

Honorables Árbitros

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR (Árbitro Presidente)

CATALINA HOYOS JIMÉNEZ

CARLOS MAURICIO GONZÁLEZ ARÉVALO

E.

S.

D.

REFERENCIA: PROCESO ARBITRAL PROMOVIDO POR CONCESIONARIA
RUTA DEL SOL S.A.S. CONTRA LA AGENCIA NACIONAL
DE INFRAESTRUCTURA.

EXPEDIENTES: 4190 y 4209 (PROCESOS ACUMULADOS)

ASUNTO: ALEGATO DE CONCLUSIÓN

HENRY SANABRIA SANTOS, obrando en mi condición de apoderado judicial de la Agencia Nacional de Infraestructura (que en adelante en este escrito se denominará ANI) en los arbitrajes acumulados de la referencia, respetuosamente me permito presentar la versión escrita del **ALEGATO DE CONCLUSIÓN** expuesto oralmente en la audiencia celebrada con tal propósito.

Desde ya me permito solicitar que se acceda a la pretensión de nulidad absoluta por objeto y causa ilícita, así como por celebración viciada por desviación de poder, del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, pretensión incorporada en la demanda de reconvención que en su versión reformada formuló la ANI.

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

Este alegato de conclusión se desarrollará en dos capítulos: el primero hará referencia a la prueba de la nulidad absoluta del Contrato de Concesión No. 001 de 2010. El segundo capítulo abordará todo lo relacionado con las consecuencias económicas de la nulidad absoluta del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

CAPÍTULO PRIMERO

LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 001 de 2010

Dentro del presente tramite arbitral la controversia se ha enfocado y circunscrito a la nulidad absoluta del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 y las

consecuencias que de tal hecho se derivan. No obstante que la génesis del presente trámite arbitral son las pretensiones de la demanda inicial reformada de la Concesionaria respecto de controversias de orden contractual sobre mayores permanencias o cantidades de obra derivados de la ocurrencia de Eventos Eximentes de Responsabilidad, los posteriores acontecimientos y la respectiva demanda de reconvención (en su versión reformada) formulada por la ANI, así como la petición de nulidad absoluta formulada por la Procuraduría¹, centraron el debate en la nulidad absoluta del contrato y sus consecuencias, controversia ésta que por ser de carácter excluyente frente a cualquier otro tipo de pretensiones de supuesto incumplimiento contractual, ocupa el centro de atención y constituye la materia principal que deberá abordar el Tribunal.

A. Consideraciones previas respecto de la terminación de contrato y el “Acuerdo para la Terminación y Liquidación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010”

1. La ANI suscribió con la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., el documento denominado “*Acuerdo Para la Terminación y Liquidación del Contrato de Concesión No. 001 DE 2010*” de fecha 22 de febrero de 2017, cuyo propósito fundamental fue dar por culminado el vínculo o relación jurídica entre las partes, fijando a continuación unas prestaciones a cargo de las mismas, encaminadas a realizar la liquidación del contrato.
2. Tal Acuerdo de Terminación, fue fundamentado, según se lee en su texto, en la necesidad de garantizar la continuidad del proyecto, el acceso a la infraestructura, la eficiente prestación del servicio público de transporte y cumplir con las ordenes proferidas por Autoridades Judiciales y Administrativas que, ante la clara evidencia y prueba de la existencia de actos de corrupción que afectaron el proceso de selección del contratista, procedieron, dentro de los distintos campos de su competencia, a impartir órdenes de contenido cautelar que conducían al cese del vínculo contractual. En consecuencia, el Acuerdo de Terminación versó, fundamentalmente sobre dos aspectos: (i) La Terminación de mutuo acuerdo del Contrato de Concesión; y, (ii) Las consecuencias derivadas de tal terminación, en particular, los aspectos relativos a la liquidación y reversión, así como el desistimiento de las pretensiones formuladas ante el Tribunal de Arbitraje que convocó el Concesionario.
3. La terminación de mutuo acuerdo del Contrato de Concesión se configuró como una estipulación pura y simple, no sometida a término o condición, lo cual implicó que, a partir de la suscripción del “*Acuerdo Para la Terminación y Liquidación del Contrato de Concesión No. 001 DE 2010*” se produjeron los efectos convenidos, siendo estos los de cesación, terminación o rompimiento del vínculo jurídico entre las partes. Fueron claras las partes al manifestar

¹ Petición de nulidad formulada la Procuraduría del 8 de febrero de 2017.

que, a partir de la fecha de suscripción del citado documento, se terminaría el Contrato, culminando así el vínculo contractual como resultado del mutuo consenso que se perfeccionó con la firma del documento.

4. Adicionalmente, las partes convinieron una serie de prestaciones y obligaciones propias de la liquidación del contrato, las cuales quedaron sujetas a condición. Dichas prestaciones tenían que ver, entre otras, con la aplicación de la respectiva fórmula de liquidación contenida en el Acuerdo de Terminación, cuyos efectos, por expresa voluntad de las partes, quedaron condicionados a la presentación para aprobación de la respectiva autoridad judicial competente. En efecto, en el Acuerdo se convino que las partes someterían al conocimiento y estudio del Tribunal la fórmula de liquidación contenida en el Acuerdo de Terminación.
5. En este sentido, las prestaciones y obligaciones relacionadas con la liquidación del contrato, quedaron sometidas a condición suspensiva, lo cual implica que, su nacimiento y exigibilidad quedaron sujetos a la ocurrencia de los supuestos de hecho pactados.
6. Lo anterior se desprende claramente del contenido de la Cláusula Segunda y Octava del Acuerdo de Terminación del 22 de febrero de 2017, las cuales son del siguiente tenor:

“SEGUNDO.- LIQUIDACIÓN.

Como consecuencia de la terminación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, las partes acuerdan proceder inmediatamente a buscar la aprobación de autoridad judicial competente de la fórmula de liquidación (...).”

“OCTAVO. - EFECTOS DE LA TERMINACIÓN Y POSTERIOR APROBACIÓN DEL ACUERDO DE LIQUIDACIÓN. *Mediante la suscripción del presente acuerdo y como resultado de la terminación a partir de la fecha del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, las partes se comprometen a adelantar todas las gestiones necesarias para proceder a su liquidación en los términos aquí acordados, comenzando por someter a conocimiento de autoridad judicial competente los asuntos relativos a la fórmula de liquidación y a su aplicación. (Se subraya)*

En igual sentido manifestaron su voluntad las partes en la Cláusula Sexta del Acuerdo inicial, con la modificación introducida por la Cláusula Cuarta del texto acordado el 27 de marzo de 2017, en donde se indicó lo siguiente:

“CUARTO.- *Modificar el numeral SEXTO del ACUERDO PARA LA TERMINACIÓN Y LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 001 de 2010, el cual quedará así: 3 Teniendo en cuenta la terminación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, las PARTES presentarán como acuerdo conciliatorio ante el Tribunal de Arbitramento el presente acuerdo, junto con sus modificaciones, para aprobación de la fórmula de liquidación, incluyendo dentro del mismo, el desistimiento de las reclamaciones formuladas por las partes que se ventilan en el proceso arbitral (expedientes acumulados 4190 y 4209). Lo anterior, sin perjuicio de la aprobación que imparta cualquier otra autoridad judicial competente.”*

Así las cosas, las obligaciones referentes a la liquidación fueron sometidas a una clara condición: el sometimiento a la aprobación del Tribunal de la fórmula de liquidación.

7. Una vez surtida la Audiencia de Conciliación dentro del presente trámite arbitral, las partes no sometieron a aprobación del Tribunal las respectivas prestaciones y obligaciones relativas a la liquidación del Contrato, dando como resultado que el panel Arbitral haya declarado fallida la conciliación y haya decidido continuar con el proceso. La decisión de no someter a aprobación la liquidación del contrato se fundamentó en el desacuerdo que sobre el resultado de la fórmula arrojaba la liquidación, lo cual llevó a que mi representada no estuviese de acuerdo con realizar una liquidación en términos que claramente le serían desfavorables y que no consultaban la realidad de la nulidad absoluta del contrato y sus efectos económicos.
8. Como se evidencia en el Acta No. 45 del 3 de agosto de 2017, la partes en el curso de la audiencia de conciliación, se abstuvieron de someter a aprobación del Tribunal la fórmula de liquidación contenida en el Acuerdo de Terminación, motivo por el cual no se le impartió aprobación y se declaró fallida la audiencia. Así las cosas, los hechos futuros o condiciones a las que se sujetó el nacimiento de las obligaciones relativas a la liquidación, no acontecieron y por ende, al no verificarse el acaecimiento de la condición, no surgió la obligación pactada en modo condicional.
9. Este análisis previo al estudio de la nulidad resulta necesario pues no puede el Tribunal darle validez y/o tener como antecedente la fórmula de liquidación vertida en el “Acuerdo Para la Terminación y Liquidación del Contrato de Concesión No. 001 DE 2010”, dado que la misma no tiene validez jurídica y nunca se tornó vinculante por las consideraciones jurídicas atrás descritas.
10. Debe ponerse de presente que no obstante el vínculo contractual cesó en virtud del citado Acuerdo de Terminación que suscribieron las partes, no

puede olvidarse que tal acuerdo tuvo como causa las ordenes judiciales y administrativas que en su momento se emitieron por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio y del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, tal y como se indicó en la parte considerativa del acuerdo². De esta forma, la ANI mediante el convenio de terminación dio cumplimiento a las ordenes administrativas y judiciales proferidas, pues se dispuso de manera pura y simple la conclusión o terminación de la relación contractual.

11. Ahora bien, tal acuerdo de terminación no es óbice para que el Tribunal declare la nulidad del Contrato, la cual, por sus efectos connaturales, implicará igualmente la nulidad de todo acuerdo posterior a los hechos acaecidos que dieron lugar a la configuración de nulidad absoluta alegada oportunamente.

B. Configuración de la nulidad absoluta por objeto ilícito del Contrato de Concesión No. 001 de 2010

² “Luego de admitida la demanda y vinculados de oficio varios intervinientes al proceso constitucional, el 9 de febrero de 2017 el Despacho de conocimiento decretó medidas cautelares en el entendimiento de que resulta necesario superar el estado actual de incertidumbre jurídica en que se encuentra el Estado por causa de los actos de corrupción relacionados con el Contrato de Concesión No. 001 de 2010, por la importancia social y económica para la Nación de la obra de infraestructura vial Ruta del Sol II y por la prolongación indefinida de la suerte jurídica de este contrato. Fundamentó igualmente el decreto de dichas medidas porque las entidades públicas concernidas tienen la obligación de encarar de una vez los efectos jurídicos, técnicos, financieros y presupuestales que se generan sobre una obra pública de las características del proyecto Ruta del Sol II, debido a las evidencias que obran en el proceso “sobre la comisión de hechos de corrupción administrativa en la ejecución de una obra pública de las características de la Ruta del Sol Sector II”. También consideró el Tribunal que a la luz de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público y los principios que rigen la contratación estatal, algunos particulares se están lucrando institucionalmente y con dineros públicos por la comisión de los ilícitos mencionados. Que con base en estas consideraciones, el Despacho de conocimiento ordenó: i) suspender el contrato de Concesión, ii) requerir al Señor Presidente de la República para que designe la autoridad que administrará y tomará posesión del proyecto vial, para continuar la ejecución de las obras de infraestructura, iii) embargar las cuentas bancarias y dividendos obtenidos por la **CONCESIONARIA**, así como de las sociedades socias de esta, al igual que de las siguientes personas naturales involucradas en los sobornos y actos de corrupción, Gabriel García Morales, Luiz Antonio Bueno Junior, Luiz Antonio Mameri y Luiz Eduardo Da Rocha Soares, con el objeto de preservar los recursos con los que el Estado pueda verse abocado a indemnizar perjuicios por causa de las irregularidades relativas al contrato, los sobrecostos en que se incurrirá al retomar la obra pública, los costos que implica una nueva licitación y los perjuicios reputacionales ocasionados al sector de obras de infraestructura. El pasado 16 de febrero de 2017, el señor Superintendente de Industria y Comercio dentro de investigación administrativa preliminar que adelanta por las conductas que pueden afectar la libre competencia en el proceso de Licitación del Proyecto Ruta del Sol II, y con base en la necesidad inmediata de evitar que el derecho constitucional de la libre competencia se siga afectando, decretó medidas cautelares en el sentido de ordenar a la **ANI** dar por terminado el Contrato de Concesión de manera inmediata, y como consecuencia proceder a su liquidación en el estado en que se encuentre. Que las partes son conscientes de que mantener la vigencia del contrato generaría dificultades para la prestación del servicio, para la estabilidad del sistema financiero colombiano que brindó crédito para la ejecución del proyecto, así como para el cumplimiento del fin esencial de brindar la prestación pública del servicio. Que las partes son conocedoras que para dar cumplimiento efectivo a las órdenes dispuestas por el juez popular, al igual que para garantizar la correcta prestación del servicio público de transporte, resulta indispensable concluir el vínculo negocial anticipadamente.”

