



Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
 Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –  
 EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

**CONSEJO DE ESTADO  
 SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
 SECCIÓN QUINTA**

**Magistrada Ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE**

Bogotá D.C., veintisiete (27) de febrero de dos mil veinte (2020)

**Referencia:** TUTELA  
**Radicados:** 110010315000201905083-00; PRINCIPAL - ACUMULADOS:  
 1100010315000201905247-00; 1100010315000201905253-00  
 1100010315000201905341-00; y 110010315000202000211-00  
**Accionantes:** ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A.S. EPISOL S.A.S. Y  
 OTROS  
**Accionado:** TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE LA CÁMARA DE COMERCIO  
 DE BOGOTÁ  
**Temas:** Acción de tutela contra laudos arbitrales – legitimación en la causa  
 por activa - requisitos de procedibilidad adjetiva – competencia del  
 Tribunal de Arbitramento para declarar la nulidad absoluta del  
 contrato estatal - idoneidad del recurso extraordinario de anulación  
 – derecho al buen nombre.

**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

**OBJETO DE LA DECISIÓN**

La Sala resuelve la solicitud formulada por la sociedad **Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –EPISOL S.A.S.–**, en ejercicio de la acción de tutela consagrada en la Constitución Política, artículo 86, y desarrollada en los Decretos 2591 de 1991 y 1069 de 2015.

Así mismo, se pronuncia sobre las demandas que, en ejercicio de esta acción constitucional, presentaron las siguientes entidades financieras y las sociedades que participan en la composición accionaria de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S: *i)* Banco de Occidente S.A.; *ii)* Bancolombia S.A.; *iii)* Banco Davivienda S.A.; *iv)* Norberto Odebrecht S.A. y Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S.; y *v)* Banco de Bogota S.A., Banco Popular S. A. y Banco A.V. Villas S.A., que fueron acumuladas a la demanda inicial, por identidad de situación fáctica, *causa petendi* y autoridad accionada.





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. -  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

## I. ANTECEDENTES

### 1.1. Solicitud de amparo

1. Mediante escrito radicado el **3 de diciembre de 2019**<sup>1</sup>, en la Secretaría General del Consejo de Estado, la sociedad **Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. - EPISOL S.A.S.**, por intermedio de apoderada judicial, ejerció acción de tutela contra el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá, integrado por los árbitros Catalina Hoyos Jiménez, Jorge Enrique Ibañez Najar y Carlos Mauricio González Arévalo, convocado para dirimir las controversias contractuales suscitadas durante la ejecución del contrato de Concesión No. 001 de 2010, celebrado entre la sociedad **Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI**, con el fin de obtener la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al buen nombre ("Good Will").

2. Tales derechos los consideró vulnerados con ocasión del Laudo Arbitral dictado por el Tribunal de Arbitramento referido el **6 de agosto de 2019**, aclarado mediante Auto No. 112 del **16 de agosto de 2019**.

### 1.2. Pretensiones

3. A título de amparo constitucional, la sociedad accionante solicitó:

*"PRIMERA. Dejar sin efectos el Laudo Arbitral proferido el pasado 6 de agosto de 2019 por parte del Tribunal de Arbitramento compuesto por los doctores JORGE ENRIQUE IBAÑEZ NAJAR, Árbitro Presidente, CATALINA HOYOS JIMÉNEZ y CARLOS MAURICIO GONZÁLEZ ARÉVALO.*

*SEGUNDA. Como consecuencia de la petición anterior, se sirva proferir una SENTENCIA SUSTITUTIVA en la cual se liquide y/o fijen los efectos económicos del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, de conformidad con el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 y la Sentencia C-207 de 2019 proferida por la Corte Constitucional*

*PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA SEGUNDA PRINCIPAL. Que si no se accede a la petición anterior, y en aras de que no se vulnere el derecho al acceso a la administración de justicia, el Juez Constitucional PRESERVE a las partes el derecho de acción para iniciar un nuevo Tribunal de Arbitramento en el que se solicite la liquidación y/o fijen los efectos económicos del Contrato de Concesión N° 001 de 2010, de conformidad con el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 y la sentencia C-207 de 2019 proferida por la Corte Constitucional"*<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Ver folio 1 del expediente de tutela.

<sup>2</sup> Folio 8 del expediente del Tribunal.





### 1.3. Hechos probados y/o admitidos

La Sala encontró demostrados los hechos que a continuación se relacionan, los cuales son relevantes para la decisión que se adoptará en la sentencia:

#### 1.3.1. Hechos relacionados con la celebración del contrato de concesión

4. El 24 de diciembre de 2009, previa adjudicación de la Licitación Pública SEA-LP-0001-2009 al proponente Promesa de Sociedad Futura Ruta del Sol S.A.S., se constituyó la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., con las siguientes participaciones: Constructora Norberto Odebrecht S.A. (25.01%), Odebrecht Inversiones Em Infraestructura Ltda. (37%), Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. - EPISOL (33%) y CSS Constructores S.A., en un (4.99%).

5. El 14 de enero de 2010, el entonces Instituto Nacional de Concesiones - INCO y la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., celebraron el contrato de concesión No. 001 de 2010, del proyecto vial Sector 2, el cual tenía el siguiente objeto:

*"... el concesionario por su cuenta y riesgo elabore los diseños, financie, obtenga licencias ambientales y demás permisos, adquiera los predios, rehabilite, construya, mejore, opere y mantenga el sector.*

*(a) La contraprestación del concesionario consistirá en (i) los aportes de INCO al Patrimonio Autónomo en los términos señalados en la sección 13.03 del contrato, y (ii) los ingresos provenientes del recaudo del peaje, en los términos señalados en la Sección 13.05 del presente contrato.*

*(b) La concesión incluye la ejecución completa en los plazos previstos de (i) las obligaciones señaladas en la Sección 2.02 que deberán ejecutarse durante la fase de Preconstrucción, (ii) las Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento, cumpliendo plenamente con lo previsto en las Especificaciones técnicas y los demás documentos que hacen parte de este Contrato de Concesión; (iii) las obras de mantenimiento cumpliendo plenamente con lo previsto en las Especificaciones Técnicas y los demás documentos que hacen parte de este contrato; (iv) las obligaciones de Operación conforme a las especificaciones técnicas y los demás documentos que hacen parte de este Contrato de Concesión; y (v) las demás obligaciones previstas en el presente contrato, incluyendo pero sin limitarse a las obligaciones Ambientales y de Gestión Social, así como la gestión y adquisición predial. Todas las obligaciones mencionadas en el presente contrato son obligaciones de resultado a cargo del concesionario.*

*C) Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Aplicable, el concesionario podrá usar para fines comerciales y publicitarios los activos concesionados así como los bienes inmuebles (incluyendo los inmuebles por adhesión o accesión) o muebles que formen parte del Sector que hayan sido construidos por el concesionario o que hayan sido entregados por el INCO en concesión, en desarrollo del presente contrato, en los términos y condiciones expresamente previstos en el presente contrato, en particular el Apéndice Técnico y en la Ley aplicable.*





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

d) *El alcance físico del Sector aparece indicado en el apéndice técnico.*<sup>3</sup>

6. Con ocasión de la expedición del Decreto No. 4165 del 3 de noviembre de 2011, se cambió la naturaleza jurídica del Instituto Nacional de Concesiones – INCO, de establecimiento público a Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica, denominada Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, por lo que a partir de dicha reglamentación pasó a ser la entidad concedente del Contrato No. 001 de 2010.

7. En el mes de enero de 2011, Odebrecht Invetimentos Em Infraestruturta Ltda., cambió su razón social y transformó su naturaleza societaria a Odebrecht Participaciones e Invetimentos S.A.

8. Posteriormente, el 3 de abril de 2013 se constituyó la sociedad Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S., como filial de Odebrecht Participaciones e Invetimentos S.A.

9. La sociedad Odebrecht Participaciones e Invetimentos S.A. transfirió sus acciones en la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., a su filial Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S., transferencia que fue registrada el 19 noviembre 2015 en el Libro de Registro de Accionistas de la concesionaria. Esta negociación fue aprobada por la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI, dejando claro que Odebrecht Participaciones e Invetimentos S.A., mantendría la situación de control sobre su filial, garantizando las condiciones establecidas en el Contrato de Concesión 001 de 2010.

10. Mediante comunicación S-2015-011201 y, posteriormente, en reunión celebrada el 21 de febrero de 2016, la Concesionaria le notificó a la Agencia Nacional de Infraestructura ANI la transferencia de acciones de Odebrecht Participaciones e Invetimentos S.A. a su filial Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S.

11. El Contrato de Concesión No. 001 de 2010, fue modificado por las partes, mediante los "Otrosíes No. 1 a 10", suscritos entre los años 2013 y 2016.

12. Las partes contratantes suscribieron el Acuerdo del 22 de marzo de 2017, modificado el 27 de marzo del mismo año, en el que por mutuo consenso pactaron la terminación del contrato, fijaron un período de transición y definieron una fórmula de liquidación, que se comprometieron a someter a la aprobación del juez competente.

<sup>3</sup> El contrato de concesión fue allegado al proceso en el disco duro compacto que la actora aportó al proceso.





794

Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. -  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

### 1.3.2. Cláusula compromisoria y convocatoria del tribunal de arbitramento

13. En la sección 18.02 del contrato de concesión, se pactó cláusula compromisoria, con fundamento en la cual la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., presentó dos solicitudes, al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, para la integración de sendos tribunales de arbitramento que tenían por objeto dirimir las controversias suscitadas entre las partes, convocando a la entidad pública contratante Agencia Nacional de Infraestructura - ANI.

14. La primer demanda arbitral fue presentada el 6 de agosto de 2015 y se tramitó bajo el radicado No. 4190 y en ella la parte actora solicitó como pretensión principal que se declarara que el contrato estaba vigente y vinculaba a las partes, así como que el plan de obras presentado por la concesionaria Ruta del Sol S.A.S., el 4 de junio de 2015 a la ANI, al igual que las fechas máximas de inicio de operaciones de los tramos 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7 se encontraban vigentes y, por ende, eran obligatorias para las partes, de conformidad con la sección 8.12 del Contrato de Concesión 01 de 2010.

15. Así mismo, pretendió que se declarara que la Agencia Nacional de Infraestructura ANI incumplió el contrato de concesión, al desconocer el plan de obras presentado por la Concesionaria el 4 de junio de 2015, así como las fechas máximas de inicio de operación de los tramos 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7 del referido contrato.

16. Como pretensión subsidiaria de la primera, solicitó que se declarara que, con posterioridad al 30 de noviembre de 2012, han continuado varios de los eventos eximentes de responsabilidad que se reconocieron en los "otro sí" No. 2 del 5 de abril de 2013 y No. 4 del 18 de octubre de 2013 y que se han presentado, adicionalmente, otros eventos eximentes de responsabilidad, reconocidos por la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI.

17. La segunda convocatoria, fue instaurada el 19 de agosto de la misma anualidad y se identificó con el No. 4209 en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y en ella la parte convocante, adicionalmente, solicitó que se restableciera el equilibrio económico del contrato y se le reconocieran a la contratista todos los gastos en que incurrió con ocasión del cumplimiento del contrato de concesión, sumas que relacionó en las pretensiones de la demanda.

18. Los procesos anteriores se surtieron de forma independiente desde su inicio hasta el 5 de septiembre de 2016, fecha en la cual el Tribunal Arbitral del expediente No. 4190, mediante Auto No. 25, ordenó la acumulación del expediente No. 4209 al primero, por lo que se continuaron tramitando bajo la misma cuerda procesal.





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

19. A los procesos arbitrales acumulados fueron convocados, como litisconsortes cuasinecesarios, las siguientes personas jurídicas: *i)* Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –EPISOL S.A.S.–; *ii)* Constructora Norberto Odebrecht S.A.; *iii)* Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S. y *iv)* CSS Constructores S.A.

20. Así mismo, se aceptó la intervención, en calidad de coadyuvantes de la convocante Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., de la siguientes entidades financieras: *i)* Bancolombia S.A., *ii)* Banco Davivienda S.A.; *iii)* Banco de Bogotá S.A., *iv)* Banco de Occidente S.A.; *v)* Banco Popular S.A.; *vi)* Banco A.V. Villas S.A.; *vii)* Itaú Corpbanca Colombia S.A.; *viii)* Patrimonio Autónomo Fideicomiso Ruta del Sol – Sector II, representado por su vocera Fiduciaria Corficolombiana S.A.

21. Como sujetos especiales, actuaron en el proceso: *i)* la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado; y *ii)* el Ministerio Público, para este proceso representado por el Agente Especial designado por el Procurador General de la Nación, Iván Darío Gómez Lee.

22. En audiencia pública llevada a cabo el 6 de abril de 2017, el Tribunal dispuso citar a la Compañía Mundial de Seguros S.A. y a la sociedad Seguros Confianza S.A., para que manifestaran si era de su interés intervenir en el proceso. Además, convocó a las personas jurídicas socias de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., para que, en su condición de litisconsortes cuasinecesarios de la convocante, manifestaran si era de su interés intervenir en el proceso. Igual citación se hizo al Consorcio Constructor – Consol, el cual ejecutó la obra de construcción.

23. Las sociedades Episol S.A.S. y CSS Constructores S.A., manifestaron en sus memoriales, radicados en el proceso arbitral el 19 de mayo de 2017, que no participarían en ese momento en el proceso arbitral, no obstante lo cual se reservaron el derecho de hacerlo posteriormente.

24. A continuación, se llevó a cabo la audiencia de conciliación, la cual se adelantó en varias sesiones, en las que se debatió sobre el acuerdo de terminación anticipada y liquidación del contrato que presentaron las partes para su consideración y aprobación, en relación con el cual éstas consideraron que debía ser objeto de modificaciones, solicitando plazos para llevar a cabo las negociaciones respectivas. Finalmente, ante la imposibilidad de que las contratantes llegaran a un consenso, se declaró fallida esta etapa del trámite y se dispuso la continuación del proceso, previa reinstalación del Tribunal y fijación de los honorarios y costos.

25. La primera audiencia de trámite se surtió en sesiones adelantadas entre el 3 de octubre y el 7 de diciembre de 2017. El 3 de octubre de 2017 (Acta 49), el Tribunal profirió el Auto No. 63, por medio del cual se declaró competente para





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. -  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

conocer y decidir las pretensiones formuladas por la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., contenidas en las demandas integrales reformadas de los procesos arbitrales Nos. 4190 y 4209, y las pretensiones formuladas por la ANI en su demanda reformada de reconvenición. Contra el Auto No. 63, mediante el cual el Tribunal asumió competencia, no se interpuso recurso alguno.

26. Durante la primera audiencia de trámite, las sociedades Estudios y Proyectos del Sol - Episol S.A.S.,<sup>4</sup> Constructora Norberto Odebrecht S.A. - Sucursal Colombia y Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S., solicitaron que se tuvieran en cuenta sus intervenciones y presentaron demandas independientes, con pretensiones autónomas, de las cuales se corrió traslado a los demás intervinientes, etapa a partir de la cual se vincularon activamente al proceso arbitral.

27. En la continuación de la audiencia inicial, llevada a cabo el 7 de noviembre de 2017, se rechazaron por improcedentes las pretensiones principales y subsidiarias formuladas por las sociedades que fueron convocadas al proceso como litisconsortes cuasinecesarios, en consideración a que las mismas fueron formuladas en forma extemporánea, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 224 de la Ley 1437 de 2011, en tanto, había fenecido la oportunidad para incoar pretensiones autónomas, que correspondía a la audiencia inicial y, adicionalmente, había caducado la acción de controversias contractuales.

28. El auto fue recurrido en reposición, oportunidad en la que el Tribunal, mediante proveído del 28 de noviembre de 2008, dio aplicación a lo dispuesto por el artículo 62 del Código General del Proceso, que consagra la figura jurídica del litisconcorsio cuasinecesario, norma a la que remite la Ley 1563 de 2012.

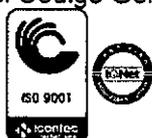
29. Surtido el trámite procesal, el Tribunal dictó el Laudo del 6 de agosto de 2019, en el que resolvió:

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

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

***TERCERA:** Abstenerse de condenar a la CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S al pago de perjuicios a favor de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA*

<sup>4</sup> Si bien esta sociedad en un principio manifestó que no intervendría en esa oportunidad, manifestó que se reservaba el derecho a hacerlo con posterioridad y, con fundamento en ello, con posterioridad, presentó pretensiones en autónomas, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 62 del Código General del Proceso.





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. -  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

– **ANI** por el decreto de las medidas cautelares adoptadas con el Auto No. 7 del 11 de noviembre de 2015 (Acta 4), confirmado por el Auto No. 8 del 1 diciembre 2015 (Acta No. 5), las cuales fueron levantadas por el Tribunal Arbitral de Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. contra la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI las cuales fueron levantadas de oficio mediante el Auto No. 34 del 17 enero 2017 (Acta No. 29), por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

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

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

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

**OCTAVA:** Como consecuencia de las decisiones **CUARTA** a **SEXTA** anteriores, negar las Pretensiones Principales tercera a quinta y todas las pretensiones subsidiarias de la demanda de reconvencción reformada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. Tribunal Arbitral de Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. contra la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI

**NOVENA:** Como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, sus Otrosíes y demás acuerdos contractuales, de conformidad con lo establecido en el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 y en estricto cumplimiento de la Sentencia C-207 de 2019 proferida por la Corte Constitucional, fijar en la suma de **DOSCIENTOS ONCE MIL DOSCIENTOS SETENTA Y TRES MILLONES, CUATROCIENTOS CINCO MIL QUINIENTOS SESENTA Y UN**





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. -  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

**PESOS (\$211.273.405.561), el valor de los reconocimientos que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI debe efectuar a favor de la CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.**

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

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

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

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

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

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

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

**DÉCIMA SÉPTIMA:** Disponer que, en su oportunidad, se devuelva, para su archivo, el expediente contentivo de este proceso arbitral al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.<sup>5</sup>

30. En relación con las decisiones adoptadas en el Laudo Arbitral del 6 de agosto de 2019, se presentaron las siguientes solicitudes de aclaración, adición y/o complementación:

30.1. El 13 de agosto de 2019, el apoderado de la sociedad CSS Constructores S.A., litisconsorte cuasinecesaria de la convocante

<sup>5</sup> La parte resolutive del Laudo Arbitral obra en el disco duro portátil que fue allegado al proceso la sociedad accionante.





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., radicó, oportunamente, memorial con el cual formuló solicitud de complementación.

30.2. El 14 de agosto de 2019, el apoderado de la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., formuló solicitudes de complementación, aclaración y corrección.

30.3. El 14 de agosto de 2019, el apoderado de las sociedades Constructora Odebrecht S.A. y Odebrecht Latinvest de Colombia S.A. que fueron vinculadas como litisconsortes cuasinecesarias de la convocante, formularon solicitudes de aclaración.

30.4. El 14 de agosto de 2019, la apoderada de la sociedad EPISOL S.A.S., litisconsorte cuasinecesaria de la convocante, formuló solicitudes de aclaración y de corrección.

30.5. El 14 de agosto de 2019, el apoderado de los bancos AV Villas S.A., Davivienda S.A., de Bogotá S.A., de Occidente S.A., Popular S.A., Bancolombia S.A. e Itaú Corpbanca Colombia S.A., terceros coadyuvantes de la convocante, formuló solicitud de aclaración, corrección y adición del Laudo Arbitral.

30.6. El 14 de agosto de 2019, la apoderada de la sociedad Fiduciaria Corficolombiana S.A., en su calidad de vocera del Patrimonio Autónomo Fideicomiso Ruta del Sol Sector 2, tercero coadyuvante de la convocante, formuló solicitudes de aclaración, corrección y adición.

30.7. El 14 de agosto de 2019, el señor apoderado de la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI radicó, oportunamente, memorial con el cual formuló solicitudes de aclaración y adición del Laudo.

30.8. El 14 de agosto de 2019, el apoderado de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado coadyuvó las solicitudes de aclaración y adición formuladas por la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI.

30.9. El 14 de agosto de 2019, el señor Agente del Ministerio Público, radicó oportunamente memorial con el cual formuló solicitud de aclaración, adición y corrección

31) Las solicitudes anteriores fueron resueltas por el Tribunal de Arbitramento, mediante Auto del 16 de agosto de 2019, en el que realizó algunas precisiones en torno a la forma como debe darse cumplimiento al Laudo Arbitral, específicamente, con respecto a las sumas de dinero que se deben desembolsar y la prelación de los créditos de los acreedores de buena fe.





797

Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

#### 1.4. Sustento de la solicitud

##### 1.4.1. Legitimación en la causa por activa

32. La sociedad Estudios y Proyectos del Sol – EPISOL S.A.S., señaló que ostentó la calidad de litisconsorte cuasinecesario dentro del trámite arbitral, en su condición de accionista minoritario de la Concesionaria Ruta del Sol II S.A.S., por lo que el Laudo surte efectos frente a ella, lo cual la legitima para ejercer la presente acción, en la que alega la vulneración de los derechos fundamentales de los cuales es titular.

##### 1.4.2. Sobre los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela

33. La parte actora afirmó que en el caso concreto concurren los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela.

34. En relación con la relevancia constitucional, consideró que se acredita por la vulneración de los derechos fundamentales cuya protección solicitó y por cuanto la autoridad accionada incurrió en varios defectos que afectan directamente el debido proceso y el acceso a la administración de justicia.

35. Consideró que concurría el requisito de subsidiariedad, por cuanto se agotaron en debida forma las solicitudes de aclaración, complementación y adición del fallo y, adicionalmente, aseveró que *“mi representada ha interpuesto el recurso de anulación contra el Laudo Arbitral del 6 de agosto de 2019 ante la Sección Tercera del Consejo de Estado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 40 y 41 de la Ley 1563 de 2012, recurso que se encuentra en trámite y se anexa al presente escrito.”*<sup>6</sup>

36. Aseveró que, no obstante lo anterior, el recurso de anulación no resulta idóneo para la protección de los derechos fundamentales vulnerados por el Tribunal de Arbitramento, toda vez que las causales habilitantes del mismo son taxativas, de naturaleza estrictamente procesal y limitan la protección a los aspectos expresamente consignados en las normas que lo consagran.

37. Advirtió que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido que el recurso de anulación no es el medio eficaz para proteger derechos fundamentales vulnerados con un Laudo Arbitral, en sustento de lo cual transcribió apartes del fallo del 11 de abril de 2019, proferido por la Sección Quinta, con ponencia del Magistrado Alberto Yepes Barreiro, Rad. 11001-03-15-000-2018-01610-01.

38. Con respecto al requisito de inmediatez, argumentó que si se atiende a la secuencia de las actuaciones procesales, se tiene que la audiencia en la que se resolvieron las solicitudes de aclaración, adición y complementación del Laudo, se

<sup>6</sup> Folio 24 del cuaderno número 1 del expediente de tutela.





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

surtieron el 16 de agosto de 2019, por lo que cumple a cabalidad con este requisito.

39. Señaló que las irregularidades de las que adolece el fallo no son simplemente procesales, sino que se generan como consecuencia de la violación de la ley aplicable en el caso concreto (Ley 1882 de 2018) y por la incursión en los defectos específicos que sustenta en esta oportunidad. Agregó que en el escrito que contiene la demanda de tutela sustenta, son suficiencia argumentativa, los hechos que generaron la vulneración.

#### 1.4.3. Requisitos especiales de procedencia de la acción de tutela

40. Argumentó que los supuestos que generan la vulneración son:

*"a) Haberse proferido una providencia judicial en la que de manera equivocada se valoró el material probatorio que obra en el expediente arbitral, así como ciertas decisiones severas adoptadas por el Tribunal; (i) sin contar con soporte probatorio, o (ii) con manipulación subjetiva del existente, apoyados simplemente en las creencias, opiniones y 'reservas' internas propias de los árbitros.*

*b) Haberse proferido el Laudo Arbitral en abierta contravención a la ley especial aplicable (parágrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882) e, incluso, tergiversar su contenido, sin ningún tipo de lógica jurídica.*

*c) Haberse desconocido la decisión de la Corte Constitucional contenida en la Sentencia C-207 de 2019, la cual declaró la exequibilidad condicionada del parágrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882, haberse desconocido parámetros de liquidación contenidos en la ley y la sentencia mencionadas y haberse procedido a interpretar preceptos que no necesitan ningún tipo de apreciación, al ser absolutamente claros, con el único fin de modificar sus efectos.*

*d) Haberse desconocido los precedentes jurisprudenciales tanto del Consejo de Estado, como de la Corte Suprema de Justicia y sin ningún aval probatorio, sus propias tesis que son contrarias a las fijadas por los altos tribunales."<sup>7</sup>*

41. Con fundamento en ello, alegó los siguientes defectos:

##### 1.4.3.1. Defecto material o sustantivo

42. Sustentó este defecto en el desconocimiento por parte de la autoridad arbitral accionada del parágrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018<sup>8</sup>, respecto de

<sup>7</sup> Folios 27 y 28 del cuaderno número 1 del expediente de tutela.

<sup>8</sup> La norma en cuestión establece: **PARÁGRAFO 1.** <Inciso **CONDICIONALMENTE** exequible> 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





790

Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

las restituciones mutuas, cuando el contrato estatal es declarado nulo, así como no haberse tenido en cuenta la Sentencia C-207 de 2019, dictada por la Corte Constitucional, que declaró la exequibilidad condicionada del citado artículo.

43. Afirmó que el desconocimiento del precepto citado se encuentra acreditado por no haber tenido en cuenta las cifras establecidas por el interventor y por los peritos designados en el proceso. Al respecto, señaló que se contaba con el dictamen pericial de la firma Duff & Phelps, en relación con el cual no prosperó la objeción por error grave, no obstante lo cual la autoridad accionada realizó sus propios cálculos.

44. Consideró que, con ocasión de la determinación de las cifras que corresponden a liquidación y compensación, que fueron establecidas por un tercero experto, la autoridad accionada incurrió en una incongruencia, por cuanto al resolver la objeción por error grave, consideró que la metodología empleada por el perito era adecuada y, sin embargo, "para 'autohabilitarse' como tercero experto el Tribunal cuestiona la metodología de valoración del CAPEX<sup>9</sup> de D&P, alegando que la contabilidad no le 'generaba confiabilidad'.

*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. **<Aparte tachado INEXEQUIBLE> 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."*

<sup>9</sup> El CAPEX recibe su nombre por sus siglas en inglés "Capital Expenditure" y se refiere al gasto que realiza una compañía en bienes de equipo para mejorar sus ingresos a través del incremento de la productividad.

<https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/normativas/conpes3714.pdf>.





45. Argumentó que tal consideración resultaba ajena a la realidad fáctica y probatoria, toda vez que la contabilidad no fue tachada de falsa, lo que le imponía a la autoridad judicial acogerla en forma integral al momento de realizar los cálculos y adoptar las decisiones.

46. Consideró que, si la prueba pericial no resultaba suficiente, el Tribunal ha debido declarar nulo el contrato de concesión y abstenerse de efectuar liquidación del mismo y restituciones mutuas, de manera que las partes, en un proceso arbitral diferente, pudieran solicitar los reconocimientos.

47. Agregó que la autoridad accionada incurrió en el mismo defecto sustantivo en relación con *“el no reconocimiento de los montos adeudados en favor de los terceros de buena fe”*. Sobre esta alegación, transcribió los principales apartes de la sentencia de constitucionalidad –C-207 de 2019–, en los que la Corte Constitucional señaló la importancia de proteger el principio de buena fe y realizar el direccionamiento de recursos para el pago de las deudas que el proyecto haya adquirido.

48. Precisó que, el desconocimiento de lo dispuesto por la norma jurídica en la que se sustenta el cargo y de las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional, se refleja en la negativa de reconocer las obras ejecutadas a satisfacción y su recibo por la entidad contratante, puestas en operación y al servicio del interés general, cuyo reconocimiento, en consecuencia, resultaba imperativo.

49. Hizo énfasis en que, si bien se reconocieron los derechos de los terceros de buena fe, lo cierto es que se les dejó sin la posibilidad de acceso real y efectivo, por haber decretado descuentos no permitidos por el ordenamiento jurídico, los cuales no fueron validados por un tercero experto, como lo exige la norma cuya inadecuada interpretación y aplicación constituye el sustento del cargo, quien, por el contrario, certificó el monto integral de la deuda, lo que ha debido acogerse sin consideraciones ni operaciones aritméticas adicionales.

#### 1.4.3.2. Defecto fáctico

50. Con respecto a esta causal específica de procedibilidad de la acción de tutela, la sociedad accionante aseveró que en el acápite en el que desarrolló el defecto sustantivo argumentó que éste se configuró por cuanto el Tribunal se apartó de los valores certificados por el tercero experto Duft & Phelps, por resultar ello violatorio de la ley, sustento jurídico que también se puede predicar en el defecto fáctico.

51. Señaló que, este defecto se configuró con relación a cada uno de los rubros en los que el Tribunal de Arbitramento se apartó de las conclusiones contenidas en el dictamen pericial, que corresponde a la siguiente relación:





51.1. **Respecto de la valoración del CAPEX:** por cuanto en el Laudo se señaló que los pactos económicos del contrato no correspondían a los precios del mercado, razón por la cual no procedían los reconocimientos que establece la Ley 1882 de 2018.

