebración de un negocio jurídico tienen un innegable efecto sobre su validez y, en general, puede afirmarse que deben conllevar a su nulidad absoluta<sup>13</sup>. Sin embargo, tal aserto requiere de un proceso hermenéutico especial, pues la corrupción no ha sido entronizada en la legislación nacional como una causal autónoma de nulidad de los contratos<sup>14</sup>.

Lo primero que debe indicarse a este respecto, es 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.

Una distinción como la indicada comporta que mientras el Estado y la comunidad en general resultan víctimas de su agente, pues ningún beneficio reportan por el acto ilegal, en el caso de

---

<sup>13</sup> “Más allá de las reglas y de las consecuencias jurídicas concretas (...) consideramos que de tales disposiciones, interpretadas en su conjunto, puede extraerse claramente un principio general, que estaba previsto igualmente en la Constitución de 1886 e, incluso, como se ha visto, en el Código Civil, a saber: Que solamente la titularidad de los bienes (incluyendo los derechos, como “cosas incorporales”, según lo disponen los artículos 653, 664 y 666, del Código Civil, entre otros) adquiridos lícitamente, esto es, con sujeción a las leyes, pueden ser reconocidos y respaldados por el Estado. Y en forma correlativa, que la titularidad de los bienes y derechos adquiridos en forma ilícita (con violación a la ley y/o a la moral social), no puede ser reconocida y, mucho menos, respaldada por el Estado (por ejemplo, exigiendo al deudor el cumplimiento de las correlativas obligaciones). En fin: el delito no puede ser fuente de enriquecimiento; por ende, no puede haber derechos patrimoniales adquiridos mediante un enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o de la moral social”. Namén Vargas, Álvaro. “Los contratos estatales y la corrupción: Instrumentos jurídicos para prevenirla, mitigarla y corregirla”. Conferencia dictada en XVI Jornadas de Contratación Estatal, Cartagena de Indias octubre de 2018. Universidad de los Andes. Inédito.

<sup>14</sup> Convenio Civil Sobre la Corrupción (número 174 del Consejo de Europa, Estrasburgo, 4 de noviembre de 1999), artículo 8: Artículo 8. Validez de los contratos. 1. Cada Parte dispondrá en su derecho interno la nulidad de todo contrato o de toda cláusula contractual que tenga por objeto un acto de corrupción./2. Cada Parte establecerá en su derecho interno la posibilidad de que todas las partes contratantes cuyo consentimiento esté viciado por un acto de corrupción puedan solicitar ante tribunal la declaración de nulidad de dicho contrato, sin perjuicio de su derecho a la reclamación de daños.

Tal como se pone de presente en *The Impact of Corruption on International Commercial Contracts* (Michael Joachim Bonell y Olaf Meyer editores). Springer. 2015, “Excepcionalmente es posible encontrar normas especiales de derecho privado sobre corrupción en los sistemas jurídicos nacionales. Por ejemplo, la Ley RICO de los Estados Unidos reconoce la posibilidad de reclamar daños por actos de corrupción, en ciertos casos. En Kenia, el artículo 51 de la Ley Anticorrupción y de delitos económicos de 2003 establece: ‘Una persona que realiza algo que constituya corrupción o un delito económico es responsable frente a quien sufra una pérdida como resultado por un monto correspondiente a una compensación total de la pérdida sufrida’. También, en algunos países normas sobre corrupción en derecho privado pueden encontrarse en leyes sobre competencia desleal.” Pp. 4. (Traducción libre)



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

la persona jurídica privada está obtendría una ventaja ilícita y, por lo mismo, más que víctima asume una posición de victimario.

Esta primera precisión es fundamental, toda vez que permite subrayar la calidad de víctima del Estado frente a los actos de corrupción, pues sus agentes, si bien se contrarían en el ejercicio aparente de sus funciones (estructurar requisitos previos al contrato, adelantar procesos de contratación, celebrar negocios, acordar modificaciones contractuales, etc.), las adelantan con una finalidad torticera ajena a los fines del Estado y en perjuicio de los mismos y de la comunidad en general, que afecta gravemente, como se indicó, el interés común, el patrimonio público y demás valores de la estructura social. Con una conducta como la anotada, se socaba la institucionalidad y se mengua la confianza en las instituciones del Estado. En cambio, en el lado particular, se terminan satisfaciendo intereses preponderantemente económicos, pues el agente privado termina obteniendo el lucro esperado con la contratación y, con alta probabilidad, encarece el servicio, bien u obra contratada.

Ahora bien, sobre la anterior premisa, la primera consideración interpretativa que debe tenerse en cuenta para fundar la negación de todo efecto al contrato estatal proveniente de un acto corrupto está dada por los cánones constitucionales que impiden amparar bajo las leyes civiles los actos ilícitos, consideración que parte de la previsión contenida en el artículo 2 *superior*, conforme con la cual el Estado tiene por objeto asegurar la vigencia de un orden justo, seguida del respecto a la legalidad al cual están compelidos nacionales y extranjeros conforme el artículo 4 *ibídem*. Por su parte, los artículos 34 y 58 de la Carta imponen la extinción del dominio de los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito en perjuicio del erario público y con grave deterioro de la moral social, así como la limitación protección del derecho de propiedad respecto aquellos bienes adquiridos con arreglo a las leyes civiles.

Deben ponerse de presente, además, los artículos 88 y 209 de la Constitución, los cuales establecen que la moralidad administrativa es un derecho colectivo y fundamento de la actuación pública.



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

Finalmente, es importante reiterar lo previsto en el artículo 34 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de acuerdo con el cual los Estados Parte podrán considerar la corrupción como un factor determinante para anular o dejar sin efecto un contrato o para revocar una concesión u otro instrumento semejante.

En punto de la regulación de las causales de nulidad que afectan el contrato estatal<sup>15</sup>, lo primero que debe observarse es la naturaleza mixta del régimen que encausa normativamente a tal tipo de negocio jurídico, pues el Estatuto General de Contratación Pública impone que su celebración, ejecución, vicisitudes y extinción no solo se adecue a las previsiones en él contenidas, sino también a las previstas en los códigos civil y de comercio (L.80/93 art. 13) e, incluso, en aquellas derivadas de la autonomía de la voluntad. Por lo tanto, junto con el régimen propio de los contratos estatales corren en paralelo, de manera supletiva, las normas del denominado “derecho privado” que, en mucho, superan esa órbita, tal como sucede, por ejemplo, con aspectos relativos a la fuerza vinculante de la relación negocial (1602 C.C.), sus elementos configurativos (1501 c.c.) y su auto y hetero integración (1603).

En materia de nulidades, sucede, precisamente, lo antes referido, pues el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 dispone que los contratos del Estado son absolutamente nulos en los eventos previstos expresamente en esa norma y, además, en los casos previstos en el derecho común. En consecuencia, los contratos estatales son absolutamente nulos en aquellos eventos establecidos en los Códigos Civil y de Comercio como constitutivos de la nulidad absoluta de los actos o contratos, según las previsiones de sus artículos 6 y 1741<sup>16</sup> y en los casos específicamente determinados en los diferentes numerales del artículo 44 de la Ley 80.

---

<sup>15</sup> La jurisprudencia del Consejo de Estado es reiterativa en señalar que con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993 se introdujo un concepto unívoco de “contrato estatal” y entiende por tal el que celebren las entidad públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contrato Administrativo o que estén sujetos a regímenes especiales. *Cfr.* Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 20 de agosto de 1998, expediente 14202; sentencia del 8 de febrero de 2001, expediente 16661; sentencia del 6 de junio de 2002, expediente 20634; auto del 7 de octubre de 2004, expediente. 27052; sentencia de 20 de abril de 2005, expediente 14519; sentencia del 23 de septiembre de 2009, expediente 24639.

<sup>16</sup> Son casuales de nulidad, en el derecho civil, las siguientes:

Art. 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.

Art. 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 lo ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

Bajo estas premisas, el Consejo de Estado ha señalado sobre este particular<sup>17</sup>:

*“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).- Ilícitud en el objeto;*
- c).- Ilícitud 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.”*

Teniendo en cuenta lo advertido, es importante señalar que la multiplicidad de causales de nulidad absoluta que pueden afectar al contrato estatal, conlleva a que algunas de ellas puedan entenderse comprendidas en otras y, además, que los actos de corrupción, dada la inexistencia

---

Hay así mismo nulidad absoluta en los actos o contratos de personas absolutamente incapaces.

Cualquier otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.

Art. 1742. 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.

Además, son casuales de nulidad, en el derecho comercial, las siguientes:

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.

Art. 900. Será anulable el negocio jurídico celebrado por persona relativamente incapaz y el que haya sido consentido por error, fuerza o dolo, conforme al Código Civil.

Esta acción sólo podrá ejercitarse por la persona en cuyo favor se haya establecido o por sus herederos, y prescribirá en el término de dos años, contados a partir de la fecha del negocio jurídico respectivo. Cuando la nulidad provenga de una incapacidad legal, se contará el bienio desde el día en que ésta haya cesado.

<sup>17</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de marzo de 2010, expediente 14.390.



ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

de una causal autónoma como previamente se indicó, puedan configurarse en una o varias de ellas.

## 1.5 CONTRATOS ESTATALES CELEBRADOS PARA LA CORRUPCIÓN Y CONTRATOS ESTATALES CELEBRADOS POR LA CORRUPCIÓN

La doctrina nacional e internacional, así como jurisprudencia de algunas cortes forreas y tribunales de arbitramento distinguen entre los contratos, para efectos de estudiar la incidencia de la corrupción en la contratación, han considerado una clasificación que permite un mejor entendimiento para la aplicación de las causales de nulidad que resultan procedentes en cada caso. Así, se ha distinguido entre los contratos (privados o públicos) celebrados para la corrupción y los contratos celebrados por la corrupción<sup>18</sup>.

En los contratos *celebrados para la corrupción*, según explican los autores dejados en cita, dos o más particulares o un particular y un servidor público o, eventualmente, varios servidores públicos, pactan la comisión de un acto de corrupción, consistente en influir u obtener indebidamente la adjudicación o la celebración de otro contrato, mediante incluso denominaciones que tienen una apariencia de probidad, tales como comisiones, corretaje, asesorías, consultorías, agenciamiento, o lobbying.

En los eventos referidos los contratos son absolutamente nulos, por la ilicitud de su objeto, al consistir este en la comisión de un delito, de una falta disciplinaria, de una infracción administrativa o, en todo caso, de una actividad expresamente prohibida y sancionada por la ley. También el pago de un soborno constituye un claro caso de *causa turpis*, es decir de una causa ilícita o deshonesta<sup>19</sup>.

En cuanto a los contratos celebrados por la corrupción si bien su objeto se adecua al ordenamiento jurídico, los mismos tiene por causa o son consecuencia de la comisión de un acto

---

<sup>18</sup> The Impact of Corruption on International Commercial Contracts (Michael Joachim Bonell y Olaf Meyer (editores). Springer. 2015. En la doctrina nacional, *vid*: Namén Vargas, Álvaro. "Los contratos estatales y la corrupción: Instrumentos jurídicos para prevenirla, mitigarla y corregirla", *ob cit.*; y Mantilla Espinosa, Fabricio; Salcedo Castro Myriam; Bernate Ochoa Franciso. El Arbitraje Nacional Frente a la Corrupción. Tomo III Ed. Ibáñez, Bogotá 2018, pp- 70 y ss.

<sup>19</sup> Namén Vargas, Álvaro. "Los contratos estatales y la corrupción... *ob. Cit.*



## ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

de corrupción, por manera que, a diferencia de la anterior categoría no tiene como objetivo la comisión de un ilícito, sino que le antecede un acto de tales características. *La corrupción se encuentra, entonces, en los medios y no en los fines contractuales*<sup>20</sup>.

En estos casos, parece evidente, de acuerdo con lo expuesto en precedencia, que la función pública es aprehendida, usurpada por el funcionario para satisfacer intereses propios o ajenos y, entonces, la causa del negocio se distrae de las verdaderas aquellas para las cuales está dispuesto y que, en tratándose de contratos estatales, se sujetan al interés público y el bien común.

En los contratos para la corrupción caben inimaginables hipótesis como el evento en el cual ilícitamente se pacta por funcionarios públicos y privados la celebración de un contrato en apariencia lícito y conforme con las necesidades del servicio público (obras, bienes o servicios requeridos), para, a través del él, defraudar el tesoro público y el interés general. Se trata, por ejemplo, de los casos en los que las partes acuerdan obtener beneficios ilícitos mediante pagos ficticios, modificaciones contractuales innecesarias, aceptación de reclamaciones administrativas o judiciales improcedentes, etc. Si bien en este evento podrían configurarse causales de nulidad de los actos por medio de los cuales se concretan los referidos pactos, y, evidentemente, del convenio indebido entre el funcionario público y el privado, el negocio principal obtenido, esto es, el contrato estatal propiamente dicho, no solo incurrirá en una causa ilícita, sino también por un objeto ilícito que si bien fue soterrado hizo parte del acuerdo delictivo para obtener, a través del mismo, beneficios ilícitos.

### 1.6 CAUSALES DE NULIDAD

Las causales que dan origen a la nulidad se encuentran descritas en el artículo 1741 del Código Civil, así:

*"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*

---

<sup>20</sup> Mantilla Espinosa, Fabricio, *et al.* El Arbitraje Nacional Frente a la Corrupción, *ob., cit.*



ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

*consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.*

*Hay así misma 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 fuera de texto)*

De manera similar, el artículo 899 del Código de Comercio contempla como causales de nulidad absoluta, las siguientes:

*“ARTÍCULO 899 - NULIDAD ABSOLUTA Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos:*

*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” (subrayado fuera de texto)*

En relación con los actos administrativos, el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo dispone que su nulidad, procederá *“cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió. (...)” (Subrayado fuera de texto)*

Respecto de la nulidad de los contratos del Estado, el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 expresa que éstos son absolutamente nulos en los casos previstos en el **derecho común** y además cuando:

*“1. Se celebren con personas incursas 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.*



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

4. *Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamentan.*

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.*" (Subrayado fuera de texto)

El Consejo de Estado al examinar las causales de nulidad de los contratos del Estado, afirmó que las contenidas en el derecho común y en la normativa especial hacen parte de una misma unidad normativa, como se lee en la sentencia del 16 de julio de 2015, M.P. Hernán Andrade Rincón, expediente N° 41765, a saber:

*"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).- Ilícitud en el objeto; c).- Ilícitud 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."*

La integración normativa de la Ley 80 de 1993 con el derecho común, en relación con las causales de nulidad de los contratos estatales, permite inferir sin duda, que la causa u objeto ilícito generan la nulidad absoluta del contrato que esté impregnado de alguno de estos vicios.

### **1.6.1 OBJETO ILÍCITO**

En lo atinente a esta causal, el artículo 1523 del Código Civil prevé:



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

*“ARTICULO 1523. <OBJETO ILÍCITO POR CONTRATO PROHIBIDO>. Hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes.”*

Este objeto debe tener los siguientes requisitos:

1.6.1.1 POSIBILIDAD DEL OBJETO: Todo acto jurídico debe recaer sobre un objeto lícito y es claro que este debe existir, pero para el perfeccionamiento de un acto no necesariamente tiene que existir actualmente en el momento mismo de la celebración, sino que basta que sean posibles, es decir que puedan darse en el futuro, sin perjuicio de que la eficacia del acto quede paralizada hasta la existencia real y actual de ellas; si el objeto así entendido llega a existir el acto también existirá y producirá sus efectos, pero si el objeto es o se hace imposible, el acto se reputará como no celebrado y, por tanto, no producirá efecto alguno.<sup>21</sup>

1.6.1.2 DETERMINACIÓN DEL OBJETO: La prestación o prestaciones que son materia de un acto jurídico deben ser suficientemente claras para que cada uno de los agentes sepa exactamente qué es lo que puede exigir y qué sacrificios tiene que hacer en virtud de aquel, esto quiere decir que el objeto de los actos jurídicos debe estar claramente determinado.

1.6.1.3 LICITUD DEL OBJETO: El Código Civil dice que un acto jurídico tiene objeto ilícito cuando sus prestaciones aisladas o en su conjunto son contrarias al orden público, a la ley imperativa o a las buenas costumbres<sup>22</sup>

El objeto es un elemento esencial de los actos jurídicos, por consiguiente, cuando está suficientemente determinado, pero sea ilícito, la sanción legal es diferente, puesto que, si existe, solo que la ilicitud del objeto constituye un vicio del acto expresamente sancionado con la nulidad absoluta de éste.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1519 del Código Civil, “[h]ay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación”. A manera de ejemplo, el artículo 1521 *ejusdem*, dispone que hay objeto ilícito en la enajenación de las cosas que no están en el comercio, de los

---

<sup>21</sup> Código Civil Colombiano, artículo 1502

<sup>22</sup> Código Civil Colombiano, artículo 1519



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona y de las cosas embargadas judicialmente, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello y el artículo 1523 de la misma codificación precisa que “[h]ay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes”.

Partiendo de las anteriores disposiciones, en algunas ocasiones el Consejo de Estado<sup>23</sup> ha indicado que cuando media un acto de corrupción en la contratación estatal se estaría ante un objeto ilícito, pues ello supone la infracción de normas de orden público, tales como las referidas a los procedimientos de contratación o las que tipifican como delito el soborno a funcionarios públicos.

Frente a la posición indicada, sin embargo, se ha señalado que los ejemplos concretos señalados en el Código Civil sobre contratos con “objeto ilícito”, en los artículos 1519, 1520, 1521 y 1522, se refieren a obligaciones que no pueden cumplirse, por estar expresamente prohibidas por la ley o resultar contrarias al orden público o a la moral, como la promesa de sujetarse a una jurisdicción no reconocida por las leyes, la transferencia del derecho a suceder a una persona viva, la enajenación de los derechos personalísimos, la condonación del dolo futuro, etc., por lo que no parece que, en estricto rigor, los contratos celebrados por actos de corrupción antecedentes o concomitantes a su celebración puedan enmarcarse dentro de esta causal de nulidad<sup>24</sup>, salvo aquellos en los que se haya pactado, en efecto, el cumplimiento de una prestación ilícita en desarrollo del negocio.

Ahora bien sobre las relaciones del objeto ilícito con la adecuada ejecución de la prestación del contrato en el Tratado de las Obligaciones el Dr. Fernando Hinestrosa indica lo siguiente: “La prestación ha de ser lícita. El art. 1502 c. c. incluye dentro de los presupuestos de validez del contrato, “3.º) Que recaiga sobre un objeto lícito”. Esto quiere decir que ha de conformarse a las pautas fundamentales del ordenamiento, como también de las buenas costumbres (...) no huelga hacer presente que ilícito es un adjetivo que sólo se predica de la conducta. Acá podrá decirse, entonces, que ilícito es aquello así declarado

---

<sup>23</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 2 de noviembre de 2004, expediente 25.560; sentencia del 16 de julio de 2015, expediente 2002-4055)

<sup>24</sup> Namén Vargas, Álvaro. “Los contratos estatales y la corrupción: Instrumentos jurídicos para prevenirla, mitigarla y corregirla”. Conferencia dictada en XVI Jornadas de Contratación Estatal, Cartagena de Indias octubre de 2018. Universidad de los Andes. Inédito.



ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

*directamente en la norma o prohibido por ella, en cuanto sea imperativa. Empero, el sentido de la ilicitud es más amplio, en manera alguna circunscrito a un catálogo cerrado, esto, es a una tipicidad legal rígida. Aquella contrariedad y su consiguiente sanción represiva pueden presentarse indirectamente y apreciarse, entonces, mirando los resultados de la conducta. De esa manera, tomando el ordenamiento, lo mismo que, en su caso, la disposición y, de todos modos, la relación crediticia en su plenitud y funcionalmente.”<sup>25</sup>.*

### **1.6.2 CAUSA ILÍCITA**

El artículo 1524 del Código Civil define la causa ilícita en los siguientes términos:

*“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”.*

De conformidad con esta preceptiva, los móviles antisociales o inmorales que sean definitivos para la celebración del contrato, por menoscabar el orden público y las buenas costumbres, deben sancionarse con la declaratoria de nulidad absoluta cuando sea objeto de control jurisdiccional.

El Consejo de Estado se ha pronunciado sobre la causa ilícita como vicio de nulidad absoluta del contrato, entre otras en la sentencia de 24 de julio de 2013, radicación interna 25188, en la que afirmó:

*“Es sabido que ni las “buenas costumbres”, que corresponden a los comportamientos correctos, generalmente admitidos y compartidos por la comunidad -en este caso cuando se celebran negocios jurídicos- ni el “orden público”, representado en este evento en las leyes imperativas en materia contractual, toleran un comportamiento semejante, que buscó engañar a los que conocieran estos contratos, mintiendo sobre la causa, el origen y el alcance de las obligaciones que aparentemente nacerían allí”.*

---

<sup>25</sup> Hinestrosa, Fernando. Tratado de las Obligaciones T.I. Universidad Externado de Colombia, 2002, Bogotá, p. 271.



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

De manera similar, en providencia del 18 de febrero de 2010, la máxima Corporación de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, radicado N° 85001-23-31-000-1997-00403-01 (15596), en lo pertinente a la causa ilícita, señaló:

*“En atención a lo anterior, la Sala concluye que la “Adición al Contrato de Obra Pública No. 247 - 95” tenía como causa la intención contraria al orden público de dar la apariencia de legalidad a unos hechos que habían sido cumplidos por fuera de ella, puesto que no era posible adelantar obras adicionales sin que tuviera lugar el lleno de los requisitos legales. En otras palabras, de haber existido el negocio jurídico este habría estado viciado de causa ilícita puesto que con la suscripción de la “Adición al Contrato de Obra Pública No. 247 - 95”, sólo se perseguía, en apariencia, arreglar las cosas que irregularmente se habían cumplido con anterioridad.”*

De lo indicado, se advierte que en cuanto guarda relación con la causa ilícita la jurisprudencia del Consejo de Estado resulta pacífica en aceptar que en ella incurren los contratos suscritos fruto de un acto de corrupción, dado que se vulneran los principios de transparencia y selección objetiva.

En este caso, ante la causa ilícita en que se incurre, por su misma definición, se presenta una desviación de poder del funcionario público motivado por el beneficio ilícito que le es dado o prometido, por lo que ha precisado el tribunal de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa que<sup>26</sup>:

*“Esta causal [refiriéndose de la desviación de poder], 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 aquella 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 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, 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”.*

---

<sup>26</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de marzo de 2007, expediente 28.020. En el mismo sentido: Salvamento de voto, sentencia del 20 de junio de 2017, expediente 54080.



## ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

En relación con este tópico se indica por la doctrina que cuando el fin perseguido por el agente estatal es un fin exclusivamente privado, sin miramiento del interés público “...*hay algo más que una desviación de poder, determinante de la anulabilidad del acto; hay, en efecto, una verdadera apropiación de la organización y de sus instrumentos por el agente en su exclusivo beneficio individual, una usurpación de poderes administrativos indigna de toda protección y cuya depuración no puede quedar al arbitrio del particular concretamente afectado por el acto producido*”<sup>27</sup>.

Por lo que se deja indicado, entonces, resulta evidente que ante la ocurrencia de un acto de corrupción de aquellos previstos en el ordenamiento jurídico y de los que se dio cuenta en precedencia, 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 cumplimiento de los mandatos constitucionales y convencionales correspondientes, en procura de restar cualquier eficacia al negocio y evitar, con ello consolidar beneficios producto de una actuación *ilícita*, la cual no debe gozar de ningún tipo de protección en nuestro medio.