12. En la demanda de reconvención en su versión reformada, se lee claramente en el acápite de pretensiones principales que la ANI solicitó *“la nulidad absoluta, por adolecer de objeto ilícito y por haber sido celebrado con abuso y desviación de poder, del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, celebrado entre el entonces Instituto Nacional de Concesiones – INCO, posición contractual que hoy ostenta la Agencia Nacional de Infraestructura, y la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.,(…)”*
13. Por su parte, la Procuraduría General de la Nación en cumplimiento de su deber de protección del orden publico y la legalidad, mediante escrito de fecha 8 de febrero de 2017, solicitó *“que ante la flagrante, manifiesta y evidente nulidad absoluta del negocio jurídico, incluido dentro de este todos los otrosíes, fundamentos de esta controversia, se solicita al honorable Tribunal de Arbitramento que de manera inmediata se adopten las decisiones y se realicen las actuaciones necesarias para que se reconozca la existencia de esa nulidad absoluta y en consecuencia, se nieguen las pretensiones de contenido económico solicitadas por la parte convocante en su causa arbitral.”*
14. Sustentó su pedimento el Ministerio Publico en la causales de nulidad de los contratos estatales consagradas en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, así como en aquellas causales de nulidad de los contratos en derecho común, como lo es el objeto o causa ilícita, pues a su buen criterio, en el presente caso, la corrupción que se constató en la adjudicación del contrato dio paso al nacimiento de un negocio jurídico carente de validez.
15. Tales pedimentos de nulidad (tanto los de la ANI como los del Ministerio Público) se fundamentan en la ocurrencia de hechos o actos de corrupción ocurridos dentro de la licitación publica y la adjudicación del Contrato de Concesión objeto de análisis.
16. No hay duda alguna de que en el presente caso se ha configurado la nulidad absoluta del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 por los conocidos y aceptados hechos de corrupción que llevaron a la adjudicación del proceso de selección de la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009, que dio origen al Contrato de Concesión No. 001 de 2010.
17. Tal afirmación encuentra pleno respaldo probatorio y ha sido incluso asentida por la conducta procesal de la Concesionaria y sus socios, quienes a lo largo del trámite arbitral renunciaron a la defensa de la validez del contrato y abandonaron sus peticiones iniciales sobre controversias contractuales, a punto que, incluso, han realizados esfuerzos probatorios encaminados única y exclusivamente a debatir lo relacionado a las consecuencias económicas de la nulidad.

18. No obstante la claridad de los hechos (corrupción) y la aceptación de los mismos por parte de quienes integran el contradictorio³, conviene a efectos jurídicos, hacer una breve recapitulación de aquellas piezas procesales que demuestran la ocurrencia de los graves actos de corrupción que rodearon la adjudicación del Contrato No. 001 del 2010 y que por defecto influyen sobre la validez del mismo, tornándolo nulo absolutamente.
19. En el expediente reposan las siguientes piezas procesales:
- **Aceptación de cargos y sentencia anticipada del funcionario que adjudicó el Contrato de Concesión (Gabriel Ignacio García Morales)**
20. El 15 de enero de 2017 Gabriel Ignacio García Morales, ex Viceministro de Transporte y ex Gerente General (E) del Instituto Nacional de Concesiones - INCO, quién suscribiera el acto de adjudicación, Resolución No. 641 del 15 de diciembre de 2009, así como el contrato de Concesión No. 001 del 14 de enero de 2010, ante el Juez de Control de Garantías aceptó los cargos en su contra formulados por el delito de cohecho impropio, en concurso con interés indebido en celebración de contratos y enriquecimiento ilícito.
21. Como resultado de la aceptación de cargos se profirió sentencia penal condenatoria en firme, donde claramente se demostró la ocurrencia de los graves hechos de corrupción por la confesión y aceptación hecha por parte de unos de los autores directos de los actos ilegales que condujeron a la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

La Sentencia proferida por el Juzgado 31 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá de fecha 12 de septiembre de 2017, dispone de manera clara:

“Interés del que no existe duda alguna, no lo por los señalamientos inequívocos efectuados por los ciudadanos Brasileños, sino por la prueba documental obrante en la actuación donde se evidencia el resultado final de la tarea materializada en la citada Resolución No. 641 del 15 de diciembre de 2009, “por la cual se adjudica el Sector 2 de la

³ El Concesionario al dar contestación a la demanda de reconvención reformada en donde se incluyó como pretensión principal la declaratoria de nulidad absoluta del contrato por objeto o causa ilícita y/o haber sido celebrado con abuso y desviación de poder, asintió de forma indirecta y reconoció que la corrupción en la adjudicación del contrato y sus consecuencia penales son “hechos conocidos y de publico conocimiento” que “fueron tomados por las partes como consideración para acordar la terminación del contrato (...)”. Adicionalmente, en la contestación a la demanda de reconvención en su versión reformada, no se adujo ni un solo argumento o excepción encaminada a defender la validez del Contrato No. 001 de 2010 o a refutar la existencia de actos de corrupción que invalidan desde su génesis el vínculo contractual. De esta forma, así fuese de manera pasiva, la Concesionaria asintió a los cargos de nulidad o, en el peor de los casos, aceptó los supuestos fácticos que configuran la invalidez del Contrato de Concesión.

*Licitación Pública SEA-LP-001-2009” **DONDE SE ADVIERTE QUE GARCÍA MORALES SIN MAYORES ARGUMENTOS** descartó a otros proponentes y adjudicó la licitación a ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIO RUTA DEL SOL S.A.S. representado legalmente por LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR cumpliendo así el compromiso fraguado desde mayo de 2009.*

***Los altos directivos de Odebrecht no tuvieron ningún miramiento a la hora de señalar categóricamente a GARCÍA MORALES, como responsable de la escogencia subjetiva de su consorcio para adjudicarle la licitación aludida; señalaron pormenorizadamente circunstancias de modo, tiempo y lugar como se produjeron sus encuentros y las componendas efectuadas todas dirigidas para que la licitación les fuera adjudicada; para ello recibieron de GARCÍA MORALES no solo la asesoría necesaria sino también la promesa de que nadie se interpondría en el camino para que el contrato les fuera adjudicado por él mismo, lo que en efecto ocurrió** (negrillas y subrayas del texto)”*

22. Adicionalmente, el señor Gabriel Ignacio García Morales al rendir testimonio dentro del presente tramite arbitral ratificó la existencia de actos de corrupción en la adjudicación y celebración del Contrato de Concesión objeto de este litigio arbitral.

Por la importancia del testimonio, el mismo se transcribe extensamente:

“DR. ARANGO: Díganos todo lo relativo a su nombre, estado civil, los generales de ley, relaciones con las partes en este proceso y todo lo que sepa sobre el tema concreto al cual se va a referir en su declaración y al cual corresponde esta diligencia?

(...)

He dado información en relación a los otros involucrados en lo que tuvo que ver con dicha adjudicación, de manera que cualquier detalle que no alcance yo a expresar en esta reunión está en las declaraciones que hice ante la Fiscalía General de La Nación en los interrogatorios y en las declaraciones que he hecho ante la Procuraduría General de La Nación en más de 6 ocasiones. Los delitos que cometí se dieron en medio del proceso de adjudicación de Ruta del Sol sector 2, fui el encargado de en ese entonces Instituto Nacional de

Concesiones alrededor del 20 de septiembre de 2009 cuando ya los pliegos se encontraban cerrados y cuando ya el proceso estaba solamente para recibir propuestas y proceder a la adjudicación.

(...)

A lo cual tengo que reconocer que, a pesar de que yo tenía una inhabilidad, no fui lo suficientemente contundente y permití que la inapropiada propuesta se ampliara y se iniciara una relación que hoy reconozco como indebida, en la medida en que yo tenía en mi competencia una adjudicación en la cual él ya está siendo beneficiario y esta relación...

SR. GARCÍA: Ya siendo gerente encargado del INCO tuve varias conversaciones con él, tuve esa conversación indebida en la cual, primero, se me hizo la oferta futura de una vinculación, etcétera, y reconozco que no he debido dejar que esa conversación avanzara, porque yo tenía dentro de mi competencia una adjudicación que los beneficiaba a ellos y esto podría constituir en el futuro un interés indebido en la celebración de contratos.

Pero en ese momento no se me requirió ninguna intervención ni ninguna tarea específica como retribución por esa pre oferta, diría yo. En desarrollo de esas conversaciones llega un momento en que el señor Luiz Bueno me manifestó que a él le preocupaba mucho que en Colombia había muchas quejas con los procesos licitatorios y que ellos lo único que querían era que se les diera un tratamiento justo y equitativo en cumplimiento de la ley de los pliegos, me manifestó que ellos, por su competencia técnica, pero además por su capacidad financiera y con el socio que tenían en Colombia que era el grupo Sarmiento, consideraban ellos que tenían la mejor oferta posible.

Luego, en una reunión clandestina que tuvimos, él me hizo una oferta concreta de que, si yo me aseguraba de que no hubiera intervenciones indebidas en el contrato, ellos estaban dispuestos a darme una compensación, digo compensación, porque los términos en que lo refirió eran esos, yo reconozco que no era más que un soborno disfrazado de una buena expresión, pero su solicitud fue en términos de que se acogiera lo que estaba establecido en los pliegos y que se respetara el proceso licitatorio como tal. Esto fue después de presentadas

las propuestas, que ellos tenían la total seguridad de que difícilmente alguien podía competir con ellos en esas condiciones.

Posteriormente, cuando salió el primer informe de evaluación él me ratifica diciendo que los otros 2 proponentes, algunos habían cometido no solamente errores, sino falsedades y otro proponente, específicamente OHL había cometido un error en la presentación de la propuesta, o no un error, sino una decisión que le restaba puntos en la calificación técnica, él en todo momento insistió en que yo debía acoger lo que estuviese respaldado por la Procuraduría y la Contraloría de ese entonces y para efectos de esta evaluación yo determiné crear mediante resolución un grupo asesor especial conformado por diferentes especialistas.

Recuerdo específicamente la participación del doctor Ricardo Hoyos en los temas de derecho administrativo, recuerdo la participación del doctor Gustavo Bueno en temas comerciales, recuerdo a otros expertos, si mal no recuerdo estaba una abogada Alessia Abello de Posse Herrera en ese comité, estaba el director de infraestructura para América Latina de la IFC, Richard Cabello, entre otros. Esa información yo se la suministré a la Procuraduría, las copias que tenía se las entregué a la Procuraduría, así que próximamente podré tener copia y se las haré llegar.

La función de ese comité asesor era dirimir diferencias o inquietudes que se presentaran al interior del comité evaluador, porque en todo momento lo que se esperaba de esa evaluación es que fuera consensuada, es decir, que no hubiese ninguna diferencia de alguno de los miembros, ese comité conceptuó sobre aquellas cosas en las que tuvo duda el comité evaluador, específicamente la razón por la cual las personas de OHL quedaban descalificadas, el comité aceptó las recomendaciones de ese consejo asesor, porque los conceptos de ese comité no son vinculantes, pero el comité evaluador decidió aceptar.

El resultado final, luego de haber recibido todas las observaciones e inquietudes por parte de los participantes, de la Procuraduría y de la Contraloría, era que quedaba adjudicada a Odebrecht, al consorcio en el cual participaba Odebrecht. De manera que la intención que él tenía era, en sus palabras, que algunos de los participantes tuvieran influencias

indebidas como las que él mismo estaba realizando, como se lo he narrado a la Fiscalía, para efectos de esa adjudicación también le solicité al señor Luiz Bueno que me diera un concepto personal, porque uno de los eventos que me ocurrió con él fue que en algún momento los medios diseminaron el rumor de que eso iba a ser adjudicado a los señores Nule, quienes ya habían sido incluso descalificados por parte del comité evaluador.

Frente a eso, él en alguna reunión me manifestó que tuviera presente que, si ellos no eran adjudicatarios, iban a demandar ante el Consejo de Estado, a lo cual yo respondí que era su derecho, pero también me dijo que me demandaría a mí penalmente por celebración indebida de contratos, dado que ellos tenían la total seguridad de que ellos ganaban esa propuesta por los aspectos técnicos y jurídicos. Frente a eso, días más tarde, frente a mi preocupación de que yo pudiera estar en medio de una disputa jurídica, le solicité extraoficialmente de manera clandestina que necesitaba el concepto de un abogado sobre la legalidad de dicha adjudicación, todo esto frente a la advertencia que él me hizo sobre la presunta denuncia penal.

Él me puso un listado de abogados que eran o de planta o asesores de Corficolombiana, entre los cuales yo escogí a un abogado y el día de la audiencia de la adjudicación recibí de manera clandestina ese concepto, yo ese concepto lo guardé y lo aporté a las entidades que ya he mencionado, es un concepto que, como la Fiscalía pudo probar, efectivamente fue pagado por Corficolombiana y era un abogado que tenía una relación de tiempo atrás con Corficolombiana, yo escogí ese abogado simplemente porque reconocía su prestigio profesional, no lo conocía personalmente, pero conocía la trayectoria de su carrera.

DRA. HOYOS: Hubo algo que no entendí bien y es lo relacionado con el concepto que usted pide del doctor Hugo Palacios. Nos puede precisar por qué usted pide ese concepto y qué dice el mismo?