51.2. La decisión se adoptó, igualmente, en sentir de la accionante, sin sustento probatorio alguno, en la consideración de que los recursos de epecista<sup>10</sup>, sirvieron para diversos fines, entre ellos, el pago de "coimas", el reparto de excedentes de liquidez entre los socios y el pago de financiación de campañas políticas.

51.3. Sobre este ítem, concluyó que el Tribunal "se fundó en cálculos y cifras carentes de sustento probatorio, dando lugar a una providencia contraria a la abundante prueba obrante en el plenario, que releva a la entidad pública de la obligación legal de reconocer y a la concesionaria los montos resultantes de la aplicación de la fórmula legal contenida en el artículo 20 de la Ley 1882."<sup>11</sup>

51.4. **Respecto de la valoración del OPEX<sup>12</sup>:** afirmó que el Tribunal extrajo del peritaje de "BDO", que previamente había considerado como no confiable, el contenido del Anexo No. 5, que refleja erogaciones que no son admisibles según lo dispuesto por el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018.

51.5. Argumentó que, al haberse utilizado la prueba documental referida, para hacer los descuentos, no se respetaron las reglas de la sana crítica y de la adecuada apreciación de un peritaje que deben desecharse o aplicarse en su integridad.

51.6. **Sobre la valoración de los intereses:** consideró que el Tribunal no acreditó que "i) que el monto imputable a intereses no corresponde al componente de 'gastos' a que se refiere el parágrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, componente que debe ser reconocido en la fórmula de liquidación, pues se empleó para satisfacer el interés público; y ii) cuáles fueron esos supuestos fines distintos que no estaban destinados a satisfacer el interés general..."<sup>13</sup>

51.7. **Con respecto a la remuneración del contratista:** a su juicio, la autoridad arbitral accionada desconoció que el concepto de "remuneración al contratista" fue objeto de pacto expreso en el contrato, en la Sección

<sup>10</sup> EPC es el acrónimo de Engineering, Procurement and Construction. El epecista es la empresa que ofrece todos los servicios relacionados con el diseño, los suministros necesarios y la construcción de un proyecto.

<sup>11</sup> Ver folio 60 del cuaderno número 1 del expediente de tutela.

<sup>12</sup> Corresponde a la sigla "Operational expenditures", es un costo permanente para el funcionamiento de un producto, negocio o sistema.

<sup>13</sup> Folio 63 del cuaderno número 1 del expediente de tutela.



13.01, de tal manera que constituía una ley para las partes y no podía ser desconocido por el juez del contrato.

51.8. Consideró que se confundió el concepto de utilidad de la concesionaria con el de remuneración y, con ello, se desconoció que el único llamado a validar las cifras a reconocer era el tercero experto.

51.9. Refirió que el Tribunal excluyó la suma de \$567.984.102.076 del valor de la liquidación, la cual habría servido para atender las acreencias con terceros de buena fe.

51.10. **Los pagos efectuados por la ANI a la Concesionaria:** en este punto la accionante señaló que únicamente se tuvo en cuenta el documento aportado por la entidad pública en la que se relacionaron las cifras canceladas y, adicionalmente, el Tribunal lo valoró de manera indebida, toda vez que tuvo en cuenta rubros y montos que no se podían incluir en la liquidación.

51.11. Calificó como manifiesto el error en el que -en su sentir- incurrió el Tribunal *“pues dentro de los valores reportados por la ANI se encuentra el concepto: “Pagos a terceros de buena fe y rendimientos trasladados” que corresponden a los montos que fueron trasladados a la subcuenta de reversión a partir de marzo de 2017 de rendimientos financieros, para hacer pagos a acreedores de buena fe, incluidos dos giros a los Bancos, pero el panel desconoció que el 30 de junio de 2019 la subcuenta de reversión tenía un saldo de \$84.557 MM, por lo que tiene como pago a la concesionaria un saldo que ya se encontraba en dicha subcuenta y que es un monto que será utilizado para pagar el valor de la liquidación a favor de la concesionaria.”*<sup>14</sup>

51.12. **El deslinde entre la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y el Consorcio Constructor – CONSOL**

51.13. Sustentó este cargo en que en el Laudo Arbitral se sostuvo que, unos son los costos, gastos e inversiones de la concesionaria y otros son los del epecista, desconociendo que el EPC es el costo esencial del proyecto en el que incurre la Concesionaria.

51.14. **Violación al derecho fundamental a la honra por la configuración del defecto fáctico**

51.15. La actora afirmó que el Tribunal criticó la actuación de Episol, afirmando que actuó con negligencia en la ejecución del proyecto y que los socios de la Concesionaria, al repartirse los excedentes, actuaron con

<sup>14</sup> Folio 70 del cuaderno número 1 del expediente de tutela.



"fraude a la ley", sin que dichas afirmaciones tengan soporte probatorio alguno.

51.16. Hizo referencia a que en el Laudo se realizaron "aseveraciones maliciosas" que no incidían en la decisión ni guardaban relación con los aspectos discutidos en el proceso y que, por ende, no tuvieron ninguna consecuencia jurídica en los descuentos aplicados.

51.17. Para sustentar lo anterior, transcribió *in extenso* los apartes de la providencia que considera vulneratorios de sus derechos fundamentales, en los que se resaltan las afirmaciones que realiza el Tribunal sobre la presunta negligencia con la que actuó en la ejecución del contrato.

51.18. Consideró que el Tribunal realizó un significativo esfuerzo para afectar el "good will" de Episol S.A.S, pero no hizo ningún análisis sobre las conductas desplegadas por Odebrecht que se encontraron acreditadas en el proceso, por lo que solicitó la protección de este derecho, constitucionalmente consagrado en el artículo 15 de la Carta.

#### 1.4.3.3. Violación directa de la Constitución

52. Bajo este defecto, alegó la violación directa del artículo 230 de la Constitución Política y la indebida interpretación y aplicación de la disposición especial contemplada en el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018.

#### 1.4.3.4. Desconocimiento del precedente

53. La actora solicitó que se tuvieran en cuenta en relación con este defecto las alegaciones expuestas con ocasión de la sustentación de los defectos fáctico y sustantivo.

54. Así mismo, solicitó que se efectuara un análisis sobre el valor probatorio que el Tribunal debía asignarle a la contabilidad de la Concesionaria, toda vez que durante la etapa probatoria no fue tachada de falsa, lo que implicaba que se le diera entera credibilidad.

55. Aseveró que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado la contabilidad como plena prueba, al tenor de lo dispuesto por el artículo 68 del Código de Comercio, posición que sustentó en la sentencia C-062 del 30 de enero de 2008, dictada por la Corte Constitucional, con ponencia del Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra.



## **1.5. Actuaciones procesales relevantes**

### **1.5.1. Admisión de la demanda**

56. Mediante auto del 9 de diciembre de 2019<sup>15</sup>, se admitió la demanda de tutela y se dispuso notificar el auto admisorio a la parte actora y al Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá, integrado por los árbitros Catalina Hoyos Jiménez, Jorge Enrique Ibañez Najjar y Carlos Mauricio González Arévalo, convocado para dirimir las controversias contractuales suscitadas durante la ejecución del contrato de Concesión No. 001 de 2010, celebrado entre **Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI**, como autoridad accionada.

57. En la misma providencia, se ordenó la vinculación, en calidad de terceros con interés jurídico en el resultado del proceso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto Ley 2591 de 1991, de: la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI, la Constructora Norberto Odebrecht S.A, la sociedad Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S., la sociedad CSS Constructores S.A., Bancolombia S.A., el Banco Davivienda S.A., el Banco de Bogotá S.A., al Banco de Occidente S.A., al Banco Popular S.A., al Banco Av Villas S.A., a Itaú Corpbanca Colombia S.A., al Patrimonio Autónomo Fideicomiso Ruta del Sol Sector 2, representado por su vocera la Fiduciaria Corficolombiana S.A., a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a la Procuradora 55 Judicial II para Asuntos Administrativos, al Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa y al Procurador 134 Judicial II para Asuntos Administrativos.

### **1.5.2. Informe de las autoridades accionadas y de los terceros intervinientes**

#### **1.5.2.1. Intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado - ANDJE**

58. Por intermedio de apoderado judicial, la Agencia intervino según escrito radicado el 15 de diciembre de 2019, en el que solicitó se declarara improcedente la acción de tutela.

59. Señaló que la sociedad accionante fue citada oportunamente al Tribunal para que compareciera a hacer valer sus derechos, según consta en el auto No. 48 del 6 de abril de 2017, citación ante la cual la sociedad manifestó que no tenía interés en intervenir en la actuación, pero que se reservaba el derecho de hacerlo posteriormente, el cual hizo efectivo en el mes de octubre de 2017, cuando solicitó que se le tuviera como litisconsorte cuasinecesario, por ser un potencial afectado

<sup>15</sup> Folio 15 del cuaderno número 1 del expediente de tutela.





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. -  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

con el resultado del proceso, en su condición de socia minoritaria de la Concesionaria.

60. Argumentó que la sociedad accionante pretende reabrir, a través de la acción de tutela, la discusión que fue resuelta en derecho por el Tribunal de Arbitramento que fue convocado ante la inclusión en el contrato de concesión de la cláusula compromisoria, que se pactó voluntariamente por las partes.

61. Indicó que la actora presentó simultáneamente el recurso extraordinario de anulación, el cual se encuentra en trámite, recurso en el que alegó: *i)* la falta de competencia del Tribunal para pronunciarse sobre los montos y conceptos objeto de reconocimiento en favor del concesionario, argumento que en esta acción se replica; *ii)* existencia de un fallo en conciencia, causal bajo la cual cobijó las alegaciones que en esta sede denomina, defectos fáctico y material y desconocimiento del precedente; *iii)* en el escrito del recurso igualmente alegó lo relacionado con las que denomina "*opiniones y razonamientos íntimos*" que imputa a los árbitros; y *iv)* alegó en la el recurso de anulación y en la acción de tutela argumentó que se presentó una inadecuada interpretación y aplicación del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 y de la sentencia de exequibilidad de la Corte Constitucional.

62. Señaló que, lo que demuestran las alegaciones de la parte actora es una notoria inconformidad, por no haberse obtenido, a título de reconocimiento, las sumas a las que la demandante aspiraba.

63. Sobre el derecho al buen nombre de la demandante afirmó que le asistió la razón a la autoridad accionada cuando afirmó que *"las conductas de los socios minoritarios fueron ostensiblemente cuestionables en tanto al conocerse los hechos de corrupción que rodearon la suscripción y ejecución del contrato estatal, no denunciaron al corrupto y ocultaron la situación ante el Gobierno y los jueces de la República. También se demostró que EPISOL y los demás socios del concesionario, si se repartieron "utilidades" (dineros) bajo la figura de los "excedentes" que estaba vedada al concesionario cuando el contrato apenas se encontraba en etapa de construcción. De manera que las afirmaciones contenidas en el Laudo no están encaminadas a atender contra el buen nombre de la accionante, sino que describen su comportamiento contractual, para lo que basta con revisar las actas de junta de socios y de junta directiva y concluir."*

64. Solicitó que se negara el amparo con respecto a este derecho, toda vez que en el proceso existen pruebas testimoniales y documentales que dan cuenta de la ausencia en la implementación de controles y en el manejo del riesgo que no podían ser pasadas por alto por el Tribunal.





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

#### **1.5.2.2. Intervención de Bancolombia**

65. Por intermedio de la representante legal, la institución financiera presentó informe, radicado el 16 de diciembre de 2019, en el que señaló que instauró acción de tutela el 13 de diciembre de 2019, ante el Consejo de Estado, contra el mismo Laudo Arbitral<sup>16</sup>.

#### **1.5.2.3. Intervención del Secretario del Tribunal de Arbitramento**

66. El profesional que fungió como secretario del Tribunal de Arbitramento remitió copia magnética del proceso arbitral, certificando que, en igual medida, todos los cuadernos y anexos del proceso fueron remitidos a la Sección Tercera del Consejo de Estado, con destino al expediente que contiene el recurso de anulación interpuesto por Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

#### **1.5.2.4. Informe del Banco de Occidente S.A.**

67. Por intermedio de la representante legal, presentó informe radicado el 16 de diciembre de 2019, en el que señaló que, antes de que tuviera conocimiento de la vinculación dispuesta mediante la presente providencia, instauró acción de tutela el 13 de diciembre de 2019, ante el Consejo de Estado, contra el mismo Laudo Arbitral, cuyo conocimiento correspondió al Magistrado Carmelo Perdomo Cuéter.

68. Afirmó que el Laudo Arbitral vulneró los derechos de los terceros de buena fe que acudieron a la financiación del proyecto al no haber reconocido los valores que se encontraron acreditados con la prueba pericial, debiéndose haber tenido el informe del tercero imparcial, como elemento probatorio indiscutible.

#### **1.5.2.5. Intervención de la Procuraduría General de la Nación – Procuraduría 55 Judicial II Administrativa**

69. La Procuradora Delegada informó la dirección para recibir notificaciones y solicitó que todas las actuaciones le fueran comunicadas a esa dirección.

70. En escrito posterior, radicado el 13 de enero de 2020, la representante del Ministerio Público le informó a esta Corporación sobre la posible existencia de tutelas idénticas, susceptibles de ser acumuladas, al tenor de lo dispuesto en el Decreto 1069 de 2015, que establece las reglas de reparto de las tutelas masivas. Señaló que hasta la fecha de la intervención había identificado los siguientes procesos:

Número de proceso: 1100010315000201905247-00

<sup>16</sup> Ver folios 148 a 149 del cuaderno número 1 del expediente de tutela.





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. -  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

Demandante: Banco de Occidente S.A.  
Demandado: Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá – Concesionaria Ruta del Sol y Agencia Nacional de Infraestructura.  
Ponente: Carmelo Perdomo Cuéter  
Radicación: 16 de diciembre de 2019

Número de proceso: 1100010315000201905253-00  
Demandante: Banco de Colombia S.A. Bancolombia S.A.  
Demandado: Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá – Concesionaria Ruta del Sol y Agencia Nacional de Infraestructura.  
Ponente: William Hernández Gómez  
Radicación: 16 de diciembre de 2019

Número de proceso: 1100010315000201905341-00  
Demandante: Banco Davivienda S.A.  
Demandado: Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá – Concesionaria Ruta del Sol y Agencia Nacional de Infraestructura.  
Ponente: Luis Alberto Álvarez Parra  
Radicación: 16 de diciembre de 2019

71. La interviniente reseñó igualmente el proceso del radicado de la referencia y argumentó que existe identidad de objeto entre las solicitudes de amparo que se relacionaron, toda vez que el supuesto de hecho vulnerador lo constituye el Laudo Arbitral del 6 de agosto de 2019 y Auto por medio del cual se resolvieron las solicitudes de aclaración, corrección y complementación, proferidos por el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá.

72. Señaló que, en tales providencias se resolvió declarar la nulidad absoluta del contrato de concesión No. 001 de 2010, con todos sus actos negociales, celebrado entre la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI. Aseveró que, concretamente la inconformidad radica en los efectos económicos de la medida anulatoria, que es la decisión que genera la inconformidad de todos los accionantes.

73. Transcribió las pretensiones de la demanda de tutela del vocativo de la referencia, aseverando que lo pretendido por la sociedad Episol S.A.S. no está dirigido únicamente a proteger los derechos fundamentales de la actora, sino que en la petición se involucran también los de los terceros, toda vez que *“la reclamación de los efectos económicos de conformidad con el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 y la sentencia C-207 de 2019, se formula de manera general y así lo reitera en varios apartes del escrito de tutela cuando se hace mención a los distintos conceptos que*





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

*se deben calcular con el fin de establecer las restituciones económicas y frente al pago total de la deuda financiera a que estima tienen derecho los Bancos.”*

74. Se refirió a la identidad de *causa petendi* y de sujeto pasivo de la acción de amparo constitucional, que tornan procedente la acumulación, a efectos de evitar decisiones contradictorias.

#### **1.5.2.6. Intervenciones del Banco de Bogotá S.A., A.V. Villas S.A. y Banco Popular**

75. Las entidades financieras, por intermedio de apoderado judicial, mediante escrito radicado el 18 de diciembre de 2019, consideraron necesario informar al despacho que el 25 de noviembre de 2010 el Banco de Bogotá S.A., el Banco A.V. Villas S.A., el Banco Popular S.A., el Banco de Occidente S.A., el Banco Davivienda S.A., Bancolombia S.A. y el Banco Itaú Corpbanca Colombia S.A., en calidad de prestamistas, celebraron con la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. un contrato de crédito, en el que se establecieron: créditos a largo plazo (tramo A) y a corto plazo (tramo B) y créditos en dólares en favor de Bancolombia y el Banco de Bogotá.

76. El 27 de noviembre de 2014 las partes suscribieron un nuevo contrato de crédito, por el que se sustituyó el inicial.

77. Por su parte, el 5 de mayo de 2010, la Concesionaria y la Fiduciaria Corficolombiana suscribieron el “*Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración de Recursos*”, cuya finalidad es la administración de todos los aportes, recursos de financiación y transferencias que debían realizar las partes.

78. Posteriormente, la Concesionaria y la Fiduciaria Conficolombiana S.A. suscribieron el “*otrosí No. 1*” al contrato de fiducia, con el objeto de llevar a cabo el cierre financiero del proyecto que comprendía el contrato de concesión, para lo cual se incluyó a los bancos como beneficiarios del fideicomiso y se complementó su objeto, pasando a ser “*garantía de la financiación otorgada a los prestamistas.*”

79. El 22 de diciembre de 2017, la ANI autorizó el pago parcial de las obligaciones financieras por \$792.603 millones, valor que no comprendía la totalidad de los recursos disponibles en el Fideicomiso Ruta del Sol Sector 2 –Cuentas Aportes INCO– y, posteriormente, el 10 de enero de 2019, autorizó un segundo pago parcial por valor de \$627.000 millones, suma que, igualmente, era inferior a los recursos disponibles en el Fideicomiso.

80. Las entidades financieras informaron sobre la intervención que como interesados tuvieron en el Tribunal de Arbitramento, en que se les reconoció como





coadyuvantes de la parte convocante, y sobre las decisiones que se tomaron en el mismo.

81. Precisaron que el valor de las obras que fue acreditado en el proceso como un beneficio para el Estado colombiano y que dejó de reconocer el Tribunal de Arbitramento, debía ser destinado al pago de las obligaciones de los terceros de buena fe, como lo dispuso la Corte Constitucional en la sentencia C-207 de 2019, situación que al no decidirse en tal sentido resulta vulneratorio de sus derechos fundamentales.

#### **1.5.2.7. Intervención de la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI**

82. Por intermedio del Gerente de Defensa Judicial, la entidad manifestó que la parte actora pretendía la revisión del Laudo como si se tratara de una instancia adicional.

83. Argumentó que la acción de tutela incoada en el vocativo de la referencia es improcedente, toda vez que las pretensiones de la parte actora son de contenido exclusivamente económico y, por ende, carece de relevancia constitucional.

84. Adicional a lo anterior, informó que el 27 de septiembre de 2019, la sociedad Estudios y Proyectos del Sol – Episol S.A.S., interpuso recurso extraordinario de anulación, con fundamento en las causales 2, 7 y 8 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, en el que planteó los mismos argumentos que expuso ante el juez de tutela, por lo que no es posible superar el requisito de subsidiariedad.

85. Agregó que no se encuentra acreditado en el *sub examine* un perjuicio irremediable que permita estudiar la acción como un mecanismo transitorio de protección.

86. Allegó, como prueba para ser valorada en esta oportunidad, la demanda que la parte actora de la acción de tutela presentó ante la Sección Tercera del Consejo de Estado, que contiene el recurso extraordinario de anulación<sup>17</sup>, a efectos de demostrar que los argumentos que se plantean en ese escenario judicial son exactamente los mismos que se expusieron esta oportunidad.

#### **1.5.2.8. Intervención de Itaú Corpbanca Colombia S.A.**

87. Por intermedio de apoderada judicial, la entidad financiera manifestó que contra el Laudo Arbitral interpusieron recurso de anulación las demandadas y los coadyuvantes, por distintas circunstancias e invocando varias causales, los cuales se tramitan actualmente en el Consejo de Estado – Sección Tercera, en el

<sup>17</sup> La copia del recurso de anulación obra a folios 222 a 248 del cuaderno número 2 del expediente de tutela.





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

Despacho de la Magistrada Adriana Marín, bajo el radicado No. 110010326000201900168-00.

88. Manifestó que el recurso de anulación es el mecanismo idóneo para controvertir el Laudo, resultando procedente únicamente para que se estudien afectaciones a derechos fundamentales cuyo sustento no esté comprendido en las causales especiales que proceden en esa sede.

#### **1.5.2.9. Intervención del Banco Davivienda S.A.**

89. La institución financiera, por intermedio de apoderado, intervino en la presente actuación para informar que instauró acción de tutela el 18 de diciembre de 2019, por considerar que mediante el Laudo Arbitral se vulneraron los derechos de la entidad financiera<sup>18</sup>.

#### **1.5.2.10. Contestación presentada por el árbitro Carlos Mauricio González Arévalo**

90. Según escrito presentado el 17 de enero de 2020, como miembro del Tribunal de Arbitramento accionado se opuso a la prosperidad de la petición de amparo constitucional, por considerar que la demanda tiene serios problemas de técnica jurídica, conceptuales y de lógica argumentativa.

91. Aseveró que si se accede a la primera petición, es decir a que se deje sin efectos el Laudo, el contrato de concesión carecería de una declaración judicial de nulidad y no se podrían liquidar reconocimientos recíprocos, de tal manera que si se accede a esta pretensión no se podría conceder la segunda.

92. Recalcó que la acción carece de fundamento argumentativo sobre la declaratoria de nulidad del contrato de concesión, que es la que da posibilidad de establecer los reconocimientos económicos, por lo que deberá ser denegada por falta de sustento jurídico.

93. Señaló que la adjudicación, ejecución y desarrollo del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 estuvieron rodeados de uno de los hechos de corrupción más graves en la historia reciente de Colombia, los cuales quedaron ampliamente consignados en el denominado "*Plea Agreement*" del Departamento de Justicia de los Estados Unidos ante la Corte del Estado de New York, remitido al proceso por la Fiscalía General de la Nación.

94. Afirmó que tales hechos de corrupción no pueden pasarse por alto ni relativizarse, pues desde el punto de vista contractual tienen una incidencia directa

<sup>18</sup> Ver folio 272 del cuaderno número 1 del expediente.





204

Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. -  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

en la formación, desarrollo y ejecución del contrato, afectando no sólo su validez sino la realidad financiera de la Concesionaria, dada la existencia de contratos ficticios elaborados para el pago de sobornos y de otras actividades ilícitas que se precisaron en el Laudo Arbitral.

95. Refirió *in extenso* el trámite que se le impartió a los procesos acumulados, para concluir que se le garantizó el debido proceso a todas las partes e intervinientes y que las mismas, en la oportunidad en la que se revisó la legalidad de la actuación, no presentaron reparo alguno, como tampoco lo hicieron en las audiencias públicas en las que se determinó la metodología que se iba a aplicar para efectos de establecer el monto de los reconocimientos.

96. Preciso la competencia del Tribunal, con fundamento en la cláusula compromisoria, señalando que no ejerció funciones penales, sancionatorias o de inspección, control y vigilancia, por no ser de su resorte. Tampoco podía fungir como juez de otros contratos, como por ejemplo aquellos mediante los cuales los bancos hicieron los préstamos y los desembolsos correspondientes pues en los mismos ni se pactó cláusula compromisoria ni mucho menos se integró un Tribunal de Arbitramento para su resolución.

97. Sobre el punto, aclaró que *"El Tribunal carecía de competencia para regular las relaciones contractuales entre prestamista y prestatario, en una relación contractual que si bien estaba coaligada al contrato de concesión le era ajena a la competencia arbitral. Las partes de este contrato eran la ANI y la CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S., nadie más."*

98. Corroboró lo anterior que, los bancos, mediante escrito radicado el 24 de mayo de 2018, manifestaron que acudían como coadyuvantes de la Concesionaria, toda vez que no suscribieron el contrato de concesión ni la cláusula compromisoria y que sus derechos provenían de los contratos de mutuo que celebraron con una de las partes del contrato. Por ello, resulta contradictoria la posición de las entidades financieras, toda vez que, *"al solicitar la intervención dentro del proceso afirman que son terceros y luego, cuando el Laudo les es desfavorable, afirman que eran litisconsortes necesarios."*

99. Estimó que la tutela instaurada por Episol S.A.S., pretende la revisión como si se tratara de una nueva instancia y de la misma se percibe la inconformidad con las cifras, sin que exista una argumentación jurídica sobre los derechos constitucionales relevantes que, a su juicio, resultaron vulnerados con la decisión.

100. Argumentó que en el *sub lite* no concurre el requisito de subsidiariedad, por cuanto la accionante y varios de los intervinientes en el proceso interpusieron el recurso de anulación, cuyo denominador común lo constituye la discusión sobre el monto de las restituciones, realizando un ejercicio de comparación de las alegaciones de la tutela, denominados defectos, con las causales de anulación





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

invocadas, que son las contenidas en los numerales 2º, 7º y 8º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

101. Realizó precisiones en torno a las facultades del juez para decretar, valorar y decidir sobre el dictamen pericial, a la luz de las normas contenidas en el Código General del Proceso y la jurisprudencia sobre la materia.

102. Negó que el Tribunal hubiera modificado o rechazado el dictamen rendido por Duff & Phleps, toda vez que precisamente estableció los reconocimientos con base en los resultados establecidos en el mismo, en consideración a que se trataba de un tercero experto, independiente de las partes, y explicó ampliamente la forma como se obtuvieron los resultados económicos, previa valoración en su conjunto y conforme a las reglas de la sana crítica de los documentos aportados a la actuación.

103. De lo expuesto, concluyó que el Tribunal *“demostró clara y contundentemente, con fundamento en las pruebas allegadas, que para el año 2012, los beneficiarios efectivos de CONSOL habían hecho retiros por \$271.310 millones de pesos.”*

104. Advirtió que, existen numerosos hechos y pruebas en el proceso que indican que hubo irregularidades en la gestión del contrato y en su vigilancia y control, responsabilidad que igualmente recae en los socios minoritarios de Odebrecht, para cuya demostración resulta suficiente leer los testimonios de Mauricio Millán, funcionario de Corficolombiana, y de Carlos Moreno, revisor fiscal designado por Price Waterhouse Coopers – PWC., que dan cuenta de que *“la Concesionaria incumplió los preceptos que le imponían las normas de auditoría, todo lo cual pone en duda la idoneidad de los estados financieros como medio de prueba –no su validez como erróneamente lo afirma la accionante–.”*<sup>19</sup>

105. Con fundamento en lo anterior, precisó que el Laudo no atentó contra el buen nombre de la sociedad, sino que se registraron hechos concretos y probados durante el proceso y así lo reconoció la propia apoderada de Episol S.A.S., en el escrito de alegatos de conclusión que presentó en el trámite arbitral, cuando afirmó que el daño a la reputación y buen nombre se lo ocasionó Odebrecht con los actos de corrupción que terminaron afectándola.

#### **1.5.2.11. Contestación presentada por Catalina Hoyos Jiménez, integrante del Tribunal de Arbitramento**

106. En escrito radicado el 20 de enero de 2020, solicitó que se rechace por improcedente la presente acción de tutela, por no cumplir con los requisitos de procedibilidad adjetiva y, de no encontrarse ello procedente, se nieguen las

<sup>19</sup> Folio 420 del cuaderno número 2 del expediente de tutela.





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. -  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

pretensiones de la demanda, por inexistencia de vulneración de los derechos invocados.

107. Lo anterior, por cuanto el recurso de anulación que presentó Episol S.A.S., en contra del Laudo Arbitral se fundamenta en las mismas razones de hecho y de derecho de la presente acción de tutela, haciendo énfasis en que los requisitos de procedencia exigen un estudio más estricto, riguroso y exigente, dada la naturaleza de la decisión, reglas de procedencia que han sido acogidas ampliamente por la Sección Quinta del Consejo de Estado, para lo cual citó varias decisiones de esta Colegiatura, con sus respectivos radicados.

108. Formuló la excepción de falta de legitimación en la causa por activa de Episol S.A.S., de quien afirmó no es titular de los derechos fundamentales que alega como vulnerados por el Tribunal de Arbitramento y tampoco ha sufrido una afectación directa, individual y subjetiva de sus derechos fundamentales, toda vez que no fue parte del contrato de concesión ni del proceso arbitral, en la medida en que no suscribió el pacto arbitral y, en razón a ello, únicamente se le reconoció la condición de litisconsorte cuasinecesario.