### 1.6.3 CELEBRACIÓN DE CONTRATO CON DESVIACIÓN DE PODER

La desviación de poder vicia de nulidad absoluta a un contrato cuando se celebra con fines diversos a los previstos en la ley, con vulneración de los principios que gobiernan la contratación estatal, en particular los principios de transparencia, igualdad, buena fe, imparcialidad, planeación y selección objetiva<sup>28</sup>.

Esa motivación contraria a la ley que constituyó la causa de la negociación ha sido considerada por la ley y la jurisprudencia, pacífica y decantada como configurativa de la causal de nulidad absoluta del contrato estatal. Esta causal en la jurisprudencia ha tenido desarrollo y alcance similares a la causal de causa ilícita de los contratos.

---

<sup>27</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, “Curso de Derecho Administrativo I”. Decimosexta edición. Civitas-Thomson Reuters. Pamplona 2013. Pp. 683-684.

<sup>28</sup> Sentencia del Consejo de Estado, 30 de enero de 2013 Expediente N° 21492 “El principio de selección objetiva -previsto inicialmente en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993-, constituye uno de los más importantes de la contratación pública, dada su virtualidad de asegurar el cumplimiento de los demás, como que con él se 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, lo cual sólo se logra si en el respectivo proceso de selección se han honrado los principios de transparencia, igualdad, imparcialidad, buena fe, economía y responsabilidad”



ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

En la Ley 80 de 1993 en su artículo 24 numeral 8 se reza lo siguiente:

*“Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerá 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”*  
(subrayado fuera de texto)

Por consiguiente, se presenta esta causal, *“cuando el servidor público encargado de dirigir el procedimiento de selección de contratistas, se desvía de la finalidad que se persigue en la Ley contractual”* (PINO, 2005, P. 242). Como es la de cumplir los objetivos estatales y la continua y eficiente prestación de los servicios, al celebrar un contrato de manera amañada o con el fin de favorecer a terceros.

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 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...”*<sup>29</sup>

El Consejo de Estado, con providencia de 29 de octubre de 2012, Consejera Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo, radicación interna 21022, al analizar esta causal, plantea:

*“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, incurrir 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.*

*Significa entonces que las modalidades de selección de contratistas no pueden ser utilizadas por la administración a su arbitrio, puesto que la ley le impone el deber de respetar los principios de*

---

<sup>29</sup> Sentencia de la Subsección B de la Sección Tercera, expediente N° 25000-23-26-000-1998-02230-01(21022).



## ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

*transparencia, selección objetiva, economía, imparcialidad, publicidad y libre concurrencia, como orientadores de la actividad contractual y de esta manera garantizar que la selección se cumpla en condiciones de igualdad para quienes participen en el proceso, con miras a garantizar que la oferta escogida sea la más favorable para los intereses de la entidad” (subrayado fuera de texto)*

*“Declarada de oficio la nulidad absoluta de los contratos de mandato y obra, tanto la multa derivada del presunto incumplimiento del contratista como el acta de liquidación bilateral del contrato de obra correrán la misma suerte comoquiera que el efecto de la figura es el retorno de las cosas al estado anterior, con la excepción del artículo 48 precitado. En ese orden, dado que la suscripción del contrato contravino los principios constitucionales y legales, al tiempo que desconoció normas de rango legal y reglamentario, lo que hace visible su objeto ilícito y la desviación de poder que comportó la actuación, se dejará sin efecto el acta de liquidación firmada, con anuncio de la presentación de salvvedades, el 16 de febrero de 2000 y la multa impuesta en virtud del contrato (cláusula décima). Lo anterior con el fin de restablecer la legalidad, mediante la eliminación de la situación jurídica irregular creada con la celebración del contrato<sup>30</sup>”.*

Acorde con el numeral 3º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 y la jurisprudencia citada en lo pertinente, la causal de desviación de poder tiene lugar cuando se persiguen fines distintos a los consagrados en la Constitución Política o la Ley, puesto que las autoridades públicas no pueden pasar por alto los procesos de selección objetiva o mutar su naturaleza y finalidad.

### **1.6.4 CELEBRACIÓN DEL CONTRATO CONTRA EXPRESA PROHIBICIÓN CONSTITUCIONAL Y LEGAL**

En lo relativo a esta causal el Consejo de Estado en sentencia de 18 de marzo de 2010<sup>31</sup> expone:

*“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*

---

<sup>30</sup> Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, del 23 de noviembre de 2016, C.P.: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO, Radicado N°: 15001-23-31-000-2001-01101-02(38310)

<sup>31</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, Bogotá D.C., dieciocho (18) de marzo de dos mil diez (2010), Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00071-01(14390).



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

*debe nacer en condiciones de validez, la cual ha sido definida por la Sala 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.”*

Sobre el alcance de la causal de nulidad contenida en el numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, de tiempo atrás la Sección Tercera del Consejo de Estado ha considerado *“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”*.<sup>32</sup>

La misma Corporación en pronunciamientos posteriores ha reiterado su postura<sup>33</sup> Según esta tesis, para que se configure esta causal de nulidad en el contrato 01 de 2010 las prohibiciones deben hallarse expresas en la Constitución y la ley.

En lo atinente a la contratación estatal, son de imperativa aplicación, entre otras las siguientes disposiciones:

El artículo 24, numeral 8 de la Ley 80 de 1993, que preceptúa:

*“ARTÍCULO 24. PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA. En virtud de este principio:*

---

<sup>32</sup> 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.

<sup>33</sup> 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.



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

*8. Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley (...)*

El artículo 871 del Código de Comercio que establece:

*“ARTÍCULO 871.- Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no solamente a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.”*

Y el artículo 1603 del Código Civil que determina:

*“ARTÍCULO 1603.- Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella.”*

En esta misma línea se encuentra abundante doctrina nacional que se refiere al tema. Así desde, el profesor Arturo Valencia Zea en su obra Derecho Civil, Tomo I Parte General y Personas, consideró la Buena Fe como Principio General de Derecho y luego retomó el tema en el Tomo III De las obligaciones, al estudiar la Buena Fe desde la perspectiva de las reglas sobre interpretación de los contratos y analiza en concreto la regla del artículo 1603 del Código Civil. Para el tratadista, la Buena Fe

*“(...) indica que cada cual debe celebrar sus negocios, cumplir sus obligaciones y, en general, ejercer sus derechos, mediante el empleo de una conducta de fidelidad, o sea, por medio de la lealtad y sinceridad que imperan en una comunidad de hombres dotados de criterio honesto y razonable. La buena fe se desdobra en dos aspectos: primeramente cada persona debe usar para con aquel con quien establece una relación jurídica, una conducta sincera, vale decir, ajustada a las exigencias del decoro social; en segundo término, cada persona tiene derecho a esperar de la otra esa misma*



ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

*lealtad o fidelidad. En el primer caso se trata de una buena fe activa, y en el segundo, de una buena fe pasiva (confianza)* <sup>34</sup>

A su turno, el profesor Guillermo Ospina Fernández lo definió en los siguientes términos:

*“Los actos jurídicos deben ser cumplidos de buena fe, vale decir, con entera lealtad, con intención recta y positiva, para que así pueda realizarse cabal y satisfactoriamente la finalidad social y privada a que obedece su celebración (...) tiene un alcance muy general en el derecho civil moderno, como quiera que es aplicable no solo a los contratos, sino a todos los actos jurídicos y, lo que es más, a todas las obligaciones, cualesquiera que sean sus fuentes (...)”* <sup>35</sup>

### **1.7 EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD DEL CONTRATO ESTATAL POR ACTOS DE CORRUPCIÓN**

El efecto principal de la nulidad en materia civil radica en la extinción del contrato del cual se predica, como si este no hubiere existido jamás (artículo 1746 del Código Civil)<sup>36</sup>, por lo que la declaración que se realice retrotrae en el tiempo las prestaciones ejecutadas en cumplimiento del objeto negocial y comporta la extinción de las obligaciones vigentes y pendientes al momento de la declaratoria de nulidad y el derecho a las restituciones mutuas respecto de aquellas ya ejecutadas con antelación, siempre que fuere material y jurídicamente posible. En cuanto a la imposibilidad jurídica, debe mencionarse la prevista en el artículo 1525 del Código Civil, a cuyo tenor, “...[n]o podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas”.

Las restituciones mutuas, entonces, obedecen a la necesidad de evitar un enriquecimiento sin justa causa para alguna de las partes por cuenta de la declaratoria de nulidad. Sin embargo, en los casos en los que la nulidad se deriva por objeto o causa ilícita, el Código Civil establece una

---

<sup>34</sup> Valencia Zea Arturo. Derecho Civil. Tomo I Parte General y Personas, Novena Edición, 1981, Editorial Temis, Bogotá, pp. 196.

<sup>35</sup> Ospina Fernández Guillermo, Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico, Quinta Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1998, pp. 331

<sup>36</sup> Artículo 1746. 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.



ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

excepción a la restitución si el contrato fue realizado “a sabiendas” de dicha ilicitud, sin que en tal hipótesis pueda afirmarse un enriquecimiento injustificado, pues sería evidente la causa del traslado patrimonial, consistente en la culpa del infractor que, conocimiento su incuria, persistió en la ejecución del negocio, por lo que el ordenamiento jurídico le impone la sanción contenida en el mencionado artículo 1525.

Sobre esta disposición, en reciente jurisprudencia la Corte Suprema de Justicia, puntualizó:

*“...la restricción dispuesta en aquel (art. 1525) al no permitir que pueda repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilegales, es de un gran contenido ético, fundado en el principio clásico que impide sacar provecho o repetición de su propia torpeza o dolo. El orden jurídico impide ir en contravía de la regla moral de las obligaciones que desde los romanos enseña que la justicia se niega a dar protección cuando quien la requiere no llega hasta ella con las manos limpias (nemo creditur turpitudinem suam allegans).*

*De ahí que si una persona de manera consciente interviene o participa, directa o indirectamente, en la formación de un acto con objeto o causa ilícitos, debe negársele protección, o cuando menos las prestaciones que ejecutó o dio en tal cometido.*

*Pero desde luego que restricción de ese linaje no se aplica de manera mecánica, puesto que el precepto 1525 requiere una especie de atribución participativa en el acto o contrato afectado por objeto o causa ilícitos, al agregar que sea «a sabiendas», vale decir, de modo cierto, con pleno o inequívoco conocimiento de los contratantes, porque tuvo ocasión de precisarlo esta Corte, tal expresión, entendida en su sentido natural y obvio (art. 28 del C.C.), que debe ser el de la lengua española, significa «de modo cierto, a ciencia cierta», y que, por consiguiente, «se requiere un conocimiento objetivo o un conocimiento-realidad frente a determinado hecho».”*

En cuanto a los efectos de la nulidad por objeto o causa ilícita en el contrato estatal, debe precisarse que solo hasta la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993 se establece una norma especial que regula, en general, los efectos de nulidad de los contratos estatales<sup>37</sup>. Por esta razón,

---

<sup>37</sup>Ley 80 de 1993, artículo 48: “De los efectos de la nulidad. 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”.



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

en vigencia del Decreto 222 de 1983, las normas aplicadas por la jurisdicción contencioso administrativa eran las contenidas en la legislación civil y comercial<sup>38</sup>.

De acuerdo con el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, que se deja en cita, en el caso de declararse la nulidad absoluta del contrato estatal, el contratista 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, lo cual comporta una regulación diferente a aquella existente en materia civil, pues la restitución que se puede ordenar por el juez tendrá como contenido y alcance el beneficio que haya obtenido la entidad pública por las prestaciones ejecutadas, lo que se traduce restituir aquello que sí y solo sí se haya ejecutado en desarrollo del objeto contratado y haya satisfecho el interés público .

A más de lo anterior, la jurisprudencia contencioso administrativa ha encontrado compatible la regulación contenida en el artículo 48 antes mencionado, con las restricciones respecto a las restituciones mutuas previstas en el artículo 1525 del Código Civil. Así, por lo tanto, en los eventos en que la causa de la nulidad por objeto o causa ilícita es conocida –“a sabiendas”– por los contratantes, en sentencia del 22 de noviembre de 2001 (exp 12.859), se advierte la aplicación de la sanción prevista en el artículo 1525, no obstante que en el caso concreto, al no encontrarse acreditado “...que las partes contratantes hubieren actuado de mala fe o a sabiendas de estar obrando en contra de la ley...”, era procedente la restitución al estado anterior al de celebración del contrato.

La primera sentencia que analiza de fondo la regulación contenida en el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 y su compatibilidad con lo dispuesto en la legislación civil, particularmente lo regulado por el artículo 1525<sup>39</sup> y que marca el precedente en este asunto es la proferida bajo el expediente 25.560 del 24 de noviembre de 2004. Al efecto advirtió:

Para la Sala, la peculiaridad del texto legal contenido en el artículo 48 de la ley 80 de 1993, no radica -como parece deducirlo la mayor parte de la

---

<sup>38</sup> Ver, entre otras: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencias del 1 de octubre de 1987, expediente 4.883 y del 12 de octubre de 2000, expediente 13.097.

<sup>39</sup> Código Civil, artículo 1525. “No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas”.



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

doctrina nacional y como, prima facie, también podría colegirse de su exposición de motivos- en el desconocimiento de la sanción legal impuesta de antaño a todo negocio jurídico celebrado a sabiendas de que atenta contra el orden jurídico. Semejante lectura, conduciría no sólo a desconocer las bases mismas de nuestra tradición jurídica contractual, sino que, de paso, comportaría el dislocamiento del Estado de Derecho al avalar comportamientos arbitrarios y contrarios al derecho, so pretexto de impedir un “enriquecimiento sin causa” a favor de la Administración y en contra del contratista.

Para el Consejo de Estado resulta indiscutible y, de hecho, necesario, que lo regulado en el artículo 1525 del Código Civil cuente con aplicación preferente en la contratación estatal, cuandoquiera que resulte demostrado que las partes conociendo de la ilicitud de su acto y que ello, en últimas, es el factor determinante para la declaratoria de nulidad del contrato por objeto o causa ilícita. Si bien existen pronunciamientos posteriores que podría sugerir que en el contrato estatal no es aplicable el artículo 1525 del Código Civil, tales providencias no rectificaron la doctrina previa de la alta Corporación, le son contradictorias y, por lo mismo, no podrían ser consideradas como precedente. Adicionalmente, en la sentencia C-207 de 2019, la Corte Constitucional, luego de hacer una revisión de los parámetros constitucionales relacionados con la contratación pública, la declaratoria de nulidad de los contratos, los conceptos de nulidad por causa y objeto ilícito y de revisar las posiciones adoptadas por el Consejo de Estado sobre esas temáticas, concluyó:

Así, es dado concluir que para el Consejo de Estado la restitución a cargo de las partes en un contrato estatal declarado con nulidad absoluta requiere no solo de la verificación de los beneficios obtenidos, sino que también depende del análisis de la conducta y conocimiento de las partes en el momento de contratar y de otros factores que entran en juego para que la decisión resulte compatible con los principios que rigen la materia



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

de la contratación administrativa, incluyendo, por supuesto, los principios de buena fe y equidad.

Por lo que se deja indicado, entonces, cuando quiera que se declara la nulidad de un contrato estatal por objeto o causa ilícita derivada de un acto de corrupción, puede afirmarse que, por regla general, no serán procedentes las restituciones mutuas, en la medida en que en el contrato estatal para o por la corrupción las partes, por lo menos la privada, actúa con conocimiento de la ilicitud de su conducta.

Ahora bien, en relación con los contratos de concesión de infraestructura de transporte estatales de infraestructura y los contratos de asociación público privada el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, estableció unas reglas particulares para los eventos en que se declara la nulidad del contrato y que la Corte Constitucional, al revisar la constitucionalidad de la referida disposición, decantó en sentencia C-207 de 2019.

Para efectos de lo expuesto, a continuación se determinarán las condiciones definidas por la norma referida, a la luz del pronunciamiento de constitucionalidad que obre la misma se producto, lo cual imponen un verificación de las condiciones para realizar o no restituciones mutuas al contratista y a terceros de buena fe.

Lo anterior se explica, tal como lo puso de manifiesto el tribunal constitucional, porque en los contratos de concesión de infraestructura la declaratoria de nulidad no solo puede afectar a las partes del negocio, sino, también, a terceros de buena fe, especialmente los financiadores.

### **1.8 LA NULIDAD EN EL ARTÍCULO 20 DE LA LEY 1882 DE 2018 Y LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN CONCESIONES Y ACTOS DE CORRUPCIÓN**

Ahora bien, durante la prosecución de este arbitraje y antes de emitirse el correspondiente laudo, se expidió la Ley 1882 de 2018, cuyo artículo 20 modifica y adiciona el artículo 32 de la Ley 1508 de 2012, fijando una regla especial en relación con los efectos económicos de la nulidad absoluta por causa u objeto ilícito, cuando ésta sea declarada judicialmente o sustente la decisión de



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

terminación anticipada que profiera la autoridad administrativa, tanto para los contratos que desarrollen proyectos de asociación público privada como para los de concesión de infraestructura de transporte celebrados con anterioridad a la vigencia de la Ley 1508 de 2012.

El tenor literal del articulado demandado, es el siguiente:

*“ART. 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.*

*PAR. 1º—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, 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.*



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

*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 párrafo 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.*

*PAR. 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.*

*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 párrafo 1º.*



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

*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 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 la aplicación de los incisos anteriores a investigaciones en curso. En este supuesto, la penalidad mencionada en el presente párrafo, 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.*

*Lo previsto en este artículo se entiende sin perjuicio de las responsabilidades fiscales, disciplinarias o penales a que haya lugar”.*

Como se analizó el párrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, fue objeto de revisión constitucional y en la sentencia C-207 de 16 de mayo de 2019, se declaró 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.”

Un efecto relevante de esta norma es el carácter obligatorio que se deriva de este pronunciamiento en obediencia al principio de supremacía constitucional, así como de los efectos erga omnes



ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

y de cosa juzgada regulados en el artículo 243 de la Constitución Política, imponen la aplicación de la decisión adoptada en la sentencia C-207 de 2019,

La Corte Constitucional al examinar el parágrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, afirma que la disposición acusada regula el reconocimiento de restituciones, las condiciones y reglas que permiten la aplicación de la norma demandada, serán analizadas a profundidad en el numeral tercero de este concepto.

## **2. ACTOS DE CORRUPCIÓN QUE VICIAN AL CONTRATO PARA BENEFICIARSE INDEBIDAMENTE Y A OTROS NEGOCIOS JURÍDICOS**

### **2.1 ESTÁNDARES PROBATORIOS DEL ACTO DE CORRUPCIÓN**

La corrupción en la contratación es una acción soterrada, que se desarrolla en la clandestinidad y, en tratándose de proyectos de gran envergadura en los que se involucran fuertes cantidades de dinero. Se echa mano a entramados empresariales como el que se analizará en el siguiente numeral que en ocasiones determinan una dificultad mayúscula probatoria, no solo en la identificación del acto, sino en la individualización de sus partícipes directos, facilitadores, encubridores, así como, testigos que omiten denunciar el ilícito por el beneficio que de él reportan o simplemente muestran un profundo y negligente desinterés por los medios a través de los cuales obtendrán el lucro que pretenden.

En materia de arbitraje internacional, sobre este aspecto se ha advertido<sup>40</sup>:

*“El mayor escollo con que se encuentran los árbitros en la lucha contra la corrupción es la prueba de su existencia. Debido a su naturaleza delictiva, las partes se esfuerzan en no dejar rastro de la ilegalidad de sus actos, por lo que es poco usual encontrar prueba documental que demuestre el ilícito. Y los testigos de hecho tampoco se atreven a decir la verdad, por miedo a incurrir en responsabilidad penal. Esto, sumado a que los árbitros carecen de las facultades de investigación de un juez o un fiscal, hace que la constatación de este tipo de ilícitos ocurra con muy poca frecuencia.*”

---

<sup>40</sup> Fernández-Armesto, Juan. La lucha contra la corrupción desde el arbitraje. CEU ediciones. Madrid. 2018.



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

*Además, en muchos ordenamientos el estándar probatorio de los actos en los que haya mediado dolo o fraude, o que impliquen actividades ilícitas, es de carácter reforzado. Y este fue históricamente el enfoque adoptado por varios tribunales arbitrales, como por ejemplo en el caso CCI N.º. 6401 (el caso Westinghouse), en el que el tribunal declaró que no había «prueba concluyente» de que hubiese mediado un pago corrupto al Presidente de Filipinas, Ferdinand Marcos.*

*Aquí se corre el riesgo de que el arbitraje, por un celo excesivo en preservar valores procesales, se convierta en un puerto refugio para conductas indeseables. Por fortuna, en los últimos casos, los tribunales arbitrales han abandonado la idea del estándar probatorio reforzado, y han admitido la posibilidad de probar actos de corrupción mediante prueba indiciaria o circunstancial (como el porcentaje que suponen las comisiones en relación con el precio total de los servicios prestados, la forma y lugar en que se realizan los pagos o la inexistencia de justificación del destino dado a los fondos). En mi opinión, este es el enfoque correcto, ya que las determinaciones a que arribe el árbitro solo tienen efectos civiles. Los estándares de convencimiento reforzados exigidos en el ámbito penal no deberían ser los exigibles en un procedimiento arbitral.”*

En el juicio de responsabilidad civil contractual, el juez debe valorar la conducta del sujeto de acuerdo con estándares objetivos, sin que resulte menester atender la convicción íntima del sujeto, por ejemplo, en el cumplimiento incumplimiento del contrato. La culpa civil, entonces, en casos de responsabilidad extracontractual y, en general, para valorar la diligencia y el cuidado de quien ocasione un daño, puede entenderse con un error de conducta inexcusable, que no cometería un hombre prudente, diligente y avisado, puesto en las mismas condiciones externas del autor del daño, lo que permite advertir la objetividad del análisis, desprendido de la motivación interna o psicológica del culpable.

En nuestro medio, entonces, el estudio del comportamiento desde el plano de la responsabilidad contractual comporta una suerte objetivación, pues no pretende un análisis en concreto de la conducta del agente productor del daño, sino que adopta un estándar de comportamiento predicable del hombre razonable del *common law* o del buen padre de familia del derecho continental europeo.



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

Este patrón general, entonces, implicará en este caso un análisis en abstracto de la conducta de los agentes, pues propicia la comparación de esta con la de aquel que hubiera adoptado el estereotipo ideal del hombre prudente. Una valoración similar deberá realizarse al momento de valorar la buena fe contractual o la buena fe exente de culpa, pues ella refiere a un patrón general de comportamiento y al análisis de la convicción íntima y casi inescrutable del sujeto en cuanto a la licitud de su comportamiento. Se trata de estimar un parámetro objeto y de él determinar si existe o no buena fe en el caso concreto.

En adición a lo anterior, el *“estándar de la prueba”*<sup>41</sup> del caso de corrupción, entonces, lleva a preguntarse cuál debe ser, entonces, la calidad de la prueba que debe ser aportada al trámite para demostrar tanto la participación en el acto de corrupción, como el conocimiento del mismo. La respuesta no debe ser compleja, podrán aportarse tanto pruebas directas o indirectas del acto corrupto y, por supuesto, las más de las veces, serán las pruebas indirectas (pruebas indiciarias) las que conformarán el expediente, pues difícilmente se acreditará el documento escrito en donde consten el contrato para la corrupción o el recibo de pago del soborno recibido (prueba directa). Así lo hizo la Procuraduría en este proceso en materia de pruebas válidas.