SR. GARCÍA: Sí, no solo se lo puedo precisar, sino que le puedo hacer llegar copia del concepto, en el proceso de adjudicación hubo una carta que, si mal no recuerdo, salió del comité evaluador el 19 de noviembre de 2009 en donde lo que se dice es que hay algunos temas subsanables y se les dice a

los participantes que hay una serie de elementos subsanables que debían proporcionar y al final, hay un párrafo que dice que, de no entregar dicha información en el término de tantos días, su propuesta será rechazada.

El señor Luiz Bueno en primera instancia entendió eso como que había un interés de rechazarlo, no sé si el procedimiento en Brasil sea sustancialmente diferente, pero él lo sintió como una amenaza, así que llega a mi oficina y me dice que yo estoy poniendo en riesgo no solamente las inversiones y gastos que ellos han hecho en materia del lobby, sino que además estoy poniendo en riesgo unos aportes a la campaña de Santos Presidente, a lo cual ellos se habían comprometido como resultado de dicha adjudicación.

Ahí es cuando me dice que ellos demandarían, que sus jefes y socios me mandan a decir que no solamente ellos demandarían la adjudicación, sino que me denunciarían penalmente por celebración indebida de contratos, si yo no acogía la evaluación o los términos en que el comité evaluador lo estaba sugiriendo, en otras palabras, que no fueran ellos los adjudicatarios. Frente a esa amenaza, muchos días más tarde en la audiencia de adjudicación, este proceso se adjudicó en 2 sesiones de audiencia de adjudicación en el 14 y 15 de diciembre.

DR. GONZÁLEZ: Usted tuvo conocimiento de comentarios de funcionarios de Odebrecht o del consorcio o de cualquiera de los socios vinculados o al consorcio o a la sociedad en el sentido de que esas platas que se pagaron por sobornos iban a salir del mismo contrato de concesión?

SR. GARCÍA: No, todo lo contrario, siempre se me indicó que, dentro de su modus operandi, Odebrecht destinaba como costo de las nuevas propuestas un monto que no salía del contrato, que no hacía parte ni de la fiducia ni del contrato, que eran recursos que ni siquiera estaban en el país como efectivamente se pudo demostrar, que eran recursos que estaban en el exterior y que ellos destinaban a través de la oficina de estructuraciones para gestionar este tipo de contratos, de manera que en esos recursos de los cuales giraban a los que ellos llamaban lobistas, pero también giraban para sobornos a los funcionarios, como es mi caso.

Pero siempre se me dijo que esa plata no salía de los contrato y de hecho, si ustedes pueden comparar los giros que se hayan hecho en la fiducia, no debe haber ningún giro relacionado con esos montos que se giraron y a mí siempre se me dijo que esos eran dineros que la empresa destinaba como parte de su promoción para lograr los objetivos de participar en las licitaciones y lograrlas. También se me habló mucho de la influencia que ellos tenían sobre el... y que dentro de la estrategia del gobierno brasilero de internacionalizar las compañías de ingeniería, el banco nacional le daba créditos subsidiados y a veces no reembolsables para promocionar la participación de estas empresas en el exterior.

DR. VICUÑA: Usted firmó el contrato de concesión Ruta del Sol 2?

SR. GARCÍA: Yo firmé el contrato de concesión, sí.

DR. VICUÑA: Usted firmó a sabiendas de que iba a recibir esa plata?

SR. GARCÍA: Sí, cuando firmé el contrato no había recibido nada, no tenía ninguna garantía, ni documentos ni pagarés, pero sí había la expectativa de recibir un soborno a futuro, aunque mi encargo en el INCO terminó el 20 de enero y yo me retiré del Viceministerio a principios de abril, cuando yo me retiré del INCO y vi que ellos no contactaban a Enrique, llegué a pensar que habían incumplido, pero sí tenía la expectativa cuando firmé el contrato de recibir un soborno.

DR. VICUÑA: Al estilo de las preguntas de la Agencia, a usted le pagaron básicamente por cumplir con su deber?

SR. GARCÍA: Eso es lo que he entendido que se denomina cohecho impropio, que en cumplimiento de mi deber reciba sobornos, a pesar de estar cumpliendo con mi deber.

DR. SANABRIA: Le había preguntado acerca de su entendimiento cuando celebró el contrato de concesión número 001 de 2010, usted me había dicho que ya lo había celebrado previo un acuerdo con los señores de Odebrecht para recibir una contraprestación por lo que en su momento habían acordado. Usted ha señalado que el acuerdo consistía en que se cumpliera la ley, en que no hubiese ninguna interferencia. Puede deducirse de esas respuestas anterior que ese acuerdo

al que usted llegó con una remuneración, en sus palabras, con un soborno era para que nadie se atravesara en la adjudicación?

SR. GARCÍA: Sí, en los términos en que lo conversé con ellos era que no hubiera ninguna interferencia indebida en el normal transcurso del proceso licitatorio, dado que ellos consideraban que ellos eran los únicos habilitados y, por lo tanto, los beneficiarios de la adjudicación.

DR. SANABRIA: Para ese momento usted nos puede recordar en qué etapa se encontraba la respectiva licitación pública?

SR. GARCÍA: Ya estábamos en la etapa para recibir las propuestas, un mes antes de la recepción de propuestas.

DR. SANABRIA: En consecuencia, a partir de ese momento ya existía el acuerdo al que usted había llegado con las sociedades Odebrecht?

SR. GARCÍA: No, el acuerdo se hizo durante el mes de octubre, fue cuando se empezó a concretar el acuerdo.

DR. SANABRIA: Luego, para el momento en que se produce la adjudicación ya estaba en vigencia ese acuerdo verbal al que usted había llegado con las personas de Odebrecht?

SR. GARCÍA: Sí, el acuerdo verbal, correcto.

DR. SANABRIA: Me pareció entenderle que no se cuadró o no se acordó una suma fija por ese valor o el acuerdo incluía esa suma?

SR. GARCÍA: No, es que estas son unas conversaciones que dan en unas condiciones de clandestinidad y el señor Luiz Bueno no hablaba muy bien español, en esas conversaciones él nunca habló de una suma como la que terminó siendo, era eso a lo que me refería, él en la última conversación que tuvimos ya en diciembre previo a la adjudicación lo único que me dijo que iba a mejorar las condiciones, pero nunca me especificó el monto."

23. La aceptación de la comisión del delito en la adjudicación y celebración del Contrato por parte del funcionario encargado al efecto, es más que suficiente para declarar la nulidad absoluta pretendida en reconvención.

- **Declaración rendida por Enrique José Ghisays Manzur**

24. En la declaración rendida en este proceso, el testigo Enrique José Ghisays Manzur aceptó que recibió los recursos provenientes del soborno y sirvió como intermediario para la recepción y lavado de los mismos.

Dijo el testigo:

“SR. GHISAYS: Lo que quiero decir es que todos los pagos se iniciaron en marzo de 2010, después de la adjudicación.

DRA. HOYOS: Cuál era su relación con el viceministro García Morales?

SR. GHISAYS: Amigos de la infancia.

DRA. HOYOS: Una vez que usted recibió los pagos qué hizo con ellos?

SR. GHISAYS: Luego, se abrió una cuenta en el banco UBS en Miami, se transfirió la plata y de ahí se hicieron ciertos pagos que me instruía Gabriel, había unos giros a unos proveedores de mi empresa.

DRA. CONTRERAS: Usted nos acaba de manifestar que va a allegar una serie de información en extractos bancarios y también nos ha hecho referencia a que usted se comunicó con una persona que se identificaba como Tushio. Sabe usted cuál es el nombre real de esa persona que se hacía llamar Tushio?

SR. GHISAYS: Antes le comento que todos esos documentos están en la Procuraduría, el nombre de Tushio es Luiz Eduardo de Rocha Soares, pero yo siempre lo conocí como Tushio...

DR. DE VEGA: Yo simplemente quisiera confirmar lo que entendí de sus declaraciones en el sentido de que ese pago al que usted se refirió muy claramente de 6.5 millones de dólares fue fruto de lo que se pudiera llamar comisión de éxito, coima o soborno por la adjudicación del contrato de Ruta del Sol 2?

SR. GHISAYS: Correcto.

DR. DE VEGA: Es decir, rotundamente así fue?

SR. GHISAYS: Correcto.

DR. DE VEGA: Básicamente, le hecho de que hubo un pago de 6.5 millones de adjudicación es el hecho fundamental por el cual el doctor García y usted mismo fueron condenados, cierto?

SR. GHISAYS: Correcto.”

- **Declaración de Luis Antonio Bueno Jr rendida ante la Fiscalía el 28 de abril 2017**

25. La referida declaración fue allegada al expediente mediante Oficio del 6 de abril de 2018 de la Procuraduría General de la Nación, en donde, en cumplimiento de una orden impartida por el Tribunal, se anexaron diversas piezas procesales de las declaraciones de los implicados en los hechos de corrupción, piezas procesales a las que ha tenido acceso el Ministerio Público en cumplimiento de sus funciones.

En dicha declaración el Señor Luis Antonio Bueno Jr relata la forma como se concertó el pago de las coimas y manifiesta que tales hechos fueron debidamente concertados entre los socios de la Concesionaria.

- **Sentencia de fecha 6 de diciembre de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la acción popular promovida por la Procuraduría General de la Nación**

26. Entre otras muchas consideraciones y decisiones adoptadas por el juez de la acción popular que tienen relevancia e importancia en el presente arbitraje, se destaca que el Tribunal analizó y valoró algunos de los medios probatorios obrantes en este proceso arbitral, concluyendo que efectivamente existió una vulneración a los derechos colectivos de la moralidad administrativa, respeto al patrimonio público y la libre competencia.

A pesar de que este fallo no se encuentra en firme, constituye un importante elemento de juicio que debe ser tenido en cuenta por ese Honorable Tribunal de Arbitraje al momento de estudiar la nulidad absoluta del Contrato de Concesión objeto de este litigio.

- **Resolución No. 67837 del 13 de septiembre de 2018 proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio “Por medio de la cual se abre una investigación y se formula un pliego de cargos” en contra de los socios de la Concesionaria Ruta del Sol y otros**

27. La SIC en el Pliego de Cargos No. 67837 del 13 de septiembre de 2018 estableció la existencia del soborno ofrecido y pagado a Gabriel García

Morales con la finalidad de garantizar las condiciones del proyecto Ruta del Sol y del Proceso de Licitación Pública SEA-LP-001-2009 se mantuvieran con irrazonable rigidez durante la adjudicación, el cual señaló como un comportamiento restrictivo de la libre competencia económica.

Concluyó la Entidad Administrativa:

“De conformidad con el material probatorio recaudado, GRUPO AVAL no habría participado en el soborno ofrecido y pagado a GABRIEL GARCIA MORALES, pero sí habría abundante material probatorio para determinar que sus controladas CORFICOLOMBIANA Y EPISOL sí habrían celebrado un acuerdo anticompetitivo o colusorio con GABRIEL GARCIA MORALES a través de las actuaciones de sus más altos directivos.

(...)

según las pruebas disponibles hasta este momento procesal, el reembolso del soborno a GABRIEL GARCIA MORALES fue sufragado con recursos pagados por la ejecución del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 celebrado entre INCO y la CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S, específicamente mediante los pagos que realizó el consorcio constructor CONSOL”.

Más adelante, indicó la Superintendencia en la mencionada resolución que:

“de acuerdo con la evidencia obrante en el expediente, no obstante que el pago del soborno fue realizado por ODEBRECHT, ello ocurrió con el conocimiento y aquiescencia de JOSÉ ELIAS MELO ACOSTA (entonces Presidente de CORFICOLOMBIANA), quien además adquirió el compromiso de rembolsar parte de dichos costos, con cargo a la ejecución del contrato de concesión en proporción de su participación en el negocio.

(...)

LUIZ ANTONIO BUENO JR expresó sobre el particular lo siguiente:

(...), después yo estuve con JOSÉ ELIAS MELO ACOSTA de CORFICOLOMBIANA, le reporté sobre la reunión con GABRIEL GARCIA MORALES, la solicitud de GABRIEL, él igualmente me autorizó a seguir adelante. Esa reunión se hizo en la oficina de él en CORFICOLOMBIANA, pero el tenía una

dificultad con el tema de ética corporativa (compliance) del GRUPO AVAL, entonces nosotros nos pusimos de acuerdo en que ODEBRECHT haría los pagos a GABRIEL GARCIA y posteriormente en el desarrollo, a lo largo del proyecto de construcción, nosotros íbamos a dividir los costos de los 6.5 millones de dólares que se le pagarían a GABRIEL GARCIA, (...) la división era directamente proporcional con el porcentaje de participación de cada uno en el proyecto (...)"

