



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje  
Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de  
Infraestructura – ANI  
Radicación 15811*

**Bogotá D.C., 18 de agosto de 2020**

Señores

**TRIBUNAL ARBITRAL**

Fernando Pabón Santander (Árbitro - presidente)

Miriam Guerrero de Escobar (Árbitro)

Germán Alonso Gómez Burgos (Árbitro)

**CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN - CCB**

**Attn. Juan Pablo Riveros Lara (secretario)**

Ciudad.-

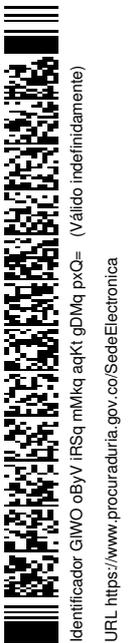
*QUOD NULLUM EST NULLUM PRODUCIT EFFECTUM*

<b>Medio de control</b>	Proceso arbitral – controversias contractuales
<b>Demandante</b>	UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS
<b>Demandado</b>	AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
<b>Asunto</b>	Concepto del Ministerio Público

Respetados señores Árbitros,

En cumplimiento de las funciones constitucionales y legales asignadas al Ministerio Público, particularmente aquellas referidas a su intervención en procesos de naturaleza arbitral, me permito allegar versión escrita del concepto de esta agencia del Ministerio, de conformidad con lo ordenado por el Tribunal Arbitral en auto No. 40 del 16 de julio de 2020.

El presente concepto se extiende en los términos que enseguida se dejan precisados.





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje*  
*Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de Infraestructura – ANI*  
*Radicación 15811*

### TABLA DE CONTENIDO

1.	ANTECEDENTES .....	3
1.1.	PARTES .....	3
1.2.	CLÁUSULA COMPROMISORIA .....	4
1.3.	TRÁMITE DEL PROCESO .....	5
1.3.1.	Admisión de la demanda.....	6
1.3.2.	Contestación de la demanda .....	6
1.3.3.	Admisión de la demanda de reconvenición.....	6
1.3.4.	Contestación de la demanda de reconvenición.....	7
1.3.5.	Traslado de excepciones y objeciones al juramento estimatorio .....	7
1.3.6.	Audiencia de conciliación.....	7
1.3.7.	Primera audiencia de trámite .....	7
1.3.8.	Etapa probatoria y su conclusión .....	8
1.4.	DEMANDAS PRINCIPAL Y DE RECONVENCIÓN Y SUS CONTESTACIONES.....	8
1.4.1.	Demanda principal .....	8
1.4.1.1.	Pretensiones y la manifestación de la demandada .....	8
1.4.1.2.	Sustento fáctico de las pretensiones y pronunciamiento de la convocada	11
1.4.2.	Excepciones propuestas por la demandada y pronunciamiento de la convocante	19
1.4.3.	Demanda de reconvenición .....	20
1.4.3.1.	Pretensiones y la manifestación de la reconvenida.....	20
1.4.3.2.	Sustento fáctico de las pretensiones y pronunciamiento de la reconvenida	22
1.4.4.	Excepciones propuestas por la demandada en reconvenición.....	23
2.	CONSIDERACIONES .....	24
2.1.	PRESUPUESTOS PROCESALES .....	24
2.2.	SÍNTESIS DEL CASO .....	25
2.3.	PROBLEMA JURÍDICO.....	26
2.4.	CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO FRENTE AL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO .....	27
2.4.1.	Planteamientos teóricos.....	27
2.4.1.1.	La nulidad como forma de ineficacia del contrato .....	27
2.4.1.2.	Las restituciones mutuas consecuenciales a la nulidad del contrato .....	34
2.4.1.3.	Liquidación del contrato estatal.....	39
2.4.1.4.	Diferencias entre liquidación y restituciones mutuas .....	42





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje*

*Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de Infraestructura – ANI  
Radicación 15811*

2.4.2.	Los hechos probados y la posición del H. Tribunal .....	46
2.4.2.1.	El laudo arbitral del 25 de noviembre de 2016 .....	46
2.4.2.2.	El incumplimiento del laudo .....	51
2.4.2.3.	La asunción de competencia por parte de este Tribunal Arbitral.....	51
2.4.3.	Concepto del Ministerio Público .....	54
2.4.3.1.	Sobre la ausencia de jurisdicción y competencia en el arbitraje.....	55
2.4.3.2.	Ausencia de jurisdicción en el caso concreto (arbitrabilidad objetiva) .....	56
2.4.3.3.	Ausencia de competencia en el caso concreto (voluntariedad de la justicia arbitral).....	64
2.4.4.	Por lo demás.....	69



## 1. ANTECEDENTES

### 1.1. PARTES

- **Demandante y reconvenida:** La parte se constituye por las siguientes personas naturales y jurídicas: (i) Unión Temporal Desarrollo Malla Vial del Valle del Cauca y Cauca, con NIT 830.059.605-1 y representada legalmente por la señora Patricia Cortés Rivera, identificada, con domicilio en el municipio de Chía (Cundinamarca); (ii) Pavimentos de Colombia S.A.S., con NIT 860.024.586-8 y representada legalmente por el señor Luis Enrique López Jaramillo; (iii) Carlos Alberto Solarte Solarte S.A.S., con NIT 900.888.439-5 y representada legalmente por la señora Lilian Rocío Vásquez Trujillo; (iv) Carlos Alberto Solarte Solarte, identificado con cédula de ciudadanía. 5.199.222 y obra en su propio nombre; (v) Luis Fernando Solarte Viveros identificado con la cédula de ciudadanía 98.263.198 y obra en su propio nombre; (vi) Gabriel David Solarte Viveros, identificado con la cédula de ciudadanía 94.063.764 y obra en su propio nombre; (vii) Diego Alejandro Salarle Viveros, identificado con la cédula de ciudadanía No. 94.509.367 y obra en su propio nombre; (viii) Luis Fernando Solarte Marcillo, identificado con la cédula de ciudadanía No. 13.072.984 y obra en su propio nombre.



## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje*  
*Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de Infraestructura – ANI*  
*Radicación 15811*

La señora María Victoria Solarte Daza, en virtud de lo decidido en auto No. 10, hace parte del extremo activo del litigio en condición de litisconsorte cuasi necesario.

Todas las personas naturales y jurídicas indicadas, fueron debidamente representadas por apoderado judicial en el presente trámite, tal como consta en el expediente procesal.

De acuerdo con el texto de la demanda de reconvención, la única demandada por parte de la ANI es la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca.

En adelante, en general, nos referiremos a la parte activa del presente litigio como UTDVVCC, la demandante, la parte actora, convocante, el/la concesionario(a) o la reconvénida.

- **Demandada:** Agencia Nacional de Infraestructura – ANI (en adelante, también, la demandada, convocada, reconvéniente), entidad pública del orden nacional, descentralizada por servicios, quien fue debidamente representada en el presente litigio.

### 1.2. CLÁUSULA COMPROMISORIA

En el contrato de concesión 005 de del 29 de enero de 1999 (en adelante el CONTRATO DE CONCESIÓN o el CONTRATO), las partes pactaron en la cláusula 62.8. lo siguiente:

“62.8 Cualquier divergencia que surja entre las partes con ocasión de la celebración, ejecución o liquidación de este contrato, que no sea posible solucionar amigablemente o a través de la Firma Asesora de Ingeniería o para la cual este contrato no prevea mecanismos de solución distintos, será dirimida por un Tribunal de Arbitramento de conformidad con las siguientes reglas:





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje*  
*Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de Infraestructura – ANI*  
*Radicación 15811*

El arbitraje será institucional. Las partes acuerdan designar para el efecto al centro de Arbitraje y Conciliación mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá.

El tribunal estará compuesto por 3 árbitros designados por la Cámara de Comercio de Bogotá.

Los árbitros decidirán en derecho.

El tribunal se regirá por lo previsto en esta cláusula y por las disposiciones del decreto 2279 de 1989, Ley 23 de 1991 y el Decreto 2651 de 1991, o por las normas que los adicionen, modifiquen o reemplace.

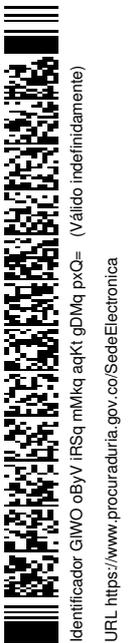
La aplicación y los efectos de las cláusulas de caducidad, terminación unilateral y modificación unilateral, no podrán ser sometidas a arbitramento.

Los gastos que ocasione la intervención del Tribunal de Arbitramento serán cubiertos, en principio por la parte que suscite la controversia. Una vez tomada la decisión por el tribunal de Arbitramento, los gastos los asumirá la parte que resulte vencida. Si no es este el caso, los gastos serán distribuidos entre el INVIAS y el Concesionario por partes iguales. Culminado el Arbitramento, las partes harán los reembolsos de gastos por la intervención del Tribunal de Arbitramento, de acuerdo con lo que corresponda según lo previsto en este ordinal.”

### 1.3. TRÁMITE DEL PROCESO

Desde la vista fiscal se observa que el proceso ha cursado con sujeción a las ritualidades propias del trámite arbitral dispuesto por la Ley 1563 de 2012 y demás normas concordantes, con plena observancia de los derechos y garantías procesales que asisten a los extremos de la *litis* y demás

Calle 16 No. 4 – 75, piso 3. Teléfono 5878750, ext. 13613 [camantilla@procuraduria.gov.co](mailto:camantilla@procuraduria.gov.co)





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje  
Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de  
Infraestructura – ANI  
Radicación 15811*

intervinientes. Sin embargo, tal como se indicará en el presente concepto, el proceso fue adelantado sin que el H. Tribunal contara con la jurisdicción y la competencia para tales efectos, por lo que no resulta posible la adopción de una decisión de fondo en la que se desate, en derecho, el conflicto sometido a estudio y definición del Tribunal.

En cuanto al término transcurrido, a la fecha del presente concepto, se observa que el trámite se ajusta a lo dispuesto en los artículos 10 y 11 de la Ley 1563 de 2012, normas modificadas por el artículo 10 del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, aplicable al presente proceso, tal como se indicó en el auto No. 34 del 20 de abril de 2020.

### **1.3.1. Admisión de la demanda**

Con auto No. 2 del 15 de noviembre de 2018, notificado el 27 del mismo mes y año, se decidió admitir la demanda presentada por la convocante el 10 de septiembre de 2018.

### **1.3.2. Contestación de la demanda**

El 1 de febrero de 2019, en término, la parte convocada presentó escrito de contestación de demanda en el que se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas, propuso excepciones de mérito y objetó el juramento estimatorio.

### **1.3.3. Admisión de la demanda de reconvenición**

En escrito del 1 de febrero de 2019 la convocada presentó demanda de reconvenición contra la convocante, la cual, fue admitida mediante auto No. 3 del 22 de febrero de 2019.





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje  
Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de  
Infraestructura – ANI  
Radicación 15811*

### **1.3.4. Contestación de la demanda de reconvención**

La convocante y reconvenida contestó la demanda de reconvención mediante escrito del 28 de marzo de 2019, mediante la que se opuso a sus pretensiones, formuló excepciones de mérito y objetó al juramento estimatorio.

### **1.3.5. Traslado de excepciones y objeciones al juramento estimatorio**

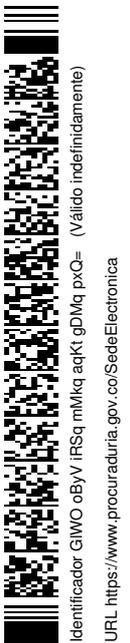
Mediante auto No. 4 del 4 de abril de 2019 se efectuó traslado conjunto de las excepciones formuladas en la demanda principal y de reconvención, así como de las objeciones a los juramentos estimatorio del demandado reconviniendo y el demandado en reconvención.

### **1.3.6. Audiencia de conciliación**

El 22 de abril de 2019 se llevó a cabo la audiencia de conciliación, la cual fracasó pues la ANI no sometió el asunto a consideración de su comité de conciliación y defensa judicial, de lo que se derivó su falta de ánimo conciliatorio.

### **1.3.7. Primera audiencia de trámite**

La primera audiencia de trámite tuvo lugar los días 2 y 8 de agosto de 2019 y en su desarrollo se adoptaron las decisiones que conforme a la ley correspondían a dicha etapa procesal. Ha de observarse que, contra el auto No. 15 del 2 de agosto de 2019, por medio del cual se asumió competencia por parte del H. Tribunal para conocer del presente asunto, fueron interpuestos por parte de la convocada, de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y del suscrito agente del Ministerio Público sendos recursos de reposición, los cuales fueron resueltos, confirmando el proveído impugnado, en auto No. 17 del 8 de agosto de 2019.





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje  
Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de  
Infraestructura – ANI  
Radicación 15811*

### 1.3.8. Etapa probatoria y su conclusión

La etapa probatoria del trámite arbitral se agotó luego del recaudo oportuno y conforme con los dictados procesales correspondientes de íntegras las pruebas decretadas por el Tribunal Arbitral. Esta etapa se dio por concluida mediante auto No. 40 del 16 de julio de 2020, en el que, de conformidad con lo previsto en el artículo 33 de la Ley 1563 de 2012, se citó para audiencia de alegatos, la cual se realiza en la fecha del presente escrito.

## 1.4. DEMANDAS PRINCIPAL Y DE RECONVENCIÓN Y SUS CONTESTACIONES

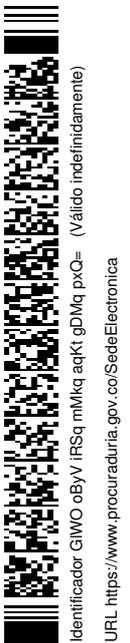
### 1.4.1. Demanda principal

#### 1.4.1.1. Pretensiones y la manifestación de la demandada

Dada la extensión de las pretensiones formuladas por la convocante (52 pretensiones, declarativas, de condena, principales y subsidiarias), a continuación se presenta, únicamente, la estructura general del *petitum* de la demanda:

PRETENSIÓN PRIMERA.- Que se declare que no hubo acuerdo entre la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI y la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca – UTDVVCC sobre a liquidación del Contrato Adicional No. 13 al Contrato de Concesión No. 005 de 1999, y sus Otrosíes, declarados nulos, y que a la fecha de presentación de esta demanda la ANI tampoco ha proferido un acto de liquidación unilateral.

PRETENSIÓN SEGUNDA.- Que se determine la liquidación de Contrato Adicional No. 13 al contrato de Concesión No. 005 de 1999, y sus Otrosíes, derivada de su declaratoria de nulidad





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje  
Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de  
Infraestructura – ANI  
Radicación 15811*

absoluta, de conformidad con lo establecido en el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 y el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, incluyendo todas las sumas que se invirtieron en su ejecución, en los montos que resulten demostrados en el proceso, más el costo del capital desde la causación de cada inversión hasta el momento en que el Contrato Adicional debió liquidarse.

PRETENSIÓN SEGUNDA SUBSIDIARIA.- Que se determine la liquidación del Contrato Adicional No. 13 al Contrato de Concesión No. 005 de 1999, y de sus Otrosíes, de conformidad con los parámetros establecidos en el Laudo Arbitral proferido el 25 de noviembre de 2016 mediante el cual se declaró su nulidad absoluta, incluyendo todas las sumas que se invirtieron en su ejecución, en los montos que resulten demostrados en el proceso, más el costo del capital desde la causación de cada inversión hasta el momento en que el Contrato Adicional debió liquidarse.

PRETENSIÓN TERCERA.- Que como consecuencia de la anterior pretensión segunda o de su subsidiaria, se condena a la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI a pagar a la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca – UTDVVCC y/o a sus integrantes y sucesores, herederos y/o beneficiarios de derechos económicos, todas las sumas que resulten a su favor como consecuencia de la liquidación del Contrato Adicional No. 13 al Contrato de Concesión No. 005 de 1999, y de sus Otrosíes.

PRETENSIÓN CUARTA.- Que las sumas a que hace referencia la anterior pretensión tercera se paguen debidamente actualizadas entre el momento de su causación y el momento en que el Contrato Adicional No. 13 al Contrato de Concesión No. 005 de 19099 debió haberse liquidado, de conformidad con los términos legalmente establecidos para el efecto.

PRETENSIÓN CUARTA SUBSIDIARIA.- Que las sumas a que hace referencia la anterior pretensión tercera se paguen debidamente actualizadas entre el momento de su causación y el





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje*

*Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de Infraestructura – ANI  
Radicación 15811*

mes de diciembre del año inmediatamente anterior al momento en que el Contrato Adicional No. 13 al Contrato de Concesión No. 005 de 1999 debió haberse liquidado, según la fórmula establecida en la cláusula 12.9 del Contrato de Concesión No. 005 de 1999.