Así entonces, 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. Sobre los deberes de la justicia ante la sociedad destaca el Dr. Fernando Hinestrosa lo siguiente: *“La sociedad por intermedio de la jurisdicción puede y debe ejercer control activo, flexible y eficaz sobre el intercambio de bienes y servicios, sobre todo aquel que se fundamenta en la disposición particular de intereses...”*<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> Paitán Contreras, Carlos y Quiroga Anticona Danny. Imputación de actos de corrupción en la contratación pública y su implicancia en el arbitraje de contrataciones con el Estado. En Revista de Arbitraje PUCP, núm. 6 de 2016. Pontificia Universidad Católica del Perú.

<sup>42</sup> Hinestrosa, Fernando. Ob. Cit., p. 272.



ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

## 2.2 LA CORRUPCIÓN INTERNACIONAL DE ODEBRECHT Y SUS “ALIANZAS”

Analizados los estándares probatorios generales para demostrar la corrupción en un arbitramento, a continuación se realiza el análisis de las actuaciones que originaron la corrupción en el contrato de concesión No 001 de 2010. Se analizará como las sociedades que conforman la Concesionaria y el propio INCO a través de sus representantes legales, se involucraron y beneficiaron con tales actuaciones corruptas, teniendo lo anterior incidencia en los vicios absolutos del contrato y sus acuerdo negociales; y se evidenciará que se omitieron medidas de vigilancia y control que evitaran tales actos de corrupción siendo los mismos previsibles e incluso notorios. Lo anterior se demostrará desde la trama de corrupción internacional de Odebrecht y sus alianzas con empresarios privados, luego al momento de la estructuración del negocio jurídico, en sus reclamaciones y pagos y en diversos instrumentos contractuales, acuerdos negociales o negocios jurídicos que serán analizados con la identificación de la conducta de los actores y beneficiarios en la destinación indebida de los recursos públicos.

La corrupción del conocido caso Odebrecht es un hecho de público conocimiento a nivel internacional, dada la magnitud del entramado consolidado por esta reconocida firma brasilera junto con sus subsidiarias y/o asociadas, para la materializaron de manera consciente y deliberada el ofrecimiento de pagos corruptos por más de \$788 millones de dólares<sup>43</sup>, fruto de la influencia ejercida a distintas autoridades y alianzas con empresarios, que se originó con el pago de sobornos que le aseguraran esa ventajas en el mercado violando la libre competencia y las reglas de legalidad de los contratos con el pago de coimas que luego recuperan con alta rentabilidad en la gestión contractual inapropiada se estimó en beneficios superiores a 3.336 billones de dólares<sup>44</sup>.

En su *modus operandi* entre los años 2001 y 2016 se promovían causas ilícitas en la contratación y con el concurso de actores privados se desviara el poder de las entidades públicas y de las autoridades. Tanto la empresa Odebrecht S.A., sus asociados, subsidiarias y aliados en el sector

---

<sup>43</sup> Brasil 349 M, Venezuela 98 M, República Dominicana 92 M, Panamá 59 M, Argentina 35 M, Ecuador 33,5 M, Perú 29 M, Guatemala 18 M, México 10.5 M y Colombia 32.5 M.

<sup>44</sup> Preacuerdo entre la Corte Este del Distrito de Nueva York de los Estados Unidos y Odebrecht S. A, de 21 de diciembre de 2016 p. 30.



ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

privado lograron obtener y retener múltiples proyectos y mega obras en diversos campos de la ingeniería, construcción, energía, químicos, servicios públicos, bienes raíces e infraestructura en Colombia y en más de doce países<sup>45</sup> como son: Angola, Argentina, Brasil <sup>46</sup>, República Dominicana, Ecuador<sup>47</sup>, Guatemala, México, Mozambique, Panamá, Perú y Venezuela.

Según comunicados de prensa 156 de 6 de marzo de 2017<sup>48</sup> y 160 de 31 de mayo 2017<sup>49</sup>, la Fiscalía General de la Nación estableció la réplica de esta práctica ilegal en Colombia en los proyectos de infraestructura Ruta del Sol sector 2 (adjudicación, contrato de Estabilidad Jurídica, tramo Ocaña – Gamarra), Puente Plato, Tunjuelo Canoas<sup>50</sup> y Crédito Banco Agrario-Navelena.

Este mecanismo de corrupción, fue aceptado por las directivas de Odebrecht S.A., ante el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, en su condición de acusada, al suscribir preacuerdo con dicha autoridad judicial, donde admitió que son correctos y reales los hechos que este documento describe como constitutivos de su conducta criminal, los que expresamente dice no contradecir, declarándose responsable de éstos, así como, de los actos de sus asociados, subsidiarias, directores, empleados y agentes involucrados en esta operación delictiva<sup>51</sup>.

El andamiaje de corrupción era planeado y sistémico y sus aliados como se indicó eran servidores públicos y empresas del sector privado. Incluye la utilización de la filial Constructora Norberto Odebrecht, y la creación de la división especial denominada Operaciones Estructuradas, como

---

<sup>45</sup> Preacuerdo entre la Corte Este del Distrito de Nueva York de los Estados Unidos y Odebrecht S. A, de 21 de diciembre de 2016 pp. 29-41.

<sup>46</sup> Poder Judicial, Justicia Federal, Sección Judicial de Paraná, 13° Juzgado Federal de Curitiba (08 marzo de 2016) [condenado Marcelo Bahía Odebrecht] rescatado de [http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/denunciado-mpf-1/documentos/Sentena\\_503652823.2015.4.04.7000.pdf/view](http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/denunciado-mpf-1/documentos/Sentena_503652823.2015.4.04.7000.pdf/view).

<sup>47</sup> La Fiscalía General del Estado inició de oficio la investigación previa el 22 de diciembre de 2016 bajo el denominado “*caso Odebrecht*”, donde aún no cesan de investigar los diversos y graves delitos como: el lavado de activos, concusión, asociación ilícita, captación ilegal de dinero y enriquecimiento ilícito, además de sentenciar a un año de privación de la libertad a perito que altero informe en este presente caso<sup>47</sup>, y ratificar la condena al expresidente Jorge Glas, por 6 años de prisión, por recibir sobornos por 13,5 millones de dólares. Rescatado de <https://www.fiscalia.gob.ec/sentencia-de-un-ano-de-privacion-de-libertad-contra-perito-que-altero-informe-en-caso-odebrecht/>

<sup>48</sup> Fiscalía General de la Nación, Comunicado de prensa 156 [Néstor Humberto Martínez]. Recuperado de <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/noticias/comunicado-de-prensa-156/>

<sup>49</sup> Fiscalía General de la Nación, rueda de prensa 160 2017. Recuperado de <http://www.anticorrupcion.gov.co/Paginas/comunicado-de-prensa-no-160-fiscalia.aspx>

<sup>50</sup> Rama Judicial Consejo Superior de la Judicatura, Juzgado catorce Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá D.C (26 de febrero de 2018) 11001-60-00000-2017-00400, [Procesado: Andrés Alberto Cardona Laverde.]

<sup>51</sup> Preacuerdo entre la Corte Este del Distrito de Nueva York de los Estados Unidos y Odebrecht S.A , anexo “B” (21 de diciembre de 2016) pp. 23-41.



ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

vehículo de financiación del pago de sobornos sin registrar en su hoja de balance, puesto que éstos los realizaba la mencionada Empresa a través de múltiples mecanismos, por ejemplo: i) el cobro de gastos generales fijos recolectados de filiales, ii) cobros en exceso y tarifas que fueron atribuidas como legítimas a proveedores de servicios y subcontratistas no incluidos en el presupuesto del proyecto, iii) anticipos no declarados y tarifas de éxitos por la compra de activos de la empresa, iv) transacciones de auto seguro y auto garantía.<sup>52</sup>

Estos pagos no eran registrados por tratarse de sobornos a cargo de Odebrecht y a favor de funcionarios o autoridades gubernamentales, candidatos y partidos políticos del Brasil y de países extranjeros, cuyos fondos se manejaban y distribuían con un sistema secreto denominado “Drousys”, que permitía el uso de correos electrónicos seguros y mensajes instantáneos, utilizando apodos, claves y contraseñas, valiéndose de entidades *offshore* y de bancos con características específicas que ayudaban con la corrupción.

Así lo confirman las declaraciones de María Lucía Guimaraes Tavares, Benedicto Barbosa Da Silva Junior, Fernando Migloiacio Da Silva rendidas antes las autoridades del Brasil, quienes formaban parte de la *División de Operaciones Estructuradas de la Constructora Norberto Odebrecht*, detallan de manera clara y precisa el *modus operandi* de esta estructura criminal y puntualizan que Luiz Eduardo Da Rocha Soares formaba parte de este equipo y en el sistema “Drousys” su alias era “Tushio”.

El actuar corrupto de esta multinacional junto con sus coconspiradores, también promovían contratos con objetos y prestaciones ilícitas en contra del orden público, la moral y las buenas costumbres. En las circunstancias de modo, tiempo y lugar que en líneas anteriores fueron planeadas y estructuradas orgánicamente, se ejecutaron **a sabiendas**<sup>53</sup> por parte de todos sus

---

<sup>52</sup> Anexo de preacuerdo de Estados Unidos con Odebrecht S.A., que contiene las “DIVISIÓN ESTRUCTURADA DE OPERACIONES Y LAS MANERAS DE LOS MEDIOS DE ESTA CONSPIRACIÓN” pp. 30- 33.

<sup>53</sup> Anexo de preacuerdo de Estados Unidos con Odebrecht S.A., que contiene las “Disposiciones contra el soborno y sobre libros y registros de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero” en el Código de los Estados Unidos, al prescribir el actuar a sabiendas señala que “(3) A) Se considera que una persona “actúa a sabiendas” con respecto a una conducta, una circunstancia o un resultado si: i) esa persona es consciente de que se dedica a dicha conducta, que dicha circunstancia existe, o que es substancialmente cierto que dicho resultado va a ocurrir; o ii) esa persona cree firmemente que dicha circunstancia existe o que es substancialmente cierto que dicho resultado va a ocurrir.” p. 14.



## ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

intervinientes. Así lo evidencian decenas de pruebas como lo es la declaración de un acusado en el preacuerdo judicial suscrito el 21 de diciembre de 2016, al aceptar los cargos por la realización de todo su despliegue criminal actuando a sabiendas; siendo este un elemento constitutivo de las prácticas comerciales extranjeras prohibidas para empresas nacionales, el cual se encuentra definido en la sección 78dd-2, literal h) definiciones, numeral 3) de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero, que la empresa Odebrecht S.A. confesó en relación con las conductas, circunstancias y resultados de su comportamiento ilegal.

En conclusión, dentro del estándar de las pruebas que se analizó está consolidado suficiente material probatorio que determina la existencia de vicios de nulidad absoluta en la gestión contractual, desde sus tratativas iniciales, con operaciones internacionales de Odebrecht, sus empresas o filiales, que vinculaban “aliados” estratégicos del sector privado, configurando una causa ilícita y provocando la desviación de poder en las entidades públicas nacionales de varios Estados. En los siguientes numerales se podrán identificar las empresas del sector privado que facilitaron por acción o por omisión los actos de corrupción de Odebrecht.

### 2.3 ACTOS DE CORRUPCIÓN DESDE LA ESTRUCTURACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO

#### 2.3.1 Adjudicación del contrato 001 de 2010

Directivos corruptos de la multinacional Odebrecht S.A. en compañía de sus asociados, con el mismo esquema ilegal utilizado a nivel internacional, lograron en Colombia asegurar ventajas inapropiadas, vulnerar la libre competencia, la transparencia, la legalidad y lograron influenciar a empresarios y a distintas autoridades con poder de decisión a cambio de remuneraciones indebidas, y en concreto para este negocio jurídico desplegaron tales conductas.

Así lo revela el material probatorio incorporado al plenario<sup>54</sup>, por cuanto integrantes de la empresa Odebrecht S.A. (Luiz Antonio Mameri), de la Constructora Norberto Odebrecht S.A., y

---

<sup>54</sup> Procuraduría General de la Nación, Grupo Élite Anticorrupción, Fallo de primera instancia (11 de noviembre de 2010) IUS 2010-376100/ IUC-D2018-1063282, [Disciplinado: Gabriel Ignacio García Morales] - Rama Judicial del Poder Público, Juzgado Catorce Penal del Circuito de Conocimiento. (29 de abril de 2019) sentencia 11001-60-00101-2017-00156 [Procesado: José Elías Melo Acosta].



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

Odebrecht Invetimentos Em Infraestrutura 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) al servidor público que tenía asignada la función de realizar la respectiva adjudicación del proceso licitatorio que se adelantaba<sup>55</sup>.

De igual forma, así se organiza y estructura la gestión contractual en aras de un objetivo, la corrupción por cuenta de esa componenda que constituye un acto de soborno, que vulnera los principios de transparencia, igualdad, objetividad e imparcialidad en la contratación de este proyecto vial, la estructura plural PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA RUTA DEL SOL 2 que sería la beneficiaria de la licitación 001 de 2010, ya que 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.

En efecto, en la denuncia penal (día 11 de enero de 2017) presentada mediante apoderado, por los señores Luiz Antonio Bueno Junior, Luiz Antonio Mameri y Luiz Eduardo Da Rocha Soares por el delito de cohecho en contra del señor Gabriel Ignacio García Morales, reconocen y aceptan las actuaciones realizadas para asegurar la selección de su oferta en Colombia, entre otras, el acercamiento a partir de mayo de 2009 a los empresarios y miembros del gobierno nacional, entre ellos el entonces Viceministro de Transporte Gabriel Ignacio García Morales, y al doctor José Elías Melo, entonces presidente de Corficolombiana, uno de los mayores operadores de carreteras en Colombia e integrante de un importante conglomerado de bancos del país.

---

<sup>55</sup> Rama Judicial del Poder Público Juzgado séptimo Penal Especializado de Bogotá (31 de julio del 2017) 11001-60-00000-2017-00507 (374-7), [Procesado: Enrique José Ghisays Manzur].



ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

También contactó al señor Carlos Solarte, para la época Presidente de CSS Constructores, una de las mayores empresas de construcción en Colombia. Estos hechos se sustentan adicionalmente en una decisión de primera instancia que produce el Juzgado 14 Penal del Circuito de Conocimiento del 29 de abril de 2019.

Con ocasión de estos acercamientos, se materializa la estrategia de sobornar al más alto servidor público con injerencia directa en el proceso contractual en mención, a cambio de obtener su asesoría para presentar una oferta formalmente perfecta, además de su influencia en la descalificación de las demás propuestas por cualquier vicio formal, así como, la posterior recuperación de la coima otorgada, dividiendo los costos a lo largo del proyecto<sup>56</sup>, maniobras que son concertadas entre otros, por Luiz Antonio Mameri como Presidente de Odebrecht para Latinoamérica y Angola, Luiz Bueno Junior en la condición de Presidente de la Constructora Odebrecht y el doctor José Elías Melo Acosta<sup>57</sup> con la calidad de presidente de Corficolombiana, sociedad que a su vez tenía el control societario de EPISOL.

Este proceder mancomunado de los futuros miembros de la parte ofertante, se acompasa con el **Memorando de acuerdo y entendimiento de fecha 10 de julio de 2009**<sup>58</sup> suscrito entre la Constructora Norberto Odebrecht<sup>59</sup> –Luiz Bueno Junior- y Corficolombiana<sup>60</sup> –Gustavo Ramírez Galindo-, puesto que estas empresas acuerdan unir sus esfuerzos para participar en el proyecto vial ruta del sol, asumiendo conjuntamente y entre otras obligaciones la de aportar toda su experiencia en la evaluación del proyecto, el proceso de licitación y en la preparación de la propuesta a presentar en la licitación, asumiendo todos los costos y gastos de esta actividad según el porcentaje de participación, inclusive los que se hayan generado antes de la firma del memorando, suministrar y compartir toda la documental que fuera necesaria para la preparación

---

<sup>56</sup> Fiscalía General de la Nación, Dirección Especializada Contra la Corrupción (11 enero de 2017) 110016000000201702171, [Denuncias] p 13.

<sup>57</sup> Rama Judicial del Poder Público, Juzgado Catorce Penal del Circuito de Conocimiento. (29 de abril de 2019) sentencia 11001-60-00101-2017-00156 [Procesado: José Elías Melo Acosta].

<sup>58</sup> Anexos presentados en la declaración rendida por Liliana Carolina Sarmiento Vargas en calidad de testigo ante Tribunal de Arbitramento Ruta de Sol 2.

<sup>59</sup> Memorando de entendimiento entre Constructora Norberto Odebrecht S.A. y Corporación Financiera Colombiana S.A, ítem iv) *“Odebrecht es una empresa con amplia trayectoria a nivel internacional y con presencia en Colombia por más de 16 años, habiendo realizado proyectos de infraestructura civil vinculados a las áreas de transporte, energía, tratamientos de agua y portuaria, entre otros.”* p. 2.

<sup>60</sup> *Ibíd*em, ítem v) *“Corficolombiana es una empresa con reconocida experiencia y trayectoria en el sector financiero, en la estructuración financiera de proyectos y, a través de sus vinculadas, en las operaciones de concesiones de infraestructura en Colombia”.*



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

y presentación de la oferta, creando un comité ejecutivo conformado por un representante y un suplente de cada una de las partes, quienes darían los lineamientos al coordinador general, cuyas decisiones siempre deberían ser tomadas por unanimidad en lo atinente a la presentación de la propuesta y el valor de la misma, inclusión de terceros a la asociación y presupuesto de gastos.

En la declaración que rindió Gustavo Ramírez Galindo en este proceso arbitral, quien firmó el acuerdo antes referido como representante de Corficolombiana, éste relata su participación con el grupo interdisciplinario conformado para realizar la oferta económica con el fin de obtener la adjudicación del contrato de concesión, puntualiza que las personas que definieron el valor o monto final de la oferta financiera presentada en la audiencia de adjudicación fueron el presidente de Odebrecht, Luiz Bueno Junior y el de Corficolombiana, José Elías Melo, cabezas máximas de los dos socios. Ellos de manera autónoma determinaron dicho valor. Es decir, era la instancia decisoria.

En el oficio de 7 de mayo de 2018 se ratifica lo anterior, por parte de la representante legal de la Constructora Norberto Odebrecht, doctora Liliana Carolina Sarmiento Vargas, quien relaciona los nombres y roles de las personas que intervinieron en la elaboración de la oferta económica y en la estructuración financiera durante la licitación pública para el proyecto vial Ruta del Sol sector 2; precisa que la mayoría del equipo responsable de la propuesta en los asuntos relativos a la estructuración financiera y la operación y el mantenimiento pertenecía a Corficolombiana y que en cuanto a terceros la sociedad First Capital fue contratada para acompañar tal estructuración. Informe que coincide con el memorial que sobre el mismo punto radicó la doctora Vanesa Garay Guzmán, gerente general de Episol S.A.S., el día 05 de febrero de 2018, así como en las declaraciones recibidas de las voceras de las Sociedades antes mencionadas.

La ratificación de la ocurrencia de estos hechos se verifica con la sentencia proferida por la justicia penal<sup>61</sup> contra el señor Gabriel Ignacio García Morales, como autor responsable de los delitos de interés indebido en la celebración de contratos en concurso heterogéneo con cohecho impropio.

---

<sup>61</sup> Rama Judicial Consejo Superior de la Judicatura, Juzgado treinta y uno Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento (12 de diciembre de 2017) CUI: 11001-60-00000-2017-00077, [Imputado: Gabriel Ignacio García Morales].



ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

Así, en ella se relata que:

*“La componenda consistió en que GABRIEL IGNACIO GARCÍA 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 GARCÍA 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 GARCÍA 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 indico el imputado, se realizó una serie de pagos, entre los que se lograron identificar uno por dos millones quinientos mil (USD 2.500.000) dólares y otro por ciento treinta mil (USD 130.000) dólares, así mismo se verificó la entrega de un título accionario al portador acciones Pacific Infrastructure INC por dos millones de dólares”. (Negrilla fuera de texto)*

Esta providencia al dosificar e individualizar la pena, determina en punto a la intensidad del dolo la forma premeditada como se ejecutó el delito, el direccionamiento consciente de toda la propuesta con el fin de hacerla perfecta, para no levantar sospecha alguna respecto de la componenda y por ello aumentó la penalidad.

Con base en los mismos hechos y desde la óptica de la responsabilidad disciplinaria, la Procuraduría General de la Nación sancionó con destitución e inhabilidad general para el ejercicio de la función pública por el término de 14 años a Gabriel Ignacio García Morales.

Respecto del doctor José Elías Melo Acosta como se indicó, mediante sentencia de fecha 29 de abril de 2019, aclarada el mismo día, fue condenado penalmente como coautor interviniente del delito de interés indebido en la celebración de contratos en concurso heterogéneo como coautor de la ilicitud de cohecho por dar u ofrecer, en circunstancias de mayor punibilidad. Sentencia hoy apelada por su apoderado.

En las consideraciones de esta providencia contra Melo Acosta se analiza y valora la prueba



ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

testimonial y documental, que con certeza determina el conocimiento de la finalidad corrupta y la anuencia del acusado en las actividades ilícitas con anterioridad a la adjudicación del contrato y con posterioridad a su desarrollo, entre otras, lo concerniente al pago de la coima ofrecida para obtener la adjudicación del contrato N° 001 de 2010, la asunción y autorización del reembolso de 2.8 millones de dólares como su cuota parte del soborno, es decir se trataba del ajuste de cuentas entre Corficolombiana y Odebrecht, acudiendo para ello a un contrato ficticio suscrito con **DCS Management**<sup>62</sup>, el cual fue objeto de cesión a CONSOL, lo que generó la emisión de facturas apócrifas, la realización de 3 giros aprobados por Jose Elías Melo Acosta, ejecutados a través del encargo fiduciario 904068-fiduciaria Corficolombiana hacia cuenta corriente del Banco de Bogotá 115-02349-1, a pesar de no hallarse soporte alguno del supuesto asesoramiento objeto del referido contrato y que previamente a emitirse la orden de pago, tal situación le fue advertida al procesado<sup>63</sup>, éste en lugar de intervenir para establecer la existencia o no de irregularidades, a efecto de tomar la decisión correcta frente a esta cancelación, de manera directa y cohonestando la compra de la moralidad administrativa, avala estos pagos.

El fallo condenatorio en primera instancia evidencia la prevalencia del interés particular de quienes intervienen en los actos de corrupción sobre el general de la comunidad, con mucha antelación a la adjudicación del contrato, puesto que desde<sup>64</sup> la estructuración del proyecto Ruta de Sol 2, al celebrarse el contrato de apoyo técnico suscrito entre el INCO y la Corporación Financiera Internacional (IFC), se aprovechó el vínculo de esposos que existía entre María Victoria Guarín Vanegas (*senior investment officer* del IFC – Institución que por intermedio de algunos de sus funcionarios también hizo parte del comité asesor durante el trámite previo a la adjudicación-), y Diego Fernando Solano (Alto funcionario del Grupo Aval) para hacer contactos privados que beneficiaron a los futuros socios de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., en particular para el diseño de los pliegos de condiciones, ignorando la posible configuración de un conflicto de

---

<sup>62</sup> Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio (13 de septiembre de 2018) Resolución 67837 17-14777, “por medio de la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos” p. 54.