Concluyó la SIC que:

"en el marco de la campaña ilegal encaminada a favorecer a las empresas investigadas, GABRIEL GARCIA MORALES solicitó a ODEBRECHT la presentación de un concepto que avalara su controvertida decisión de inhabilitar a todos los competidores de la estructura plural en la que participo esa compañía. Para atender a esa ilegal petición, ODEBRECHT acudió a su habitual socio, CORFICOLOMBIANA, quien se encargó de gestionar la elaboración del documento y, posteriormente, de entregarlo furtivamente para consolidar la contraprestación que las compañías referidas habían exigido a GABRIEL GARCIA MORALES a cambio del soborno que le ofrecieron y que luego pagaron".

28. Por todo lo anterior, la SIC evidenció que los comportamientos de todos los involucrados restringió la libre competencia económica en el proceso de licitación pues además del carácter oculto de su realización y de las consecuencias que generó, es obvio que impidió condiciones de igualdad entre los proponentes y eliminó de tajo la posibilidad de que la entidad contratante realizara una selección objetiva entre los oferentes.
29. Son abundantes las piezas procesales que demuestran la gravedad de los hechos de corrupción que tuvieron una clara y directa incidencia en la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 cuya validez es materia de estudio en el presente caso. No es necesario ahondar en disquisiciones jurídicas sobre la causalidad y efectos de los actos de corrupción ni adentrarse a debatir argumentos caprichosos que tratan de mitigar y aminorar la gravísima situación de corrupción que rodeó la adjudicación del contrato, pues es indudable que en el presente caso se concertaron acuerdos ilegales, se hicieron pagos de coimas y se materializaron un sinnúmero de delitos entorno a la adjudicación del contrato, a tal punto que, el propio Gerente de la Entidad Concedente (INCO) y quien adjudicó el Contrato, confesó los actos de corrupción y fue condenado por tal hecho punible. Igualmente, es palmario que los hechos que aquejaron la

adjudicación fueron propiciados por algunos los entonces proponentes, hoy socios del Concesionario.

30. La institución de la nulidad absoluta del contrato estatal se fundamenta en la necesidad de darle vigencia y arraigo al principio de legalidad, que rige toda actuación administrativa, incluida la actividad contractual del estado. Por ello, se sanciona con nulidad absoluta cualquier irregularidad del contrato que conlleve la transgresión de las normas sobre la capacidad para contratar, los principios que orientan la contratación pública y los abusos del poder, entre otros.

Así, la Ley 80 de 1993, en su artículo 44, consagra como causales de nulidad absoluta del contrato estatal las siguientes:

“Artículo 44°.- De las Causales de Nulidad Absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

1. Se celebren con personas incurras en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;

2. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal.

3. Se celebren con abuso o desviación de poder.

4. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y

5. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta Ley.”

31. El juicio sobre la nulidad absoluta del Contrato Estatal se encuentra consagrado y regulado en el citado artículo 44, norma que debe entenderse complementada por las causales de nulidad de los contratos en el derecho común, lo cual implica integrar las normas sobre los requisitos para obligarse consagrados en el artículo 1502 del Código Civil, el artículo 1741 del mismo Código y lo dispuesto en el artículo 899 del Código de Comercio, en consonancia con el artículo 13 del mismo Estatuto. Así, a la hora de estudiar y determinar si un Contrato Estatal se encuentra viciado de nulidad absoluta, habrá que verificar si se configura alguna de las causales establecidas tanto en la Ley 80 de 1993, como en el Código Civil y el Código de Comercio.

32. Los supuestos fácticos aducidos y debidamente probados en el presente tramite arbitral (graves hechos de corrupción), conllevan inevitablemente a la nulidad absoluta del contrato, bien sea por la existencia de un objeto o causa ilícita, por haberse celebrado con abuso o desviación de poder o, incluso, por haberse celebrado contra expresa prohibición constitucional o legal.
33. El Código Civil en su artículo 1519 establece que *“Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto”*, norma esta consonante con lo establecido en el artículo 1523 la cual enseña que *“Hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes.”* El Código de Comercio, del mismo modo, señala en su artículo 899 que será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos: 1) Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa; 2) Cuando tenga causa u objeto ilícitos, y 3) Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz.
34. Lo anterior se materializa en punto de la contratación estatal en que, se podrá predicar la existencia de un objeto o causa ilícita en aquellos eventos en donde se transgrede una prohibición genérica o una prohibición implícita del estatuto contractual, como aquellas que se desprenden de los principios que rigen la contratación publica.
35. Ha sostenido sobre la nulidad por objeto ilícito nuestra jurisprudencia Contencioso Administrativa lo siguiente⁴:

“sí se desacata una prohibición genérica o una prohibición implícita del estatuto contractual, el contrato será absolutamente nulo por violar el régimen legal pero la causal no será la enlistada en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 sino una diferente según el caso.

En consecuencia, cuando la ley de contratación estatal dispone que en el proceso de selección del contratista debe tenerse en cuenta el principio de transparencia y el deber de selección objetiva, la elusión de estos mandatos comporta una transgresión al orden legal que conduce a la nulidad absoluta del contrato.

Si lo primero, es decir no se observa el principio de transparencia, se genera una nulidad absoluta por objeto ilícito porque de acuerdo con el derecho común esto es lo que se configura en todo acto que contraviene al derecho público; si lo

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, subsección C, 24 de Marzo de 2011, Radicación número: 63001-23-31-000-1998-00752 01(18118).

segundo, esto es se incumple el deber de selección objetiva, se produce una nulidad absoluta por celebrarse el contrato con abuso o desviación de poder.

(...)

La violación del principio de transparencia y del deber de selección objetiva determina la nulidad absoluta del mencionado contrato ya que por lo primero se configura un objeto ilícito y por lo segundo un abuso o desviación de poder, nulidad esta que no puede ser saneada por ratificación de las partes”

36. Casos de corrupción en materia de contratación podrían encausarse dentro de la causal de nulidad por objeto o causa ilícita, pues claramente constituyen una transgresión al derecho publico de la Nación, al violentar los principios que rigen la contratación publica y desconocer los cánones generales del derecho.
37. El numeral segundo del artículo 44 de la ley 80 de 1993 prevé que los contratos estatales que sean celebrados con abuso o desviación de poder están viciados de nulidad absoluta.
38. La jurisprudencia ha entendido que la desviación de poder se presenta cuando:

“Esta causal, entre otras cosas, constituye para la Sala un supuesto de “causa ilícita”, prevista en el art. 1524 del código civil, pues según esta norma la causa es el motivo que induce a la celebración del acto o contrato, y causa ilícita es aquélla que contraría la moral, las buenas costumbres, el orden público y en general la prohibida por la ley –art. 1524-.

En este orden de ideas, toda desviación de poder, y en especial el supuesto analizado en este proceso, se involucra con la causa ilícita del negocio, es decir, que aquélla figura se contiene en ésta. Incluso, si el numeral 3 del art. 44 no hubiera contemplado esta causal de nulidad, en forma independiente, de todas maneras obrar con desviación de poder generaría el vicio de nulidad del negocio, según lo dispuesto en los arts. 1524 y 1741 del CC., además de lo dispuesto en el art. 899.2 del Co. de Co., normas estas aplicables a los contratos estatales, según ya se dijo.”⁵

En otra decisión el Consejo de Estado señaló:

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 22 de marzo de 2007, Exp: 28010.

“Pero adicional a lo anterior, al hablar de abuso o desviación de poder también deben tenerse en cuenta las causales de nulidad previstas en el régimen común, es decir las consagradas en los artículos 1740 a 1742 del Código Civil, así como también las de los artículos 899 y 900 del Código de Comercio.

Según lo establecen el artículo 1741 del Código Civil y el No. 2º del artículo 899 del Código de Comercio, hay nulidad absoluta en todo contrato que tenga objeto o causa ilícitos.

Luego, si se entiende que la causa es “el motivo que induce a la celebración del acto o contrato, que la causa ilícita es aquella contraria a la moral, las buenas costumbres, el orden público y en general la prohibida por la ley – art. 1524-.” y que la desviación o abuso de poder se configura cuando un funcionario público celebra un contrato con fines diversos a los previstos en la ley, debe entenderse también que la desviación o abuso de poder igualmente se encuadra en la causal de nulidad absoluta del contrato por causa ilícita prevista en el derecho común.”⁶

39. De esta forma, la corrupción como hecho ilícito que vicia el contrato, puede ser catalogada como un acto desviación o abuso del poder, pues no obstante se cumplen las formalidades de procedimiento y sin incurrir en violación de la ley, se instrumentalizan los poderes o atribuciones con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales, en detrimento de la legalidad y el ordenamiento jurídico. Por ello, un acto de corrupción como el aquí constatado, con independencia de sus efectos finales e incidencia sobre el resultado de la adjudicación, constituye un claro caso de celebración de un contrato *con abuso o desviación de poder*, al haberse trastocado y desdibujado las finalidades buscadas con la contratación.
40. Teniendo en cuenta que en el presente caso la sociedad Convocante ha alegado una supuesta caducidad para reclamar la nulidad absoluta del contrato, es necesario pronunciarse sobre tal materia, no obstante que ese tema ya fue definido por el propio Tribunal mediante el Auto No. 42 del 8 de febrero de 2017, en donde se despachó de manera desfavorable el recurso de reposición interpuesto contra el Auto que admitió la demanda de reconvención en su versión reformada.
41. En relación con la oportunidad o el término para demandar la nulidad absoluta del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, es claro que la

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 27 de enero de 2016, Exp 49847

norma aplicable es la consagrada en el literal J) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, que dispone que *“Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento. **En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente.**”*

42. De esta manera, puede demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras el mismo se encuentre vigente, lo cual indica que, incluso, superados los dos años posteriores al perfeccionamiento del contrato, la nulidad absoluta se abre paso siempre y cuando la misma sea invocada dentro de la vigencia del vínculo contractual. En el presente caso, sabido es que la nulidad absoluta del contrato fue solicitada a través de la demanda de reconvención en su versión reformada, cuya presentación se realizó mientras el Contrato de Concesión se encontraba vigente e incluso antes de la terminación del mismo. Basta con confrontar las fechas de radicación de la reforma de la demanda de reconvención (18 de enero de 2017) y la fecha alusiva a la terminación del contrato (22 de febrero de 2017).
43. De aceptarse la tesis que en su momento expuso la Concesionaria acerca de que la normatividad aplicable para pretender la nulidad absoluta del Contrato era la contenida en el anterior Código Contencioso Administrativo, normatividad según la cual el término máximo para pretender dicha nulidad era el de cinco (5) años contados a partir del perfeccionamiento del Contrato, se llegaría a la curiosa situación de que las pretensiones de la Concesionaria relacionadas con un supuesto desequilibrio económico del Contrato no habrían caducado, mientras que las pretensiones de la ANI, encaminadas a que se imponga la máxima sanción de ineficacia negocial como consecuencia de notorios actos de corrupción, habría caducado, lo cual es francamente inaceptable.
44. A lo anterior debe agregarse que los hechos de corrupción ocurridos en la adjudicación y celebración del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, solamente se conocieron en el mes de diciembre de 2016, circunstancia plenamente probada en el proceso, por lo que mal podía exigirsele a la ANI que la demanda encaminada a que se declarara la nulidad absoluta del mismo, se promoviera en una fecha anterior; la razonabilidad y la lógica imponen concluir que, en el peor de los casos, el término de cinco (5) años para pretender la invalidación del Contrato empezaron a contarse una vez se tuvo conocimiento de los graves hechos de corrupción.
45. En todo caso, debe tener presente ese Honorable Tribunal de Arbitraje que si las pretensiones de la demanda inicial formulada por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. se presentaron en tiempo, la facultad

para decretar de oficio la nulidad absoluta del Contrato se encuentra plenamente vigente, por lo cual no existe obstáculo jurídico alguno para que se invalide en mencionado vínculo negocial.

CAPÍTULO SEGUNDO

LAS CONSECUENCIAS ECONÓMICAS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD

El segundo aspecto litigioso que debe resolver ese Honorable Tribunal es el que atañe con las consecuencias económicas que se derivan de la nulidad absoluta del Contrato objeto de este proceso.

A. Marco normativo aplicable al presente asunto

46. Definido como ha quedado que el Contrato de Concesión No. 001 de 2010 es absolutamente nulo, corresponde, entonces, determinar cuáles son las consecuencias de la invalidación de dicho negocio jurídico, específicamente en lo que toca con las eventuales restituciones, reembolsos, reconocimientos y/o pagos que correspondan.
47. Al respecto, es sabido que en este particular tópico tienen relevancia tres normas que regulan las consecuencias de la nulidad de un contrato estatal por objeto y/o causa ilícita, en especial en aquellos casos en que la adjudicación y celebración del mismo ha sido fruto de actos de corrupción, como acontece en el presente asunto.
48. La primera de dichas normas es el artículo 1525 del Código Civil, disposición que es del siguiente tenor:

“Artículo 1525. No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas.”

49. La segunda norma que tiene relevancia para estos fines es el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, norma que nos enseña que “

“ARTÍCULO 48. DE LOS EFECTOS DE LA NULIDAD. La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria.

Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y

únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público.”