109. Aclaró que, la referida condición se determinó, *"en la medida en que eventualmente podía ser considerada solidariamente responsable por las obligaciones que el Tribunal de Arbitramento le llegara a imponer a la CRS, teniendo en cuenta su condición de accionista de la sociedad y con base en algunas normas de la Ley 80 que 'eventualmente' le reportaban a EPISOL la condición de deudora solidaria."*<sup>20</sup>

110. Destacó que el Tribunal descartó de plano las pretensiones propias que la parte accionante de esta tutela presentó en el trámite arbitral, por no haber sido parte del contrato ni haber suscrito la cláusula compromisoria. Estimó que *"valdría la pena que EPISOL hiciera una enumeración de las órdenes del Tribunal de Arbitramento que ella haya tenido que salir a cumplir o a que a ella le hayan reportado obligaciones frente a terceros."*

111. Sobre la improcedencia de la acción por no concurrir el requisito de subsidiariedad, manifestó que la accionante no se encuentra en las circunstancias excepcionales que permiten la procedencia de la acción de tutela y realizó *in extenso* un ejercicio de comparación entre los cargos de la demanda y el contenido argumentativo de cada uno de ellos con las causales de anulación invocadas en el recurso interpuesto ante la Sección Tercera del Consejo de Estado.

112. Sobre la inexistencia del perjuicio irremediable, señaló que la sociedad no ha tenido que sufragar suma alguna derivada del Laudo y tampoco sufrió pérdidas con ocasión del contrato de concesión, toda vez que en todas las instancias

<sup>20</sup> Folio 434 del cuaderno número 3 del expediente de tutela.





procesales ha negado cualquier responsabilidad derivada del mismo y, adicionalmente, en el proceso quedó acreditado que, en términos económicos, recuperó la totalidad de sus aportes de *equity* al contrato, además de que percibió utilidades superiores al cincuenta por ciento (50%) de sus aportes, por medio de los repartos de excedentes y utilidades anticipadas.<sup>21</sup>

113. Aseveró que Episol S.A.S., no se defendió adecuadamente durante el trámite del proceso frente a los hechos que le imputa al Tribunal, habiendo tenido oportunidad para hacerlo, y en el escrito de tutela contradice abiertamente la posición y los argumentos que expuso en el primer escenario procesal.

114. Manifestó que, en los alegatos de conclusión que presentó en el proceso arbitral la sociedad actora no hizo ninguna referencia a la discusión de fondo sobre los supuestos fácticos de aplicación de la fórmula matemática prevista en la Ley 1882 de 2018 y solicitó que se dieran por probadas varias objeciones por error grave que recaían sobre el dictamen pericial rendido por la firma Duff & Phelps, al punto que pidió que se ordenara la devolución de los honorarios por parte de los peritos.

115. Lo anterior contrasta con la afirmación que se realiza en sede de tutela en el sentido de que el Tribunal debió ordenar la estricta aplicación de la fórmula de liquidación prevista en el dictamen pericial.

116. Con respecto a esta misma alegación, argumentó que Episol S.A.S., no hizo un seguimiento adecuado a la discusión que se dio en el Tribunal sobre la forma en que debían determinarse los reconocimientos en favor de la Concesionaria, lo cual se evidencia con el hecho de que todos fueron discutidos en las audiencias llevadas a cabo, sin que la sociedad actora se pronunciara, refiriéndose a cada uno de los aspectos y las fechas en que se adoptaron las decisiones y a las actas en las que se dejaron las constancias respectivas.

117. A continuación, afirmó que los derechos fundamentales invocados por la sociedad actora no fueron conculcados y explicó la sustentación fáctica, jurídica y probatoria de cada uno de los aspectos abordados en el Laudo Arbitral.

#### **1.5.2.12. Contestación presentada por Jorge Enrique Ibáñez Najar, integrante del Tribunal de Arbitramento**

118. En escrito radicado el 20 de enero de 2020, el árbitro señaló su participación en el proceso y manifestó que la providencia judicial se explicaba por sí sola, por lo que solicitó que el juez constitucional tuviera en cuenta la amplia argumentación y sustentación contenida en el Laudo.

<sup>21</sup> Ver folio 441 del cuaderno 3 del expediente de tutela.



Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

119. Indicó cuáles fueron los sujetos que intervinieron en el trámite del proceso y relacionó las actuaciones surtidas en el mismo.

120. Afirmó que el Tribunal coincidió y respetó ampliamente el planteamiento hecho por la Corte Constitucional acerca de la importancia de proteger el ahorro del público, comprometido en la financiación de los contratos de Asociación Público Privada, teniendo en cuenta que estos cuentan con un importante nivel de apalancamiento por parte del sector financiero.

121. Advirtió que, en el evento de que no hubiere reconocimiento porque las prestaciones no fueron ejecutadas por el Concesionario, que es el destinatario y deudor del crédito, no le corresponde al Estado asumir las obligaciones financieras de éste y, adicionalmente, los contratos de mutuo previeron sus propias fórmulas de resolución de conflictos, las cuales refirió en relación con cada uno de ellos, sin que el procedimiento pertinente fuera el trámite arbitral en que no tenían la calidad de convocantes o convocadas.

122. Manifestó que las entidades financieras no fueron parte del contrato de concesión y en el proceso arbitral únicamente les fue reconocida la condición de terceros coadyuvantes de una de las partes procesales pero no para que se resolviera en su favor pretensión de ninguna naturaleza derivada del contrato de concesión ni para que se les pagara suma alguna de dinero.

123. Hizo énfasis en que la pretensión de que *“se satisfagan las obligaciones para con los bancos por encima del monto de los reconocimientos y por lo tanto de las prestaciones ejecutadas, no es un asunto que hubiera tenido que decidir el Tribunal en el Laudo”*, porque el mismo no estaba comprendido en el ámbito de su competencia en la cláusula compromisoria que delimitaba la misma, como igualmente se precisó en la audiencia inicial en la que se fijó la potestad que les asistía.<sup>22</sup>

124. Advirtió que los argumentos que se esgrimen por la sociedad accionante son en esencia los mismos que fueron presentados al sustentar el recurso de anulación, el cual se está tramitando en el Consejo de Estado, Sección Tercera, a cargo de la Magistrada Adriana Marín, constatación que realizó en el escrito de respuesta.

125. Finalmente, se refirió a la sustentación jurídica de cada uno de los cargos y las razones que se tuvo para adoptar las decisiones que consideró ajustadas al ordenamiento jurídico, solicitando se respete el principio de autonomía judicial.

<sup>22</sup> Folio 511 del cuaderno número 3 del expediente de tutela.





### 1.5.2.13. Nueva intervención de la Procuraduría 55 Judicial II Administrativa

126. La representante del Ministerio Público, en escrito radicado el 20 de enero de 2020, solicitó que se declarara la improcedencia de la acción de tutela, por no concurrir el requisito de subsidiariedad, ante la interposición por la parte actora del recurso extraordinario de anulación.

127. La falta de idoneidad para la protección de los derechos fundamentales que alegó la parte actora, carece de asidero fáctico y jurídico en el presente caso, toda vez que las pretensiones y argumentos tienen idéntica finalidad, para lo cual los contrastó en el *sub examine*.

128. Enfatizó las contradicciones en que incurrió la sociedad accionante en la utilización de los argumentos, señalando que *“No resulta válido acudir en forma contradictoria al mismo argumento y a su negación, como se observa ocurrió al acudir a la interposición del recurso de anulación contra el Laudo para argüir causales propias del marco excepcional atribuido a este mecanismo extraordinario y, a su vez, con idéntico argumento indicar que se cumple el requisito de subsidiariedad para la procedencia de la tutela con base en la falta de idoneidad de la anulación.”*<sup>23</sup>

### 1.5.2.14. Intervención de la sociedad Constructora Norberto Odebrecht S.A.

129. La sociedad, por intermedio de apoderada judicial, presentó informe del 24 de enero de la presente anualidad, en el que manifestó que **coadyuvaba** la petición de amparo constitucional, para lo cual aseveró que la acción cumple con los requisitos generales de procedibilidad, los cuales desarrolló para el caso concreto.

130. Con respecto a las causales específicas, señaló las siguientes:

130.1. **Defecto material o sustantivo**, el cual sustentó en que el Tribunal *“i) otorgó al artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 un efecto distinto al previsto por el legislador; ii) la interpretación del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 es inaceptable, contraviene y contraria a la ley y; iii) desconoce la sentencia C-207 de 2019 y sus efectos erga omnes, por tratarse de una sentencia de constitucionalidad. Todo lo anterior, el Tribunal inaplicó el concepto de ‘remuneración’, previsto y establecido en la ley, dándole un alcance totalmente diferente, que vulnera los derechos de terceros de buena fe’.”*

130.2. Señaló que, adicionaba el defecto sustantivo invocado por la sociedad demandante, en el sentido de que este se extiende a la declaratoria de nulidad del contrato, puesto que la disposición empleada para declararla no es aplicable a los contratos de concesión, lo anterior por cuanto dedujo la ilegalidad del acto de adjudicación y la nulidad de los actos

<sup>23</sup> Folio 611 del cuaderno número 3 del expediente de tutela.



previos a la celebración del contrato se encuentra expresamente excluida como causal de nulidad en esta tipología.

**130.3. Defecto factico por indebida valoración del CAPEX:** por cuanto se desconocieron, sin fundamentos razonables, los dictámenes periciales decretados en el proceso de manera oficiosa y determinó los rubros, con criterios que, en su sentir, son ajenos al carácter técnico que se requiere para adelantar las valoraciones.

**1.5.2.15. Intervención de la Sociedad CSS Constructores**

131. Según escrito radicado el 27 de enero de la presente anualidad, la sociedad vinculada manifestó que **coadyuvaba** la acción de tutela ejercida por la parte actora, solicitando que se acceda a las pretensiones de la demanda y se tenga en cuenta el parágrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018.

132. Solicitó al juez constitucional que valorara que actuó con buena fe, tanto en la celebración como en la ejecución del contrato. Transcribió apartes de sentencias de la Corte Constitucional en torno a este principio.

133. Hizo referencia a las pruebas que obran en el proceso arbitral que dan cuenta de su actuación, destacando las declaraciones de los señores Carlos Alberto Solarte Solarte, Gustavo Ramírez, Alberto Mariño Sámpér e Iván Pinto, para destacar que, desde la presentación de la propuesta, estuvo al margen de las decisiones que tomaban los integrantes mayoritarios de la estructura, no tuvo participación en la elaboración de la propuesta, no fue tenido en cuenta en la fabricación de la oferta económica y todo el entramado de corrupción se tejió sin que tuviera conocimiento del mismo.

134. Al encontrarse probado que actuó con buena fe, consideró que tiene derecho a que después de pagar las deudas del proyecto a los acreedores, se le restituya el capital invertido, lo cual sustentó en el contenido del artículo 1525 del Código Civil y en jurisprudencia relacionada con el tema, cuyos apartes transcribió.

135. Hizo referencia al dictamen pericial rendido por Duff & Phelps, para indicar que como integrante de la Concesionaria Ruta del Sol le corresponde la suma de \$13.089.293.950.

136. En relación con el derecho al buen nombre, afirmó que la sociedad también resultó afectada y que el Tribunal no valoró las pruebas que daban cuenta de que no participó en los actos de corrupción y al analizar los hechos confundió los conceptos de excedentes de liquidez con los dividendos, conceptos que gozan de una naturaleza jurídica diferente.





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

### 1.5.3. Auto que dispuso acumulación de procesos y de demandas, ordenó integrar el contradictorio y decretó una prueba de oficio

137. Mediante auto del 29 de enero de 2020, el despacho, atendiendo la petición presentada por la Procuradora 55 Judicial II Administrativa, así como la comprobación efectuada por la magistrada ponente, en relación con la existencia de otras acciones de tutela en las que se censuran las mismas providencias judiciales, dispuso la acumulación de los procesos que corresponden a los expedientes números 1100010315000201905247-00; 1100010315000201905253-00; 1100010315000201905341-00; y 11001031500020200021100, así como de todas las demandas y acciones que guarden identidad con la que es objeto de trámite bajo el radicado de la referencia, para lo cual la Secretaría General debía allegarlas con destino al presente radicado.

138. En la misma providencia, se dispuso vincular y notificar el auto admisorio de la demanda de tutela y la presente providencia a las siguientes personas: *i)* Compañía Mundial de Seguros S.A., *ii)* Seguros Confianza S.A.; *iii)* Consorcio Constructor – Consol; y *iv)* al señor Procurador Especial designado para el proceso arbitral Iván Darío Gómez Lee, informándoles que podían intervenir, para ejercer en debida forma el derecho de defensa y la representación de la Nación, respectivamente.

139. Finalmente, se ordenó oficiar a la Secretaría de la Sección Tercera del Consejo de Estado, con el fin de que informara si se ha presentado demanda de anulación contra el Laudo Arbitral del 6 de agosto de 2019, por medio del cual se dirimieron las controversias contractuales suscitadas durante la ejecución del contrato de Concesión No. 001 de 2010, celebrado entre **Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI**. En caso afirmativo debería remitir, con destino a este radicado, copia de la demanda de anulación y certificar el trámite judicial impartido.

#### 1.5.3.1. Certificación de la Secretaría de la Sección Tercera del Consejo de Estado

140. La Secretaría de la Sección Tercera del Consejo de Estado certificó que el 31 de octubre de 2019 se recibió y radicó en esa Secretaría el Laudo en cuestión y, mediante auto del 12 de diciembre de 2019, el despacho de la Magistrada Adriana Marín avocó el conocimiento de los recursos de anulación presentados por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., la sociedad Estudios y Proyectos del Sol – Episol S.A.S., Itaú Corpbanca Colombia S.A., Banco de Bogotá S.A., Banco Popular S.A., Banco de Occidente S.A., Banco A.V. Villas S.A., la sociedad Odebrecht Latinvest Colombia S.A. y la sociedad Norberto Odebrecht contra el Laudo Arbitral del 6 de agosto de 2019 y el auto aclaratorio del 6 de agosto siguiente.





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

141. Certificó que el 28 de enero de la presente anualidad, el expediente ingresó al despacho para fallo.

**1.5.3.2. Intervención de Fiduciaria Corficolombiana S.A.**

142. Por intermedio del representante legal, la institución financiera presentó informe del 5 de febrero de 2020, en el que precisó que su participación en el proceso arbitral se hizo única y exclusivamente en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Fideicomiso Ruta del Sol Sector II. En consecuencia, en su posición propia carece de legitimación para intervenir en la presente actuación.

143. Allegó copia del contrato de fiducia mercantil y del contrato de concesión para que obraran como pruebas en la presente actuación.

**1.5.4. Solicitudes de tutela incoadas en los procesos acumulados**

**1.5.4.1. Acción de tutela incoada por el Banco de Occidente S.A. – Rad. No. 11001-03-15-000-2019-05247-00**

**1.5.4.1.1. Demanda de tutela**

144. Mediante escrito radicado el 13 de diciembre de 2019, en la Secretaría General del Consejo de Estado, la institución financiera ejerció acción de tutela en contra de la misma autoridad arbitral y con el objeto de cuestionar las mismas decisiones, indicando como supuestos fácticos los que fueron relacionados por esta Sala en el acápite de hechos probados y, como derecho fundamental vulnerado, el debido proceso.

**1.5.4.1.2. Sustento de la vulneración**

145. La parte actora hizo referencia la legitimación en la causa que le asiste para interponer la presente acción, en consideración a que, junto con otras entidades financieras, fue reconocido como coadyuvante en el proceso arbitral, al considerarse que *“los bancos solicitantes tienen la condición especial derivada de su relación con la sociedad Concesionaria Ruta del Sol, que les otorga interés para ser admitidos como terceros coadyuvantes en este proceso.”*

146. Se refirió al otorgamiento de los créditos para la financiación del proyecto de construcción, los cuales quedaron garantizados con los recursos a los que tenía derecho la concesionaria por concepto de recaudo de peajes y de los pagos que en su favor se efectuaran, derivados de la terminación anticipada del contrato.





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

147. Analizó ampliamente la regulación y protección de la actividad financiera; la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales y, concretamente, contra Laudos Arbitrales y se refirió al cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad.

148. Indicó que no existen otros medios de defensa judicial disponibles para hacer cesar la vulneración al derecho fundamental al debido proceso. Sobre el recurso de anulación, señaló que se trata de un mecanismo excepcional de alcance limitado que busca subsanar ciertas irregularidades, sin afectar el principio de la única instancia.

149. Preciso que, las causales eminentemente procesales fueron alegadas en el recurso de anulación presentado por el Banco (en conjunto con otras entidades financieras), el 30 de septiembre de 2019, sin embargo las irregularidades que afectan su derecho fundamental no encuadran en las causales previstas por el legislador.

150. Aseveró que, similar situación se presenta con respecto al recurso extraordinario de revisión, previsto en el artículo 45 de la Ley 1563 de 2012, sin que el problema jurídico que aquí se debate encuadre en alguna de las causales.

151. Como circunstancias específicas de procedencia de la acción de tutela, invocó el defecto sustantivo, que sustentó en la que denominó interpretación contraevidente o perjudicial del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, por cuanto el Tribunal consideró que solo reconocería costos, inversiones y gastos de la concesionaria, pero no de su contratista Constructor Consol.

152. Aseveró que, tal argumento conllevó a que se desconociera que CONSOL es el contratista EPC que, por obligación contractual, la Concesionaria tenía que tener para la ejecución del proyecto, de tal manera que los costos de ésta debieron quedar incluidos en el monto de los reconocimientos.

153. El defecto sustantivo lo dedujo, igualmente, de la consideración del Tribunal que dispuso descontar la remuneración y los pagos recibidos por el contratista, con el argumento de que no tuvo en cuenta el concepto "*remuneración*", a que se refiere el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y, en su lugar, confundió esta noción con la de "*utilidad reportada por la concesionaria*".

154. Entender que la "*remuneración del contratista*" es igual a "*utilidad reportada por la concesionaria*", constituye una interpretación contraevidente, porque el concepto de remuneración está fijado en la ley y se le ha dado alcance en la doctrina y en la jurisprudencia del Consejo de Estado.





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

155. En este punto, se desconoció así mismo el precedente jurisprudencial establecido en la sentencia C-207 de 2019, dictada por la Corte Constitucional, en la que se estableció que los reconocimientos a título de restituciones debían estar dirigidos al pago del pasivo externo de proyecto en relación con las obligaciones adquiridas con terceros de buena fe.

156. En cuanto a los argumentos del Tribunal, consistentes en que *i)* las obras ejecutadas por el contratista EPC no habían sido facturadas a la Concesionaria; *ii)* los costos asociados a los Eventos Eximentes de Responsabilidad (en adelante EER) fueron trasladados a la EPC; y *iii)* se había suscrito un acuerdo de transacción entre ellos; dan lugar a la configuración de un defecto fáctico por indebida valoración probatoria.

157. En torno al defecto fáctico, señaló que el Tribunal se equivocó, por cuanto la misma contabilidad que utilizó en contra de la Concesionaria para descontar la utilidad reportada es la que previamente había desechado para no tener en cuenta otros reconocimientos a su favor.

158. Argumentó que, la actuación del Tribunal afectó el principio de indivisibilidad, previsto en el artículo 264 del Código General del Proceso, en virtud del cual *“la fe debida a los libros es indivisible”*.

159. A su juicio, el defecto fáctico se configuró igualmente por haber asumido que el saldo de los recursos de la subcuenta de reversión son pagos efectuados por la ANI a la Concesionaria. Con respecto a este cargo, consideró que se valoraron indebidamente las pruebas documentales aportadas por la ANI, que obran a folios 225 a 230 del cuaderno de pruebas No. 199.

#### **1.5.4.1.3. Actuaciones procesales relevantes**

##### **1.5.4.1.3.1. Auto admisorio**

160. La demanda de tutela fue admitida por auto de ponente<sup>24</sup> del 19 de diciembre de 2019, en el cual se ordenó notificar a la parte actora, a los integrantes del Tribunal de Arbitramento y, como terceros, a los señores Presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI y al gerente de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.<sup>25</sup>

##### **1.5.4.1.3.2. Intervenciones**

###### **1.5.4.1.3.2.1. Procuraduría General de la Nación – Procuradora Judicial II Administrativa**

<sup>24</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección “B”, Magistrado Carmelo Perdomo Cuéter.

<sup>25</sup> Folios 53 a 54 del cuaderno número 1 del expediente de tutela acumulado.





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

161. Según escrito radicado el 13 de enero de 2020, la representante del Ministerio Público solicitó la acumulación de los procesos que actualmente se tramitan en el Consejo de Estado contra el Laudo Arbitral y la providencia aclaratoria del mismo, por considerar que tienen la misma *causa petendi* y se dirigen contra la misma autoridad accionada.

#### **1.5.4.1.3.2.2. Intervención de Catalina Hoyos Jiménez, integrante del Tribunal de Arbitramento**

162. Según escrito radicado el 17 de enero de la presente anualidad, la integrante del panel solicitó que se rechazara por improcedente la presente acción de tutela, con los mismos argumentos que expuso con ocasión de la contestación que presentó en el caso de Episol S.A.S.

163. En efecto, como primer argumento, señaló que la tutela presentada por el Banco de Occidente no cumple con los requisitos generales de procedibilidad cuando la acción se dirige a cuestionar laudos arbitrales, en segundo lugar, presentó un grupo de argumentos encaminados a desvirtuar la existencia de los defectos sustantivo y fáctico, alegados por la parte accionante.

164. Señaló que el Banco de Occidente S.A. no tiene legitimación en la causa por activa para instaurar la presente acción, toda vez que no fue parte del pacto arbitral, como tampoco del contrato que originó la controversia, por lo que el Tribunal no adoptó ninguna decisión que directamente haya podido vulnerar sus derechos fundamentales, aspecto que desarrolló ampliamente.

165. Al respecto, precisó que el Banco, tan solo tuvo la calidad de tercero coadyuvante de la parte convocante (es decir, de la Concesionaria), condición que el Tribunal aceptó, en virtud de la relación crediticia que tenían, la cual le otorgaba interés para ser admitido en el proceso en tal calidad.

166. No obstante lo anterior, esa situación no le dio la condición de parte en el proceso, por dos razones fundamentales: la primera, porque ello no significó la modificación del ámbito subjetivo de la cláusula compromisoria y, la segunda, porque el objeto de la cláusula estaba limitado a un contrato del cual la institución financiera no era parte, toda vez que lo que se discutió y se falló se refirió exclusivamente a la controversia entre los contratantes de la concesión.

167. Precisé que no se tomaron decisiones sobre los contratos crediticios, los cuales cuentan con otros mecanismos judiciales diferentes para hacerlos efectivos, sin que pueda alegar como perjuicio la incapacidad de la Concesionaria de pagar sus créditos, pues esta tesis equivaldría a sostener que todos los acreedores que se vieron afectados por la imposibilidad de cancelar las obligaciones pueden pedir la nulidad del Laudo, lo cual sería inadmisibles.





168. A continuación, examinó el requisito de subsidiariedad, para considerar que no se cumple en el caso concreto, por cuanto el Banco de Occidente S.A., presentó ante la Sección Tercera del Consejo de Estado el recurso extraordinario de anulación, con fundamento en la causal 2ª del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, aspecto en torno al cual insistió en los argumentos que presentó con ocasión de la respuesta suministrada en la primera acción de tutela y que se reseñaron en precedencia.

169. Sobre el punto, relacionó las sentencias que ha proferido la Sección Segunda del Consejo de Estado, en las que ha sostenido la tesis de la improcedencia de la acción de tutela para controvertir laudos arbitrales, ante la existencia del recurso extraordinario de anulación, como mecanismo idóneo.

170. Señaló que, el accionante no se encuentra en circunstancias excepcionales que tornen procedente la acción de tutela, a pesar de no haberse agotado el mecanismo ordinario y ello, aunado a que los argumentos expuestos pueden ser invocados en el recurso de anulación, permiten concluir que no se encuentra acreditado el requisito de subsidiariedad y tampoco el de relevancia constitucional, por cuanto las pretensiones son exclusivamente de contenido económico.

#### **1.5.4.1.3.2.3. Intervención de Carlos Mauricio González Arévalo, integrante del Tribunal de Arbitramento**

171. Según escrito radicado el 17 de enero de la presente anualidad, el árbitro se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, con los mismos argumentos expuestos con ocasión de la respuesta dada en el proceso al que se efectuó la acumulación, reiterando que el Tribunal carecía de competencia para regular las relaciones contractuales entre prestamista y prestatario, en una relación contractual que si bien estaba coaligada al contrato de concesión le era ajena a la competencia arbitral.

172. Se refirió a las decisiones que se adoptaron en sede arbitral y explicó las razones técnicas y jurídicas que soportaron cada una de ellas.

173. Argumentó que la acción de tutela se presenta como una tercera instancia, por la inconformidad del actor frente a los reconocimientos efectuados, sin que se plantee una verdadera controversia de contenido constitucional sobre derechos fundamentales.

174. Agregó que, el actor justificó el ejercicio de la acción de tutela en que es la única garantía y fuente de pago de las obligaciones surgidas de los contratos de crédito, con lo cual admite que hubo defectos en la exigencia de garantías, sin que el Tribunal de Arbitramento fuera competente para resolver lo relacionado con los contratos de mutuo que se suscribieron, reiterando, la existencia de otros





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

mecanismos de defensa judicial y el hecho de que tales pretensiones escapaban a la órbita de su competencia, legal y contractualmente delimitada.

#### **1.5.4.1.3.2.4. Intervención de la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI**

175. La entidad, por intermedio del Gerente de Defensa Judicial, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, por considerar que la acción deviene improcedente por incumplimiento de los requisitos generales cuando se dirige contra providencia judicial y, concretamente, contra un Laudo Arbitral.

176. Precisó que la acción incoada en el *sub lite* carece de relevancia constitucional, por cuanto la pretensión que subyace es exclusivamente de contenido económico, y, adicionalmente, no cumple con el requisito de subsidiariedad, este último, por cuanto el actor, como integrante del Grupo Aval, el 30 de septiembre de 2019, presentó recurso extraordinario de anulación, aduciendo estar incurso el Laudo Arbitral en la causal 2ª del artículo 41 de la Ley 1365 de 2012 que establece como supuestos de hecho “La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia”, cuyos fundamentos son los mismos que expuso en esta oportunidad.

177. Aseveró que, en todo caso, en el evento de que se falle en forma negativa el recurso de anulación, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 149, numeral 7º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, procede el recurso extraordinario de revisión, mecanismos judiciales idóneos que se deben agotar como presupuesto necesario para acudir a la acción de amparo.

#### **1.5.4.1.3.2.5. Intervención del árbitro Jorge Enrique Ibañez Najjar, integrante del Tribunal de Arbitramento**

178. Según escrito radicado el 17 de enero de la presente anualidad, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, en los mismos términos en los que se pronunció con ocasión de la acción a la cual se acumuló este expediente, explicando ampliamente los argumentos que sustentaron cada una de las decisiones y las razones por las cuales los defectos alegados no se configuraron en el caso concreto.

#### **1.5.4.1.3.3. Auto que ordenó la acumulación de las acciones de tutela por la identidad de la situación fáctica, *causa petendi* y de la autoridad accionada**

179. Mediante proveído del 29 de enero de 2020, el despacho del Magistrado Carmelo Perdomo Cuéter dispuso remitir el expediente al despacho de la Magistrada Rocío Araújo Oñate, para que fuera acumulado al proceso radicado No. 11001-03-15-000-2019-05083-00.





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
 Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –  
 EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

#### 1.5.4.2. Acción de tutela formulada por Bancolombia S.A. – Rad. No. 11001-03-15-000-2019-05253-00

##### 1.5.4.2.1. Demanda de tutela

180. Mediante escrito radicado el 16 de diciembre de 2019, en la Secretaría General del Consejo de Estado, la institución financiera ejerció acción de tutela en contra de la misma autoridad arbitral y con el objeto de cuestionar idénticas decisiones, indicando como supuestos fácticos los que fueron relacionados por esta Sala en el acápite de hechos probados y como derecho fundamental vulnerado el debido proceso.

##### 1.5.4.2.2. Sustento de la vulneración

181. Alegó la configuración de un defecto sustantivo, por aplicar inadecuadamente la expresión *“los reconocimientos a que haya lugar [...] serán validados por la interventoría o por un tercero experto”*, contenida en el parágrafo 1º del artículo 32 de la Ley 1508 de 2012, modificado por el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, en el sentido de que la interpretó como una facultad para tomar como base los resultados de un dictamen pericial de un experto y añadirle ajustes *“indiscriminados y no como una obligación de respaldar las determinaciones técnicas del Tribunal en algún concepto especializado como garantía para las partes de imparcialidad y buen derecho.”*<sup>26</sup>

182. Calificó como irrazonable la interpretación de la norma, por cuanto la autoridad accionada *“entendió que la validación de los reconocimientos de un experto significaba simplemente tomar como base el dictamen de Duff & Phelps y sobre él realizar todo tipo de ajustes, al punto que incluso podía desnaturalizarlo y elaborar uno propio. Esta actuación condujo a la demandada a violar el debido proceso.”*

183. Invocó, igualmente, la existencia de un defecto fáctico, por la indebida valoración del dictamen pericial rendido por la firma Duff & Phelps, en la medida en que el Tribunal, para determinar la validez de sus estimaciones, incumplió las reglas elementales de la sana crítica y el deber de no contradicción.