<sup>63</sup> Rama Judicial del Poder Público, Juzgado Catorce Penal del Circuito de Conocimiento. (29 de abril de 2019) sentencia 11001-60-00101-2017-00156 [Procesado: José Elías Melo Acosta] p. 75-...

<sup>64</sup> *Ibidem* p. 61 (Fecha: Finales del año 2007 e iniciación del 2008)



ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

intereses<sup>65</sup>

Igualmente revela la sentencia contra el Presidente de Corficolombiana y el pliego de cargos de la Superintendencia de Industria y Comercio<sup>66</sup> antes mencionados, que en la etapa pre contractual y a solicitud de Gabriel García Morales, Corficolombiana supuestamente intermedió y pagó concepto elaborado por el doctor Hugo Palacios Mejía (q.e.p.d.)<sup>67</sup>, que analizaba temas de trascendencia en la medida que posibilitaban la inclusión o exclusión de los otros dos participantes del proceso licitatorio.

Ahora, de acuerdo con la sentencia de 20 de septiembre de 2018, emitida por H Consejo de Estado, que declara la pérdida de investidura<sup>68</sup> a Bernardo Miguel Elías Vidal y Plinio Olano Becerra por incurrir en la causal tráfico de influencias debidamente comprobado, las declaraciones de Federico Gaviria<sup>69</sup> y la providencia que resuelve la situación jurídica del senador Plinio Edilberto Olano Becerra de 22 de febrero de 2018, es claro que directivas de la multinacional también accedieron de manera indebida al Congreso de la República de Colombia para garantizar la adjudicación del proyecto Ruta del Sol sector 2 y estructurar un negocio ilícito con beneficios indebidos.

La participación de Plinio Olano Becerra en su condición de Senador, integrante de la Comisión Sexta de Infraestructura y Telecomunicaciones en el Congreso de la República desde el año 2009, se hace consistir en el compromiso que adquirió para materializar por cualquier medio las gestiones necesarias que respondieran efectivamente a la obtención de la adjudicación de la obra Ruta del Sol Sector 2 a la Promesa de Sociedad Futura, aprovechándose de su poder e influencia ante las distintas autoridades, lo que incluyó el control político al entonces Viceministro de Transporte y director encargado del INCO, Gabriel Ignacio García Morales; según dicho de Luiz

---

<sup>65</sup> Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio (13 de septiembre de 2018) Resolución 67837 17-14777, “por medio de la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos” pp. 91 y 93.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 41

<sup>67</sup> Rama Judicial del Poder Público, Juzgado Catorce Penal del Circuito de Conocimiento. (29 de abril de 2019) sentencia 11001-60-00101-2017-00156 [Procesado: José Elías Melo Acosta] p. 54.

<sup>68</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala diecisiete Especial, Decisión de pérdida de investidura de Bernardo Miguel Elías y Plinio Olano Becerra (20 de septiembre de 2018) 11001-03-15-000-2018-00316-00, [MP: Jaime Enrique Rodríguez Navas]

<sup>69</sup> Declaración Jurada ante la Fiscalía General de la Nación (27 de octubre de 2017) 110016000101201600130 [por Federico Gaviria Velásquez] p. 3



ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

Bueno<sup>70</sup>, Olano Becerra hacia parte de su equipo, el medio de presión del control político obedecía al rumor de la posible adjudicación de este proyecto a otro proponente, el Grupo Nule representado por Miguel Eduardo Nule Velilla -amigo de infancia de García Morales-<sup>71</sup>. La remuneración a título de reciprocidad por la gestión prestada por el entonces senador para salir triunfante con la adjudicación de Ruta del Sol 2 se detallará en el acápite de la ejecución, como quiera que obedeció a un sobre costo en el desarrollo del contrato N° 001 de 2010.

Igualmente, con la condena impuesta a Enrique José Ghisays Manzur<sup>72</sup> como autor responsable del delito de lavado de activos en concurso heterogéneo con el delito de enriquecimiento ilícito de particulares, se comprueba la reproducción en Colombia del mecanismo de corrupción y pagos para este negocio jurídico en la adjudicación, concretamente lo relativo al destino del giro de los dineros de la coima, se tiene lo siguiente:

- i) Se acordó que los pagos se realizarían al señor García Morales del INCO a través de terceros y ante la necesidad de una persona de condiciones económicas óptimas, financieras y especiales; el servidor público ubicó a los hermanos Enrique José y Eduardo Assad Ghisays Manzur a quienes conocía de vieja data, como compañeros de estudio, luego en el mundo empresarial y con quienes tuvo negocios, personas que aceptaron participar en los movimientos financieros que se requerían para la transacción de los dineros fruto del soborno.
- ii) Los giros eran solicitados por Luiz Antonio Bueno Junior, autorizados por Luiz Antonio Mameri y ejecutados por Luiz Eduardo Da Rocha Soares.
- iii) Acorde con esta dinámica y con instrucciones de Luiz Antonio Bueno Junior y Gabriel Ignacio García Morales, el señor Enrique José Ghisays Manzur se desplaza a Miami y se reúnen en la oficina de la firma de abogados Akerman Center Senterfett ubicada en One South East 3 Avenue piso 27, los hermanos Ghisays, Tushio y un representante de la Bancada Privada de

---

<sup>70</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (22 de febrero de 2018) 49951, aprobado Acta N°62, [MP: Patricia Salazar Cuellar, resuelve situación jurídica del senador Plinio Edilberto Olano]

<sup>71</sup> Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Penal - Sincelejo (19 de mayo de 2017) [testimonio del señor Miguel Eduardo Nule Velilla]

<sup>72</sup> Rama Judicial del Poder Público Juzgado séptimo Penal Especializado de Bogotá (31 de julio del 2017) 11001-60-00000-2017-00507 (374-7), [Procesado: Enrique José Ghisays Manzur].



ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

D'Andorra. El encuentro personal entre Enrique José Ghysais Mazur y Luis Eduardo Da Rocha Soares alias "Tushio" se acredita con las propias declaraciones de ellos.

- iv) Se crea la sociedad anónima Lurion Trading INC en Miami, constituyéndose en Panamá mediante escritura pública N° 15.062 de la Notaría Primera del Circuito de Panamá, con fecha 20 de enero de 2010.
- v) Con la empresa Lurion Trading INC se abre la cuenta número AD64 0006 0008 2112 0042 1638 en la banca privada de D'Andorra BPA, cuyos titulares son los hermanos Ghisays y según certificaciones de esta Banca en dicha cuenta se registran 6 transacciones, así:

Fecha	Concepto	Monto USD
02/03/2010	Primer abono	2.000.000
08/03/2010	Segundo abono	500.000
27/04/2010	Tercer abono	2.500.000
07/07/2010	Cuarto abono	685.700
16/07/2010	Quinto abono	384.250
03/09/2010	Sexto abono	130.000
	<b>Total</b>	<b>6.500.000</b>

- vi) Con la entrevista efectuada por el procesado el 19 de enero de 2017, se acredita que el señor GARCÍA MORALES ordenó transferir el dinero al Banco Wells Fargo, para obtener mayores rendimientos y con este propósito la cuenta antes identificada reporta los siguientes egresos:

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



ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

22/12/2011	Cuarto retiro	130.000
	<b>Total</b>	<b>6.480.000</b>

vii) Con los dineros consignados al Banco Wells Fargo se realizan transferencias, algunas ordenadas por Gabriel García Morales y cumplidas por Enrique José Ghisays Manzur, así:

1. *“Transferencia a la empresa Equilibria por un monto de 130.000 dólares, por orden de Gabriel García.*
2. *Transferencia a una cuenta Panamá del señor Rafael Pérez, socio Grupo Aria constructora del edificio Claro de Luna en Cartagena en donde vive el ex viceministro, por un monto de 145.000 dólares.*
3. *Transferencia a empresa Colon, por un monto de 105.000 dólares.*
4. *Transferencia al COASTAL barcazas del señor Allen Wernire por un monto de 375.000 dólares y posteriormente otra transferencia de 160.000 USD.*
5. *Transferencia a Pacific Infraestructure por dos millones de dólares para la compra de acciones en el proyecto de Puerto Bahía en Santa Marta.*
6. *Transferencia de un millón de dólares, a inversionistas en bolsa de valores.*
7. *Transferencia de un millón de dólares, para la creación de la empresa denominada Oil & Gas Logistic, en la cual los socios eran los hermanos Ghysais Manzur.*
8. *Transferencia a Bancolombia a la cuenta de Eduardo y Enrique Ghisays Manzur por un monto de 750.000 dólares, por su gestión.*
9. *Transferencia a Agente Marítimo de hermanos Ghysais Manzur por 200.000 dólares por perdida de tablets.*
10. *Transferencia concepto anualidades de cuenta Lurion Trading Inc. por 20.000 USD.*
11. *Transferencias a cuentas de banca privada D’Andorra invertidas por 5.000 mil dólares.”*<sup>73</sup>

Ante la demostración con certeza del ingreso del dinero a las cuentas de la empresa Lurion

<sup>73</sup> Rama Judicial del Poder Público Juzgado séptimo Penal Especializado de Bogotá, 31 de julio del 2017, Radicado: 11001-60-00000-2017-00507 (374-7), Procesado: Enrique José Ghisays Manzur, p. 19.



ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

Trading Inc, el pago del soborno a fin de asignar a Odebrecht la licitación del contrato de Ruta del Sol sector 2, cuyo destinatario del dinero era Gabriel García Morales, el dolo de la conducta dada la forma de ocultamiento del dinero mediante maniobras engañosas ante la banca y por ende la certidumbre de conocer la naturaleza ilícita de su conducta, se condenó a Enrique José Ghysais Manzur por el delito de lavado de activos en concurso heterogéneo con el delito de enriquecimiento ilícito de particulares.

Además de lo anterior, en este proceso arbitral se aportó por la Procuraduría General de la Nación los mensajes cruzados entre "TUSHIO" desde la dirección de correo electrónico [tushio@drousys.com](mailto:tushio@drousys.com), y "ENRIQUE GHISAYS" desde la dirección [enrique.ghisays@encla.com](mailto:enrique.ghisays@encla.com) entre los días 23 de enero de 2010 a las 15:59:14 ("Sat, 23 Jan 2010 15:59:14 -0200") y 26 de enero de 2010 a las 3:59:34 ("Tuesday, January 26, 2010 at 3:59:34 PM Colombia Standard Time"), una vez celebrado el contrato de concesión el 14 de enero de 2010 y constituida la sociedad Lurion Trading INC en Panamá el 20 de enero de 2010, mensajes con los cuales se corrobora que efectivamente "TUSHIO" fue quien lo contactó el día 23 de enero de 2010 por primera vez. Este mensaje que le envió ese día a las 15:59:14, indica:

*"Estimado Enrique,  
Como primero contacto, te saludo.  
Tenemos mucho que hablar por las transacciones futuras que tendremos próximamente.  
Me gustaría saber inicialmente en que pises que haces su movimiento y se posible comente con  
cuales instituciones.  
Puede ser que estamos en El mismo sitio  
Aguardo tu contacto  
Tushio"*

Con la copia de la escritura N° 1.562 de la Notaría Primera del Circuito de Panamá, de fecha 20 de enero de 2010<sup>74</sup>, militante en este plenario, se acredita que en la constitución de la sociedad anónima Lurion Trading Inc, no aparecen los hermanos Enrique José y Eduardo Assad Ghisays

---

<sup>74</sup> Documento 5.4 de la carpeta otras pruebas documentales de la primera entrega de pruebas al Tribunal de Arbitramento por parte de la Procuraduría General de la Nación



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

Manzur como testigos, socios, agentes residentes, dignatarios ni representantes legales, lo que permite otorgarle credibilidad a Enrique José Ghisays Manzur cuando declaró<sup>75</sup> bajo juramento en la actuación disciplinaria radicada con IUS 2010-376100 IUC-D-2014-788-650936, respecto de su primer contacto con alias *TUSHIO* conforme al mensaje antes transcrito, los encuentros posteriores para escoger una de varias sociedades ya constituidas para abrir cuenta en la Banca Privada De Andorra a la cual le transferirían el dinero que le iban a entregar a Gabriel Ignacio García Morales. Es importante tener en cuenta que la referida Escritura Pública fue otorgada en la ciudad de Panamá, apenas 6 días después de la firma del contrato de concesión 001 de 14 de enero de 2010 para la construcción de la Ruta del Sol Sector 2.

La organización de la estructura de pagos indebidos a través de constitución de empresas por parte de Odebrecht y de manera premeditada se corrobora con la copia de la escritura N° 3.060 de febrero 4 de 2010, otorgada en la Notaría Primera Del Circuito De Panamá, mediante la cual *“... se protocoliza el acta de una reunión de la junta directiva de la sociedad denominada LURION TRADING INC. Celebrada en la ciudad de Panamá el día 4 de febrero de 2010”, que dispuso “... otorgar un Poder General individual amplísimo y sin limitaciones en favor de los ciudadanos colombianos Enrique José Ghisays Manzur y Eduardo Assad Ghisays Manzur, para que individualmente lo ejerzan con las facultades que a continuación se detallan:”*.<sup>76</sup>

Con sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, Sala de Extinción del Derecho de Dominio, de 6 de marzo de 2018, MP: Pedro Oriol Avella Franco, radicación: 11001600000201700507, se modificó la pena impuesta en primera instancia, al considerar que no se compadecía con la gravedad, modalidad y daño causado al bien jurídicamente tutelado, en consecuencia condena al señor Enrique José Ghisays Manzur a la pena principal de 131.6 meses de prisión y multa de 35.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Respecto de la concreción del mecanismo realizado por Odebrecht para permear la sociedad colombiana con sus actos de corrupción, resulta importante resaltar las declaraciones rendidas

---

<sup>75</sup> Diligencia que fue entregada por la Procuraduría General de la Nación al proceso Arbitral.

<sup>76</sup> Documento 5.5 de la carpeta “otras pruebas documentales” de la primera entrega de pruebas al Tribunal de Arbitramento por parte de la Procuraduría General de la Nación.



## **ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

ante la Corte Suprema de Justicia y la Fiscalía General de la Nación por Federico Gaviria Velásquez, quien estuvo vinculado con esta empresa entre 2008 y 2016, al señalar que Odebrecht tenía la práctica de asociarse en cada país con los mejores grupos financieros, económicos, empresariales o inversionistas como lo era en Colombia el grupo AVAL a través de la filial Episol, que es una subsidiaria de Corficolombiana, vehículo para la inversión que realiza Odebrecht en Colombia y así mismo ocurrió con la Constructora del Grupo Solarte, en concreto la empresa liderada por Carlos Solarte.

Si bien el señor Federico Gaviria Velásquez manifiesta que no conoció la propuesta que se presentó para la adjudicación del contrato 01 de 2010, puntualiza que la costumbre que tenía Odebrecht era que un día antes de la radicación de la oferta, un grupo del alto nivel la finiquitaba y entregaba a la entidad pública encargada de la licitación.

El actuar corrupto que a nivel internacional y nacional desarrolló la empresa Odebrecht S.A., con sus empresas y con sus aliados del sector público y privado, se replicó en Colombia para la adjudicación del negocio jurídico y la celebración del contrato objeto de este arbitramento, viciándolo de nulidad absoluta por la causales que se han venido analizando de objeto y causa ilícitas, desviación de poder y celebración de contrato contra expresa prohibición legal. La demostración probatoria de estos vicios de nulidad no han cesado aún siguen destapándose nuevas pruebas y escándalos cada vez mayores en la ejecución de este proyecto, con la complicidad y determinación de los gestores contractuales. En concreto se analizan en dos escenarios relativos a los vicios de nulidad que se configuraron ya con el contrato:

### **2.4 CORRUPCIÓN DURANTE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO N° 001 DE 14 DE ENERO 2010 Y SUS OTROSÍES N°3 Y N°6**

La continuidad de la práctica de actos de corrupción que se evidenció en los móviles, fines y causas que indujeron la adjudicación indebida del proyecto vial Ruta del Sol sector 2 a la ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIO RUTA DE SOL S.A.S., representada legalmente por Luiz Antonio Bueno Junior. La actuación viciada también resulta probada durante la ejecución del contrato N° 001 de 2010, ante el interés de la



## ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., de mantener las ventajas alcanzadas por la adjudicación y suscripción de este negocio jurídico sin lugar a dudas de Odebrecht, de recuperar los recursos de los sobornos ya finiquitados o pendientes de cumplir y, de asegurar mayores beneficios en su condición de Contratista. Esta actuación ilícita promovió la violación del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 que en su numeral 8º le exige a las autoridades que no actúen con desviación o abuso de poder y que ejerzan sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Con lo cual se configura la causal de nulidad absoluta de celebrar contratos contra expresa prohibición legal.

Este proceder indebido de las firmas que integraban tanto a la Estructura Plural Promesa de Sociedad Futura Concesionario Ruta de Sol S.A.S., como del accionista mayoritario de la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., aparece demostrado en el desarrollo del objeto en la etapa contractual ello en forma ilícita con los múltiples sobrecostos o contratos ficticios desarrollados; la obtención del contrato de estabilidad jurídica celebrado el 31 de diciembre del 2012 y, las adiciones al objeto del contrato contenidas en el otrosí N°3 del 15 de julio de 2013 y del otrosí N° 6 de 14 de marzo de 2014.

### 2.4.1 Sobrecostos, contratos ficticios y contrato de transacción

Respecto de los sobrecostos o contratos ficticios desarrollados, se estableció la existencia de contratos que carecían del soporte que demostrara el cumplimiento real del objeto supuestamente pactado, lo que se traducía en la desviación de los recursos de la ejecución del negocio jurídico N° 001 de 2010, en particular los que beneficiaron a Consultores Unidos Colombia y Panamá<sup>77</sup>, Consultores Unidos S.A.<sup>78</sup>, Consorcio Bracol<sup>79</sup>, Diseños Eléctricos S.A., (Gdel S.A), DCS

---

<sup>77</sup> Rama Judicial Consejo Superior de la Judicatura, Juzgado treinta y uno Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento (12 de diciembre de 2017) CUI: 11001-60-00000-2017-00077, [Imputado: Gabriel Ignacio García Morales] - Rama Judicial del Poder Público Juzgado séptimo Penal Especializado de Bogotá (31 de julio del 2017) 11001-60-00000-2017-00507 (374-7), [Procesado: Enrique José Ghisays Manzur] - Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio (13 de septiembre de 2018) Resolución 67837 17-14777, "por medio de la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

<sup>78</sup> *Ibídem.*

<sup>79</sup> *Ibídem.*



ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

Management<sup>80</sup> (Diseño, Construcción y Servicios), Profesionales de Bolsa<sup>81</sup>, Gestora de proyectos de infraestructura, Consorcio SION<sup>82</sup> (era un consorcio conformado por las firmas “3D ingenieros y arquitectos”, Constructora Filipino, Disconfuturo Ltda, Dinscons Baybeach y, Luís Jose Dumar Perdomo como persona natural)<sup>83</sup>, Equipos y Transportes de la Sabana, ALTEC<sup>84</sup>, así como el contrato EPC-SC-150/2012<sup>85</sup> suscrito entre Consol como Epecista y el Consorcio San Alberto.

A través de las negociaciones efectuadas con las empresas mencionadas en el párrafo precedente, se cumplía el propósito de reembolsar o cumplir con los compromisos adquiridos de los sobornos que se ofrecieron a los distintos funcionarios o ex funcionarios y lobbystas que participaron en la política de corrupción que se venía materializando desde antes de la adjudicación, en la celebración y ejecución del contrato, entre otros a Gabriel Ignacio García Morales, Bernardo Miguel Elías Vidal, Plinio Edilberto Olano Becerra, Otto Nicolás Bula Bula, Federico Gaviria Velásquez, Eduardo José Zambrano Caicedo y Miguel Esteban Peñaloza Barrientos, estrategia que incluía **la autorización de pagos** con el liderazgo de Odebrecht en la dinámica de los negocios de la Concesionaria Ruta del Sol y de Consol. Son evidencias adicionales del objeto y causa ilícitos.

La existencia de pagos sospechosos por la sociedad Concesionaria y Consol fue soslayada a través de un **Contrato de Transacción**<sup>86</sup> celebrado el 11 de marzo de 2016, entre las sociedades ODEBRECHT y EPISOL en cuyas consideraciones se indica que tales empresas entre septiembre y noviembre de 2015 se reunieron "*para analizar y discutir la pertinencia de varios desembolsos que*

---

<sup>80</sup> Ibídem - Rama Judicial del Poder Público, Juzgado Catorce Penal del Circuito de Conocimiento. (29 de abril de 2019) sentencia 11001-60-00101-2017-00156 [Procesado: José Elías Melo Acosta] p. 77.

<sup>81</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala diecisiete Especial, Decisión de pérdida de investidura de Bernardo Miguel Elías y Plinio Olano Becerra (20 de septiembre de 2018) 11001-03-15-000-2018-00316-00, [MP: Jaime Enrique Rodríguez Navas] - Sentencia pérdida de investidura p. 52- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sala de Juzgamiento (28 de febrero de 2018) 51833, Acta N°66, [MP: José Luis Barceló Camacho]

<sup>82</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala diecisiete Especial, Decisión de pérdida de investidura de Bernardo Miguel Elías y Plinio Olano Becerra (20 de septiembre de 2018) 11001-03-15-000-2018-00316-00, [MP: Jaime Enrique Rodríguez Navas] - Sentencia pérdida de investidura p. 14 - 15

<sup>83</sup> Ibídem p. 34 y 49

<sup>84</sup> Ibídem p. 50

<sup>85</sup> Celebrado para cumplir el pago que estaba pendiente al senador Plinio Olano Becerra por su gestión realizada en el año 2009 para que se adjudicara el contrato 001 de 2010, no obstante que éste ya se encontraba en marcha. Así, Federico Gaviria Velásquez atendiendo el pedimento que le hizo Luiz Bueno Junior en su condición de asesor sugiere que se subcontrate la ejecución de 10 kilómetros de carretera con sobreprecio para pagar la coima por \$500 millones. Adicionalmente y como parte de este compromiso en el año 2012 se entregó al congresista Plinio Olano para su defensa ante la Corte Suprema de Justicia la suma de 100 millones de pesos con destino al abogado Luis Enrique Rojas Osuna por concepto de honorarios, según aparece en la providencia que resuelve la situación jurídica del ex Senador.

<sup>86</sup> Entrega de pruebas Procuraduría General de la Nación al Tribunal de Arbitramento el día 21 de enero de 2019



## ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

*fueron realizados por la Concesionaria y el Consorcio Constructor a favor de terceros contratistas y proveedores del Proyecto, en la medida en que a juicio de Episol y Corficolombiana los mismos resultaban innecesarios para el desarrollo y la correcta ejecución del Proyecto.*”, obligándose además a preservar la confidencialidad de la totalidad del contrato y de los efectos que este produciría. En dicho documento se crea una Gerencia de Conformidad y un Comité de Gerencia de Conformidades, como instancias para ejercer control previo de los pagos, el cual fue inoperante, según la investigación adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio y lo corrobora el dictamen pericial decretado de oficio en este proceso arbitral.<sup>87</sup>

Este documento es una prueba fundamental de que EPISOL y CORFICOLOMBIANA conocieron y sabían de los manejos llamados eufemísticamente “innecesarios”, para el desarrollo y correcta ejecución del proyecto. Adicionalmente prueba que los representantes de estas sociedades omitieron deberes esenciales de diligencia, como por ejemplo denunciar a Odebrecht en el ámbito penal.