50. Finalmente, la tercera norma -cuya expedición, por cierto, ha sido bastante discutida- que regula las consecuencias patrimoniales de la nulidad absoluta de un contrato estatal, es el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, modificatorio del artículo 32 de la Ley 1508 de 2012, disposición que, como se sabe, ya fue objeto de un pronunciamiento de constitucionalidad en sentencia C-207 de 2019 proferida por la Corte Constitucional.

Esta norma es del siguiente tenor:

“Artículo 20. *Modifíquese el artículo 32 de la Ley 1508 de 2012, el cual quedará así:*

Artículo 32. Terminación anticipada. En los contratos que desarrollen Proyectos de Asociación Público Privada, se incluirá una cláusula en la cual se establezca la fórmula matemática para determinar las eventuales prestaciones recíprocas entre las partes a las que haya lugar para efectos de terminarlos anticipadamente por mutuo acuerdo o en forma unilateral.

Parágrafo 1°. En los contratos de Asociación Público Privada suscritos o que se suscriban, cuando una autoridad judicial declare la nulidad absoluta del contrato estatal, o cuando una autoridad administrativa o judicial o la respectiva entidad estatal contratante ordene su terminación originada en una causal de nulidad absoluta, en la liquidación se deberá reconocer el valor actualizado de los costos, las inversiones y los gastos, ejecutados por el contratista, incluyendo los intereses, menos la remuneración y pagos recibidos por el contratista en virtud del cumplimiento del objeto contractual. Estos factores serán actualizados con el Índice de Precios al Consumidor (IPC) histórico desde el momento de su ocurrencia, hasta el mes inmediatamente anterior a la fecha de la liquidación.

Los reconocimientos a que haya lugar deberán cumplir con los siguientes criterios, los cuales serán validados por la interventoría o por un tercero experto:

- 1. Hayan sido ejecutados, total o parcialmente, para contribuir a satisfacer el interés público.*

2. Estén asociados al desarrollo del objeto del contrato.

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

4. No correspondan a costos o penalidades, pactadas o no, que terceros hayan aplicado al contratista en razón a la terminación anticipada de las relaciones contractuales no laborales, salvo que se trate de aquellos asociados a los contratos de crédito, leasing financiero o a la terminación de los contratos de derivados de cobertura financiera del proyecto.

El concesionario no podrá recibir como remanente, luego del pago de las acreencias, una suma superior a los aportes de capital de sus socios menos los dividendos decretados, dividendos pagados y descapitalizaciones, lo anterior actualizado por IPC.

El reconocimiento de los valores que deba hacer la entidad estatal al contratista en el marco de la liquidación se atenderá así:

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

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

Lo dispuesto en el presente párrafo también será aplicable a la liquidación de los contratos de concesión de infraestructura de transporte celebrados con anterioridad a la vigencia de la Ley 1508 de 2012.”

51. De la lectura de las anteriores disposiciones, es claro que cuando un contrato estatal se declara abosolutamente nulo, por objeto o causa ilícita, como es el

caso del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, las consecuencias económicas de dicha declaración de nulidad, deben regirse por los siguientes aspectos:

- a. Los sujetos negociales que celebraron el contrato a sabiendas de su ilegalidad, es decir, que participaron en los actos ilícitos que rodearon la celebración del Contrato, no tienen derecho a recibir suma alguna dinero como consecuencia de la declaración de nulidad.
 - b. Se dejan a salvo los derechos económicos que tienen los terceros de buena fe, siempre y cuando, como es obvio, en verdad ostenten dicha calidad.
 - c. El Estado solamente reconoce las prestaciones directamente relacionadas con el objeto contractual que hayan sido real y efectivamente ejecutadas y que, además, estén generando un beneficio para el interés público.
 - d. El Estado no puede hacer reconocimientos que excedan el valor de las obras efectivamente realizadas, esto es, las inversiones, gastos, costos y valores que en realidad se hayan efectuado para la ejecución del objeto contractual.
52. Tales parámetros que, como se dijo, son la conjugación de los tres (3) preceptos anteriormente mencionados, tienen como propósito evitar que aquellos contratistas que con su conducta han infringido gravemente el ordenamiento jurídico y como consecuencia de actos de corrupción, obtengan beneficios económicos. Al mismo tiempo, lo que se busca es que se reconozcan los dineros que efectivamente se hayan invertido en la ejecución de las obras objeto del contrato, siempre y cuando dichas obras en verdad estén generando un beneficio para el Estado y con ellos se haya logrado la satisfacción del interés público, reconocimientos que, desde luego, solamente tienen como beneficiarios a quienes hayan obrado con buena fe.
53. Lo anterior fue reconocido por la Corte Constitucional en la sentencia C-207 de 2019, que analizó la constitucionalidad de algunos apartes del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018.

Dijo la Corte Constitucional, en la referida sentencia (suficientemente conocida por todos), al estudiar la constitucionalidad del inciso primero del párrafo 1º de la Ley 1882 de 2018:

“Atendiendo a los criterios antes descritos, la Corte Constitucional encuentra que el inciso primero del párrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 se ajusta a lo dispuesto

por los artículos 1, 4, 58 y 83, bajo el entendido de que los reconocimientos a título de restituciones estarán dirigidos al pago del pasivo externo del proyecto con terceros de buena fe. Con el remanente, se podrán reconocer restituciones a favor del contratista, o el integrante o socio de la parte contratista, en los casos en que no esté probado que actuó mediante una conducta dolosa en la comisión de un delito o de una infracción administrativa, dando lugar a la nulidad del contrato por objeto o causa ilícitos, o que participó en la celebración del contrato a sabiendas de tal ilicitud.”

Más adelante, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del segundo inciso del párrafo 1º del artículo 20 de la mencionada Ley, señaló la Corte:

“La regla general dispuesta en el condicionamiento que se realizará sobre el inciso primero, es que los reconocimientos están condicionados por la buena fé de los contratistas o acreedores y es en ese sentido en que, sistemáticamente tiene sentido la lectura de este segundo inciso, ante lo cual no es necesario realizar ningún condicionamiento.

La norma por la cual es un experto independiente o la interventoría quienes deberán validar el cumplimiento de los requisitos para que haya lugar a las restituciones no genera en esta Corte ningún cuestionamiento de constitucionalidad, como tampoco sobre los numerales 2 y 3, que no fueron impugnados y que establecen condiciones razonables para el reconocimiento de las restituciones de que trata el párrafo.

Por otra parte, al considerar la relación que tiene el primer inciso del párrafo demandado con el numeral 1 del mismo, la Corte ve necesario examinar la exequibilidad de este último en tanto es una condición de la regla analizada que en cualquier caso será directamente afectada por la decisión que esta Corporación tomará respecto del primer inciso.

Así, la expresión integrada en el examen de constitucionalidad establece el primero de los criterios para determinar los reconocimientos a realizar, pues determina que deben reconocerse las obras que: “1. Hayan sido ejecutadas total o parcialmente para contribuir a satisfacer el interés público”.

Al respecto es fundamental reseñar que, tal como se pudo verificar en la parte de los fundamentos jurídicos, la Corte Constitucional ha remarcado la inescindible relación entre la

contratación estatal, el interés público y la protección del patrimonio público, de tal forma que el legislador los tiene como límites a su facultad normativa en materia de contratación administrativa. Por su parte, el Consejo de Estado tiene una pacífica jurisprudencia al interpretar las normas de contratación estatal en la que ha señalado que los reconocimientos a que haya lugar en casos de nulidad absoluta, son los que corresponden a la satisfacción del interés público.

Para la Corte Constitucional es claro que la normatividad vigente y la interpretación que el Consejo de Estado le ha dado a la materia es acorde a la Carta Política pues condiciona el reconocimiento de pagos a cargo del Estado en caso de nulidades absolutas del contrato, a que exista satisfacción del interés público. En ese sentido, tomando en consideración la complejidad de la valoración de las ejecuciones en este tipo de contratos, así como la importancia de la protección del ahorro público comprometido en el financiamiento de estos proyectos, la fórmula por la cual se calculan las restituciones a partir de los costos, gastos e inversiones ejecutados total o parcialmente para satisfacer el interés público, relacionados con el objeto del contrato y que correspondan como máximo a precios de mercado, resulta razonable y adecuada desde la perspectiva constitucional”.

54. De lo expuesto, no queda duda que al momento de liquidar el Contrato de Concesión No. 001 de 2010, ese Honorable Tribunal de Arbitraje deberá darle aplicación al artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 sin olvidar que dicho precepto debe igualmente conjugarse con el artículo 1525 del Código Civil y el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, de tal suerte que (i) solamente existan reconocimientos para quienes sean terceros de buena fe; (ii) los reconocimientos solamente pueden corresponder al valor de las inversiones y gastos relacionados directamente con el objeto contractual que efectivamente hayan sido efectuados en obras existentes y que sirvan al interés público; y (iii) bajo ninguna circunstancia puede ordenarse o disponerse el pago de suma alguna que exceda el valor de las obras realmente ejecutadas.
55. Un aspecto importante que debe ser tenido en cuenta es que todos los reconocimientos que eventualmente deban ordenarse en la liquidación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, específicamente el valor de las inversiones directamente relacionadas con el objeto negocial, ejecutadas por el Concesionario, deben ser validadas por la interventoría del Proyecto o por un tercero experto. Como se verá en el acápite siguiente, en el presente caso no solamente se decretó oficiosamente y práctico una prueba por informe a

cargo de la Interventoría del Proyecto, sino también un dictamen pericial, además de los varios dictámenes que algunos de los intervinientes procesales aportaron al expediente; de todas estas pruebas, según se analizará más adelante, la única que ofrece suficiente credibilidad, seriedad y objetividad es la prueba por informe rendida por la Interventoría del proyecto, por lo que ese Honorable Tribunal deberá apoyarse en dicho medio de prueba a efectos de realizar la liquidación del Contrato objeto de este litigio.

56. Adicionalmente, a la hora de liquidar el Contrato y establecer el balance final del mismo, ese Honorable Tribunal debe tener en cuenta que allí se deben incluir los perjuicios que sufrió la ANI como consecuencia de la nulidad del Contrato, específicamente los generados por su terminación abrupta y anticipada; expresado en otras palabras, en la liquidación no pueden dejarse por fuera los perjuicios que aparejó la terminación anticipada del Contrato de Concesión.
57. En efecto, las razones por las cuales en la liquidación del Contrato se deben incluir los perjuicios sufridos como consecuencia de la nulidad absoluta, son las siguientes:
 - a. Es bien sabido que la liquidación de un contrato estatal conlleva el cruce de cuentas definitivo de la relación negocial, esto es, el corte final y definitivo de cuentas entre las partes. Al respecto existe suficiente jurisprudencia que enseña que la liquidación es el balance final respecto de las prestaciones surgidas del Contrato e implica el cierre de dicho vínculo contractual, por lo que si en verdad, en este caso, se quiere finiquitar la relación negocial y definir el estado de los derechos y obligaciones entre las partes, es necesario que se incluyan también los perjuicios sufridos por la ANI como consecuencia de la nulidad declarada; si ese Honorable Tribunal se abstiene de incluir el valor de los perjuicios, no se estaría efectuando una liquidación definitiva del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, toda vez que quedarían asuntos patrimoniales por definir y, por ende, no se podría hablar de un balance final y definitivo sobre los derechos y obligaciones de las partes.
 - b. Tanto el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 como el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, parten de la base de que todos los reconocimientos económicos que deban realizarse como consecuencia de la declaración de nulidad, tienen relación con el hecho de que las prestaciones ejecutadas por el contratista generen un beneficio para el Estado. Esto implica que solamente pueden realizarse reconocimientos económicos en la medida en que las inversiones efectuadas por el concesionario estén generando un beneficio al interés público, es decir, se encuentren destinadas a la satisfacción del interés general, por lo que mal podría efectuarse un reconocimiento

económico si como consecuencia de la nulidad la entidad concedente ha experimentado perjuicios; dicho de otra forma, no es posible hablar de beneficio para el interés general sin tener en cuenta los perjuicios causados al mismo.

- c. El hecho de que el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 expresamente no haya contemplado que en la liquidación fruto de la nulidad absoluta deben incluirse los perjuicios, no puede considerarse óbice para tal fin, por cuanto la citada norma en modo alguno establece que la liquidación del contrato declarado absolutamente nulo solamente deba incorporar los rubros que allí se expresan y nada mas que ellos, es decir, la citada disposición no restringió al juez del contrato para realizar en sede de liquidación otros reconocimientos ni prohibió su inclusión, como es el caso del valor de los perjuicios causados a la entidad concedente con la nulidad.
- d. Que la ANI haya promovido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo una demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa con el propósito de obtener la indemnización del daño causado con la terminación anticipada del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, tampoco es obstáculo para que en este proceso arbitral se incluya en la liquidación el valor de los perjuicios.

Esto por cuanto:

(i) Los perjuicios tienen su origen precisamente en la nulidad absoluta del Contrato de Concesión y su consecuente terminación, por lo que ese Honorable Tribunal, como genuino juez del contrato, tiene plena competencia y atribución jurisdiccional para determinar, en sede de la liquidación del referido contrato, el valor de los perjuicios causados a la ANI con la nulidad absoluta del mismo;

(ii) Cualquier reconocimiento que en punto de perjuicios se realice a favor de la ANI en este proceso, deberá ser descontado de lo que en dicho proceso de reparación directa se llegue a reconocer a su favor, es decir, la ANI no podrá reclamar (como en efecto no lo hará) una doble reparación del daño causado.