184. En relación con este defecto, consideró que, la primera irregularidad en que incurrió, consistió en que, al evaluar la forma en que el experto estimó el CAPEX, restó aquellos costos, inversiones y gastos en que había incurrido el epecista (CONSOL) para realizar las obras, bajo el argumento de que tales rubros aún no se habían facturado y no obraban en la contabilidad. Sin embargo, no tuvo en cuenta que en el dictamen se incluyeron esos rubros *“porque la fórmula contenida en el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 no ordena que se deduzcan y porque de hecho corresponden a obras construidas para contribuir a satisfacer el interés público y están asociadas al objeto del contrato.”*

<sup>26</sup> Folio 2 del cuaderno número 1 del expediente acumulado.





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. -  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

185. La irrazonabilidad de la valoración del dictamen la hizo consistir, en consecuencia, en la inclusión de un criterio de deducción nuevo, que no obraba en la fórmula de la normativa vigente, consistente en excluir aquellos costos, inversiones y gastos no facturados, a pesar de que fueron efectivamente ejecutados.

186. La segunda irregularidad, relativa al defecto fáctico y, concretamente a la determinación del CAPEX radicó en que no tuvo en cuenta que los supuestos sobrecostos en que había incurrido el epecista ya habían sido depurados por el peritaje.

187. La tercera irregularidad, en su sentir, tuvo lugar al momento de analizar la forma en que calculó el OPEX, por cuanto se le restó una suma calculada con fundamento en el dictamen "BDO" y en las propias conclusiones del Tribunal que tenían sustento en las conclusiones de un tercero experto.

188. Argumentó que la providencia igualmente estaba incurso en el defecto de desconocimiento del precedente, por considerar que al aplicar la fórmula de liquidación de los reconocimientos a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. se apartó de la regla de interpretación que de esa fórmula dispuso la Corte Constitucional en la Sentencia C-207 de 2019, cuyo principal propósito es la protección del ahorro captado del público, mediante la satisfacción de las deudas con el sector financiero.

189. En consecuencia, el Tribunal incurrió en este defecto, al no incluir directamente los recursos financieros provenientes del endeudamiento del contratista con terceros de buena fe, como parte de las restituciones a las que había lugar y porque al evaluar los valores de los rubros que hacían parte de la fórmula de reconocimiento al concesionario utilizó el criterio más restrictivo e irrazonable que era posible emplear, como se especificó al sustentar el defecto fáctico.

190. Adicionalmente, hizo referencia a la existencia de una decisión sin motivación, por definir un orden de prelación de pagos a los acreedores de la Concesionaria, pues para ello no expuso ningún argumento jurídico.

191. Sustentó la petición de amparo constitucional en los supuestos fácticos relacionados con la celebración del contrato de Concesión No. 01 de 2010 y se refirió ampliamente a los contratos de financiación que se suscribieron, entre otras entidades crediticias, con Bancolombia.

192. Informó que, el 30 de septiembre de 2019, interpuso recurso de anulación contra el Laudo Arbitral, el cual sustentó en tres (3) causales, a saber: *i)* que el fallo fue dictado en conciencia, debiendo haber sido en derecho; *ii)* que contiene





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
 Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. -  
 EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

errores aritméticos; y *iii*) que resolvió aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros. Agregó que, todos los errores se centraron en irregularidades de carácter formal y de procedimiento en torno a la definición de los efectos económicos derivados de la nulidad absoluta del contrato por objeto y causa ilícitos.

193. Transcribió apartes de los argumentos que utilizó para sustentar cada una de las causales alegadas en el recurso de anulación y anexó como prueba la demanda que lo contiene.

#### **1.5.4.2.3. Actuaciones procesales relevantes**

##### **1.5.4.2.3.1. Auto que dispuso remisión de la demanda a la Sección Tercera del Consejo de Estado**

194. Según auto del 16 de diciembre de 2019<sup>27</sup>, el Magistrado Ponente de la Sección Segunda – Subsección “A” del Consejo de Estado, dispuso la remisión del proceso a la Sección Tercera de esta Corporación, con fundamento en la regla de reparto de acciones de tutela dispuesta en el ordinal 9º del artículo 1º del Decreto 1983 de 2017 que dispone que *“Las acciones de tutela dirigidas contra los Tribunales de Arbitraje serán repartidas para su conocimiento en primera instancia a la autoridad judicial que conoce del recurso de anulación”*.

195. El expediente fue asignado por reparto al despacho de la Magistrada Marta Nubia Velásquez Rico quien, mediante auto del 23 de enero de 2020<sup>28</sup>, se declaró incompetente para conocer de la acción y dispuso la remisión al Presidente del Consejo de Estado para dirimir el conflicto negativo de competencias que se suscitó en la actuación.

196. Con ocasión del conflicto negativo de competencias suscitado entre las Secciones Segunda y Tercera del Consejo de Estado, el Presidente de esta Corporación dictó el auto del 30 de enero de 2020<sup>29</sup> en que consideró que las reglas de competencia de la acción de tutela están consagradas en el artículo 86 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, correspondiéndole a todos los jueces de la república, a prevención, que tengan jurisdicción en el lugar donde ocurriere la vulneración o amenaza que motive la presentación de la solicitud.

197. Precisó que, a efectos de distribuir la competencia, el Decreto 1983 de 2017, en el párrafo 2º del artículo 1º, determinó las reglas de reparto aplicables a la acción de tutela: no obstante señaló que tales reglas *“no pueden ser invocadas por*

<sup>27</sup> Folio 124 del cuaderno número 1 del expediente de tutela acumulado.

<sup>28</sup> Folio 151 del cuaderno número 1 del expediente de tutela acumulado.

<sup>29</sup> Folio 157 del cuaderno número 1 del expediente de tutela acumulado.





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

ningún juez para rechazar la competencia o plantear conflictos negativos de competencia.”

198. Efectuadas las consideraciones anteriores, señaló que como en el radicado 2019-05083-00 se había dispuesto la acumulación de todas las acciones de tutela que tenían identidad fáctica y jurídica, lo procedente era remitir todos los procesos al despacho de la Magistrada Rocío Araújo Oñate, para su decisión en forma conjunta.

### **1.5.4.3. Acción de tutela ejercida por el Banco Davivienda S.A. - Rad. 11001-03-15-000-2019-05341-00**

#### **1.5.4.3.1. Solicitud de amparo constitucional**

199. En escrito radicado el 18 de diciembre de 2019, en la Secretaría General del Consejo de Estado, el Banco Davivienda S.A., ejerció acción de tutela en contra de la misma autoridad arbitral y con el objeto de cuestionar idénticas decisiones, indicando como supuestos fácticos los que fueron relacionados por esta Sala en el acápite de hechos probados y como derecho fundamental vulnerado el debido proceso.

#### **1.5.4.3.2. Sustento de la vulneración**

200. En la demanda precisó el marco normativo y jurisprudencial de procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales, se refirió al cumplimiento en el caso concreto de los requisitos genéricos de procedibilidad y, como requisitos específicos alegó los siguientes:

201. Defecto sustantivo por inaplicación del artículo 36 de la Ley 1563 de 2012<sup>30</sup>, el cual sustentó en el que el Tribunal adoptó decisiones y generó efectos de cosa

<sup>30</sup> “La norma establece: **ARTÍCULO 36. INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO.** Cuando por la naturaleza de la relación jurídica debatida en el proceso, el laudo haya de generar efectos de cosa juzgada para personas que no estipularon el pacto arbitral, el tribunal ordenará la citación personal de todas ellas para que manifiesten si adhieren o no al pacto. La notificación personal de la providencia que así lo ordene, se llevará a cabo dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de su decreto.

Los citados manifestarán expresamente su decisión de adherir al pacto arbitral dentro de los cinco (5) días siguientes. De no hacerlo, el tribunal declarará extinguidos los efectos del compromiso o de la cláusula compromisoria para dicha controversia. Igual pronunciamiento se hará cuando no se logre notificar a los citados. En la misma providencia en la que se declaren extinguidos los efectos del pacto arbitral, los árbitros ordenarán el reintegro a las partes de la totalidad de los honorarios. En estos eventos, no se considerará interrumpida la prescripción y operará la caducidad, salvo que se promueva el respectivo proceso ante el juez dentro de los veinte días (20) hábiles siguientes a la ejecutoria de la providencia referida en este inciso.

Si todos los citados adhieren al pacto arbitral, el tribunal fijará la contribución que a ellos corresponda en los honorarios y gastos generales.

Cuando se trate de integración del contradictorio con quien haya suscrito el pacto arbitral, se ordenará su notificación personal, surtida la cual, el citado tendrá veinte (20) días para





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
 Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. -  
 EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

juzgada respecto de sujetos que, como los terceros acreedores de la Concesionaria, *i)* no formaban parte del pacto arbitral fuente de la competencia del Tribunal; *ii)* no manifestaron su adhesión a dicho pacto; y *iii)* no participaron como partes en dicho proceso.

202. A continuación, se refirió ampliamente a lo dispuesto por el párrafo del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 y a la sentencia de exequibilidad condicionada de dicha norma, dictada por la Corte Constitucional.

203. Indicó que, cuando por la naturaleza de la relación jurídica debatida en el proceso, el Laudo está llamado a generar efectos de cosa juzgada, respecto de los sujetos que no suscribieron el pacto arbitral, como ocurre en este caso con los terceros acreedores del contratista, el Tribunal está en la obligación de citarlos personalmente para que manifiesten si adhieren o no al pacto arbitral.

204. Agregó que, si realizada la citación, los sujetos no manifiestan expresamente su decisión de adherir al pacto, se deben declarar extinguidos los efectos del compromiso o de la cláusula compromisoria para dicha controversia, lo cual es consecuencia lógica del principio de voluntariedad que rige el arbitraje.

205. Con fundamento en las normas anteriores, consideró que el Tribunal, en virtud de no haber citado a los terceros acreedores, ha debido declarar *"extinguidos los efectos del compromiso o de la cláusula compromisoria para dicha controversia"* y, contrario a ello, profirió un Laudo para el cual carecía de competencia.

206. Advirtió que, en efecto, en la providencia que definió la *Litis*, se determinaron los acreedores que tenían el carácter de terceros de buena fe y, consecuentemente podían ser objeto de reconocimiento, a la vez que estableció el orden de prelación en el que se debían realizar los pagos.

207. Resaltó que el Banco Davivienda actuó como tercero en el proceso, sin embargo, no pudo poner de presente el desconocimiento del artículo 36 del Estatuto Arbitral, pues únicamente cuando le notificaron el Laudo, pudo conocer que el mismo decidió sobre sus derechos como acreedor del proyecto, en demostración de lo cual relacionó ampliamente las actuaciones que se llevaron a cabo en el trámite arbitral, para señalar que cuando fueron aceptados como coadyuvantes de la Concesionaria, en el año 2017, aún no había sido expedida la Ley 1882 del 15 de enero de 2018 ni había sido proferida la Sentencia C-207 de 2019, por parte de la Corte Constitucional.

*pronunciarse, según corresponda a su condición de parte activa o pasiva. Vencido este término, el proceso continuará su trámite."*





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

208. Invocó, adicionalmente, los defectos fáctico y sustantivo, por desconocimiento de lo dispuesto por el parágrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, con relación a la validación de un tercero. Al respecto, hizo énfasis en que la ley exige que la prueba de los reconocimientos a los que haya lugar tras la declaratoria de nulidad del contrato provenga o haya sido validada por la interventoría del proyecto o por un tercero experto.

209. En ese sentido, al exigir la norma un específico medio de prueba, cualquier otro elemento de convicción es inconducente para la validación de los criterios que rigen los reconocimientos económicos que contempla la disposición, so pena de proferirse un fallo basado en pruebas inconducentes.

210. Se refirió *in extenso* a cada uno de los *ítems* objeto de reconocimiento en los que el Tribunal se separó de las cifras y conclusiones a las que había llegado el tercero experto, en los siguientes aspectos: *i)* CAPEX; *ii)* OPEX; *iii)* remuneración recibida por el Concesionario; *iv)* pagos efectuados al Concesionario.

211. Introdujo el cargo de defecto fáctico por inexistencia de pruebas que sustenten la afirmación del Tribunal, respecto de que el contrato EPC no fue suscrito a precios del mercado y el de defecto sustantivo al deducir de tal circunstancia consecuencias no previstas en la ley.

212. Agregó que, el defecto sustantivo se configuró igualmente por “*aplicar presunciones y cargas no previstas en la ley*”.

#### **1.5.4.3.3. Actuaciones procesales relevantes**

##### **1.5.4.3.3.1. Intervención de la Procuraduría General de la Nación – Procuraduría 55 Judicial II Administrativa**

213. En memorial radicado el 13 de enero de 2020, la representante del Ministerio Público solicitó la acumulación de este proceso y todos los demás que guardan identidad de objeto, *causa petendi* y parte demandada, al proceso radicado No. 11001-03-15-000-2019-05083-00.

##### **1.5.4.3.3.2. Auto que dispuso la remisión del proceso a la Sección Tercera del Consejo de Estado**

214. Mediante providencia del 13 de enero de 2020, el despacho del Magistrado Ponente dispuso la remisión de expediente a la Sección Tercera del Consejo de Estado, en aplicación de las reglas de reparto contenidas en el Decreto 1983 de 2017, sin que dicha Sección hubiera asumido la competencia para resolver la acción de amparo, siendo remitido con destino al radicado de la referencia, en el





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

que se admitió según auto del 23 de enero de la presente anualidad, sin que bajo este radicado se presentaran intervenciones.

#### **1.5.4.4. Acción de tutela ejercida por la sociedad Constructora Norberto Odebrecht S.A. y Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S. – Rad. 11001-03-15-000-2020-00084-00**

##### **1.5.4.4.1. Solicitud de amparo constitucional**

215. Las sociedades referidas, mediante escrito radicado el 15 de enero de 2020, por intermedio de apoderada judicial, ejercieron acción de tutela en contra de la misma autoridad arbitral y con el objeto de cuestionar idénticas decisiones, indicando como supuestos fácticos los que fueron relacionados por esta Sala en el acápite de hechos probados y como derechos fundamentales vulnerados el debido proceso y la igualdad de trato jurídico<sup>31</sup>.

##### **1.5.4.4.2. Sustento de la vulneración**

216. Las sociedades accionantes, afirmaron que tienen legitimación en la causa por activa para incoar la presente acción, por ser titulares de un interés jurídico que se deriva de haber participado en el proceso arbitral, en el que se les reconoció la calidad de *litisconsortes cuasinecesarios*, calidad que, según lo dispuesto por el artículo 62 del Código General del Proceso<sup>32</sup>, les confiere las mismas potestades que tienen las partes del proceso y así les fue reconocido en el presente caso.

217. Precisaron que en el caso concreto concurren los requisitos genéricos de procedibilidad de la acción de tutela, haciendo énfasis en la relevancia constitucional del caso y en la inexistencia de otros mecanismos idóneos de defensa judicial.

218. Como causales específicas de procedencia de la acción, alegaron, en primer lugar, la falta de competencia del Tribunal, por haber operado el fenómeno de la caducidad del medio de control, indicando que el panel, en su empeño de declarar la nulidad del contrato de Concesión No. 001 de 2010, "*desconoció el precedente del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional sobre la oportunidad para alegar y declarar la nulidad de contratos estatales perfeccionados en vigencia del Decreto Ley 01 de 1994 (C.C.A.)*."

<sup>31</sup> Ver folios 1 al 65 del cuaderno número 1 del expediente de tutela acumulado.

<sup>32</sup> **"ARTÍCULO 62. LITISCONSORTES CUASINECESARIOS.** *Podrán intervenir en un proceso como litisconsortes de una parte y con las mismas facultades de esta, quienes sean titulares de una determinada relación sustancial a la cual se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia, y que por ello estaban legitimados para demandar o ser demandados en el proceso. Podrán solicitar pruebas si intervienen antes de ser decretadas las pedidas por las partes; si concurren después, tomarán el proceso en el estado en que se encuentre en el momento de su intervención.*"





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

219. Para desarrollar este cargo, señalaron que el Tribunal indicó que el término de caducidad para alegar la nulidad absoluta del contrato, se gobernaba por la Ley 1437 de 2011 y no por el Código Contencioso Administrativo. Con ello, desconoció los siguientes pronunciamientos del Consejo de Estado:

| Providencia                            | Hechos relevantes   |
|--|---|
| Auto del 5 de marzo de 2015            | <ul style="list-style-type: none"><li>- El contrato de concesión se celebró el 7 de junio de 2011.</li><li>- La demanda presentada por el Contratista Redcom Ltda. se radicó en vigencia del CPACA: 30 de agosto de 2013.</li></ul>                   |
| Sentencia del 23 de enero de 2017      | <ul style="list-style-type: none"><li>- El contrato estatal, también de concesión, se celebró el 9 de diciembre de 2006.</li><li>- La demanda de controversias contractuales se presentó en vigencia del CPACA, el 2 de septiembre de 2013.</li></ul> |
| Sentencia del 20 de septiembre de 2017 | <ul style="list-style-type: none"><li>- El contrato estatal de donación se celebró el 24 de junio de 2008.</li><li>- La demanda referida al contrato se presentó en vigencia del CPACA, el 12 de septiembre de 2014.</li></ul>                        |

220. Agregó que, además de la similitud fáctica, las tres providencias estudiaron el mismo problema jurídico, frente al tránsito de legislación, referido a *“¿a cuáles reglas debía atenerse el juez del contrato estatal para determinar si la caducidad había operado sobre la pretensión de nulidad absoluta del contrato?”*

221. Sobre la *ratio decidendi* de las tres decisiones que citaron como precedentes desconocidos por el Tribunal de Arbitramento, indicó que es idéntica y se determinó en que *“cuando el contrato se perfeccionó en vigencia del CCA, pero la demanda en la que se pide su nulidad se presentó en vigencia del CPACA, la norma aplicable al término de caducidad es el CCA no el CPACA.”*

222. Argumentaron igualmente el desconocimiento de la sentencia C-709 de 2001, dictada por la Corte Constitucional, por haber considerado que el término de caducidad se reanudaba, por virtud de las modificaciones contractuales acordadas por las partes.

223. Precisó que la nulidad del contrato fue alegada por la ANI en el año 2017, cuando ya habían transcurrido más de siete (7) años, contados desde el perfeccionamiento del contrato de concesión, de tal manera que la caducidad había operado y, por ende, el contrato no podía ser anulado en sede arbitral.





224. Consideró que el Tribunal de Arbitramento también desconoció el precedente del Consejo de Estado, según el cual no es viable declarar de oficio la nulidad absoluta de un contrato estatal, cuando la oportunidad para alegarla caducó, advirtiendo que esta tesis se encuentra desarrollada en la sentencia del 3 de diciembre de 2018, dictada por el Consejo de Estado, en virtud de la cual *"de haber operado la caducidad sobre las pretensiones para alegar la nulidad de un contrato estatal, los Tribunales de Arbitraje no pueden impartir esa declaración en ejercicio de sus facultades oficiosas."*<sup>33</sup>

225. Adicional a lo anterior, las sociedades accionantes consideraron que el Laudo no fue proferido *"conforme a las leyes"* y *"con observancia de la plenitud de las formas del juicio"*, toda vez que incurrió en defectos sustantivo y fáctico, el primero *"porque interpretó de forma manifiestamente irrazonable la expresión 'remuneración', contenida en el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018."* y, el segundo, en cuanto, *"al motivar el 'ajuste' de las inversiones acometidas en la ejecución del contrato, abandonó el principio de libre valoración de la prueba pericial y, en su lugar, entró en el ámbito de interpretación caprichosa e irrazonable de los medios de convicción."*<sup>34</sup>

226. Transcribió los apartes del Laudo en los cuales se realizaron los *"ajustes"*, en relación con las cifras que se habían probado con el dictamen que el Tribunal decretó de oficio, incluidas las relacionadas con los gastos financieros en los que incurrió el concesionario y el valor de la remuneración.

227. Advirtió que la decisión del Tribunal de realizar los ajustes referidos tuvo por efecto que no se pudiera solucionar –con cargo al valor de las restituciones mutuas decretadas, la billonaria deuda con los bancos acreedores. Sobre el punto señaló que *"Más de \$1.4 billones de pesos en recursos captados del ahorro del público no se podrán pagar."*

#### 1.5.4.4.3. Actuaciones procesales relevantes

##### 1.5.4.4.3.1. Auto admisorio de la demanda

228. Mediante auto del 16 de enero de 2020, el Magistrado Ponente del Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección "B", admitió la demanda de tutela y dispuso la notificación personal del Tribunal de Arbitramento constituido por los abogados Jorge Enrique Ibáñez Najjar, Catalina Hoyos Jiménez y Carlos Mauricio González Arévalo) y convocó, como terceros con interés jurídico en el resultado del proceso a todas la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y a todas las personas jurídicas que intervinieron en el trámite del proceso.<sup>35</sup>

<sup>33</sup> Folio 38 del cuaderno número 1 del expediente de tutela acumulado.

<sup>34</sup> Folio 2 del cuaderno número 1 del expediente de tutela acumulado.

<sup>35</sup> Folio 82 del expediente de tutela acumulado.





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

#### 1.5.4.4.3.2. Intervenciones de las autoridades demandadas y de los terceros vinculados

##### 1.5.4.4.3.2.1. Bancos A.V. Villas S.A. Bogotá S.A. y Popular S.A.

229. Según escrito radicado el 29 de enero de 2020, por intermedio de apoderado, informaron que presentaron demanda de tutela, por considerar vulnerado sus derechos al debido proceso, de defensa, acceso a la administración de justicia e igualdad, en su calidad de entidades prestamistas y acreedores de buena fe.

##### 1.5.4.4.3.2.2. Estudios y Proyectos del Sol – Episol S.A.S.

230. En escrito radicado el 29 de enero de 2020, informó que presentó demanda de tutela desde el día 4 de noviembre de 2019, que se encuentra a cargo del despacho de la Magistrada Rocío Araújo Oñate.

##### 1.5.4.4.3.2.3. Banco de Occidente S.A.

231. Mediante informe del 29 de enero de la presente anualidad, señaló que el 13 de diciembre de 2019, ejerció acción de tutela en contra del mismo Laudo Arbitral, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales como acreedores de buena fe.

##### 1.5.4.4.3.2.4. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado – ANDJE

232. Por intermedio de apoderado especial, la entidad intervino en la presente acción, según escrito radicado el 29 de enero de la presente anualidad, en el que precisó que en el presente caso no concurren los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial, toda vez que el caso no tiene relevancia constitucional y, adicionalmente, no se han agotado todos los mecanismos de defensa judicial con los que cuenta la parte actora.

233. En relación con el requisito de subsidiariedad señaló que los cargos coinciden y, por tanto, son equivalentes con los cargos formulados por las mismas sociedades en el recurso de anulación que actualmente cursa en la Sección Tercera del Consejo de Estado, bajo el radicado 2019-00168, cuya magistrada ponente es la doctora María Adriana Marín.

234. Argumentó que, las sociedades accionantes *“alegan, como primer cargo, la caducidad del medio de control, igual a lo que se alega de primero en esta acción de tutela y, como segundo cargo, el haberse fallado en conciencia o equidad, bajo el argumento de no aplicar en debida forma la Ley 1882 de 2018, exactos argumentos a los expuestos en esta acción de tutela.”*<sup>36</sup> (Negrillas incluidas en el texto transcrito)

<sup>36</sup> Folio 145 del cuaderno número 1 del expediente acumulado.





235. Agregó que, ninguna de las dos sociedades accionantes en esta tutela impugnaron el auto por medio del cual el Tribunal de Arbitramento asumió la competencia, por cuanto se negaron a participar en la primera parte del proceso, con lo cual no agotaron los mecanismos de defensa que tenían para cuestionar lo que hoy alegan en sede de tutela.

236. Con respecto a este argumento, precisó que *"la Ley 1563 de 2012, en su artículo 41, señala que es prerequisite para alegar la causal de nulidad Caducidad de la acción que se hayan hecho valer los motivos constitutivos de ella mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia. Ergo, dado que ninguna de las dos sociedades que interponen esta acción de tutela repusieron el auto del Tribunal de Arbitramento que asumió competencia, NO están legitimadas para invocar el argumento de la caducidad de la acción de nulidad del Contrato de Concesión 01/10, puesto que no agotaron los mecanismos que a su favor tenían para controvertir la decisión."*<sup>37</sup>

237. Destacó que, en instancia anterior a la emisión del Laudo se había resuelto en el Tribunal Arbitral la discusión sobre la caducidad de la acción, por cuanto, al admitirse la reforma de la demanda de reconvencción, la parte convocante (Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.) de la que eran litisconsortes las ahora accionantes, recurrió esta providencia, con sustento en los mismos argumentos expuestos en la presente acción. El Tribunal en dicha ocasión confirmó el auto admisorio, invocando las normas de la Ley 1437 de 2011, sin que las sociedades actoras hubieran interpuesto recurso alguno.

238. Sobre la procedencia de las normas aplicables por el Tribunal de Arbitramento, señaló que *"habiendo sido presentadas las demandas por parte de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. el 6 y 19 de agosto de 2015 y la reconvencción el 19 de febrero de 2017 y su reforma el 17 de enero de 2017 (sic); ya en vigencia del CPACA ; la caducidad está regida por este estatuto procedimental y no por el anterior como lo pretende la accionante, máxime cuando ninguna de estas dos sociedades (**Constructora Odebrecht S.A. ni Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S.**) jamás interpusieron esta excepción, ni lo hizo su coadyuvada **Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.**), demandante en el proceso arbitral."*

239. Agregó que las actuaciones procesales de las sociedades actoras en el proceso arbitral estuvieron encaminadas a proteger los dictámenes rendidos por los peritos BDO y FTI, que efectuaron una valoración de costos, gastos e inversiones para alimentar la fórmula de liquidación del contrato estatal, como consecuencia del decreto de nulidad, admitiendo con ello que está inexorablemente sería decretada.

240. En su sentir, de asumir la tesis de las accionantes sobre el término de caducidad de la acción, conllevaría a determinar que también las demandas arbitrales ejercidas por la Concesionaria habrían caducado.

<sup>37</sup> Folio 146 del cuaderno número 1 del expediente de tutela acumulado.





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

#### **1.5.4.4.3.2.5. Intervención de Catalina Hoyos Jiménez, en su condición de integrante del panel arbitral**

241. En escrito radicado el 29 de enero de 2020, solicitó que se rechazara por improcedente la acción de tutela presentada por las sociedades por no cumplir los requisitos de procedibilidad cuando la acción se dirige contra Laudos Arbitrales y, en forma subsidiaria, solicitó que se negara la petición de amparo. Sustentó la oposición en los mismos argumentos que expuso con ocasión de la contestación de las demás acciones de tutela acumuladas.

242. Advirtió que los socios de la Concesionaria Ruta del Sol y los bancos acreedores han inundado el Consejo de Estado de tutelas contra el Laudo Arbitral, lo que calificó como una verdadera “*tutelatón*” que genera una verdadera congestión judicial, por el uso indebido del mecanismo por parte de personas que están lejos de encontrarse en una situación de indefensión y de ver vulnerados sus derechos fundamentales.

243. Argumentó que la jurisprudencia unificada de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado exige que el juez de tutela evalúe en forma más estricta, rigurosa y restrictiva la procedencia cuando se dirige contra un Laudo Arbitral.

244. Señaló que la acción de nulidad del contrato no caducó, toda vez que, además de las razones contenidas en el Laudo, el Tribunal estuvo habilitado en todo momento para fallar, con base en la voluntad soberana de las partes. Hizo amplia referencia a la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el tema.

245. Agregó que, los efectos del carácter voluntario del arbitraje determinan que si las partes no recurren el auto por medio del cual el Tribunal asume competencia para decidir sobre la nulidad del contrato estatal, con posterioridad ya no pueden alegar la caducidad y mucho menos en sede de tutela y, en el presente caso, *“nadie interpuso recursos contra el auto por el cual el Tribunal de Arbitramento se declaró competente para decidir sobre todas las pretensiones invocadas por las partes en la demanda, su reforma, la demanda de reconvenición y su reforma, es decir, nadie dijo nada sobre el auto por medio del cual el Tribunal se atribuyó la competencia para decidir, entre otras, sobre la nulidad del contrato.”*<sup>38</sup>

246. Con posterioridad las sociedades accionantes intervinieron en el proceso y, en ninguna instancia procesal, solicitaron que se declarara la nulidad de lo actuado por falta de competencia de los árbitros quienes se consideraron facultados para decidir sobre todas las pretensiones, incluida la nulidad del contrato de concesión. Contrario a ello, fueron estas sociedades las que aportaron los dictámenes periciales con base en los cuales pretendieron que el Tribunal

<sup>38</sup> Folio 162 del cuaderno número 1 del expediente acumulado.





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. -  
- EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

definiera las restituciones a las que podía tener derecho la Concesionaria, con ocasión de la declaratoria de nulidad del contrato.

247. Por otra parte, las accionantes, en los momentos en los cuales se hizo control de legalidad del proceso, guardaron silencio sobre la potencial imposibilidad de los árbitros para resolver sobre la nulidad.

248. Argumentó que las sociedades accionantes no tienen legitimación en la causa por activa, toda vez que no fueron parte en la cláusula compromisoria ni en el contrato que originó la controversia como tampoco tomó ninguna decisión que directamente haya podido afectar sus derechos fundamentales.

249. Todos los demás argumentos de oposición coinciden con los planteados con ocasión de la respuesta suministrada en relación con la acción de tutela presentada por Estudios y Proyectos del Sol - Episol S.A.S., contestando cada uno de los aspectos en torno a los defectos sustantivo y fáctico invocados como sustento de la petición de protección constitucional.

#### **1.5.4.4.3.2.6. Intervención del árbitro Jorge Enrique Ibañez Najar, integrante del Tribunal de Arbitramento**

250. Según escrito radicado el 29 de enero de la presente anualidad, el integrante del panel se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, en los mismos términos en los que se pronunció con ocasión de la acción a la cual se acumuló este expediente, explicando ampliamente los argumentos que sustentaron cada una de las decisiones y las razones por las cuales los defectos alegados no se configuraron en el caso concreto.

251. Adicionalmente, se refirió a cada una de las sociedades y personas naturales que intervinieron en la celebración y ejecución del contrato, al tiempo que describió ampliamente los hechos punibles en que las mismas incurrieron y de las que existía prueba en el proceso arbitral, señalando el fraude internacional que se llevó a cabo y en relación con el caso colombiano, indicó que, según el documento remitido por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos que:

*"51. En o alrededor y entre 2009 y 2014, Odebrecht realizó e hizo que se efectuaran más de \$11 millones en pagos corruptos en Colombia con el fin de asegurar contratos de obras públicas. La Compañía obtuvo beneficios por más de \$50 millones, como resultado de estos pagos corruptos.*

*52. Por ejemplo, en o alrededor y entre 2009 y 2010, Odebrecht aceptó pagar, y luego pagó a través de la División de Operaciones Estructuradas con la autorización del Empleado 6 de Odebrecht, un soborno de 6.5 millones a un funcionario del gobierno a cargo de la adjudicación de un*





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

*proyecto de construcción con el gobierno de Colombia a cambio de ayuda para ganar el proyecto.*<sup>39</sup>

252. Hizo referencia a la acción popular que formuló la Procuraduría General de la Nación, con el fin de que se protegieran los derechos e intereses colectivos a la moralidad administrativa, a la defensa del patrimonio público, al acceso a los servicios públicos y a que la prestación sea eficiente, en el que simultáneamente con la admisión de la demanda se decretaron medidas cautelares.

253. Argumentó que el Laudo tuvo en cuenta las consideraciones contenidas en el Acuerdo de Terminación y Liquidación suscrito por las partes el 22 de febrero de 2017, en el que las partes admitieron que el contrato tiene causa y objeto ilícitos, transcribiendo los principales apartes en los que se dejaron constancias sobre esta situación.

254. Afirmó que, igualmente, sus consideraciones se basaron en los procesos penales, disciplinarios y de pérdida de investidura en los que se encontraron demostrados hechos de corrupción en torno al contrato de concesión.

255. Con respecto al cuestionamiento que se realiza en la acción de tutela, sobre la caducidad de la acción encaminada a que se declarara la nulidad absoluta del contrato, afirmó que este tema no fue planteado por la convocada en reconvención ni al proferirse el auto de competencia del Tribunal.

256. Al respecto, señaló que *"el apoderado de la Convocante y Convocada en reconvención no se opuso a la competencia del Tribunal para declarar la nulidad del contrato de concesión por caducidad de la acción ni formuló en tal sentido excepción de mérito fundada en la caducidad de la acción. Sólo formuló oposición a la pretensión de nulidad por ausencia de objeto de la misma, en atención a que el contrato de concesión había terminado por acuerdo entre las partes."*<sup>40</sup>

257. A continuación, se refirió ampliamente a los argumentos jurídicos por los cuales en el caso concreto no operó el fenómeno jurídico de la caducidad del medio de control y a las consideraciones que sobre este tema se realizaron en el proceso arbitral.

258. Consideró que las sociedades accionantes lo que pretenden es convertir la acción de tutela en una instancia adicional del Laudo Arbitral y señaló que, mediante memoriales radicados el 30 de septiembre de 2019, cuyas copias allegó con el escrito de contestación de la demanda de tutela, éstas interpusieron el recurso extraordinario de anulación, con fundamento en las causales 2, 7 y 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, con los mismos argumentos que ahora plantean ante el juez de tutela.

<sup>39</sup> Folio 254 del cuaderno número 2 del expediente acumulado.

<sup>40</sup> Folio 269 del cuaderno número 2 del expediente acumulado.





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
 Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –  
 EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

259. Finalmente, se refirió ampliamente a la forma como se valoró y aplicó al caso concreto la prueba pericial, señalando que la función de resolver la controversia está en cabeza del juez con apoyo en las pruebas allegadas al proceso y recalcó sobre la metodología aplicable a la prueba pericial y la forma como ello se hizo en el caso concreto.

#### **1.5.4.4.3.2.7. Intervención de la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI**

260. Por intermedio del Gerente de Defensa Judicial, la entidad se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, por considerar que carece de sustento jurídico y fáctico que permita concluir que en el presente caso se presentó una vulneración de los derechos fundamentales invocados.

261. Argumentó que el caso planteado carece de relevancia constitucional y que no cumple el requisito de subsidiariedad, toda vez que el 30 de septiembre de 2019, las dos sociedades accionantes interpusieron recurso extraordinario de anulación, con las mismas razones jurídicas que plantean ante el juez de tutela.

262. Manifestó que, en el evento de que se fallen en forma negativa los recursos de anulación que se interpusieron contra el Laudo, las actoras cuentan con el recurso extraordinario de revisión, al tenor de lo dispuesto por el artículo 149, numeral 7º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

263. Alegó la inexistencia de un perjuicio irremediable que permita estudiar la presente acción como un mecanismo transitorio y reiteró los argumentos que presentó con ocasión de la contestación de las demás acciones de tutela acumuladas.

#### **1.5.4.4.3.2.8. Intervención de Carlos Mauricio González Arévalo, integrante del Tribunal de Arbitramento**

264. Según escrito radicado el 29 de enero de la presente anualidad, el árbitro se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, con los mismos argumentos expuestos con ocasión de la respuesta dada en el proceso al que se efectuó la acumulación, reiterando que el Tribunal carecía de competencia para regular las relaciones contractuales entre prestamista y prestatario, en una relación contractual que si bien estaba coaligada al contrato de concesión le era ajena a la competencia arbitral.

265. Se refirió a las decisiones que se adoptaron en sede arbitral y explicó las razones técnicas y jurídicas que soportaron cada una de ellas.





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

266. Argumentó que la acción de tutela se presenta como una tercera instancia, por la inconformidad del actor frente a los reconocimientos efectuados, sin que se plantee una verdadera controversia de contenido constitucional sobre derechos fundamentales.

267. Agregó que, el actor justificó el ejercicio de la acción de tutela en que es la única garantía y fuente de pago de las obligaciones surgidas de los contratos de crédito, con lo cual admite que hubo defectos en la exigencia de garantías, sin que el Tribunal de Arbitramento fuera competente para resolver lo relacionado con los contratos de mutuo que se suscribieron, reiterando, la existencia de otros mecanismos de defensa judicial y el hecho de que tales pretensiones escapaban a la órbita de su competencia, legal y contractualmente delimitada.

268. Aseveró que, en el recurso de anulación interpuesto por la sociedad Latinvest de Colombia S.A. el cargo primero se refiere a la caducidad del medio de control de controversias contractuales, como consta en las páginas 8ª y siguientes y, a continuación, ataca los reconocimientos declarados en el Laudo. De manera similar argumentó la Constructora Norberto Odebrecht S.A. quien alegó la caducidad y el fallo en conciencia o equidad, al momento de definir los montos económicos a reconocer como consecuencia de la declaratoria de nulidad del contrato de concesión.

269. Agregó que *“el auto de asunción de competencia del Tribunal no fue objeto de reparo o recurso alguno por parte de los intervinientes en el proceso y el tema de la caducidad tan sólo vino a ser tocado por los accionantes en sus alegatos de conclusión. Como tampoco se hizo reparo en las diferentes audiencias, especialmente en aquellas en que se hizo control de legalidad.”*

270. El tema es absolutamente claro en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 que establece que, si bien la caducidad es una causal de anulación del Laudo Arbitral, dicha causal solo podrá ser invocada *“si el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia.”*

271. Sobre el mismo punto de derecho, transcribió apartes de pronunciamientos del Consejo de Estado – Sección Tercera, en los que se impone esta condición, así como fallos de tutela de esta Corporación en los que se afirma que la acción es improcedente para cuestionar la legalidad del Laudo, por considerar que la acción había caducado.

272. Señaló que el juez tiene el deber de declarar la nulidad del contrato cuando encuentre que está demostrada en el proceso, sin que esté sometido al régimen de caducidad, según lo dispuesto por el artículo 1742 del Código Civil, en concordancia con el artículo 2º de la Ley 50 de 1936. Hizo referencia igualmente al contenido de los artículos 45 de la Ley 80 de 1993 y 131 de la Ley 1437 de 2011,





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

cuya hermenéutica desarrolló ampliamente a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

#### **1.5.4.4.3.2.9. Intervención del Banco Davivienda S.A.**

273. La entidad financiera, por intermedio de apoderado especial, manifestó que el 18 de diciembre de 2019, presentó acción de tutela contra el Laudo Arbitral, con el fin de obtener la garantía de su derecho fundamental al debido proceso.

#### **1.5.4.5. Acción de tutela ejercida por Banco de Bogotá, Banco Popular S.A. y Banco A.V. Villas S.A. – Rad. 11001-03-15-000-2020-00211-00**

##### **1.5.4.5.1. Solicitud de amparo constitucional**

274. Las entidades financieras referidas, mediante escrito radicado el 20 de enero de 2020, por intermedio de apoderado judicial, ejercieron acción de tutela en contra de la misma autoridad arbitral y con el objeto de cuestionar idénticas decisiones, indicando como supuestos fácticos los que fueron relacionados por esta Sala en el acápite de hechos probados y como derechos fundamentales vulnerados el debido proceso, la defensa, el acceso a la administración de justicia y la igualdad<sup>41</sup>.

275. Como cargos específicos de la presente acción de tutela invocó la existencia de defectos sustantivos, afirmando que el Tribunal *“incurre en una evidente contradicción entre los fundamentos y la decisión, a la vez que adopta una posición jurisprudencial que es incompatible con la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional al ejercer el control abstracto de constitucionalidad del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, lo que exige la imperiosa intervención del juez constitucional estatuido para la protección de los terceros de buena fe, financiadores del Proyecto Ruta del Sol a que se refiere el contrato de Concesión No. 001 de 2010.”*<sup>42</sup>

276. Precisó que en el caso concreto concurren los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela.

277. Reseñó los hechos relevantes relacionados con la celebración del contrato de concesión, con el trámite arbitral y el proferimiento del Laudo que es objeto de controversia bajo el radicado de la referencia, para concluir que vulneró sus derechos, toda vez que *“so pretexto de que el valor de varias obras no estaba incorporado en la contabilidad de la Concesionaria sino del Epecista (contratista de la obra), y a pesar de la evidencia de su existencia, procedió a excluirlas en su reconocimiento; estas obras, así como las reconocidas, (i) fueron acreditadas parcialmente, (ii) fueron acreditadas como efectivamente ejecutadas; (iii) están en poder*

<sup>41</sup> Ver folios 1 al 61 del cuaderno número 1 del expediente de tutela acumulado – Rad. 2020-00211.

<sup>42</sup> Folio 6 del cuaderno número 1 del expediente de tutela acumulado.





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

del Estado, (v) se realizaron en el marco del proyecto, y (v) reportan un beneficio para el Estado Colombiano y el interés público, cumpliendo cabalmente los requisitos para su reconocimiento, fijados en el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018.”

278. Se refirió a la interposición del recurso extraordinario de anulación, mecanismo de defensa judicial, en torno al cual consideró que el mismo no es idóneo para la protección de los derechos fundamentales que invoca en la presente oportunidad.

279. Informó que las entidades bancarias formularon recurso de anulación, soportados en la ocurrencia de la causal 2ª del artículo 41 de la Ley 1562 de 2012, que se ocupa de la “caducidad de la acción, falta de jurisdicción o de competencia.”

280. Advirtió que, sin embargo, las infracciones a la ley procesal –o errores *in procedendo* no fueron las únicas irregularidades contenidas en el Laudo, toda vez que también se vulneraron derechos fundamentales para los cuales el mecanismo idóneo de protección es la acción de tutela.

281. Sobre éstas últimas argumentó que esta acción se dirige a “*censurar la interpretación que se hace de la norma en la que se basa el Laudo, la cual desconoce la Sentencia C-207 de 2019 que defendió su alcance, en particular, respecto de la aplicación de las restituciones mutuas como garantía de los terceros de buena fe, en consecuencia, esta acción se constituye en el mecanismo idóneo para contrarrestar dichas transgresiones.*”<sup>43</sup>

282. Se refirió a las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional en la sentencia referida y las finalidades de la norma cuya exequibilidad condicionada estableció para señalar que la inconformidad con la decisión censurada en esta sede judicial obedece a que en ella se consideró que bajo el régimen de restituciones mutuas que prevé el artículo 20 de la Ley 1882 de 2019, no caben costos, gastos e inversiones del proyecto no reportados en la contabilidad del contratista, aun en el caso de que los mismos hubieran resultado probados.

283. Estimó que la aplicación de la ley así expresada, se opone el tenor y sentido de la ley y desdice las bases y premisas referidas por la Corte Constitucional “*pues termina por sancionar a los terceros financiadores al confiscar los costos, gastos e inversiones no reportados en la contabilidad del contratista –aun así estén en la del proyecto–, beneficiando y enriqueciendo, de contera, injusta e incausadamente al Estado.*”<sup>44</sup>

284. A su juicio, el fallo impone el registro contable del contratista como condición para reconocer el valor de las restituciones mutuas, sin soporte legal y en

<sup>43</sup> Folio 21 del cuaderno número 1 del expediente de tutela acumulado.

<sup>44</sup> Folio 37 del cuaderno número 1 del expediente de tutela acumulado.





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
 Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –  
 EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

contravía de la sentencia de constitucionalidad y desconoce el estándar constitucional y legal para aprobar restituciones.

#### 1.5.4.5.2. Actuaciones procesales relevantes

285. Previa admisión de la demanda de tutela, el expediente fue remitido al despacho de la magistrada que funge como ponente, mediante auto del 24 de enero de 2020, para ser acumulado al radicado de la referencia, sin que en el mismo se hubiera realizado alguna intervención, diferente a las registradas en el expediente al fue acumulado el proceso.

## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 2.1. Competencia

286. Esta Sala es competente para conocer de las acciones de tutela acumuladas presentadas por i) Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. – EPISOL S.A.S., ii) Banco de Occidente S.A.; iii) Bancolombia S.A.; iv) Banco Davivienda S.A.; v) Norberto Odebrecht S.A. y Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S.; y vi) Banco de Bogota S.A., Banco Popular S. A. y Banco A.V. Villas S.A., de conformidad lo establecido en el inciso 1º del artículo 86 de la Constitución Política<sup>45</sup>; el artículo 37 del Decreto Ley 2591 de 1991<sup>46</sup> que consagran las normas de competencia en materia de acciones constitucionales de tutela y, adicionalmente, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 2.2.3.1.3.3. del Decreto 1834 de 2015<sup>47</sup>.

287. Así mismo, el Consejo de Estado, a través de sus Secciones y Subsecciones está facultado para conocer en primera instancia del asunto del vocativo de la referencia, con fundamento en las normas de reparto consagradas en el Decreto 1069 de 2015<sup>48</sup>, modificado por el Decreto 1983 de 2017 y en el artículo 13 del Acuerdo 80 de 2019 de la Sala Plena de esta Corporación.

<sup>45</sup> **"ARTICULO 86.** *Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.*" (Subrayas de la Sala)

<sup>46</sup> **"ARTICULO 37. PRIMERA INSTANCIA.** *Son competentes para conocer de la acción de tutela, a prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud.*

*El que interponga la acción de tutela deberá manifestar, bajo la gravedad del juramento, que no ha presentado otra respecto de los mismos hechos y derechos. Al recibir la solicitud, se le advertirá sobre las consecuencias penales del falso testimonio".*

<Inciso CONDICIONALMENTE exequible> De las acciones dirigidas contra la prensa y los demás medios de comunicación serán competentes los jueces de circuito del lugar.

<sup>47</sup> **"ARTÍCULO 2.2.3.1.3.3. Acumulación y fallo.** El juez de tutela que reciba las acciones de tutela podrá acumular los procesos en virtud de la aplicación de los artículos 2.2.3.1.3.1 y 2.2.3.1.3.2 del presente decreto, hasta antes de dictar sentencia, para fallarlos todos en la misma providencia."

<sup>48</sup> *"Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho"*





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

288. Cabe destacar que el artículo 1º del Decreto 1983 de 2017<sup>49</sup>, que modificó el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, en su numeral 9º estableció que *“9. Las acciones de tutela dirigidas contra los Tribunales de Arbitraje serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a la autoridad judicial que conoce del recurso de anulación.”*

289. Al tenor de lo dispuesto por el artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que el Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus secciones, subsecciones o salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia, de los siguientes asuntos:

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

290. Por su parte, el Reglamento Interno del Consejo de Estado, aprobado mediante Acuerdo No. 80 de 2019, en su artículo 13, le asignó a la Sección Tercera del Consejo de Estado, por razón de la especialidad y volumen de trabajo, la competencia funcional para conocer los recursos de anulación contra laudos arbitrales, por lo que, en principio las acciones de tutela, que corresponden a la jurisdicción constitucional, son de competencia de la misma.

291. Sin embargo, en el caso concreto la demanda inicial le fue asignada por reparto a esta Sección la cual la admitió por considerar que no le era posible a este juez constitucional remitirlo a dicha Sección, por cuanto la norma de asignación establece en el párrafo segundo que *“Las anteriores reglas de reparto no podrán ser invocadas por ningún juez para rechazar la competencia o plantear conflictos negativos de competencia.”* y una remisión posterior por razones de competencia funcional podría afectar los principios de la acción y los derechos involucrados.

292. Este mismo párrafo fue destacado por la Presidencia de esta Corporación con motivo del conflicto de competencias que se suscitó entre las secciones segunda y tercera con ocasión del conocimiento de uno de los procesos acumulados.

293. En efecto, es con ocasión de la entidad y el rango constitucional de los derechos involucrados y de los principios de celeridad y eficacia de la acción de tutela que no es posible que, efectuado el reparto de la acción de tutela, el juez

<sup>49</sup> *“Por el cual se modifican los artículos 2.2.3.1.2.1, 2.2.3.1.2.4 y 2.2.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho, referente a las reglas de reparto de la acción de tutela.”*





constitucional, se declare incompetente o plantee un conflicto de competencia que retarde la decisión que se debe adoptar.

294. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional, en diferentes y reiteradas providencias interlocutorias<sup>50</sup>, de las que cabe destacar el reciente Auto 182 de 2019, en el que consideró:

“...la aplicación de las reglas previstas en el Decreto 1069 de 2015 *“Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector justicia y del derecho”* y recientemente modificadas por el Decreto 1983 de 2017 *“por el cual se modifican los artículos 2.2.3.1.2.1, 2.2.3.1.2.4 y 2.2.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho, referente a las reglas de reparto de la acción de tutela”*, no autorizan al juez de tutela para abstenerse de conocer de los asuntos de amparo que le son asignados, en la medida en que únicamente se refieren a reglas administrativas de reparto, pero no hacen alusión a la competencia de las autoridades judiciales.

En razón a ello, el párrafo segundo del Decreto 1983 de 2017<sup>51</sup>, dispone que *“las anteriores reglas de reparto no podrán ser invocadas por ningún juez para rechazar la competencia o plantear conflictos negativos de competencia”*. (Subrayas incluidas en el texto transcrito)

295. La Corporación de cierre en materia de derechos fundamentales ha hecho énfasis en que los únicos factores de **competencia** en materia de tutela son *i) el factor territorial*, en virtud del cual están facultados a prevención los jueces con jurisdicción en el lugar donde (a) ocurre la vulneración o la amenaza que motiva la presentación de la solicitud, o (b) donde se produzcan sus efectos; *ii) el factor subjetivo*, que corresponde al caso de las acciones de tutela interpuestas en contra de (a) los medios de comunicación, cuyo conocimiento fue

<sup>50</sup> En efecto, la Corte ha precisado que las normas que determinan la competencia en materia de tutela son los artículos 86 de la Carta Política y 37 del Decreto 2591 de 1991. Por su parte, los decretos reglamentarios establecen las *“reglas para el reparto de la acción de tutela”* y no las que definen la competencia de los despachos judiciales, pues por su inferioridad jerárquica frente a las otras disposiciones, no puede modificarlas. En ese sentido, en el Auto A-193 de 2012, reiterado posteriormente, precisó que *“la observancia del mencionado acto administrativo en manera alguna puede servir de fundamento para que los jueces o corporaciones que ejercen jurisdicción constitucional se declaren incompetentes para conocer de una acción de tutela, puesto que las reglas en él contenidas son meramente de reparto. Una interpretación en sentido contrario, transforma sin justificación válida el término constitucional de diez (10) días, como acaece en este caso, en varios meses, lesionándose de esa manera la garantía de la efectividad (art. 2 C.P.) de los derechos constitucionales al acceso a la administración de justicia (art. 229 ibidem) y al debido proceso de los accionantes (art. 29 ibidem)”*. Esta posición ratifica el auto de unificación 124 del 25 de marzo de 2009, en el que se ratificó la tesis que únicamente el juez puede declararse incompetente por el *factor territorial* y acciones que se dirijan contra los medios de comunicación). Los demás casos no autorizan al juez de tutela a declararse incompetente y, mucho menos, a declarar la nulidad de lo actuado por falta de competencia. El juez de tutela debe, en estos casos, tramitar la tutela.”

<sup>51</sup> En efecto, el párrafo segundo del Decreto 1983 de 2017, que transcribió *in extenso* las consideraciones de la Corte Constitucional sobre este aspecto, establece que: *“Las anteriores reglas de reparto no podrán ser invocadas por ningún juez para rechazar la competencia o plantear conflictos negativos de competencia.”*





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

asignado a los jueces del circuito, de conformidad con el factor territorial y (b) las autoridades de la Jurisdicción Especial para la Paz, cuya resolución corresponde al Tribunal para la Paz.

## 2.2. Cuestión previa – Coadyuvancia en la acción de tutela

296. La coadyuvancia en la acción de tutela se encuentra expresamente prevista en el inciso 2º del artículo 13 del Decreto Ley 2591 de 1991, el cual señala que: *“Quien tuviere un interés legítimo en el resultado del proceso podrá intervenir en él como coadyuvante del actor o de la persona o autoridad pública contra quien se hubiere hecho la solicitud”.*

297. Sobre esta figura, la Corte Constitucional, en la sentencia T-269 del 29 de marzo de 2012<sup>52</sup>, reiterada en la T-070 de 2018<sup>53</sup>, consideró que los terceros con interés legítimo pueden intervenir en el proceso como coadyuvantes, lo cual implica que *“con independencia de la categoría particular dentro de la que pudieran ubicarse en razón de su interés en el proceso y del nombre que se les asigne dentro de los procesos ordinarios, en la acción de tutela los terceros se involucran en el proceso porque sus resultados pueden afectarlos, pero lo hacen apoyando las razones presentadas, bien por el actor o por la persona o autoridad demandadas, y no promoviendo sus propias pretensiones. En el trámite de las acciones de tutela esta delimitación del papel de los terceros debe armonizarse con el principio de informalidad y de prevalencia de lo sustancial que rigen el proceso.”*

298. Con fundamento en el marco legal y jurisprudencial expuesto, la Sala se debe pronunciar sobre las solicitudes de ser tenidos como **coadyuvantes** en la acción de tutela incoada por la sociedad Estudios y Proyectos del Sol S.A.S., efectuadas por las sociedades Constructora Norberto Odebrecht S.A. y CSS Constructores en sus escritos de intervención.

### 2.2.1. Coadyuvancia presentada por la Sociedad Constructora Norberto Odebrecht S.A.

299. La Sala encuentra que, mediante escrito radicado el 24 de enero de la presente anualidad, la sociedad, vinculada a la primera acción de tutela como tercero con interés jurídico en el resultado del proceso, manifestó que **coadyuvaba** la petición de amparo constitucional, para lo cual aseveró que la acción cumple con los requisitos generales de procedibilidad, los cuales desarrolló

<sup>52</sup> Corte Constitucional, Sentencia del 29 de marzo de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

<sup>53</sup> Corte Constitucional, Sentencia del T-070 del 1º del marzo de 2018, M.P. Alejandro Linares Cantillo. *“En el trámite de la acción de tutela, reglamentado en el Decreto 2591 de 1991, se prevé que los terceros con interés legítimo pueden intervenir en el proceso de tutela actuando como coadyuvantes. El artículo 13 del Decreto 2591 dispone que ‘quien tuviere un interés legítimo en el resultado del proceso podrá intervenir en él como coadyuvante del actor o de la persona o autoridad pública contra quien se hubiere hecho la solicitud’.*





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
 Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –  
 EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

para el caso concreto, al tiempo que se refirió a los defectos de los que –en su sentir– adolecen las providencias censuradas.

300. No obstante la anterior petición, la sociedad presentó en escrito separado y en compañía de Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S., una acción de tutela en la que promovió pretensiones propias, que se radicó en esta Corporación bajo el número 11001-03-15-000-2020-00084-00, habiendo sido objeto de acumulación a la que se tramita bajo el radicado de la referencia.

301. En virtud de lo expuesto, no se tendrá a la constructora como coadyuvante de EPISOL S.A.S., pero se resolverán las pretensiones propias que presentó en esta sede judicial y que se tramitan en forma conjunta ante la identidad fáctica, de *causa petendi* y de autoridad judicial accionada.

### 2.2.2. Coadyuvancia presentada por la Sociedad CSS Constructores

302. Según escrito radicado el 27 de enero de la presente anualidad, la sociedad vinculada manifestó, igualmente, que **coadyuvaba** la acción de tutela ejercida por la parte actora, solicitando que se acceda a las pretensiones de la demanda y se tenga en cuenta el parágrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, pretensiones que coinciden con las que de la sociedad Estudios y Proyectos del Sol S.A.S EPISOL S.A.S., motivo por el cual se le reconocerá la calidad procesal de coadyuvante de ésta.

303. Sin embargo, se advierte que la interviniente involucra igualmente pretensiones propias, al solicitar que el juez constitucional valore la buena fe con la que actuó en la celebración y ejecución del proyecto de construcción de la Ruta del Sol – 2º Sector y disponga el reconocimiento de las sumas de dinero que invirtió y a cuya restitución considera que tiene derecho. Así mismo, la sociedad consideró vulnerado su derecho al buen nombre.

304. Estas últimas pretensiones escapan a la órbita de competencia de este juez constitucional bajo el radicado de la referencia y mediante la figura jurídica objeto de análisis, de tal manera que si bien se le reconoce a CSS Constructores la calidad de coadyuvante, no se analizarán las pretensiones que formuló como propias, por las razones indicadas en precedencia.

### 2.3. Problemas jurídicos

305. De cara al examen de la situación fáctica expuesta por los accionantes, del material probatorio recaudado, de las causales de procedibilidad de la acción de tutela invocadas y de los informes rendidos por la autoridad accionada y por los terceros intervinientes, los problemas jurídicos que subyacen al caso concreto son los siguientes:





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

306. Si las sociedades accionantes, que tienen la calidad de socios de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., y las entidades financieras, que ejercieron las acciones de tutela que se acumularon bajo el radicado de la referencia, tienen legitimación en la causa por activa, aspecto que se analizará como presupuesto procesal.

307. Si concurren en la presente solicitud de protección constitucional los requisitos de procedibilidad adjetiva de la acción de tutela que den paso al estudio de fondo de los derechos fundamentales invocados, desde la perspectiva de los defectos que se atribuyen al laudo arbitral cuestionado y la providencia que resolvió las solicitudes de aclaración y adición o complementación.

308. En el evento de que la respuesta al anterior interrogante sea afirmativa, se resolverá si el Tribunal de Arbitramento accionado vulneró los derechos fundamentales de las sociedades y entidades financieras accionantes, con ocasión del proferimiento del Laudo Arbitral y el auto complementario que fueron desfavorables a las mismas en relación con la cuantía de las sumas de dinero objeto de reconocimiento, como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato de Concesión No. 001 de 2010, por objeto y causa ilícitas.

309. Concretamente, se resolverán los subproblemas jurídicos relativos a si las providencias incurrieron en defectos material o sustantivo, fáctico y desconocimiento del precedente.

310. Por razones de orden metodológico, se analizarán los siguientes temas i) legitimación en la causa por activa para incoar la presente acción; ii) acción de tutela contra providencias judiciales; iii) naturaleza jurídica del laudo arbitral; iv) estudio de los requisitos de procedibilidad adjetiva; y v) análisis del caso concreto, con fundamento en los argumentos expuestos en el libelo introductorio.

## 2.4. Razones jurídicas de la decisión

### 2.4.1. Legitimación en la causa por activa de las sociedades y entidades financieras accionantes

311. El inciso 1º del artículo 86 Constitucional consagra el derecho que tiene toda persona de reclamar ante los jueces, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata **de sus derechos fundamentales** cuando estos resulten amenazados o vulnerados, mediante un procedimiento preferente y sumario.

312. Igualmente, el artículo 10 del Decreto Ley 2591 de 1991 establece **que toda persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales** podrá ejercer la acción descrita por sí mismo o por representante, o a través de





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

un agente oficioso cuando el titular de los derechos vulnerados o amenazados no esté en condiciones de promover su propia defensa.

313. Desde el proferimiento por parte de la Corte Constitucional de la sentencia T-416 de 1997, se estableció que la legitimación en la causa por activa constituye un presupuesto de la sentencia de fondo, **en la medida en que se analiza la calidad subjetiva** de las partes respecto del interés sustancial que se discute en el proceso de tutela.

314. En la sentencia T-086 de 2010, reiteró que *“Esta exigencia significa que el derecho para cuya protección se interpone la acción sea un derecho fundamental propio del demandante y no de otra persona. Lo anterior no se opone a que la defensa de los derechos fundamentales no pueda lograrse a través de representante legal, apoderado judicial o aun de agente oficioso”*.

315. Con posterioridad, en la sentencia T-176 de 2011, indicó que la legitimación en la causa por activa constituye una garantía de que la persona que presenta la acción de tutela tenga un interés directo y particular respecto del amparo que se solicita al juez constitucional, *“de tal forma que fácilmente el fallador pueda establecer que el derecho fundamental reclamado es propio del demandante”*.

316. En la sentencia T-435 de 2016, la Corte estableció las condiciones que deben concurrir para superar este presupuesto procesal, dentro de los cuales hizo especial énfasis en la titularidad de los derechos fundamentales reclamados, lo cual quedó reiterado en la SU-454 de 2016, en la que, adicionalmente, señaló que el estudio de la legitimación en la causa de las partes es un deber de los jueces constitucionales y constituye un presupuesto procesal de la demanda.<sup>54</sup>

317. Concretamente, en lo que tiene que ver con la acción de tutela contra laudos arbitrales, la Corte Constitucional, en un caso reciente fallado en la sentencia T-354 de 2019, se pronunció sobre la legitimación en la causa de las sociedades que acudieron a esa acción en condición de accionantes, considerando que:

*2. ...el Laudo Final el Tribunal se declaró incompetente para decidir sobre las pretensiones del Consorcio contra Gecelca, por cuanto esta actuó como mandataria de Gecelca 3 en lo relativo a la celebración, ejecución, terminación y liquidación del Contrato RP3 y, en ese sentido, no está comprendida dentro del ámbito de aplicación subjetivo de la cláusula compromisoria.*

*Las Accionantes, siendo Gecelca y Gecelca 3, alegan que la fuente de las violaciones a sus derechos fundamentales es el Laudo Final, por ende, al no contener éste ninguna condena en contra de Gecelca, la Sala concluye que esta última carece de legitimación en la causa por activa en lo que atañe a la Acción de Tutela, siendo Gecelca 3 la única legitimada para el efecto.*

<sup>54</sup> Sobre el mismo tema, ver sentencia T-511/17 de la Corte Constitucional, con ponencia de la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado.





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

*En lo que respecta a la legitimación en la causa por pasiva, referida “a la capacidad legal del destinatario de la acción de tutela para ser demandado, pues está llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental en el evento en que se acredite la misma en el proceso”, la Sala constata que el Tribunal accionado, en ejercicio de la función transitoria de administrar justicia de la que fue investido, es la autoridad que presuntamente vulneró los derechos fundamentales de las Accionantes, además de que, en efecto, fue el emisor de la providencia cuestionada en la Acción de Tutela.”<sup>55</sup>*

318. Teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial expuesto en el presente acápite y la excepción de falta de legitimación en la causa de las accionantes formulada por la abogada Catalina Hoyos Jiménez, en su calidad de integrante del panel, la Sala analizará en el caso concreto este presupuesto.

319. Lo anterior se realizará en relación con los dos grupos de accionantes, dadas las particularidades de cada uno, con el fin de establecer si son titulares de los derechos fundamentales invocados de cara a las relaciones sustanciales y procesales y en consideración a los efectos de las decisiones adoptadas en las providencias cuestionadas.

320. En efecto, el primer grupo de accionantes está conformado por las sociedades Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. – EPISOL S.A.S., Constructora Norberto Odebrecht S.A. y Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S., en relación con las cuales se encuentra acreditado en el proceso que las mismas conforman el capital accionario de la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

321. Ello, sin que, individualmente configuradas, estén comprendidas dentro del ámbito de aplicación subjetivo de la cláusula compromisoria, toda vez que la sociedad es un sujeto de derecho diferente e independiente de los socios individualmente considerados<sup>56</sup> y, en esa medida, no son parte del contrato de concesión ni suscribieron el pacto arbitral contenido en la cláusula compromisoria contenida en la Sección 18.02 del contrato y que únicamente vincula a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. como contratista y a la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, relación sustancial que, a su vez, les confirió la calidad de convocante y convocada en sede arbitral.

322. Sin embargo, en el trámite del proceso arbitral, después de resuelta la acumulación de los expedientes que correspondían a las dos convocatorias efectuadas en contra de la Agencia Nacional de Infraestructura por parte de la

<sup>55</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-354 de 2019, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

<sup>56</sup> Código de Comercio. “**ARTÍCULO 98.** Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social.

La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.”





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. -  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., en audiencia pública llevada a cabo el 6 de abril de 2017, el Tribunal convocó a las personas jurídicas socias de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., para que, en su condición de **litisconsortes cuasinecesarios** de la convocante, manifestaran si era de su interés intervenir en el proceso.

323. Si bien en un principio, estas sociedades manifestaron que no participarían en el proceso, lo cierto es que con posterioridad actuaron presentando inclusive pretensiones propias que, en audiencia del 7 de noviembre de 2017, se rechazaron por improcedentes, en consideración a que las mismas no eran parte del contrato de concesión y, por ende, no suscribieron la cláusula compromisoria, por lo que sus pretensiones no podían ser debatidas en esa sede judicial, sin que la parte resolutive del Laudo censurado haya adoptado decisiones que directamente las involucren.

324. Siendo esta la relación sustantiva y procesal que subyace en el caso concreto en relación con las referidas sociedades la Sala advierte que la convocatoria que de ellas realizó el Tribunal, se rige por lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 1563 de 2012, que regula la intervención de otras partes y terceros en el proceso arbitral, en los siguientes términos:

*"Intervención de otras partes y terceros. La intervención en el proceso arbitral del llamado en garantía, del denunciado en el pleito, del interviniente excluyente y demás partes, se someterá a lo previsto en las normas que regulan la materia en el Código de Procedimiento Civil."*

325. En virtud de la remisión normativa, corresponde acudir al artículo 62 del Código General del Proceso, que consagra la calidad y facultades de los litisconsortes cuasinecesarios, en los siguientes términos:

**"ARTÍCULO 62. LITISCONSORTES CUASINECESARIOS.** Podrán intervenir en un proceso como litisconsortes de una parte y con las mismas facultades de esta, quienes sean titulares de una determinada relación sustancial a la cual se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia, y que por ello estaban legitimados para demandar o ser demandados en el proceso.

*Podrán solicitar pruebas si intervienen antes de ser decretadas las pedidas por las partes; si concurren después, tomarán el proceso en el estado en que se encuentre en el momento de su intervención."*

326. De las potestades que le confiere la ley procesal a los litisconsortes necesarios, calidad que se reitera tuvieron las sociedades accionistas de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., en el trámite arbitral, permite **concluir** que aun cuando no suscribieron la cláusula compromisoria ni el contrato de concesión, lo cierto es que son titulares de los derechos fundamentales al debido proceso, de





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

acceso a la administración de justicia, a la igualdad y al buen nombre que invocan en esta oportunidad.

327. La tesis anterior queda reforzada por las mismas consideraciones expuestas por el Tribunal de Arbitramento al momento de convocarlas al proceso y es el interés jurídico que les asistía, en la medida en que eventualmente podrían ser consideradas solidariamente responsables de las obligaciones que el Tribunal de Arbitramento llegara a imponer o resultar favorecidas por el monto de los reconocimientos efectuados, efectos del fallo que los vinculan por la relación sustancial y procesal que subyace en el caso concreto.

328. El segundo grupo de accionantes lo constituyen las entidades financieras, que comparecieron al trámite arbitral, en calidad de coadyuvantes de la convocante Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., condición que igualmente se rige para los efectos del arbitramento por las normas del Código General del Proceso, concretamente, con lo previsto por el artículo 71 de dicho ordenamiento que lo faculta para efectuar los actos procesales permitidos a las partes que ayuda en cuanto no estén en oposición con los de ésta.

329. La relación sustancial que tenían las entidades bancarias, era la de financiadoras del proyecto de construcción Ruta del Sol S.A.S. y, por ende, acreedores de buena fe, a quienes, en virtud de la providencia se les destinará en orden de prelación las sumas cuyo reconocimiento se ordenó.

330. El interés jurídico que les asiste para presentar pretensiones propias en sede de tutela se los confiere igualmente en contenido del parágrafo primero del artículo 20 de la Ley 1882 de 2019, con la hermenéutica que le dio la Corte Constitucional en la sentencia C-207 de 2019, y que está contenido en la *ratio*, que quedó consignado en los siguientes términos:

*“...dadas las características propias de los contratos de APP y de concesión de obras de infraestructura vial, en que la mayor parte del capital en riesgo pertenece a terceros de buena fe y en particular al ahorro captado del público, las restituciones a que haya lugar en los casos en que se declare la nulidad absoluta de uno de estos contratos se regirán bajo la regla general de la protección de la buena fe, y por lo tanto, deben dirigirse primordialmente a satisfacer el pago de las deudas que el proyecto haya adquirido con terceros de buena fe. A contrario sensu, cuando esté demostrado que el contratista, sus miembros o los terceros aparentes (para lo cual la autoridad competente podrá recurrir al levantamiento del velo corporativo) hayan actuado dolosamente, de mala fe o con conocimiento de la ilicitud que dio lugar a la nulidad absoluta del contrato, ellos no podrán ser objeto de reconocimientos a título de restituciones.”<sup>57</sup>*

<sup>57</sup> Corte Constitucional, M.P. Cristina Pardo Schlesinger





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
 Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. -  
 EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

331. Las consideraciones expuestas resultan suficientes para concluir que todos los accionantes de las tutelas acumuladas tienen legitimación en la causa por activa y el Tribunal de Arbitramento integrado por los árbitros Catalina Hoyos Jiménez, Jorge Enrique Ibañez Najar y Carlos Mauricio González Arévalo, convocado para dirimir las controversias contractuales suscitadas durante la ejecución del contrato de Concesión No. 001 de 2010, celebrado entre la sociedad **Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI**, la tiene por pasiva, con independencia del carácter transitorio y temporal del mismo, en tanto fue la autoridad que debidamente constituida dictó las providencias censuradas.

#### 2.4.2. Procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

332. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012<sup>58</sup> **unificó** la diversidad de criterios que esta Corporación tenía sobre la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto las distintas Secciones y la misma Sala Plena habían adoptado posturas diversas sobre el tema<sup>59</sup> y declaró su **procedencia**.<sup>60</sup>

333. Así pues, esta Sección de manera reiterada ha establecido como parámetros para realizar su estudio, que cumpla con los siguientes requisitos: *i)* que no se trate de tutela contra tutela; *ii)* inmediatez; *iii)* subsidiariedad, es decir, agotamiento de los requisitos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado. De modo que, de no observarse el cumplimiento de uno de estos presupuestos, se declara la **improcedencia** del amparo solicitado, sin que se analice el fondo del asunto.

334. Por el contrario, cumplidos esos parámetros, corresponderá a la Sala adentrarse en la materia objeto del amparo, a partir de los argumentos expuestos en la solicitud y de los derechos fundamentales que se afirmen vulnerados, en donde para la prosperidad o **negación** del amparo impetrado, se requerirá: *i)* que la causa, motivo o razón a la que se atribuya la transgresión sea de tal entidad que incida directamente en el sentido de la decisión y *ii)* que la acción no intente reabrir el debate de instancia.

335. Huelga manifestar que esta acción constitucional no puede ser considerada como una "*tercera instancia*" que se emplee, por ejemplo, para revivir términos, interpretaciones o valoraciones probatorias que son propias del juez natural. Bajo las anteriores directrices se entrará a estudiar el caso de la referencia.

<sup>58</sup> Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de Tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germania Álvarez Bello. M.P.: María Elizabeth García González

<sup>59</sup> El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñado.

<sup>60</sup> Se dijo en la mencionada sentencia "**DECLÁRASE** la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, de conformidad con lo expresado a folios 2 a 50 de esta providencia."





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

### 2.4.3. Naturaleza jurídica del laudo arbitral

336. El artículo 116 de la Constitución Política establece que los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de árbitros habilitados por las partes.

337. La Corte Constitucional ha reiterado que *“no obstante sus características especiales, atinentes a su naturaleza voluntaria y transitoria, la justicia arbitral constituye en realidad una modalidad constitucionalmente legítima de administración de justicia y, por tanto, más allá de sus diferencias evidentes con la justicia estatal, las providencias que se emitan por aquella están también amparadas, en principio, por la intangibilidad que se deriva de los principios de cosa juzgada, seguridad jurídica y autonomía judicial.”*<sup>61</sup>

338. De las normas y jurisprudencia referidas se desprende la naturaleza jurisdiccional del proceso arbitral, en virtud de la cual el laudo tiene la esencia y características propias de las providencias judiciales, que gozan de la doble presunción de legalidad y acierto, por lo que corresponde abordar el análisis de cara a los requisitos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

### 2.4.4. Análisis de los requisitos adjetivos de procedibilidad

#### 2.4.4.1. Tutela contra tutela

339. Para esta Sala está acreditado que las solicitudes de amparo no se dirigen a cuestionar decisiones dictadas de una acción de tutela, toda vez que las censuradas se dirigen contra las proferidas por el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá constituida para dirimir el conflicto suscitado entre la sociedad **Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI**.

#### 2.4.4.2. Inmediatez

340. En relación con el requisito de **inmediatez** esta Sección considera que se encuentra superado toda vez que los accionantes cuestionan directamente el Laudo Arbitral dictado el 6 de agosto de 2019 y la providencia por medio de la cual se resolvieron las solicitudes de aclaración y adición que se dictó el 16 de agosto de 2019, el cual cobró ejecutoria el 21 de agosto de la citada anualidad.

341. Por su parte, todas las acciones se presentaron en los meses de diciembre de 2019 y el mes de enero de 2020, término que la Sala considera razonable, en tanto no superan el término de seis (6) meses, a que se refieren, entre otras, la

<sup>61</sup> Corte Constitucional, T.225 de 2010. M.P. Dr. Mauricio González Cuervo.





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
 Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –  
 EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

sentencia del 5 de agosto de 2014 dictada en sede de unificación por la Sala Plena del Consejo de Estado.<sup>62</sup>

#### 2.4.4.3. Subsidiariedad

##### 2.4.4.3.1. Cuestionamientos sobre la competencia del Tribunal de Arbitramento

342. El estudio de este requisito en el caso concreto, por razones de orden metodológico, implica examinar, en primer lugar, los cargos relacionados con la falta de competencia del Tribunal que involucran los que consideran que en el caso concreto operó el fenómeno de la caducidad de la acción de controversias contractuales para decretar la nulidad absoluta del contrato de concesión por objeto y causa ilícitas.

343. La razón por la cual la Sala empezará el estudio de estos cargos, obedece al orden en que se desarrollan las etapas del arbitramento y a las oportunidades que consagra la legislación para cuestionar al interior del mismo la competencia del panel.

344. Al respecto, se advierte que las sociedades Constructora Norberto Odebrecht S.A. y Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S., sustentaron la petición de amparo constitucional, entre otros argumentos, en la falta de competencia del Tribunal de Arbitramento para pronunciarse sobre la nulidad absoluta del contrato estatal, por cuanto, a su juicio, había operado el fenómeno de la caducidad de la acción de controversias contractuales, si se aplica para contabilizar el mismo el Código Contencioso Administrativo y no el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, como –a su juicio–, en forma equivocada lo aplicó el Tribunal.

345. En punto de la competencia del Tribunal de arbitramento, el artículo 30 de la Ley 1563 de 2012, establece que se resolverá en la primera audiencia de trámite, mediante auto que solo es susceptible de recurso de reposición.

346. En cumplimiento estricto de esta norma, en el caso concreto, en la primera audiencia de trámite llevada a cabo, con posterioridad a la acumulación de los dos procesos arbitrales y reinstalación del panel, el **3 de octubre de 2017**, el Tribunal

<sup>62</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Rad.1001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ) En esta sentencia, se precisó que: “...la Sala Plena, como regla general, acoge un plazo de seis meses, contados a partir de la notificación o ejecutoria de la sentencia, según el caso, para determinar si la acción de tutela contra providencias judiciales se ejerce oportunamente. Se ha estimado como aceptable ese plazo, teniendo en cuenta la naturaleza del acto jurisdiccional, los plazos previstos en la ley para la interposición de los recursos ordinarios y extraordinarios contra las mismas, el derecho a la tutela judicial efectiva y la necesidad de que las situaciones jurídicas resueltas logren certeza y estabilidad”.





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

se declaró competente para conocer de todas las pretensiones de las dos demandas presentadas por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y de las demandas de reconvención presentadas por la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, que incluían la declaratoria de nulidad absoluta del contrato de concesión.

347. Para esta oportunidad las sociedades accionantes ya tenían la condición de litisconsortes cuasinecesarios, en consideración a que en tal calidad habían sido convocados al proceso desde el 6 de abril de la citada anualidad, sin que con respecto a esta decisión presentaran el recurso de reposición que la norma establecía, con lo cual expresamente admitieron la competencia plena del Tribunal para resolver sobre todos los aspectos de la *Litis*, los que –sin lugar a dudas– incluían la pretensión que suscita la inconformidad de las sociedades accionantes.

348. La omisión de interponer oportunamente el recurso de reposición para controvertir la competencia del Tribunal de Arbitramento, impide cualquier cuestionamiento posterior sobre este tema, decisión que en el caso concreto hizo tránsito a cosa juzgada, en sentido material y formal, con independencia de que se haya vuelto a pronunciar sobre el tema en el Laudo del 6 de agosto de 2019, pues dicha argumentación lo único que hizo fue ratificar los razonamientos que, en su momento, sustentaron la potestad del panel de declararse competente para conocer de todos los extremos de la *Litis*.

349. Corroborando la imposibilidad de cuestionar la declaratoria de competencia del Tribunal, con posterioridad a la primera audiencia de trámite, el contenido normativo del artículo 41 de la misma Ley 1563 de 2012, que consagra como causales de anulación de los laudos arbitrales, en su numeral segundo, la caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia, en torno a las cuales precisa que solo podrán invocarse a través de ese recurso “*si el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia.*”

350. *Contrario sensu*, si no se hicieron valer los argumentos a través del recurso de reposición contra el auto que fijó la competencia del Tribunal, estos no pueden esgrimirse en oportunidades posteriores, pues implica que las partes e intervinientes dejaron fenecer la oportunidad procesal y tal falencia no pueden corregirla a través de la acción de tutela.

351. Adicional a lo anterior, las sociedades accionantes tampoco formularon como excepción la caducidad del medio de control.

352. Las consideraciones expuestas, implican que, en lo que tiene que ver con este cargo, se **declarará la improcedencia** de la acción, por no concurrir el requisito de subsidiariedad.





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
 Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –  
 EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

#### 2.4.4.3.2. Examen del requisito de subsidiariedad sobre los demás defectos alegados por los accionantes

353. Los demás cargos invocados de las demandas acumuladas, implican examinar la procedencia del recurso de anulación como medio eficaz de protección de derechos como el debido proceso, la igualdad y el acceso efectivo a la administración de justicia, lo que se hará a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de esta Corporación.

354. El legislador consagró el recurso de anulación como instrumento de impugnación de laudos arbitrales. Es así como, cuando ellos han sido convocados para dirimir conflictos originados en contratos estatales, como en el caso que ocupa la atención de la Sala, al ser lo debatido el incumplimiento del contrato de Concesión No. 001 de 2010, el artículo 40 de la Ley 1563 de 2012, lo consagra, en los siguientes términos:

*“Contra el laudo arbitral procede el recurso extraordinario de anulación, que deberá interponerse debidamente sustentado, ante el tribunal arbitral, con indicación de las causales invocadas, dentro de los treinta (30) días siguientes a su notificación o la de la providencia que resuelva sobre su aclaración, corrección o adición.”*

355. Por su parte, las causales de anulación, están consagradas en el artículo 41 de la ley en cita, destacándose que este mecanismo, a diferencia de los medios ordinarios de impugnación, como el recurso de apelación, procede para proteger el derecho constitucional de defensa, por errores en el trámite arbitral que constituyan vicios procesales, por violación del principio de la congruencia, por errores aritméticos o por decisiones contradictorias<sup>63</sup>.

356. Ante la existencia del recurso extraordinario de anulación, el tema de la procedencia de la acción de tutela contra los laudos arbitrales ha sido ampliamente debatido por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-972 de 2007, en la que se resolvió sobre una acción de tutela promovida contra un laudo arbitral en el que el tutelante no había interpuesto el recurso de anulación, oportunidad en la cual se consideró que la idoneidad de este recurso debe analizarse en cada caso, *“ya que puede prosperar únicamente por las causales previstas en la ley y que se relacionan con asuntos estrictamente procesales.”*

357. La Corte ha venido fijando los lineamientos para la procedencia de la acción de tutela, en especial en la sentencia de unificación de jurisprudencia SU-033 de 2018<sup>64</sup>, en la que se reiteraron las consideraciones expuestas en la sentencia SU-

<sup>63</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia de del 12 de mayo de 2011, M. P. Stella Conto Díaz del Castillo

<sup>64</sup> Corte Constitucional, M.P. Alberto Rojas Ríos





500 de 2015<sup>65</sup>, al advertir que el carácter especial de la justicia arbitral implica que se deba hacer un examen de procedibilidad -tanto de los requisitos generales, como especiales-, más riguroso que aquel a realizar en las tutelas contra providencia judicial, por tratarse de *“un escenario en el cual se ha expresado la voluntad de las partes de apartarse de la jurisdicción ordinaria y someterse a la decisión que adopte un tribunal de arbitramento”*.<sup>66</sup>

358. En ese mismo fallo, la Corte consideró que si la excepcionalidad y taxatividad de las causales restringe el análisis de los recursos mencionados al aspecto meramente procesal, con el fin de que en todo momento se respete la voluntad de las partes, quienes han pactado que su controversia sea resuelta por la justicia arbitral, con mayor razón la procedibilidad frente al procedimiento de tutela se hace más restringido todavía, en consideración a que *“cualquier intervención de una jurisdicción exógena resulta, en principio, ajena a la voluntad de las partes y excepcional frente a la obligatoriedad del fallo arbitral”*.<sup>67</sup>

359. En virtud de lo expuesto, es claro que solo es posible entender superado el requisito de subsidiariedad cuando: *i)* se han agotado los recursos previstos por el ordenamiento jurídico para controlar los laudos, y a pesar de ello persiste la vía de hecho, mediante la cual se configura la vulneración de un derecho fundamental, y *ii)* respecto de las aquellas materias que se encuentren excluidas de ese recurso, esto es, que no encuadran en alguna de las causales consagradas en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

360. En los dos eventos señalados, la acción de tutela no puede convertirse en una instancia adicional y la actuación del juez de tutela se limita a examinar las posibles vulneraciones directas a los derechos fundamentales. Es decir, que la actuación del juez de amparo debe restringirse a determinar si el derecho al debido proceso se ha protegido en la sentencia de anulación, guardando distancia con los aspectos concretos del laudo. En palabras de la Corte:

<sup>65</sup> A su vez reiteró el contenido de la sentencia SU- 174 de 2007 en la que la Corte fue enfática en reafirmar que el carácter excepcional de la acción de tutela contra laudos arbitrales exige tener en cuenta el respeto por: *“(i) La estabilidad jurídica de los laudos arbitrales; (ii) el carácter excepcional y transitorio de la resolución de conflictos mediante el arbitraje; (iii) la voluntad de las partes de someter sus controversias a un particular específicamente habilitado para ello y no a los jueces estatales y (iv) el margen de decisión autónoma de los árbitros, que no debe ser invadido por el juez de tutela y le impide a éste, pronunciarse directamente sobre el fondo del asunto sometido a arbitramento”*.

<sup>66</sup> Sobre este tema, se consideró que la decisión de las partes de marginarse de la justicia ordinaria constituye un elemento esencial que implica procurar al máximo la permanencia de la decisión adoptada por la jurisdicción arbitral, la cual no debe condicionarse a una posterior ratificación o cuestionamiento por parte de la jurisdicción a la cual las partes expresamente renunciaron. En palabras de esta Corporación: *“(...) acudir a la justicia arbitral implica una derogación específica, excepcional y transitoria de la administración de justicia estatal, derivada de la voluntad de las partes en un conflicto transigible”*.

<sup>67</sup> Ob.Cit. cita 62.





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
 Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –  
 EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

*"(...) la sede de tutela no puede convertirse en un nuevo espacio procesal para reexaminar las cuestiones jurídicas y fácticas que fueron objeto del proceso arbitral."*

361. En consecuencia, considera la Sección que en los casos excepcionalísimos en donde pudiera ser viable la acción de tutela contra un laudo arbitral, lo primero que ha de determinarse es la idoneidad y eficacia del recurso de anulación, que de encontrarse acreditada se debe declarar improcedente por la existencia de otro mecanismo de defensa judicial en los términos del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, salvo que se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable.

362. Esta verificación se realizará comparando los cargos expuestos en las demandas de tutela con las causales y razonamientos que las sustentan, invocadas en los escritos que contienen los recursos de anulación, toda vez que en el *sub examine* se encuentra acreditado que todas las sociedades y entidades financieras accionantes interpusieron recurso de anulación, el cual se encuentra en trámite en la Sección Tercera del Consejo de Estado, según certificaciones allegadas al proceso por la Secretaría de la referida Sección y los informes rendidos por los árbitros que conformaron el panel.

363. Así mismo, se tendrán en cuenta aquellos argumentos que si bien no fueron expuestos como supuestos constitutivos de anulación, encuadran en alguna de las causales de procedencia del mismo y, por ende, debieron haber sido encausadas a través del referido mecanismo de defensa judicial.

364. Finalmente, la Sala advierte que igualmente tendrán en cuenta los argumentos expuestos por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. en el recurso de anulación que interpuso contra el Laudo Arbitral, por cuanto los mismos deberán ser objeto de pronunciamiento por la Sección Tercera del Consejo de Estado y por el hecho de ser la convocante en el juicio arbitral lo que se resuelva sobre ellas impactará en los derechos de los demás intervinientes, sin que el juez constitucional de tutela pueda adoptar decisiones paralelas que pueden interferir la órbita de competencia del juez ordinario.

#### **2.4.4.3.2.1. Respecto de la sociedad Estudios y Proyectos del Sol – EPISOL S.A.S.**

365. A folios 222 a 248 del cuaderno número dos del expediente de tutela de la sociedad de la referencia, aparece el recurso extraordinario de anulación que oportunamente interpuso en sede arbitral y que constituye el medio de prueba objeto de valoración en este acápite.

366. En el referido escrito, la sociedad invocó como causales de anulación de las previstas en el artículo 41 de la ley 1563 de 2012: *i)* la 2ª, esto es, caducidad de la acción, la falta de jurisdicción y de competencia; *ii)* la 7ª, relativa a *"haberse fallado en conciencia o en equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia*





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. -  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

aparezca de manifiesto en el laudo"; y iii) la 8ª consistente en "Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutive o influyen en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral."

367. Por su parte, en la acción de tutela se solicitó la protección de los derechos al debido proceso, a la igualdad y al buen nombre "good will", presentando como cargos de la demanda, los que se relacionan en el siguiente cuadro.

| Cargos de la tutela  | Causales del recurso extraordinario de anulación  |
|--|---|
| <p>i) Defecto material o sustantivo, por indebida interpretación y aplicación del párrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, respecto de las restituciones mutuas, cuando el contrato estatal es declarado nulo, así como no haberse tenido en cuenta la interpretación y alcance que a este norma se le dio en la exequibilidad condicionada decretada en la sentencia C-207 de 2019, dictada por la Corte Constitucional.</p>  | <p>i) Como sustento de la causal 2º del artículo 41 de la ley arbitral, la sociedad precisó que el Tribunal aplicó en forma errónea el párrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2019.</p> <p>Al respecto, argumentó que el precepto en cita: "fue flagrantemente desconocido por el Tribunal Arbitral, desbordando con ello su competencia, toda vez que las cifras que dieron lugar a reconocimientos debían ser validadas por la interventoría o por un tercero experto, y no por el Tribunal Arbitral como en últimas ocurrió."</p> <p>Hizo énfasis en las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional en la sentencia C-207 de 2019, sobre los derechos de los acreedores de buena fe.</p>  |
| <p>ii) Defecto fáctico, este defecto lo sustentó la sociedad con los mismos argumentos expuestos con ocasión del defecto sustantivo, y así lo señaló expresamente en el libelo introductorio. Ello, al considerar que el panel se apartó de los valores certificados por el tercero experto Duff &amp; Phelps "por resultar ello violatorio de la ley, y el sustento de la causal también se puede predicar del defecto fáctico."</p> <p>En punto de este defecto, la parte actora señaló cada uno de los rubros en los que – a su juicio- el Tribunal se apartó de las conclusiones contenidas en el dictamen pericial, que fueron reseñados en el acápite de sustento de la vulneración.</p> | <p>La sociedad actora al desarrollar el mismo cargo de falta de competencia del Tribunal, alegó que "La limitación legal, en criterio de este recurrente, priva al panel arbitral de la necesidad de modificar las cifras que fueron validadas por el tercero experto, que según lo expuesto en la Laudo Arbitral, era la firma Forest Partners, Estrada y Asociados S.L. a Duff &amp; Phelps ("D &amp; F"), designada de oficio por los jueces de esta causa."</p> <p>Las cifras que en sentir de la sociedad recurrente fueron determinadas en el Laudo Arbitral sin tener en cuenta la prueba pericial, corresponden exactamente a los mismos conceptos que se determinaron en la acción de tutela.</p> <p>Consideró que, en este punto, debía</p> |





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
 Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –  
 EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

|  |   |
|--|---|
|  | <p>tenerse en cuenta que la experticia, en el contexto de la norma cuya interpretación consideró errónea, no constituye un mero dictamen pericial, sino que se trata de una prueba determinante para la decisión sustancial que habría de adoptarse.</p> <p>Señaló que era de aquellas <i>"que en su valoración están sujetas a tarifa legal"</i>.</p> <p>Se refirió a las mismas cifras que en sede de tutela consideró que fueron determinadas por la convicción subjetiva de los árbitros.</p> <p>Al invocar la causal 7ª de anulación, argumentó que la misma se fundamenta igualmente en el hecho de que el fallo no considere las pruebas allegadas a la actuación.</p> <p>Con respecto a la última causal invocada consideró que el Tribunal incurrió en errores aritméticos en cuanto a la determinación de algunas de las cifras que correspondían las restituciones o reconocimientos que se debían realizar.</p> |
| <p>iii) Defecto fáctico, por afirmar que la sociedad actuó con negligencia en la ejecución del proyecto, sin que al interior del proceso existieran pruebas que soportaran esta aseveración, con lo cual afectó el derecho al buen nombre "good will" de la sociedad actora, sin que la afirmaciones realizadas fueran necesarias para las determinaciones que se debían adoptar en el fallo</p> | <p>Esta alegación no se incluyó en ninguna de las causales de anulación invocadas.</p>  |
| <p>iv) Violación directa de la Constitución, cargo que igualmente sustentó en la indebida interpretación y aplicación del párrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2019, con el alcance que le dio la Corte Constitucional, en garantía de los acreedores de buena fe.</p>   | <p>Al corresponder a los mismos argumentos planteados con ocasión de los defectos fáctico y sustantivo, la alegación quedó involucrada en las causales de anulación, según se expuso en precedencia.</p>  |
| <p>v) Desconocimiento del precedente, defecto en relación con el cual solicitó que se tuvieran en cuenta las alegaciones expuestas con ocasión de la sustentación</p>  | <p>Al corresponder a los mismos argumentos planteados con ocasión de los defectos fáctico y sustantivo, la alegación quedó involucrada en las causales de anulación,</p>  |





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

|   |                                 |
|---|---------------------------------|
| de los defectos fáctico y sustantivo, por coincidir con ello. | según se expuso en precedencia. |
|---|---------------------------------|

368. De la comparación realizada por la Sala, se advierte que todos los defectos alegados, con **excepción** del fáctico invocado en relación directa con el derecho al **buen nombre “good will”**, fueron igualmente expuestos en el recurso extraordinario de anulación que actualmente se encuentra en trámite, por lo que es indudable que no concurre el requisito de subsidiariedad que permita estudiar en fondo del asunto, el que únicamente se abordará para estudiar el derecho que no fue objeto del recurso de anulación.

369. Adicionalmente, la Sala advierte que contra la sentencia que se dicte, para resolver el recurso de anulación procede el de revisión, en los términos del numeral 7º del artículo 149 de la Ley 1437 de 2011 que prevé que *“Contra la sentencia que resuelva este recurso sólo procederá el recurso de revisión.”*

370. Esta consagración aparece igualmente el artículo 45 de la Ley 1365 de 2012 establece que *“Tanto el laudo como la sentencia que resuelva sobre su anulación, son susceptibles del recurso extraordinario de revisión por las causales y mediante el trámite señalado en el Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, quien tuvo oportunidad de interponer el recurso de anulación no podrá alegar indebida representación o falta de notificación. Cuando prospere el recurso de revisión, la autoridad judicial dictará la sentencia que en derecho corresponda.”*

#### **2.4.4.3.2.2. Con respecto a los Banco de Occidente S.A., Popular S.A. de Bogotá S.A. y A.V. Villas**

371. A folios 181 a 218 del cuaderno número uno del expediente de tutela acumulado del Banco de Occidente S.A. aparece el recurso extraordinario de anulación que oportunamente interpuso en sede arbitral y que constituye el medio de prueba objeto de valoración en este acápite.

372. Cabe destacar que el recurso fue formulado, mediante apoderado judicial, en forma conjunta con los Bancos de Bogotá, Popular y A.V. Villas, razón por la cual el análisis se realiza en forma conjunta en esta oportunidad.

373. En el referido escrito, los Bancos invocaron como causal de anulación, la consagrada en el numeral 2º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, por considerar que operó la caducidad de la acción y por falta de jurisdicción y competencia.

374. Por su parte, en la acción de tutela las entidades financieras en cuestión solicitaron la protección del derecho fundamental al debido proceso, presentando como cargos de la demanda, los que se relacionan en el siguiente cuadro.





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

| Cargos de la tutela  | Causales del recurso extraordinario de anulación  |
|--|---|
| <p>i) Defecto material o sustantivo, por indebida interpretación y aplicación del párrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, respecto de las restituciones mutuas, cuando el contrato estatal es declarado nulo, así como no haberse tenido en cuenta la interpretación y alcance que a esta norma se le dio en la exequibilidad condicionada decretada en la sentencia C-207 de 2019, dictada por la Corte Constitucional.</p> <p>El defecto sustantivo lo fundamentaron igualmente en que el Tribunal no tuvo en cuenta el concepto de “remuneración”, contenido en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y, en su lugar, confundió esta noción con la de “utilidad reportada por la concesionaria”.</p> | <p>i) Como sustento de la causal 2º del artículo 41 de la ley arbitral, las entidades financieras precisaron que el Tribunal actuó sin competencia toda vez que la pretensión declarar la nulidad absoluta del contrato había caducado para la fecha en que fue propuesta por la Agencia Nacional de Infraestructura, por la Procuraduría General de la Nación y por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.</p> <p>Argumentaron que el Tribunal igualmente carecía de competencia para resolver asuntos no determinados en la ley que regula la liquidación de las restituciones mutuas. Al respecto, hicieron referencia al contenido normativo del párrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2019.</p> <p>Igualmente, afirmaron que la Corte Constitucional, en la Sentencia C-207 de 2019, adoptó una serie de decisiones que buscaban proteger los derechos de quienes financian obras de infraestructura (terceros de buena fe), de la cual transcribieron los principales apartes y extrajeron la <i>ratio decidendi</i>.</p> <p>Señalaron que “<i>el Laudo, luego de señalar los reconocimientos pendientes de pago, creyendo que de esta forma atendería el deber que le impuso la Corte Constitucional de dirigir los recursos al pago del pasivo externo, estableció, sin competencia la forma en que dicha suma debía distribuirse.</i>”</p> <p>Señaló igualmente la falta de competencia para determinar los descuentos sin atender la norma contenida en el párrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1881 de 2019.</p> |
| <p>ii) Defecto fáctico, este defecto lo sustentaron en que la misma contabilidad que el Tribunal utilizó en contra de la Concesionaria, para descontar la utilidad reportada, es la que, previamente, había</p>  | <p>No incluyó esta alegación en el recurso de anulación.</p>  |





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

desechado para concluir que no era posible efectuar reconocimientos por otros conceptos en su favor.

Consideraron que este defecto se fundamentó, igualmente, por haber asumido que el saldo de los recursos de la subcuenta de reversión son pagos efectuados por la ANI a la Concesionaria. Argumentaron que se valoraron indebidamente las pruebas aportadas por la ANI, que obran a los folios 225 a 230 del cuaderno de pruebas número 199.

375. De la comparación realizada por la Sala, se advierte que los argumentos con los cuales se sustentó el defecto sustantivo corresponden materialmente a parte de las alegaciones que las accionantes invocaron con ocasión de la que denominaron falta de competencia del Tribunal de Arbitramento, en el recurso extraordinario de anulación que interpusieron el 30 de septiembre de 2019 y que se encuentra en curso en la Sección Tercera del Consejo de Estado.

376. Esta circunstancia, implica que no se cumpla el requisito de subsidiariedad con respecto a este cargo.

377. En relación con el defecto fáctico, si bien es cierto no fue incluido en las causales de anulación que las entidades financieras, a las que se refiere este acápite, interpusieron en contra del Laudo, lo cierto es que las mismas circunstancias constitutivas de defecto fáctico, referidas a los descuentos realizados al momento de efectuar los reconocimientos derivados de la declaratoria de nulidad del contrato estatal, fueron alegados, en sede de anulación, por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., en relación con la cual tienen la calidad de coadyuvantes.

378. En efecto, el recurso de anulación interpuesto por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. se centró en la indebida aplicación de la norma jurídica contenida en la Ley 1881 de 2019 y la sentencia de constitucionalidad de la misma y, adicionalmente, en determinar todos los valores que se le debían reconocer y, a su vez, cancelar a las entidades bancarias que concurrieron a la financiación del proyecto, al momento de realizar el cierre financiero.

379. Este recurso incluyó argumentos relacionados con los "reconocimientos" a los que tenía derecho la Concesionaria como consecuencia de la anulación del contrato y que constituyen la prenda de garantía de los acreedores y, particularmente, en la contabilidad de ésta y del epecista, de quien advirtió que era parte del contrato y de la estructura de riesgos que se derivaba del mismo.





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
 Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –  
 EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

380. Desarrolló el tema relacionado con los costos del proyectos que no fueron incluidos por los árbitros al momento de establecer el monto de los reconocimientos y sí por los peritos que se designaron en el proceso, que actuaron como terceros expertos al tenor de la norma jurídica que debía aplicarse para resolver el caso y de la que consideró se apartaron los árbitros, sin justificación alguna.

381. La totalidad de los *ítems* que fueron deducidos en el Laudo Arbitral, fueron tratados en el escrito que contiene el recurso y sobre los cuales deberá pronunciarse la autoridad judicial competente para resolverlo, por lo que el mecanismo judicial se torna idóneo para debatir los aspectos que suscitan la inconformidad de las entidades financieras y, por ende, improcedente la acción de tutela.

#### 2.4.4.3.2.3. Con respecto a Bancolombia S.A.

382. En el *cd* que se aportó en el cuaderno número 1 del expediente de tutela que contiene la demanda de Bancolombia S.A., obra el recurso extraordinario de anulación que oportunamente interpuso en sede arbitral y que constituye el medio de prueba objeto de valoración en este acápite.

383. En el referido escrito, la entidad bancaria invocó como causales de anulación de las previstas en el artículo 41 de la ley 1563 de 2012: i) la 7ª, esto es, *"haberse fallado en conciencia o en equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca de manifiesto en el laudo"*; y ii) la 8ª consistente en *"Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutive o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral."*; y iii) la 9ª, que consagra como supuesto fáctico *"Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento."*

384. Por su parte, en la acción de tutela se solicitó la protección del derecho al debido proceso, presentando como cargos de la demanda, los que se relacionan en el siguiente cuadro.

| Cargos de la tutela  | Causales del recurso extraordinario de anulación   |
|--|--|
| i) Defecto material o sustantivo, por indebida interpretación y aplicación del parágrafo 1º del artículo 32 de la Ley 1508 de 2002, modificado por el parágrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, en el sentido de que la interpretó como una facultad para tomar como base los | Como sustento de las causales de anulación invocadas señaló como marco normativo y jurisprudencial, el contenido del el parágrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2019 y la Sentencia C-207 de 2019, dictada por la Corte Constitucional en la que declaró condicionalmente |





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

|  |  |
|--|--|
| <p>resultados de un dictamen pericial de un experto y añadirle ajustes <i>"indiscriminados y no como una obligación de respaldar las determinaciones técnicas del Tribunal en algún concepto especializado como garantía para las partes de imparcialidad y buen derecho."</i></p>   | <p>exequible la norma jurídica, para concluir que el Tribunal actuó <i>"con evidente desconocimiento"</i> de las mismas.</p> <p>Señaló que, a pesar de la claridad de la norma, <i>"el Tribunal prefirió servirse de sus propias conjeturas, estimaciones y valoraciones para, en contra de lo señalado en la ley y por la Corte Constitucional adoptar una decisión en cuanto hace a la determinación de la suma que la ANI debe reconocer para el respeto de los derechos de los terceros de buena fe..."</i><sup>68</sup></p> <p>Al respecto, argumentó que el precepto en cita: <i>"fue flagrantemente desconocido por el Tribunal Arbitral, desbordando con ello su competencia, toda vez que las cifras que dieron lugar a reconocimientos debían ser validadas por la interventoría o por un tercero experto, y no por el Tribunal Arbitral como en últimas ocurrió."</i></p> <p>Hizo énfasis en las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional en la sentencia C-207 de 2019, sobre los derechos de los acreedores de buena fe.</p> |
| <p>ii) Defecto fáctico, que sustentó en la indebida valoración del dictamen pericial rendido por la firma Duff &amp; Phelps. Ello, al considerar que el panel se apartó de los valbres certificados por el tercero experto.</p> <p>En punto de este defecto, la parte actora señaló cada uno de los rubros en los que – a su juicio- el Tribunal se apartó de las conclusiones contenidas en el dictamen pericial, que fueron reseñados en el acápite de sustento de la vulneración.</p> <p>Indicó que se incurrió en este defecto por no incluir directamente los recursos financieros provenientes del endeudamiento del contratista con terceros de buena fe, como parte de las restituciones a que había lugar y porque al evaluar los valores de los rubros que hacían parte de la fórmula de</p> | <p>Al sustentar los cargos del recurso de anulación la entidad bancaria afirmó que, a pesar del alto grado de dificultad técnica que suponía tal determinación y no obstante haberse practicado cuatro pruebas periciales, encaminadas a satisfacer lo señalado en la Ley 1882 de 2018, el Tribunal decidió apartarse de todas ellas, para fundamentar su decisión en sus propias valoraciones, con lo que dio paso a la configuración de un fallo en conciencia.</p> <p>Las cifras que en sentir de la institución financiera recurrente fueron determinadas en el Laudo Arbitral sin tener en cuenta la prueba pericial, corresponden exactamente a los mismos conceptos que se determinaron en la acción de tutela, esto es, el CAPEX, las sumas correspondientes a las obras ejecutadas por el epecista, la</p>  |

<sup>68</sup> Folio 140 del cuaderno número 1 del expediente acumulado





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
 Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. -  
 EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

|   |  |
|---|--|
| <p>reconocimiento a la Concesionaria.</p>   | <p>remuneración del contratista y la deducción de la utilidades.</p> <p>Consideró que, en este punto, debía tenerse en cuenta que la experticia, en el contexto de la norma cuya interpretación consideró errónea, no constituye un mero dictamen pericial, sino que se trata de una prueba determinante para la decisión</p> <p>Consideró que el Tribunal incurrió en errores aritméticos en cuanto a la determinación de algunas de las cifras que correspondían las restituciones o reconocimientos que correspondía realizar.</p>                                |
| <p>iii) Decisión sin motivación que hizo consistir en que se definió un orden de prelación de pagos a los acreedores, sin que se expusieran argumentos para sustentar esta decisión y sin que el Tribunal de Arbitramento fuera competente para ello.</p> | <p>Con este mismo argumento sustentó la causal 9ª de anulación, aseverando que para efectuar la graduación de pagos a los acreedores de buena fe, el Tribunal se apartó de la sentencia C-207 de 2019, pues en ella no se facultó al Tribunal de Arbitramento para hacerlo.</p> <p>Concluyó, aseverando que "... al haber graduado los créditos de los terceros, sin que existiera una pretensión en tal sentido, ni mucho menos una previsión legal o que, por vía judicial, así se lo autorizara el Tribunal, se le abrió la puerta a la causal de anulación."</p> |

385. De la comparación realizada por esta Sección en encuentra acreditado que todos los defectos alegados, fueron igualmente expuestos, con argumentos que guardan similitud fáctica y jurídica, en el recurso extraordinario de anulación que actualmente se encuentra en trámite, por lo que es indudable que no concurre el requisito de subsidiariedad que permita estudiar en fondo del asunto.

386. Adicional a lo anterior, es claro que las causales de anulación invocadas por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. igualmente, comprenden las razones que aquí se exponen, que cuestionan las deducciones efectuadas en relación con las sumas a reconocer como consecuencia de la declaratoria de nulidad.

#### 2.4.4.3.2.4. Con respecto a las sociedades Constructora Norberto Odebrecht S.A. y Odebrecht Latinvest de Colombia S.A.S.

387. En *cd* anexo del cuaderno número dos del expediente de tutela, aparece el recurso extraordinario de anulación que oportunamente interpuso la Odebrecht





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. -  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

Latinvest de Colombia S.A. y a folios 315 a 353 del cuaderno número dos del expediente de tutela acumulado, obran el interpuesto, en forma separada por la Constructora Norberto Odebrecht S.A., que constituye el medio de prueba objeto de valoración en este acápite.

388. En el referido escrito, las sociedades invocaron como causales de anulación de las previstas en el artículo 41 de la ley 1563 de 2012: *i)* la 2ª, esto es, caducidad de la acción, la falta de jurisdicción y de competencia; *ii)* la 7ª, relativa a *"haberse fallado en conciencia o en equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca de manifiesto en el laudo"*; y *iii)* la 9ª *"Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento"*.

389. Por su parte, en la acción de tutela se solicitó la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad de trato jurídico, presentando como cargos de la demanda, los que se relacionan en el siguiente cuadro.

| Cargos de la tutela  | Causales del recurso extraordinario de anulación   |
|--|--|
| <p><i>i)</i> Desconocimiento del precedente consagrado por el Consejo de Estado sobre la oportunidad para alegar y declarar la nulidad de contratos perfeccionados en vigencia del Decreto Ley 01 de 1984, así como de la sentencia C-709 de 2001 dictada por la Corte Constitucional, por haber considerado que el término de caducidad se reanudaba, por virtud de las modificaciones contractuales acordadas por la partes.</p> <p>El desconocimiento del precedente también se configuró, por cuanto la autoridad accionada carecía de competencia para declarar la nulidad absoluta del contrato, cuando la oportunidad para alegarla caducó.</p> | <p><i>i)</i> Como sustento de la causal 2º del artículo 41 de la ley arbitral, las sociedades precisaron que el Tribunal desconoció el artículo 136 del Decreto 01 de 1984, que debió aplicarse en virtud de los principios de vigencia de la ley en el tiempo, al tenor de lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley 153 de 1987.</p> <p>Al desarrollar el cargo se refirieron a la línea jurisprudencial desarrollada en torno a la caducidad de la acción, por la Sección Tercera del Consejo de Estado, para concluir que se utilizó en forma indebida el precedente jurisprudencial al denegar la caducidad.</p> <p>Se pronunciaron igualmente en relación con la sentencia de la Corte Constitucional y su indebida aplicación al caso concreto.</p> <p>Consideraron que la nulidad decretada no podía extenderse al acto administrativo de adjudicación del contrato.</p> |
| <p><i>ii)</i> Defecto material o sustantivo, por indebida interpretación y aplicación del párrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, respecto de las restituciones</p>   | <p>Las recurrentes manifestaron que se dictó un fallo en conciencia o en equidad, habiendo debido ser en derecho, al momento de definir los montos económicos</p>  |





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
 Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –  
 EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

|   |  |
|---|--|
| <p>mutuas, cuando el contrato estatal es declarado nulo, así como no haberse tenido en cuenta la interpretación y alcance que a este norma se le dio en la exequibilidad condicionada decretada en la sentencia C-207 de 2019, dictada por la Corte Constitucional.</p> | <p>a reconocer, como consecuencia de la declaratoria de nulidad del contrato de concesión y se hicieron las valoraciones que los árbitros consideraron, como justas, correctas y equitativas.</p>  |
| <p>ii) Defecto fáctico, por haber realizado ajustes al dictamen pericial decretado y practicado en el proceso, incluidas las relacionadas con los gastos financieros en los que incurrió la Concesionaria y el valor de la remuneración.</p>                            | <p>Consideraron que no había realizado una correcta valoración y aplicación al caso concreto de la prueba pericial allegada al proceso, por cuanto el Tribunal había decidido realizar "ajustes" que no le estaban permitidos y relacionó exactamente las mismas cifras que suscitaron la inconformidad en sede de tutela.</p> <p>Señalaron que se alteraron las consideraciones y conclusiones a que se llegó en la experticia, las cuales han debido tomarse en forma integral, por cuanto se trataba del dictamen del experto.</p> <p>Se refirió a las mismas cifras que en sede de tutela consideró que fueron determinadas por la convicción subjetiva de los árbitros.</p> |

390. De la comparación realizada por la Sala, se advierte que todos los defectos alegados en la acción de amparo, fueron igualmente expuestos en el recurso extraordinario de anulación que actualmente se encuentra en trámite, por lo que es indudable que no concurre el requisito de subsidiariedad que permita estudiar en fondo del asunto.

#### 2.4.4.3.2.5. Con respecto al Banco Davivienda S.A.

391. En el *cd* que se aportó en el cuaderno número 1 del expediente de tutela que contiene la demanda del Banco Davivienda, obra el recurso extraordinario de anulación que oportunamente interpuso en sede arbitral y que constituye el medio de prueba objeto de valoración en este acápite.

392. En el referido escrito, la entidad bancaria invocó como causales 1, 2, 4 y 7 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

393. Por su parte, en la acción de tutela se solicitó la protección del derecho al debido proceso, presentando como cargos de la demanda, los que se relacionan en el siguiente cuadro.

| Cargos de la tutela  | Causales del recurso extraordinario de anulación   |
|--|--|
| <p>i) Defecto material o sustantivo, por indebida interpretación y aplicación del párrafo 36 de la Ley 1563 de 2012, el cual sustentó en que el Tribunal adoptó decisiones y generó efectos de cosa juzgada, respecto de sujetos que, como los terceros acreedores de la concesionaria no formaban parte de la cláusula compromisoria, no manifestaron su adhesión a dicho pacto y no participaron como partes del proceso.</p> <p>Indicó que, cuando por la naturaleza de la relación jurídica debatida en el proceso, el Laudo está llamado a generar efectos de cosa juzgada, respecto de los sujetos que no suscribieron el pacto arbitral, como ocurre en este caso con los terceros acreedores del contratista, el Tribunal está en la obligación de citarlos personalmente para que manifiesten si adhieren o no al pacto arbitral.</p> <p>Agregó que, si realizada la citación, los sujetos no manifiestan expresamente su decisión de adherir al pacto, se deben declarar extinguidos los efectos del compromiso o de la cláusula compromisoria para dicha controversia, lo cual es consecuencia lógica del principio de voluntariedad que rige el arbitraje.</p> | <p>Como sustento de las causales de anulación invocadas señaló el Tribunal no citó al Banco Davivienda para la adhesión al pacto arbitral, en los términos que lo dispone el artículo 36 de la Ley 1563 de 2012, que lo obligada, además, a declarar extinguidos los efectos de dicho pacto, en caso de fracasar en el proceso de notificación o de que el banco guardara silencio, o se negara expresamente a adherir a la cláusula compromisoria.</p> <p>Solicitó que se tuviera en cuenta que únicamente tenía en el proceso la calidad de coadyuvante, motivo por el cual los efectos del Laudo no se le pueden extender.</p> <p>Hizo referencia al contenido del el párrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2019 y la Sentencia C-207 de 2019, dictada por la Corte Constitucional en la que declaró condicionalmente exequible la norma jurídica, para concluir que el Tribunal actuó “con evidente desconocimiento” de las mismas.</p> |
| <p>Invocó los defectos fáctico y sustantivo, por desconocimiento del párrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, con relación a la validación de un tercero. Argumentó que la ley exige que la prueba de los reconocimientos a los que haya lugar, tras la declaratoria de nulidad del contrato, provenga o haya sido validada</p>  | <p>Al sustentar los cargos del recurso de anulación la entidad bancaria afirmó que el Tribunal se apartó de las reglas de la sana crítica al valorar las pruebas allegadas al proceso, lo que conllevó a una indebida aplicación de la norma jurídica que establece el derecho a los reconocimientos y salvaguarda los derechos de los terceros</p>  |





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
 Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –  
 EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

|  |   |
|--|---|
| <p>por la interventoría del proyecto o por un tercero experto.</p>   | <p>acreedores de buena fe.</p>  |
| <p>Relacionó los defectos ajustes en los que el Tribunal se apartó de las conclusiones a las que llegó el tercero experto.</p> | <p>Consideró que el Tribunal incurrió en errores aritméticos en cuanto a la determinación de algunas de las cifras que correspondían las restituciones o reconocimientos que correspondía realizar.</p> |

394. De la comparación realizada por esta Sección en encuentra acreditado que todos los defectos alegados, fueron igualmente expuestos, con argumentos que guardan similitud fáctica y jurídica, en el recurso extraordinario de anulación que actualmente se encuentra en trámite, por lo que es indudable que no concurre el requisito de subsidiariedad que permita estudiar en fondo del asunto.

395. Adicional a lo anterior, es claro que las causales de anulación invocadas por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. igualmente, comprenden las razones que aquí se exponen, que cuestionan las deducciones efectuadas en relación con las sumas a reconocer como consecuencia de la declaratoria de nulidad.

#### 2.4.4.3.3. Conclusión sobre la subsidiariedad

396. De las consideraciones expuestas, se concluye que no concurre el requisito de subsidiariedad, ante la existencia de los mecanismos de defensa judicial que se analizaron, a saber:

*i)* En relación con la competencia del Tribunal, la interposición del recurso de reposición contra el auto que fijó la competencia del Tribunal, que las partes y los litisconsortes cuasinecesarios omitieron interponer, dejando que la decisión cobrara firmeza;

*ii)* La formulación de la excepción de caducidad en el escrito de contestación de la demanda de reconvención en el que se solicitó la nulidad absoluta del contrato, la cual tampoco fue presentada dentro de los términos previstos por el legislador;

*iii)* El recurso extraordinario de anulación, que fue interpuesto por la totalidad de los demandantes y, adicionalmente, por la Concesionaria y los demás intervinientes en la actuación, el cual se encuentra pendiente de trámite judicial; y

*iv)* El recurso extraordinario de revisión que procede contra los laudos arbitrales y contra las sentencias que resuelvan el recurso de anulación, con el cual aún cuentan las actoras con fundamento en las causales consagradas en el Código General del Proceso.





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

397. Cabe destacar que ninguna de las accionantes alegó ni tampoco acreditó la existencia de un perjuicio irremediable, pues se limitaron a manifestar que habían interpuesto los recursos de anulación, sin exponer una afectación grave e inminente de sus derechos de rango constitucional. Por su parte, este juez tampoco lo encuentra acreditado en la actuación.

398. La Corte Constitucional y esta Sala han reiterado que la acción de tutela no puede emplearse con el fin de reemplazar los procedimientos establecidos para obtener la satisfacción de sus derechos, ni puede subsanar la incuria o negligencia en hacer uso de ellos dentro de los términos previstos legalmente.

399. En efecto, la Corte Constitucional, en la sentencia T-472 de 2008, estableció:

*“La acción de tutela tiene un carácter subsidiario y no fue instaurada para remediar los errores en que incurren los ciudadanos en lo relacionado con la defensa de sus derechos. Si se llegara a admitir la posición contraria, pasaría la tutela a sustituir todos los demás medios judiciales y la jurisdicción constitucional entraría a asumir responsabilidades que no le corresponden, todo ello en detrimento de los demás órganos judiciales.”*

#### 2.4.4.4. Relevancia Constitucional

400. Para la Sala es necesario precisar que, con respecto al derecho fundamental al buen nombre “good will” se superaron los tres requisitos de procedibilidad previamente analizados, en tanto la sociedad Episol S.A.S. que lo alegó, además de no dirigir sus cuestionamientos contra una sentencia de tutela y haber presentado en un término razonable la acción constitucional, no cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, por lo que analizará, únicamente en relación con este la relevancia constitucional, partiendo del marco teórico que la regula y analizándola en el *sub lite*.