El auditor de tales sociedades y del grupo, puso en conocimiento irregularidades y precisamente con preocupación esperaba respuestas contundentes ante tales hechos, me refiero al doctor Jorge Enrique Pizano Callejas (Q.E.P.D.).

### 2.4.2 Contrato de estabilidad Jurídica y sus sobornos

Durante el desarrollo del Contrato No 001 de 2010, se obtuvo el contrato de estabilidad jurídica suscrito el día 31 de diciembre de 2012, entre la Nación – Ministerio de Transporte y la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., que como antecedente tiene el soborno que pactó Yezid Augusto Arocha Alarcón -abogado de Odebrecht- por cuatro mil millones de pesos o tres millones de dólares<sup>88</sup>, a cambio de no desmejorar las condiciones tributarias que en ese momento se encontraban vigentes para la Concesionaria, dádiva corrupta que se originó por la gestión de

---

<sup>87</sup> Acta No 91 del Tribunal Arbitral Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. Vs Agencia Nacional de Infraestructura –ANI. (18 febrero de 2019) p 4.

<sup>88</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala diecisiete Especial, Decisión de pérdida de investidura de Bernardo Miguel Elías y Plinio Olano Becerra (20 de septiembre de 2018) 11001-03-15-000-2018-00316-00, [MP: Jaime Enrique Rodríguez Navas] p 42 ...



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

Luiz Bueno Junior y Eleuberto Martorelli con Federico Gaviria Velásquez y el ex senador Otto Nicolás Bula Bula, con la participación del grupo “los Buldócer” liderado por Bernardo Miguel Elías Vidal, de Gabriel Alejandro Dumar Lora<sup>89</sup>, Juan Sebastian Correa Echeverry<sup>90</sup> y Jose Ignacio Burgos.

2.4.2.1 El entramado organizado para este objetivo, se aprovechó de la injerencia en la emisión del CONFIS y el CONPES, la agilización en tiempo record del trámite que se hallaba fallido inicialmente y la superación de los obstáculos existentes para la aprobación del contrato de estabilidad jurídica, acuerdo de voluntades que adicionalmente refleja las irregularidades que enseguida se expresan.

2.4.2.2 No versó sobre nuevas inversiones o la ampliación de las ya existentes porque la inversión que tenía que realizar el Concesionario se debía hacer en virtud del contrato N° 001 de 2010, que ya se había suscrito e iniciado casi un año antes de la solicitud de la suscripción del contrato de estabilidad jurídica, incumpliendo así el requisito previsto en el artículo 1 de la Ley 963 de 2005.

2.4.2.3 No se tuvo en cuenta que conforme al CONPES 3405, la suscripción de estos instrumentos “*tendrá como único objetivo el estímulo del crecimiento económico y del bienestar social nacional mediante la promoción de nuevas inversiones y la ampliación de las existentes*”, porque no se trataba de nuevas inversiones o ampliación de las existentes, por tanto su motivación fue la minimización de los riesgos asumidos en el contrato de concesión; riesgos que debían ser contraídos con independencia de que le fuera aprobado o no la suscripción de un contrato de estabilidad jurídica.

2.4.2.4 La Concesionaria obtuvo un beneficio sobre el valor total del contrato de concesión y no sobre lo que hubiera correspondido a la actividad de construcción, lo cual sería lo único que en gracia de discusión comprendería el concepto de inversión, de acuerdo a la Ley 963 de 2005.

2.4.2.5 El contrato de estabilidad jurídica se celebró a pesar del concepto negativo y previo que

---

<sup>89</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sala de Juzgamiento (28 de febrero de 2018) 51833, Acta N°66, [MP: José Luis Barceló Camacho] p 16 -17

<sup>90</sup> Rama Judicial del Poder Público Juzgado Cincuenta y Seis Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá D.C. (6 de diciembre de 2017) 11001-60-00000-2017-00995 (303477), [Procesado: Juan Sebastian Correa].



## ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

dio el INCO a dicha solicitud y que soportó la negativa inicial a la celebración del mismo, y excedió los conceptos de la ANI y del Ministerio de Transporte que lo avalaron únicamente en relación con la deducción por inversión en activos fijos productivos y *“siempre y cuando dicho impacto esté estrictamente calculado”* y aún incluso a pesar del desistimiento de la Concesionaria de la aplicación de la estabilidad a otras normas distintas al artículo 158-3 del Estatuto Tributario por el término de 3 años, quien manifestó expresamente no insistir en la estabilidad de las demás normas; no obstante, el comité mediante acta N° 19 del 28 de diciembre de 2012, fecha posterior a la radicación del mencionado oficio, decidió la aprobación del contrato de estabilidad jurídica de otras normas y por un término de hasta 13 años.

En síntesis, se concluye de este acápite que el contrato de estabilidad jurídica puede ser otro negocio que también tuvo vicios desde su formación y durante su ejecución con objeto y causa ilícitos, configurando además una desviación de poder que se promovió desde la Concesionaria.

### 2.4.3 Corrupción para los otrosí N° 3 de 15 de julio de 2013 y otrosí N° 6 de 14 de marzo de 2014

En la ejecución del negocio jurídico 001 de 2010, la Concesionaria satisfizo su propósito de continuar con el proyecto vial Ruta del Sol sector 2, evitando su terminación en diciembre de 2023 por la obtención del VPIT, calenda anterior al plazo estimado en el contrato N° 001 de 2010 que había estipulado como fecha de finalización el año 2030<sup>91</sup>; imponiéndose sobre las dificultades que lo impedían y por el contrario, alcanzó su objetivo de suscribir el otrosí N° 3 de 15 de julio de 2013 y el otrosí N° 6 de 14 de marzo de 2014, en virtud de los cuales **se adicionó** el objeto<sup>92</sup> del contrato de concesión y su valor en la suma de \$3.177.592.551 y \$676.806.954.098 M/L, incluido IVA a precios de mayo de 2013, respectivamente, con las ventajas que enseguida se exponen.

<sup>91</sup> Otrosí No 6 al contrato de concesión No 001 de 2010 – Agencia Nacional de Infraestructura, Numeral 18, p. 14, además lo corrobora el señor Federico Gaviria en la declaración aportada a este Tribunal.

<sup>92</sup> El objeto del otrosí N°3, adiciona al contrato de concesión para que: *“EL CONCESIONARIO elabore los Estudios y Diseños Fase III del Tramo Aguaclara - Gamarra - Puerto Acapulco 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 Acapulco 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”*

El objeto del otrosí N°6, incluye al contrato lo siguiente: *“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.”*



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

Las adiciones referidas corresponden al Tramo Aguaclara - Gamarra - Puerto Acapulco, cuyo objetivo se consiguió con la intermediación de Otto Nicolás Bula Bula, Bernardo Miguel Elías Vidal, Plinio Olano Becerra, Juan Sebastián Correa Echeverry, Miguel Peñaloza, Juan David Ortega, Gabriel Alejandro Dumar Lora, entre otros, tras el acuerdo entre Eleuberto Martorelli, Otto Nicolás Bula Bula y Federico Gaviria respecto al pago del 4%<sup>93</sup> del valor total del otrosí N°6, distribuidos así: 2% para Bernardo Miguel Elías Vidal y su grupo de senadores (los Buldócer); 1% para Otto Bula y Federico Gaviria y 1% restante para el grupo de políticos de Federico Gaviria, entre ellos el senador Plinio Olano Becerra, suma que se desembolsó después de quedar en firme la contratación en las condiciones pactadas.<sup>94</sup>

De esta manera, la influencia indebida de la Concesionaria permitió la agilización en el trámite, la inclusión de cláusulas específicas que se ajustaran a sus necesidades relacionadas con el incremento del 15% en las tarifas de los peajes, dos nuevas casetas de peaje, el cierre del modelo financiero con valores a diciembre de 2008, anticipar las vigencias futuras de los años 2024 y 2025 para los años 2016, 2017 y 2018, todo con corte 2023, y la prórroga del contrato que se fija para el año 2035, condiciones que se contemplarían en los documentos CONPES y CONFIS exigidos para el cierre financiero de la adición<sup>95</sup>.

Estas ventajas permeadas de nuevos vicios de nulidad de la causa en el objeto, por actuaciones contrarias a la moralidad, transparencia e imparcialidad, hacen parte del entramado de irregularidades que se observan en esta actividad contractual como lo refleja el otrosí N° 6 de 2014, al incluir dos veces el valor del mismo concepto porque en esta adición, se prevé la operación y mantenimiento de la troncal Ruta del Sol Sector II para los años 2024 al 2030, e igualmente en el contrato N° 001 de 2010 ya estaba pactada hasta el año 2030; el valor de la operación y mantenimiento en el otrosí N° 6 de 2014, es mayor en un 22,04% respecto del valor

---

<sup>93</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sala de Juzgamiento, 28 de febrero de 2018, Radicación N° 51833, Acta N°66, MP: José Luis Barceló Camacho, Pág. 14.

<sup>94</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala diecisiete Especial, Decisión de pérdida de investidura de Bernardo Miguel Elías y Plinio Olano Becerra (20 de septiembre de 2018) 11001-03-15-000-2018-00316-00, [MP: Jaime Enrique Rodríguez Navas] p. 52

<sup>95</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sala de Juzgamiento (28 de febrero de 2018) 51833, Acta N°66, [MP: José Luis Barceló Camacho].



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

establecido en el modelo financiero de estructuración del contrato matriz; el otrosí N° 6 agrega estipulación que no existía en el contrato primigenio, contenida en el parágrafo primero de la cláusula sexta de la adición en comento en concordancia con la séptima, en virtud de las cuales si el Concesionario no alcanzaba el VPIT conforme se fija en esta última cláusula, la ANI asumía la obligación de pagar la diferencia correspondiente, además al tenor del parágrafo primero de la cláusula novena, *“En caso de obtener el VPIT adicional en una fecha previa a diciembre de 2035, EL CONCESIONARIO tendrá derecho al 50% de los ingresos de recaudo del modelo financiero marginal a partir de esta fecha hasta el cumplimiento del plazo total fijo del contrato.... Si vencido diciembre de 2035, EL CONCESIONARIO no ha obtenido el VPIT adicional por razones no imputables EL CONCESIONARIO, LA AGENCIA reconocerá y pagará AL CONCESIONARIO el saldo no devengado del VPIT adicional”*

Son innumerables las pruebas y los ejemplares de este expediente de vicios de nulidad que demuestran un entramado de centenares de pagos indebidos con un propósito principal: desarrollar una operación para defraudar los recursos públicos del Estado colombiano. Para terminar de sustentar los vicios de nulidad tantas veces analizados y en el estándar probatorio referido, se seleccionaron algunas de las pruebas que resultan conducentes en ese sentido:

2.4.3.1 El contrato de asesoría y consultoría<sup>96</sup> suscrito entre la Constructora Norberto Odebrecht S.A., sucursal Colombia y Otto Nicolás Bula Bula, Tenía como objeto de asesorar las gestiones y trámites para la aprobación del proyecto, así como para promocionar la aprobación de la estructuración jurídica, técnica y financiera del proyecto de adición al contrato N° 001 de 2010 respecto del tramo Aguaclara – Gamarra – Puerto Acapulco y la vía de acceso a los demás pueblos rivereños incluidas las variantes de Aguachica y Ocaña, con una remuneración del 1% del valor total de la adición, que se pagaría dentro de los 15 días siguientes a la aprobación expresa y definitiva de los estudios y diseños fase 3 de la estructuración jurídica técnico y financiera por parte de la ANI y la suscripción de la adición.

---

<sup>96</sup> Contrato de asesoría y consultoría por *SUCCESS FEE* (honorarios por resultado o cuota de éxito) firmado por Yesid Augusto Arocha Alarcón y Amilton Hideaki Sendai como Constructora Norberto Odebrecht y Otto Nicolás Bula Bula (05 agosto de 2013) p. 3.



ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

2.4.3.2 La invitación formal y oficial a la Concesionaria del 13 de julio de 2012 por el Ministerio de Transporte y la ANI para la ampliación de este negocio jurídico en el tramo Ocaña – Gamarra, cuando el Alto Consejero para las Regiones de la Presidencia de la República Miguel Esteban Peñaloza fue nombrado Ministro de Transporte, persona muy cercana a Plinio Olano, adición que la Concesionaria aceptó al día siguiente, generándose un compromiso que se pagaría ilícitamente por conducto de Luis Fernando Mesa, de acuerdo a la declaración de Federico Gaviria Velásquez, quien prestó sus servicios para la estructuración financiera de la adición del otrosí 3.

2.4.3.3 La obtención del CONPES y el CONFIS necesarios para que se diera la adición a través de pactos con Bernardo Miguel Elías Vidal quien por su condición de congresista presionó y obtuvo de manera rápida tales documentos necesarios para que la adición se pudiera concretar en los términos planeados.

2.4.3.4 La condena impuesta por los delitos de cohecho propio y tráfico de influencias al entonces Senador Bernardo Miguel Elías Vidal<sup>97</sup>, alias el Ñoño, por gestiones relativas al contrato de estabilidad jurídica y al otrosí N° 6 del contrato N° 001 de 2010, en la que se determinó que prestó su concurso al conglomerado económico Odebrecht con el propósito de consolidar su actividad en el país, a través de su intervención directa ante diferentes entidades y funcionarios, aprovechando el ejercicio de su cargo en la Comisión Tercera del Senado encargada de estudiar y debatir el Proyecto de Presupuesto de Renta y Gastos de la Nación, que incluye los de obra e infraestructura, así como de la Subcomisión de Crédito que aprueba los empréstitos internacionales y lo relativo a la deuda y crédito público de la Nación.

2.4.3.5 La sentencia del Consejo de Estado que decreta la pérdida de investidura de los Congresistas Bernardo Miguel Elías Vidal y Plinio Olano Becerra **por el tráfico de influencias debidamente comprobado en las gestiones del contrato de estabilidad jurídica y del otrosí 6 al contrato de concesión 001 de 2010.**<sup>98</sup>

---

<sup>97</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sala de Juzgamiento (28 de febrero de 2018) 51833, Acta N°66, [MP: José Luis Barceló Camacho].

<sup>98</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala diecisiete Especial, Decisión de pérdida de investidura de Bernardo Miguel Elías y Plinio Olano Becerra (20 de septiembre de 2018) 11001-03-15-000-2018-00316-00, [MP: Jaime Enrique Rodríguez Navas].



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

2.4.3.6 Los desembolsos de los sobornos o coimas se realizaron mediante contratos anómalos, que en la página 49 y siguientes de la providencia de pérdida de investidura, se refieren así<sup>99</sup>:

2.4.3.7 Cuatro mil millones de pesos (\$4.000.000.000) por anticipo, que fueron entregados por Panamá.

2.4.3.8 Cinco mil millones (\$5.000.000.000) gestionados por Iván "el turco" y en unas compañías chinas, para el señor Otto Nicolás Bula Bula.

2.4.3.9 Diez mil millones de pesos (\$10.000.000.000), a través de contrato celebrado entre CONSOL y la empresa SION, de los que una parte recibió Bernardo Miguel Elías y otra parte Otto Nicolás Bula Bula.

2.4.3.10 Siete mil quinientos millones de pesos (\$7.500.000.000), que corresponde a un contrato suscrito en diciembre de 2014 entre la empresa CONSOL y SION en unión temporal con la empresa española TTU -Técnicas Territoriales y Urbanas.

2.4.3.11 Tres mil millones de pesos (\$3.000.000.000) a través de Consultores Unidos Colombia, pendientes de un pre diseño, transacciones que se coordinan con Mauricio Bula Jaraba, dueño de la empresa Equipos y Transportes de la Sabana.

2.4.3.12 Cinco mil millones de pesos (\$5.000.000.000) a través de Consultores Unidos Panamá y Amilton Sendai con una empresa llamada ALTEC, que pagó CONSOL.

2.4.3.13 Dos pagos por mil millones de pesos (\$1.000.000.000) cada uno a través de Marcio Marangoni y Libardo López (persona cercana a Otto Nicolás Bula Bula) al conseguir una cantera de propiedad del alcalde de Gamarra de esa época.

2.4.3.14 Cien millones de pesos (\$100.000.000) a través de Equipo y Transportes de la Sabana con Consultores Unidos de Colombia, pago que de manera directa realizó la Concesionaria Ruta del

---

<sup>99</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sala de Juzgamiento (28 de febrero de 2018) 51833, Acta N°66, [MP: José Luis Barceló Camacho] p. 14.y en las declaraciones rendidas ante la Procuraduría General de la Nación y ante la Fiscalía General de la Nación de Federico Gaviria y Otto Nicolás Bula Bula.



ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

Sol.

2.4.3.15 Mil doscientos millones (\$1.200.000.000) que tramitó Marcio Marangoni y Flor Herrera, quien cambiaba cheques en el Centro 93, de los cuales quinientos millones de pesos (\$500.000.000) se le pagaron a Federico Gaviria Velásquez.

2.4.3.16 Doscientos millones de pesos (\$200.000.000) a través de un contrato entre la Concesionaria Ruta del Sol y Otto Nicolás Bula Bula.

2.4.3.17 Ciento cincuenta mil euros (EU150.000) y cien mil dólares (US100.00), que Eleuberto Martorelli le pagó directamente y en efectivo a Otto Nicolás Bula Bula.

2.4.3.18 Ocho mil millones de pesos (\$8.000.000.000) de finca denominada Agropecuaria Samoa que hipotecó Otto Nicolás Bula Bula<sup>100</sup>, para el pago a los congresistas del grupo “*los Buldócer*”, y que se cubrió con pagos de CONSOL en Aguachica por una empresa llamada Pontones y Tierras.

2.4.3.19 Cinco mil millones de pesos (\$5.000.000.000) que corresponde al valor de contrato celebrado con Profesionales de Bolsa y de los cuales Federico Gaviria recibió dos mil quinientos millones de pesos (\$2.500.000.000).

2.4.3.20 De acuerdo con el fallo de pérdida de investidura del H Consejo de Estado, los recursos que se intermediaban con la firma Consultores Unidos Panamá y Colombia, comprendían un giro realizado por CORFICOLMBIANA a Panamá por dos mil setecientos millones de dólares de pesos (US 2.700.000.000), según declaración de Eduardo José Zambrano, gerente de Consultores Unidos Colombia y Panamá.

2.4.3.21 De acuerdo a la condena impuesta a Juan Sebastián Correa Echeverry por el Juzgado 56 Penal del Circuito con Función de Conocimiento en audiencia celebrada el día 6 de diciembre de 2017, por el delito de abuso de función pública, se acredita su participación como intermediario

---

<sup>100</sup> Declaración de Otto Nicolás Bula Bula (13 de febrero de 2017) rendida ante la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada contra la Corrupción.



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

de los delitos que se concretaron para que Odebrecht materializara la entrega de 4.6 millones de dólares entre los años 2013 y 2014 con el fin de obtener la adición con la vía Ocaña – Gamarra del contrato 01 de 2010 y viabilizar reclamaciones por sobre costos de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., a la ANI, dada su condición de Asesor, persona de confianza de Luis Fernando Andrade Moreno y de enlace entre la ANI y el Congreso de la República en particular con Bernardo Miguel Elías Vidal Moreno; el encartado era la persona que entregaba de manera indebida información privilegiada a Otto Nicolás Bula Bula e informaba decisiones de la ANI respecto de la adición del otrosí N° 6 y las reclamaciones de Odebrecht a la ANI por sobre costos.<sup>101</sup>

2.4.3.22 Asimismo, Gabriel Alejandro Dumar Lora<sup>102</sup>, corrobora el dicho de Otto Nicolás Bula al afirmar que el contrato celebrado en febrero de 2014 entre Consol y el Consorcio SION<sup>103</sup>, consorcio del cual fue su representante legal, fue ficticio porque la construcción del hito 29 San Alberto – Lizama, kilómetros 10 a 20 nunca se realizó. Manifiesta que el Consorcio SION fue subcontratista de Consol por invitación que le hizo Otto Nicolás Bula Bula, persona que es amigo de familia desde hace muchos años, negocio que es signado también por Ricardo Antonio Paredes y Guilherme Dicalvanati a quien conoce en Consol, luego en la ejecución le presentaron a Marcio Marangoni, el Director de la Obra del Epecista Consol y a Marcio Silva, empleado de la constructora.

Explica que una vez le eran girados los recursos por Corficolombiana, previa presentación de factura y acta de obra ficticia, él los retiraba en efectivo por indicación de Otto Nicolás Bula y se los entregaba al Senador Elías Vidal en distintos lugares, quien le expresó al declarante que los dineros eran producto de una gestión ante la ANI y diferentes entes estatales para la contratación del tramo Ocaña – Gamarra, además que el congresista sabía que los dineros provenían de Consol.

---

<sup>101</sup> Rama Judicial del Poder Público Juzgado Cincuenta y Seis Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá D.C. (6 de diciembre de 2017) 11001-60-00000-2017-00995 (303477), [Procesado: Juan Sebastian Correa].

<sup>102</sup> Fiscalía General de la Nación, declaración y versión rendida dentro del proceso 110016000101201600130 [contra Otto Nicolás Bula Bula],

<sup>103</sup> Relativo al primero de los contratos mencionados en el Fallo de febrero 28 de 2018 de la CSJ. Consorcio integrado por las firmas Tres D Ingenieros y Arquitectos, del cual era representante legal el testigo, Constructora Filipos, Representado por legal Miguel Lora, Diconfuturo Ltda<sup>103</sup>, Representado por Mauricio Vergara, Constructora Luis José Dumar Perdomo y Discoms B&B, representado por Robert Bula.



#### **ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

2.4.3.23 De la celebración del contrato, los pagos, los correos cruzados para el efecto y el acta de liquidación obra copia en la investigación que se adelanta ante la Fiscalía General de la Nación en contra de Gabriel Alejandro Dumar Lora, según se detalla en la declaración rendida por el indiciado.

2.4.3.24 De igual forma, se estableció que utilizando las mismas maniobras deshonestas, la sociedad CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S., y sus asociados, valiéndose de JUAN SEBASTIÁN CORREA ECHEVERRY y el senador BERNARDO MIGUEL ELÍAS VIDAL entre otros, logró que la ANI suscribiera los Otrosí No. 3, del 15 de julio de 2013 y Otrosí N° 6 del 14 de marzo de 2014, que constituían una adición al Contrato 001 de 2010, con la inclusión de la vía Ocaña - Gamarra, mejoramiento de las condiciones contractuales y económicas del mismo y la agilización de los trámites contractuales respectivos.

En conclusión, este relato y sus pruebas muestran que el Estado colombiano y sus instituciones públicas como el caso del INCO, fueron víctimas de la alianza estructurada de corrupción que tuvo actos de planeación y organización de las sociedades de Odebrecht que conformaron la sociedad de objeto único y que montaron un sistema de gestión contractual con un propósito principal de defraudar al Estado con otros aliados del sector privado.

Así mismo, se concluye de este numeral que en forma indicativa destacó los referentes probatorios de las pruebas de las actuaciones que evidencian la ilicitud de la causa del contrato, del objeto del mismo, así como de la desviación de poder y vulneración a la prohibición legal enunciadas en el primer punto de este concepto.