- 58. Así las cosas, ese Honorable Tribunal en la liquidación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, deberá no solamente incluir los rubros mencionados en el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, sino que también deberá incluir los perjuicios que la ANI ha sufrido como consecuencia de dicha declaración de nulidad.

B. La Concesionaria, sus socios y su Constructor EPC no pueden recibir restitución o compensación alguna

59. Un aspecto que es de cardinal importancia para la definición de las consecuencias económicas de la declaración de nulidad, es el atinente a la especial condición que en este proceso tiene tanto la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. como sus socios y el Constructor EPC, toda vez que, como se sabe, tanto el artículo 1525 del Código Civil como el propio artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 (de acuerdo con el pronunciamiento de constitucionalidad contenido en la sentencia C-207 de 2019), prohíben que exista reconocimiento alguno para quien haya celebrado el contrato a sabiendas de la ilicitud.
60. En el presente caso, conforme a las pruebas que obran en el expediente, la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., como sujeto contractual, no puede recibir restitución, compensación o indemnización alguna, toda vez que la ilicitud a partir de la cual se originó la nulidad absoluta del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 es la comisión de un delito en la adjudicación, delito que comprometió no solamente al funcionario encargado de la adjudicación y celebración del Contrato (Gabriel Ignacio García Morales, Director Encargado de la entonces entidad concedente), sino también, a la promesa de sociedad futura que a la postre se convirtió en la hoy Concesionaria Ruta del Sol S.A.; mal se haría, entonces, en otorgar, conceder o reconocer dinero alguno al Concesionario, cuando el Contrato fue adjudicado en razón de actos de corrupción provenientes precisamente de dicho Concesionario.
61. En consecuencia, en el laudo arbitral deberá disponerse que a favor de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. no puede haber reconocimiento alguno, pues ella, en la fase prenegocial, incurrió en actos de corrupción que dieron origen a la indebida o ilegal adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010; cobran aquí especial relevancia lo afirmado por la Corte Constitucional en la ya referida sentencia, en el sentido de que *“cuando esté demostrado que el contratista, así como sus miembros y socios, o terceros aparentes (para lo cual la autoridad competente podrá recurrir al levantamiento del velo corporativo) hayan actuado dolosamente, de mala fe o con conocimiento de la ilicitud que dio lugar a la nulidad absoluta del contrato, ellos no podrán ser objeto de reconocimientos a título de restituciones”*.
62. En este sentido, igual consideración debe realizarse respecto del constructor EPC, esto es, respecto de Consol S.A.S., toda vez que, en primer lugar, como está ampliamente demostrado en este proceso, la composición accionaria del “Epecista” es idéntica a la de la Concesionaria, lo cual excluye, desde luego, su condición de “tercero” y la de ser, además, de “buena fe”; y, en segundo lugar, en virtud de lo establecido en el Contrato de Concesión, específicamente en el literal “m” de su Sección 14.02, se

acordó expresamente que el riesgo derivado de la variación de los componentes económicos y técnicos para el cumplimiento de las obligaciones a su cargo y, en especial, la contratación del contratista EPC, fue asumido por la Concesionaria, luego la ANI no tiene obligación de reconocer suma alguna de dinero a Consol.⁷

63. Y que no decir de los socios de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., pues aunque una cosa es la sociedad y otras sus socios, asunto que es sabido por todos, lo cierto es que dichos socios no pueden ser considerados como “terceros de buena fe” en el presente asunto.
64. En efecto, está probado que los actos de corrupción a partir de los cuales se generó la nulidad absoluta del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, consistieron en que el entonces proponente entregó dineros a la Entidad Concedente (para esa época, el INCO) para lograr su adjudicación. Esos dineros entregados con fines corruptos, según está acreditado en el expediente, provinieron de personas vinculadas a la promesa de sociedad futura que luego vino a convertirse en la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., es decir, provinieron de algunos de los que a la postre se convirtieron en socios de la sociedad. Hay en el expediente suficiente prueba de que funcionarios vinculados -al menos indirectamente, pero al fin y al cabo vinculados- a las sociedades “Odebrecht” y a Episol, tuvieron participación en dichos actos ilícitos que son los que finalmente desencadenaron el objeto y causa ilícita fuente de la nulidad absoluta del Contrato de Concesión, motivo por el cual no es posible ordenar el pago de compensación o restitución alguna en su favor.
65. De accederse al pago de suma alguna de dinero a los socios de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. se estaría pasando por alto el origen de la ilicitud que desembocó en la nulidad absoluta y se estaría premiando a quienes tuvieron participación alguna (bien sea indirecta o incluso por omisión) en los referidos actos y se estaría contraviniendo las decisiones penales, disciplinarias y administrativas que obran en el expediente, que dan cuenta con precisión de la intervención de aquellos en los ya conocidos sucesos que dieron origen a la invalidez del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

⁷ Dicha estipulación es del siguiente tenor: “SECCIÓN 14.02 Riesgos del Concesionario (...) (m) En general, los efectos favorables o desfavorables de las variaciones de los componentes económico y técnico necesarios para cumplir con las obligaciones del Concesionario necesarios para la cabal ejecución de este Contrato, relacionadas con la consecución de la financiación, la elaboración de sus propios Estudios de Detalle y Estudio de Trazado y Diseño Geométrico, la contratación del Contratista EPC, los procedimientos constructivos utilizados, los equipos y materiales requeridos, el manejo ambiental y social, el manejo del tráfico, entre otros.”

66. Adicionalmente, no resulta posible hacer reconocimiento alguno cuando en este proceso se demostró que, a través de Consol, los socios de la Concesionaria obtuvieron unas importantes cantidades de dinero por concepto de *“anticipos a consorciados”* y *“distribución de utilidades”*, con lo cual, en la práctica, a decir verdad, habrían recuperado los aportes de capital efectuados para el desarrollo de las obras. Hay que recordar que el propio artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 establece que *“El concesionario no podrá recibir como remanente, luego del pago de las acreencias, una suma superior a los aportes de capital de sus socios menos los dividendos decretados, dividendos pagados y descapitalizaciones, lo anterior actualizado por IPC”*, por lo que, de cara a lo probado en este proceso, nada habría que reconocer.
67. En efecto, además de algunas declaraciones testimoniales, obra en el proceso el dictamen elaborado por Duff & Phelps, que en su página 204, determinó que *“Es decir, si tuviéramos en consideración los dividendos y anticipos repartidos por CONSOL a sus socios, las aportaciones netas de capital de los socios de Ruta del Sol en el periodo comprendido entre los ejercicios 2010 y 2018, habrían ascendido a -\$156.639 millones de pesos que, actualizado a marzo de 2019, suponen un total de -\$189.873 millones de pesos, es decir, que conjuntamente, en términos netos, la Concesionaria y CONSOL no invirtieron nada en el proyecto; y no sólo eso, sino que obtuvieron beneficios de 189.873 millones de pesos”*.
68. Por lo anterior, reconocer en el laudo arbitral suma alguna de dinero en favor de los socios de la Concesionaria, que son los mismo socios del “Epecista”, equivaldría a enriquecerlos sin justa causa, pues, como se determinó pericialmente, *“no invirtieron nada en el proyecto”* y, a pesar de ello, obtuvieron ya una jugosa utilidad.
69. Por las razones expuestas, no es jurídicamente posible, a la luz de la normatividad vigente y de las pruebas que reposan en el expediente, que en el laudo arbitral se efectuó reconocimiento alguno a favor de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., ni a sus socios ni a Consol, quienes no pueden considerarse como sujetos que hayan actuado con buena fe y, además, a pesar de no haber efectuado los aportes a los que se obligó contractualmente, recibió ya utilidad económica, circunstancia que, como se dijo, imposibilita que en la liquidación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 se les reconozca suma alguna de dinero. Desde esta perspectiva, en gracia de discusión, si en el proceso llegare a existir duda alguna acerca de la mala fe de la Concesionaria, de sus socios o de Consol, lo cierto es que no habría suma alguna por reconocer, habida cuenta que, como se dijo, si ningún aporte realizó y, además, ya obtuvo utilidad, no habría lugar a reconocimiento alguno.

C. La ANI es un sujeto contractual de buena fe

70. Es importante tener presente que en el presente proceso no hay prueba alguna que demuestre, si quiera indiciariamente, que la ANI obró con mala fe en la celebración del Contrato de Concesión No. 001 de 2010. Por consiguiente, tiene derecho a que se le reconozcan en la liquidación el valor de los perjuicios causados con la declaración de nulidad del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.
71. No hay que olvidar que tanto el proceso de selección del contratista, como la adjudicación y la celebración del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 estuvieron a cargo del entonces INCO, entidad pública por entero distinta de la ANI. Si la nulidad del referido Contrato se originó en la adjudicación del Contrato de Concesión y dichos
72. Hay que recordar que mediante el Decreto 4165 de 2011 se cambió la naturaleza jurídica y denominación del INCO, creándose para tal efecto la ANI, quien, por tal virtud, se constituyó en su sucesor contractual, pero ese hecho no le transmite la mala fe que eventualmente hubiese podido recaer en la entidad que entonces adjudicó el Contrato.
73. La mala fe, como fenómeno subjetivo e individual en cabeza de un determinado sujeto contractual, no se transmite a otro sujeto en razón de que éste haya asumido la posición negocial del primero. Expresado en otras palabras, el hecho de que la ANI haya asumido la posición contractual del INCO, no la convierte en un sujeto respecto de la cual pueda predicarse el conocimiento de la ilicitud en la celebración del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

D. Las pruebas obrantes en el proceso para la liquidación del Contrato

74. De acuerdo con lo establecido en el tantas veces mencionado artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, los valores a reconocer en sede de liquidación deben estar debidamente acreditados en el proceso, disposición que, por lo demás, está en concordancia con lo preceptuado por el artículo 164 del Código General del Proceso, norma según la cual *"Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso"*.
75. Según el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, los valores a reconocer en sede de la liquidación de un contrato absolutamente nulo deben ser *"validados por la interventoría o por un tercero experto."*
76. En desarrollo de lo anterior, ese Honorable Tribunal decretó la práctica de una prueba por informe a cargo de la firma interventora del proyecto, esto

es, a cargo del Consorcio Proyección Vial Puerto Salgar, prueba que fue decretada al amparo de lo establecido en el artículo 275 del Código General del Proceso.

De acuerdo con esta norma “A petición de parte o de oficio el juez podrá solicitar informes a entidades públicas o privadas, o a sus representantes, o a cualquier persona sobre hechos, actuaciones, cifras o demás datos que resulten de los archivos o registros de quien rinde el informe, salvo los casos de reserva legal. Tales informes se entenderán rendidos bajo la gravedad del juramento por el representante, funcionario o persona responsable del mismo”.

77. Como se observa, lo decretado por el Tribunal no fue un dictamen pericial a cargo de la interventoría del proyecto, sino una prueba por informe⁸, la cual, de acuerdo con lo establecido en la Ley, puede provenir no solamente de terceros sino de las propias partes, habida cuenta que el citado artículo 275 del Código General del Proceso, es amplio en indicar que tal prueba puede ser rendida por entidades públicas, por instituciones privadas y, en general, “por cualquier persona”, toda vez que lo relevante de este medio de prueba es que verse sobre sobre “hechos, actuaciones, cifras o demás datos que resulten de los archivos o registros de quien rinde el informe”.
78. La anterior precisión es importante, dado que la firma interventora del proyecto no solamente cuenta con toda la experiencia sino con un inmejorable conocimiento del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, además de que en desarrollo del Contrato de Interventoria suscrito con la ANI pudo hacer un minucioso seguimiento no solo al proyecto sino que efectuó un importante seguimiento a la ejecución de las obras, circunstancia que le permitió en la referida prueba por informe hacer una medición pormenorizada de las obras ejecutadas y de las inversiones y costos efectuados por la Concesionaria en el proyecto.
79. Para la elaboración de la prueba por informe, el Consorcio Proyección Vial Puerto Salgar, en su condición de interventora del proyecto, realizó una medición de las obras ejecutadas (capex) y no un simple modelo estadístico o de probabilidades matemáticas de lo construido, como se desprende del contenido mismo del Informe y como lo confirmó y ratificó el Ingeniero Miguel Angel Bettín Jaraba en la declaración rendida ante este Tribunal, cuando indicó que:

“La interventoría para medir la obra ejecutada se basó en los reportes que tenía desde el año 2012, recorridos de campo, la

⁸ Luego de algunas discusiones procesales en torno al alcance de dicho medio de prueba decretado en Auto No. 71 del 23 de enero de 2018, en este proceso ha quedado claro de que se trató de una prueba por informe y no de un dictamen pericial.

revisión de los planos de diseños técnicos no objetados, las modificaciones de obra y la toma de muestras y núcleos en terreno, no se usó un modelo estadístico sino que se midió en planos y en terreno lo ejecutado”.