**PRETENSIÓN QUINTA.-** Que la suma resultante de las pretensiones cuarta o cuarta subsidiaria se pague con adición de intereses moratorios calculados desde la fecha en que debió haberse liquidado el Contrato Adicional hasta la fecha en que quede ejecutoriado el laudo arbitral que ponga fin al proceso, a la tasa que determine el Tribunal Arbitral.

**PRETENSIÓN QUINTA SUBSIDIARIA.-** Que la suma resultante de las pretensiones cuarta o cuarta subsidiaria se pague con adición de intereses comerciales calculados desde la fecha en que debió haberse liquidado el Contrato Adicional hasta la fecha en que quede ejecutoriado el laudo arbitral que ponga fin al proceso.

**PRETENSIÓN SEXTA.-** Que se ordene a la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI el pago de intereses moratorios a partir de la ejecutoria del laudo sobre las sumas objeto de la condena que se imponga, en los términos de ley.

**PRETENSIÓN SÉPTIMA.-** Que se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI al pago de las costas y gastos del proceso, incluidas las agencias en derecho, en la cantidad que determine el Tribunal de Arbitraje.

En su escrito de contestación, la ANI manifestó que se oponía a las pretensiones de la convocante, para lo cual presentó consideraciones específicas en relación con cada una de ellas.





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje  
Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de  
Infraestructura – ANI  
Radicación 15811*

### **1.4.1.2. Sustento fáctico de las pretensiones y pronunciamiento de la convocada**

La *causa petendi* de la demanda interpuesta por la convocante, así como el pronunciamiento de la demandada sobre la misma, se sintetiza como sigue, respetando los grupos fácticos presentados en la demanda:

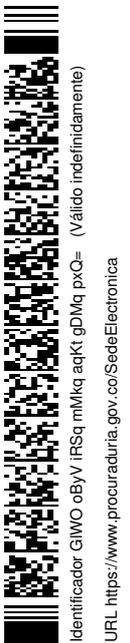
- Hechos relacionados con la celebración y ejecución del contrato adicional No. 13 y sus otrosíes

#### **Convocante**

La convocante realizó un recuento general del contrato de concesión 005 de 1999, sus antecedentes, partes y objeto.

En cuanto al contrato adicional No. 13 al CONTRATO DE CONCESIÓN (en adelante el CONTRATO ADICIONAL) indicó que fue suscrito el 9 de agosto de 2006 y que mediante el mismo CONCESIONARIO se comprometió para con el INCO (hoy la ANI) a ejecutar, por su cuenta y riesgo, los estudios y diseños definitivos, las obras de construcción, la operación y el mantenimiento, la prestación de servicios y el uso de bienes de propiedad del INCO y/o del INVIAS, correspondientes a la segunda calzada del Tramo Mediacanoa — Loboguerrero (Tramo 7), el cual fue incorporado al alcance físico del CONTRATO DE CONCESIÓN.

Observó que la ejecución del contrato se dividió en las etapas de preconstrucción, construcción y operación y mantenimiento, que se remuneraría al CONCESIONARIO con los derechos del recaudo de los peajes existentes en el proyecto objeto del CONTRATO DE CONCESIÓN, luego de que se cumpliera con el ingreso de este último contrato. Aseguró, también, que el tramo 7 objeto del contrato adicional 13 se dividió en tres sectores para “*facilitar la evaluación de los estudios, diseños y estudios ambientales*”.





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje  
Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de  
Infraestructura – ANI  
Radicación 15811*

Posteriormente, hizo alusión a algunas circunstancias relativas al inicio y ejecución del CONTRATO ADICIONAL y a algunos de los otrosíes suscritos para a dicho contrato y al CONTRATO DE CONCESIÓN.

La convocante precisó que según el informe final de Interventoría del 10 de febrero de 2017 para el mes de diciembre de 2016 el CONCESIONARIO había ejecutado a cabalidad el 100% de las actividades y labores correspondientes a la etapa de preconstrucción del CONTRATO ADICIONAL, había ejecutado a satisfacción el 100% de las obras de construcción de los sectores 2 y 3 del tramo Mediacanoa - Loboguerrero objeto del referido contrato y había alcanzado a ejecutar más del 52% de las obras de construcción del sector 1 de dicho tramo. Agregó, también que nunca fue multado por incumplimiento de sus obligaciones derivadas del CONTRATO ADICIONAL.

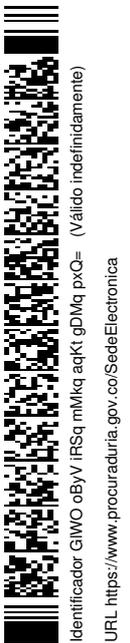
### **Convocada**

En relación con los hechos hasta aquí referidos, la convocada aceptó su gran mayoría y en relación con la transcripción y mención de cláusulas relativas al contrato y sus modificaciones se atuvo a la literalidad de los mismos. Preciso el contenido de algunos, pero sin variaciones sustanciales respecto de la narrativa de la parte actora.

- Hechos relacionados con el manejo de los recursos del proyecto mediante un contrato de fiducia mercantil

### **Convocante**

El convocante aseguró que, de acuerdo con el CONTRATO DE CONCESIÓN, los recursos y derechos económicos del proyecto (capital del Concesionario, recursos de deuda, generación interna del Proyecto, etc.), incluyendo los del CONTRATO ADICIONAL y demás acuerdos que celebraron las partes, debían ser manejados a través de un patrimonio autónomo constituido por el CONCESIONARIO, por lo cual se celebró el contrato de fiducia mercantil de





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje  
Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de  
Infraestructura – ANI  
Radicación 15811*

administración de recursos y garantía No. 3-4-405 con el consorcio integrado por las fiduciarias BBVA Fiduciaria S.A. y Fiduciaria de Occidente S.A., el cual, se ha ejecutado de conformidad con lo pactado y tanto la ANI como la Interventoría del Proyecto han recibido mensualmente los Informes Fiduciaros y han participado periódicamente en los Comités de Fiducia que se han realizado, sin objetar las cifras que se han presentado, ni el manejo que se ha hecho de los recursos.

### **Convocada**

En relación con los hechos narrados por la convocante, la ANI, manifestó que, en su mayoría, eran ciertos. Precisó, sin embargo, que los recursos del proyecto eran manejados en el patrimonio autónomo como una sola bolsa y no como hechos económicos independientes, motivo por el cual antes de la declaratoria de nulidad CONTRATO ADICIONAL, no era posible identificar los hechos económicos por el CONTRATO DE CONCESIÓN y sus adicionales.

Advirtió, también, que en los términos de la cláusula 70.3 del CONTRATO DE CONCESIÓN la no objeción a las cifras o al manejo dado a los recursos, no impide el examen y/o la reclamación que se haga sobre las mismas en la etapa de liquidación del contrato.

- Hechos relacionados con las inversiones efectuadas para la ejecución del contrato adicional No. 13

### **Convocante**

En primer lugar, la parte actora afirmó que la totalidad de los estudios y diseños definitivos, las obras de construcción, la operación y el mantenimiento y la prestación de servicios correspondientes a la ejecución del CONTRATO ADICIONAL se realizaron con recursos de capital o *equity* que del CONCESIONARIO y que su monto estimado es de \$624.816.740.341.





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje  
Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de  
Infraestructura – ANI  
Radicación 15811*

Advirtió que, dado que a la fecha de anulación del CONTRATO ADICIONAL aún no había empezado a efectuarse el recaudo del peaje para la recuperación de las inversiones correspondientes al mismo, la totalidad de las inversiones realizadas quedaron sin recuperar, con excepción de las inversiones correspondientes al Par Vial de Yotoco del otrosí No. 2 al CONTRATO ADICIONAL que se recuperaron mediante el recaudo del peaje de Loboguerrero.

### **Convocada**

Indicó que en los informes del fideicomiso no se evidencian aportes de *equity* del CONCESIONARIO para cumplir con las obligaciones del CONTRATO ADICIONAL, salvo los aportes e las Subcuenta Predial Adicional 13, Licencias Ambientales Adicional 13 y Social Adicional 13.

Señaló, también que la forma de pago pactada para el CONTRATO ADICIONAL consistió en una ampliación del ingreso esperado, el cual se remuneraría con el recaudo de las estaciones de peaje existentes en el proyecto, una vez obtenido el ingreso esperado del CONTRATO DE CONCESIÓN Y SUS OTROSÍES, lo cual sucedió el 17 de julio de 2017.

Respecto a las obras del otrosí No. 2 al CONTRATO ADICIONAL (Par vial de Yotoco) el CONCESIONARIO recibió la totalidad del Ingreso esperado de que trata dicho Otrosí, razón por la cual el recaudo de peajes de Loboguerrero constituye un anticipo para el concesionario en razón a que el Tribunal de Arbitramento en Laudo del 6 de diciembre de 2016 solicitó que se liquidara el Adicional 13 con sus otrosíes 1, 2, 3, 4, 5 y 6 con la fórmula establecida en la cláusula 12, numeral 12.9 del Contrato de Concesión No. 005 de 1999.

- Hechos relacionados con la declaratoria de nulidad absoluta del contrato adicional No. 13 y sus otrosíes

### **Convocante**

Calle 16 No. 4 – 75, piso 3. Teléfono 5878750, ext. 13613 [camantilla@procuraduria.gov.co](mailto:camantilla@procuraduria.gov.co)





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje  
Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de  
Infraestructura – ANI  
Radicación 15811*

Indicó el actor que, mediante laudo del 25 de noviembre de 2016, el Tribunal Arbitral constituido para dirimir las controversias entre la ANI y los integrantes de la UTDVVCC, declaró oficiosamente la nulidad del CONTRATO ADICIONAL y todos sus otrosíes y ordenó a las partes, para los efectos previstos en los artículos 48 y 60 de la Ley 80 de 1993 (liquidación del contrato), dar aplicación a la cláusula 12.9 del Contrato de Concesión No. 005 de 1999. Aseguró, en relación con los efectos de la nulidad, que el laudo precisó que la misma no se extendería a los acuerdos celebrados entre las partes relativos al otrosí No. 2 al CONTRATO ADICIONAL y, en consecuencia, los pagos realizados con cargo al peaje de Loboguerrero, destinados a la remuneración de las obras del denominado “Par Vial de Yotoco”, no serían afectados.

Aseguró que el laudo quedó ejecutoriado el 6 de diciembre de 2016 y que contra el mismo fue interpuesto recurso extraordinario de anulación ante el Consejo de Estado.

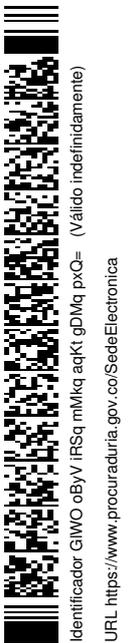
### **Convocada**

Aceptó, en su mayoría, los hechos narrados por el convocante y, en algunos aspectos puntuales, remitió al laudo del 25 de noviembre de 2016.

- Hechos relacionados con el deber legal de la ANI de reconocer y pagar las prestaciones ejecutadas por el concesionario hasta la declaratoria de nulidad del contrato adicional no. 13 y sus otrosíes

### **Convocante**

El convocante hizo a alusión al contenido de los artículos 48 de la Ley 80 de 1993 y 20 de la Ley 1882 de 2018, norma esta última que modificó el artículo 32 de la Ley 1508 de 2012 y que, en criterio del actor, resulta aplicable “...a la liquidación que procedería frente a la declaratoria de nulidad absoluta del Contrato Adicional No. 13 y sus Otrosíes”.





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje  
Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de  
Infraestructura – ANI  
Radicación 15811*

Indicó, también, que, para la fecha de ejecutoria del laudo arbitral del 25 de noviembre de 2016, el concesionario:

- Había ejecutado las prestaciones correspondientes a la etapa de preconstrucción del CONTRATO ADICIONAL, lo cual se encontraría demostrado con la suscripción del acta de inicio de la etapa de construcción del CONTRATO ADICIONAL y de su Otrosí No. 2.
- Había ejecutado las obras de construcción de los sectores 2 y 3 del Tramo Mediacanoa - Loboguerrero objeto del CONTRATO ADICIONAL, lo cual se encontraría demostrado con la suscripción, el 23 de mayo de 2014, del acta de finalización de la etapa de construcción e inicio de la etapa de operación y mantenimiento de dichos sectores.
- Se estaba ejecutando, desde el 23 de mayo de 2014, las labores de operación y mantenimiento de la calzada nueva de los Sectores 2 y 3, así como las labores de operación de la totalidad de la calzada existente de conformidad con lo acordado en el otrosí No. 6.
- Había ejecutado el 52% de las obras de construcción del sector 1 del Tramo Mediacanoa - Loboguerrero objeto del CONTRATO ADICIONAL, lo cual se encontraría demostrado con los informes de la Interventoría.
- En consecuencia, había ejecutado más del 80% de las actividades, labores y obras contratadas bajo el CONTRATO ADICIONAL y sus otrosíes, tal como se encontraría demostrado en el en el informe final de interventoría del 10 de febrero de 2017.

Reiteró que, no obstante el CONCESIONARIO había ejecutado a satisfacción las actividades, labores y obras indicadas, para el momento en que fue expedido el Laudo Arbitral no había recibido ninguna suma por concepto del ingreso esperado del CONTRATO ADICIONAL, toda vez dicho ingreso se comenzaría a pagar una vez se obtuviera el del CONTRATO DE CONCESIÓN, lo cual no había





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje  
Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de  
Infraestructura – ANI  
Radicación 15811*

ocurrido para el día 6 de diciembre de 2016, fecha de ejecutoria del Laudo Arbitral que de oficio declaró la nulidad absoluta de dicho CONTRATO ADICIONAL. Precisó, sin embargo, que para el 6 de diciembre de 2016 había recibido el ingreso esperado del otrosí No. 2 al CONTRATO ADICIONAL, correspondiente a las obras del denominado Par Vial de Yotoco.

Indicó que por petición de la misma ANI, a través de la comunicación FO-VGNF-FIDMVVCC-260 del 27 de febrero de 2017, con radicado ANI No. 2017-409-022860-2 del 3 de marzo de 2017, la Fiduciaria de Occidente S.A., encargada de administrar el Fideicomiso constituido para el manejo de los recursos del CONTRATO DE CONCESIÓN, certificó el valor de las inversiones realizadas por el Concesionario en ejecución del CONTRATO ADICIONAL.

Señaló, finalmente, que la ANI estaba en la obligación de reconocer y pagar al CONCESIONARIO el valor de las prestaciones ejecutadas hasta la declaratoria de nulidad absoluta del CONTRATO ADICIONAL.

### **Convocada**

La convocada aceptó los hechos relativos a la declaratoria de nulidad del CONTRATO ADICIONAL y sus y sus otrosíes y remitió al contenido expreso del laudo del 25 de noviembre de 2016 en punto de algunas de sus consideraciones y decisiones. Aseguró que de acuerdo con el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 debía probarse el beneficio recibido por la entidad pública y que el laudo había definido la “...*forma de liquidación el Contrato Adicional No. 13*”. Aceptó, como ciertos los hechos relacionados con la ejecución de las prestaciones a cargo del concesionario en cumplimiento del CONTRATO ADICIONAL, pero precisó que el porcentaje de ejecución del sector 1 fue del 51.50% y, además, señaló que, en efecto, el concesionario no había empezado a obtener el ingreso esperado pactado en el CONTRATO ADICIONAL, salvo lo relacionado con las obras del Par Vial de Yotoco.





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje  
Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de  
Infraestructura – ANI  
Radicación 15811*

Reiteró que en el Fideicomiso 3-4-405 no se evidencian aportes de capital (Equity) para la ejecución de las obligaciones del Adicional 13 diferentes de los fondeos a las subcuentas predios Adicional No.13, Licencias Ambientales Adicional No.13 y Social Adicional No.13.

- Hechos relacionados con el no reconocimiento al concesionario de las prestaciones ejecutadas hasta la declaratoria de nulidad del contrato adicional No. 13

### **Convocante**

La convocante realizó un recuento de la correspondencia cruzada con la ANI relacionada con la supuesta liquidación del CONTRATO ADICIONAL, atendiendo la orden impartida en el lauto arbitral del 25 de noviembre de 2016. Señaló que la ANI, en los diferentes borradores de “liquidación” desconoció las inversiones realizadas por el concesionario para el cumplimiento del CONTRATO ADICIONAL, lo cual impidió llegar a un acuerdo sobre tal particular.

### **Convocada**

Indicó que los diferentes documentos remitidos por la ANI al concesionario para la liquidación del CONTRATO ADICIONAL se ajustaron a lo ordenado por el laudo arbitral del 25 de noviembre de 2016, esto es, a la aplicación de la cláusula 12.9 del CONTRATO DE CONCESIÓN.

Reitero que, tal como se evidencia en los estados financieros del Fideicomiso 3-4-405, el Concesionario no realizó aportes de capital para la ejecución de las obras ni del CONTRATO ADICIONAL ni de su otrosí No. 2, diferentes a los fondeos de las Subcuentas Predial Adicional No.13, Licencias Ambientales Adicional No.13 y Social Adicional No.13. Sobre este aspecto adujo, además, que lo certificado por la Fiduciaria hace referencia a lo registrado en la contabilidad en el rubro de Construcciones en Curso, sobre lo cual la Agencia no tenía control, por tratarse de un riesgo en cabeza del Concesionario, no obstante, la ANI no

Calle 16 No. 4 – 75, piso 3. Teléfono 5878750, ext. 13613 [camantilla@procuraduria.gov.co](mailto:camantilla@procuraduria.gov.co)





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje  
Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de  
Infraestructura – ANI  
Radicación 15811*

tiene certeza de que eso fue lo invertido en la ejecución de las obras de dicho Adicional y sus Otrosíes, aunado a lo anterior, dichas cifras no cuentan con el aval de la interventoría o de un tercero que indique que efectivamente las aludidas inversiones fueron realizadas en la ejecución de las mencionadas obras.

Resaltó, también, que los registros contables en el rubro de “construcciones en curso (tramo 7), no reflejan el avance real ejecutado del CONTRATO ADICIONAL y sus otrosíes, toda vez que la obra no se ejecutó en su totalidad y existen reservas por parte de la ANI frente a algunas de las intervenciones realizadas por el Concesionario.

En realización con uno de los proyectos de “liquidación” del CONTRATO ADICIONAL, en el que resultó un saldo a favor de la ANI, aseguró que ello obedece a que la remuneración recibida por el peaje de Loboguerrero en virtud del otrosí No. 2 se tomó como un anticipo, de tal forma que, al no contar con las certificaciones de los aportes de capital para la ejecución de las obras, el resultado en un saldo a favor de la ANI por 66 mil millones de pesos.

### **1.4.2. Excepciones propuestas por la demandada y pronunciamiento de la convocante**

La demandada presentó las siguientes excepciones. La convocante, en el traslado de las mismas, solicitó pruebas.

- Inepta demanda por no cumplir con los requisitos formales

Incido que existía una falta de coherencia entre las pretensiones 2 a 5 y lo expresado en el juramento estimatorio.





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje*  
*Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de Infraestructura – ANI*  
*Radicación 15811*

- La imposibilidad de reconocer los costos de capital de cada inversión en la ejecución del contrato adicional No. 12 y sus otrosíes al contrato de concesión No. 005.

Indicó que para la “*liquidación del Contrato Adicional No. 13 y sus otrosíes...*” debía aplicarse lo ordenado en el laudo arbitral del 25 de noviembre de 2016, en particular, la cláusula 12.9 del CONTRATO DE CONCESIÓN. Aseguró la demandada que, para la aplicación de la fórmula contenida en la cláusula indicada, le es imposible a la ANI reconocer el costo de capital, pues en dicha fórmula la tasa remuneratoria anual real del capital es igual a cero (0). Agregó que también resultaba inviable para la ANI incluir en la “liquidación” el valor de la inversión procurada por el Concesionario, pues ni en los estados financieros del fideicomiso, ni en la certificación emitida por la sociedad fiduciaria que lo administra, “...se evidencian aportes de capital (Equity) para ejecutar la obra del Adicional 12 y sus Otrosíes diferentes a los Fondeos de las subcuentas Prediales, Ambientales y Sociales”.

- El desconocimiento del principio de buena fe contractual de parte de la convocante

Observó la demandada que el concesionario tenía conocimiento del contenido de la cláusula 12.9 del CONTRATO DE CONCESIÓN previo a la declaratoria de nulidad del CONTRATO ADICIONAL y que en la fórmula allí pactada la remuneración al capital es igual a cero (0). Indicó, también, que el demandante conoce el laudo del 25 de noviembre de 2016 la forma en la que ordenó “liquidar” el contrato adicional.

### 1.4.3. Demanda de reconvencción

#### 1.4.3.1. Pretensiones y la manifestación de la reconvenida





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje  
*Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de Infraestructura – ANI*  
Radicación 15811

A continuación, se transcriben las pretensiones de la demanda de reconvencción. La demandada reconvenida manifestó, de manera general, que se oponía la prosperidad de las mismas *“...no solamente por su manera de formulación, y porque son contradictorias entre sí, con los hechos de la reconvencción misma, y con la contestación a la demanda principal, sino por cuanto son totalmente infundadas, temerarias, evidencian, dolo, mala fe contractual y procesal, son contrarias a la realidad, pregonan un imposible material y físico, como es que las obras, según el reconviniendo, se diseñaron, construyeron y operaron sin recursos, es decir, para el reconviniendo fueron obras surgidas de la nada”*.

PRETENSIÓN PRIMERA. - Que se declare que el laudo arbitral de fecha 25 de noviembre de 2016, con fecha de ejecutoria de 6 de diciembre de 2016, es de obligatorio cumplimiento para las partes.

PRETENSIÓN PRIMERA SUBSIDIARIA. - En consecuencia, de la pretensión anterior se declare que la liquidación del Contrato Adicional N° 13 y sus otrosíes, se debe hacer, teniendo en cuenta lo ordenado por el Tribunal de Arbitramento en Laudo del 25 de noviembre de 2016 ejecutoriado el 6 de diciembre de 2016 según el Resuelve “CUARTO. -De conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, para los efectos previstos en los artículos 48 y 60 de la ley 80 de 1993, ordenar a las partes dar aplicación a la cláusula 12.9 del Contrato Principal de Concesión 005 de 1999”.

PRETENSIÓN SEGUNDA. - Que se declare que la liquidación del Contrato adicional N° 13 y sus otrosíes debe hacerse aplicando la Cláusula 12.9 del Contrato Principal de Concesión 005 de 1999.

PRETENSIÓN TERCERA. - Que se declare que el ingreso de peaje de la Estación Loboguerrero que recibió el Concesionario es un pago anticipado y debe ser descontado del valor resultante de aplicar la fórmula de liquidación contenida en la Cláusula 12.9 del





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje*  
*Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de Infraestructura – ANI*  
*Radicación 15811*

Contrato Principal de Concesión 005 de 1999, de acuerdo a lo ordenado en el laudo de fecha 25 de noviembre de 2016.

PRETENSIÓN CUARTA. - Que se declare que al aplicar la fórmula contenida en la Cláusula 12.9 del Contrato Principal de Concesión 005 de 1999, para la liquidación del Contrato Adicional 13 y sus otrosíes, se obtiene un saldo a favor de la Agencia Nacional de Infraestructura por SETENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y SIETE MILLONES CIENTO DOCE MIL SETECIENTOS

PRETENSIÓN CUARTA SUBSIDIARIA.- Que se condene a la sociedad Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca, al pago de la suma resultante de la aplicación la fórmula contenida en la Cláusula 12.9 del Contrato Principal de Concesión 005 de 1999, para la liquidación del Contrato Adicional 13 y sus otrosíes, a favor de la Agencia Nacional de Infraestructura por valor de SETENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y SIETE MILLONES CIENTO DOCE MIL SETECIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS CON VEINTE CENTAVOS (\$72,347,112,742.20) PESOS CORRIENTES.

PRETENSIÓN QUINTA. - Que se condene a la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca, al pago de intereses moratorios a partir de la ejecutoria del laudo sobre la suma objeto de condena aquí pretendida, en los términos de ley.

PRETENSIÓN SEXTA. - Que se condene a la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca al pago de las costas y gastos del proceso, incluidas las agencias en derecho, en la cantidad que determine el Tribunal de Arbitraje.

### **1.4.3.2. Sustento fáctico de las pretensiones y pronunciamiento de la reconvenida**





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje  
Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de  
Infraestructura – ANI  
Radicación 15811*

### **Convocada reconviniente**

Mas allá de realizar precisiones adicionales en relación con textos contractuales o comunicaciones cruzadas entre las partes, el sustento fáctico de las pretensiones de la demanda de reconvenición corresponde a las manifestaciones efectuadas en la contestación de la demanda. En igual sentido, las manifestaciones de la convocante reconvenida, se ajustan, mayoritariamente, a los hechos con los que sustento las pretensiones de la demanda principal. En tal sentido, no se reiterarán las síntesis fácticas previamente realizadas.

### **1.4.4.Excepciones propuestas por la demandada en reconvenición**

La reconvenida formuló las siguientes excepciones:

- Obra realizada y ejecutada según parámetros exigibles.
- Obra entrega y recibida.
- Obra ejecutada y no pagada.
- Falta absoluta de mantenimiento.
- Actos propios.
- Falta de congruencia y coherencia
- Enriquecimiento injustificado
- Pretensiones total y completamente equivocadas e infundadas
- Principio de legalidad
- La ANI es la única y exclusiva responsable del pago de las sumas que se están reclamando en la demanda principal.
- Excepción de contrato cumplido.
- La ANI no tiene derecho a ningún pago a su favor.
- Indebida aplicación por parte de la ANI de lo establecido en la Cláusula 12.9 del Contrato de Concesión No. 005 de 1999.





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje*

*Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de Infraestructura – ANI  
Radicación 15811*

- La ANI no tiene derecho a descontar lo percibido por el Concesionario por concepto del otrosí NO. 2.
- Incumplimiento de la ANI de lo previsto en la Ley para cuando ocurre una declaratoria de nulidad de un contrato.
- La Unión Temporal tiene derecho a que se le reconozcan las sumas que reclama en su demanda derivadas de la anulación del Contrato.
- Toda excepción derivada de cualquier oposición, réplica, contraréplica y, en general, de cualquier medio de defensa de la reconvenida.

## 2. CONSIDERACIONES

### 2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES

Los presupuestos procesales, esto es, las condiciones necesarias para que la relación jurídico procesal nazca válidamente y, en consecuencia, se pueda decidir sobre el mérito de la cuestión litigiosa; se trata, entonces, de exigencias de concurrencia imperativa para la validez de la relación jurídico-procesal y para habilitar un pronunciamiento sobre el mérito del asunto al juez de conocimiento, al margen, por supuesto, del fundamento sustancial del conflicto y que dicen relación con la competencia del juez de conocimiento, la demanda en forma y la capacidad procesal o *legitimatío ad processum*.

No conciernen a la relación jurídica sustancial controvertida, *causa petendi, petitum*, ni a la legitimación en causa, aptitud o interés específico para deducir, controvertir o soportar la pretensión, cuestiones todas del derecho sustancial (CXXXVIII, 364/65), sino a “*los requisitos indispensables para la integración y desarrollo válido*” del proceso (sentencia del 14 de agosto de 1995 exp. 4268), esto es, a la competencia del juez natural, la demanda en forma y la capacidad procesal para ser parte y comparecer a proceso, en





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje*  
*Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de Infraestructura – ANI*  
*Radicación 15811*

tanto, el derecho de acción es una condición de la providencia favorable de la *litis contestatio* (LIX, 818; LXXV, 158 y XXVI, 93)<sup>1</sup>

La falta de concurrencia de uno o varios de los presupuestos procesales anotados impone o bien la declaratoria de nulidad del proceso o un fallo inhibitorio.

Para esta agencia del Ministerio Público de los presupuestos procesales necesarios que permitan fallar el mérito de la presente *litis* por parte del Tribunal de Arbitraje, no concurre uno de ellos, pues, tal como se indicó en el recurso de reposición contra el auto No. 15 del 2 de agosto, se observa palmaria la falta de jurisdicción y la falta de competencia del H. Tribunal para conocer de los conflictos sometidos a su consideración y, en consecuencia, se reitera, respetuosamente, la solicitud de que así se declare, esta vez, luego de rituado el proceso a contrariedad de lo solicitado por el Ministerio Público, en un fallo de naturaleza inhibitoria.

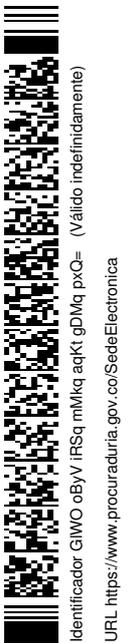
De precisarse, además, que la ausencia de jurisdicción y de competencia para que el H. Tribunal pueda conocer, de fondo, las controversias que le han sido planteadas por las partes, se convierte, para esta agencia del Ministerio Público, en una circunstancia impeditiva para realizar pronunciamiento alguno sobre el debate litigioso propuesto por los extremos procesales y, en consecuencia, a continuación, se expondrá el concepto del suscrito Procurador en punto de la evidente ausencia de jurisdicción y competencia de la justicia arbitral para conocer del litigio objeto de este trámite.

## 2.2. SÍNTESIS DEL CASO

El sustrato fáctico que da lugar al planteamiento del problema jurídico que debe desatarse en el presente asunto, guarda relación con la declaratoria de nulidad

---

<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de julio de 2008, expediente 2002-00196-01.





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

*Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de Infraestructura – ANI  
Radicación 15811*

absoluta del Contrato Adicional No. 13, y sus otrosíes, al Contrato de Concesión No. 005 de 1999, contenida en el laudo arbitral del 25 de noviembre de 2015. Además de la declaratoria de nulidad, en dicho laudo se ordenó dar aplicación a la cláusula 12.9 del Contrato de Concesión No. 005 para efectos del “...reconocimiento de las sumas por concepto de las prestaciones ejecutadas a que se refiere el artículo 48 de la ley 80 de 1993”<sup>2</sup>.

El motivo por el cual la parte actora acude a la justicia arbitral, tal como se desprende del *petitum* y la *causa petendi* del escrito genitor de este trámite, motivo que también comparte la demandada reconviniendo, radica en la imposibilidad de llegar a un acuerdo entre ellas para dar cumplimiento al laudo arbitral del 25 de noviembre de 2016 y, particularmente, para determinar el valor de las variables que hacen parte de la fórmula matemática que se encuentra contenida en la cláusula 12.9 del CONTRATO DE CONCESIÓN.

### 2.3. PROBLEMA JURÍDICO

En concepto de este agente del Ministerio Público, corresponde al Tribunal Arbitral resolver el siguiente problema jurídico:

*¿Las controversias surgidas entre la UTDVVCC y la ANI para dar aplicación al laudo arbitral del 25 de noviembre de 2016, en cuando dice relación con las restituciones mutuas derivadas de la nulidad del CONTRATO ADICIONAL y sus otrosíes, pueden ser conocidas y decididas por este tribunal de arbitraje?*

---

<sup>2</sup> Página 441 del laudo arbitral del 25 de noviembre de 1999 proferido por el Tribunal de Arbitraje constituido para dirimir las controversias surgidas entre la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI y la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca – UTDVVCC.





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje  
Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de  
Infraestructura – ANI  
Radicación 15811*

### **2.4. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO FRENTE AL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO**

Con el objeto de resolver el problema jurídico planteado se adoptará la siguiente metodología: En primer lugar, se realizarán algunos planteamientos teóricos sobre la nulidad del contrato y sus efectos, así como la liquidación del contrato estatal y sus diferencias con las restituciones mutuas consecuenciales a la declaratoria de nulidad. **(2.4.1)**; seguidamente, se presentará una síntesis de los hechos que se advierten probados relacionados con el problema jurídico y de las decisiones que sobre este asunto adoptó previamente el H. Tribunal **(2.4.2)**; para, finalmente, plantear el concepto del Ministerio Público, en estricto sentido, sobre el problema jurídico en estricto sentido **(2.4.3)**.

#### **2.4.1. Planteamientos teóricos**

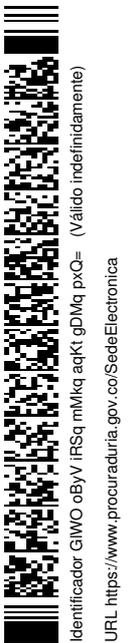
##### **2.4.1.1. La nulidad como forma de ineficacia del contrato**

El negocio jurídico, entendido como “... el *acto por medio del cual el individuo regula por sí los intereses propios en las relaciones con otros (acto de autonomía privada), y al que el Derecho enlaza los efectos más conformes a la función económica-social que caracteriza su tipo*”<sup>3</sup>, supone un acto dispositivo de intereses con relevancia jurídica<sup>4</sup> y, en consecuencia, está llamado a producir efectos en el mundo jurídico: tal es su vocación.

El contrato, como arquetipo del negocio jurídico y su especie más importante y utilizada, es recepcionado por el orden normativo (valorado, interpretado y calificado) con el propósito de asignarle efectos jurídicos, tanto los deseados por los sujetos que intervienen en su génesis (autointegración), como por los

<sup>3</sup> Betti, Emilio, “Teoría general del negocio jurídico”. Editorial Comares S.L., Granada (España). 2000. Pp. 57.

<sup>4</sup> Scognamiglio, Renato, “Contribución a la teoría del negocio jurídico”. Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2004, Pp. 93 y ss.





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje  
Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de  
Infraestructura – ANI  
Radicación 15811*

propios dispuestos en el ordenamiento (heterointegración), todo ello sujeto al cumplimiento de las exigencias legales previstas de manera imperativa. En este proceso, entonces el sistema normativo verifica que el comportamiento de los sujetos se ajuste a ciertos requisitos y exigencias que, de concurrir, permiten asignar la plenitud de los efectos queridos por las partes y, también, los dispuestos en las normas imperativas o supletivas, con lo cual se logra la satisfacción de las necesidades pretendidas, función económico-social del instituto contractual.

En particular, el negocio jurídico que es recepcionado por el orden normativo está llamado a producir dos tipos de efectos: los efectos iniciales, referidos al vínculo o atadura jurídica que genera entre los sujetos que le dieron génesis (*“el contrato es ley para las partes”* art. 1602 C.C.; *pacta sunt servanda*); y los efectos finales, que obedecen a la función práctico-económica del acto o contrato y que están determinados, no solo por las previsiones del ordenamiento jurídico (*naturalia y essentialia negotii*), sino por la autonomía particular (*accidentalialia negotii*).

En cuando a los efectos iniciales, el maestro Fernando Hinestrosa, advierte:

El negocio tiene una naturaleza vinculante, compromisoria, propia, que lo caracteriza, y pensando en la cual se explican múltiples manifestaciones de su eficacia, que de otro modo permanecerían en la penumbra: Antes de producir cualquier efecto final, antes de responder a las proyecciones de su función o a las intenciones prácticas de las partes, el acto dispositivo vincula a quien o quienes lo celebran<sup>5</sup>.

Y en cuando a los efectos finales, el mismo autor observa:

---

<sup>5</sup> Fernando Hinestrosa. 48. (2010). “Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: El Negocio Jurídico”. Vol. II. <https://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:3187/pdfreader/tratado-de-las-obligaciones-ii-vol-2>





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje  
Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de  
Infraestructura – ANI  
Radicación 15811*

El acto dispositivo de intereses está llamado a producir efectos, entre los cuales sobresalen los efectos finales, o sea el resultado práctico, a la vez que jurídico, que se proponen los interesados y en razón del cual se desenvuelven, con diferenciación entre 'la fuerza obligatoria' o, mejor, compromisoria de aquel y su contenido. Esos efectos son los propios de la figura escogida, correspondientes a la función característica de esta, es decir, los essentialia negotii como contenido mínimo suyo<sup>6</sup>.

No obstante lo anterior, si dentro del proceso de recepción del acto de disposición de intereses, el ordenamiento jurídico advierte defectos en la formación del negocio, los efectos (iniciales o finales) que estaría llamado a producir podrán ser modificados o eliminados y, en tales condiciones, entonces, el contrato estará o no llamado a producir la plenitud de sus efectos y, por lo mismo, podrá ser eficaz o ineficaz y dentro de tales categorías se moverá entre los extremos de la existencia o inexistencia, validez o invalidez, oponibilidad o inoponibilidad, exigibilidad o inexigibilidad.

En relación con la eficacia e ineficacia del contrato, el Consejo de Estado ha señalado:

La eficacia en sentido lato del contrato se refiere, entonces, a la plenitud de la producción de sus efectos jurídicos, o sea a los derechos y obligaciones que de su celebración surgen para las partes y sus proyecciones respecto de terceros, extraños al interés dispuesto, pero afectos a su disposición. En cambio, la ineficacia del contrato es la no producción de los efectos que debiera producir con ocasión de su celebración, bien sea porque: a) para el ordenamiento jurídico el negocio es inexistente, es decir no produce efecto alguno; b) **o resulta inválido o nulo, o sea, que nacido a la vida jurídica, los efectos que de su existencia emanan pueden ser anulados o aniquilados por presentar irregularidades o vicios frente a la ley;** c) o por disposición legal o particular se

<sup>6</sup> *Ibidem.*





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje  
*Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de Infraestructura – ANI*  
Radicación 15811

difieren sus efectos, como cuando se somete a condiciones por las partes o requiere de autorizaciones legales que lo activen.

(Se destaca)

De la ineficacia del negocio, debe destacarse que la misma puede producirse por “...*circunstancias presentes a la celebración del negocio, como sería el caso de la nulidad, de la rescisión, o de las condiciones suspensiva o resolutoria, y la que obedece a factores sobrevenidos, esto es, posteriores a aquella, como en los ejemplos de la resolución-terminación (por el motivo que sea, incluida la excesiva onerosidad)*”<sup>7</sup>.

Por lo indicado, la ineficacia, entendida como la carencia de efectos del acto, podrá, entonces, ser producto de la ausencia de los elementos necesarios para su nacimiento, caso en el cual estaremos ante su *inexistencia*; podrá originarse en defectos, vicios o irregularidades del acto y se estará ante la *invalidéz*; o, en fin, podrán presentarse circunstancias que inhiben la producción de efectos por voluntad misma de las partes, como en el caso de las obligaciones sujetas a condición o circunstancias sobrevinientes ajenas a las partes que afectarían las prestaciones objeto de las obligaciones que surgen por virtud del acto, como sería el caso de la excesiva onerosidad.

Para efectos del presente concepto, resulta de importancia relieves que la ineficacia derivada del negocio jurídico, desde un punto de vista amplio o general, supone la inclusión, como se dejó indicado, de múltiples hipótesis con una disciplina normativa independiente en cuanto a los criterios para su configuración, efectos y formas de constatación; van desde la inexistencia misma por la falta de concurrencia de los *essentialia negotii*, pasando por la invalidéz derivada de la irregularidad o vicio de alguno de los requisitos previstos en la ley, hasta la inhibición de efectos por acuerdo de las partes o circunstancias sobrevinientes a ellas ajenas.

<sup>7</sup> Fernando Hinestrosa. 48. (2010). “Tratado de las obligaciones II... *Ob cit.*”





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje  
Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de Infraestructura – ANI  
Radicación 15811

En cuanto a la invalidez del acto, la cual lleva pareja su nulidad, ha de indicarse que tanto la doctrina como la jurisprudencia y la misma ley<sup>8</sup>, la conciben como una sanción y comporta “...un juicio de disvalor que supone comprar el acto de disposición de intereses con lo intereses y valores señalados en el sistema y tutelados por él, se encuentra una contraposición que impone un juicio negativo”<sup>9</sup>.

Larroumet advierte sobre la nulidad<sup>10</sup>:

Quando no se respeta una de las condiciones de formación del contrato, el acuerdo de voluntades no puede crear una relación de obligación. En efecto, en este caso se considera que el contrato es nulo, esto es, **que no ha podido existir y que no puede por tanto producir efecto alguno**. La nulidad del contrato es la comprobación de la falta de un elemento para su validez, lo cual **tiene como sanción la desaparición del contrato**, que por lo común es retroactiva.

(Se destaca)

Para el Consejo de Estado la nulidad es

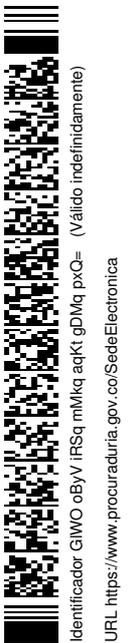
...la sanción de invalidez del contrato que nacido a la vida jurídica, presenta irregularidades o vicios, por la omisión o incumplimiento

<sup>8</sup> Código Civil, artículo 6: “La sanción legal no es sólo la pena sino también la recompensa; es el bien o el mal que se deriva como consecuencia del cumplimiento de sus mandatos o de la transgresión de sus prohibiciones.

“En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa. Esta nulidad, así como la validez y firmeza de los que se arreglan a la ley, constituyen suficientes penas y recompensas, aparte de las que se estipulan en los contratos”.

<sup>9</sup> Fernando Hinestrosa. 48. (2010). “Tratado de las obligaciones II... Ob. cit.

<sup>10</sup> Larroumet, Christian. “Teoría General del Contrato” Vol. I. Ed. Temis. Bogotá 1999. Pp. 428.





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

*Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de Infraestructura – ANI*  
Radicación 15811

de los requisitos señalados por la ley para el valor del acto o contrato, y está instituida en defensa del orden jurídico, como quiera que a través de ella el ordenamiento reacciona para reprimir los contratos ilegales, prohibidos o inmorales, en los términos descritos. Es, pues, la respuesta del ordenamiento a conductas dispositivas irregulares y que se contraponen a él, **pues hace desaparecer del mundo jurídico la relación que nació viciada, o la cláusula pactada cuando el vicio recae únicamente sobre alguna de las estipulaciones del contrato, es decir, aniquila, suprime y borra sus efectos jurídicos, con el fin de que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la celebración del contrato**<sup>11</sup>.

(Se destaca)

En este sentido, la invalidez del contrato resulta atacando tanto los efectos iniciales relacionados con el compromiso, atadura o vínculo entre las partes (*pacta sunt servanda*), como los finales y, en consecuencia, ningún resultado práctico podrá derivarse del negocio jurídico inválido: “...*que no se produzcan los efectos finales pendientes y que los ya realizados se borren: la vuelta de las cosas a su estado inicial “como si no se hubiera celebrado el acto o contrato (arts. 1746 c.c.), inclusive con afectación de los intereses de terceros (subadquirientes)”*<sup>12</sup>.

La nulidad, entonces, como una especie de ineficacia estructural del negocio<sup>13</sup>, derivada de una causa congénita u originaria, impone la eliminación, aniquilación, supresión o desaparición del acto de disposición de intereses del espectro normativo, como si nunca hubiere existido, lo cual supone, además, deshacer lo hecho en su virtud (siempre que ello resulte física y jurídicamente

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 30 de abril de 2012, expediente 21.699.

<sup>12</sup> Fernando Hinestrosa. 48. (2010). “Tratado de las obligaciones II.... *Ob. cit.*”

<sup>13</sup> Lorenzetti, Ricardo Luis. “Tratado de los Contratos. Parte General”. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe, Argentina. 2004. Pp. 550.





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje  
Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de  
Infraestructura – ANI  
Radicación 15811*

posible), sin consideración a los pactos de las partes, pues debe entenderse que jamás existieron. En esa medida, la relación posterior a la declaratoria de nulidad encuentra regulación en el ordenamiento jurídico, sin consideración alguna al acuerdo de voluntades de las partes, pues dada su ilicitud y la sanción que le es asignada (eliminación, aniquilación, supresión o desaparición), no cuenta ni con relevancia ni con protección del derecho.

Frente a los efectos de la nulidad, en consonancia y como reafirmación de lo que se ha señalado, la Corte Suprema de Justicia ha indicado<sup>14</sup>:

...la declaratoria de nulidad de un contrato retrotrae las cosas al estado en que se hallaban con antelación a la celebración del mismo, de manera que emerge para los contratantes la obligación de restituir lo recibido, inclusive a modo de cumplimiento anticipado de las obligaciones que del contrato prometido emanan, en la hipótesis, claro está, de que tales obligaciones así contraídas se hubiesen empezado a ejecutar, y siempre al amparo de las reglas previstas en el art. 1746 del C. Civil y las que conforman el Capítulo IV del Título XII del Libro 2° de la misma codificación, bloque normativo este de conformidad con el cual, considerando como premisa previa la buena o la mala fe que diere lugar a la tenencia (arts. 963 y 1746 del C.C.), se debe restituir la cosa o derecho objeto del acto o contrato (arts. 961, 962 y 1746 del C. C.) con los frutos percibidos, reconociendo los gastos ordinarios invertidos en la producción (art. 964 inc. final y 1746 del C.C.), indemnizando de paso los deterioros sufridos, y las mejoras invertidas en la cosa teniendo en cuenta también la buena o mala fe del vencido en la litis y la especie de la mejora (art. 965, 966, 967, 968, 969 y 1746 del C.C.).

De lo que viene de indicarse, se puede concluir que la ineficacia del contrato derivada de su invalidez o declaratoria de nulidad, no supone la terminación de

---

<sup>14</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 26 de marzo de 1999, expediente S-009.





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje  
Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de  
Infraestructura – ANI  
Radicación 15811*

la relación obligatoria, ni su extinción; en realidad, la nulidad del negocio impone una ficción normativa que obliga a entender que el acto jurídico de disposición de intereses jamás existió, lo cual supone su aniquilación retroactiva. El fin de la nulidad no es nada diferente al restablecimiento de la legalidad transgredida “...mediante la supresión de la situación jurídica ilícita creada por la celebración del contrato sin que se hubiera tenido en cuenta una norma imperativa”<sup>15</sup>.

### 2.4.1.2. Las restituciones mutuas consecuenciales a la nulidad del contrato

La nulidad, como sanción por la inobservancia del derecho imperativo, tal como se indicó en el apartado anterior, supone eliminar, sustraer aniquilar, suprimir o desaparecer del mundo jurídico el negocio jurídico viciado, como si nunca se hubiere celebrado (art. 1746 C.C.). Para que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la expedición del acto o contrato anulado, cada una de las partes está en el deber de devolver a la otra aquello que ha recibido como prestación durante la vigencia del acto contractual<sup>16</sup>.

En cuanto a sus efectos, cabe precisar que **la declaratoria de nulidad de un contrato o de una de sus cláusulas retrotrae las cosas al estado en que se hallaban las partes con antelación a la celebración del mismo** o de la estipulación, según se trate, es decir, debe volverse la situación al estado en que se encontraba antes del otorgamiento del contrato o la estipulación contractual nula, o sea, que tiene efectos retroactivos o *ex tunc*.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> Thibierge, Catherine. TÍTULO I. (2013-09-09). “Nulidad Restituciones y Responsabilidad” <https://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:3187/epubreader/nulidad-restituciones-y-responsabilidad>.

<sup>16</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 2008, expediente 13.601.

<sup>17</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de marzo de 2007, expediente 15.052.





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje  
Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de  
Infraestructura – ANI  
Radicación 15811

(Se destaca)

Bajo esta óptica, la nulidad tiene un doble efecto: por una parte, aniquila el acto ilícito o viciado y, por otra, hace desaparecer las consecuencias materiales resultantes de su ejecución, si las tuvo<sup>18</sup> y con este entendimiento ha de considerarse la máxima *quod nullum est nullum producit effectum*.

El contrato anulado, en consecuencia, no produce los efectos que le eran propios, ya por voluntad de las partes, ya por disposición imperativa o supletoria. Sin embargo, la declaratoria de nulidad no podrá, en todo caso, suprimir los hechos jurídicos nacidos con ocasión del acto anulado, los cuales deberán regirse por el derecho de la responsabilidad o de las restituciones, es decir, tal como se precisó anteriormente, ante la desaparición del negocio por invalidez, sobreviene la vuelta al estado anterior (*statu quo ante*), la cual se sujetará a las reglas previstas en el orden jurídico y no a las propias de la relación contractual, pues esta, simplemente, fue sustraída del mundo jurídico<sup>19</sup>.

En relación con lo anterior Hineyrosa sostiene:

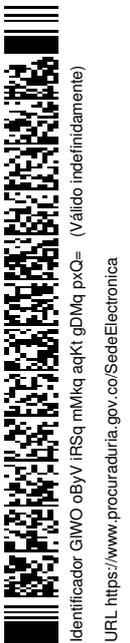
<sup>18</sup> Thibierge, Catherine. TÍTULO I. (2013-09-09). “Nulidad Restituciones... *Ob. cit.*

<sup>19</sup> *Ibidem*, quien sostiene “388. Bien entendida, esta máxima [quod nullum est nullum producit effectum] no es necesariamente producto de la concepción clásica de las nulidades, sino que significa que un acto anulado no puede producir los efectos que le corresponden por la voluntad de las partes, o más generalmente por la ley, en tanto que acto jurídico.

“En efecto, según la concepción aceptada de acto jurídico, éste tiende hacia la producción de efectos de derecho; aquí reside su especificidad. La nulidad, sanción jurídica, aniquila el contrato en tanto que está destinado a producir consecuencias jurídicas, es decir en tanto que acto jurídico. Pero no suprime las consecuencias materiales, particularmente los hechos jurídicos nacidos con ocasión del contrato anulado y regidos por el derecho de la responsabilidad o de las restituciones.

“En virtud de este análisis, se admitirá sin restricciones que un contrato anulado puede producir efectos jurídicos diferentes de los que le corresponden en tanto que acto jurídico, o que puede producir consecuencias materiales.

“La nulidad suprime, en primer lugar, el principal efecto del contrato: su efecto creador de obligaciones. Así pues, de un contrato anulado no podrá nacer ningún derecho al cumplimiento [ejecución] de una obligación contractual.”





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje  
Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de  
Infraestructura – ANI  
Radicación 15811*

“De ahí por qué se diga, más descriptiva que dogmáticamente, que la nulidad opera retroactivamente, cuando **en rigor lo que sucede es que por motivos congénitos, o sea presentes al momento de la celebración del negocio -sin perder de vista la posibilidad de formación sucesiva del *factum negocial-*, el negocio se muestra inidóneo para producir efectos**, y el **Estado, por medio del aparato jurisdiccional y de una sentencia, dispone la privación de todo efecto, comenzando por el propios vínculo negocial y siguiendo con la eliminación de los efectos finales**, en cuanto ello sea físicamente factible y no haya un interés específicos consagrado por algún precepto en la conservación de determinado efecto personal o real del acto nulo (p.ej, arts. 1524, 149 y 182 c.c.)<sup>20</sup>.

(Se destaca)

Ahora bien, desde el punto de vista normativo, conviene destacar que, en nuestro medio, el artículo 1746 del Código Civil, en consonancia con todo lo hasta ahora señalado, dispone:

La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, **da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo**; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las

<sup>20</sup> Fernando Hinestrosa. 48. (2010). “Tratado de las obligaciones II.... *Ob. cit.*





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje  
Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de  
Infraestructura – ANI  
Radicación 15811*

partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

(Se destaca)

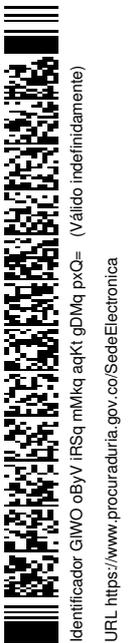
Y en materia de contratación estatal, el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, establece:

La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria.

Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público.

En relación con esta última disposición, el Consejo de Estado ha señalado:

La nulidad absoluta del contrato, además de hacerlo desaparecer de la vida jurídica, desde el momento mismo de su celebración, también genera otros efectos que han sido previstos en el artículo 48 de la Ley 80, consistentes en el reconocimiento y pago de las prestaciones que hubieren sido ejecutadas hasta el momento en que se ordene la declaratoria judicial de nulidad; dicho reconocimiento y pago resulta procedente aún en aquellos casos en que la declaratoria de nulidad haya sido ocasionada por objeto o causa ilícita, siempre y cuando se hubiere probado que la entidad estatal contratante hubiere obtenido un beneficio de la contratación, es decir, que las prestaciones cumplidas hubieren logrado la





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje  
Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de  
Infraestructura – ANI  
Radicación 15811*

satisfacción del interés público, caso en el cual el monto de las prestaciones a reconocer será igual al beneficio recibido.

Se destaca que la jurisprudencia contencioso administrativa y arbitral ha sido, como se observa en el apartado transcrito y en el laudo que se deja en cita<sup>21</sup>, reiterativa en punto a la interpretación del artículo 48 en el sentido de que el contratista del Estado, luego de declarado nulo el contrato, tiene derecho a que la entidad estatal reconozca, a título de “restitución” las prestaciones ejecutas hasta el monto del beneficio que se hubiere obtenido. Del laudo en cita conviene, además, dejar transcrito el siguiente aparte:

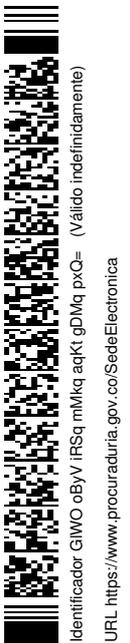
La declaratoria de nulidad tiene efectos *ex tunc*, y deben restaurarse las cosas al estado en que se hallarían si dicho contrato no se hubiere celebrado. **Por virtud de este efecto retroactivo, la sentencia que lo declare, debe regular las prestaciones mutuas de los contratantes, hasta donde lo permite el acervo probatorio.**

(Se destaca)

Las restituciones mutuas tienen por causa exclusiva, entonces, la declaratoria de nulidad relativa o absoluta de un acto o contrato; son consecuenciales a tal declaratoria, por lo que no requerirán solicitud de parte; proceden siempre que sea material y jurídicamente posible y tienen por fin devolver a las partes al estado en el que se hallarían de no haberse celebrado el contrato nulo.

---

<sup>21</sup> Laudo arbitral del 6 de agosto de 2019 constituido para dirimir las controversias surgidas entre Concesionaria Ruta del Sol S.A.S y la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI., en el que se agregó: “Solo procederán las debidas restituciones en los términos de los artículos 1746 del C. C. C. y 48 de la Ley 80 de 1993, esto es, el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. En cuanto al beneficio de la entidad, la norma señala que se entenderá cumplido cuando hubieren servido para satisfacer el interés público”.





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje  
Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de  
Infraestructura – ANI  
Radicación 15811*

Las restituciones mutuas son, por lo tanto, el instrumento que permite al juez concretar el aniquilamiento de la relación obligatoria para regresar a los sujetos que hicieron parte del acto ilícito al *statu quo ante* y, así, pretender que nunca existió.

En general, las partes se verán avocas a restituirse mutuamente lo que cada una hubiere recibido de la otra, por lo que “...de la sentencia de anulación nace un carácter sinalágmatico y se invoca la exigencia de la justicia conmutativa”<sup>22</sup>, sin que, en todo caso, el monto de las restituciones deba sujetarse a las contrapartidas o prestaciones pactadas en el contrato y, en consecuencia, “...las estipulaciones contractuales no deben influenciar el monto de la restitución...”<sup>23</sup>, lo que se deriva de la simple supresión del mundo jurídico de la relación contractual viciada.

### 2.4.1.3. Liquidación del contrato estatal

Desde el plano puramente semántico, el concepto liquidar significa dar claridad a una relación crediticia específica (hacer el ajuste formal de una cuenta).

El artículo 60 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 217 del Decreto 19 de 2012, establece:

Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación.

También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.

En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para

<sup>22</sup> Thibierge, Catherine. TÍTULO I. (2013-09-09). “Nulidad Restituciones... Ob. cit

<sup>23</sup> *Ibidem*, pp. 707.





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje  
Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de  
Infraestructura – ANI  
Radicación 15811*

poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.

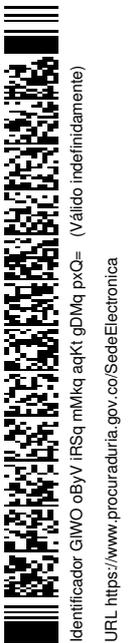
La liquidación a que se refiere el presente artículo no será obligatoria en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión.

Atendiendo lo dispuesto en el Estatuto General de Contratación (L.80/93; Ley 1150/07), el Consejo de Estado entiende por liquidación del contrato estatal el acto jurídico por el cual las partes consensualmente, la administración de forma unilateral, o el juez del contrato, determina el cumplimiento del objeto contractual, así como el estado de ejecución de las obligaciones de cada una de las partes de la relación negocial y sólo en aquellos eventos en que lo determina la ley<sup>24</sup>. En virtud de la liquidación se finiquita la relación entre las partes<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de abril de 2016, expediente 33.580.

<sup>25</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de abril de 1997, expediente 10608, C.P. Daniel Suárez Hernández. Reiterada en las sentencias de esta misma Sección del 4 de diciembre de 2006, expediente 15239, C.P. Mauricio Fajardo Gómez y del 10 de marzo de 2011, expediente 15935, C.P. Danilo Rojas Betancourth.





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje*

*Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de Infraestructura – ANI  
Radicación 15811*

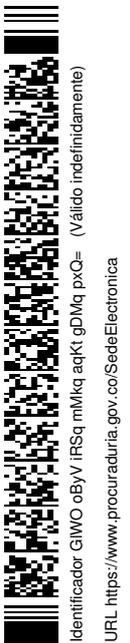
La liquidación del contrato tiene por causa su terminación normal o anormal<sup>26</sup>, lo que comporta, necesariamente, la existencia del contrato. Esta exigencia, que deviene en elemental y obvia, se deriva no solo de la naturaleza misma de las cosas, sino de la regla contenida en el artículo 60 transcrito en inmediata precedencia, que impone, como objeto de la liquidación, al contrato de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran. Es decir, la existencia de un contrato es una exigencia ontológica de la liquidación.

Valga precisar, para evitar interpretaciones equívocas, que cuando el artículo 45 de la Ley 80 de 1993 exige al jefe o representante legal de la entidad dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenar su liquidación en el estado en que se encuentre, cuando concurren las causales de nulidad previstas en los numerales 1, 2 y 4, del artículo 44 *ejustem*, ello supone que la actuación sea previa a la declaratoria de nulidad del contrato y que, en ningún caso, las exigencias de la norma en comento asignan jefe o representante de la entidad la función de declarar la nulidad del contrato. Así lo ha reconocido el Consejo de Estado, al afirmar:

“57.1.2. Entonces no es cierto que una vez declarada judicialmente la nulidad absoluta de un contrato, tenga que proferir el representante legal de la entidad un acto administrativo declarando su terminación unilateral y **ordenando su liquidación**, puesto que –por sustracción de materia- **no se puede terminar lo que ya no existe, por haber sido expulsado del ámbito jurídico mediante una sentencia judicial (...)**<sup>27</sup>.”

<sup>26</sup> “...la liquidación del contrato es una **actuación administrativa posterior a su terminación normal o anormal**, cuyo objeto es el de definir si existen prestaciones, obligaciones o derechos a cargo de las partes, hacer un balance de las cuentas y proceder a las reclamaciones, ajustes y reconocimientos a que haya lugar, para así dar finiquito y paz y salvo a la relación negocial”: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de septiembre de 2007, expediente 16.370.

<sup>27</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera - Subsección B, sentencia del 20 de marzo 2018, expediente 59.836.





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje  
Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de  
Infraestructura – ANI  
Radicación 15811*

(Se destaca)

Ahora bien, conviene precisar que, de acuerdo con lo señalado por el Consejo de Estado<sup>28</sup>, entre los modos de terminación normal del contrato, se encuentran: cumplimiento del objeto; vencimiento del plazo extintivo de duración del contrato; y acaecimiento de la condición resolutoria expresa, pactada por las partes. Entre los modos anormales, se cuentan: mutuo disenso o resiliación; declaratoria de terminación unilateral por la configuración de alguna de las causales legales (art. 17, L.80/93); renuncia del contratista a su ejecución por la modificación unilateral que altere el valor del contrato inicial en más del 20% (art. 16, L.80/93); declaratoria de caducidad del contrato (art. 18, L.80/93); y terminación unilateral como consecuencia de la configuración de supuestos de nulidad absoluta del contrato (art. 45, L.80/93). En todos estos eventos, a la luz del artículo 60 de la Ley 80 será procedente la liquidación bilateral, unilateral o judicial del contrato.

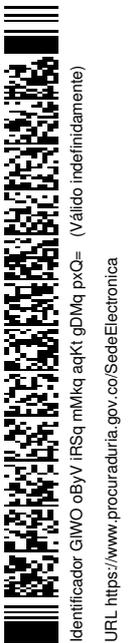
Por otra parte, en relación con el alcance de la liquidación, la regulación sobre el particular habilita a las partes para llegar a los acuerdos, conciliaciones y transacciones para poner fin a sus divergencias y poder declararse a paz y salvo, todo lo cual, evidentemente, deberá atender a los pactos negociales, las prestaciones a cargo de cada una de las partes y, en general, al contenido del contrato celebrado.

### **2.4.1.4. Diferencias entre liquidación y restituciones mutuas**

De todo cuando se ha indicado, resulta ahora posible establecer la distinción entre los fenómenos o institutos jurídicos de la liquidación del contrato estatal y el de las restituciones mutuas derivadas de la nulidad del contrato estatal.

---

<sup>28</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 28 de junio de 2016, expediente 2253 (reserva levantada el 29 de mayo de 2019).





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje  
Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de  
Infraestructura – ANI  
Radicación 15811*

En primer lugar, al reiterar que, desde el punto de vista puramente semántico, el concepto liquidar significa dar claridad a una relación crediticia específica (hacer el ajuste formal de una cuenta), podría considerarse que las restituciones mutuas comportan una suerte de liquidación de los créditos y deudas originados por una declaratoria de nulidad, debe observarse y subrayarse que ambas instituciones, desde el punto de vista jurídico, gozan de una disciplina, tratamiento y regulación diferente y, en consecuencia, si bien podría pensarse que desde una óptica extra-normativa se estaría haciendo referencia al mismo concepto, ello no es así.

En consecuencia, resulta oportuno recordar que a la luz de nuestro orden normativo “...[l]as palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; **pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal**”. (artículo 28 del Código Civil). Bajo tal apodíctica regla de interpretación, al contar la liquidación del contrato estatal y las restituciones mutuas con un contenido y alcance normativo claramente diferenciado, desde el mundo del derecho le es exigible a los operadores jurídicos respetar tales diferencias y otorgarles los efectos jurídicos que ellas comporta, so pena de quebrar gravemente la ley y exponerse a las consecuencias que dicho desconocimiento impondría.

Para observar la evidente diferencia de entre liquidación y restituciones mutuas, en primer lugar, resulta importante poner de presente las diferencias dogmáticas entre los institutos de la terminación y de la nulidad del contrato, Sobre este particular, el Consejo de Estado ha señalado:

14.2. En efecto, la declaratoria de nulidad absoluta del contrato corresponde al juez, conforme lo prevé el artículo 1742 del Código Civil, así como el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, mientras que la terminación del contrato es potestad de las partes del negocio jurídico según las reglas del derecho común, aplicables expresamente a los





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje  
Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de  
Infraestructura – ANI  
Radicación 15811*

contratos estatales en los términos consagrados en los artículos 13, 14 y 17 de la Ley 80 de 1993, o por la facultad unilateral de la administración, en aquellos casos contemplados por la ley (...).

En otra oportunidad, indicó:

57.1.3. En cuanto a la liquidación, específicamente el artículo 60 de la Ley 80, establece que los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación, operación que, tratándose de un corte de cuentas para definir el resultado final de la ejecución del contrato y establecer quién debe a quién y cuánto, **presupone necesariamente la existencia del negocio jurídico, la cual no se puede predicar respecto de un contrato que el juez ha declarado absolutamente nulo.**<sup>29</sup>

(Se destaca)

En sentencia C-207 de 2019 la Corte Constitucional, al estudiar la constitucionalidad del desafortunado artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, el cual contiene regulaciones anti-técnicas tanto desde el punto de vista financiero, como jurídico y que incluso resultan reprochables desde el punto de vista del interés general, al observar el precario manejo que la norma ofreció de las instituciones de la liquidación del contrato y de las restituciones mutuas, realizó la siguiente precisión<sup>30</sup>:

En consecuencia, se trata de dos hipótesis distintas [la liquidación del contrato y las restituciones mutuas] **que además no pueden ser concurrentes por una cuestión de**

<sup>29</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera - Subsección B, sentencia del 20 de marzo 2018, expediente 59.836.

<sup>30</sup> Corte Constitucional, sentencia C-207 de 2019.





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje  
Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de  
Infraestructura – ANI  
Radicación 15811*

**técnica jurídica puesto que la terminación unilateral y liquidación de un contrato estatal tiene como un requisito sine qua non que el contrato exista y no haya cesado, y de ninguna forma procedería frente a un contrato que ha sido judicial o arbitrariamente declarado nulo, por la simple razón de que no se puede terminar lo que no existe.**

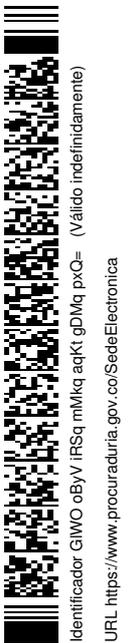
Además, la declaratoria judicial de nulidad del contrato es procedente tanto frente a los contratos de ejecución inmediata como aquellos de tracto sucesivo, y en ambos casos tiene el mismo efecto de eliminar de la vida jurídica al contrato y proceder únicamente al reconocimiento de las restituciones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

(Se destaca)

De todo lo indicado en precedencia, resulta evidente que, ante los eventos de declaratoria de nulidad del contrato, en rigor, no se está ante un proceso de liquidación sino de restituciones mutuas, toda vez que:

- (i) La liquidación del contrato tiene por causa su terminación normal o anormal, mientras que las restituciones mutuas tienen causa en la declaratoria de nulidad.
- (ii) La liquidación del contrato busca dar claridad o constancia sobre el cumplimiento del objeto contractual y, en algunos eventos, superar las diferencias que puedan existir entre las partes por razón del mismo.

En cambio, las restituciones mutuas, como su nombre lo indica, pretenden restituir a las partes del negocio al estado en el que se encontrarían de no haberse celebrado el contrato (*statu quo ante*), es decir, se pretende eliminar, aniquilar o sustraer todo efecto que haya surgido por cuenta del negocio anulado, como si este no hubiere existido jamás.





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje  
Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de  
Infraestructura – ANI  
Radicación 15811*

- (iii) La liquidación es obligatoria solo en los eventos previstos legalmente, mientras las restituciones mutuas son consecuenciales a la declaratoria de nulidad, es decir, no requiere solicitud de parte y proceden siempre que sean posibles jurídica y físicamente.
- (iv) La liquidación del contrato puede ser bilateral, unilateral o judicial, en tanto que las restituciones mutuas proceden solo por orden judicial, previa declaratoria de nulidad.

### 2.4.2. Los hechos probados y la posición del H. Tribunal

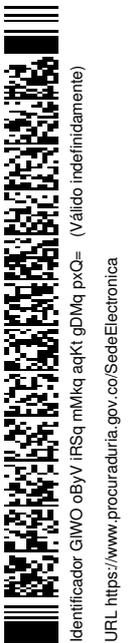
La respetuosa discrepancia que el suscrito procurador tiene con el H. Tribunal en relación con la jurisdicción y competencia con la que no cuenta para conocer de las controversias sometidas a su consideración por las partes del contrato, se sustenta en los supuestos fáctico que enseguida se precisa.

#### 2.4.2.1. El laudo arbitral del 25 de noviembre de 2016

Es un hecho probado que, mediante el laudo arbitral del 25 de noviembre de 2016, el Tribunal de Arbitraje constituido para dirimir las controversias suscitadas entre la ANI y la UTDVVCC, declaró la nulidad del CONTRATO ADICIONAL y sus otrosíes al CONTRATO DE CONCESIÓN.

En efecto, en el laudo mencionado se decidió:

**TERCERO.-** Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, de conformidad con el artículo 45 de la ley 80 de 1993 y el artículo 141 del CPACA declarar de oficio la nulidad del contrato adicional No. 13 al Contrato de Concesión 005 de 1999 celebrado el 9 de agosto de 2006 y de los otrosíes 1,2, 3 y 4 al adicional No. 13 por violación al numeral 2º del artículo 44 de la ley 80 de 1993.





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje  
Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de  
Infraestructura – ANI  
Radicación 15811*

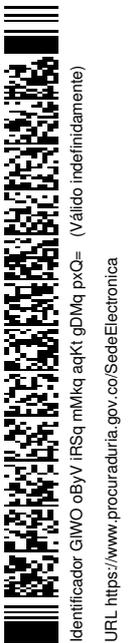
**CUARTO.-** De conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, para los efectos previstos en los artículos 48 y 60 de la ley 80 de 1993, ordenar a las partes dar aplicación a la cláusula 12.9 del Contrato Principal de Concesión 005 de 1999.

Para arribar a la declaración y condena transcrita, el Tribunal Arbitral constató que el CONTRATO ADICIONAL fue celebrado contra expresa prohibición legal pues, por una parte, dicho negocio superó el límite del 50% exigido en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y, por otra, excedió la simple adición al CONTRATO DE CONCESIÓN y, en esa medida, debió adelantar un proceso licitatorio para garantizar el principio de la libre concurrencia.

El Tribunal precisó, también, que la celebración del Contrato Adicional y de su otrosí No. 2 “...estuvieron enmarcadas en total ausencia del verdadero deber de planeación, de libre concurrencia y de economía”. Agregó:

Pone de presente adicionalmente, que la celebración del contrato Adicional No. 13 contrariando una norma imperativa de derecho y en ausencia del deber de planeación, **no son conductas que puedan predicarse exclusivamente del Estado. El Concesionario, en su calidad de comerciante con experiencia en temas de infraestructura, estaba en el deber de conocer la ley, de estudiar la viabilidad del proyecto y su trazado, y en general de desplegar el profesionalismo y diligencia de un buen hombre de negocios, para realizar en la etapa previa a la celebración del Contrato Adicional No. 13 todas aquellas conductas que condujeran a la celebración de un contrato en el marco de la ley y en beneficio equitativo de los dos contratantes.**

No puede entonces concluirse en este caso concreto que la ausencia del deber de planeación o las causas que llevaron a celebrar el Contrato Adicional No. 13, en trasgresión de las normas imperativas, obedece exclusivamente a una conducta de la Entidad





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje  
Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de  
Infraestructura – ANI  
Radicación 15811*

Estatal **sino a lo que se conoce como concurrencia de culpas que da origen a una compensación de responsabilidades.**

(Se destaca)

Y, finalmente, puntualizó:

Añade además que, en cuanto el deber de planeación le asiste no solamente al Estado sino también al particular que es su colaborador, según ha señalado la Jurisprudencia del Consejo, la declaratoria de nulidad absoluta no obedece a actuaciones exclusivas del Estado, sino a las conductas de imprevisión y falta de diligencia en las que concurrieron ambas partes en las etapas previas a la celebración del Contrato Adicional No. 13 y posteriormente al Otro si No. 2, conductas que las llevaron a transgredir el derecho público de la Nación con la celebración de actos jurídicos y por ello **no es posible afirmar que los hechos o causas que dieron origen a la nulidad son atribuibles a una sola de las partes. Estas consideraciones deben tenerse en cuenta para el reconocimiento y pago de las prestaciones mutuas conforme a los artículos 48 de la ley 80, norma especial para los contratos de tracto sucesivo y 1746 del Código Civil, norma general.**

(Se destaca)

En relación con los efectos de la declaratoria de nulidad, el Tribunal Arbitral aclaró (numeral 6.4.) que, si bien procedería a la declaratoria oficiosa de la nulidad del CONTRATO ADICIONAL y sus otrosíes, “no tiene los elementos cuantitativos precisos para procede a la liquidación del contrato” y continuación procedió a la transcripción del artículo 48 de la Ley 80 de 1993, que, como se dejó visto, regula las restituciones mutuas originadas en la nulidad del contrato.





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje  
Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de  
Infraestructura – ANI  
Radicación 15811*

Posteriormente, el Tribunal indicó que, si bien la declaratoria de nulidad no tenía origen en la decisión de las partes, tampoco resultaba del incumplimiento contractual de la UTDVVCC o de la ANI, por lo que

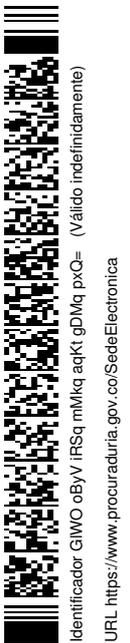
**...el Tribunal considera que el reconocimiento de las sumas por concepto de las prestaciones ejecutadas a que se refiere el artículo 48 de la ley 80 de 1993 debe establecerse con base en la fórmula convenida en el numeral 12.9 transcrito y en cuenta el numeral 12.10 su contenido expresamente manifiesta la voluntad inequívoca de incluir en esa liquidación “las indemnizaciones mutuas por concepto de todo perjuicio derivado de la terminación anticipada, incluyendo sin limitarse a daño emergente, lucro cesante, perjuicios directos e indirectos, presentes y futuros, pérdidas o interrupciones en los negocios, etc.**

**En cuanto para el Tribunal la declaratoria de nulidad no tiene como consecuencia ninguna prestación indemnizatoria mutua, la liquidación del Contrato Adicional No. 13 y de los otros íes Nos. 1, 2, 3 y 4, deberá adelantarse conforme a los previsto en la Cláusula 12.9 del Contrato y así se dispondrá en la parte Resolutiva de este laudo para efectos de la liquidación del Contrato Adicional No. 13.**

(Se destaca)

Finalmente, en cuanto al plazo para el pago de las restituciones mutuas, sin que en la parte resolutiva del laudo se dijera nada al respecto, se indicó:

Asimismo, revisado el texto de la cláusula 12.13 y en cuanto como consecuencia de la declaratoria de nulidad la ANI está en la obligación de reconocer y pagar unas sumas a favor del concesionario, el análisis **del Tribunal conduce a concluir que en cuanto dicho aparte contiene la frase amplia de “en cualquier caso de pago directo al Concesionario, en virtud de**





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje  
Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de  
Infraestructura – ANI  
Radicación 15811*

### **terminación anticipada del Contrato” se deberán aplicar los plazos establecidos en dicha cláusula para el pago.**

De todo lo que se deja referido, es posible concluir:

- i) La declaratoria de nulidad del CONTRATO ADICIONAL y sus otrosíes obedeció a serios defectos en el proceso de estructuración de tal negocio que implicaron la transgresión de normas superiores que imponen límites a las adiciones contractuales, la necesidad de acudir a procesos licitatorios y la obligación de realizar un acabado proceso de planeación del contrato estatal.
- ii) El Tribunal al adoptar la decisión oficiosa de declarar la nulidad del CONTRATO ADICIONAL y sus otrosíes no contaba con el recaudo probatorio necesario para ordenar, en concreto, las restituciones mutuas a cargo de las partes y, en todo caso, reconoció que existirían sumas a favor del concesionario.
- iii) Fue consiente, y así lo dejó consignado expresamente, de que la nulidad declarada fue producto de la actividad culposa y concurrente de ambos sujetos negociales, lo que impediría proceder a realizar reconocimientos indemnizatorios.
- iv) Derivado de la anterior consideración, el Tribunal consideró que podría aplicarse, para efecto de las restituciones mutuas, la cláusula 12.9 del CONTRATO DE CONCESIÓN, que regulaba la terminación anticipada del contrato por causas no imputables a las partes y no la cláusula 12.10, en la que se disponía sobre la terminación anticipada del contrato por causa atribuible a una de las partes y que, entonces incluía indemnizaciones.
- v) Si bien en la parte considerativa del laudo el Tribunal planteó los plazos para el pago de las restituciones mutuas con base en las previsiones contenidas en el CONTRATO DE CONCESIÓN, en la parte resolutive no





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje  
Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de  
Infraestructura – ANI  
Radicación 15811*

adoptó ninguna decisión al respecto, lo que supondría atenderse a las normas del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para el efecto.

### **2.4.2.2. El incumplimiento del laudo**

De la prueba documental aportada, resulta suficientemente probado que las partes adelantaron un proceso de discusión sobre los elementos que deberían ser incorporados en la fórmula dispuesta en la cláusula 12.9 del CONTRATO DE CONCESIÓN, sin que fuera posible para ellas arribar a un acuerdo, particularmente porque no llegaron a un punto en común sobre los aportes de capital que el Concesionario habría efectuado para la ejecución de las actividades contempladas en los actos negociales declarados nulos mediante el laudo del 25 de noviembre de 2016.

### **2.4.2.3. La asunción de competencia por parte de este Tribunal Arbitral**

Mediante auto No. 15 del 2 de agosto de 2019 el H. Tribunal se declaró competente para conocer la totalidad de las pretensiones formuladas por la demandante reconvenida, los medios de defensa de la demandada reconviniente, así como de las pretensiones formuladas por esta última en la demanda de reconvención y los medios de defensa alegados por aquella en su contestación.

Frente a la decisión así adoptada, el suscrito agente del Ministerio Público interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto, confirmando la decisión, mediante el auto No. 17 del 8 de agosto de 2019.

Para resolver las impugnaciones de este Procurador Judicial, el H. Tribunal consideró, en síntesis, lo siguiente:





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje*

*Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de Infraestructura – ANI  
Radicación 15811*

- La consideración de este agente del Ministerio Público, conforme con la cual el proceso pertinente es de naturaleza ejecutiva, por consistir en un incumplimiento de un laudo que hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo.

En relación con este aspecto, en el auto No. 17 el H Tribunal advirtió que la parte resolutive del laudo del 25 de noviembre de 2016 no contiene una obligación clara, expresa y exigible que permita considerarlo como un título ejecutivo, “...pues allí, tal y como se dispuso en el ordinal CUARTO, conforme al artículo 48 de la Ley 80 de 1993, se ordenó determinar las prestaciones ejecutadas por cada una de las partes con anterioridad a la declaratoria de nulidad del contrato -restituciones mutuas-, a efecto de que dichos reconocimientos se incorporen en la liquidación del Contrato Adicional No. 13, a términos del artículo 60 ibídem, dentro de los parámetros o metodología establecida en la cláusula 12.9 del Contrato de Concesión No. 005 de 1999”.

Agregó que los elementos señalados en la ley como presupuestos para demandar ejecutivamente el cumplimiento de las obligaciones allí impuestas no se configuran “... en razón a que particular, evidente e indubitablemente, la obligación allí impuesta no es CLARA”. Indicó sobre este particular que no era posible, a partir del laudo, establecer cuál de los sujetos es el acreedor y cuál el deudor “... si finalmente, en virtud de la figura de las restituciones mutuas, que habrían de ser reconocidas, en cada uno de ellos convergen ambas calidades -deudor/acreedor-“. Para el H. Tribunal tampoco sería clara la naturaleza de la obligación y los factores que la determinan, “...en tanto ella genera equívocos...” pues en la parte resolutive del laudo se hace referencia a los artículos 48 y 60 de la Ley 80 de 1993, lo que da lugar a que ambos sujetos procesales pretendan la liquidación del contrato “...partiendo del reconocimiento de las restituciones que se deben mutuamente”.

En relación con este asunto precisó:





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje  
*Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de Infraestructura – ANI*  
Radicación 15811

Por las razones anteriores, las pretensiones formuladas en las demandas presentadas por la convocante y la convocada no tienen, ni pueden tener el carácter de pretensiones ejecutivas, máxime cuando de la lectura de estas se infiere, claramente, que se trata de pretensiones declarativas-constitutivas que se formulan a partir de un conflicto concerniente a la liquidación del contrato, liquidación que, se insiste, no se logró de forma extrajudicial, siendo tal conflicto, precisamente, uno de los supuestos previstos en la cláusula compromisoria pactada en el Contrato de Concesión 005 de 1999 (cláusula 62.8), que habilita a la justicia arbitral y la dota, así, de jurisdicción y competencia para asumir el conocimiento de dicho conflicto y que, se reitera, es la que invocan ambas partes como fundamento de sus pretensiones.

- La consideración de este agente del Ministerio Público, conforme con la liquidación del contrato y las restituciones mutuas son institutos jurídicos diferentes.

El H. Tribunal, en este punto observó que tanto la extinción como la terminación del contrato “...*equivalen al mismo fenómeno jurídico...*” y no existe entre ellas ninguna diferencia ni semántica ni jurídica. Sin embargo, a continuación, señala que sí existe una diferencia cuando la terminación o la extinción del contrato esta determinada por la nulidad absoluta del mismo, caso en el cual tiene efectos retroactivos.

Señaló, entonces, que no es viable jurídicamente afirmar que la liquidación del contrato no es procedente en el caso en que éste se extinga por causa de la declaratoria de su nulidad absoluta, y menos que el reconocimiento de las restituciones mutuas excluya la obligación de liquidarlo, “...*pues a términos del artículo 60 de la Ley 80 de 1993, vigente para la fecha de celebración del Contrato de Concesión No. 005 de 1999 y del artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, **la liquidación del contrato reviste carácter obligatorio en todos los casos en los que la modalidad de éste sea la de tracto sucesivo, como lo es el Contrato Adicional No. 13 al Contrato de Concesión 005 de 1999 y de***”

Calle 16 No. 4 – 75, piso 3. Teléfono 5878750, ext. 13613 [camantilla@procuraduria.gov.co](mailto:camantilla@procuraduria.gov.co)





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje  
Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de  
Infraestructura – ANI  
Radicación 15811*

**sus otrosíes**, *independientemente de la causa de extinción o terminación del negocio jurídico*". (Se destaca).

Finalmente, con el fin de reforzar argumentativamente sus planteamientos, el H. Tribunal puso de presente el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, en el que "...la ley ordena, sin hesitación alguna, liquidar el contrato e incluir en el mismo acto de liquidación las compensaciones o restituciones mutuas...", en los eventos de declaratoria de nulidad.

### **2.4.3. Concepto del Ministerio Público**

De todo cuanto se ha señalado, es fácil anticipar que la respuesta al problema jurídico planteado por el Ministerio Público será negativa, es decir, que desde esta vista fiscal se observa que las diferencias entre las partes en punto de las restituciones mutuas derivadas de la declaratoria de nulidad del CONTRATO ADICIONAL y sus otrosíes no pueden ser ventiladas ante este tribunal arbitral.

El anterior aserto se sustenta en dos supuestos:

En primer lugar, el H. Tribunal no cuenta con jurisdicción para conocer las pretensiones formuladas en la demanda principal y en la demanda de reconvencción, pues las mismas se refieren al cumplimiento de un laudo arbitral que ha hecho tránsito a cosa juzgada y que presta mérito ejecutivo, por lo cual, la vía procesal adecuada es un proceso de ejecución de obligaciones de hacer para que las restituciones mutuas se determinen en los términos definidos por el laudo arbitral del 25 de noviembre de 2016.

En segundo lugar, el H. Tribunal no cuenta con competencia para conocer de las pretensiones formuladas en la demanda principal y en la demanda de reconvencción, pues las mismas, en el fondo, no hacen referencia a ninguno de los eventos establecidos en la cláusula compromisoria. En concreto, las pretensiones buscan que se dé cumplimiento a un fallo judicial que ordenó la nulidad de un contrato y que ordenó las restituciones mutuas consecuenciales,

Calle 16 No. 4 – 75, piso 3. Teléfono 5878750, ext. 13613 [camantilla@procuraduria.gov.co](mailto:camantilla@procuraduria.gov.co)





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje  
Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de  
Infraestructura – ANI  
Radicación 15811*

circunstancias que, evidentemente, no fue incluida en la cláusula compromisoria pacta en el Contrato de Concesión No. 005 de 1999.

### 2.4.3.1. Sobre la ausencia de jurisdicción y competencia en el arbitraje

Bajo la legislación anterior a la Ley 1563 de 2012, el Consejo de Estado asimiló la falta de jurisdicción y competencia para efectos de desatar recurso de anulación contra laudos arbitrales; sin embargo, actualmente, dicha Corporación diferencia las dos circunstancias, en los siguientes términos<sup>31</sup>:

De ésta forma, el Tribunal de arbitramento carece de jurisdicción cuando el pacto arbitral no existe o cuando el asunto **o materia que se somete a la decisión de los árbitros no es de aquellos que autoriza la ley que sean resueltos en sede de arbitraje.**

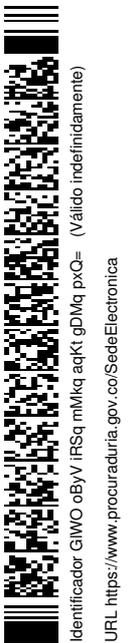
Por su parte y en desarrollo del principio de habilitación que rige en materia de arbitramento, **el Tribunal carece de competencia cuando se pronuncia sobre algún asunto que por voluntad de las partes no se encontraba sometido a su decisión.**

(Se destaca)

De acuerdo con lo anterior, entonces, la jurisdicción de la justicia arbitral supone la existencia de materias a ella asignadas por el legislador o, por lo menos, no vedadas en su conocimiento. Supone, también, la existencia de un pacto arbitral

En punto de la competencia, tal circunstancia se refiere a los asuntos que, en virtud del principio de habilitación, fueron sometidos a conocimiento y definición de la justicia arbitral por voluntad de los interesados, a través del pacto arbitral.

<sup>31</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de abril de 2015, expediente 52.556.





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje*  
*Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de Infraestructura – ANI*  
*Radicación 15811*

### **2.4.3.2. Ausencia de jurisdicción en el caso concreto (arbitrabilidad objetiva)**

La falta de jurisdicción de la justicia arbitral supone, como lo ha señalado la jurisprudencia contencioso administrativa<sup>32</sup>, la inexistencia del pacto arbitral o cuando el asunto debatido es de aquellos no autorizados por la ley.

El caso concreto hace referencia al aparente incumplimiento de un laudo arbitral (*cf. ut supra* num. 2.4.2.2.) proferido por un tribunal de arbitraje sometido a las normas contenidas la Ley 1563 de 2012 sobre arbitraje nacional.

Las partes, tanto en la demanda inicial, como en la reconvenición, solicitan que se dé cumplimiento al laudo, motivo por el cual las pretensiones son de naturaleza ejecutiva y no declarativa y, en cualquier caso, el trámite que debe ofrecerse a tales pretensiones es el de un proceso ejecutivo para dar cumplimiento al contenido del fallo judicial.

En estos términos, toda vez que los mandatos contenidos en un laudo, en tanto sentencia judicial, son cosa juzgada y, eventualmente prestan mérito ejecutivo, es la jurisdicción de lo contencioso administrativa la competente para conocer de las pretensiones formuladas en este caso particular, teniendo en cuenta que, como se afirmó, son de naturaleza ejecutiva y no declarativa.

Para casos como el sometido a consideración del Tribunal, no se cuenta con autorización legal para el efecto, pues la ejecución de laudos esta restringida, por voluntad del legislador, a la justicia permanente del Estado y en ello se cifra la ausencia de arbitrabilidad del asunto.

---

<sup>32</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 5 de mayo de 2015, expediente 51.969.





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje  
Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de  
Infraestructura – ANI  
Radicación 15811*

Para esta vista fiscal, el laudo proferido del 25 de noviembre de 2016 constituye un título ejecutivo y, por lo mismo, el incumplimiento de las órdenes en él contenidas en relación con las restituciones mutuas derivadas de la declaratoria de nulidad del CONTRATO ADICIONAL y sus otrosíes, debe ventilarse por el trámite de un proceso ejecutivo.

El sustento normativo de lo indicado en precedencia es el siguiente:

El laudo arbitral, de acuerdo con lo previsto en el artículo 116 de la Constitución Política, la Ley 1563 de 2012, el CGP y el CPACA se asimila a una sentencia judicial. Al respecto, la Corte Constitucional ha precisado que el proceso arbitral concluye con una “...*decisión eminentemente jurisdiccional que equivale a una providencia judicial, en la medida en que resuelve el conflicto entre las partes pronunciándose sobre los hechos, pretensiones, pruebas y reglas jurídicas aplicables*”<sup>33</sup>.

El artículo 75 de la Ley 80 de 1993 prevé que “...*el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa*”.

El artículo 104.6 del CPACA señala que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocerá de “[l]os *ejecutivos derivados de las condenas impuestas y las conciliaciones aprobadas por esta jurisdicción, así como los provenientes de laudos arbitrales en que hubiere sido parte una entidad pública; e, igualmente los originados en los contratos celebrados por esas entidades*”.

En el artículo 164, numeral 2, literal k) del CPACA al hacer referencia al término de caducidad, previene que “[c]uando se *pretenda la ejecución con títulos derivados del contrato, de decisiones judiciales proferidas por la Jurisdicción de*

<sup>33</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-174 de 2007.





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje  
Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de  
Infraestructura – ANI  
Radicación 15811*

*lo Contencioso Administrativo en cualquier materia y de laudos arbitrales contractuales estatales, el término para solicitar su ejecución será de cinco (5) años contados a partir de la exigibilidad de la obligación en ellos contenida”.*

En el artículo 299 del CPACA se dispone que “[l]as condenas impuestas a entidades públicas consistentes en la liquidación o pago de una suma de dinero serán ejecutadas ante esta misma jurisdicción según las reglas de competencia contenidas en este Código, si dentro de los diez (10) meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia la entidad obligada no le ha dado cumplimiento”.

El artículo 43 de la Ley 1563 de 2012 dispone que “[d]e la ejecución del laudo conocerá la justicia ordinaria o la contencioso administrativa, según el caso”.

El artículo 306 del CGP establece que “[l]a jurisdicción competente para conocer de la ejecución del laudo arbitral es la misma que conoce del recurso de anulación, de acuerdo con las normas generales de competencia y trámite de cada jurisdicción”.

Ahora bien, en parte resolutive del laudo arbitral del 25 de noviembre de 2016, se estableció:

TERCERO.- Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, de conformidad con el artículo 45 de la ley 80 de 1993 y el artículo 141 del CPACA declarar de oficio la nulidad del contrato adicional No. 13 al Contrato de Concesión 005 de 1999 celebrado el 9 de agosto de 2006 y de los otros ítems 1, 2, 3 y 4 al adicional No. 13 por violación al numeral 2º del artículo 44 de la ley 80 de 1993.

CUARTO.- De conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, para los efectos previstos en los artículos 48 y 60 de la ley 80 de 1993, **ordenar a las partes dar aplicación a la cláusula 12.9 del Contrato Principal de Concesión 005 de 1999.**





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje  
Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de  
Infraestructura – ANI  
Radicación 15811*

(Se destaca)

Lo cual se ilustra en la parte considerativa, así:

Numeral 6.4.

“En su decisión el Tribunal procederá a declarar de oficio la nulidad del Contrato Adicional y los otrosíes Nos. 1, 2, 3 y 4 del Contrato Adicional No. 13. **No obstante, no tiene los elementos cuantitativos precisos para proceder a la liquidación del Contrato.**”

De las normas citadas previamente y de las pretensiones formuladas por la convocante reconvenida y la convocante en reconvenición, así como del contenido del Laudo Arbitral del 25 de noviembre de 2016, se advierte que el litigio radica en el incumplimiento de una **obligación clara, expresa y exigible** contenida en el referido laudo y que consiste en que las partes deben realizar el cálculo de las **restituciones mutuas** producto de la anulación del contrato adicional 13 y sus otrosíes al contrato de concesión 005 de 1999.

Sobre el particular, es importante recalcar que no se advierte que se trate de la ejecución de una obligación de dar una suma de dinero constitutiva de las restituciones mutuas, sino de una obligación de hacer que, en este evento, supone dar aplicación a la fórmula ordenada por el tribunal de arbitraje ante la ausencia de material probatorio que le permitiera realizar el cálculo, en concreto, de las restituciones mutuas.

En relación con la ejecución de obligaciones de hacer, el Consejo de Estado ha señalado que no es dable restringir el proceso ejecutivo de un laudo arbitral a





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje  
Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de  
Infraestructura – ANI  
Radicación 15811*

las obligaciones de pagar una suma de dinero<sup>34</sup>, pues ello podría entenderse, en principio de la lectura del artículo 297 del CPACA, en el que su numeral 2 señala que, para efectos de ese Código, serán títulos ejecutivos “[I]as decisiones en firme proferidas en desarrollo de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, en las que las entidades públicas queden obligadas al pago de sumas de dinero en forma clara, expresa y exigible”.

En efecto, de acuerdo con el alto Tribunal, el artículo 306 del CGP no permite limitar el proceso ejecutivo para el tipo de obligaciones antes referidas y, por lo tanto, se exige una interpretación armónica de ambas disposiciones. En su primer inciso, la norma referida establece:

Quando la sentencia condene al pago de una suma de dinero, a la entrega de cosas muebles que no hayan sido secuestradas en el mismo proceso, **o al cumplimiento de una obligación de hacer**, el acreedor, sin necesidad de formular demanda, deberá solicitar la ejecución con base en la sentencia, ante el juez del conocimiento, para que se adelante el proceso ejecutivo a continuación y dentro del mismo expediente en que fue dictada. Formulada la solicitud el juez librará mandamiento ejecutivo de acuerdo con lo señalado en la parte resolutive de la sentencia y, de ser el caso, por las costas aprobadas, sin que sea necesario, para iniciar la ejecución, esperar a que se surta el trámite anterior.

(Se destaca)

Puede observarse, también, que el inciso final del artículo 299 del CPACA previene que las condenas impuestas a entidades públicas consistentes en la **liquidación** o pago de una suma de dinero serán ejecutadas **ante la jurisdicción contencioso administrativa**.

<sup>34</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, auto del 20 de febrero de 2019, expediente 60.717.





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje  
Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de  
Infraestructura – ANI  
Radicación 15811*

Teniendo en cuenta que el tribunal arbitral ordenó las restituciones mutuas a cargo y a favor de cada una de las partes, es evidente que el presente litigio debe dirimirse bajo la cuerda de un proceso ejecutivo ante la jurisdicción contencioso administrativa.

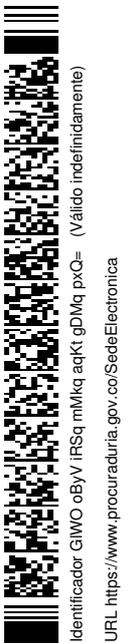
Finalmente, se advierte que estamos ante una obligación:

- (i) **Expresa** en tanto es manifiesta en la redacción del título ejecutivo (sentencia judicial-laudo arbitral), pues ordena a las partes aplicar la cláusula 12.9 del contrato 005 de 1999;
- (ii) **Clara**, pues está determinada en el título y tiene una comprensión unívoca, en tanto determina los sujetos a cargo de la obligación y el contenido específico de la misma.

Para el H. Tribunal, tal como los señaló en el auto No. 17, la obligación, no resulta clara pues no es posible evidenciar cuál sujeto es el acreedor y cuál el deudor.

Al respecto, baste que señalar que para efectos de la obligación de hacer contenida en el numeral 4 de la parte resolutive del laudo del 25 de noviembre de 2016, ambos sujetos son deudores y acreedores recíprocos de la prestación de hacer consisten en proceder a la aplicación de la fórmula ordenada por el tribunal. Parecería, en este caso, existir una confusión entre la obligación de hacer consignada en el laudo y con la obligación de dar una suma de dinero que resultaría de la aplicación final de la fórmula y de allí derivaría la aparente oscuridad del mandato.

Por otra parte, el H. Tribunal asegura que la obligación no es clara en cuanto a su naturaleza, pues en la resolutive cuarta del laudo se hace mención tanto al artículo 48 como al 60 de la Ley 80 de 1993.





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje*  
*Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de Infraestructura – ANI*  
*Radicación 15811*

En este aspecto, la aparente oscuridad observada por el H. Tribunal se supera fácilmente observando la naturaleza de la decisión adoptada, esto es, la de la nulidad del CONTRATO ADICIONAL y sus otrosíes, decisión que, como se dejó visto en el presente concepto (*cf. ut supra* num. 2.4.1.2), impone un proceso de restituciones mutuas y nunca de liquidación del contrato. Caer en tal equívoco, como le sucedido a las partes, supone alejarse de la dogmática del contrato y desconocer la normativa nacional y los ya numerosos fallos judiciales que dan claridad meridiana sobre esta diferencia. Baste reiterar aquí lo señalado por el Consejo de Estado sobre esta básica distinción:

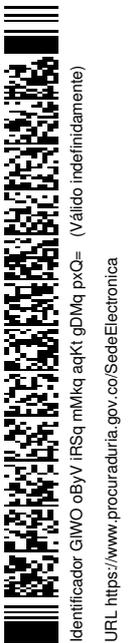
57.1.3. En cuanto a la liquidación, específicamente el artículo 60 de la Ley 80, establece que los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación, operación que, tratándose de un corte de cuentas para definir el resultado final de la ejecución del contrato y establecer quién debe a quién y cuánto, **presupone necesariamente la existencia del negocio jurídico, la cual no se puede predicar respecto de un contrato que el juez ha declarado absolutamente nulo.**<sup>35</sup>

(Se destaca)

- (iii) Actualmente **exigible** pues su cumplimiento no pende de un plazo o una condición<sup>36</sup> y estaba sujeto a las normas contenidas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para la efectividad de las sentencias.

<sup>35</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera - Subsección B, sentencia del 20 de marzo 2018, expediente 59.836.

<sup>36</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, auto del 24 de agosto de 2018, expediente 56.050.





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje  
Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de  
Infraestructura – ANI  
Radicación 15811*

Debe precisarse, que las diferencias entre las partes para llegar a la determinación de las restituciones mutuas pueden resolverse dentro del trámite ejecutivo de obligaciones de hacer, pues dentro del mismo se establecen los canales procesales específicos para el efecto.

En último término, no podría considerarse la existencia de un proceso declarativo atendiendo la literalidad de las pretensiones formuladas, como lo señala el H. Tribunal en su auto No. 17, pues con un tal proceder se afectaría la cláusula general de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para adelantar los procesos ejecutivos derivados de laudo arbitral.

En efecto, bastaría para la parte favorecida con el laudo arbitral formular, en términos declarativos, como parece suceder en este evento, las pretensiones relativas a la ejecución de un laudo para, limitándose a tal literalidad, sustraerse de la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa.

A este respecto es importante señalar que el proceso declarativo tiene como finalidad que se declare la existencia de un derecho subjetivo carente de certeza, se modifique o extinga una relación jurídica presente y de ser el caso, se imparta orden al deudor para que satisfaga una determinada prestación, en tanto que el proceso ejecutivo pretende lograr el cumplimiento coactivo de una obligación expresa, clara y exigible contenida en documento que constituya plena prueba de ella, a cargo del deudor.

En este caso, como se señaló previamente, el derecho en cabeza de la convocante es cierto, pues de acuerdo con el laudo arbitral del 25 de noviembre de 2016 debe procederse a realizar las restituciones mutuas derivadas del contrato adicional anulado, lo cual no merece ninguna discusión. Ahora, si de lo que se trata es de una discrepancia frente a los factores que deben hacer parte de la referida restitución, atemperada a los dictados de la cláusula 12.9 del Contrato 005 de 1999, tal discusión puede y debe agotarse en el trámite del proceso ejecutivo al que se ha hecho referencia y al que deberá





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje  
Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de  
Infraestructura – ANI  
Radicación 15811*

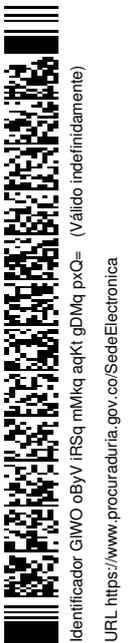
acudir la convocante reconvenida y la convocada reconviniente para efectos de hacer valer sus derechos reconocidos por el laudo tantas veces mencionado.

Finalmente, no podría afirmarse la competencia del tribunal para conocer del presente asunto debido a una presunta voluntad –explícita o implícita– de las partes atendiendo a la demanda, la contestación, la reconvenición y su contestación, pues ello supondría: (i) una modificación de la cláusula compromisoria, pues como se indicó en la misma nada se indica sobre el cumplimiento de laudo o sentencias judiciales, para lo cual no contarían con capacidad suficiente los representantes judiciales de las partes; y (ii) una modificación en tal sentido comportaría estipular contra normas de orden público en las que se establece claramente que la competencia para conocer de procesos ejecutivos derivados de laudos arbitrales en los que fue parte una entidad pública corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa.

Por todo lo dicho, se observa palmaria la falta de jurisdicción del H. Tribunal para conocer del presente trámite, lo cual comporta que adopte una decisión inhibitoria.

### **2.4.3.3. Ausencia de competencia en el caso concreto (voluntariedad de la justicia arbitral)**

Una de las premisas esenciales para la actuación de la justicia arbitral es la habilitación ofrecida por las partes en conflicto para dirimir los asuntos litigiosos. En ejercicio de la autonomía de la voluntad que les es reconocida a los sujetos de derecho, serán ellos los que definan las materias precisas que deberán ser de conocimiento de los árbitros. Es la competencia por razón de la materia o *ratione materiae*.





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje  
Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de  
Infraestructura – ANI  
Radicación 15811*

La falta de competencia en la justicia arbitral supone que el laudo contenga pronunciamientos sobre materias no incluidas en el pacto arbitral de manera general o detallada o sobre aquellas excluidas expresamente del mismo<sup>37</sup>.

En la cláusula compromisoria pactada por las partes en este caso particular, se dispuso:

“62.8 Cualquier divergencia que surja entre las partes **con ocasión de la celebración, ejecución o liquidación de este contrato**, que no sea posible solucionar amigablemente o a través de la Firma Asesora de Ingeniería o para la cual este contrato no prevea mecanismos de solución distintos, será dirimida por un Tribunal de Arbitramento de conformidad con las siguientes reglas:

El arbitraje será institucional. Las partes acuerdan designar para el efecto al centro de Arbitraje y Conciliación mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá.

El tribunal estará compuesto por 3 árbitros designados por la Cámara de Comercio de Bogotá.

Los árbitros decidirán en derecho.

El tribunal se regirá por lo previsto en esta cláusula y por las disposiciones del decreto 2279 de 1989, Ley 23 de 1991 y el Decreto 2651 de 1991, o por las normas que los adicionen, modifiquen o reemplace.

La aplicación y los efectos de las cláusulas de caducidad, terminación unilateral y modificación unilateral, no podrán ser sometidas a arbitramento.

---

<sup>37</sup>Hernández Silva. Aida Patricia. “La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia” En “Recurso de Anulación de Laudos Arbitrales”, Bejarano, Ramiro et al., Editores. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2016 pp. 117.





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje*  
*Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de Infraestructura – ANI*  
*Radicación 15811*

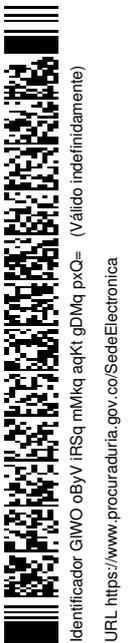
Los gastos que ocasione la intervención del Tribunal de Arbitramento serán cubiertos, en principio por la parte que suscite la controversia. Una vez tomada la decisión por el tribunal de Arbitramento, los gastos los asumirá la parte que resulte vencida. Si no es este el caso, los gastos serán distribuidos entre el INVIAS y el Concesionario por partes iguales. Culminado el Arbitramento, las partes harán los reembolsos de gastos por la intervención del Tribunal de Arbitramento, de acuerdo con lo que corresponda según lo previsto en este ordinal.”

(Se destaca)

De acuerdo con las pretensiones de las partes, tal como se señaló previamente, lo que se busca es ejecutar las decisiones adoptadas mediante el laudo arbitral del 25 de noviembre de 2016, aspecto que no se encuentra establecido en la cláusula compromisoria, esto es, la ejecución títulos ejecutivos derivados de decisiones judiciales o arbitrales, al margen del análisis sobre la licitud de un pacto en ese sentido, toda vez que, tal como también se indicó en precedencia, la ejecución de laudos arbitrales en los que es parte una entidad pública es privativa de la jurisdicción contencioso administrativa.

Tampoco se encuentra incluida dentro de la cláusula compromisoria la posibilidad de conocer sobre el cumplimiento o incumplimiento de fallos judiciales o laudos arbitrales, cuestión que parece ser el objeto cierto de esta litis.

En efecto, si bien tanto las partes como el H. Tribunal, consideran que la liquidación del contrato estatal comprende la “liquidación” de las restituciones mutuas derivadas de la declaración de nulidad del mismo, ello, tal como se demostró en el acápite destinado a los planteamientos teóricos (cfr. ut supra num. 2.4.1.3. y 2.4.1.4), supone un desconocimiento de la dogmática contractual en punto de la teoría de las nulidades.





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje  
Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de Infraestructura – ANI  
Radicación 15811

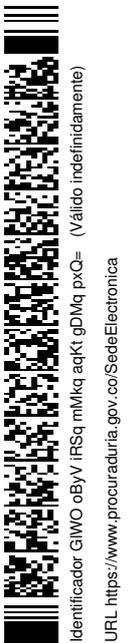
Para el H. Tribunal, en los términos del artículo 60 de la Ley 80 de 1993 “...**la liquidación del contrato reviste carácter obligatorio en todos los casos en los que la modalidad de éste sea la de tracto sucesivo, como lo es el Contrato Adicional No. 13 al Contrato de Concesión 005 de 1999 y de sus otrosíes**, independientemente de la causa de extinción o terminación del negocio jurídico”, desconociendo con esta afirmación que, simplemente, el Contrato Adicional No. 13, ante la firmeza del laudo del 25 de noviembre de 2016, fue eliminado, sustraído aniquilado, suprimido y desaparecido del mundo jurídico por sus múltiples ilicitudes congénitas y no, como lo se asegura en el auto No 17 simplemente “terminado”.

Tal como se señaló precedentemente, y como lo reconoce la jurisprudencia contencioso administrativa y constitucional, la cual no fue considerada por el H. Tribunal al decidir sobre su propia competencia, la liquidación del contrato y las restituciones mutuas “...**no pueden ser concurrentes por una cuestión de técnica jurídica puesto que la terminación unilateral y liquidación de un contrato estatal tiene como un requisito sine qua non que el contrato exista y no haya cesado, y de ninguna forma procedería frente a un contrato que ha sido judicial o arbitralmente declarado nulo, por la simple razón de que no se puede terminar lo que no existe**”<sup>38</sup>. El presupuesto esencial para la aplicación del artículo 60 de la Ley 80 de 1993 es la existencia de un contrato y ante su ausencia resulta palmaria su impertinencia.

En todo caso, teniendo en cuenta lo precisado en los fundamentos teóricos del presente concepto, en particular, al precisar las diferencias entre las restituciones mutuas y la liquidación del contrato (*cfr. ut supra* num. 2.4.1.4.), en este caso no puede entenderse que las pretensiones estén dirigidas a la liquidación del contrato, pues:

- En primer lugar, las controversias derivadas de la liquidación del contrato harían referencia al Contrato de Concesión 005 de 1999 y no al Contrato

<sup>38</sup> Corte Constitucional, sentencia C-207 de 2019.





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje  
Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de  
Infraestructura – ANI  
Radicación 15811*

Adicional No. 13 y sus otrosíes, pues estos últimos desaparecieron de la vida jurídica desde la ejecutoria el laudo mencionado, por lo que ningún contrato sería pasible de liquidación por una imposibilidad material y jurídica (desaparición del acto, efecto principal de la declaratoria de nulidad).

- Lo ordenado en el laudo del 25 de noviembre de 2016 (por no tener información para realizarlo en el laudo) es un proceso de restituciones mutuas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, en consonancia con el artículo 1746 del Código Civil.

En efecto, el Tribunal Arbitral que profirió el laudo del 25 de noviembre de 2016 procedió a ordenar las restituciones mutuas derivadas de la declaratoria de nulidad, pero al no contar con la información disponible, ordenó a las partes dar aplicación a la cláusula 12.9 del Contrato Principal de Concesión 005 de 1999.

En consecuencia, el presente litigio no se trata de la liquidación de un contrato estatal, sino de determinar el orden de magnitud de unas restituciones mutuas aparentemente incumplida y ordenada en un fallo judicial.

Tampoco puede considerarse que la remisión a la cláusula 12.9 del Contrato Principal de Concesión 005 de 1999 comporte una suerte de conflicto contractual, pues tal orden se hizo por referencia por parte de la justicia arbitral, para garantizar el proceso de restituciones mutuas.

- Las alusiones del laudo del 25 de noviembre de 2016 al artículo 60 de la Ley 80 de 1993, junto con el artículo 48 del mismo cuerpo normativo, no pueden ser considerados más que un equívoco fácilmente superable, en la medida en que se declaró la nulidad de un contrato, hipótesis que se subsume en la previsión contenida en el artículo 48 y no en el 60 de la Ley 80 y que en la parte considerativa del laudo la remisión a la cláusula 12.9





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje  
Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de  
Infraestructura – ANI  
Radicación 15811*

claramente se hizo para efectos del proceso de restituciones mutuas consecencial a la declaratoria de nulidad.

Teniendo en cuenta lo anterior, aún en el evento en que no se considere la existencia de un título ejecutivo en el laudo del 25 de noviembre de 2016, el H. Tribunal no cuenta con competencia para conocer de este conflicto, pues la cláusula arbitral no comprende, se reitera, conflictos derivados de la desatención de un fallo judicial que ordena unas restituciones mutuas.

Querer incluir dentro del concepto de “liquidación” contenido en la cláusula 62.8 del contrato de concesión No. 005 de 1999 las restituciones mutuas derivadas de la declaratoria de nulidad del Contrato Adicional No. 13 y de sus otrosíes, supone, como se ha reiterado en múltiples ocasiones, desconocer el contenido y alcance de las figuras de la liquidación del contrato y de las restituciones mutuas y, en todo caso, extender las competencias del H. Tribunal a asuntos no previstos en la cláusula compromisoria.

### **2.4.4. Por lo demás**

En el evento en que, pese a los argumentos expuestos en el presente documento, el Tribunal considere que cuenta con la jurisdicción y/o competencia para conocer el asunto sometido a su consideración, esta agencia fiscal, tal como se señaló en la primera audiencia de trámite, observa que respecto de algunas de las pretensiones formuladas en la demanda y en la demanda de reconvención, existe cosa juzgada, lo que impediría su conocimiento por el Tribunal.

Conforme lo ha indicado esta Procuraduría Judicial desde la primera audiencia de trámite resulta extraño al normal funcionamiento de la justicia arbitral que una disputa entre las mismas partes y sobre el mismo contrato ya resuelta por un Tribunal sea sometida a consideración de otro panel arbitral.





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje  
Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de  
Infraestructura – ANI  
Radicación 15811*

En efecto, los efectos de cosa juzgada del **Laudo de 25 de noviembre de 2016** quedan en entre dicho cuando el convocante, so pretender definir un punto nuevo de la controversia, pretende reabrir una discusión sobre la cual ya existe un pronunciamiento judicial.

Al respecto debe recordarse el contenido del ordinal cuarto del citado Laudo, conforme al cual: *"CUARTO.- De conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, para los efectos previstos en los artículos 48 y 60 de la Ley 80 de 1993, **ordenar a las partes dar aplicación a la cláusula 12.9 del Contrato Principal de Concesión 005 de 1999.**"* (Resaltado fuera de texto)

Por consiguiente, existe una orden judicial que no ha sido invalidada y que vincula a las partes de este mismo litigio, por lo cual carece de respaldo normativo que el demandante pretenda generar una duda en este nuevo Tribunal sobre un punto ya resuelto desde el 25 de noviembre de 2016.

Tal y como lo señaló en pretérita oportunidad el suscrito agente del Ministerio Público, en el presente caso la cosa juzgada es evidente, en tanto este segundo proceso versa sobre el mismo objeto (forma terminar la cuantificación de los valores adeudos entre las partes); una misma causa (la nulidad del contrato adicional 13 y sus otrosíes); aunado a la existencia de identidad jurídica entre las partes (UTDVVCC y ANI).

Teniendo en cuenta que de acuerdo con lo previsto en el Decreto 4165 de 2011 el INCO (entidad suscribiente del contrato de concesión 005 de 1999, del contrato adicional 13 y sus otrosíes) cambió su naturaleza y de conformidad con lo previsto en el artículo 25 del referido decreto "[l]os derechos y obligaciones que a la fecha de expedición del presente decreto tenga el Instituto Nacional de Concesiones -INCO, continuarán a favor y a cargo de la Agencia Nacional de Infraestructura a la ANI", las condiciones objetivas y subjetivas de la cosa juzgada se encuentran cumplidas.





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje  
Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de  
Infraestructura – ANI  
Radicación 15811*

Desde esta perspectiva, es jurídicamente inviable siquiera considerar que a este caso es aplicable el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 puesto que de admitirse esa tesis se quebraría la cosa juzgada que deriva del Laudo 25 de noviembre de 2016, aunado a que no existe en el ordenamiento jurídico alguna justificación para no aplicar el ordinal cuarto de la referida decisión arbitral.

En relación con este aspecto, la Procuraduría no comparte la siguiente consideración del peritaje de oficio en la cual señaló: *“Vale la pena aclarar que la fórmula contenida en la sección 12.9 tiene como propósito la liquidación del Contrato de Concesión en su totalidad, por lo que **la aplicación de dicha cláusula para liquidar solo una parte del contrato, como lo sería uno de los contratos adicionales puede conllevar a errores**, por lo que se advierte cautela en la interpretación de cada una de las variables, y se recomienda que prime la naturaleza de las variables utilizadas por encima del contenido textual enunciado en el artículo 12.9.”*<sup>39</sup>

Al respecto basta señalar que en el presente asunto no se está en una disputa sobre la interpretación del alcance del contrato, sino sobre la aplicación de una orden arbitral, contenida en el Laudo 25 de noviembre de 2016, por lo que independiente de la consideración del perito o de las partes, debe darse estricto cumplimiento al contenido textual de la cláusula 12.9 del Contrato de Concesión 005 de 1999, en el marco del proceso ejecutivo ante la jurisdicción contencioso administrativo o ante la cuerda procesal pertinente que, ciertamente, tal como se ha indicado no se encuentra en el presente trámite.

En suma, la metodología aplicable para las restituciones mutuas producto de la nulidad del Contrato Adicional No. 13 y sus otrosíes es el uso de la fórmula indicada en la cláusula 12.9 del Contrato de Concesión 005 de 1999 y una interpretación en sentido contrario configuraría un defecto sustantivo violatorio del debido proceso de las partes, por desconocer la cosa juzgada que deriva de una decisión arbitral que sigue produciendo efectos jurídicos.

---

<sup>39</sup> Página 60.





## PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje  
Autopistas de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y otros vs. Agencia Nacional de  
Infraestructura – ANI  
Radicación 15811*

En estos términos, de manera atenta, deja sentado su concepto el suscrito representante del Ministerio Público.

De los señores Árbitros, cordialmente,

*(firmado digitalmente por)*

**CARLOS ALBERTO MANTILLA NAMÉN**

Procurador 132 Judicial II para Asuntos Administrativos

Firmado digitalmente por: CARLOS ALBERTO MANTILLA NAMEN

PROCURADOR JUDICIAL II

Fecha firma: 18/08/2020 9:21:48



Identificador G1WO oByV IRSq mMkq aqKt gDMq pxQ= (Válido indefinidamente)  
URL <https://www.procuraduria.gov.co/SedeElectronica>