#### **2.5 ACCIONES Y OMISIONES DE LAS SOCIEDADES DE LA CONCESIONARIA ANTE LOS ACTOS DE CORRUPCIÓN**

Para el caso en concreto, tal como se ha expuesto, se deben tener como hechos ciertos y demostrados los reseñados en las sentencias de las diferentes autoridades judiciales contra GABRIEL IGNACIO GARCIA MORALES, ENRIQUE JOSÉ GHISAYS MANZUR, JUAN SEBASTIAN CORREA, BERNARDO MIGUEL ELÍAS VIDAL, JOSE ELÍAS MELO y dentro de la



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

Acción Popular que cursó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca<sup>104</sup> que permiten colegir que efectivamente empleados de la CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A., ODEBRECHT LATINVEST COLOMBIA S.A.S., ODEBRECHT S.A., de Brasil o de sus casa matriz, como fueron LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, ELEUBERTO MARTORELLI, LUIZ ANTONIO MAMERI y LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOAREZ, con el conocimiento y visto bueno de JOSÉ ELÍAS MELO, presidente de CORFICOLOMBIANA propietaria del 100% de las acciones de EPISOL, y la intervención de servidores públicos y particulares, como GABRIEL IGNACIO GARCIA MORALES, ENRIQUE JOSÉ GHISAYS MANZUR, JUAN SEBASTIAN CORREA, BERNARDO MIGUEL ELÍAS VIDAL, JOSE ELÍAS MELO, OTTO NICOLÁS BULA BULA, entre otros, realizaron diversas conductas ilegales para que funcionarios del Instituto Nacional de Concesiones, INCO, y de la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, los beneficiaran con la adjudicación del proyecto vial Ruta del Sol, sector 2, y las adiciones y otrosíes que se suscribieron al Contrato 001 de 2009, para la Concesión de esa vía, para lo cual hicieron promesa remuneratoria y pagaron una suma superior a los USD 11.000.000.000.

En resumen, como consecuencia de esos acuerdos deshonestos y corruptos, el señor GABRIEL GARCIA MORALES, funcionario responsable de la contratación en el INCO, por ser su Director, desviándose de sus deberes como servidor público, de la misión, finalidad, funciones y principios de la Entidad para la cual laboraba, se apartó de los principios que deben regir la contratación estatal para la selección de sus contratistas, como son los de transparencia, imparcialidad, igualdad y selección objetiva, y a cambio de una promesa remuneratoria, que después fue efectivamente cumplida por los beneficiados, decidió asesorarlos ilegalmente para que presentaran una propuesta formalmente perfecta a efectos de que el contrato les fuera adjudicado y a no permitir la relajación o flexibilización de los requisitos del pliego de condiciones, lo que finalmente culminó con la adjudicación del Tramo Dos de la Ruta del Sol, que presentó el consorcio denominado "Estructura Plural Promesa de Sociedad Futura Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

---

<sup>104</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera Subsección A, Magistrado ponente Luis Manuel Lasso Lozano, Rad 2017-0083-00, Sentencia del 6 de diciembre de 2018.



## ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

Lo anterior es coincidente con las irregularidades y debilidades de la gestión contractual en materia contable y financiera que se evidenció en la etapa probatoria del arbitramento y por lo tanto es demostrativo de la falta de control de las otras sociedades que conformaban la Concesionaria, distintas a Odebrecht.

### 2.6 LA ACCIÓN POPULAR

Así lo concluyó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia de primera instancia apelada, al analizar las pruebas recaudadas en la Acción Popular que también obran en este proceso arbitral, que señaló que los principios aplicables específicamente a los contratos estatales y a los procedimientos para la selección de los contratistas, entre otros los de transparencia, imparcialidad, igualdad y de selección objetiva fueron desconocidos en el marco de la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009 debido a la actuación irregular del entonces Gerente General (e) del Instituto Nacional de Concesiones - INCO - Gabriel Ignacio García Morales y de miembros de las sociedades que después constituirían la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

Al respecto, al hacer un análisis de las pruebas recaudadas, el Tribunal de Cundinamarca expuso:

*Según consta en el acta de la audiencia No. 2017-008, que corresponde al CIU 11001 6000 101 2016 00130 N.I. 282773, emitida el 15 de enero de 2017 por el Juzgado 26 Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, el señor Gabriel Ignacio García Morales aceptó de manera libre, consciente y voluntaria haber recibido de directivos de las sociedades Odebrecht, socias de la Promesa de Sociedad Futura Ruta del Sol S.A.S. a manera de "soborno" la suma de 6,5 millones de dólares con el fin de que este, según se deriva del citado acta, influyera en la elaboración de los pliegos de condiciones con miras a lograr que la propuesta de la promesa de sociedad futura, que posteriormente sería la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., obtuviera el aludido contrato de concesión.<sup>105</sup>*

*En la sentencia proferida por el Juzgado 31 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá*

---

<sup>105</sup> Lo anterior puede verse, en Fundamentos Fácticos de la Imputación en los 27 '40" hasta 1h 13'20", aproximadamente; el fundamento probatorio de la imputación en 1h 13'20" hasta 1h 20', aproximadamente; imputación de los delitos en 1h 20' hasta 1h 57'; el juez pone en conocimiento los hechos e imputaciones y el indiciado señala que entiende las imputaciones en 2h 37'50" hasta 2h 39', aproximadamente; y aceptación de los cargos formulados en 3h 13'54'



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

*el 12 de diciembre de 2017, se declaró responsable al señor Gabriel Ignacio García Morales y, en consecuencia, se le condenó a la pena principal de 62 meses de prisión, al pago de una multa de 89.077 SMLMV y a la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un 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.*

*(...)*

*De acuerdo con la providencia judicial transcrita, el Tribunal estima suficientemente probada la vulneración de los principios y normas que rigen el contrato estatal de concesión así como las que regulan el trámite de la licitación pública, debido a la oferta de una promesa remuneratoria para el señor Gabriel Ignacio García Morales a cambio del favorecimiento en el trato a la Promesa de Sociedad Futura Ruta del Sol II y de sus socios, que posteriormente constituyeron la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., los cuales resultaron beneficiados con la adjudicación de la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009.*

*Sobre este particular, se encuentra probado que el señor Luiz Antonio Bueno Júnior fue la persona que en nombre de las empresas del grupo Odebrecht propuso al señor Gabriel Ignacio García Morales el acuerdo ilegal consistente en que este último aseguraría el resultado positivo de la adjudicación a tales empresas y a sus asociadas en la promesa de sociedad futura del Contrato de Concesión No. 001 de 2010:*

*(...)*

*De otro lado, se encuentra probado que utilizando el mismo tipo de maniobras la sociedad CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S., valiéndose de los señores Juan Sebastián Correa Echeverry y del Senador Bernardo Miguel Elías Vidal, entre otros, logró un objetivo ilícito adicional, ya en el marco de la ejecución del contrato, a saber, que la ANI suscribiera los Otrosíes Nos. 3 de 15 de julio de 2013 y 6 de 14 de marzo de 2014, con los cuales logró una adición al Contrato de Concesión No. 001 de 2010, que permitió la inclusión del tramo de la vía Ocaña-Gamarra, el mejoramiento de las condiciones contractuales y económicas del mismo dentro de la referida concesión, al igual que la agilización de los trámites contractuales respectivos y la ampliación del término de la Concesión como parte del trato ilegal.*

*Dan cuenta de estas conductas las sentencias penales dictadas en contra de los señores Juan Sebastián*



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

*Correa Echeverry y Bernardo Miguel Elías Vidal; la primera de ellas, por parte del Juzgado 56 Penal del Circuito con Función de Conocimiento en audiencia celebrada el 6 de diciembre de 2017, en la que se declaró culpable al señor Correa Echeverry por el delito de abuso de función pública y se lo condenó a la pena de 11 meses y 1 día de prisión e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 48 meses, con respecto a los delitos de tráfico de influencias de servidor público, amenazas a testigo y falso testimonio.*

(...)

*En ese mismo contexto, Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado José Luis Barceló Camacho, condenó el 28 de febrero de 2018 al senador Bernardo Miguel Elías Vidal a 6 años y 8 meses de prisión, a una multa equivalente a 125.8 SMMLV y a una inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 6 años y 8 meses como responsable por la comisión de los delitos de cohecho propio y tráfico de influencias de servidor público.*

(...)

*A pesar de que el juicio contra Melo Acosta se encuentra pendiente de ser realizado (al momento de proferirse el fallo en la Acción Popular), hay un conjunto de pruebas que adecuadamente valoradas dan cuenta de su responsabilidad y de la sociedad EPISOL S.A.S. en la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa.*

*Meló Acosta conocía sobre el pago del soborno que se hizo a Gabriel Ignacio García Morales. Según los ciudadanos brasileros denunciante, altos funcionarios del grupo Odebrecht, Meló Acosta adquirió el compromiso de reembolsar parte de dichos costos (los del soborno pagado a García Morales) con cargo a la ejecución del contrato de concesión en proporción a su participación en el negocio.*

(...)

*También consta la declaración del señor Mauricio Millán Drews, persona que fungió como representante de EPISOL S.A.S., y quien recibió órdenes directas del entonces Presidente de Corficolombiana S.A., José Elias Meló Acosta, para realizar el pago de cuentas de cobro sin sustento. Millán Drews, quien actuó como representante de EPISOL S.A.S. ante la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., en declaración de 14*



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

*de marzo de 2017, ante la Fiscalía General de la Nación, dijo:*

(...)

*Los elementos de prueba anteriores, permiten advertir que la participación de José Elías Meló Acosta se produjo en todas las etapas de la cadena de sobornos que permitió el favorecimiento de la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. Si bien no hay una afirmación de Martorelli, en este segundo evento, acerca de un compromiso posterior de devolución de dinero a Odebrecht de la coima que se pagaría por los otrosíes, lo cierto es que las declaraciones de la Contralora de CORFICOLOMBIANA S.A. y Mauricio Millán Drews dan cuenta de dos series de pagos sin fundamento, que también se hicieron por las fechas en las cuales se estaban adelantando las gestiones irregulares para los sobornos que hicieron posible la suscripción de los Otrosíes Nos. 3 y 6.*

(...)

*Merced a este conjunto de hechos José Elías Meló Acosta, con sus actuaciones, tolerancia y aquiescencia, comprometió no sólo su responsabilidad personal, como persona natural, sino, también, la de la persona jurídica EPISOL S.A.S., que si bien no presidía ejercía respecto de ella un control efectivo sobre las determinaciones fundamentales en la secuencia de ilícitos cometidos.*

*Es decir, la conducta violatoria de la moralidad administrativa ocurrió con pleno conocimiento de Meló Acosta y con el compromiso por parte de este de pagar, posteriormente, la parte del soborno que le correspondiera desde EPISOL S.A.S., teoría del caso que, por demás, resulta congruente con lo afirmado por Millán Drews (Presidente de EPISOL S.A.S., socia de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y controlada por Corficolombiana S.A.) acerca de los referidos pagos sin fundamento que le autorizó Meló Acosta, pese a las dudas que abrigaba Millán Drews sobre su procedencia.*

*No está demás precisar que si bien Meló Acosta desplegó estas acciones desde su condición de Presidente de Corficolombiana S.A., la responsabilidad se predica con respecto a EPISOL S.A.S., en la medida en que esta sociedad fue el medio principal utilizado para la comisión los ilícitos y que, al propio tiempo, es la persona jurídica socia de Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.*

*La responsabilidad de las sociedades Odebrecht, de los ciudadanos brasileiros mencionados y del señor*



ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

*Gabriel Ignacio García Morales se encuentra suficientemente demostrada en la medida en que los representantes...”*

Ahora, en cuanto a la responsabilidad de la concesionaria y las sociedades que la conformaron, se reiterará lo ya expuesto al respecto por la Procuraduría tanto en este trámite arbitral, como en desarrollo de la acción popular que cursó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el sentido que de conformidad con lo previsto en el **artículo 7 de la Ley 80 de 1993**, la ley autoriza para que se agreguen esfuerzos para la realización de los objetivos del Estado mediante la contratación estatal y aunque la sociedad CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S., tiene la personería de una sociedad anónima simplificada, para los efectos del contrato debe tener el tratamiento de **consorcio**, en virtud de lo dispuesto en el **parágrafo 3** de la citada norma, por ello **su responsabilidad es solidaria**, como lo predica el **artículo 52** *ibidem*.

Y aunque algunos consideran que no hay responsabilidad solidaria de los accionistas de la sociedad Concesionaria, por la forma como se produjo el proceso de licitación del Contrato en cuestión y de la propuesta presentada por los oferentes, es evidente que estamos en frente de una estructura plural de promesa de sociedad futura, figura que permite a varios sujetos, ya sean personas naturales o jurídicas presentar la propuesta, y en el caso de resultar favorecidos con la adjudicación del proceso de selección, se comprometen a crear una sociedad con el fin de ejecutar el contrato.

En el Pliego de condiciones, dentro de los requisitos exigidos para las Promesas de Sociedad Futura, se indicaba que *“para participar bajo esta forma de asociación deberán cumplirse los siguientes requisitos: ... ii) Acreditar el nombramiento de un representante legal único de todas las personas naturales o jurídicas que se comprometan a la constitución de la sociedad futura ... con facultades suficientes para actuar, obligar y responsabilizar a todos y a cada uno de los copartícipes en el trámite de la licitación...”* (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Si bien es cierto que una sociedad adquiere su personalidad jurídica distinta a la de sus asociados una vez eleva a escritura pública su constitución, en la promesa de contrato de sociedad futura, no existe una sociedad como tal, por ende tampoco cuenta con personería



ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

jurídica que permita establecer límites entre los socios y la sociedad y, menos, podrían establecerse que los límites de los compromisos de cada uno de sus asociados sea hasta el monto de sus aportes, pues estos aún no se han fijado.

Ello quiere decir, que no es jurídicamente posible establecer que la responsabilidad de los promitentes contratantes depende del tipo de sociedad que van a conformar, ya que por no existir persona jurídica, no existe como tal la persona jurídica independiente de sus socios y, por tanto, deben responder solidaria e ilimitadamente. En estas condiciones, se debe considerar que la responsabilidad por negocios celebrados en desarrollo de una sociedad futura es solidaria e ilimitada de todos los promitentes socios, independientemente de que clase de sociedad sea la que pretenden celebrar.

Tal como lo ha entendido la jurisprudencia y es el criterio acogido por el Tribunal, en estas condiciones debe entenderse que la pluralidad de sujetos que se han unido para presentar una oferta ha de ser considerado para todos los efectos como un **consorcio**.

En concordancia con lo anterior, se debe también tener en cuenta el **Artículo 52 de la Ley 80** precisa que *"Los contratistas responderán civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la ley. Los consorcios y uniones temporales responderán por las acciones y omisiones de sus integrantes, en los términos del artículo 1º de esta Ley."*

De otra parte, el **Artículo 13 de la Ley 80**, dice que *"Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley"* y el **Código de Comercio**, dentro de los requisitos exigidos para la promesa de contrato de sociedad, frente a la responsabilidad de los promitentes societarios dice en el **parágrafo segundo del Artículo 119** que *"Los promitentes responderán solidaria e ilimitadamente de las operaciones que celebren o ejecuten en desarrollo de los negocios de la sociedad prometida, antes de su constitución, cualquiera que sea la forma legal que se pacte para ella."*

Ello no quiere decir de ninguna manera que todos los consorciados sean responsables de los



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

hechos de corrupción, que es un asunto que deben dirimir otras autoridades, pero ante la existencia de un daño patrimonial al Estado proveniente de sobre costos en la contratación y hechos irregulares, todos los beneficiados con esos actos de corrupción deben responder solidariamente hasta la recuperación del detrimento patrimonial.

Este criterio fue acogido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro de la Acción Popular instaurada por el señor Procurador General de la Nación, en el fallo de Primera Instancia de fecha 6 de diciembre de 2018, radicado 2017-0083-00.

En esa decisión, el Tribunal de Cundinamarca trajo a colación la Sentencia del 1 de agosto de 2016, del H. Consejo de Estado, dentro del expediente 2000-01778 (29204), con ponencia del Consejero Danilo Rojal Betancourt, que *"... que regula la responsabilidad de los contratistas, establece que éstos responderán civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la ley y que los consorcios y uniones temporales lo harán por las acciones y omisiones de sus integrantes, en los términos del artículo 7o de la misma ley.*

(...)

*En consecuencia, aunque de acuerdo con la regulación legal del régimen de sociedades, contenido en el código de comercio, la responsabilidad de las sociedades anónimas no se extiende a sus socios sino hasta el monto de sus respectivos aportes, cuando se trate de las sociedades conformadas para la adjudicación, celebración y ejecución de contratos estatales regidos por la Ley 80 de 1993 -que, entre otras cosas, de acuerdo con lo establecido por el artículo 41 son intuitu personae-, la responsabilidad de sus socios será la misma que se puede exigir a los miembros de un consorcio, en los términos dispuestos por el artículo 7° del referido estatuto, es decir, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato " (Destacado por la Sala).*

De igual forma, se hizo referencia al concepto de 4 de septiembre de 2000, emitido dentro del radicado 1283, por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Augusto Trejos Jaramillo, en el que consideró que independientemente de que la propuesta se presente por una sociedad ya constituida o por una promesa de sociedad futura,



ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

también con independencia de la forma que esta adopte, la responsabilidad que se predique será en todo caso solidaria, conforme a las previsiones del parágrafo 3 del artículo 7 de la Ley 80 de 1993, cuando dijo:

*"(...) El querer del legislador, al consagrar en el parágrafo 3o. del artículo 7o. de la ley 80 la responsabilidad para las sociedades que se constituyan con el objeto exclusivo de participar en un concurso o licitación, así como en celebrar y ejecutar el respectivo contrato - independientemente del tipo de sociedad que asuman - fue tutelar el interés público, dando así unas mayores garantías a las entidades estatales, de manera tal que la responsabilidad por el cumplimiento de la propuesta y del contrato recayera tanto sobre la sociedad como sobre los socios. La justificación de la responsabilidad solidaria entre aquella y éstos, según la exposición de motivos, reside en que la sociedad así constituida "...por tratarse de una persona jurídica con objeto y duración limitados, su patrimonio puede eventualmente resultar insuficiente para hacer efectivas las indemnizaciones, multas o sanciones a que hubiere lugar como consecuencia de incumplimiento de la propuesta o de la inejecución del contrato o de su ejecución tardía o defectuosa". (Resaltado fuera de texto)*

En esa oportunidad el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en primera instancia concluyó que a la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., se le debe dar el tratamiento de consorcio y, en consecuencia, la responsabilidad de sus accionistas debe ser la señalada en el estatuto de contratación, esto es, la **solidaria por todas las actuaciones, hechos y omisiones de sus integrantes que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectando a todos los miembros que la conforman.** Lo cual aplicaría desde los actos precontractuales, la suscripción del contrato y sus modificaciones hasta su liquidación. Al respecto señaló:

*"En efecto, resultaría contrario al sentido jurídico que establecen normas sobre responsabilidad en materia de contratación del Estado, esta variara por la sola circunstancia de que la propuesta se presente una sociedad ya existente o por una promesa de sociedad futura. Un planteamiento de ese orden conduciría a soluciones absurdas, a saber, que en el primero de los eventos, es decir, cuando la sociedad ya existe, se predique la responsabilidad solidaria; en tanto que en la segunda modalidad, cuando se trata de una promesa de sociedad, desaparezca la responsabilidad solidaria en un escenario en el que, justamente, se requiere de mayores garantías para la defensa del interés público.*



ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

*Dicho en otras palabras, para este Tribunal resulta claro que, con mayor razón, en el evento de formularse la propuesta a través de una promesa de sociedad futura, tanto la propuesta como el contrato y su ejecución deben sujetarse al régimen de responsabilidad solidaria previsto en la Ley 80 de 1993 para los consorcios, esto es, la responsabilidad recae bajo dicha modalidad por cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta, del contrato y de las actuaciones, hechos u omisiones que se presenten en su ejecución. (Resaltado fuera de texto)*

(...)

*En consonancia con lo anterior, cabe puntualizar que el **principio de integridad (integralidad)** y coherencia del sistema jurídico hace que la interpretación de las normas deba ser formulada de modo consistente. Esto es, **no corresponde a dicha consistencia atribuir a una norma sentidos de interpretación que persiguen burlar el efecto útil de otra u otras, sirviendo de subterfugio para la elusión de responsabilidades por el quebrantamiento de los principios de responsabilidad en las leyes de la contratación estatal.** (Resaltado fuera de texto)*

*La limitación de la responsabilidad, establecida por el derecho societario, tiene como propósito acotar respecto de los socios los efectos de las contingencias a las que se ven sometidas las sociedades en el curso de su existencia. Pero su finalidad, no es la de servir como ruta de escape a aquellos socios cuya responsabilidad se encuentra comprometida en hechos de extrema gravedad, en particular cuando se trata de la vulneración de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y defensa del patrimonio público.*

*Se agrega a las razones expresadas, en el análisis del caso concreto, que si bien se aduce que la sociedad Concesionaria obedecía a una sociedad de objeto amplio, el recaudo probatorio indica con claridad que su creación obedeció al propósito expreso de dar ejecución al contrato adjudicado, al punto que esta se constituye como parte de las obligaciones derivadas de la decisión de adjudicación, pues de otro modo hubiera carecido de sentido societario su constitución. En la misma dirección interpretativa de la responsabilidad solidaria, obra la circunstancia, también probada, que en el desarrollo de su actividad la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. se contrajo a la ejecución del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 y al desarrollo de las actividades intrínsecamente relacionadas con tal objeto.*

*Igualmente, como lo observó con acierto el señor Agente del Ministerio Público en el concepto emitido para*



## ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

*concluir el presente debate, en el Pliego de Condiciones de la licitación respectiva se estableció la responsabilidad solidaria como uno de los requisitos de las Promesas de Sociedad Futura. Así se advierte en el aparte correspondiente, en el que se indica que ‘para participar bajo esta forma de asociación deberán cumplirse los siguientes requisitos: ... ii) Acreditar el nombramiento de un representante legal único de todas las personas naturales o jurídicas que se comprometan a la constitución de la sociedad futura... con facultades suficientes para actuar, obligar y responsabilizar a todos y a cada uno de los copartícipes en el trámite de la licitación...’ (Destacado por el Tribunal).”*

### **3. ¿EXISTIRÍAN BASES EN DERECHO PARA REALIZAR PAGOS Y RECONOCIMIENTOS, LOS MISMOS SERIAN VIABLES, SEGÚN LAS PRESCRIPCIONES DE LA SENTENCIA C-207 DE 2019?**

#### **3.1. MARCO JURÍDICO PARA LAS RESTITUCIONES Y RECONOCIMIENTOS**

Por regla general, cuando un contrato de concesión de infraestructura es declarado nulo son procedentes las restituciones mutuas previstas como efecto general de acuerdo con lo señalado en el artículo 1746 del Código Civil, ello sometido además a las reglas contenidas en el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018. Sin embargo, la Corte Constitucional en la Sentencia C-207 de 2019 condicionó la restitución en el sentido de que “...los reconocimientos a título de restituciones estarán dirigidos al pago del pasivo externo del proyecto con terceros de buena fe” y sólo con el remanente, después de atender los créditos de los terceros, se podría reconocer a favor del contratista restituciones.

Para efectos de estimar el monto objeto de restitución, la norma comentada establece, luego de la revisión constitucional, lo siguiente<sup>106</sup>:

*“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*

---

<sup>106</sup> En la sentencia C-207 que se comenta, la Corte precisó el error técnico en el que incurrió el legislador al equiparar la liquidación del contrato por su terminación anticipada, con las restituciones mutuas derivadas de la declaratoria de nulidad, por lo que no se realizará ningún comentario adicional sobre ese particular.