80. Y en cuanto al Opex, dicho rubro fue calculado por la Interventoría, no con base en la cuestionada contabilidad del Concesionario, la cual, por lo demás, refleja las ineficiencias, reprocesos, sobrecostos, sino con precios de mercado contruidos en forma adecuada, circunstancia que le otorga aún más credibilidad a su informe, pues como bien lo dijo el Ingeniero Bettín Jaraba en su testimonio:

“(…) nosotros descartamos en principio la contabilidad porque la contabilidad va a incluir todo lo que pase, segunda razón por la cual no incluimos la contabilidad porque nosotros la contabilidad auditada la tuvimos hasta 2015, la de 2016 no la tuvimos auditada, tercera razón por la que no utilizamos la contabilidad yo creo que ese es un aspecto de la ley”.

81. A todo lo anterior hay que agregar que la prueba elaborada por la Interventoría, a diferencia de los demás medios de prueba obrantes en el proceso, fue elaborada con un tiempo suficiente que le permitió a aquella contar con la información idónea, suficiente, confiable y detallada, incluso con la realización de pruebas y mediciones en campo, que le otorgan plena credibilidad, a lo cual debe agregarse que la Interventoría conoció el proyecto de cerca durante los aproximadamente seis (6) años que ejerció dicha labor. Nadie mejor que el Consorcio Proyección Vial Puerto Salgar para medir las cantidades de obra, determinar los precios de mercado más cercanos a la realidad y establecer cuáles en verdad son las inversiones efectivamente realizadas por la Concesionaria, relacionadas con el cumplimiento directo del objeto contractual y que en realidad generen una satisfacción del interés general.
82. La prueba por informe realizada por la Interventoría es seria, objetiva y materialmente ofrece elementos de juicio confiables que permiten establecer el valor de la liquidación a la luz de lo establecido en el artículo 20 de la ley 1882 de 2018, toda vez que, como se dijo, nadie realizó, como ellos sí lo hicieron, una medición real de la obra apoyada con precios de mercado que no incluyan sobrecostos ni sobrevaloraciones de la misma, no tuvo en cuenta la cuestionada contabilidad de la Concesionaria e incluyó los pasivos tanto ambientales, sociales y prediales que en el futuro tendrán que ser asumidos por la ANI y, por ende, deben ser descontados del valor resultante de la liquidación, rubro éste que no fue incluido por ninguno de los peritos que con destino a este proceso elaboraron dictámenes periciales.

83. Adicionalmente, es importante tener en cuenta que tanto la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, como sus litisconsortes cuasinecesarios (Episol, Odebrecht) y los coadyuvantes, nunca presentaron un verdadero cuestionamiento de fondo a la referida prueba por informe, sino que su inconformidad radicó en el hecho de la vinculación existente entre la ANI y la firma interventora, específicamente por el hecho de que fuese mi mandante quien pagara los honorarios a la Interventoría y, además, ejerciera supervisión a la actividad contractual de esta última. Los referidos sujetos procesales nunca cuestionaron o confutaron, por ejemplo, que las mediciones de interventoría no fuesen ciertas, que las cantidades de obra no correspondieran a la realidad, que los precios de mercado tenidos fuesen irrisorios, que no existieran los pasivos señalados en el informe, etc, pues, se insiste, los ataques en contra de dicho medio de prueba estuvieron referidos a la imparcialidad de la Interventoría.
84. Frente a dichos cuestionamientos, debe señalarse que es la propia Ley 1882 de 2018 la que consagra la validación o comprobación de las cifras correspondientes a *“costos, las inversiones y los gastos, ejecutados por el contratista”* por parte de la interventoría del proyecto, de tal suerte que nada de ilegal o extraño puede tener el hecho de que sea la Interventoría la encargada de realizar la prueba por informe, máxime si es ella quien tiene un conocimiento más cercano de la realidad contractual. En consecuencia, si la propia ley defirió a la interventoría la verificación, comprobación y validación de las mencionadas cifras, nada de extraño tiene que haya sido dicha firma la que hubiese elaborado la prueba por informe.
85. Y si el artículo 275 del Código General del Proceso establece que la prueba por informe puede elaborarse no solamente por entidades públicas o instituciones privadas ajenas a la relación procesal, sino también por *“cualquier persona”*, incluida las propias parte del proceso, hay que concluir que la prueba por informe en comento no solamente fue rendida por quien mejor pudo conocer el proyecto de concesión sino también por quien la propia ley establece como el encargado de hacerlo.
86. Por lo anterior, a la hora de establecer el valor de la liquidación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, ese Honorable Tribunal deberá tomar como prueba el Informe rendido por la Interventoría, tanto en su versión inicial como en su versión complementada o adicionada, toda vez que de todas las pruebas incorporadas al expediente con tal propósito, es la que objetiva y razonablemente ofrece más credibilidad.
87. En el evento en que el Tribunal proceda a liquidar el Contrato de Concesión como resultado de la nulidad, deberá, previo a realizar los distintos análisis sobre los criterios que ha establecido la ley para efectos de obtener el resultado final de la liquidación, tener como punto de partida la valoración

de la interventoría sobre las obras y actividades ejecutadas por el Concesionario (CAPEX y OPEX), siendo ésta la prueba que mayor grado de certeza ofrece sobre la realidad.

En dicho informe se concluyó lo siguiente:

INFORME DE INTERVENTORÍA DEL 23 DE MAYO DE 2018		
Actualización con IPCm /IPCi	COP CONSTANTES DE ABRIL DE 2018	Actualización a Marzo 2019
IPC de abril de 2018		
A. COSTOS, GASTOS E INVERSIONES EJECUTADAS TOTAL O PARCIALMENTE POR EL CONCESIONARIO	\$5,291,353,207,794	\$ 5,436,336,285,687.83
PIP - MRI	\$26,577,674,048	\$ 27,305,902,316.48
Estudios y Diseños	\$115,968,879,387	\$ 119,146,426,682.41
AOM	\$552,671,779,301	\$ 567,814,986,053.93
Gestión Predial	\$16,265,306,758	\$ 16,710,976,162.78
Gestión Social	\$27,107,982,561	\$ 27,850,741,283.09
Gestión Ambiental	\$38,708,353,383	\$ 39,768,962,265.90
Implementación PMA	\$9,634,490,668	\$ 9,898,475,712.44
Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento	\$3,030,180,642,283	\$ 3,113,207,591,881.26
Fondeos contractuales sin predios	\$95,640,006,167	\$ 98,260,542,336.26
Fondeo predial	\$369,022,540,715	\$ 379,133,758,330.16
Intereses bancarios corrientes	\$1,009,575,552,524	\$ 1,037,237,922,663.14

De lo anterior se extrae que, los valores del CAPEX y OPEX⁹ que fueron efectivamente ejecutados y verificados por la interventoría son los siguientes:

INFORME INTERVENTORIA DEL 23 DE MAYO DE 2018		
Actualización con IPCm /IPCi	COP CONSTANTES DE ABRIL 2018	ACTUALIZACIÓN MARZO 2019
CAPEX	\$3,264,443,329,087	\$3,353,889,076,304
OPEX	\$648,311,785,468	\$666,075,528,390

88.

En consecuencia, la única prueba que ofrece algún grado de certeza sobre las obras ejecutadas y las actividades realizadas es la contenida en el informe de interventoría, el cual se ocupó por reconstruir con base en las memorias técnicas y la realidad del proyecto lo efectivamente sucedido.
89.

De accederse a los cuestionamientos efectuados por los demás intervinientes en torno a la supuesta falta de objetividad o a la supuesta parcialidad de la Interventoría, lo cierto es que no habría prueba alguna para

⁹ El OPEX corresponde a los conceptos de: AOM + Fondeos contractuales sin predios. El CAPEX corresponde a los conceptos de: PIP – MRI + Estudios y Diseños + Gestión Predial + Gestión Social + Gestión Ambiental + Implementación PMA + Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento.

liquidar el Contrato a la luz del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018. En este sentido, se debe insistir en que, entonces, no habría prueba alguna para establecer las consecuencias económicas de la declaración de nulidad, toda vez que la única prueba que pudo determinar en forma seria, objetiva y verificable la existencia de las inversiones realizadas por el Concesionario de manera directa en la ejecución del objeto contractual y que están destinadas a la satisfacción del interés general, es el informe rendido por la Interventoría.

90. En cuanto al dictamen pericial elaborado por FTI Consulting, aportado por las sociedades Odebrecht el 4 de abril de 2018 con el propósito de acreditar el valor del Capex, dicha prueba no ofrece suficiente credibilidad al efecto, pues, a diferencia de la prueba por informe de la Interventoría, el referido perito no efectuó una medición en campo sino que efectuó un modelo estadístico en razón de la limitación de tiempo y recursos que tuvo para la elaboración del dictamen.

El perito FTI Consulting a lo largo de su dictamen reconoció las limitaciones de su trabajo, tal como se evidencia en la página 34 de dicho dictamen, en donde dejó claro que no midió obras ni pudo comprobar materialmente ni la existencia ni las cantidades de obra:

“En general las obras civiles de gran envergadura ejecutan un gran número de servicios de obra los cuales resultan en una valoración presupuestal. Generalmente estos servicios son de naturaleza heterogénea respecto a la naturaleza de la tarea, y su valoración presupuestal. Adicionalmente, este tipo de obras generalmente se organizan de forma jerárquica. La auditoría de obra busca cuantificar el error en la valoración del CAPEX por parte del ejecutor al comparar las estimaciones presupuestales, usualmente cantidades y precios unitarios, con cantidades de referencia. En obras civiles con un número reducido de servicios, la tarea de auditoría puede realizarse de forma exhaustiva, investigando todos los componentes de obra. Sin embargo, en obras civiles de gran envergadura, el número de servicios de obra puede exceder significativamente las capacidades operativas y financieras de equipo auditor. En estos casos es posible formular un modelo estadístico de muestreo aleatorio que permita estimar el error de la valoración. Sin embargo, las estrategias de muestreo usuales no necesariamente consideran las particularidades de la tarea de ejecución de una obra. Específicamente, su heterogeneidad, relevancia particular del tipo de obra, estructura jerárquica, así como las incertidumbres en los precios de referencia. El objetivo establecido por FTI fue definir un modelo estadístico de

muestreo aleatorio, y de estimación para la valoración de los costos directos de una obra civil de este tipo.”

91. En la audiencia de interrogatorio del perito FTI Consulting, se confirmó que la metodología utilizada no correspondió a una medición real y efectiva de las obras realizadas (Capex), sino a un modelo estadístico que no corresponde a la realidad material existente en la vía, circunstancia que hace imposible que sea tenido como una prueba confiable y objetiva que permita determinar la realidad de lo construido. Determinar tan importante asunto a partir de un modelo estadístico resulta contrario a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, pues no habría una prueba confiable de las inversiones y valores efectivamente realizados por el Concesionario y, de esta forma, no sería posible establecer si ellas contribuyen o no a satisfacer el interés público.
92. En consecuencia, el dictamen pericial aportado por FTI Consulting no puede servir de prueba para establecer el valor de las inversiones correspondientes al Capex, pues a punta de modelos estadísticos, estimaciones y aproximaciones que no corresponden a una medición verdadera de la obra, no es jurídicamente posible determinar el beneficio que para el Estado ella generado, esto es, si existe o no una satisfacción para el interés público.
93. En lo relacionado con el dictamen pericial elaborado por Duff & Phelps, decretado oficiosamente por el Tribunal, ocurre lo mismo en lo que atañe a la determinación del Capex, pues nuevamente se acudieron a modelos estadísticos y enrevesados métodos de aproximación que en modo alguno pueden determinar las cantidades reales de las obras ejecutadas. En dicho dictamen pericial se hizo absoluta claridad acerca de que por las limitaciones de tiempo inherentes al angustioso término de duración de este proceso arbitral, la cantidad de información suministrada y la existencia de inconsistencias en la misma, no fue posible llegar a cifras ciertas y determinadas, sino a aproximaciones que no necesariamente coinciden con la realidad material existente en la vía. Las limitaciones de tiempo, cantidad y calidad de la información hicieron que el propio perito reconociera que si trabajo no necesariamente está fundamentado en bases ciertas y reales, sino en aproximaciones que, a juicio del perito, pueden resultar cercanas a la realidad.¹⁰

¹⁰ En la página 37 del dictamen se dijo que *“La gran cantidad de información aportada, el poco tiempo disponible para la ejecución de la pericia y la forma en la que dicha información estaba organizada y/o fue suministrada ha dificultado acceder fácilmente a los datos necesarios para la realización de nuestro trabajo, teniendo que recurrir a búsquedas de información que no en todos los casos se ha podido localizar. Como consecuencia, si bien, en términos generales, consideramos que la información a la que hemos tenido alcance ha sido suficiente para soportar nuestras conclusiones a las preguntas formuladas por el Tribunal, no tenemos seguridad acerca de si determinada información relevante entre la ingente cantidad de información suministrada se nos haya pasado desapercibida. Por otra parte, hemos requerido a las partes otra información que*

94. En efecto, en la página 88 del dictamen se dijo por el propio perito que *“El cálculo de cantidades ejecutadas se ha llevado a cabo a través del análisis de la información recibida, sin posibilidad de realizar trabajos propios de comprobación o registro de datos topográficos, debido a la limitación de tiempo disponible para la realización del presente Informe. Con carácter general, hemos utilizado, para el análisis, los planos de diseño no objetados contenidos en las memorias técnicas y los modelos digitales de trazado aportados por el Concesionario, así como los informes asociados y las justificaciones numéricas en Excel”*.