401. La noción de **relevancia constitucional** se refiere a un método objetivo de procedencia de la acción de tutela, en tanto busca excluir, las vulneraciones de derechos fundamentales que sean de carácter meramente legal.

402. Esa especial trascendencia atiende a la importancia que tiene el asunto para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su eficacia y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales.

403. Ello comprende una carga para el actor de la acción de tutela contra providencia judicial y, en consecuencia, frente a laudos arbitrales, en este caso con carácter restrictivo, de justificar la vulneración del derecho fundamental con una argumentación diferente de la que se expuso en el proceso ordinario y que se dedique a la lesión de la garantía fundamental invocada.

404. Lo anterior ocurre, de manera ejemplificativa cuando: *i)* se plantea un problema o una faceta del derecho fundamental sobre el cual no haya doctrina





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

constitucional; *ii*) la Alta Corte deba aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de una reflexión interna o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes, para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio de interpretación de los tratados y acuerdos internacionales ratificados por Colombia; *iii*) la vulneración provenga de la ley o de una disposición de carácter general; *iv*) la vulneración se genere de la reiterada jurisprudencia que la Corte Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y, por ende, necesario proclamar otra interpretación conforme con la Constitución Política; *v*) las demás jurisdicciones no cumplan la doctrina constitucional sobre el derecho fundamental; *vi*) existan interpretaciones contradictorias sobre el mismo derecho; *vii*) un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina constitucional o *viii*) cuando el caso plantea una cuestión jurídica elemental de gran repercusión social o económica o tenga consecuencias políticas generales.

405. Ello significa que tratándose de acción de tutela contra providencia judicial implica un quebrantamiento del núcleo esencial del derecho fundamental alegado por el actor en la acción de tutela que no fue tenido en cuenta por aquella autoridad judicial, por las razones anteriormente anotadas.

406. Dicha postura fue acogida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014<sup>69</sup>, en la que se indicó que para determinar la procedencia de la acción constitucional contra providencia judicial se debían analizar dichos requisitos. Los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la referida sentencia C-590 de 2005, **incluyendo el relativo a la relevancia constitucional** se fundan en que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales, como lo señala el artículo 86 Constitucional, y, por ende, el amparo frente a decisiones judiciales no puede ser ajeno a esas características.

407. Por su parte, la Corporación Constitucional reiteró lo siguiente:

***“De acuerdo con la jurisprudencia decantada, los requisitos generales son:***

***a. Que la cuestión que se controvierte revista relevancia constitucional: esto quiere decir que le corresponde al juez verificar que en el caso bajo estudio se encuentre de por medio la afectación de derechos fundamentales y no se trate de discusiones propias del proceso ordinario ni tampoco de una instancia adicional que busque reabrir el debate procesal.”***<sup>70</sup> (Negritas fuera de texto).

408. En el caso concreto, al realizar el test de procedibilidad de la acción en

<sup>69</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 5 de agosto de 2014, Ref.: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Acción de tutela-Importancia jurídica. Actor: Alpina Productos Alimenticios. M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

<sup>70</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-035 del 3 de mayo de 2018 con ponencia del Magistrado José Fernando Reyes Cuartas





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

relación con los supuestos fácticos de la demanda, las pretensiones, la carga argumentativa y probatoria que justifica la protección del derecho de la persona jurídica accionante, se advierte que ésta solicita la garantía del buen nombre desde la perspectiva constitucional, al tenor de lo dispuesto en el artículo 15 de la Carta.

409. Así las cosas, se observa que no se trata de un debate de orden exclusivamente legal, el cual basado en la tutela judicial efectiva no admite que el titular del derecho o el interesado legítimo quede en un estado de indefensión, de tal manera que al existir la eventualidad de que no haya obtenido la protección de sus derechos ante el juez natural de la causa ordinaria, quien tenía igualmente la obligación de constituirse en garante de los derechos fundamentales asumiendo el rol de juez de constitucionalidad y/o de convencionalidad, puede comparecer al juez de amparo quien deberá realizar el análisis del caso a la luz de los postulados del Estado Social de Derecho.

410. En virtud de lo expuesto, el caso se debe analizar desde una perspectiva constitucional, para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental al buen nombre.

#### **2.4.5. Análisis del caso concreto en relación con el derecho fundamental al buen nombre (“*Good Will*”) de Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. Episol S.A.S. –estudio de fondo del cargo-**

##### **2.4.5.1. Precisión conceptual y encuadramiento del cargo formulado por la parte actora**

411. La sociedad accionante, aseguró que el Tribunal de Arbitramento, al proferir el Laudo Arbitral del 6 de agosto de 2019, aclarado mediante Auto No. 112 del 16 de agosto de 2019, vulneró su derecho fundamental al buen nombre “*good will*”.

412. Al efecto, sostuvo que el Tribunal criticó la actuación de la sociedad, afirmando que actuó con negligencia en la ejecución del proyecto y que los socios de la Concesionaria, al repartirse los excedentes, actuaron con “*fraude a la ley*”, sin que dichas afirmaciones, a su juicio, tuvieran un soporte probatorio.

413. Aunado a lo anterior, aseveró que en el Laudo se realizaron “*aseveraciones maliciosas*” que no incidían en la decisión ni guardaban relación con los aspectos discutidos en el proceso arbitral y que, por ende, no tuvieron ninguna consecuencia jurídica en los descuentos aplicados.

414. Por otra parte, señaló que el Tribunal realizó un significativo esfuerzo para afectar el “*good will*” de Episol “*a partir de meras apreciaciones de carácter subjetivo*”, pero no hizo ningún análisis sobre las conductas desplegadas por Odebrecht en el



Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
 Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –  
 EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

marco del contrato de concesión que, en su sentir, se encontraban plenamente probadas en el expediente arbitral.

415. En ese orden de ideas, solicitó el amparo de su derecho fundamental al buen nombre *“así como de su matriz Corficolombiana y en general, a todo el grupo de compañías de las cuales es holding Grupo Aval Acciones y Valores S.A.”*.

#### 2.4.5.2. Marco constitucional del derecho fundamental

416. En relación con el concepto y la afectación del derecho al buen nombre, la Corte Constitucional ha considerado lo siguiente:

##### *“4.1. Derecho al buen nombre.*

*El derecho al buen nombre, está previsto en el artículo 15 de la Constitución y ha sido definido por esta Corporación como la reputación que acerca de una persona tienen los demás miembros de la sociedad en el medio en el cual se desenvuelve.*

*(...)*

*Esta Corporación ha señalado que las afectaciones del derecho al buen nombre se originan en la difusión de afirmaciones, informaciones o imputaciones falsas o erróneas respecto de las personas, que no tienen fundamento en su propia conducta pública y que afectan su renombre e imagen ante la sociedad: “se atenta contra este derecho cuando, sin justificación ni causa cierta y real, es decir, sin fundamento, se propagan entre el público -bien en forma directa y personal, ya a través de los medios de comunicación de masas- informaciones falsas o erróneas o especies que distorsionan el concepto público que se tiene del individuo y que, por lo tanto, tienden a socavar el prestigio y la confianza de los que disfruta en el entorno social en cuyo medio actúa, o cuando en cualquier forma se manipula la opinión general para desdibujar su imagen”<sup>71</sup>.*

417. Asimismo, respecto del núcleo esencial de la referida garantía *iusfundamental* y el análisis que debe realizar el juez de tutela, el Máximo Tribunal Constitucional, sostuvo que:

*“La Corporación ha precisado que no todo concepto o expresión mortificante para el amor propio puede ser considerada como imputación deshonorosa. Esta debe generar un daño en el patrimonio moral del sujeto y su gravedad no depende en ningún caso de la impresión personal que le pueda causar al ofendido alguna expresión proferida en su contra en el curso de una polémica pública, como tampoco de la interpretación que éste tenga de ella, sino del margen razonable de objetividad que lesione el núcleo esencial del derecho. Por esta razón, la labor del Juez en cada caso concreto, tomando en consideración los elementos de juicio existentes y el grado de*

<sup>71</sup> Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, sentencia T- 110 de 2015, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

*proporcionalidad de la ofensa, es la de determinar si ocurrió una verdadera amenaza o vulneración del derecho en comentario<sup>72</sup>.*

418. Por su parte, esta Sección, sobre el derecho objeto de análisis, en un reciente pronunciamiento, indicó:

*“El derecho al buen nombre es reconocido en el artículo 15 de la Constitución Política frente al cual existe un deber del Estado de respetar y hacerlo respetar y hace referencia al concepto que se forman los demás sobre una persona.*

(...)

*Este derecho puede ser vulnerado tanto por autoridades públicas como por particulares, siempre que se divulgue información falsa o errónea, lo que conlleva a que la reputación o el concepto que se tiene de la persona se distorsionen, afectando también su dignidad humana.*

(...)

*Teniendo en cuenta lo anterior, se advierte que parte del núcleo esencial de derecho al buen nombre se encuentra la dignidad humana, cuya tutela judicial efectiva implica que, el juez de tutela debe hacer un análisis conjunto de ambas garantías constitucionales<sup>73</sup>.*

419. Al aplicar al marco conceptual expuesto al caso concreto, la Sala evidencia que la parte actora, para fundamentar la presunta vulneración al buen nombre, realizó transcripciones parciales de la providencia arbitral censurada<sup>74</sup>, que podían sugerir *prima facie* que existió un actuar arbitrario y caprichoso por parte del Tribunal al momento de calificar la conducta corporativa de la sociedad en su condición de accionante de la Concesionaria de Ruta del Sol S.A.S. de cara a la asignación de funciones y el roll que cumplió en la celebración y ejecución del contrato de concesión.

420. Siendo ello así, la Sala al hacer un análisis integral y completo del Laudo Arbitral del 6 de agosto de 2019, en relación con la presunta vulneración alegada por Episol, considera pertinente transcribir la consideración en forma integral, en el contexto mismo de las situaciones fácticas que rodearon el trámite procesal y de las decisiones que en sede arbitral le correspondía adoptar, con el fin de confirmar o desvirtuar la afectación del derecho objeto de análisis:

*“2.5.2. No existe prueba de que la sociedad Concesionaria tuviera efectivos mecanismos de gestión de riesgos y de los que existieron solo se encuentra evidencia documental, no llevada a la práctica. Tampoco encuentra que los organismos encargados del control hayan actuado en debida forma.*

<sup>72</sup> Sala Plena de la Corte Constitucional, sentencia C- 392 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>73</sup> Sección Quinta, sentencia del 13 de febrero de 2020, exp. 11001-03-15-000-2019-05354-00, M.P. Rocío Araújo Oñate.

<sup>74</sup> Folios 77 a 79 del cuaderno principal N° 1 del expediente de tutela.





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
 Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. -  
 EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

Tal como lo evidencian **las pruebas que reposan en el expediente, así como el dictamen pericial de D&P**, ni la Concesionaria ni sus socios implementaron mecanismos efectivos tendientes a prevenir de manera efectiva el lavado de activos, la financiación del terrorismo, el control de los pagos que quedaron reflejados en la contabilidad ni las cuentas por cobrar de sus contratistas, que en muchas ocasiones se presentaban ciertamente sobrevaloradas, en aras de la atención de propósitos ilícitos.

En este punto, **las fallas no solo pueden predicarse de Odebrecht, Episol, en los distintos contratos que rodearon el negocio, asumió responsabilidades cuyo cumplimiento efectivo no evidenció este Tribunal.** Por ejemplo, la cláusula 8 del Acuerdo de Consorcio (Consol), suscrito entre Episol, Corficolombiana, las sociedades Odebrecht y CSS, establecía que "todos los actos que generen gastos, y los pagos que efectúe el Consorcio, incluida la emisión de cheques u otros títulos valores, deberán ser autorizados o suscritos conjuntamente por el Director de Obra y el Gerente de Ingeniería y el representante suplente del Líder del Consorcio. En la ausencia de uno o ambos de los representantes nombrados, exclusivamente para estos fines, el Gerente Comercial sustituirá el Director de Obra o al representante Suplente del Líder del Consorcio. En caso de que la ausencia sea del Gerente de Ingeniería, actuará el reemplazo permanente del Gerente de Ingeniería, nombrado por Episol". De acuerdo con la Cláusula VI del mismo acuerdo, el Gerente de Ingeniería debía ser nombrado por Episol.

De lo anterior se colige que **sí era una función de Episol autorizar todos los actos que generaran gastos, lo cual no resulta extraño si se tiene en cuenta que, a pesar de su condición minoritaria en la Concesionaria y en el Epecista, se trataba de una filial de un Grupo Empresarial que tenía intereses en todo el negocio:** El Grupo Aval, como beneficiario efectivo de Episol, no solo tenía intereses en la Concesionaria y en el Epecista, sino también en los bancos que financiaron el proyecto y la Fiduciaria que administró los recursos del proyecto, por no mencionar la Banca de Inversión que estructuró el proyecto.

No obstante, cuando **este Tribunal interrogó a los distintos funcionarios de dicha sociedad o de su matriz Corficolombiana, lo que obtuvo fue respuestas evasivas.** En ellas no se precisó quién era la persona o personas encargadas de dar cumplimiento a los anteriores preceptos, como tampoco las personas que tuvieron a su cargo la tarea de autorizar pagos en el interior de Consol. Al final, el Tribunal no pudo saber quiénes eran los responsables de cumplir los preceptos del Acuerdo Consorcial. Por ejemplo, los siguientes son apartes **del testimonio de Mauricio Millán**, del 29 de enero de 2018, **alto funcionario de Corficolombiana** que se desempeñó como funcionario de Consol:

(...)

**El Testimonio de Vannesa Garay Guzmán** del 30 enero de 2018, **Gerente General de Episol**, también ofrece **respuestas evasivas** sobre la





distribución de funciones y las responsabilidades por parte de los funcionarios de Episol:

(...)

En todos los estamentos, **el Tribunal encontró que en la práctica Episol no tenía funcionarios lo suficientemente independientes para asumir sus propias responsabilidades** pues, curiosamente, como lo relata el señor Millán, al parecer se encontró en la figura de José Elías Melo, Presidente de Corficolombiana -no de Episol, la persona en la que se descargó la responsabilidad.

En la Concesionaria, por su parte, los Acuerdos de Accionistas precisaban que Corficolombiana estaba encargada de designar al Controller, aunque el mismo debía ser nombrado por la Sociedad. **El testimonio de Yesid Arocha**, por ejemplo, estableció que la razón por la cual el Controller tenía que ser designado por Corficolombiana, era en atención al cumplimiento que dicha empresa o las empresas que pertenecen al Grupo Aval tenían que demostrar de cara a los procedimientos de las regulaciones sobre lavado de activos y financiación del terrorismo-SARLAFT. Dicho Controller, Jorge Enrique Pizano, advirtió en múltiples ocasiones sobre las irregularidades que ocurrieron tanto en el interior de la Concesionaria como de Consol, sin que sus advertencias fueran atendidas. De ello dejó **suficiente evidencia Duff & Phelps en su peritaje**, así como **el testimonio del señor Pizano junto con los documentos que adjuntó al expediente**. Para el Tribunal, además, resulta increíble que una sociedad que había recibido primariamente recursos captados del público, en cuantías millonarias, hubiera designado un Controller que no tenía, siquiera, un equipo a su cargo.

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

Incluso, el Tribunal tuvo la oportunidad de revisar el informe de auditoría realizado por el Grupo Aval para definir las responsabilidades de sus funcionarios en este asunto, y lo que encontró fue una investigación que se realizó en el término de un mes, al cabo del cual se concluyó que ninguno de sus funcionarios tenía responsabilidad en el escándalo.



Como lo precisó Carlos Moreno de PWC, en su condición de revisor fiscal de la Concesionaria, aquí hubo una vulneración de controles por parte de la propia gerencia de la compañía, lo cual conduce, además, a que este Tribunal no pueda considerar la información presentada en los estados financieros de la sociedad y de su epecista como creíble. Al respecto, basta nuevamente con remitir a las conclusiones de Duff & Phelps sobre el particular.

### 2.5.3. Estándares de conducta Exigibles a la Concesionaria, a sus socios y a sus funcionarios

No hay que olvidar que prácticamente todas las pruebas que reposan en el expediente provienen de la propia información de la Concesionaria, su Epecista y sus socios. A pesar del esfuerzo probatorio desplegado por los árbitros, incluso el dictamen pericial independiente de la Firma Duff & Phelps está altamente influenciado por la contabilidad, los libros y los documentos de las partes en el proceso. Por ello, una evaluación crítica de los estándares de conducta de las partes y sus litisconsortes resulta fundamental.

#### 2.5.3.1. Estándares de conducta exigibles a la Concesionaria y sus funcionarios

A los contratistas les son exigibles estándares de conducta tanto en la fase precontractual como en la ejecución del contrato, como serían los deberes de buena fe y la diligencia exigible al contratista en la fase contractual. Al respecto, la Corte Constitucional ha sostenido:

(...)

Así las cosas, en el caso que nos ocupa y de conformidad con la información que reposa en el expediente, es claro que el deber de buena fe objetiva no fue observado a lo largo del Contrato por parte de los directivos de la Concesionaria. De hecho, una vez percatados de la existencia de irregularidades en la ejecución de pagos que a todas luces resultaban sospechosos, únicamente advirtieron de los hechos a algunos de los accionistas, sin que se hubiera recurrido a adoptar medidas o a activar sistemas de auditoría y de denuncia sobre pagos injustificados.

Ello no solo se advierte en el testimonio de Enrique Pizano, Controller de la Concesionaria, sino también en el de Mauricio Millán, funcionario de Consol, quien en su testimonio hizo saber que en varias ocasiones había informado a José Elías Melo, Presidente de Corficolombiana, sobre pagos sospechosos, a los cuales no se les había prestado la suficiente atención. Este funcionario, además, evidenció la falta de independencia que tenían los funcionarios de la Concesionaria y de Consol que habían sido designados por Episol.

(...)





2.5.3.3. Los distintos testimonios y evidencia documental muestran que la contabilidad de la Concesionaria y de Consol están contaminadas y que los pagos de sobornos hechos por Odebrecht fueron recobrados a través del Proyecto

Los giros que anota el testigo Millán desde los inicios del Contrato, por su parte, fueron objeto de informes que a este Tribunal hizo llegar la Fiscalía General de la Nación, así como otros testigos del proceso. Dentro de ellos, por ejemplo, se encuentra el informe presentado por la Alcaldía de Andorra sobre movimientos a través de la Banca Privada de Andorra, que eran recurrentes por parte de Odebrecht. En el informe se pueden advertir varios giros hechos por la Concesionaria a través de la Fiduciaria Banco de Bogotá con destino a dicha Banca durante los meses de junio, julio y agosto de 2010 y, en general, durante el tiempo de ejecución del contrato de concesión.

Al expediente, el ente acusador aportó importantes pruebas con listas de contratistas de la Concesionaria y de Consol provenientes de contratos ficticios, con empresas tales como Profesionales de Bolsa, Consultores Unidos, PRESOAM, Consorcio SION, Detección de Riesgos Técnicos, Control de Calidad y Supervisión de Obras de Edificación S.A., RGQ Logistics, Transportes y Equipos de la Sabana, Lurion Trading, etc. Los testimonios de Javier Germán Mejía, Gustavo Ramírez, Enrique Guisays, Gabriel García Morales, Yesid Arocha y Eduardo Zambrano también darían fe de lo dicho.

Por su parte, los propios testimonios y actuaciones de las partes y litisconsortes evidencian la falta de claridad sobre las cuentas de la Concesionaria. Llama la atención, por ejemplo, que CSS haya negado haber recibido cualquier excedente de liquidez proveniente de Consol, cuando tales movimientos aparecen perfectamente registrados en la contabilidad. No obstante, CSS adujo que solo fue retribuida por unas obras realizadas, lo cual contradice lo expresado por los registros contables del Epecista.

(...)

2.5.3.5. Existe suficiente evidencia sobre el hecho de que la Concesionaria excedió los límites de financiación del proyecto que habían sido acordados en el Contrato de Concesión

Esta es una consecuencia de todo lo que ha sido evaluado por el Tribunal hasta aquí. En efecto, una de las implicaciones de que el proyecto no se hubiera adelantado a precios de mercado y, sobre todo, que parte de sus recursos se hubieran destinado a fines distintos de la atención del interés público, es precisamente que los recursos de los bancos fueron canalizados por fuera de los fines del proyecto. Los bancos, entonces, habrían financiado los repartos de excedentes de los socios del proyecto, los delitos cometidos con cargo al contrato y sus sobrecostos.



Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
 Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –  
 EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

Por su parte, si los socios o beneficiarios efectivos de la Concesionaria recuperaron los aportes de equity que habían hecho al proyecto a través de Consol de manera simultánea a su desembolso, ello permite concluir que, en la práctica, los bancos financiaron la totalidad del proyecto. No obstante, **el contrato de Concesión tenía una previsión clara en el sentido de que el proyecto debía fondearse con un mínimo de aportes de equity**, en los términos ya expuestos. En este punto el Tribunal no acepta los argumentos de las partes en el sentido de que Consol era un sujeto de derecho distinto de la Concesionaria pues, en la práctica, **la entrada y salida de los recursos a través de los dos vehículos, como ya fue explicado en detalle, constituyó un fraude a la ley del contrato**. Al respecto, la Corte Constitucional sostuvo en la sentencia C-258-13, lo siguiente:

(...)

Por su parte, no deja de resultar extraño para el Tribunal que, a pesar de que el Proyecto llevara un grado de ejecución apenas superior al 50%, la financiación ya hubiera llegado al 100%. Podría considerarse que la Concesionaria estaba contando con los aportes de la ANI y los recursos provenientes de peajes para efectos de fondear las obras que faltaban pero, en todo caso, este hecho no deja de llamar la atención.

En definitiva, todo lo expuesto a lo largo del laudo trae como consecuencia obvia el que parte de los intereses causados y/o pagados por la Concesionaria, no hayan cumplido con la condición de haber sido destinados a la atención del interés público, en los términos del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018.

El Tribunal quiere advertir, sobre el punto, que no ignora la condición de acreedores de buena fe de los bancos ni su condición de depositarios de la confianza de los ahorradores. No obstante, la Ley 1882 exige unos mínimos requisitos para el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas por la Concesionaria, que no han sido acreditados en el presente caso<sup>75</sup> (Negrita y subrayado fuera del texto).

421. De lo expuesto *ut supra* y de manera contextualizada, la Sala advierte que el Tribunal no vulneró el derecho al buen nombre de la accionante, por las razones que se exponen a continuación.

422. Primero, la conclusión de que existió un fraude a “la ley del contrato”, tiene como fundamento los testimonios y las pruebas documentales obrantes en el expediente que indicaban que se desconocieron las previsiones del contrato de concesión, respecto del manejo de los recursos económicos.

423. Además, esa determinación es la consecuencia del análisis de las conductas de “los socios y los beneficiarios efectivos de la Concesión” que necesariamente tenía

<sup>75</sup> Folios 668 a 680 de la copia digital del Laudo Arbitral que obra en el disco duro portátil que fue allegado al proceso la sociedad accionante y que contiene los documentos del proceso arbitral.





que hacer el Tribunal pues, de manera clara precisó que los libros de contabilidad y los estados financieros aportados estaban "*contaminados*" por lo que no podían ser tenidos en cuenta como una prueba que llevara a la verdad a los árbitros, constituyendo ello una regla de apreciación de los medios de convicción, de acuerdo con las reglas de la sana crítica y de la experiencia.

424. En segundo lugar, no se observa que en el Laudo se hubieran realizado "*aseveraciones maliciosas*", como quiera que el Tribunal en su autonomía y de conformidad con la controversia que tenía que solucionar, analizó cuales eran las obligaciones que tenía que asumir Episol en las etapas del contrato de concesión y consideró que, en efecto, desde la fase precontractual incumplió algunas de ellas, lo que generó consecuencias para el adecuado funcionamiento de la obra pública.

425. Conclusiones que, contrario a lo afirmado por la accionante, encontraron suficiente soporte probatorio, en: *i)* el documento contentivo el contrato; *ii)* el dictamen pericial de Duff & Phelps y *iii)* los testimonios de Mauricio Millán, alto funcionario de Corficolombiana, y Vannesa Garay Guzmán, Gerente General de Episol.

426. En tercer lugar, no se evidencia que la autoridad arbitral tuviera la intención de afectar el "*good will*" de Episol y que sus conclusiones fueran producto de "*meras apreciaciones de carácter subjetivo*", contrario a esto el análisis de las conductas de los socios de la concesionaria y la valoración de las pruebas testimoniales y documentales que realizó el Tribunal fue objetivo y suficientemente argumentado, para determinar que se desconocieron los deberes de buena fe, diligencia y confianza.

427. Aunado a lo anterior, no solamente se estudió la conducta de Episol sino también la de Odebrecht pues, obsérvese que en el numeral 2.5.3.3 del Laudo se indicó que "*los pagos de sobornos hechos por Odebrecht fueron recobrados a través del proyecto*", razón por la cual no es cierto tampoco que los árbitros premeditadamente quisieran afectar únicamente el buen nombre de la accionante, desconociendo las actuaciones de quienes finalmente condujeron a que se tuviera que declarar la nulidad absoluta del contrato.

428. En consecuencia, para esta Sala resulta evidente que el Tribunal basó sus análisis y conclusiones no en "*meras apreciaciones subjetivas*" sino en las pruebas obrantes en el expediente arbitral, que le permitieron hacer un juicio razonable, y no caprichoso o arbitrario como lo pretendía hacer ver Episol, de las conductas desplegadas por los socios de la concesionaria en las diferentes etapas del contrato.

429. Igualmente, la Sala pone de presente que el hecho que las expresiones que molestan a la parte actora estén consignadas en el Laudo, no significa que se





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. -  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

estén difundiendo o propagando con el fin de afectar su "good will" pues, el Tribunal tenía que resolver la controversia que se le planteó y proporcionalmente indicó que Episol, junto con los demás socios de la Concesionaria, no actuó conforme a las previsiones del contrato y a los deberes de buena fe, diligencia y confianza.

430. Así las cosas, el Tribunal al proferir el Laudo del 6 de agosto de 2019 no vulneró el derecho fundamental al buen nombre de Episol, razón por la cual **este cargo tampoco tienen vocación de prosperidad.**

#### 2.4.6. Conclusiones

431. En virtud de los razonamientos expuestos, considera la Sección Quinta del Consejo de Estado que en el caso concreto la acción de tutela es improcedente por encontrarse en trámite los recursos de anulación interpuestos por las partes y, adicionalmente, en el *sub examine* no concurre el requisito adjetivo de procedibilidad, referido a la subsidiariedad;

432. Lo anterior impide el estudio de fondo de los cargos formulados con excepción del buen nombre de Episol S.A.S. que, al estudiarse de fondo, se consideró que no fue vulnerado por la autoridad accionada.

### III. DECISIÓN

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### FALLA:

**PRIMERO: TENER** como coadyuvante en la presente acción de tutela a la sociedad **CSS Constructores**, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: NEGAR** la condición de coadyuvante de la acción de tutela presentada por la sociedad Estudios y Proyectos del Sol S.A.S., a la **Constructora Norberto Obedrecht S.A.**; y tenerla como accionante.

**TERCERO: DECLARAR** no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa, alegada por la autoridad arbitral accionada.

**CUARTO: DECLARAR IMPROCEDENTE** la acción de tutela por todos los cargos, con excepción del derecho al buen nombre ("good will") de la sociedad Estudios y





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05083-00  
Accionantes: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. -  
EPISOL S.A.S. y otros - Acumulados

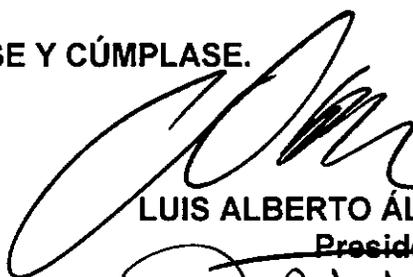
Proyectos del Sol S.A.S., por no concurrir el requisito genérico de procedibilidad, referido a la subsidiariedad.

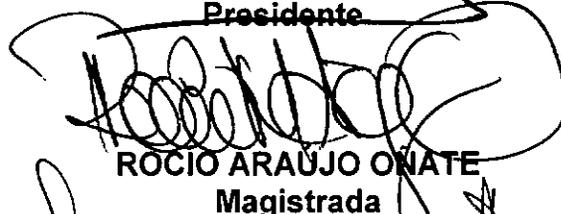
**QUINTO: NEGAR** la protección constitucional del derecho al buen nombre de la sociedad **Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. EPISOL S.A.S.**

**SEXTO: NOTIFICAR** a las partes e intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto Ley 2591 de 1991.

**SÉPTIMO:** Remitir el expediente a la Corte Constitucional, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria del fallo, para su eventual revisión, en los términos del artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA**  
Presidente

  
**ROCÍO ARAUJO ONATE**  
Magistrada

  
**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**  
Magistrada

  
**CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**  
Magistrado