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

*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."*



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

No obstante lo anterior, según lo considerado por la Corte Constitucional, en los casos en que el contrato sea declarado nulo por causa u objeto ilícito, dentro de cuyos eventos se encuentran los casos de corrupción, no sería posible realizar, con cargo a los remanentes luego de atender el pago de los créditos de terceros de buena fe, pagos al contratista en aplicación del artículo 1525 del Código Civil si se comprueba que se incurrió en la causal de nulidad absoluta a sabiendas del contratista.

Pues bien, teniendo en cuenta que, como se dejó indicado en precedencia, en los casos de *“contratos por la corrupción”* es evidente que la parte contractual privada conoce del acto corrupto, puesto que es ella quien lo induce o lo impulsa con la dádiva o promesa de beneficio. Resulta claro entonces que, en general, deben negarse las restituciones correspondientes en aplicación del artículo 1525 del Código Civil, para lo cual deberá tenerse probado en el proceso la participación de los agentes de la concesionaria en el acto de corrupción.

Se estima por la Corte Constitucional, sin embargo, que puede suceder que uno de los socios de la persona jurídica contratista (en este caso concesionaria) desconozca del acto de corrupción y, por lo tanto, no deba ser merecedor de la sanción normativa. A este respecto, resulta necesario recordar lo señalado en punto del *“estándar probatorio”* en casos de corrupción y la forma de valoración de la conducta de las partes en las relaciones civiles.

En concreto, debe resaltarse, que la buena fe del socio del contratista (concesionaria en este caso), debe ser aquella exenta de culpa, por manera que el juez tendrá la obligación de comparar la conducta desplegada por el referido socio con la de un diligente hombre de negocio y establecer si conoció o debió conocer del acto ilícito, sin que resulte necesario demostrar cuál era el estado de conciencia interna, íntima y subjetiva del mismo<sup>107</sup>, pues dicha prueba, a más de no requerirse

---

<sup>107</sup> “...el deber de diligencia en la buena fe subjetiva cualificada o exenta de culpa, representado en la realización de las verificaciones y averiguaciones pertinentes, se realiza en beneficio propio por parte del agente que la alega, pues tiene como finalidad el corroborar el sustento objetivo de su creencia, reafirmar el propio convencimiento, lograr un grado tal de certidumbre que le permita ampararse en el reconocimiento de un derecho que a pesar de no existir realmente tiene tal apariencia de certeza que hace que el error en que se incurre sea predicable de cualquier persona en las mismas circunstancias, razón por la que la ley le otorga una protección suma, de ahí su denominación de creadora de derecho”. En: Neme Villarreal, M. 2010. La presunción de buena fe en el sistema jurídico colombiano: una regla cuya aplicación tergiversada desnaturaliza el principio. Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia. 18 (jun. 2010), PP. 83.



ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

por tratarse de un debate civil o contractual, en casos como los que se señalan de actos de corrupción sería de imposible consecución, por regla general.

En efecto, el juez deberá contrastar la conducta de quien alega el desconocimiento del acto de corrupción con quien, puesto en las mismas circunstancias externas del sujeto, no hubiera conocido o no hubiera podido conocer, diligentemente, de la conducta ilícita que llevó a la nulidad del negocio jurídico estatal. Así mismo, deberá valorar si ante el conocimiento de pruebas o indicios de un manejo irregular, que ponía en riesgo de corrupción al proyecto, hizo algo por evitar tales actos de corrupción.

### 3.2 EFECTOS FRENTE A TERCEROS

Para efectos de ilustrar las consideraciones que enseguida se expondrán, conviene poner de presente lo que considera la Corte Suprema de Justicia en cuanto a la forma de valorar la buena fe de los terceros, la apariencia de buen derecho y sobre el postulado *error communis facit ius*, el error común crea derecho:

*“En todas las hipótesis a que se refieren estos textos, los terceros quedan protegidos contra las consecuencias de actos jurídicos que no estuvieron en capacidad de conocer. En esta circunstancia –la de que tales terceros no pudieron conocer dichos actos jurídicos– funda el legislador la limitación de los naturales efectos de esos actos. [...]. En una y otra hipótesis, contra una realidad jurídica –disolución anticipada de la sociedad, expiración del mandato– la ley consagra, en favor de los terceros de buena fe, el triunfo de la apariencia que los condujo a un error excusable. [...]. El legislador colombiano, en los casos allí contemplados, y para proteger a terceros de buena fe, le reconoce efectos jurídicos trascendentales a una apariencia de derecho de la cual se ha derivado un error invencible, y hace ceder ante ella la realidad jurídica. En otros términos: cada uno de esos textos consagra una medida de protección en favor del tercero de buena fe que incurrió en un error invencible, y que, como consecuencia de éste, se vería expuesto a que se alegaran contra él las deducciones lógicas implacables de la verdad jurídica que ignoró, si la ley no le hubiera atribuido en todos esos casos a la buena fe exenta de culpa una función creadora de derecho. Se trata de saber si todas esas disposiciones constituyen normas de excepción que deban interpretarse restrictivamente, o si, por el contrario, representan simples aplicaciones –en hipótesis especiales y concretamente previstas por el legislador– de un principio superior y general de derecho, sobreentendido por éste y del cual puedan deducirse consecuencias nuevas no consagradas explícitamente por el*



ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

*código. [...]. Lo expuesto en los párrafos anteriores sobre las concepciones doctrinarias y jurisprudenciales concernientes a la buena fe y al error común, sirve para eliminar, en este caso, los frecuentes factores de error que presentan, en lo general, las construcciones jurídicas a base de generalización de textos, y permite asegurar que las disposiciones citadas no son normas de carácter excepcional, que deban ser interpretadas y aplicadas con un criterio rígidamente restrictivo, sino que son consecuencias formuladas por el propio legislador –para hipótesis que él pudo y estimó necesario prever y resolver concretamente– del principio general y superior de derecho consignado en la máxima *error communis facit jus*, de tan perfecta aplicabilidad dentro del orden jurídico positivo colombiano como dentro del orden jurídico positivo francés, y que a su turno no es otra cosa que la explicación y reglamentación técnica de algunos de los más trascendentales efectos de la función creadora de la buena fe”<sup>108</sup>.*

De la sentencia transcrita en precedencia, debe ponerse de presente, tal como se hizo en el apartado anterior, que quien alegue buena fe cualificada o exenta de culpa, esto es, aquella que tiene la virtualidad de CONVERTIR LAS APARIENCIAS EN DERECHO, a fuerza de proteger el interés legítimo de quien incurrió en un error invencible, debe demostrar que el error es predicable de todo aquel que esté puesto en sus mismas condiciones. No se trata, por lo tanto, de alegar llanamente que se tenía una convicción interna de haber actuado conforme a derecho, pues tales circunstancias no son dotadas por el ordenamiento jurídico de la fuerza creadora de la máxima *error communis facit ius*.

Para el caso en estudio, entonces, los terceros que pretendan beneficiarse del pago prioritario ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia C-207 de 2019, debieron demostrar que cualquier persona puesta en sus mismas circunstancias externas no habría podido advertir la existencia de la ilicitud que dio lugar a la declaratoria de nulidad.

La Corte fue consciente de ello en el estudio del artículo 20 y, por lo mismo se refirió a la buena fe exenta de culpa en la relación de los terceros con el contratista:

*“Para estos efectos, la autoridad judicial que declare la nulidad o la autoridad administrativa que liquida el contrato podrá ordenar el levantamiento del velo corporativo, si a ello hubiere lugar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo*

---

<sup>108</sup> Citado por: Neme Villarreal, M. 2010. La presunción de buena fe en el sistema jurídico colombiano..., *ob cit.* Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 20 de mayo de 1936 (M.P.: Eduardo Zuleta Ángel).



ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

*44 de la Ley 190 de 1995 y según lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 1508 de 2012, a fin de establecer el grado de relación de los terceros con el contratista y el conocimiento que pudo tener sobre la ilicitud y con base en ello, si actuó o no con buena fe exenta de culpa*". (Destacado fuera de texto)

En síntesis, bajo estas condiciones, el pago prioritario a terceros en caso de declaratoria de nulidad por objeto o causa ilícita, si bien constituye una regla general, necesariamente deberá pasar por el filtro de que el tercero acredite que incurrió en un error invencible y, por lo mismo, la apariencia de legalidad que se le dio a los actos, era para él insuperable.

### **3.3. ARTÍCULO 20 DE LA LEY 1882 DE 2018, SENTENCIA C-207 DE 16 DE MAYO DE 2019 Y LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN CONCESIONES Y ACTOS DE CORRUPCIÓN**

Durante este proceso y antes de emitirse el correspondiente laudo, se expidió la Ley 1882 de 2018, cuyo artículo 20 modifica y adiciona el artículo 32 de la Ley 1508 de 2012, fijando una regla especial en relación con los efectos económicos de la nulidad absoluta por causa u objeto ilícito, cuando ésta sea declarada judicialmente o sustente la decisión de terminación anticipada que profiera la autoridad administrativa, tanto para los contratos que desarrollen proyectos de asociación público privada como para los de concesión de infraestructura de transporte celebrados con anterioridad a la vigencia de la Ley 1508 de 2012.

El tenor literal del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, es el siguiente:

*“ART. 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.*

*PAR. 1º—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*



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

*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, ~~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 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 párrafo 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.*



ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

PAR. 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.

~~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 1º. 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 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 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 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.~~

Lo previsto en este artículo se entiende sin perjuicio de las responsabilidades fiscales, disciplinarias o penales a que haya lugar”<sup>109</sup>.

---

<sup>109</sup> Los textos tachados fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional. Corte Constitucional. Sentencia de constitucionalidad C-207 de 16 de mayo de 2019. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

La Corte Constitucional mediante la Sentencia C-207 de 2019 se pronunció sobre la exequibilidad de la norma antes transcrita. Los efectos de esa providencia pueden sintetizarse de la siguiente manera:

1-. La Corte Constitucional en la sentencia anteriormente mencionada, declaró la exequibilidad condicionada del inciso primero del parágrafo 1 del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018. Por lo tanto, el inciso en mención fue declarado 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.”

2-. La Corte declaró exequible el último inciso del parágrafo 1° del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 demandado, en virtud del cual esa norma tendría efectos retroactivos. Sobre este punto el Alto Tribunal consideró que debido a la declaratoria de exequibilidad condicionada del primer inciso de la norma en mención, “...por el cual quienes hayan actuado de forma dolosa o con conocimiento de la ilicitud que da lugar a la nulidad no serán objeto de restituciones...”, la retroactividad de esa norma es constitucional teniendo en cuenta “...la intención del legislador de proteger a los terceros de buena fe que financian mayoritariamente los proyectos de concesiones de infraestructura y APP...”<sup>110</sup>.

3-. El Alto Tribunal Constitucional en la sentencia ya mencionada, declaró la inexecutable de 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”, contenida en el numeral 4 del inciso segundo del parágrafo 1°.

---

<sup>110</sup> *Ibíd.*



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

4-. En la Sentencia C-207 antes citada, la Corte declaró la inexecutable de los incisos segundo, tercero y cuarto del parágrafo 2 del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, relativos al descuento por concepto de cláusula penal o la sanción del 5% del valor del contrato. Esto por cuanto, “...dichos incisos parten del supuesto según el cual en los casos en que el contratista hubiese actuado de forma dolosa en la comisión del ilícito que da lugar a la nulidad del contrato, debía ser objeto de restituciones, de las cuales se descontaría la cláusula penal prevista o la sanción del 5% del valor del contrato. La Corte Constitucional decidió declarar la inexecutable de los incisos 2, 3 y 4 del parágrafo 2° porque encontró que resultaban contrarios a los artículos 1, 4, 34 y 58 de la Carta Política y generaban una contradicción con el condicionamiento que se hace en la sentencia al primer inciso del Parágrafo 1° del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 a fin de adecuarlo a la Constitución. Adicionalmente, consideró la Corte que, frente a la nulidad de un contrato de APP desencadenada por la actuación dolosa en la comisión de un delito por parte de los contratistas, el Estado tiene la potestad para adelantar todas las acciones fiscales, penales y disciplinarias a que haya lugar.”.

En este punto es importante realizar un pronunciamiento sobre la declaratoria condicionada de executable del parágrafo 1° del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 y el alcance de esa disposición.

La aplicación del parágrafo 1° tiene que armonizarse con el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, las sentencias proferidas por el Consejo de Estado en la materia, tales como las citadas en la Sentencia C-207 de 2019, el artículo 1525 del Código Civil y los criterios jurisprudenciales aceptados en Colombia y en el mundo, referentes a la improcedencia de pagos en los arbitramentos que resuelven controversias permeadas por sobornos y corrupción. Criterios que se sustentan en la regla de las “manos limpias”, según la cual los corruptos no tienen derechos adquiridos ni recursos judiciales para buscar restituciones económicas<sup>111</sup>.

---

<sup>111</sup> “Clean Hands Doctrine o Doctrina de las Manos Limpias, es una (...) teoría perteneciente al Derecho Internacional, bajo la cual un tribunal arbitral podría -discrecionalmente- negar la tutela arbitral a un demandante cuya conducta haya sido impropia en directa relación a la materia a arbitrase. Sobre la base de ello un tribunal podría expresamente negar asistencia al demandante que pretenda proteger cualquier derecho que éste haya podido adquirir o conservar a causa de su conducta arbitraria. En más de una ocasión, los tribunales internacionales han rechazado la admisión de demandas cuya materia arbitral -consideraban- se encontraba contaminada e infectada por la conducta ilegal (es decir, por actos corruptos y contrarios a la Ley) del(os) demandante(s), apoyándose en la aplicación de la denominada Doctrina de las Manos Limpias, como un principio general del derecho internacional público.” Espinoza Quiñones, Sandro y Chunga Flores, Carmen. La Arbitrabilidad de la



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

Aspecto que reafirma la Corte Constitucional en la Sentencia C-207 de 2019, al señalar que los principios constitucionales de moralidad pública, buena fe y prevalencia del interés público, previstos en los artículos 1º, 4º, 34 y 58 de la Constitución Política, impiden la obtención de cualquier provecho derivado de las actuaciones ilícitas o de mala fe. A su vez, según el Alto Tribunal, estos principios así como la regla general a la cual se hizo referencia anteriormente, la cual es aplicable a todos los contratistas, tanto en la legislación civil, comercial y administrativa, implican que en el evento en que estos actúen a sabiendas de la ilicitud que genera la nulidad absoluta de un contrato, no pueden ser beneficiarios de restituciones.

Cabe señalar que el carácter obligatorio que se deriva del pronunciamiento de la Corte Constitucional contenido en la Sentencia C-207 de 2019, es producto del deber de obediencia contenido en el principio de supremacía constitucional, así como a los efectos *erga omnes* y de cosa juzgada previstos en el artículo 243 de la Constitución Política. Lo cual impone la aplicación de la decisión adoptada en la Sentencia C-207 de 2019 en el presente caso.

La Corte Constitucional al examinar la constitucionalidad del parágrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, afirma que esa disposición regula el reconocimiento de restituciones en dos hipótesis que se consagran en la norma demandada, las cuales corresponden a los siguientes eventos:

- i) La declaratoria de nulidad que compete al juez del contrato, en el que procede la realización de reconocimientos por restituciones;
- ii) La liquidación derivada de la terminación unilateral del contrato que se originó en la nulidad absoluta.

---

Corrupción: ¿Es posible aplicar la “Clean Hands Doctrine” en el arbitraje en contratación pública?, Revista Derecho & Sociedad No. 44, Asociación Civil Derecho & Sociedad, Universidad Católica del Perú, 2015, p. 286.



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

A continuación se hace un recuento de la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional en relación con la validez del contrato estatal y la protección del interés general, el patrimonio público y la moralidad. Así mismo se hace una mención a la jurisprudencia del Consejo de Estado en cuanto al reconocimiento de restituciones en materia contractual como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato por objeto y causa ilícitos. Esto con el fin de evidenciar la congruencia que ha mantenido la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en cuanto a la negación de prerrogativas y restituciones económicas a aquellos contratistas, colaboradores o terceros que han incurrido o participado en actos ilícitos o de corrupción.

A. La estructuración y la lógica de la responsabilidad contractual de las concesiones y de las APP en Colombia y en el mundo *project finance*, es que el concesionario por su cuenta y riesgo realiza las inversiones y desarrolla las obras; por lo tanto, este debe asumir las consecuencias económicas de su gestión (Sentencia C-250 de 1996).

De acuerdo con lo anterior, un concesionario que incurre en actos de corrupción no puede en ningún caso trasladarle obligaciones al gobierno que estructuró la concesión. Ello implicaría una situación de inequidad social, toda vez que de los presupuestos públicos se vendrían a reconocer obligaciones viciadas con el dolo del concesionario, ello a todas luces sería contrario a la Constitución Política.

B. La Corte Constitucional en las sentencias C-350/97, C-068/09 y C-300/12, preservó la igualdad de oportunidades, la libre concurrencia y las libertades económicas en materia contractual garantizando el interés general, el patrimonio público y la moralidad.

C. En la Sentencia C-207 de 2019 ya referida, el Alto Tribunal al igual que lo hizo en las sentencias C-046/94 y C-512/13, ha sido enfático en negar efectos de certeza jurídica y seguridad a los corruptos. Esto con el fin de proteger el interés general, el patrimonio público y la moralidad.



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

D. La Corte Constitucional ha hecho énfasis en que los funcionarios públicos y contratistas deben, en casos de pagos de más de lo debido en materia contractual, responder con su patrimonio. Sobre este punto la Corte resaltó que el principio de buena fe “...no equivale a una barrera infranqueable que pueda aducirse para impedir la eficaz protección del interés público y de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la integridad del patrimonio público, pues, como también lo ha puesto de presente, la protección del interés general y del bien común, que son también postulados fundamentales en el Estado Social de Derecho, imponen al mencionado principio límites y condicionamientos que son constitucionalmente válidos.” (Sentencia C-088/00).

E. Según la Corte Constitucional los jueces no deberían amparar súplicas cuya fuente sea la mala fe, el dolo, la culpa o a quien alegue su propia falta, puesto que ello es contrario no solo a la línea pacífica y constante de ese Alto Tribunal (sentencias T-122/17 y T-213/08) sino al orden jurídico y al principio que prohíbe abusar de los propios derechos. Para la Corte: “...el conocimiento de las partes sobre la ilicitud del contrato anulado, es un criterio relevante a tener en cuenta para la evaluación de los posibles reconocimientos de restituciones a que haya lugar” (sentencia T-213/08).

F. Por su parte el Consejo de Estado, ha sostenido en materia de restituciones en contratación estatal cuando se declara la nulidad absoluta del contrato por objeto o causa ilícitos, que el inciso segundo del artículo 48 de la Ley 80 de 1993 establece una regla distinta a la del Código Civil pero no excluyente, consistente en que el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas en un contrato nulo por objeto o causa ilícita, sólo tienen lugar cuando se pruebe que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio obtenido.

Para ese Alto Tribunal la especialidad “...de la norma de la ley 80 no radica, entonces, en impedir las sanciones que se derivan por violación del orden jurídico a sabiendas y así evitar un enriquecimiento sin causa en contra del contratista, pues, como ha indicado la Corte Suprema de Justicia, esta figura exige que con su ejercicio no se pretenda violar el ordenamiento jurídico. En otras palabras, esta disposición se aplicaría únicamente cuando las partes no hubiesen celebrado un contrato con objeto o causa ilícitos a



ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

*sabiendas.*"<sup>112</sup>. De acuerdo con esto, el inciso segundo del artículo 48 de la Ley 80 no implica que en la contratación estatal no se hagan efectivas las sanciones previstas en la legislación civil cuando las partes celebren un contrato a sabiendas de la ilicitud del objeto o de la causa del negocio jurídico<sup>113</sup>.

### **3.4 REGLAS DE APLICACIÓN DE LA SENTENCIA C-207 DE 2019 Y LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS GENERAL, EL PATRIMONIO PÚBLICO Y LA MORALIDAD**

A continuación, se hará una exposición de las reglas que se extraen de la sentencia C-207 de 2019, con la finalidad de tener claridad sobre los mandatos que resultan obligatorios a partir del estudio de constitucionalidad realizado por la Corte Constitucional sobre el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, encaminados a la protección del interés general, el patrimonio público y la moralidad. Todo esto en relación con los contratos en los cuales se presentan por parte de los contratistas, colaboradores o terceros actos ilícitos o de corrupción.

A. En lo atinente a las acreencias con terceros de buena fe, proveniente de la nulidad absoluta del contrato de concesión de infraestructura de transporte, la Corte Constitucional puntualizó en la sentencia C-207 de 2019 que se aplica la regla de protección de la buena fe, siendo prioritario que el proyecto satisfaga el pago de sus deudas a quienes acrediten dicha calidad y condición. El valor de los reconocimientos previa determinación de las prestaciones ejecutadas, requiere la validación de la interventoría o por un tercero experto y el cumplimiento de los siguientes criterios:

- i. Hayan sido ejecutados, total o parcialmente, para contribuir a satisfacer el interés público.
- ii. Estén asociados al desarrollo del objeto del contrato.

---

<sup>112</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 25 de noviembre de 2004. C.P. Germán Rodríguez Villamizar. Rad. N°. 11001-03-26-000-2003-0055-01 Exp. (25560).

<sup>113</sup> Lo expuesto sobre el reconocimiento de restituciones en contratos estatales viciados por objeto o causa ilícita ha sido reiterado en las siguientes providencias: i) Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección "C". Sentencia del 12 de agosto de 2014. C.P. Enrique Gil Botero. Rad. N°. 05001-23-31-000-1998-01350-01(28565); y, ii) Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 29 de octubre de 2012. C.P. Stella Conto Díaz Del Castillo. Rad. N°. 25000-23-26-000-1998-02230-01 (21022).



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

iii. Correspondan máximo a precios o condiciones del mercado al momento de su causación de acuerdo con la modalidad contractual.

iv. No corresponda 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.

B. Se fija un lindero para que se liquiden intereses. De conformidad con la Sentencia C-207 de 2019, únicamente se reconoce el valor presente de todos los gastos, costos e inversiones, incluyendo los intereses que se hayan pagado o se hayan causado y no pagado hasta el momento de la declaratoria de nulidad del contrato o de su liquidación, según corresponda. Esta regla tiene origen en esta prescripción de la Corte Constitucional: “...resulta claro que la norma no establece una doble indexación del capital de los costos, gastos e inversiones ejecutados por el contratista, ni se trata de pagar intereses por los gastos ejecutados, sino únicamente de reconocer el valor presente de todos los gastos, costos e inversiones, incluyendo en ellos los intereses que se hayan pagado o se hayan causado y no pagado hasta el momento de la declaratoria de nulidad del contrato o de su liquidación...”. Por lo anterior, la Corte señaló que no era necesario realizar condicionamientos respecto de las expresiones “el valor actualizado” o “los intereses” incluidas en el inciso primero de la disposición demandada.

C. Con fundamento en los principios constitucionales de moralidad pública, buena fe y prevalencia del interés general que emanan de los artículos 1º, 4º, 34 y 58 de la Constitución Política, el máximo Tribunal Constitucional sostuvo en la providencia anteriormente citada que no es viable obtener provecho de actuaciones ilícitas y de mala fe puesto que “...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 anterior, al anularse un contrato por causa u objeto ilícito debido a un acto de corrupción que conocieron o debieron conocer las partes o terceros, no serían procedentes las restituciones mutuas.