En la página 84 del dictamen, ya se había dicho por el perito que “Respecto de estos conceptos que sí se incluyen, existen numerosas limitaciones de información, por lo que no hemos podido realizar un análisis completo de los mismos. Sin embargo, hemos estimado una valoración del 4,5% de la obra ejecutada para la cuantificación de los estudios y diseños, habiendo mantenido el resto de los criterios del Concesionario, por considerarlos razonables”.

Y en la página 115 se repitió que “No se han podido realizar comprobaciones de las cantidades, in situ para verificar que su geometría y dimensiones se corresponden con lo que se muestra en los planos”.

En consecuencia, no hubo una medición real de la obra ni una verificación en campo de la existencia de lo ejecutado ni de sus cantidades, de tal suerte que de esta forma es un imposible jurídico determinar con la precisión exigida en el artículo 20 de la Ley 1882 de 2008 tanto lo ejecutado como el beneficio que se está generando al interés público.

95. De la confrontación o careo entre los peritos Duff & Phelps y los peritos FTI y Valora se desprende claramente que el debate giró en torno a la validez y precisión de los modelos estadísticos y proyecciones utilizadas, haciendo comparaciones sobre la forma como se ponderaron las cifras, las metodologías para el cálculo y proyección de las cifras, los comparativos

hemos considerado necesaria para alcanzar nuestras conclusiones. Sin embargo, no tenemos seguridad de que la información proporcionada haya sido completa y si pudiera existir otra información relevante que no se nos hubiera hecho disponible. Respecto de la información analizada, consideramos relevante, especialmente, resaltar que, para llevar a cabo el trabajo, no hemos identificado la existencia de un proyecto completo definido técnicamente, donde se incluyan cantidades totales de obra a ejecutar, planos completos de diseño de todo el alcance y precios unitarios contractuales, ni existe una documentación uniforme en lo que se refiere a cantidades de obra, consensuada por las partes, que haya servido como herramienta de seguimiento y registro durante el desarrollo de las obras, todo lo cual ha supuesto limitaciones al alcance de nuestro trabajo para la valoración de los trabajos realizados. Del mismo modo queremos destacar que, durante el análisis de la documentación facilitada, hemos identificado determinadas inconsistencias e incongruencias entre distintas fuentes de información. Hemos analizado estas inconsistencias, en la medida de lo posible, buscando racionalidad para decantarnos por una información u otra, pero, en ningún caso, hemos llevado a cabo una auditoría de la información proporcionada”.

entre precios y las muestras que soportan las variables con las que se hicieron los cálculos. Tales discusiones sobre la metodología utilizada para realizar las proyecciones demuestran claramente que tanto el perito Duff & Phelps como los demás peritajes aportados por la Concesionaria y sus socios, basaron sus análisis en meras proyecciones estadísticas y no consultaron la realidad de la obra y las actividades ejecutadas.

96. Este trabajo de simple aproximación estadística no permite conocer a ciencia cierta (i) si las cantidades de obra estimadas son superiores a las que verdaderamente ejecutó el Concesionario; (ii) si las cantidades de obra en verdad se ejecutaron; (iii) si la calidad de las obras se ajustó a lo pactado; (iv) si no existen deficiencias constructivas y por ello las obras han satisfecho o generado un beneficio para el interés general; y, (v) si en la valoración de las obras se pudieron descontar los reprocesos producto de deficiencias constructivas del Concesionario, motivo por el cual no puede considerarse que estemos en presencia de un dictamen pericial.
97. Y en lo que concierne al Opex, lo expresado en el dictámen pericial elaborado por Duff & Phelps es, como mínimo, paradójico, toda vez que a pesar de que para el perito no es posible *“depositar confianza en la información financiera” de la Concesionaria*, los valores correspondientes a este concepto se toman con base en la contabilidad de la Concesionaria. Resulta, entonces, un despropósito que la fuente de información para la valoración del Opex sea la contabilidad del Concesionario que el mismo perito cuestionó en su dictamen al señalar, entre otros muchos apartes del mismo, que *“Como consecuencia, a pesar de que existen opiniones de auditoría sin salvedades para los ejercicios anteriores a 2016, en nuestra opinión, no se puede depositar confianza sobre la información financiera objeto de auditoría en los ejercicios anteriores”* (página 231 del dictamen).
98. Pero las deficiencias de tan costoso dictamen no paran. En materia de las obligaciones en materia predial igualmente se presentan serias deficiencias en el dictamen en razón de la metodología estadística que fue utilizada para la determinación de los excesos en la adquisición predial. El perito no tuvo en cuenta que el resultado de cada avalúo realizado obedece a las características especiales, puntuales y particulares de cada predio, esto es, a la existencia de mejoras, servidumbres, indemnizaciones y demás aspectos que influyen en la determinación del valor de adquisición de un inmueble, por lo que aplicar un modelo estadístico se aleja totalmente de la realidad.
99. Tampoco tuvo en cuenta el perito que la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. ejecutó en forma incompleta las actividades sociales y ambientales, de tal suerte que hoy existen pasivos en dicha materia que se traduce en la existencia de sobrecostos y mayores valores que tendrán que ser asumidos

por la ANI; expresado de otra manera, la omisión por parte del perito implica que se dejaron de cuantificar en el ejercicio de liquidación del Contrato incorporado en el dictamen, importantes sumas de dinero que tendrán que ser pagadas por la ANI y que, por ende, deben ser descontadas de los eventuales valores que tuviesen que ser reconocidos como consecuencia de dicha liquidación.

100. En la cuantificación de los perjuicios sufridos por la ANI como consecuencia de la nulidad del Contrato y su terminación anticipada, abrupta e intempestiva, el perito Duff & Phelps incurrió igualmente en una serie de omisiones que conducen a que la cuantificación en dicha materia sea incompleta. En efecto, el perito se limitó a cuantificar solamente el valor del Capex y el Opex necesario para la finalización del proyecto, pero olvidó que para determinar el verdadero perjuicio sufrido por la ANI se requiere de un ejercicio mucho mayor, consistente en la elaboración de un nuevo proyecto integral desde el punto de vista técnico y financiero.
101. En efecto, en la valoración de dicho nuevo proyecto deben tenerse en cuenta proyecciones y variables financieras que el perito no hizo, toda vez que, como se dijo, su trabajo se limitó a determinar el Capex y el Opex faltante, cuando lo que se han debido tener en cuenta las nuevas condiciones de financiación inherentes al proyecto que debe ser estructurado. El perito ha debido elaborar un modelo financiero detallado en el que se incluyera no solamente el Capex y el Opex faltante por ejecutar, sino adicionalmente la proyección de ingresos tanto de peajes como de vigencias futuras, los supuestos macroeconómicos hoy existentes, el servicio de la deuda y las condiciones de financiación, entre otros aspectos necesarios para poder determinar lo que valdrá terminar el proyecto de concesión.
102. Tampoco tuvo en cuenta Duff & Phelps que la estructuración necesaria de la nueva obra deberá contar con la actualización de las especificaciones técnicas, asunto que conlleva un valor que no fue tenido en cuenta en el dictamen.
103. Por todo lo anterior, es claro que el dictamen de Duff & Phelps adolece de serias deficiencias que le impiden al Tribunal tenerlo en cuenta para cuantificar y determinar los valores resultantes de la liquidación del Contrato; no en vano varios intervinientes lo objetaron por error grave no solamente en razón de sus deficiencias metodológicas, sino también por las relevantes omisiones en que incurrió el mencionado perito. Debe insistirse en que la liquidación del Contrato de Concesión a la luz de las estipulaciones vertidas en el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, no puede partir de la base de simples proyecciones estadísticas o aproximaciones matemáticas que no consulten la verificación material y real de las obras ejecutadas, pues ello

no permite en modo alguno comprobar que aquellas estén sirviendo para los fines de satisfacer el interés general.

104. Es necesario reiterar que si el Honorable Tribunal decide no acoger la prueba por informe rendida por la Interventoría del proyecto, el resultado es que no hay prueba para determinar los valores de la liquidación del Contrato y, por ende, en el Laudo arbitral solamente se podrá acceder a la declaración de nulidad absoluta del mismo sin que haya lugar a reconocimiento económico alguno ni para las partes del contrato ni para los terceros, precisamente en razón de la ausencia de prueba para tal menester. No puede perderse de vista que todos los intervinientes en este proceso se dedicaron a cuestionar y controvertir todos los medios de prueba decretados o aportados para determinar el valor de las restituciones, compensaciones y reconocimientos económicos consecuentes de la nulidad del Contrato, de manera que hoy la realidad del proceso muestra que resulta bastante difícil establecer dichas cifras, a menos que, como se dijo, se acoja la prueba por informe elaborada por la interventoría.
105. Finalmente, es necesario reiterar que en el Laudo Arbitral no podrá tenerse en cuenta la contabilidad de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. en razón de los serios y fundados reparos que existen sobre ella, reparos respecto de los cuales en el expediente existen suficientes medios de prueba que así lo ponen de presente, como ocurrió con el testimonio rendido por Carlos Moreno el 25 de enero de 2018, dudas y reparos que incluso el perito Duff & Phelps puso de presente en su dictamen.
106. Así las cosas, respetuosamente solicito al Tribunal que a la hora de determinar las consecuencias económicas de la declaración de nulidad del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, se acoja la prueba por informe elaborada por la Interventoría y en la liquidación se incluya el valor de los perjuicios sufridos por la ANI como consecuencia de dicha nulidad. En caso contrario, esto es, en el evento en que ese Honorable Tribunal decida no darle mérito probatorio a la referida prueba por informe, no se podrá acceder a la liquidación del Contrato objeto de este litigio y en el Laudo solamente podrá declararse la nulidad absoluta del mismo.

CAPÍTULO TERCERO

CONCLUSIONES

De lo expuesto en el presente alegato y de los elementos de prueba obrantes en el expediente, se extraen las siguientes conclusiones:

107. El hecho de que las partes hayan suscrito el Acuerdo para la Terminación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 no excluye la posibilidad jurídica de

que dicho negocio se declare absolutamente nulo, toda vez que el exámen de la invalidez se contrae a la existencia de un vicio al momento de su celebración.

108. La pretensión de nulidad absoluta por objeto y causa ilícita, así como por desviación de poder en su celebración, formulada por la ANI en la demanda de reconvención en su versión reformada, no ha caducado, toda vez que fue formulada cuando el Contrato de Concesión se encontraba vigente y, en todo caso, cualquier término de caducidad ha debido empezar a contabilizarse una vez se supo de la existencia de los actos de corrupción, conocimiento que se dio en diciembre del año 2016, todo lo cual debe entenderse sin perjuicio del deber oficioso que tiene el Tribunal de decretar la nulidad absoluta.
109. Existen en el expediente suficientes medios de prueba que dan cuenta de la existencia de actos de corrupción en la celebración del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, actos que incluso aparecen reconocidos en decisiones judiciales y administrativas, por lo que no hay duda alguna que la declaración de nulidad absoluta debe abrirse paso.
110. Como consecuencia de la declaración de nulidad, en aplicación del artículo 1525 del Código Civil y del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, no puede haber reconocimiento económico alguno para la Concesionaria, ni para sus socios, ni para el constructor EPC, no solamente porque su buena fe aparece cuestionada sino también porque sin haber realizado los aportes ordenados contractualmente recibió utilidades.
111. Para la determinación de las consecuencias económicas de la declaración de nulidad y la liquidación del Contrato de Concesión al amparo de lo establecido en el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, la única prueba que ofrece algún grado de credibilidad, objetividad y fundamentación es la prueba por informe elaborada por la Interventoría del Proyecto.
112. Las pruebas periciales (tanto las aportadas como la oficiosamente decretada por el Tribunal) se caracterizan por incurrir en dos graves errores que merman totalmente su valor probatorio y eficacia demostrativa: parten de la base de mediciones estadísticas que no reflejan la realidad de las obras ejecutadas y, además, toman en cuenta la cuestionada contabilidad del Concesionario.
113. En caso de no acogerse la prueba por informe elaborada por la Interventoría del Proyecto, en el Laudo arbitral solamente podrá declararse la nulidad absoluta del Contrato y denegarse, por ausencia de prueba, cualquier tipo de restitución, compensación o reconocimiento económico en la liquidación.

En los anteriores términos, dejo expuesto el alegato de conclusión y solicito que las razones y argumentos aquí expuestos sean tenidos en cuenta en el laudo arbitral que habrá de proferirse.

Del Honorable Tribunal de Arbitraje,



HENRY SANABRIA SANTOS
C.C.No. 79.756.899 de Bogotá
T.P. No. 97.293 del C.S de la J.