D. La Corte puntualiza que en los casos en que se declare la nulidad absoluta de los



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

contratos de APP y de concesión de obras de infraestructura vial, las restituciones a que haya lugar se registrarán bajo la regla general de la protección de la buena fe y por ende, estas deberán dirigirse principalmente a satisfacer el pago de las deudas que el proyecto haya adquirido con terceros de buena fe exenta de culpa debido a que en esos proyectos la mayor parte del capital en riesgo pertenece a terceros de buena fe y en particular al ahorro captado del público. Al respecto la Corte señaló que “...*aún en estos casos el principio de buena fe impera, en particular cuando se trata de proteger la confianza legítima de los terceros que acudieron con buena fe exenta de culpa y que pueden ver afectados sus derechos.*”. Esto significa que aquellos contratistas, colaboradores o terceros que no demuestren que estaban ante un error insuperable sobre la ilicitud del contrato que genera la nulidad absoluta del mismo, no pueden ser beneficiarios de restituciones.

E. Es evidente, conforme a lo expuesto por la Corte Constitucional y al texto del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, que después de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato no es posible jurídicamente proceder a la terminación y/o liquidación administrativa del mismo. El Alto Tribunal, en cuanto al tercer inciso de la norma demandada, señaló que esta protege el principio de buena fe y licitud de las actuaciones, por esa razón el texto se ajusta a la Constitución y las reglas que se derivan de esa disposición son aplicables “...*tanto a la liquidación administrativa del contrato como a la decisión que sobre restituciones haya de tomar el juez o arbitro que declare la nulidad absoluta del contrato, siempre que no exista una liquidación administrativa que haya sido dictada previamente.*”

F. La sentencia C-207 de 2019 respecto del segundo inciso del párrafo 1° y los numerales que lo siguen, manifestó que los requisitos allí establecidos están dirigidos a garantizar que el reconocimiento de restituciones sobre los costos, gastos e inversiones de las ejecuciones contractuales responda al criterio de satisfacción del interés público; sin embargo, puntualmente respecto del numeral 4 del párrafo demandado, “...*la Corte Constitucional consideró que la expresión que establecía el pago de cláusulas penales o sanciones por la terminación anticipada del contrato, que el contratista haya pactado o no con el sector financiero, no tiene ninguna justificación en el interés público y por lo tanto, debía ser declarada inexecutable.*”.



## ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

G. La Corte Constitucional señaló en la Sentencia C-207 de 2019 que las autoridades judiciales o administrativas que declaren la nulidad del contrato por objeto o causa ilícitos tiene la facultad de ordenar el levantamiento del velo corporativo. Al respecto señaló: *“Para estos efectos, la autoridad judicial que declare la nulidad o la autoridad administrativa que liquida el contrato podrá ordenar el levantamiento del velo corporativo, si a ello hubiere lugar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 190 de 1995<sup>114</sup> y según lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 1508 de 2012,<sup>115</sup> a fin de establecer el grado de relación de los terceros con el contratista y el conocimiento que pudo tener sobre la ilicitud y con base en ello, si actuó o no con buena fe exenta de culpa.”*

### 3.5 LOS SUPUESTOS PARA LA PROCEDENCIA DE LOS PAGOS Y RECONOCIMIENTOS

De conformidad con el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 y la declaratoria de exequibilidad condicionada dispuesta en la sentencia C-207 de 2019, que se acaban de analizar, cuando se declare la nulidad absoluta del contrato por objeto y causa ilícitos en contratos de concesión suscritos con anterioridad a la Ley 1508 de 2012, para que sea procedente el reconocimiento y pago de restituciones para el contratista o el integrante socio de la parte contratista, es indispensable que no se haya actuado mediante una conducta dolosa en la comisión de un delito o de una infracción administrativa, que determine la nulidad del contrato por los vicios antes indicados, o que participó en la celebración del contrato a sabiendas de tal ilicitud.

En cualquiera de los eventos que consagra la norma antes indicada, el reconocimiento de las restituciones estará dirigido al pago del pasivo externo del proyecto de infraestructura vial con terceros de buena fe exenta de culpa, de acuerdo con la fórmula que para tal efecto consagra el párrafo 1º del artículo 20 de la mencionada Ley.

---

<sup>114</sup> **Artículo 44º.**- Las autoridades judiciales podrán levantar el velo corporativo de las personas jurídicas cuando fuere necesario determinar el verdadero beneficiario de las actividades adelantadas por ésta.

<sup>115</sup> Ley 1508 de 2012, “ARTÍCULO 23. IDENTIFICACIÓN DEL BENEFICIARIO REAL DEL CONTRATO Y DEL ORIGEN DE LOS RECURSOS. Los proponentes que participen en procesos de precalificación a los que se refiere el artículo 10 de la presente ley y en general, en procesos de selección para el desarrollo de esquemas de Asociación Público Privada, deberán presentar declaración juramentada en la que identifiquen plenamente a las personas naturales o jurídicas que a título personal o directo sean beneficiarias en caso de resultar adjudicatarios del futuro contrato, así como el origen de sus recursos. Lo anterior con el fin de prevenir actividades u operaciones de lavado de activos.”



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

En el presente caso, la prueba documental, testimonial y pericial que obra en plenario, analizada en conjunto, a la luz de la sana crítica y en consonancia con los estándares probatorios predicables para actos de corrupción, conforme se evidenció en el numeral anterior, demostró que la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., a través de LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, ELEUBERTO MARTORELLI, LUZ ANTONIO MAMERI y LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOAREZ, con la anuencia y el conocimiento de JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA, los primeros en calidad de Directivos de ODEBRECHT o de alguna de sus asociadas y filiales y, este último como Presidente de CORFICOLOMBIANA, matriz y propietaria del 100% de EPISOL, realizaron de manera dolosa conductas constitutivas de delito, que definieron la adjudicación, suscripción, ejecución del contrato 01 de 2010, sus adiciones y/o modificaciones sobre JOSE ELÍAS MELO ACOSTA se precisa que la decisión penal aun no esta en firme, fue apelada.

Como se analizó a profundidad en el numeral 2º, el entramado de corrupción de Odebrecht debidamente planeado y organizado que formaba parte de una estructura criminal, que funcionaba a nivel internacional y nacional, desde 2001, junto con la colaboración de sus socios partícipes, originaron en relación con la estructuración del proyecto ruta sol, el proceso de licitación y demás actos del negocio jurídico 001 de 2010, el pago de sobornos o coimas a las distintas autoridades públicas o los particulares que ejercían poder o tenían injerencia en cada una de estas actuaciones; ello, con el propósito de favorecer al Contratista con ventajas indebidas o lograr la recuperación de las dádivas entregadas o el ajuste de cuentas entre los miembros de la Concesionaria.

Este proceder que contraría principios esenciales de la contratación pública como la moralidad administrativa, la transparencia y la objetividad, de Odebrecht y sus socios o filiales se confesó por éstos, respecto de los hechos que relacionó el acuerdo de cooperación con los Estados Unidos, que incluye los actos de corrupción en Colombia, que corresponden a la adjudicación, a los otrosíes del contrato objeto de esta controversia y que puntualizan el elemento doloso y a sabiendas para estas conductas.



ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

Respecto de EPISOL la prueba documental de la investigación que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio, el memorando de entendimiento previo a la adjudicación suscrito entre CORFICOLOMBIANA y ODEBRECHT, las sentencias emitidas por la justicia penal, la autoridad disciplinaria y el Consejo de Estado, el acuerdo de entendimiento, el **“Contrato de Transacción”** y las declaraciones que obran en el plenario, demuestran su participación activa, dolosa y a sabiendas para el pago de sobornos y para viciar todos los negocios. Así mismo, se evidencia la omisión de la debida diligencia del representante legal de la matriz y propietaria de EPISOL, para evitar pagos indebidos, puesto que prefirió autorizarlos, ignorar las posibles anomalías que le fueron comunicadas previamente y adoptar medidas de vigilancia y control.

En este punto se reitera lo analizado previamente en el numeral 2º respecto de este documento, celebrado el 11 de marzo de 2016 entre las sociedades ODEBRECHT y EPISOL en virtud del cual se analizó y discutió la pertinencia de varios desembolsos realizados por la concesionaria y el consorcio constructor a favor de terceros, que a juicio de EPISOL y CORFICOLOMBIANA resultaban **“innecesarios”** para el desarrollo y la correcta ejecución del proyecto, creándose una gerencia de conformidad y un comité de gerencia de conformidades, para que ejercieran un control previo de los pagos, que resultó inoperante y soslayaba otras medidas de vigilancia y control efectivas.

Igualmente, ante las conductas analizadas en ese mismo numeral 2º respecto de los socios de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., que igualmente integran la Promesa de Sociedad que se constituyó para la adjudicación y del Epecista CONSOL, no es procedente el reconocimiento de ningún derecho a título de restituciones para la Concesionaria, ni para las sociedades que la conforman por los vicios de nulidad absoluta del contrato de concesión No. 001 de 2010, dado que éstos actuaron a sabiendas de las ilicitudes que configuran la causa y objeto ilícitos, la desviación de poder y la actuación contra prohibición ilegal.



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

Respecto de la sociedad CSS Constructores al tenor de lo previsto en el artículo 7º de la Ley 80 de 1993 y como lo interpreta la jurisprudencia<sup>116</sup>, ésta no estaba autorizada para desatender la responsabilidad solidaria que asumió desde la constitución de la Promesa de Sociedad Futura, puesto que era una de las condiciones que previamente estipuló el pliego de condiciones, obligación que permaneció incólume al conformarse la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., y por ende, su situación jurídica es la de un consorcio, que atribuye a sus accionistas una responsabilidad solidaria por todas las actuaciones, hechos y omisiones de sus integrantes que se presenten en el desarrollo de la propuesta y en la ejecución, razón por la cual esta Sociedad no podía ser ajena a los problemas de financiación del negocio jurídico 001 de 2010 al igual que EPISOL tampoco demostró ninguna medida de vigilancia y control como accionista.

Por consiguiente, al configurarse el actuar a sabiendas en relación con las causales que generan la nulidad absoluta del contrato objeto del proceso arbitral, respecto de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., las sociedades que la conforman y CORFICOLOMBIANA, no podrían beneficiarse de restituciones económicas adicionales a las sumas ya pagadas con cargo a la Fiducia del proyecto y menos aún con cargo al presupuesto de la ANI.

**3.6 BASES TÉCNICAS Y FINANCIERAS PARA LA DETERMINACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS ECONÓMICAS DERIVADAS DE LA NULIDAD ABSOLUTA**

No obstante que en criterio del Ministerio Público no hay lugar a reconocimientos y pagos adicionales derivados del proyecto ruta del sol, sector 2, sobre las bases contables, técnicas de la ejecución contractual y las financieras existentes en el manejo de los recursos públicos, se tiene que en el proceso arbitral se decretaron y practicaron experticias por parte de FTI Consulting, BDO, Duff & Phelps y la interventoría.

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

---

<sup>116</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourt, sentencia del 1º de agosto de 2016, radicación N° 25000-23-26-000-2000-2000-01778 (29204); concepto N° 1283, de 4 de septiembre de 2000, Consejero Ponente: Augusto Trejos Trujillo,



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

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, por lo siguiente:

- La metodología que uso para el cálculo de cantidades de obra<sup>[3]</sup> del pavimento involucra parámetros cuantitativos que evalúan las diversas variables presentes en la construcción de una vía nueva, dividiendo este proceso en cuatro etapas para determinar los cálculos de los componentes que hacen parte de la estructura de pavimento diseñado, y materializado en terreno; e igual procedimiento para la rehabilitación y mejoramiento de la vía existente.
- Igualmente, la metodología también tuvo en cuenta parámetros cualitativos tales como revisión de diseños (estructural del pavimento y geométrico, estructuras, etc.).
- Realizó cálculo de cantidades de acuerdo a las especificaciones técnicas de INVIAS, verificación de cumplimiento de las especificaciones técnicas (indicadores de calidad), recorridos por el campo para revalidación de parámetros de diseño y estado actual de las obras.
- Adicionalmente para la rehabilitación y mejoramiento de la vía existente, tuvo en cuenta el inventario de daño presentado, solución de la rehabilitación, transporte de materiales, estructuras (puentes nuevos y existentes), drenajes, muros, señalización accesos, peajes, entre otros, etc.

---

<sup>[3]</sup> Componentes de obras para la Troncal y Transversal: Construcción rehabilitación y mejoramiento de calzadas; estructuras; drenajes; señalización y seguridad vial; interferencia de redes y red de fibra óptica; peajes y áreas de servicio y accesos. Así como las obras de tipo ambiental.



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

- Así mismo, dicho peritaje estimó las obras inconclusas expuestas a condiciones de intemperismo y erosión desde diciembre de 2016.

Por lo anterior, el ejercicio realizado por la interventoría es más completo, objetivo y genera mayor confiabilidad, recalcando que fueron los encargados de hacerle seguimiento y control a la ejecución del proyecto en todos los aspectos técnicos, hasta cuando las partes determinaron liquidar el contrato de concesión.

Finalmente, la recusación a la interventoría no está acreditada por pruebas de conceptos a la ANI que en situaciones concretas generen conflictos de interés.

Por el contrario, el informe pericial de FTI Consulting de abril 4 de 2018 en relación con la determinación del capex, desde el punto de vista financiero y técnico, evidencia incertidumbre por lo siguiente:

- El informe de FTI Consulting calculó el valor del CAPEX en pesos constantes de diciembre de 2017 en \$4'340.329'000.000 (resulta menor que el valor de los costos, gastos e inversiones calculado por BDO, porque no tiene en cuenta el OPEX), pero no hace cálculos respecto de la remuneración recibida por el contratista.

- FTI, no fue al terreno a verificar y cuantificar las cantidades de obras ejecutadas, y se basó en documentos existentes, entregados por la Concesionaria.

- Para obtener el resultado del peritaje, usó un Modelo Estadístico de Muestreo Aleatorio; y específicamente consideró el uso de los métodos conceptuales (probabilístico).

- Seleccionó como alternativa el uso de estrategias de muestreo para la estimación.

- En resumen, utilizó una metodología Matemática – Estadística.



ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

- El perito precisa que el modelo propuesto no permite la estimación por tramo, por hito o por obra; lo cual es una limitante, debido al tiempo otorgado para rendir la experticia.

Sobre el informe pericial rendido por Duff & Phelps las observaciones técnicas pertinentes para la valoración de esta experticia, son:

- Dada la magnitud y complejidad del proyecto, teniendo en cuenta que se pretende compensar al Concesionario con importantes recursos del Estado Colombiano, desde el punto de vista técnico de la ingeniería civil, el perito experto en las respuestas asociadas al CAPEX (inversión en obras, etc.), no desarrolló una labor exhaustiva que de confiabilidad plena a los resultados expuestos por él.
- No se concibe técnicamente, que un concepto de peritaje se plasme sin dar la cobertura total a todos los componentes de obra; y, por el contrario, se emita concepto tomando solo unas cuantas muestras de éste.
- Sobre lo anterior, el mismo perito experto, en su primer informe del 19 de mayo de 2019, precisa entre otros, que para el caso de las explanaciones<sup>[1]</sup>, solo se realizaron los cálculos y verificación documental para el 77.11% de los hitos, y el 60% de los puentes nuevos y existentes en términos de luz de puente, 28 puentes de un total de 184 (15,22%) y en términos de superficie del tablero, 32.475 m<sup>2</sup> de los 59.456,15 m<sup>2</sup> existentes (54,62%).
- Así mismo, se reitera, que si bien es cierto, el perito experto, da respuesta a las diferentes preguntas asociadas al tema del CAPEX, basado en los distintos documentos<sup>[2]</sup> a los que tuvo acceso; técnicamente se advierte que, por parte del perito experto, no se evidencia que haya realizado el ejercicio de **comprobar la veracidad de los documentos**, confrontando con lo ejecutado en el terreno, en lo que concierne a las cantidades de obras ejecutadas y las que se dejaron de ejecutar para la terminación total del proyecto, con corte a 20 de octubre de 2017.

---

<sup>[1]</sup> Actividades relacionadas con el movimiento de tierras, tales como desmontes, descapotes, rellenos, mejoramiento de terraplenes y estabilización de taludes.

<sup>[2]</sup> Entre otros, todos los informes de interventoría, el acta de reversión, etc.



## ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

En consecuencia, técnicamente el peritaje no dio el suficiente alcance y adolece de insuficiencia en la investigación, toda vez que se realizaron cálculos numéricos, generándose resultados incompletos.

Del dictamen pericial rendido por BDO, las observaciones son:

- No deberá ser tenido en cuenta por los árbitros del tribunal, puesto que fue elaborado **de acuerdo con los registros contables** de Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., los cuales, **en el año 2016 tuvieron abstención de opinión por parte del revisor fiscal y los que corresponden al año 2017 estaban, apenas, “en proceso de emisión”**; de tal forma que la información utilizada por BDO no brinda garantía alguna de confiabilidad.

En la determinación de los efectos económicos derivados de la declaratoria de nulidad absoluta, es importante considerar como una contingencia judicial, la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el curso de la acción popular referida en precedencia, que ordenó “... a la Agencia Nacional de Infraestructura, ANI, que cualquier saldo que resulte a favor de la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. como producto de la liquidación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, en el marco del Tribunal de Arbitramento del Centro de Conciliación y Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá (radicados Nos. 4190 y 4209), o bajo otra modalidad distinta de arreglo o conforme a cualquier otra instancia de solución de controversias, quedará afectado con destino al pago de la condena que se impone en esta sentencia, salvo que se pruebe que ya se haya satisfecho el monto de la misma, y las sumas respectivas deberán ser consignadas a órdenes de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca<sup>117</sup> en la Cuenta de Depósitos Judiciales No. 250001025001 del Banco Agrario de Colombia, limitadas al monto de la condena impuesta en esta sentencia.”

#### 4. CONSIDERACIÓN FINAL DEL MINISTERIO PÚBLICO SOBRE EL DEBIDO PROCESO

Sobre la aplicación del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, se denota una dificultad sustancial y procesal insoslayable, para aquellos procesos que se encontraban en curso al momento de entrada

---

<sup>117</sup> Dirección Ejecutiva Seccional Bogotá y Cundinamarca - Tribunal Administrativo de Cundinamarca, N.I.T 800165862-2



#### ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

EXPEDIENTES: 4190 Y 4209

en vigencia de la ley, el día 15 de enero de 2018. Ello no sucederá para nuevos procesos de arbitramento, allí la aplicación de esta norma será pacífica porque las partes convocadas y convocantes, así como, los terceros de buena fe e inversionistas que protege esa disposición tendrán al momento de formular sus pretensiones o *petitum*, en el desarrollo del proceso y las pruebas que se soliciten y practiquen, podrán disponerse para asegurar las finalidades de esta ley. Y las partes convocadas ejercerán en ese marco su derecho de defensa y a un debido proceso.

Sin embargo, aquí para un caso como el que nos ocupa, la aplicación de la Ley 1882 de 2018, sin pretensiones que la respalden y sin reclamaciones de pago, sin oposición a los mismas, bajo los nuevos lineamientos legales, deja al Tribunal de Arbitramento sin un sustento para adicionar nuevas pretensiones de la controversia arbitral y para poder fallar bajo el principio de congruencia y dentro de la competencia que delimita el Estatuto Arbitral Ley 1563 de 2012.

Para subsanar lo anterior, no se observó en este caso una adecuación de las pretensiones a las prescripciones de la Ley 1882 de 2018. Ello se hubiera podido hacer por las partes y terceros, incluso a la luz de la sentencia C-207 de 2019, toda vez que al momento en que se conoció esa sentencia estaba aún en desarrollo del periodo probatorio. Teniendo en cuenta que lo anterior no se dio, aplicar en las condiciones actuales esa ley podría violar el debido proceso y el derecho de defensa de la ANI.

Sin embargo, en el evento de que se considere que la ANI sea el patrimonio público responsable de pagos directos, es imperativo entonces disponer la correspondiente liquidación de perjuicios para que opere la compensación que pretendería esa Agencia por ese concepto.

#### CONCLUSIONES

A. 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



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

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.

B. 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 Setecientos Noventa y Ocho Mil Millones, Ochocientos Veintitrés Millones, Trescientos Veintiocho Mil Trescientos Sesenta y Tres Pesos M/Cte \$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.

C. En desarrollo de este proceso la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., sus sociedades: i) Constructora Norberto Odebrecht S.A.; ii) Odebrecht InveStimentos Em Infra-Estructura Ltda.; iii) Estudios y Proyectos del Sol S.A. - EPISOL S.A.; y, iv) CSS Constructores S.A., y CORFICOLOMBIANA 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.

D. 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.

E. 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.

F. Como consecuencia de lo anterior, el Ministerio Público solicita rechazar las reclamaciones económicas que han sido formuladas en este Tribunal de Arbitramento y que ascendían en sus inicios a Setecientos Noventa y Ocho Mil Millones, Ochocientos Veintitrés Millones, Trescientos Veintiocho Mil Trescientos Sesenta y Tres Pesos M/Cte \$798.823.328.363. Adicionalmente, se



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

solicita rechazar nuevas reclamaciones económicas o pretensiones que puedan surgir de la aplicación del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, teniendo en cuenta la sujeción al *petitum* del arbitramento que se le impone a este Tribunal, la sujeción al principio de congruencia y a las reglas de competencia de conformidad con la Ley 1563 de 2012, que rige las controversias arbitrales y que impone limitar los laudos a las pretensiones de la demanda y su reconvencción.

G. 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.

H. De acuerdo con lo establecido en el inciso 1º del párrafo 2º del artículo 20 de la ley 1882 de 2018 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.

I. Con todo lo anterior el Ministerio Público deja sentado que este fue un contrato *celebrado para la corrupción*. Según se analizó dos o más particulares y varios servidores públicos, pactan la comisión de múltiples actos de corrupción. Consistentes en influir u obtener indebidamente la adjudicación o la celebración de diversos contratos o negocios jurídicos, para que mediante figuras jurídicas, que tienen una apariencia de probidad, tales como: comisiones, corretaje, asesorías, consultorías, agenciamiento, o lobbying y un largo etcétera. Incluso se usaron pactos de transparencia, códigos de ética “ejemplares”, memorandos de entendimiento y transacciones. Todas estas figuras revestidas de objetos y negocios jurídicos complementarios, con aparente legalidad.

### **CONCEPTO EN SENTIDO ESTRICTO**

Por lo expuesto en las consideraciones precedentes se conceptúa, en síntesis, lo siguiente: de una parte, como se expuso en las conclusiones, en defensa del interés general, del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos y las garantías fundamentales, esta Agencia considera que debe accederse parcialmente a las pretensiones de la demanda de reconvencción reformada y solicitada por el propio Ministerio Público, en lo atinente a que se declare la nulidad del contrato



**ARBITRAJE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**EXPEDIENTES: 4190 Y 4209**

y de todos sus instrumentos negociales, tales como los otrosíes, el acuerdo de terminación y el contrato de estabilidad jurídica, negando cualquier reconocimiento económico adicional. De otra parte, que no le asiste fundamento fáctico ni jurídico a las pretensiones de la demanda inicial según el Expediente No. 4190 acumulado; por ello, esta Agencia del Ministerio Público, en defensa de los mismos valores, principios y derechos, solicita en forma respetuosa al Tribunal que se nieguen las pretensiones de esta controversia.

Respetuosamente,

**IVÁN DARÍO GÓMEZ LEE**  
**Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa**