



Radicado: 11001-03-15-000-2021-00266-00  
Demandantes: Bancolombia S.A. y otros

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

**Magistrada Ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE**

Bogotá D.C, veinticuatro (24) de junio de dos mil veintiuno (2021)

**Referencia:** TUTELA

**Radicados:** 11001-03-15-000-2021-00266-00 (PRINCIPAL)  
11001-03-15-000-2021-00533-00 (ACUMULADO)  
11001-03-15-000-2021-00729-00 (ACUMULADO)  
11001-03-15-000-2021-00742-00 (ACUMULADO)  
11001-03-15-000-2021-01255-00 (ACUMULADO)  
11001-03-15-000-2021-01618-00 (ACUMULADO)

**Accionantes:** BANCOLOMBIA S.A. Y OTROS

**Accionado:** TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ<sup>1</sup> Y OTRO

**Temas:** Acción de tutela contra laudos arbitrales y contra sentencia que resuelve el recurso extraordinario de anulación – Cosa juzgada constitucional – Procedencia del recurso de revisión – Proceso de insolvencia de Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

**OBJETO DE LA DECISIÓN**

La Sala resuelve la solicitud formulada por **Bancolombia S.A.**, en ejercicio de la acción de tutela consagrada en la Constitución Política, artículo 86, y desarrollada en los Decretos 2591 de 1991 y 1069 de 2015.

Así mismo, se pronuncia sobre las demandas que, en ejercicio de esta acción constitucional, presentaron las siguientes entidades financieras y las sociedades que intervinieron en el proceso arbitral: (i) Constructora Norberto Odebrecht S.A. Sucursal Colombia y Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S.<sup>2</sup>; (ii) Los bancos de Bogotá S.A., Popular S.A., Occidente S.A. y A.V. Villas S.A.<sup>3</sup>; (iii) Itaú Corpbanca S.A.<sup>4</sup>; (iv) Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. Episol S.A.S.<sup>5</sup>; y (v) el Banco

<sup>1</sup> Convocado para dirimir las controversias contractuales suscitadas durante la ejecución del contrato de Concesión No. 001 de 2010, suscrito entre la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI–.

<sup>2</sup> Expediente: 11001-03-15-000-2021-00533-00.

<sup>3</sup> Expediente: 11001-03-15-000-2021-00742-00.

<sup>4</sup> Expediente: 11001-03-15-000-2021-01255-00.

<sup>5</sup> Expediente: 11001-03-15-000-2021-00729-00.





Davivienda S.A.<sup>6</sup>, que fueron acumuladas a la demanda inicial, por identidad de situación fáctica, *causa petendi* y autoridad accionada y por el conocimiento previo de las acciones acumuladas a la inicialmente ejercida por Episol S.A.S. el 3 de diciembre de 2019<sup>7</sup>.

## I. ANTECEDENTES

### 1.1. Solicitud de amparo

1. Mediante escrito remitido por correo electrónico el **22 de enero de 2021** a la Secretaría General del Consejo de Estado, **Bancolombia S.A.**, por intermedio de apoderado judicial<sup>8</sup>, ejerció acción de tutela contra el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá, integrado por los árbitros Catalina Hoyos Jiménez, Jorge Enrique Ibáñez Najar y Carlos Mauricio González Arévalo, convocado para dirimir las controversias contractuales suscitadas durante la ejecución del contrato de Concesión No. 001 de 2010, celebrado entre la sociedad **Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI**, con el fin de obtener la protección del derecho fundamental al debido proceso.

2. Tal derecho lo consideró vulnerado con ocasión del Laudo Arbitral dictado, por el Tribunal de Arbitramento referido, el **6 de agosto de 2019**<sup>9</sup>.

### 1.2. Pretensiones

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

*“3.1. Ampare el derecho fundamental al debido proceso de Bancolombia, vulnerado por el Tribunal demandado con la emisión del Laudo Arbitral del 6 de agosto de 2019.*

*3.2. Como consecuencia de lo anterior se deje sin efectos el Laudo del 6 de agosto de 2019 – proferido por el TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO DE CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. CONTRA LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, por violación del derecho fundamental al debido proceso. En su lugar, profiera una decisión de reemplazo que conjure los defectos e irregularidades demostrados durante el trámite.”*

### 1.3. Hechos probados y/o admitidos

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

<sup>6</sup> Expediente: 11001-03-15-000-2021-01618-00.

<sup>7</sup> Expediente: 11001-03-15-000-2019-05083-00.

<sup>8</sup> El representante legal de Bancolombia confirió poder especial al profesional del derecho Oscar David Gómez Pineda.

<sup>9</sup> El Laudo referido fue aclarado mediante Auto No. 112 del **16 de agosto de 2019**.



### 1.3.1. Procedimiento licitatorio y celebración del Contrato de Concesión No. 001 de 2010

4. Mediante Licitación Pública SEA-LP-001-2009, el Instituto Nacional de Concesiones – INCO (hoy la ANI por virtud del Decreto Ley 4165 de 2011) tramitó el proceso de selección de “[...] las Propuestas más favorables para la adjudicación de tres (3) Contratos de Concesión, cuyo objeto será el otorgamiento a cada uno de los Concesionarios de una concesión para que realicen, por su cuenta y riesgo, las obras necesarias para la construcción, rehabilitación, ampliación y mejoramiento, según corresponda, del Proyecto Vial Ruta del Sol y, la preparación de los estudios definitivos, la gestión predial y social, la obtención y/o modificación de licencias ambientales, la financiación, la operación y el mantenimiento de las obras, en uno o más de los siguientes Sectores en los que se divide el Proyecto Sectores: Sector 1: Tobiagrande/Villeta - El Korán, Sector 2: Puerto Salgar – San Roque y Sector 3: San Roque – Ye de Ciénaga y Carmen de Bolívar– Valledupar”.

5. Según la Resolución 641 del 15 de diciembre de 2009, el INCO adjudicó el denominado ‘Sector 2’ a la Estructura Plural Promesa de Sociedad Futura Concesionario Ruta del Sol S.A.S., conformada por Odebrecht, Odebrecht Latinvest, Episol y CSS. Con ocasión de la adjudicación, estas últimas constituyeron la sociedad “Concesionaria Ruta del Sol S.A.S” (en adelante Concesionaria RDS.), con las siguientes participaciones: Constructora Norberto Odebrecht S.A. (25.01%), Odebrecht Inversiones Em Infraestructura Ltda. (37%), Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. – EPISOL (33%) y CSS Constructores S.A., en un (4.99%).

6. El 14 de enero de 2010, el INCO y la Concesionaria RDS., celebraron el contrato de concesión No. 001 de 2010, del proyecto vial Sector 2, el cual tenía el siguiente objeto<sup>10</sup>:

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

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

*(b) La concesión incluye la ejecución completa en los plazos previstos de (i) las obligaciones señaladas en la Sección 2.02 que deberán ejecutarse durante la fase de Preconstrucción, (ii) las Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento, cumpliendo plenamente con lo previsto en las Especificaciones técnicas y los demás documentos que hacen parte de este Contrato de Concesión; (iii) las obras de mantenimiento cumpliendo plenamente con lo previsto en las Especificaciones Técnicas y los demás*

<sup>10</sup> El objeto del Contrato de Concesión se modificó mediante Otrosí 6 del 14 de marzo de 2014, según el cual la Concesionaria, por su cuenta y riesgo, se obligaba a elaborar los diseños, obtener la financiación y las Licencias ambientales necesarias, adquirir predios, rehabilitar, construir, mejorar, operar y mantener el tramo denominado Transversal Río de Oro – Aguacalara – Gamarra.



*documentos que hacen parte de este contrato; (iv) las obligaciones de Operación conforme a las especificaciones técnicas y los demás documentos que hacen parte de este Contrato de Concesión; y (v) las demás obligaciones previstas en el presente contrato, incluyendo pero sin limitarse a las obligaciones Ambientales y de Gestión Social, así como la gestión y adquisición predial. Todas las obligaciones mencionadas en el presente contrato son obligaciones de resultado a cargo del concesionario.*

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

*d) El alcance físico del Sector aparece indicado en el apéndice técnico.”*

7. El plazo total estimado del contrato fue de veinte (20) años, contados a partir de la fecha de inicio<sup>11</sup> y el valor se acordó en dos billones noventa y cuatro mil doscientos ochenta y seis millones de pesos (\$2.094.286.000.000) constantes del 31 de diciembre de 2008.

8. El referido contrato de concesión consagró la obligación de la Concesionaria RDS. de celebrar un contrato “*Engineering, Procurement and Construction*” (EPC<sup>12</sup>, por sus siglas en inglés), el cual se suscribió el 26 de abril de 2010 con el Consorcio Constructor Ruta del Sol - CONSOL, integrado por Odebrecht, Episol y CSS.

9. Así mismo, en la Sección 6.01 se incluyó la obligación para el concesionario de financiar la ejecución del proyecto a través de (i) recursos propios (o deuda subordinada de los socios) y (ii) recursos de deuda. Los préstamos o deudas debían ser tomados por la concesionaria y el proyecto y los recursos que este generara debían servir de garantía para los mismos.

10. En virtud de esta obligación, la Concesionaria RDS. suscribió 2 contratos de crédito con Bancolombia, Davivienda, Itaú, Banco de Bogotá, Banco de Occidente, Banco Popular y AV Villas. El primer contrato de crédito se celebró el 25 de noviembre de 2010 por valor de \$1,3 billones de pesos y \$70 millones de dólares, de los cuales Bancolombia se comprometió a aportar \$318.700 millones de pesos y U\$50 millones de dólares. El segundo contrato de crédito, que novó el primero en lo relativo a su componente en pesos, se perfeccionó el 27 de noviembre de 2014 por un valor de \$1.7 billones de pesos, manteniéndose el inicial en su

<sup>11</sup> El plazo del Contrato de Concesión se modificó mediante “Otrosí 6” del 14 de marzo de 2014 ampliándose a 25 años, contados a partir de su fecha de inicio.

<sup>12</sup> EPC es el acrónimo de “*Engineering, Procurement and Construction*”. El epecista es la empresa que ofrece todos los servicios relacionados con el diseño, los suministros necesarios y la construcción de un proyecto.



componente en dólares por \$70 millones de dólares, de los cuales Bancolombia se comprometió a facilitar \$480.700 millones de pesos y \$50 millones de dólares.

11. En el mes de enero de 2011, Odebrecht Invetimentos Em Infraestrutura Ltda., cambió su razón social y transformó su naturaleza societaria a Odebrecht Participaciones e Invetimentos S.A. y el 3 de abril de 2013 se constituyó la sociedad Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S., como filial de Odebrecht Participaciones e Invetimentos S.A.

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

13. La sociedad Odebrecht Participaciones e Invetimentos S.A. transfirió sus acciones en la sociedad Concesionaria RDS., a su filial Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S. Esta negociación fue aprobada por la ANI, dejando claro que Odebrecht Participaciones e Invetimentos S.A., mantendría la situación de control sobre su filial, garantizando las condiciones establecidas en el Contrato de Concesión 001 de 2010.

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

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

### **1.3.2. Terminación del contrato de concesión**

16. La Superintendencia de Industria y Comercio, por medio de la Resolución 5617 del 16 de febrero de 2017, le ordenó a la ANI que terminara y liquidara el contrato de concesión, por violación de las reglas sobre libre competencia económica.

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



18. En el documento por medio del cual modificaron el convenio de terminación y liquidación del contrato, acordaron que se realizara un pago parcial a las entidades financieras, correspondiente al cien por ciento (100%) de los recursos que se encontraban en el Patrimonio Autónomo en la Fiduciaria Corficolombiana en la cuenta INCO de la ANI, que equivalían a \$1.46 billones de pesos. En el mismo documento se pactó que el saldo del precio se pagaría con las vigencias futuras disponibles (\$999.977 millones de pesos), con desembolsos anuales hasta el año 2021.

19. Simultáneamente, la Procuraduría General de la Nación presentó demanda en ejercicio del medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos contra la Concesionaria RDS. y otros, con el fin de que garantizaran los derechos a la moralidad administrativa, el patrimonio público, el acceso a los servicios públicos, a que su prestación sea eficiente y oportuna y a la libre competencia económica.

20. El referido medio de control fue resuelto en sentencia de primera instancia, dictada el 6 de diciembre de 2018 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el cual, con ocasión de los actos de corrupción acreditados en el proceso desplegados por funcionarios de la Nación y por particulares, declaró responsables, por la violación de los derechos colectivos aludidos, entre otros, a la Concesionaria RDS., Odebrecht, Episol y la ANI. Así mismo, decretó la “*suspensión definitiva de los efectos del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, así como sus adiciones y modificaciones*”.

21. La sentencia en cuestión fue apelada por las entidades y personas naturales condenadas. El Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “B” admitió el recurso en auto del 6 de junio de 2019<sup>13</sup>, el cual se modificó mediante proveído del 24 de octubre de 2019, para conceder el recurso de apelación en efecto devolutivo, por la imperiosa necesidad de preservar la defensa de los derechos colectivos. El auto de admisión de la alzada en efecto devolutivo se confirmó el 14 de febrero de 2020<sup>14</sup>.

### **1.3.3. Cláusula compromisoria y convocatoria del Tribunal de Arbitramento**

22. En la sección 18.02 del contrato de concesión, se pactó cláusula compromisoria, con fundamento en la cual la Concesionaria RDS. presentó dos solicitudes al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, para la integración de sendos tribunales de arbitramento que tenían por

<sup>13</sup> Dictados en el proceso radicado No. 25000234100020170008302 (64048) a cargo del Magistrado Martín Bermúdez Muñoz. Mediante auto del 24 de octubre de 2019, confirmado en proveído del 18 de mayo de 2021, se negó la práctica de una prueba pericial solicitada por la Constructora Norberto Odebrecht y Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S.

<sup>14</sup> La última actuación en este proceso corresponde al auto del 18 de mayo de 2021, a través del cual se resolvió el recurso de súplica que interpuso la Constructora Norberto Odebrecht y Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S. contra la providencia del 24 de octubre de 2019.



objeto dirimir las controversias suscitadas entre las partes, convocando a la entidad pública contratante Agencia Nacional de Infraestructura –ANI–.

23. La primera demanda arbitral fue presentada el 6 de agosto de 2015 y se tramitó bajo el radicado No. 4190, en ella la parte convocante -Concesionaria RDS- solicitó como pretensión principal que se declarara que el contrato estaba vigente y vinculaba a las partes, como igualmente ocurría con el plan de obras presentado por la Concesionaria RDS. el 4 de junio de 2015 a la ANI y las fechas máximas de inicio de operaciones de los tramos 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7 que, por ende, eran obligatorias, de conformidad con la sección 8.12 del Contrato de Concesión 01 de 2010.

24. Así mismo, pretendió que se declarara que la ANI incumplió el contrato de concesión, por desconocer el plan de obras presentado por la concesionaria el 4 de junio de 2015, así como las fechas máximas de inicio de operación de los tramos referidos.

25. Como pretensión subsidiaria de la primera, solicitó que se declarara que, con posterioridad al 30 de noviembre de 2012, han continuado varios de los eventos eximentes de responsabilidad que se reconocieron en los “*otro sí*” No. 2 suscrito el 5 de abril de 2013 y en el No. 4 del 18 de octubre de 2013 y que se han presentado, adicionalmente, otros eventos eximentes de responsabilidad, reconocidos por la ANI.

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

27. La ANI contestó las dos demandas, oponiéndose a las pretensiones, proponiendo excepciones, al tiempo que interpuso demanda de reconvención, pretendiendo, entre otras, la declaratoria de nulidad absoluta del contrato de concesión por objeto ilícito y por haber sido celebrado con abuso y desviación de poder. También pidió que, como consecuencia de lo anterior, se ordenara la terminación del contrato y se declarara que la ANI “[...] *solamente está obligada a reconocer y pagar a favor de [la concesionaria] las prestaciones contractuales ejecutadas y cumplidas hasta el momento de la declaratoria de nulidad, siempre y cuando dichas prestaciones hayan beneficiado a la ANI y únicamente hasta el monto del beneficio obtenido, en aplicación del precepto legal contenido en el artículo 48 de la Ley 80 de 1993*”.

28. Los procesos anteriores se surtieron de forma independiente desde su inicio hasta el 5 de septiembre de 2016, fecha en la cual el Tribunal Arbitral del



expediente No. 4190, mediante Auto No. 25, ordenó la acumulación del expediente No. 4209, por lo que se continuaron tramitando bajo la misma cuerda procesal.

29. A los procesos arbitrales acumulados fueron convocados, como litisconsortes cuasinecesarios<sup>15</sup>: (i) Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –EPISOL S.A.S.–; (ii) Constructora Norberto Odebrecht S.A.; (iii) Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S. y (iv) CSS Constructores S.A. Así mismo, el 31 de mayo de 2018, se aceptó la solicitud de intervención radicada el 24 de mayo de la citada anualidad, en calidad de coadyuvantes de la convocante Concesionaria RDS., de las siguientes entidades financieras: (i) Bancolombia S.A., (ii) Banco Davivienda S.A.; (iii) Banco de Bogotá S.A., (iv) Banco de Occidente S.A.; (v) Banco Popular S.A.; (vi) Banco A.V. Villas S.A.; (vii) Itaú Corpbanca Colombia S.A.; y (viii) Patrimonio Autónomo Fideicomiso Ruta del Sol – Sector II, representado por su vocera Fiduciaria Corficolombiana S.A.

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

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

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

33. A continuación, se llevó a cabo la audiencia de conciliación, en varias sesiones, en las que se debatió sobre el acuerdo de terminación anticipada y liquidación del contrato que presentaron las partes a consideración y aprobación del Tribunal de Arbitramento. Ante la imposibilidad de que las contratantes llegaran a un consenso, se declaró fallida esta etapa y se dispuso la continuación del proceso, previa reinstalación del Tribunal.

<sup>15</sup> El artículo 62 del Código General del Proceso regula los litisconsortes cuasi necesarios en los siguientes términos: *“Podrán intervenir en un proceso como litisconsortes de una parte y con las mismas facultades de esta, quienes sean titulares de una determinada relación sustancial a la cual se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia, y que por ello estaban legitimados para demandar o ser demandados en el proceso. Podrán solicitar pruebas si intervienen antes de ser decretadas las peticiones por las partes; si concurren después, tomarán el proceso en el estado en que se encuentre en el momento de su intervención.”*



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

35. En la primera audiencia de trámite, las sociedades Estudios y Proyectos del Sol – Episol S.A.S.,<sup>16</sup> Constructora Norberto Odebrecht S.A. - Sucursal Colombia y Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S., solicitaron que se tuvieran en cuenta sus intervenciones y presentaron demandas independientes, con pretensiones autónomas, de las cuales se corrió traslado a los demás intervinientes, etapa a partir de la cual se vincularon activamente al proceso arbitral.

36. En la continuación de la audiencia inicial, llevada a cabo el 7 de noviembre de 2017, se rechazaron por improcedentes las pretensiones principales y subsidiarias formuladas por las sociedades convocadas al proceso como litisconsortes cuasinecesarios, en consideración a que las mismas fueron presentadas en forma extemporánea, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 224 de la Ley 1437 de 2011<sup>17</sup>, en tanto, había fenecido la oportunidad para incoar pretensiones autónomas, que era la audiencia inicial y, adicionalmente, había caducado la acción de controversias contractuales.

37. El auto fue recurrido en reposición, oportunidad en la que el Tribunal, mediante proveído del 28 de noviembre de 2008 confirmó la decisión al reiterar la extemporaneidad y consideró que se debía dar aplicación a lo dispuesto por el artículo 62 del Código General del Proceso, que consagra la figura jurídica del litisconcorsio cuasinecesario, norma a la que remite la Ley 1563 de 2012 -Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional-<sup>18</sup>.

38. El Tribunal decretó y practicó las pruebas solicitadas por las partes y los terceros interesados, así como diversas pruebas de oficio, de estas últimas cabe destacar el dictamen pericial rendido por la firma *'Duff & Phelps Company'*, ordenado mediante Auto 116 del 14 de marzo de 2019.

39. Precluida la etapa probatoria, se corrió traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión, término en el cual el apoderado de las entidades

<sup>16</sup> Si bien esta sociedad en un principio manifestó que no intervendría en esa oportunidad, manifestó que se reservaba el derecho de hacerlo con posterioridad y, con fundamento en ello, presentó pretensiones en autónomas, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 62 del Código General del Proceso.

<sup>17</sup> Desde la admisión de la demanda hasta antes de que se profiera el auto que fija fecha para la audiencia inicial.

<sup>18</sup> "Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones."



financieras manifestó que estas desembolsaron a la Concesionaria RDS. una suma cercana a \$2.4 billones de pesos (entre pesos colombianos y dólares). Informó que, el 22 de diciembre de 2017, la ANI autorizó un primer pago parcial por \$792.603.138.354, y el 10 de enero de 2019 un segundo pago parcial por \$627.000.000.000. Explicó que, en consonancia con el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018<sup>19</sup>, interpretado por la sentencia C-207 de 2019 dictada por la Corte Constitucional, los reconocimientos a la Concesionaria RDS. deben dirigirse primordialmente al pago del pasivo externo del proyecto con terceros de buena fe, como lo son los bancos.

#### 1.3.4. Laudo arbitral y auto por medio del cual se resolvieron las solicitudes de aclaración

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

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

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

**TERCERA:** Abstenerse de condenar a la **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S** al pago de perjuicios a favor de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** por el decreto de las medidas cautelares adoptadas con el Auto No. 7 del 11 de noviembre de 2015 (Acta 4), confirmado por el Auto No. 8 del 1 diciembre 2015 (Acta No. 5), las cuales fueron levantadas por el Tribunal Arbitral de Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. contra la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI las cuales fueron levantadas de oficio mediante el Auto No. 34 del 17 enero 2017 (Acta No. 29), por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

**QUINTA:** Con fundamento en la pretensión segunda de la reforma de la demanda de reconvencción presentada por la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA ANI**, de las solicitudes de la Procuraduría General de la Nación coadyuvadas por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y del ejercicio de las potestades oficiosas que le atribuye la ley, declarar la **NULIDAD ABSOLUTA**, por objeto y causa ilícitos, del Otrosí No. 3 suscrito el 15 de julio de 2013, modificado el 13 de

<sup>19</sup> “Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la Contratación Pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones.”



marzo de 2014, y el Otrosí No. 6 suscrito el 14 de marzo de 2014, junto con su actas complementarias, que adicionaron el Contrato de Concesión No. 001 de 2010, celebrados entre la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**, y la **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

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

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

**NOVENA:** Como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, sus Otrosíes y demás acuerdos contractuales, de conformidad con lo establecido en el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 y en estricto cumplimiento de la Sentencia C-207 de 2019 proferida por la Corte Constitucional, fijar en la suma de **DOSCIENTOS ONCE MIL DOSCIENTOS SETENTA Y TRES MILLONES, CUATROCIENTOS CINCO MIL QUINIENTOS SESENTA Y UN PESOS (\$211.273.405.561)**, el valor de los reconocimientos que la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** debe efectuar a favor de la **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.**

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

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



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

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

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

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

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

**DÉCIMA SÉPTIMA:** *Disponer que, en su oportunidad, se devuelva, para su archivo, el expediente contentivo de este proceso arbitral al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.”<sup>20</sup>*

41. Declarada la nulidad absoluta del contrato, el Tribunal estableció los efectos económicos, para lo cual explicó que las normas que orientaban el análisis eran los artículos 1746 y 1525 del Código Civil, 48 de la Ley 80 de 1993 y 20 de la Ley 1882 de 2018. Respecto de esta última disposición, indicó que el párrafo 1° fue declarado exequible en la Sentencia C-207 de 2019 dictada por la Corte Constitucional, salvo el inciso 1°, que se declaró exequible condicionadamente, en el entendido de que los reconocimientos a título de restituciones deben estar dirigidos al pago del pasivo externo del proyecto con terceros de buena fe.

42. En el Laudo se señaló que, según la sentencia aludida, con el remanente se podrán reconocer restituciones a favor del contratista, o del integrante o socio de la parte contratista, en los casos en que no esté probado que hubiera actuado dolosamente 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 hubiera participado en la celebración del contrato a sabiendas de tal ilicitud.

43. Precisó que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, los reconocimientos deben ser validados por la interventoría o por un tercero experto, y que para ello fijaría “[...] las sumas a reconocer con base en el dictamen de Duff & Phelps, teniendo en cuenta que se trata del único perito independiente de las dos partes y que, en consecuencia, puede considerarse como un verdadero tercero experto”<sup>21</sup>. Sin embargo, advirtió que valoraría “[...] cada una de las pruebas que obran en el expediente, incluidos los dictámenes presentados por las partes, para los efectos de determinar los ajustes que deba realizar a los resultados presentados por Duff & Phelps”.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> La parte resolutive del Laudo Arbitral obra en el disco duro portátil que fue allegado al proceso la sociedad accionante, registrado en el sistema de gestión judicial SAMAI.

<sup>21</sup> Folio 651 del Laudo Arbitral.

<sup>22</sup> Ob. Cit.



44. Concluyó que no podía tener en cuenta los dictámenes de la interventoría y de las firmas BDO y FTI, porque no eran idóneos, en tanto se trataba de pruebas de parte, realizando los siguientes ajustes al dictamen de Duff & Phelps:

(i) Sobre el CAPEX<sup>23</sup> (calculado por Duff & Phelps en \$4.126.550.556.448), estableció que debía recortarse el 18.43% del valor (equivalentes a \$760.559.431.183), que obedecía al sobre costo de las obras que no han sido causadas en cabeza de la Concesionaria RDS. (sino de Consol) y, por consiguiente, afectaría el valor de mercado de las obras que debe reconocer la ANI a favor de esta última.

(ii) Sobre la valoración del OPEX<sup>24</sup>, el Tribunal aseveró que no podía tener en cuenta el dictamen de Duff & Phelps, porque “en la práctica D&F no realizó una valoración del OPEX, sino que se limitó a copiar los resultados que aparecen en la contabilidad de la Concesionaria”<sup>25</sup>, por lo que procedía en este punto a basarse en el dictamen pericial de “BDO”.

45. Con fundamento en lo anterior, el Tribunal descontó los costos de los intereses correspondientes a los rubros no reconocidos, con lo cual concluyó que el valor a pagar a la Concesionaria RDS. era, a julio de 2019, la suma de \$211.273.405.561, que comprende los siguientes valores:

Ejecución de Inversiones Vs Ingresos			
Valores Expresados a Julio de 2019			
	DUFF & PHELPS	AJUSTES	ARBITROS
<b>Ejecucion de Inversiones</b>			
Valoración de la Obra Ejecutada	2,918,385,489,304	537,884,021,377	2,380,501,467,927
Rubros Globales	314,957,658,623	58,049,456,662	256,908,201,961
<b>Total</b>	<b>3,233,343,147,928</b>	<b>595,933,478,039</b>	<b>2,637,409,669,888</b>
AUI	949,631,239,509	175,025,359,674	774,605,879,835
<b>Total CAPEX</b>	<b>4,182,974,387,436</b>	<b>770,958,837,713</b>	<b>3,412,015,549,723</b>
OPEX	970,652,243,563	110,707,411,376	859,944,832,187
Fondeos Contractuales (Predios Actualizados)	314,296,979,885	-	314,296,979,885
Intereses Financieros	1,019,866,099,241	164,446,613,062	855,419,486,179
<b>Total CAPEX; OPEX y OTROS</b>	<b>6,487,789,710,125</b>	<b>1,046,112,862,151</b>	<b>5,441,676,847,974</b>
<b>Ingresos</b>			
<b>TOTAL INGRESOS</b>	<b>4,438,446,880,483</b>	<b>216,206,206,044</b>	<b>4,654,653,086,527</b>
Remuneración Contratista	-	575,750,355,886	575,750,355,886
<b>TOTAL INGRESOS</b>	<b>4,438,446,880,483</b>	<b>791,956,561,930</b>	<b>5,230,403,442,413</b>
<b>Valor Neto a Favor Contratista (a favor de ANI)</b>	<b>2,049,342,829,642</b>	<b>1,838,069,424,081</b>	<b>211,273,405,561</b>

Fuente: Laudo Arbitral, página 690.

<sup>23</sup> El CAPEX recibe su nombre por sus siglas en inglés "Capital Expenditure" y se refiere al gasto que realiza una compañía en bienes de equipo para mejorar sus ingresos a través del incremento de la productividad. <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/normativas/conpes3714.pdf>

<sup>24</sup> Corresponde a la sigla "Operational expenditures", es un costo permanente para el funcionamiento de un producto, negocio o sistema

<sup>25</sup> Laudo, páginas 654 y siguientes. El Tribunal explicó que no podía reconocer los costos, gastos e inversiones de Consol, porque este solo es el 'epicista', y el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 permite los reconocimientos de esos rubros 'atribuibles al contratista'. En el Laudo se dijo: "A juicio del Tribunal, cuando la norma exige el reconocimiento de los costos, las inversiones y los gastos ejecutados por el contratista, que es la Concesionaria, se refiere a las obras que a ella le hayan costado, que a ella le hayan generado obligaciones y que, en tal medida, se hayan reflejado en los respectivos registros contables de sus costos, sus inversiones y sus gastos. Pretender que el Estado deba asumir erogaciones del tercero Epicista, que es Consol, ciertamente estaría por fuera de lo dispuesto en la referida disposición".



46. En relación con las decisiones adoptadas en el Laudo Arbitral del 6 de agosto de 2019, se presentaron solicitudes de aclaración, adición y/o complementación, por las partes y los terceros intervinientes, las cuales fueron resueltas por el Tribunal de Arbitramento, mediante auto del 16 de agosto de 2019, en el que realizó algunas precisiones en torno a la forma como debe darse cumplimiento al Laudo Arbitral, específicamente, con respecto a las sumas de dinero que se deben desembolsar y la prelación de los créditos de los acreedores de buena fe.

### **1.3.5. Acción de tutela previa instaurada por Bancolombia S.A. contra el Laudo Arbitral**

#### **1.3.5.1. Petición de amparo constitucional**

47. Bancolombia S.A. interpuso recurso de anulación contra el Laudo Arbitral y, en forma paralela, instauró acción de tutela<sup>26</sup> en contra este y del auto por el cual se resolvieron las solicitudes de aclaración presentadas por las partes, en la que, igualmente, solicitó el amparo del derecho al debido proceso, por considerar que las providencias en cuestión incurrieron en los defectos: (i) sustantivo; (i) fáctico; (iii) desconocimiento del precedente, contenido en una sentencia de constitucionalidad C-207 de 2019; y (iv) falta de motivación, los cuales sustentó, en su oportunidad, en los siguientes argumentos:

48. El **defecto sustantivo**, por considerar que se aplicó inadecuadamente la expresión *“los reconocimientos a que haya lugar [...] serán validados por la interventoría o por un experto”*, contenida en el parágrafo 1º del artículo 32 de la Ley 1508 de 2012, modificado por el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, *“en el sentido de que la interpretó como una facultad para tomar de base un dictamen pericial de un experto y añadirle ‘ajustes’ indiscriminados y no como una obligación de respaldar las determinaciones técnicas del Tribunal en algún concepto especializado, como garantía para las partes de imparcialidad y buen derecho.”*

49. El **defecto fáctico** se sustentó en la valoración del dictamen pericial de la firma Duff & Phelps, pues -a juicio del accionante-, al determinar la validez de sus estimaciones, el Tribunal de Arbitramento incumplió las reglas elementales de la sana crítica y el deber de no contradicción. Precisó que, la primera irregularidad en que incurrió el Laudo consistió en que, al evaluar la forma en que el experto estimó el CAPEX, restó aquellos costos, inversiones y gastos en que había incurrido el epecista (CONSOL) para realizar las obras, con el argumento de que tales rubros aún no se habían facturado y no obraban en la contabilidad. Sin embargo, no tuvo en cuenta que en el dictamen se incluyeron esos rubros *“porque la fórmula contenida en el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 no ordena que se deduzcan y porque de hecho corresponden a obras construidas para contribuir a satisfacer el interés público y están asociadas al objeto del contrato.”*

<sup>26</sup> Expediente: 11001-03-15-000-2019-05253-00, que se acumuló al proceso 11001-03-15-000-2019-05083-00.



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

51. La segunda irregularidad que alegó con respecto al defecto fáctico y, concretamente, a la determinación del CAPEX, la sustentó en que la autoridad accionada no tuvo en cuenta que los supuestos sobrecostos en que había incurrido el epicista ya habían sido depurados en el dictamen pericial.

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

53. El **desconocimiento del precedente constitucional**, por estimar que, al aplicarse la fórmula de liquidación de los reconocimientos a la Concesionaria RDS., el Tribunal desconoció la regla de interpretación que de esa fórmula dispuso la Corte Constitucional en la sentencia C-207 de 2019, cuyo principal propósito era la protección del ahorro captado del público, mediante la satisfacción de las deudas con el sector financiero.

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

55. Finalmente, la **decisión sin motivación** la sustentó en que, al definir un orden de prelación de pagos entre los acreedores de la Concesionaria RDS., el Tribunal no expuso algún argumento jurídico que permitiera comprender que la determinación se basaba en un motivo razonable, por lo que se graduó la acreencia, sin que esta pudiera ejercer ningún tipo de contradicción al respecto.

56. En la primera demanda de tutela, Bancolombia informó que el 30 de septiembre de 2019 interpuso recurso de anulación contra el Laudo Arbitral, el cual sustentó en tres (3) causales, a saber: (i) que el fallo fue dictado en conciencia, debiendo haber sido en derecho; (ii) que contiene errores aritméticos; y (iii) que resolvió aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros. Agregó que, todos los errores se centraron en irregularidades de carácter formal y de procedimiento en torno a la definición de los efectos económicos derivados de la nulidad absoluta del contrato por objeto y causa ilícitos.



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

### 1.3.5.2. Sentencia de primera instancia de la acción de tutela inicialmente presentada

58. El Consejo de Estado, Sección Quinta, el 27 de febrero de 2020, dictó sentencia de primera instancia, en los procesos acumulados instaurados en contra del mismo Laudo Arbitral dictado por el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá, por medio de la cual **declaró improcedente** la acción, por considerar que no concurría el requisito de subsidiariedad.

59. Lo anterior, por cuanto la accionante contaba el recurso de anulación, el cual efectivamente ejerció, invocando como causales, de las previstas en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, las siguientes: (i) la 7ª, esto es, *“haberse fallado en conciencia o en equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca de manifiesto en el laudo”*; (ii) la 8ª consistente en *“Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutive o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral.”*; y (iii) la 9ª, que consagra como supuesto fáctico *“Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.”*

60. Los supuestos de hecho y de derecho en los que la entidad financiera sustentó la procedencia del recurso de anulación fueron contrastados con los contenidos en la acción de tutela, así:

Cargos de la tutela	Causales del recurso extraordinario de anulación
<i>i) Defecto material o sustantivo</i> , por indebida interpretación y aplicación del parágrafo 1º del artículo 32 de la Ley 1508 de 2002, modificado por el parágrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, en el sentido de que la interpretó como una facultad para tomar como base los resultados de un dictamen pericial de un experto y añadirle ajustes <i>“indiscriminados y no como una obligación de respaldar las determinaciones técnicas del Tribunal en algún concepto especializado como garantía para las partes de imparcialidad y buen derecho.”</i>	Como sustento de las causales de anulación invocadas señaló como marco normativo y jurisprudencial, el contenido del parágrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2019 y la Sentencia C-207 de 2019, dictada por la Corte Constitucional en la que declaró condicionalmente exequible el inciso 1º de la norma jurídica, para concluir que el Tribunal actuó <i>“con evidente desconocimiento”</i> de las mismas.  Señaló que, a pesar de la claridad de la norma, <i>“el Tribunal prefirió servirse de sus propias conjeturas, estimaciones y valoraciones para, en contra de lo señalado en la ley y por la Corte Constitucional adoptar una decisión en cuanto hace a la determinación de la suma que la ANI debe reconocer para el respeto de los derechos</i>



	<p><i>de los terceros de buena fe...<sup>27</sup></i></p> <p>Argumentó que el precepto en cita: <i>“fue flagrantemente desconocido por el Tribunal Arbitral, desbordando con ello su competencia, toda vez que las cifras que dieron lugar a reconocimientos debían ser validadas por la interventoría o por un tercero experto, y no por el Tribunal Arbitral como en últimas ocurrió.”</i></p> <p>Hizo énfasis en las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional en la sentencia citada, sobre los derechos de los acreedores de buena fe.</p>
<p><i>ii) Defecto fáctico</i>, que sustentó en la indebida valoración del dictamen pericial rendido por la firma Duff &amp; Phelps. Ello, por considerar que el panel se apartó de los valores certificados por el tercero experto.</p> <p>En punto de este defecto, la parte actora señaló los rubros en los que –a su juicio– el Tribunal desconoció las conclusiones contenidas en el dictamen pericial.</p> <p>Indicó que se incurrió en este defecto por no incluir directamente los recursos financieros provenientes del endeudamiento del contratista con terceros de buena fe, como parte de las restituciones a que había lugar y porque al evaluar los valores de los rubros que hacían parte de la fórmula de reconocimiento a la concesionaria realizó descuentos que no le era dable efectuar.</p>	<p>Al sustentar los cargos del recurso de anulación, la entidad bancaria afirmó que, a pesar del alto grado de dificultad técnica que suponía tal determinación y no obstante, haberse practicado cuatro pruebas periciales, encaminadas a satisfacer lo señalado en la Ley 1882 de 2018, el Tribunal se apartó de todas ellas, para fundamentar su decisión en sus propias valoraciones, con lo que dio paso a la configuración de un fallo en conciencia.</p> <p>Las cifras que en sentir de la institución financiera recurrente fueron determinadas en el Laudo Arbitral sin tener en cuenta la prueba pericial, corresponden exactamente a los mismos conceptos que se determinaron en la acción de tutela, esto es, el CAPEX, las sumas correspondientes a las obras ejecutadas por el epecista, la remuneración del contratista y la deducción de las utilidades.</p> <p>Consideró que, en este punto, debía tenerse en cuenta que la experticia, en el contexto de la norma cuya interpretación consideró errónea, no constituye un mero dictamen pericial, sino que se trata de una prueba determinante para la decisión y que el Tribunal incurrió en errores aritméticos en cuanto a la determinación de algunas de las cifras que correspondían a las restituciones o reconocimientos que correspondía realizar.</p>
<p><i>iii) Decisión sin motivación</i> que hizo consistir en que se definió un orden de prelación de pagos a los acreedores, sin que se expusieran argumentos para sustentar esta decisión y sin que el Tribunal de Arbitramento fuera competente para ello.</p>	<p>Con este mismo argumento sustentó la causal 9ª de anulación, aseverando que, para efectuar la graduación de pagos a los acreedores de buena fe, el Tribunal se apartó de la sentencia C-207 de 2019, pues en ella no se facultó al Tribunal de Arbitramento para hacerlo.</p> <p>Concluyó, afirmando que <i>“... al haber graduado</i></p>

<sup>27</sup> Folio 140 del cuaderno número 1 del expediente acumulado



	<i>los créditos de los terceros, sin que existiera una pretensión en tal sentido, ni mucho menos una previsión legal o que, por vía judicial, así se lo autorizara el Tribunal, se le abrió la puerta a la causal de anulación.”</i>
--	--

61. De la comparación realizada, se concluyó que todos los defectos alegados, fueron igualmente expuestos, con argumentos que guardan similitud fáctica y jurídica, en el recurso extraordinario de anulación, el cual para esa fecha se encontraba en trámite en el Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “A”, por lo que resultaba imperativo concluir que no concurría el requisito de subsidiariedad que permitiera estudiar el fondo del asunto. A igual conclusión se arribó con respecto a las acciones acumuladas, realizándose idéntico ejercicio de comparación.

### 1.3.5.3. Fallo de segunda instancia

62. Las impugnaciones interpuestas en contra del fallo de primera instancia fueron resueltas por el Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “A”, en fallo dictado el 19 de julio de 2020, en el cual modificó la sentencia recurrida, en el sentido de negar las pretensiones de la acción de tutela por el cargo de desconocimiento del precedente constitucional, contenido en la sentencia C-207 de 2019, que analizó de fondo, por considerar que, para alegar el mismo, no procedía mecanismo alguno de defensa judicial.

63. Previo a resolver el fondo del asunto, el juez constitucional de segunda instancia precisó que la acción de tutela contra laudos arbitrales es, por regla general, improcedente ante la idoneidad del recurso extraordinario de anulación, instancia en la que el juez tiene la potestad de estudiar la vulneración del debido proceso en relación con la valoración de la prueba, lo cual sustentó en las consideraciones expuestas en la sentencia dictada el 10 de diciembre de 2018 por esa Subsección<sup>28</sup>.

64. A continuación, analizó el requisito de procedibilidad referido a la relevancia constitucional del asunto sometido a consideración de la Sala, en torno al cual concluyó que *“el argumento de vulneración del debido proceso no puede emplearse como mecanismo para corregir la valoración de la ley o de las pruebas a través de la tutela, toda vez que, en tal caso, la acción sería improcedente por falta de relevancia constitucional.”*

65. Al respecto, precisó que los argumentos expuestos en las demandas de tutela acumuladas -por varios de los accionantes-, relacionados con la existencia de un defecto fáctico, en relación con el cual se controvirtieron las deducciones o restas realizadas por el Tribunal de Arbitramento **carecen de relevancia constitucional**,

<sup>28</sup> Para sustentar esta afirmación citó el proceso Rad. No. 11001032600020180005300 (61431), convocante: Unión Temporal Medidores del Cesar 2015, convocado: Empresa de Servicios Públicos de Valledupar Emdupar S.A. E.S.P. y la *ratio* de la sentencia SU 556 de 2016 de la Corte Constitucional.



lo cual torna improcedente la acción de tutela, con respecto a estos específicos cargos.

66. Señaló que, en consecuencia, el único defecto que supera los requisitos de relevancia constitucional y subsidiariedad es el relacionado con la violación directa de la Constitución Política que plantearon los accionantes como desconocimiento del precedente constitucional contenido en la Sentencia C-207 de 2019, en relación con el reconocimiento de obligaciones en favor de los terceros de buena fe y por desconocer los precedentes constitucionales sobre la prueba contable y la buena fe debida a los estados financieros.

67. Sobre el punto, examinó la Ley 1882 del 15 de enero de 2018 que modificó la 1508 de 2012 y que, en el artículo 20, se refirió a la obligación de incluir en los contratos celebrados bajo la modalidad de asociaciones público–privadas APP – antes contratos de concesión– una fórmula matemática para las prestaciones recíprocas, destinada a aplicarse en el evento de terminación anticipada.

68. Igualmente, estudió la sentencia C-207 del 16 de mayo de 2019, dictada por la Corte Constitucional y citada como desconocida por los actores, por medio de la cual se declaró exequible el primer inciso del parágrafo 1º del artículo 20, decisión que se adoptó en “*el entendido de que los reconocimientos a título de restituciones estarán dirigidos al pago del pasivo externo del proyecto con terceros de buena fe*” (Negrilla incluida en el fallo de tutela). La misma sentencia declaró inexecutable algunos de los incisos del parágrafo 2º del referido artículo<sup>29</sup>.

69. El *ad quem* de la acción de tutela primigenia señaló que, en esa sentencia la Corte no se pronunció sobre los incisos que estuvieron por fuera de la demanda de constitucionalidad, por lo que esas disposiciones no pueden ser consideradas como materia de un supuesto precedente. Destacó que los asuntos que, a continuación, se señalan, no fueron examinados por la Corte:

*“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.*

<sup>29</sup> “**PRIMERO.** - Declarar **EXEQUIBLE**, por los cargos analizados en la presente sentencia, el parágrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, salvo: El inciso primero, que se declara **EXEQUIBLE**, en el entendido de que los reconocimientos a título de restituciones estarán dirigidos al pago del pasivo externo del proyecto con terceros de buena fe. Con el remanente, se podrán reconocer restituciones a favor del contratista, o el integrante o socio de la parte contratista, en los casos en que no esté probado que actuó mediante una conducta dolosa en la comisión de un delito o de una infracción administrativa, dando lugar a la nulidad del contrato por objeto o causa ilícitos, o que participó en la celebración del contrato a sabiendas de tal ilicitud. // La expresión “salvo que se trate de aquellos asociados a los contratos de crédito, leasing financiero o a la terminación de los contratos de derivados de cobertura financiera del proyecto” contenida en el numeral 4 del inciso segundo, que se declara **INEXEQUIBLE**. // **SEGUNDO.** - Declarar **INEXEQUIBLES** los incisos segundo, tercero y cuarto de del parágrafo 2º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 (la negrilla es del texto).



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

*“(…)*

*“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.*

*“(…).*

70. Finalmente, se refirió a los documentos contables, para concluir que en Colombia no existe una tarifa probatoria y que la contabilidad es plena prueba de los hechos que ella registra bajo determinados requisitos, pero ello no significa que el juez del contrato esté limitado o restringido por esta, toda vez que debe valorar en su conjunto todos los elementos de convicción que obren en el proceso.

71. Con fundamento en las consideraciones expuestas concluyó:

*“El Tribunal de Arbitramento se pronunció sobre las restituciones derivadas de la nulidad absoluta del contrato –declarada en este caso por objeto y causa ilícita- a pagar con los recursos del fideicomiso, y sobre ellos aplicó la prelación de pagos, prevista en la Ley 1882 de 2018, en favor de los terceros de buena fe a los que se refirió la sentencia C- 207 de 2019, en lo cual no se advierte la vulneración del debido proceso sino el cumplimiento de la ley y del deber de administrar justicia de conformidad con esta.*

*Por lo expuesto, no comparte la Sala los conceptos de los apoderados de los accionantes tendientes a considerar la sentencia C-207 de 2019 como un precedente obligatorio o una ratio decidendi para determinar que el juez o los árbitros no pueden establecer los valores de acuerdo con las pruebas allegadas al proceso, que solo el experto o el perito pueden fijarlos o que no pueden tomar ningún dato de los estados financieros cuando se advierte que en ellos se registraron transacciones ilícitas o no asociadas al proyecto<sup>30</sup>.*

72. En la sentencia se analizó, en forma concreta, la impugnación interpuesta por Bancolombia, para precisar que ni la acción de tutela ni el recurso de anulación permiten que las partes busquen una nueva instancia para cambiar la interpretación normativa o la valoración de los medios de prueba y que en esa instancia se estudió de fondo el desconocimiento del precedente, encontrando no configurado el defecto, por lo que procedía negar el amparo en relación con este y confirmar la improcedencia de la solicitud de amparo respecto de los defectos sustantivo y decisión sin motivación, por no concurrir los requisitos de

<sup>30</sup> En la sentencia se incluyó la siguiente nota: “Sobre esto último también podría explicarse que el artículo 264 del CGP reguló la indivisibilidad de los libros de contabilidad frente a unos determinados supuestos entre las partes y que los estados financieros contienen un ejercicio valorativo que va más allá de las transacciones registradas en los libros de contabilidad. Además, desde el escenario de la tutela, debe resaltarse – siguiendo la reseña que se presentó del trámite arbitral en esta providencia- que en el proceso arbitral la convocante desistió de un dictamen contable y no exhibió sus propios libros de contabilidad al concepto de expertos.”



subsidiariedad y con respecto al fáctico, adicionalmente el de relevancia constitucional.

#### 1.3.5.4. Trámite de eventual revisión en la Corte Constitucional

73. La Corte Constitucional – Sala de Selección de Tutelas Número Seis, mediante auto del 30 de noviembre de 2020, excluyó de la selección para eventual revisión la acción de tutela referida, auto notificado por estado del 15 de diciembre de 2020<sup>31</sup>.

#### 1.3.6. Trámite de los recursos de anulación interpuestos contra el Laudo Arbitral

74. En la oportunidad prevista por el ordenamiento jurídico, la Concesionaria RDS., la sociedad Estudios y Proyectos del Sol – EPISOL S.A.S., Itaú Corpbanca Colombia S.A., Bancos de Bogotá S.A., Popular S.A., de Occidente S.A., AV Villas S.A., Davivienda S.A., Bancolombia S.A., Fiduciaria Corficolombiana S.A., las sociedad Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S. y Constructora Norberto Odebrecht S.A., interpusieron recursos extraordinarios de anulación contra el Laudo Arbitral del 6 de agosto de 2019 y el auto de aclaración del 16 de agosto siguiente, dictados por el Tribunal de Arbitramento constituido para resolver las controversias surgidas entre la sociedad Concesionaria RDS. –la convocante- y el INCO (actualmente ANI) –la convocada- con ocasión de la celebración y ejecución del Contrato de Concesión 001 del 14 de enero de 2010.

75. El 24 de octubre de 2019, la ANI, presentó oposición a los recursos de anulación interpuestos. Igualmente, el Ministerio Público rindió concepto, en el cual solicitó desestimarlos y lo mismo hizo la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

76. Los recursos de anulación fueron resueltos por el Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “A”, en sentencia dictada el **10 de septiembre de 2020**, en la que se declararon infundados y se condenó en costas a las entidades recurrentes. La Corporación se refirió a cada una de las causales de anulación invocadas, así:

<b>Causal</b>	<b>Numeral 1º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, “Inexistencia, invalidez o inoponibilidad del pacto arbitral”</b>
<b>Recurrente que la invocó</b>	Banco Davivienda S.A.
<b>Consideraciones de la sentencia que resolvió el recurso</b>	Se precisó que únicamente tenían la calidad de partes los contratantes que suscribieron la cláusula compromisoria y que sólo respecto a estos el Laudo Arbitral tendría efectos de cosa juzgada, por cuanto no se resolvió controversia alguna entre la

<sup>31</sup><https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/estadost/ESTADO%20AUTO%20DEL%2030%20DE%20NOVIEMBRE%20DE%202020.pdf>. Consulta realizada el 3 de marzo de 2020 a las 6.25 p.m.



	<p>Concesionaria y cada uno de los bancos coadyuvantes o la Fiduciaria, sino la existente entre aquella y la ANI.</p> <p>Negó que el Tribunal haya decidido que los únicos reconocimientos a los que tienen derecho los bancos sean los resultantes de la aplicación de lo decidido, porque éstos pueden ejercer las acciones judiciales a que a bien tengan, con el fin de hacer exigibles las obligaciones de su deudor, surgidas de los contratos de crédito, lo que impide afirmar que el Laudo Arbitral haya producido efectos de cosa juzgada respecto de esas relaciones contractuales y, por lo tanto, no es dable sostener que tenían que ser citados como partes del proceso, en calidad de litis consortes necesarios, para que el pacto les fuera oponible.</p>
<b>Causal</b>	<b>Numeral 1º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 “La caducidad de la acción, falta de jurisdicción y de competencia”</b>
<b>Recurrentes que la invocaron</b>	Banco de Bogotá S.A., Banco Popular S.A., Banco de Occidente S.A. y Banco AV Villas S.A., Constructora Norberto Odebrecht S.A. y Sociedad Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S.
<b>Consideraciones de la sentencia que resolvió el recurso</b>	<p><b>i) Sobre la caducidad de la acción para declarar la nulidad absoluta del contrato:</b></p> <p>La declaratoria de nulidad absoluta del contrato no solo se decretó por la solicitud de la parte convocada, del Ministerio Público y de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, sino con fundamento en la facultad oficiosa del juez, consagrada en los artículos 45 de la Ley 80 de 1993<sup>32</sup> y 1742 del Código Civil<sup>33</sup>, que tiene como única limitación el saneamiento por prescripción extraordinaria, por lo que no se configuró la causal de anulación por caducidad de la acción.</p> <p><b>ii) Falta de competencia y jurisdicción</b></p> <p>Frente a la causal de falta de competencia y jurisdicción, los recurrentes argumentaron que se relacionaba con la modificación de las cifras que fueron validadas por el tercero experto Duff &amp; Phelps Company D &amp; P, por la declaratoria de nulidad absoluta del contrato de concesión y para resolver asuntos no determinados en la ley que regula la liquidación de las restituciones mutuas.</p> <p>Consideró que el artículo 1742 del Código Civil establece que la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin</p>

<sup>32</sup> “ARTÍCULO 45. DE LA NULIDAD ABSOLUTA. La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del ministerio público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación (...).”

<sup>33</sup> “Art. 1742.- Subrogado. Ley 50 de 1936, art. 2º.- La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el ministerio público en el interés de la moralidad o de la ley (...).”



	<p>petición de parte, lo que significa que prima ese poder-deber del juez sobre lo que al respecto dispongan las partes en sus pretensiones y es independiente de los términos en que aquellas plantean la controversia.</p> <p>Con respecto a la potestad de modificar las cifras contenidas en el dictamen, afirmó que el Tribunal actuó revestido de competencia, puesto que el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 no restringe la facultad judicial de valorar conjuntamente las pruebas que obren en el proceso, entre las cuales se halla el concepto del interventor o el dictamen pericial que se practique para verificar que los reconocimientos correspondan a los costos, las inversiones y los gastos ejecutados por el contratista.</p> <p>Precisó que ni la ley ni la Corte Constitucional establecieron una tarifa legal, respecto del dictamen del tercero experto ni determinaron que el mismo no pueda ser aceptado parcialmente por el juez o por los árbitros del proceso en el que se determinan los reconocimientos previstos en la Ley 1882 de 2018.</p> <p>Consideró válida la decisión del Tribunal de establecer la prelación de los créditos, ante la existencia de varios acreedores de buena fe y disponer la forma más adecuada para aplicar el monto de la condena.</p> <p>En punto de lo anterior, aclaró que <i>“mediante el Laudo arbitral impugnado no se resolvió controversia respecto de las operaciones de crédito entre las entidades financieras y la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, o entre aquellas y la Agencia Nacional de Infraestructura, y su participación en el proceso arbitral fue a título de coadyuvantes, por el interés que les asistía en las resultas del proceso, que culminó con un Laudo Arbitral que, se reitera, declaró la nulidad absoluta del Contrato de Concesión entre la ANI y la Concesionaria y ordenó unas restituciones a favor de esta última, por un valor determinado y únicamente hasta su monto, que debían estar orientadas al pago de los terceros de buena fe, entre los que se hallaban, precisamente, dichas entidades financieras.”</i></p>
<b>Causal</b>	<b>Causal 4ª del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012: “Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación, o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no se hubiere saneado la nulidad.”</b>
<b>Recurrentes que la invocaron</b>	Itaú Corpbanca Colombia S.A., Banco Davivienda S.A., Fiduciaria Corficolombiana S.A.
<b>Consideraciones de la sentencia que resolvió el recurso</b>	En la sentencia se precisó que no se incumplió por parte del Tribunal Arbitral el deber de citar y notificar a las entidades financieras para que manifestaran si adherían o no al pacto arbitral, puesto que ese deber, en el presente caso, no existió, en tanto no se configuraron los presupuestos indicados por el artículo 36 de la Ley 1563 de 2012. Los acreedores asistieron en calidad de terceros de buena fe y así se les reconoció el derecho



	a las prestaciones reconocidas a Concesionaria RDS.
<b>Causal</b>	<b>Causal 7ª del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012: “Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”.</b>
<b>Recurrentes que la invocaron</b>	Concesionaria RDS., Sociedad Estudios y Proyectos del Sol EPISOL S.A.S., - Itaú Corpbanca S.A., Banco Davivienda S.A., Bancolombia S.A., Fiduciaria Corficolombiana S.A., Sociedad Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S. y Constructora Norberto Odebrecht S.A.
<b>Consideraciones de la sentencia que resolvió el recurso</b>	<p>Lo primero que se precisó en la sentencia es que todos los cargos propuestos por los intervinientes a la luz de la causal en estudio giran en torno a la aplicación, en el Laudo Arbitral, del párrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2019, por considerar que no fue acatado a la hora de establecer las restituciones mutuas derivadas de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato de concesión, así como la sentencia C-207 de 2019, dictada por la Corte Constitucional.</p> <p>A continuación, en la providencia se transcribieron los apartes del Laudo en los que se aplicó al caso concreto la norma y la <i>ratio</i> de la sentencia de constitucionalidad y se refirió <i>in extenso</i> a la valoración de las pruebas que se realizó en torno al punto objeto de debate.</p> <p>Concluyó que los vicios o irregularidades atribuidas al Laudo Arbitral no se produjeron, puesto que el Tribunal aplicó las normas legales que regulan los reconocimientos derivados de las restituciones ordenadas como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, específicamente, el párrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, para lo cual estableció el valor actualizado de los costos, las inversiones y los gastos ejecutados por el contratista, incluyendo los intereses y restando la remuneración y los pagos recibidos por el contratista, en virtud del cumplimiento del objeto contractual.</p> <p>Igualmente, verificó que los reconocimientos ordenados cumplieron los requisitos establecidos en la norma, a saber: “i) que hayan sido ejecutados, total o parcialmente, para contribuir a satisfacer el interés público, ii) estén asociados al desarrollo del objeto del contrato, iii) correspondan máximo a precios o condiciones del mercado al momento de su causación de acuerdo con la modalidad contractual, y iv) 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.”<sup>34</sup></p> <p>Corroboró que el monto de las restituciones ordenadas efectivamente se destinó al cubrimiento de los créditos externos</p>

<sup>34</sup> Ver folio 181 de la sentencia que resolvió el recurso extraordinario de anulación.



	<p>que la Concesionaria adquirió con terceros de buena fe, como lo dispuso la Corte Constitucional en la sentencia que declaró la exequibilidad condicionada de la norma.</p> <p>Afirmó que se tuvo como experto independiente a Duff &amp; Phelps y fue a partir de ese dictamen que se obtuvieron las cifras, sin que pueda afirmarse que en punto de lo anterior exista tarifa legal de pruebas, como lo entienden los recurrentes, <i>“es decir que el monto de los reconocimientos a favor de la Concesionaria no podía ser sino el establecido por el perito, sin cuestionamiento alguno por parte del Tribunal de Arbitramento, quien, en tal caso, quedaba atado a lo que dicho experto concluyera al respecto”</i>.</p>
<b>Causal</b>	<b>Causal 8ª del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012: “Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutive o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral.”</b>
<b>Recurrentes que la invocaron</b>	Concesionaria RDS., Sociedad Estudios y Proyectos del Sol EPISOL S.A.S., Bancolombia S.A. y Fiduciaria Corficolombiana S.A.
<b>Consideraciones de la sentencia que resolvió el recurso</b>	Consideró que la inclusión o exclusión de determinados factores o rubros para efectos de establecer el valor de los pagos que la ANI debía efectuar en favor de la Concesionaria RDS., a título de restituciones, no constituía un error, por cuanto corresponde al análisis que efectuaron los árbitros y que los llevó a tener en cuenta o desestimar los cálculos efectuados por los distintos peritos que dictaminaron en el proceso, en general, sobre las inversiones, los ingresos y gastos ejecutados por la Concesionaria, por lo que no se trata de equivocaciones.
<b>Causal</b>	<b>Causal novena del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012: “Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.”</b>
<b>Recurrentes que la invocaron</b>	Concesionaria RDS., Itaú Corpbanca S.A., Bancolombia S.A., Fiduciaria Corficolombiana S.A. y Sociedad Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S.
<b>Consideraciones de la sentencia que resolvió el recurso</b>	En la sentencia se concluyó que el Laudo no incurrió en alguno de los supuestos de hecho de la causal invocada, y que no es acertado afirmar, como lo hacen los recurrentes, que la decisión arbitral hizo tránsito a cosa juzgada respecto de las acreencias de los terceros de buena fe, puesto que, se reitera, el Laudo no definió en su parte resolutive controversia alguna entre la Concesionaria RDS y sus acreedores, quienes, sin embargo, se vieron favorecidos por la destinación que aquella, necesariamente, debía dar a los recursos que se reconocieron a su favor, a título de restituciones, como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato.



77. La sentencia fue objeto de solicitud de adición, la cual fue resuelta negativamente mediante auto del 20 de noviembre de 2020, notificado por estado del 19 de enero de 2021.

#### **1.4. Sustento de la solicitud**

78. Bancolombia desarrolló en el libelo introductorio los ejes temáticos, que se exponen a continuación:

##### **1.4.1. Ausencia de temeridad**

79. La entidad financiera accionante indicó que, aun cuando se trata de la segunda acción que ejerce contra el Laudo Arbitral, no incurre en temeridad, por cuanto la jurisdicción constitucional no ha efectuado un pronunciamiento de fondo en relación con los defectos sustantivo, fáctico y de falta de motivación del laudo censurado y existe un hecho judicial nuevo que justifica su interposición. Adicionalmente, esta acción únicamente versa sobre los asuntos que no fueron resueltos con fuerza de cosa juzgada constitucional.

80. Con respecto al hecho nuevo, manifestó que corresponde al acaecido el 10 de septiembre de 2020, con ocasión del proferimiento, por parte de la Sección Tercera del Consejo de Estado, de la sentencia que declaró infundado el recurso de anulación interpuesto contra el Laudo, con la cual se resolvió el mecanismo ordinario judicial que había servido de base para declarar improcedente la primera acción de tutela por los defectos que ahora invoca, por lo que se cumple el requisito de subsidiariedad.

81. Señaló que, las sentencias que resolvieron la primera tutela solo fallaron de fondo sobre el defecto por desconocimiento del precedente constitucional y que ese cargo no se incluye en esta oportunidad, en tanto esa decisión sí tiene fuerza de cosa juzgada constitucional.

82. Aclaró que, en esta ocasión no interpone acción de tutela en contra de la sentencia que resolvió el recurso de anulación, por cuanto en la citada *“providencia el Consejo de Estado no incurrió en algún defecto protuberante de carácter constitucional que amerite la interposición de la acción de tutela. En efecto, aun cuando se puede estar en desacuerdo con la determinación, la decisión se fundó en argumentos razonables que se respaldan en la jurisprudencia aplicable en vigor, y no ocurrió alguna falla que afectara el derecho fundamental al debido proceso de Bancolombia.”*

##### **1.4.2. Presupuestos generales de procedencia de la acción de tutela**

83. La actora consideró que concurren los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, los cuales analizó en relación con laudos arbitrales, señalando como precedente aplicable al caso la sentencia SU-556 de 2016, en la que la Corte Constitucional examinó de fondo una acción de tutela que se presentó luego



de otra acción de amparo contra el mismo laudo, con la diferencia de que en la segunda se había resuelto el recurso extraordinario de anulación.

84. Citó igualmente la sentencia SU-500 de 2015, para sustentar la procedencia de la acción de tutela para analizar aquellas materias que se encuentran excluidas del recurso extraordinario de anulación.

85. En relación con la relevancia constitucional, consideró que se configura por la vulneración del derecho fundamental al debido proceso de Bancolombia y por cuanto los defectos alegados se precisan y sustentan en debida forma. Agregó que concurría el requisito de subsidiariedad, por cuanto se agotaron en debida forma todos los mecanismos de defensa judicial y las causales alegadas tienen la misma entidad de las invocadas en la anulación, por lo que no se presentan argumentos nuevos sobre los cuales no haya existido pronunciamiento alguno de la jurisdicción contencioso-administrativa. Señaló que, no procede el recurso extraordinario de revisión, por cuanto las causales alegadas no están incluidas como circunstancias susceptibles de ser invocadas en ese mecanismo extraordinario.

#### **1.4.3. Causales específicas de procedencia de la acción de tutela**

86. El actor considera que el Laudo Arbitral proferido el 6 de agosto de 2019, incurrió en los siguientes defectos:

##### **1.4.3.1. Defecto sustantivo por indebida aplicación de la expresión “los reconocimientos a que haya lugar [...] serán validados por la interventoría o por un tercero experto”, contenida en el parágrafo 1º del artículo 32 de la Ley 1508 de 2012, modificado por el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018**

87. El cuestionamiento concreto en relación con este defecto hace referencia a que -a juicio del banco accionante- el Tribunal interpretó la norma como una facultad para determinar los reconocimientos, tomando como base un dictamen experto y luego añadirle ajustes “indiscriminados”, al punto que desnaturalizó el cálculo experto y adoptó uno propio, con fundamento en la contabilidad y en otros informes periciales a los que les había restado valor probatorio.

88. Precisó que *“esta interpretación es irrazonable porque hace que la norma pierda por completo su finalidad, que no es otra que garantizar a las partes que los reconocimientos por la liquidación sean calculados por un cuerpo especializado con la mayor dosis de tecnicidad y objetividad posible. Siguiendo la interpretación del Tribunal, las autoridades encargadas de determinar los reconocimientos derivados de la nulidad de contratos de asociación público privadas pueden terminar apartándose por completo de las estimaciones y cálculos contenidos en el dictamen experto, con lo que la norma pierde su finalidad.”*



89. Insistió en que, con esa hermenéutica, la autoridad arbitral se abrogó como propia una función que la ley le confirió a un tercero experto y dejó a las partes desprovistas del derecho de contradicción sobre la liquidación realizada en el Laudo. A continuación, indicó tres posibles interpretaciones del precepto, aseverando que se deben privilegiar las dos que guardan estrecha relación con la finalidad de la norma y permiten conservar la objetividad y tecnicidad de la liquidación de los reconocimientos al contratista y, por ende, a los terceros de buena fe y que excluyen aquella en virtud de la cual el concepto técnico es tan solo un punto de partida que debe tomar la autoridad judicial para realizar las modificaciones o ajustes que considere pertinentes, interpretación que resulta abiertamente irrazonable.

#### **1.4.3.2. Defecto fáctico por valoración manifiestamente defectuosa del peritaje experto de Duff & Phelps sobre los reconocimientos a favor de la Concesionaria RDS**

90. Con respecto a este defecto, Bancolombia argumentó que se valoró en forma irrazonable el dictamen de la firma Duff & Phelps, pues al determinar la validez de sus estimaciones incumplió las reglas elementales de la sana crítica y el deber de no contradicción.

91. Alegó que, so pretexto de realizar unos “ajustes” al peritaje experto, arribó a conclusiones ajenas a la realidad, toda vez que, en el laudo se indicó que el dictamen “*tenía varios problemas de metodología que [...] son críticos a la hora de valorar la prueba*”, que el mismo estaba permeado por las cifras provenientes de la Concesionaria RDS. y su Epecista (Consol), lo que llevaba a un deficiente estudio de los precios de mercado, al tiempo que valoró obras que no estaban registradas en la contabilidad de la Concesionaria RDS.

92. La primera irregularidad que advirtió se refiere a la estimación del CAPEX, sobre la base de aseverar que el Tribunal restó aquellos costos, inversiones y gastos en que había incurrido el Epecista (Consol) para realizar las obras, bajo el argumento de que tales rubros aún no se habían facturado y no obraban en la contabilidad de la Concesionaria RDS., al considerar que, como la normativa solo permite liquidar reconocimientos de costos, inversiones y gastos “*ejecutados por el contratista*”, y podía interpretarse que por no estar aún facturados no se habían ejecutado y, por ende, era procedente deducir esos rubros.

93. Agregó que, sin embargo, al valorar el dictamen de Duff & Phelps, sobre ese concepto, el Tribunal no tuvo en cuenta que la firma experta incluyó tales rubros porque la fórmula contenida en el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 no ordena que se deduzcan, porque corresponden a obras construidas para satisfacer el interés público. La irrazonabilidad con la que calificó la decisión la derivó de



haberse incluido “*un criterio de deducción nuevo que no obra en la fórmula de la normativa vigente.*”<sup>35</sup>

94. La segunda irregularidad se refiere, igualmente, a la determinación del CAPEX, aspecto en torno al cual argumentó que no se tuvo en cuenta que los supuestos sobrecostos en que había incurrido el Epecista ya habían sido depurados por el peritaje de Duff & Phleps, por lo que el ajuste realizado no tenía sustento.

95. La tercera irregularidad la relacionó con el cálculo del OPEX, por haberse descartado completamente el dictamen de Duff & Phleps, con un argumento que califica como “*falaz*”, por haber afirmado que no se había efectuado estimación alguna cuando lo cierto es que sí se había realizado con fundamento en la contabilidad del epecista y, adicionalmente, porque para unos aspectos consideró que la contabilidad no era válida mientras que para otros si lo era.

#### **1.4.3.3. Defecto por decisión sin motivación, al definir un orden de prelación de pagos entre los acreedores de la Concesionaria RDS**

96. Este defecto lo sustentó en que se definió un orden de prelación de pagos entre los acreedores de la Concesionaria RDS., sin exponer ningún argumento jurídico que permitiera comprender que estaba facultada para ello ni que la determinación se basaba en algún motivo racional y razonable.

97. Agregó que, la “*potestad*” que se atribuyó el Tribunal en esta materia carece de justificación, pues no se halla en la sentencia que citó como fuente –C207 de 2019–, ni tampoco se encuentra alguna otra referencia en la decisión ni existe soporte legal para ello.

### **1.5. Actuaciones procesales relevantes**

#### **1.5.1. Asignación y auto admisorio**

98. La demanda de tutela ejercida por Bancolombia fue asignada por reparto al Magistrado Roberto Augusto Serrato Valdés quien, mediante auto del 28 de enero de 2021, la admitió y dispuso la notificación de los árbitros Jorge Enrique Ibáñez Najjar, Catalina Hoyos Jiménez y Carlos Mauricio González Arévalo.

99. En la misma providencia ordenó la vinculación como terceros con interés en el resultado del proceso de la ANI, la Concesión RDS., el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “A”, Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. - Episol S.A.S., la Constructora Norberto Odebrecht S.A., Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S., CSS Constructores S.A., al Patrimonio Autónomo Fideicomiso Ruta del Sol Sector 2, la Fiduciaria Corficolombiana S.A., a los establecimientos bancarios

<sup>35</sup> Folio 32 del escrito de tutela.



Davivienda S.A., Bogotá S.A., Occidente S.A., Popular S.A., Av Villas S.A. e Itaú Corpbanca Colombia S.A. También se ordenó notificar al Ministerio Público, para lo de su competencia.

100. El auto admisorio de la demanda de tutela se notificó a la autoridad accionada y a los terceros vinculados el 3 de febrero de la presente anualidad, por medios electrónicos.

### **1.5.2. Intervención de la autoridad arbitral y de los terceros vinculados**

101. Las intervenciones se incluirán en el orden en el que fueron allegadas al proceso.

#### **1.5.2.1. Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. En Liquidación Judicial**

102. El liquidador de la sociedad Concesionaria RDS. presentó informe en el que indicó que ve “*con extrañeza*” que en ninguno de los hechos relacionados por Bancolombia en la demanda de tutela se hizo referencia a las actuaciones que se han realizado en el proceso concursal que, desde el 15 de enero de 2020, afronta Concesionaria RDS. En Liquidación Judicial ni a la repercusión que tiene el Laudo en la prelación de pagos. Aseveró que, tampoco se mencionaron los escritos de objeciones y las solicitudes de exclusión que formalizaron los bancos ante la Superintendencia de Sociedades, incluido el accionante.

103. Relacionó las actuaciones que se han realizado en el proceso concursal, indicando que el término para que los acreedores se hicieran parte venció el 7 de mayo de 2020 y en la resolución en la que se efectuó la calificación de los créditos se rechazaron las acreencias provenientes de accionistas, por la apreciación de mala fe de sus conductas, previamente realizada por el Tribunal de Arbitramento.

104. Con respecto a las demás acreencias presentadas, el Liquidador precisó el alcance y efecto que, en los procesos liquidatorios, tienen las providencias de carácter jurisdiccional que, en la etapa preconcursal definen la existencia, extensión y modalidades de derechos de carácter subjetivo, las cuales producen efectos hasta la apertura del proceso concursal, pues abierto este, pueden sufrir modificaciones, en la medida en que los acreedores tienen la carga de acreditar la existencia del crédito y la graduación del que se reconozca queda sometido a las reglas del concurso.

105. Agregó que, lo anterior “*aplicado a este proceso, significa que aquel grupo de personas al que el Tribunal de Arbitramento entendió que se les debía pagar con preferencia y con los recursos que la parte demandada le pagaría a la parte convocante en el proceso arbitral, una vez abierto el concurso quedó sometido a las reglas del proceso concursal dentro del cual sus derechos serán definidos no con la preferencia que*



señaló el laudo arbitral sino con el orden y bajo las reglas ordinarias del proceso concursal liquidatorio”, esto es, la Ley 1116 de 2006.<sup>36</sup>

106. Lo anterior, en virtud de los principios de igualdad y de universalidad, el primero –también denominado *par condicio omnium creditorum*– que implican que se deba otorgar un tratamiento equitativo a todos los acreedores que concurren al proceso de insolvencia, sin perjuicio de la aplicación de las reglas sobre prelación de créditos y preferencias y, el segundo, contenido en el artículo 4º, numeral 1º de la ley referida, que precisa que “La totalidad de los bienes del deudor y todos sus acreedores quedan vinculados al proceso de insolvencia a partir de su iniciación.”

107. El Liquidador de la Concesionaria RDS. hizo énfasis en que el foro natural para establecer las relaciones de la concursada con sus acreedores no era el arbitral –como lo advirtió el Tribunal de Arbitramento– sino el que se apertura en la Superintendencia de Sociedades y en el que se definirán la existencia, extensión, modalidades, privilegios y preferencias de los derechos de carácter subjetivo que le darán destino a los recursos disponibles, atendiendo las normas propias del concurso, porque el numeral 13 del artículo 50<sup>37</sup> y el artículo 126<sup>38</sup> de la Ley 1116 de 2006, instituyen la preferencia de las normas del proceso de liquidación judicial sobre las que le sean contrarias.

108. A continuación, el Liquidador informó que Bancolombia se presentó e hizo parte en el proceso concursal según memorial que se radicó bajo el No. 2020-01-147657 del 24 de abril de 2020 y el tratamiento que se le dio a esa acreencia fue la de un crédito garantizado, porque exhibió el certificado de garantía mobiliaria, debidamente registrado.

109. Adicionalmente, Bancolombia solicitó la exclusión de la masa de la sociedad Concesionaria RDS. de los recursos objeto del fideicomiso denominado “Ruta del Sol S.A.S.” celebrado el 5 de mayo de 2010 por la sociedad concursada y Fiduciaria Corficolombiana S.A., recursos que fueron entregados en garantía a Bancolombia, petición que forma parte de la decisión que debe adoptar el juez del concurso que, en este caso, es la Superintendencia de Sociedades.

110. En escrito posterior, radicado el 9 de febrero de 2021, el Liquidador de la Concesionaria RDS intervino nuevamente para reiterar que el tema de la prelación de pagos es un asunto que se debate en el proceso concursal que se tramita ante el juez natural, que –reiteró– es la Superintendencia de Sociedades.

<sup>36</sup> “Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones.”

<sup>37</sup> “**ARTÍCULO 50.** Efectos de la apertura del proceso de liquidación judicial. La declaración judicial del proceso de liquidación judicial produce: ... 13. La preferencia de las normas del proceso de liquidación judicial sobre cualquier otra que le sea contraria...”

<sup>38</sup> Este precepto reitera que “Las normas del régimen establecido en la presente ley prevalecerán sobre cualquier otra de carácter ordinario que le sea contraria.”



### 1.5.2.2. Árbitro Carlos Mauricio González Arévalo

111. El integrante del panel que dictó las providencias censuradas se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demandada, solicitando declarar la improcedencia de la acción, por considerar que, ante la identidad de los fundamentos que la parte actora expuso como sustento de las causales de anulación, continúa estando ausente el requisito de subsidiariedad.

112. Lo anterior, por cuanto la petición de amparo se sustenta en los mismos argumentos utilizados para interponer el recurso extraordinario de anulación, resueltos en forma definitiva en la sentencia dictada el 10 de septiembre de 2020, por el Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “A”, en la que se concluyó que la institución financiera accionante pretende que se le reconozca una suma de dinero a la cual no tiene derecho por no haber sido parte del contrato de concesión.

113. Argumentó que, las pretensiones tienen serios errores de técnica jurídica, conceptuales y de lógica, toda vez que, si se accede a la pretensión de dejar sin efectos el Laudo, el contrato de concesión carecería de una declaración judicial de nulidad que no haría posible disponer restituciones mutuas. Adicionalmente, aseveró que no se expusieron argumentos encaminados a debatir la declaratoria de nulidad del contrato que justifique solicitar que se deje sin efectos todo el Laudo.

114. Hizo referencia a los antecedentes que dieron lugar a los procesos arbitrales acumulados y señaló el trámite impartido a las solicitudes de resolución de los conflictos suscitados. Aseveró que el Tribunal actuó como juez del contrato con los límites que le imponía la cláusula compromisoria, por lo que le correspondía estudiar su existencia y validez, su cumplimiento, la ruptura del equilibrio financiero y su restablecimiento, en el ámbito propio de las controversias contractuales, de tal manera que no fungió como juez de los contratos de crédito, mediante los cuales los bancos realizaron los préstamos a la concesionaria.

115. Precisó la posición de los bancos en el proceso arbitral, señalando que, en el memorial en el que solicitaron ser admitidos, expresaron que *“Las Entidades Financieras no son parte del Contrato de Concesión pues este tiene como tales únicamente a la ANI y a la Concesionaria. Además, mis mandantes, no han suscrito la cláusula arbitral en dicho contrato, ni se han adherido a la misma, de manera que son terceros frente al proceso arbitral y, por esa misma razón, el laudo arbitral que se profiera no hará tránsito a cosa juzgada en lo que a ellos concierne”*.<sup>39</sup>

116. Agregó que, la pretensión de que se satisfagan las obligaciones para con los bancos por encima del monto de los reconocimientos y, por lo tanto, de las prestaciones ejecutadas y no pagadas, en virtud del contrato de concesión, no es un asunto que hubiera tenido que decidirse en el Laudo ni que se deba resolver en

<sup>39</sup> Párrafo obrante a folio 21 del escrito por medio del cual las entidades financieras solicitaron ser reconocidas como coadyuvantes de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. en los procesos arbitrales acumulados.



uno complementario, porque ello no está comprendido en el ámbito de competencia que se deriva de la cláusula compromisoria.

117. Señaló que el banco accionante confunde su interés patrimonial con los derechos fundamentales, aseverando que, tal como lo han manifestado la Corte Constitucional y el Consejo de Estado *“la existencia de desequilibrios económicos o pérdidas materiales, particularmente en el caso de las personas jurídicas, no son suficientes por sí mismos para que se otorgue el amparo constitucional”*.<sup>40</sup> Con esta argumentación, consideró que la presente acción no cumple con el requisito de relevancia constitucional.

118. Finalizó su escrito realizando una amplia disertación sobre la valoración de las pruebas, con fundamento en las reglas de la sana crítica, sobre el papel de los peritos en el proceso y la imposibilidad de que estos administren justicia. Advirtió que el Tribunal tenía la facultad de valorar el dictamen pericial y las objeciones planteadas al mismo, más aún cuando efectivamente encontró, que Duff & Phelps no había discriminado, a pesar de que el Tribunal se lo pidió, la suma que por efectos de sobrecostos y eventos eximentes de responsabilidad no debía asumir la concesionaria con sustento en la fórmula establecida en la Ley 1882 de 2018, por no corresponder a gastos, erogaciones e inversiones imputables a la esta, sino a su epecista, sin tener en cuenta que la Ley 1882 de 2018 solo permite reconocer los gastos, inversiones y costos de la concesionaria.

#### **1.5.2.3. Banco de Bogotá S.A.**

119. La institución financiera, actuando por intermedio de apoderado general, manifestó que, con independencia del escrito por medio del cual contestó la demanda, se reservaba el derecho a interponer las acciones constitucionales o de cualquier otra naturaleza, en nombre propio, en contra del Tribunal de Arbitramento accionado.

120. En escrito separado coadyuvó la acción de tutela presentada por Bancolombia S.A., por considerar que concurrían los requisitos generales y especiales de procedencia señalados por esta. En los mismos términos del escrito que coadyuva manifestó que el Laudo incurrió en defectos sustantivo, fáctico y decisión sin motivación, con la misma sustentación.

#### **1.5.2.4. Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S. y de Constructora Norberto Odebrecht S.A. Sucursal Colombia**

121. La representante legal de las sociedades, manifestó que presentaría acción de tutela en forma independiente en contra del Laudo.

---

<sup>40</sup> El interviniente trajo la siguiente cita: Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia de Unificación SU-656 de 2017.



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

122. Por intermedio de apoderada judicial, la sociedad **coadyuvó** la pretensión principal de que se dejara sin efectos el Laudo Arbitral censurado, lo anterior sin perjuicio de que la sociedad ejerciera en forma independiente acción de tutela.

123. Consideró que, efectivamente, en el mismo se incurrió en un **defecto sustantivo**, por indebida interpretación del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018<sup>41</sup>, respecto de las restituciones mutuas derivadas de la nulidad del contrato. Afirmó que el desconocimiento del precepto citado se encuentra acreditado por no haberse tenido en cuenta las cifras establecidas por el interventor y por los peritos designados en el proceso. Al respecto, señaló que se contaba con el dictamen pericial de la firma Duff & Phelps, en relación con el cual no prosperó la objeción por error grave, no obstante, la autoridad accionada realizó sus propios cálculos, sin que contaran con la validación de un experto.

124. Argumentó que, con ocasión de la determinación de las cifras que corresponden a liquidación y compensación, la autoridad accionada, al resolver la objeción por error grave, consideró que la metodología empleada por el perito era adecuada y, sin embargo, cuestionó la valoración del CAPEX efectuada por Duff & Phelps, alegando que la contabilidad no le “*generaba confiabilidad*”, con lo cual incurrió en una grave incongruencia.

<sup>41</sup> La norma en cuestión establece: **PARÁGRAFO 1.** <Inciso **CONDICIONALMENTE** exequible> En los contratos de Asociación Público Privada suscritos o que se suscriban, cuando una autoridad judicial declare la nulidad absoluta del contrato estatal, o cuando una autoridad administrativa o judicial o la respectiva entidad estatal contratante ordene su terminación originada en una causal de nulidad absoluta, en la liquidación se deberá reconocer el valor actualizado de los costos, las inversiones y los gastos, ejecutados por el contratista, incluyendo los intereses, menos la remuneración y pagos recibidos por el contratista en virtud del cumplimiento del objeto contractual. Estos factores serán actualizados con el Índice de Precios al Consumidor (IPC) histórico desde el momento de su ocurrencia, hasta el mes inmediatamente anterior a la fecha de la liquidación.

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

1. Hayan sido ejecutados, total o parcialmente, para contribuir a satisfacer el interés público.
2. Estén asociados al desarrollo del objeto del contrato.
3. Correspondan máximo a precios o condiciones del mercado al momento de su causación de acuerdo con la modalidad contractual.
4. <Aparte tachado **INEXEQUIBLE**> No correspondan a costos o penalidades, pactadas o no, que terceros hayan aplicado al contratista en razón a la terminación anticipada de las relaciones contractuales no laborales, ~~salvo que se trate de aquellos asociados a los contratos de crédito, leasing financiero o a la terminación de los contratos de derivados de cobertura financiera del proyecto.~~

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

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

- (i) Con los saldos disponibles a favor de la entidad contratante en las cuentas y subcuentas del patrimonio autónomo del respectivo contrato.
- (ii) Si los recursos a los que se refiere el numeral (i) no fueren suficientes, la suma restante deberá ser consignada por la entidad estatal hasta en cinco (5) pagos anuales iguales, cuyo primer pago se efectuará a más tardar 540 días después de la fecha de liquidación.

Los pagos diferidos de que trata el presente numeral tendrán reconocimiento de los intereses conforme al reglamento que para tal efecto emita el Gobierno nacional. Lo anterior, sin perjuicio de que las partes acuerden un plazo de pago menor.

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



125. Alegó que, tal consideración resultaba ajena a la realidad fáctica y probatoria, toda vez que la contabilidad no fue tachada de falsa, lo que le imponía a la autoridad judicial acogerla en forma integral al momento de realizar los cálculos y adoptar las decisiones, en tanto era plena prueba y que, si la prueba pericial no era, el Tribunal podía validar las cifras modificadas con el mismo experto o decretar un nuevo dictamen.

126. Por otra parte, consideró que se ha debido declarar nulo el contrato de concesión y abstenerse de efectuar la liquidación y de ordenar las restituciones mutuas, de manera que las partes, en un proceso arbitral diferente, pudieran solicitar los reconocimientos.

127. Agregó que la autoridad accionada incurrió en el mismo defecto sustantivo en relación con *“el no reconocimiento de los montos adeudados en favor de los terceros de buena fe”*. Transcribió los principales apartes de la sentencia de constitucionalidad C-207 de 2019, en los que la Corte señaló la importancia de proteger el principio de buena fe y de realizar el direccionamiento de recursos para el pago de las deudas que se hayan adquirido para ejecutar el proyecto.

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

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

130. Con respecto al **defecto fáctico**, la coadyuvante lo sustentó *“en primer lugar, por haber realizado interpretaciones ajenas al material probatorio obrante en el expediente y que provienen de la sola y subjetiva opinión del panel arbitral y, en segundo lugar, por valorar a su acomodo el amplio bagaje probatorio del expediente del trámite, manipulando las pruebas, con el único fin de reducir el reconocimiento que se debía realizar en virtud de la declaratoria de nulidad del Contrato de Concesión.”* Indicó que estos argumentos fueron ampliamente expuestos en el capítulo relativo al defecto sustantivo, en el que indicó que éste se configuró por cuanto el Tribunal se apartó de los valores certificados por el tercero experto Duft & Phelps.



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

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

(ii) La decisión se adoptó sin sustento probatorio alguno por haberse concluido que los recursos del epecista sirvieron para diversos fines, entre ellos, el pago de “coimas”, el reparto de excedentes de liquidez entre los socios y el pago de financiación de campañas políticas, lo cual únicamente encontró sustento probatorio en la declaración de Eduardo Zambrano ante la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a que la Concesionaria y Consol inflaban el precio de los contratos a través de la firma Consultores Unidos, como integrante del Consorcio Bracol.

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

(iv) **Respecto de la valoración del OPEX,** afirmó que el Tribunal extrajo del peritaje de “BDO”, que previamente había considerado como no confiable, el contenido del Anexo No. 5, que refleja erogaciones que no son admisibles, según lo dispuesto por el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018. Al haberse utilizado la prueba documental referida, para hacer los descuentos, no se respetaron las reglas de la sana crítica y de la adecuada apreciación de un peritaje que deben desecharse o aplicarse en su integridad.

(v) **Sobre la valoración de los intereses,** consideró que el Tribunal no acreditó que *“i) que el monto imputable a intereses no corresponde al componente de ‘gastos’ a que se refiere el parágrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, componente que debe ser reconocido en la fórmula de liquidación, pues se empleó para satisfacer el interés público; y ii) cuáles fueron esos supuestos fines distintos que no estaban destinados a satisfacer el interés general para los que supuestamente se utilizó parte de los recursos derivados de los créditos bancarios. Y es que no lo podía acreditar porque en el expediente no existe prueba alguna de que tal situación haya ocurrido...”*<sup>42</sup>

(vi) **En relación con la remuneración del contratista,** indicó que la autoridad arbitral desconoció que el concepto de “remuneración al contratista”

<sup>42</sup> Folio 46 de la intervención de la sociedad registrada en SAMAI.



fue objeto de pacto expreso en el contrato, en la Sección 13.01, de tal manera que constituía una ley para las partes y no podía ser desconocido por el juez del contrato.

(vii) Consideró que se confundió el concepto de utilidad de la concesionaria con el de remuneración y, con ello, se desconoció que el único llamado a validar las cifras a reconocer era el tercero experto, sin que se tuviera en cuenta la prueba más importante que la constituía el contrato de concesión y que el Tribunal excluyó la suma de \$567.984.102.076 del valor de la liquidación, la cual habría servido para atender las acreencias con terceros de buena fe.

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

(ix) Calificó como manifiesto el error en el que -en su sentir- incurrió el Tribunal *“pues dentro de los valores reportados por la ANI se encuentra el concepto: “Pagos a terceros de buena fe y rendimientos trasladados” que corresponden a los montos que fueron trasladados a la subcuenta de reversión a partir de marzo de 2017 de rendimientos financieros, para hacer pagos a acreedores de buena fe, incluidos dos giros a los Bancos, pero el panel desconoció que el 30 de junio de 2019 la subcuenta de reversión tenía un saldo de \$84.557 MM, por lo que tiene como pago a la concesionaria un saldo que ya se encontraba en dicha subcuenta y que es un monto que será utilizado para pagar el valor de la liquidación a favor de la concesionaria.”*<sup>43</sup>

(x) **El deslinde entre la Concesionaria RDS. y el Consorcio Constructor – CONSOL plasmado en el Laudo Arbitral,** cargo que sustentó en que, en el Laudo Arbitral se sostuvo que, unos son los costos, gastos e inversiones de la concesionaria y otros son los del epecista, desconociendo que el EPC es el costo esencial del proyecto en el que incurre la concesionaria, por lo que vulnera el artículo 20 de la Ley 1882 de 2013 y la jurisprudencia que se ha dictado en la materia, en tanto se desconoció la obligación que se pactó en el contrato de suscribir un contrato EPC, para ejecutar la obra.

#### 1.5.2.7. Catalina Hoyos Jiménez, integrante del panel

132. En escrito remitido por correo electrónico el 5 de febrero de 2021, solicitó, como pretensión principal, que se declare la improcedencia de la acción de tutela, por falta de legitimación en la causa por activa de la entidades financieras y, como primera pretensión subsidiaria, que se rechace por improcedente, por no cumplir

<sup>43</sup> Folio 57 del escrito que contiene la intervención, registrado en SAMAI.



con los requisitos generales de procedibilidad adjetiva, referidos a la **relevancia constitucional** y la **subsidiariedad**, por existir cosa juzgada constitucional sobre el asunto sometido a discusión.

133. Como segunda pretensión subsidiaria, pidió que se nieguen las pretensiones de la demanda, por no existir vulneración de los derechos fundamentales alegados y que, pese al intento de Bancolombia para justificar que en este caso no existe cosa juzgada y que la sentencia proferida por el Consejo de Estado frente al recurso de anulación es un “*hecho nuevo*” y, no obstante, no debe ser discutida en este proceso, lo cierto es que la sentencia de tutela en última instancia que decidió sobre la controversia, se refiere a todos y cada uno de los puntos manifestados por el tutelante en su demanda.

134. Sustentó la anterior aseveración en que el defecto sustantivo, por interpretación errónea de algunos apartes del artículo 20 de la Ley 1882, en cuanto establecen que los reconocimientos a favor de la concesionaria deben ser validados por la interventoría o un tercero experto; y de defecto fáctico, por haber valorado indebidamente el dictamen de Duff & Phelps, fueron materia de pronunciamiento de fondo.

135. Sobre las interpretaciones que los accionantes califican como “*irrazonables*” y que les sirvieron como sustento del recurso extraordinario de anulación que interpusieron en lo que consideraron habría sido un “*fallo en conciencia*” del Tribunal arbitral, se pronunció el Consejo de Estado al resolverlos, declarándolos infundados y, sin embargo, no se cuestionan sus conclusiones. Por otra parte, consideró que, si el juez de tutela resuelve tal situación comportaría revocar la decisión del Consejo de Estado sobre el asunto, a pesar de no haber sido demandada.

136. Solicitó que se tuvieran en cuenta las múltiples intervenciones que ha presentado ante el Consejo de Estado, con ocasión de la “*tutelatón*”, que ha tenido ocasión por el proferimiento del Laudo, los cuales allegó con la contestación.

#### **1.5.2.8. Banco Davivienda S.A.**

137. Por intermedio del representante legal, manifestó que presentaría acción de tutela en contra del Tribunal de Arbitramento, por lo que se abstendría de pronunciarse en esta oportunidad.

#### **1.5.2.9. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI**

138. La ANI, por intermedio de apoderado judicial, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, por considerar que la parte actora utiliza este mecanismo constitucional como una tercera instancia, para adquirir y proteger



derechos meramente económicos, con lo cual argumentó que el asunto carece de relevancia constitucional.

139. Advirtió que, la presente acción no cumple con el requisito de inmediatez, toda vez que el Laudo Arbitral se dictó el 6 de agosto de 2019 y esta se radicó el 22 de enero de 2021, con lo cual transcurrió un término superior a un (1) año y seis (6) meses, sin que esté acreditado un perjuicio irremediable, al tiempo que, *“(i) pretende revivir el debate probatorio y de fondo sobre las controversias sometidas a decisión del Tribunal Arbitral y (ii) en cualquier caso, los reclamos planteados se refieren a vicios de procedimiento inexistentes que, en todo caso, han sido invocados de manera extemporánea por no haberse agotado los requisitos de procedibilidad”*.

140. Manifestó que, la parte actora incurrió en temeridad al instaurar esta segunda acción y que las sentencias que se dictaron en la primera hicieron tránsito a cosa juzgada, ante la comprobación de la triple identidad, además de que presentó recurso extraordinario de anulación en el cual le fueron negadas las pretensiones.

141. En escrito separado, la apoderada judicial de la ANI solicitó que se acumule a la presente acción la que ejerza la sociedad Odebrecht Latinvest de Colombia S.A., para efectos de que se tramiten en forma conjunta, así como *“acumular todas las acciones de tutela que se llegaren a presentar en contra del laudo de 6 de agosto de 2019, con las que se pretenda el amparo constitucional de diversos derechos fundamentales que bajo consideración de estos, se vieron vulnerados con ocasión de la expedición del precitado laudo arbitral proferido dentro del Tribunal arbitral convocado por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S hoy En Liquidación contra la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI”*.

#### **1.5.2.10. Banco Popular S.A.**

142. Por intermedio de apoderado general, el Banco Popular aseveró que efectivamente el Laudo Arbitral incurre en defecto sustantivo y fáctico y que la entidad se reservaba el derecho de ejercer, en forma independiente, acción de tutela.

#### **1.5.2.11. Banco Itaú Corpbanca S.A.**

143. La representante legal de la entidad manifestó que se abstenía de realizar pronunciamiento alguno frente al asunto, por cuanto presentaría acción de tutela independiente, para solicitar la protección que considera vulnerados por el Laudo.

#### **1.5.2.12. Banco de Occidente S.A.**

144. Por intermedio de apoderado general, afirmó que el Laudo Arbitral incurre en defecto sustantivo y fáctico y que la entidad se reservaba el derecho de iniciar en forma independiente acción de tutela.



## 1.6. Auto que dispuso remisión por competencia en aplicación del decreto de tutelas masivas

145. El 11 de febrero de 2021 el Magistrado Roberto Augusto Serrato Valdés, dispuso remitir la acción de tutela interpuesta por Bancolombia S.A., que se tramita en el vocativo de la referencia, al despacho de la magistrada que funge como ponente<sup>44</sup>, para que sea resuelta por conocimiento previo de la que se falló en el radicado 11001-03-15-000-2019-05083-00<sup>45</sup>, promovida por la sociedad Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. – EPISOL S.A.S. en contra de la misma autoridad arbitral, para lo cual realizó el examen de la triple identidad, en cuanto a autoridades accionadas, casa petendi y supuestos fácticos.<sup>46</sup>

## 1.7. Intervenciones posteriores a la remisión

### 1.7.1. Procuraduría delegada ante el Consejo de Estado

146. El representante del Ministerio Público afirmó que se cumplen en el *sub lite* los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela y, específicamente, con respecto a la petición de amparo que se presentó previamente, basada en idénticos cuestionamientos, solicitó que se tenga en cuenta que, al haberse resuelto el recurso extraordinario de anulación, se deben entender superados los requisitos de subsidiariedad y de inmediatez, este último, en el caso concreto se debe contabilizar desde el momento en que quedó ejecutoriada la sentencia que resolvió el recurso extraordinario de anulación.

147. Hizo referencia a los argumentos expuestos y afirmó que, contrario a lo indicado por la tutelante, los ajustes efectuados por el Tribunal de Arbitramento obedecieron, entre otras razones válidas, a que: “i) la experticia no consideró que algunos sobrecostos no habían sido causados en cabeza de la concesionaria RDS sino de CONSOL; ii) no existió una valoración del OPEX sino una copia de los resultados registrados en la contabilidad de la concesionaria; iii) tampoco podían reconocerse ciertas erogaciones e intereses que correspondían principalmente a contratos desarrollados al margen de la ley, y iv) que se incluyó la remuneración del contratista que había sido omitida, al igual que pagos realizados por la ANI a la concesionaria que tampoco habían sido tenidos en cuenta en la experticia rendida por la firma Duff & Phelps”.

<sup>44</sup> En aplicación de lo dispuesto por el artículo 2.2.3.1.3.1. del Decreto 1834 de 2015

<sup>45</sup> Expedientes acumulados con los radcados 10001-03-15-000-2019-05247-00; 110001-03-15-000-2019-05253-00; 110001-03-15-000-2019-05341-00 y 11001-03-15-000-2020-00211-00

<sup>46</sup> Precisó que, en “esa oportunidad, la parte accionante, igual a como ocurre en la presente causa constitucional, argumentó que en el laudo arbitral censurado se incurrió, entre otros, en: i) **defecto sustantivo**: al haberse desconocido el contenido del párrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018; ii) **defecto fáctico**: por cuanto el Tribunal Arbitral accionado se apartó de los valores certificados por el tercero experto Duff & Phelps; y iii) **decisión sin motivación**: al definir un orden de prelación de pagos a los acreedores, sin que se expusieran los argumentos que sustentaran tal determinación y sin tener competencia para ello.”



148. Concluyó que no se violó el debido proceso de Bancolombia, pues la validación por un tercero debe entenderse en forma más amplia porque la decisión debía basarse en datos completos, reales, demostrados y justificados y la labor de los jueces no puede limitarse al reconocimiento automático de los valores o indemnizaciones consignados en el dictamen pericial, toda vez que, como lo establece el artículo 176 del Código General del Proceso, las pruebas deben ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

149. Agregó que Bancolombia no ha demostrado que los ajustes sean injustificados y, por el contrario, en el Laudo se expusieron las razones que llevaron a determinar la forma de efectuar los reconocimientos como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato.

150. Con respecto a la orden de prelación de pagos a los acreedores de la Concesionaria RDS., consideró que la decisión encuadra en la potestad que tienen los funcionarios judiciales de adoptar medidas para el efectivo cumplimiento de sus decisiones y que lo dispuesto no difiere del orden de privilegio establecido por el legislador para los diferentes tipos de créditos.

151. Aseveró que compartía plenamente la decisión de remitir el presente asunto al despacho de la Magistrada Rocío Araújo Oñate, por concurrir los requisitos de las tutelas masivas y solicitó que se negara la petición de amparo constitucional.

#### **1.7.2. Banco A.V. Villas S.A.**

152. Por intermedio del representante legal para asuntos judiciales, la entidad financiera afirmó que la decisión arbitral presenta múltiples falencias e irregularidades que han conllevado a la vulneración de sus derechos fundamentales, por lo que el juez constitucional debe dejarlo sin efectos. Aseveró que, en todo caso, se reserva el derecho de acudir a las vías judiciales de manera directa.

#### **1.7.3. Fiduciaria Corficolombiana S.A.**

153. El apoderado general de la entidad fiduciaria informó que, en su condición de vocera y administradora del Fideicomiso Ruta del Sol – Sector 2 recibió instrucciones de los bancos acreedores para interponer recurso extraordinario de anulación del Laudo Arbitral proferido el 6 de agosto de 2019, el que fue declarado infundado.

154. Señaló que, los aspectos que se desarrollaron en el recurso constituyen, a su vez, flagrantes violaciones de los derechos fundamentales y relacionó las causales de anulación que en su oportunidad invocó.



155. En escrito separado, afirmó que, en su posición propia, no ha debido ser vinculada al trámite de la presente acción de tutela, por cuanto únicamente actúa como vocera y administradora del fideicomiso. Solicitó que se aclarara esta condición, por cuanto no le asiste un interés jurídico propio.

### **1.8. Auto que avocó la competencia por conocimiento previo y decretó la acumulación de las acciones por identidad de supuestos fácticos y jurídicos**

156. En proveído del 18 de marzo de 2021, previa comprobación de la identidad de los supuestos fácticos y jurídicos y de parte accionada, se avocó el conocimiento de la acción de tutela ejercida por Bancolombia S.A. y se requirió a la Secretaría General de la Corporación para que informara sobre las demás acciones de tutela que cursaran en la corporación, teniendo en cuenta que varios de los intervinientes anunciaron que presentarían acciones en forma separada, disponiendo su trámite conjunto con el fin de evitar decisiones contradictorias y afectar con ello el principio de seguridad jurídica.

157. La Secretaría General de esta Corporación, certificó las acciones que se encontraban en trámite y que guardan identidad con la que se tramita bajo el radicado de la referencia, constancia con fundamento en la cual se dictó el auto interlocutorio del 19 de abril de 2021, por el cual se dispuso la acumulación de las siguientes acciones de tutela:

- (i) No. 11001-03-15-000-2021-00533-00, ejercida por las sociedades Constructora Norberto Odebrecht S.A. Sucursal Colombia y Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S.;
- (ii) No. 11001-03-15-000-2021-00742-00, ejercida por los Bancos A.V. Villas S.A., Popular, Occidente y Bogotá;
- (iii) No. 11001-03-15-000-2021-00729-00, ejercida por la sociedad Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. Episol S.A.S.;
- (iv) No. 11001-03-15-000-2021-01255-00, ejercida por Itaú Corpbanca Colombia S.A.

158. Como consecuencia de la acumulación decretada, se incluirá el trámite impartido a cada una de las acciones, sin que se vuelvan a relacionar los supuestos fácticos, por cuanto son los mismos referidos en los antecedentes de esta decisión.



## **1.9. Acción de tutela ejercida por Constructora Norberto Odebrecht S.A. Sucursal Colombia y Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S. Rad No. 11001-03-15-000-2021-00533-00**

### **1.9.1. Demanda de tutela**

159. Las sociedades Constructora Norberto Odebrecht S.A. Sucursal Colombia y Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S., por intermedio de apoderada judicial<sup>47</sup>, ejercieron acción de tutela contra la misma autoridad accionada, con el fin de obtener la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso.

160. Tales derechos los consideraron vulnerados con ocasión del proferimiento, por parte del citado Tribunal, del Laudo Arbitral del 6 de agosto de 2019, por considerar que incurrió en: *i)* defecto sustantivo, toda vez que, a su juicio, interpretó en forma manifiestamente irrazonable la expresión “*remuneración*” contenida en el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018; y en *ii)* defecto fáctico, por cuanto, al motivar el “*ajuste*” de las inversiones acometidas en la ejecución del contrato de concesión, abandonó el principio de la libre valoración de la prueba pericial y, en su lugar “*entró en el ámbito de la interpretación caprichosa e irrazonable de los medios de convicción.*”

### **1.9.2. Pretensiones**

161. A título de amparo constitucional, las accionantes solicitaron:

*“i. Se ampare el derecho constitucional fundamental al debido proceso de los Accionantes, vulnerado por el Laudo proferido por el Tribunal de Arbitraje.*

*ii. Como consecuencia de la prosperidad de la anterior solicitud, se deje sin efecto el Laudo proferido por el Tribunal de Arbitraje, o, en subsidio de ello, se dejen sin efecto sus puntos resolutivos noveno, decimo y décimo primero.*

*iii. Se adopten cualesquiera otras medidas que estimen idóneas para la protección de los derechos fundamentales de los Accionantes, que fueron vulnerados por el Laudo proferido por el Tribunal de Arbitraje.”*

### **1.9.3. Sustento de la vulneración**

162. Las sociedades se refirieron a la acción de tutela que ejercieron previamente, la cual fue declarada improcedente, por incumplimiento del requisito de subsidiariedad, ante la existencia del recurso de anulación del Laudo Arbitral, que se encontraba en trámite.

163. Con fundamento ello, solicitaron que: *i)* el requisito de inmediatez se contabilice a partir de la sentencia que resolvió el recurso de anulación, como lo

<sup>47</sup> Las sociedades le confirieron poder especial a la abogada Liliana Carolina Sarmiento Vargas.



ha establecido la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia SU-556 de 2016; *ii*) se considere satisfecho el presupuesto de subsidiariedad, en la medida en que se interpuso y resolvió el recurso de anulación; y *iii*) se declare que no existe temeridad, ante la existencia de un hecho nuevo y relevante que permite la presentación de una segunda acción de tutela, que lo constituye la expedición de la sentencia que resolvió los recursos de anulación.

164. La parte actora aclaró que *“la tutela se dirige contra el Laudo Arbitral y no contra la sentencia del Consejo de Estado que resolvió los recursos de anulación, porque la conclusión según la cual los defectos fáctico y sustantivo (que se calificaron como “desacuerdos con el fondo de la decisión”) no pueden ser decididos por el juez de anulación, sino por el juez de tutela, no constituye ninguna vía de hecho. La causa de la vulneración de los derechos fundamentales de los Accionantes se halla, entonces, en el Laudo Arbitral y no en la sentencia que resolvió los recursos de anulación.”*

165. Como causales especiales de procedibilidad de la acción de tutela señaló, en primer lugar, que el Tribunal de Arbitramento hizo una interpretación contraevidente e irrazonable del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 y, con ello, incurrió en defecto sustantivo, toda vez que las utilidades contables acumuladas no pueden calificarse como remuneración en un contrato de concesión.

166. Lo anterior, por cuanto la remuneración de un concesionario corresponde a los ingresos percibidos por la explotación de la obra concesionada (recaudos de peajes) o a los recursos públicos que transfiere la entidad concedente al contratista (de su presupuesto o de tributos vinculados a la obra, como la contribución de valorización) y no al resultado contable que se refleja en el estado financiero. Agregó que, lo aplicado en el Laudo implica que se descuenta doblemente un mismo ingreso.

167. Como segunda causal, alegó la existencia de un defecto fáctico al ajustar el valor del CAPEX del proyecto y los intereses corrientes pagados, por considerar que lo hizo sobre la base de una interpretación caprichosa del dictamen pericial de Duff & Phelps, toda vez que el Tribunal no tuvo en cuenta que una cosa son las cantidades de obra y otra el costo de las mismas y se demostró que los sobrecostos en los que se incurrió se causaron por eventos eximentes de responsabilidad, como costos indirectos por mayor permanencia en obra, depreciación de equipos, mayores pagos de administración, improductividad de maquinaria, por lo que no tienen nada que ver con obras no previstas.

#### **1.9.4. Actuaciones procesales relevantes**

168. Mediante reparto realizado el 10 de febrero de la presente anualidad la acción de tutela le fue asignada al Magistrado Carmelo Perdomo Cuéter, quien, mediante auto dictado el 12 de febrero de 2021, dispuso la remisión del expediente al despacho del Magistrado Roberto Augusto Serrato Valdés, con el propósito de que decidiera sobre la posible acumulación de tutelas, por la



identidad de supuestos advertida con la solicitud de amparo que presentó Bancolombia S.A.

169. Para arribar a la citada parte resolutive, el despacho del Magistrado Perdomo Cuéter consideró que esta acción comparte similitud de supuestos fácticos y jurídicos con la tutela 11001-03-15-000-2021-00266-00 y, a su vez el Magistrado Serrato Valdés la remitió para acumulación a la que se tramita bajo el radicado de la referencia.

170. En providencia dictada el 19 de abril de 2021, se admitió la demanda y se dispuso la integración del contradictorio con la vinculación y orden de notificaciones a la autoridad accionada y a todos los interesados en la presente acción, oportunidad en la que se incluyó al agente liquidador de la Concesionaria RDS., y a la Superintendencia de Sociedades, como juez del concurso.

## **1.10. Acción de tutela ejercida por los Bancos A.V. Villas S.A., Popular, Occidente y Bogotá**

### **1.10.1. Demanda de tutela**

171. Las entidades financieras referidas, por intermedio de apoderada judicial<sup>48</sup>, ejercieron acción de tutela en contra del Tribunal de Arbitramento convocado por la Concesionaria RDS. contra la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI-, con el fin de obtener la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia que consideraron vulnerados con ocasión del Laudo Arbitral dictado el 6 de agosto de 2019 y el auto aclaratorio del 16 de agosto de la misma anualidad.

### **1.10.2. Pretensiones**

172. A título de amparo constitucional, los bancos demandantes solicitaron:

#### *“a. Principales*

**PRIMERA PRINCIPAL-** *TUTELAR los derechos constitucionales fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de las ACCIONANTES PRESTAMISTAS, así como los demás que el Despacho considere vulnerados o amenazados por parte del TRIBUNAL DE ARBITRAJE CONVOCADO POR LA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. CONTRA LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA en el marco del conflicto de naturaleza contractual presentado entre tales partes, al proferir el LAUDO del 6 de agosto de 2019 y su auto aclaratorio del 16 de agosto de 2019 (Trámites 4190 y 4209 Acumulados).*

**SEGUNDA PRINCIPAL-** *Como consecuencia de lo anterior, y con la finalidad de hacer cesar la vulneración a los derechos de las ACCIONANTES-PRESTAMISTAS, la cual hasta la fecha continúa, se sirva*

<sup>48</sup> Las entidades financieras confirieron poder especial a la abogada Carolina Deik Acostamadiedo.



*dejar parcialmente sin efectos el LAUDO del 6 de agosto de 2019, aclarado y adicionado el 16 del mismo mes, solamente en lo atinente a...*

*2.1 La liquidación de las restituciones que hizo el TRIBUNAL como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta del Contrato de Concesión No. 001 de 2010;*

*2.2 La decisión acerca de cuáles acreedores de la CONCESIONARIA tenían derecho a recibir la restitución a la que se refiere el parágrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882, en qué valores y en qué orden; y*

*2.3 La prohibición que establece el TRIBUNAL de que la Nación o la ANI destinen recursos públicos al pago de obligaciones a favor de terceros de buena fe o de otros acreedores que no se alcancen a cubrir con los \$211.273.405.561 mencionados en el numeral NOVENO del LAUDO y la decisión de que “no puede haber ningún desembolso de la ANI o de la Nación en su nombre en exceso de los \$24.217.280.235,28 mencionados.”*

**TERCERA PRINCIPAL-** *Como consecuencia del amparo pedido, y con la finalidad de hacer cesar la vulneración a los derechos de las ACCIONANTES PRESTAMITAS, que hasta la fecha continúa, se sirva...*

*3.1 Producir una decisión de reemplazo con respecto a la correcta liquidación de las restituciones como consecuencia de la declaratoria de nulidad 19 absoluta del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, dando plena aplicación al artículo 20 de la Ley 1882, a la Sentencia C-207 de 2019 y a las pruebas que obran en el proceso, incluida la validación de un tercero experto, para “reconocer el valor actualizado de los costos, las inversiones y los gastos, ejecutados por el contratista”, incorporando la ejecución real y efectivamente realizada a través del epecista, incluyendo los intereses; y restando únicamente “la remuneración y pagos recibidos por el contratista en virtud del cumplimiento del objeto contractual”, según lo ordena el parágrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882;*

*3.2 Ordenar a la Superintendencia de Sociedades, donde cursa el proceso de liquidación de la CONCESIONARIA, tener en cuenta la decisión de reemplazo mencionada en el numeral anterior en el proceso de liquidación judicial identificado con el expediente 87762 al definir con fuerza de cosa juzgada qué acreedores tienen derecho a los pagos, así como la cuantía y prelación de tales créditos.*

*3.3 Ordenar a la ANI pagar las obligaciones a favor de terceros de buena fe u otros acreedores que no se alcancen a cubrir con los saldos que estaban a disposición de la Contratante en el Patrimonio Autónomo Ruta del Sol a la fecha del LAUDO, y sus rendimientos, en las condiciones y plazos previstos en el numeral (ii) del parágrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018.*

*3.4 Tomar cualesquiera medidas que, en su autonomía y en consideración a los amplios poderes del juez de tutela, considere pertinentes para evitar que el fallo de tutela sea nugatorio o que sea imposible evitar la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, o que se ocasione un perjuicio irremediable para las ACCIONANTES-PRESTAMISTAS.*

**b. Subsidiarias**



*De no prosperar las peticiones SEGUNDA y/o TERCERA principales, entonces solicito que las peticiones SEGUNDA Y TERCERA se lean así:*

*SEGUNDA SUBSIDIARIA. Como consecuencia del amparo pedido y con la finalidad de hacer cesar la vulneración a los derechos de las ACCIONANTES PRESTAMISTAS y evitar un perjuicio irremediable, se someta a un Tercero Experto (perito) la liquidación que realizó el TRIBUNAL de los reconocimientos a que hay lugar como consecuencia de la liquidación judicial del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 por nulidad absoluta, para que realice la validación con los criterios 20 de la Ley 1882, la sentencia C-207 de 2019 y los que dicte el juez de tutela para dar cumplimiento a estos últimos.*

*TERCERA SUBSIDIARIA. Como consecuencia del amparo pedido y con la finalidad de hacer cesar la vulneración a los derechos de las ACCIONANTES PRESTAMISTAS y evitar un perjuicio irremediable,*

*3.1 Se deje sin efectos la graduación y prelación de créditos que realiza el LAUDO y su aclaración, de manera que las relaciones jurídicas entre la CONCESIONARIA y los terceros de buena fe sean definidas de manera autónoma en un proceso concursal independiente, en el cual -con garantías de debido proceso y acceso a la administración de justicia-, estos puedan demostrar y hacer valer sus derechos; y*

*3.2 Se deje sin efectos la prohibición que establece el de que la Nación o la ANI destinen recursos públicos al pago de obligaciones a favor de terceros de buena fe o de otros acreedores que no se alcancen a cubrir con los \$211.273.405.561 mencionados en el numeral NOVENO del LAUDO y la decisión de que “no puede haber ningún desembolso de la ANI o de la Nación en su nombre en exceso de los \$24.217.280.235,28 mencionados.”*

*3.3 Si el Tercero Experto (perito) valida la liquidación que realizó el TRIBUNAL de los reconocimientos a que hay lugar como consecuencia de la liquidación judicial del CONTRATO DE CONCESIÓN, entonces que se ordene a la Superintendencia de Sociedades, donde cursa el proceso de liquidación judicial de la CONCESIONARIA bajo el expediente 87762, tener en cuenta la validación del Tercero Experto (perito) cuando dicha Superintendencia defina qué acreedores tienen derecho a los pagos, así como la cuantía y prelación de tales créditos; pero si el Tercero Experto (perito) se abstiene de validar la liquidación del TRIBUNAL, entonces se ordene a la Superintendencia suspender el proceso liquidatorio hasta tanto las restituciones mutuas sean validadas por un Tercero Experto y aprobadas por el juez del contrato.*

*3.4 Ordenar a la ANI pagar las obligaciones a favor de terceros de buena fe o de otros acreedores que no se alcancen a cubrir con los saldos que estaban a disposición de la Contratante en el Patrimonio Autónomo Ruta del Sol a la fecha del LAUDO, y sus rendimientos, en las condiciones y plazos previstos en el numeral (ii) del párrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018. 21*

*3.5 Tomar cualesquiera medidas que, en su autonomía y en consideración a los amplios poderes del juez de tutela, considere pertinentes para evitar que el fallo de tutela sea nugatorio o que sea imposible evitar la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, o que se ocasione un perjuicio irremediable para las ACCIONANTES-PRESTAMISTAS.”*



### 1.10.3. Sustento de la vulneración

173. Precisaron que la controversia en esta sede se limita a la decisión del Tribunal de liquidar las restituciones entre las partes, contrariando con ello el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 y la sentencia C-207 de 2019, haciendo recaer en las entidades financieras y en los ahorradores las consecuencias de la ilicitud del contrato de concesión, pretermitiendo la valoración de las pruebas que obran en el expediente o apreciándolas de manera errónea y contradictoria y realizando una interpretación irrazonable de las normas.

174. Consideraron que el Laudo Arbitral se encuentra incurso en los defectos **sustantivo o material**, por liquidar de oficio y en contravía con las normas aplicables el contrato de concesión, por motivación insuficiente y contradictoria, con respecto a la liquidación contractual; **violación directa de la Constitución; fáctico** “*por incompleta practica y apreciación de pruebas determinantes para decidir el asunto*”; y **orgánico**, que, a su juicio, se configuró por cuanto el Tribunal excedió las funciones de las cuales fueron investidos transitoriamente los árbitros para administrar justicia, por haber extendido los efectos jurídicos del Laudo a los coadyuvantes y haber omitido citar a las entidades financieras accionantes, para que manifestaran si adherían o no al pacto.

175. Con respecto al defecto material, aseguraron que existe una ausencia de motivación acerca del sustento normativo para priorizar los créditos, al no aplicar lo dispuesto por los artículos 2493 y siguientes del Código Civil y en el párrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, en lo que concierne a terceros de buena fe. Aseveraron que, al haber asumido la competencia para resolver este particular aspecto le correspondía aplicar la sentencia C-207 de 2019 sin que lo hiciera.

176. Advirtieron que, en el Laudo no se justifican los motivos por los cuales deben priorizarse unos proveedores ni se explica por qué las entidades financieras deben estar en el último orden de prelación de terceros de buena fe, si lo que dijo la Corte Constitucional es que habría protección a los recursos captados del público y que estos estarían incluidos en las restituciones. Concluyeron que, la aplicación e interpretación de la norma es errónea y contraría las sentencias que, con efectos *erga omnes* han definido su alcance, haciendo nuevamente referencia a la C-207 de 2019 a cuyas consideraciones se refirió *in extenso*.

177. Alegaron que, el Tribunal no solamente realizó un cálculo erróneo de los restablecimientos a que había lugar (contrariando el tenor literal del párrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 y de la doctrina constitucional que definió su alcance), sino que, además, desatendió las disposiciones de dicha norma referidas a (i) la obligación de reconocer los intereses financieros; y (ii) la de someter los cálculos a la validación de un tercero experto o de la interventoría.



178. Agregaron que en el Laudo se incurrió en contradicciones entre la parte motiva y la resolutive, por las siguientes razones.

(i) En la motiva el Tribunal indicó que daría aplicación al artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 y a la sentencia C-207 de 2019, dictada por la Corte Constitucional, en el sentido de que los reconocimientos deben ser validados por la interventoría, y ello no se reflejó en la resolutive.

(ii) El Tribunal anunció que no se pronunciaría sobre las relaciones de los litisconsortes cuasinesarios con la concesionaria, por considerar que ello excedía su competencia, pero en la resolutive graduó las acreencias y estableció la prelación de pagos, ordenando a las partes acatar, de manera estricta, dicha priorización.

(iii) Indicó que fijaría las sumas a reconocer con fundamento en el dictamen de Duff & Phelps mientras que, en la resolutive, presentó cifras que no corresponden con los cálculos efectuados en el dictamen, toda vez que realizó deducciones injustificadas.

(iv) En el Laudo se señaló que, como los recursos de las cuentas no alcanzaban para atender las obligaciones financieras, con la finalidad de cubrir el pago se debía acudir al parágrafo del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, pero en la parte resolutive omitió tomar provisiones para que la ANI atendiera el pago de todas las obligaciones financieras y, contrario a ello, le prohibió a esa entidad realizar desembolsos que excedieran la suma de \$24.217.280.235.28.

179. La **violación directa de la Constitución**, cargo que sustentaron en la falta de aplicación de la *ratio* y de las consideraciones expuestas en la Sentencia C-207 de 2019, dictada por la Corte Constitucional, en especial, en el condicionamiento efectuando en la decisión. Bajo este título alegaron el desconocimiento del precedente sobre la obligación de pago a las entidades financieras, incluidos los intereses corrientes causados sobre los créditos adquiridos con destino al proyecto.

180. El defecto fáctico, lo sustentaron en el hecho de no haberse tenido en cuenta los dictámenes aportados al proceso y algunos elementos de los libros y papeles contables de la concesionaria, así como por haber valorado el dictamen de Duff & Phelps, no obstante, efectuaron descuentos que no estaban previstos en este.

181. Consideraron que se violó la indivisibilidad de los libros de contabilidad, aseverando que no era posible descalificar la valoración del OPEX realizada por la citada firma experta, por haber utilizado el modelo financiero elaborado por la concesionaria y la media ponderada de las prestaciones ejecutadas a precios de marzo de 2019.



182. En sentir de las accionantes, este defecto también se configuró por indebido cálculo de valores de remuneración, el cual se aleja de dos dictámenes periciales obrantes en el trámite arbitral, al tiempo que se realizó una equivalencia “antitécnica” de remuneración como si se tratara de “utilidad”.

183. Agregaron que, se confundieron los saldos en la cuenta de reversión con pagos efectivamente realizados, lo cual ocurrió al valorar en forma errada la prueba documental aportada por la ANI, relativa al saldo en la cuenta de reversión, asumiendo que este en realidad, era un pago a la concesionaria, sin que ello fuera así, por cuanto se trataba de recursos que no fueron utilizados y que estaban en el patrimonio autónomo a disposición de la entidad estatal contratante, suma con la cual se debían pagar las obligaciones a terceros de buena fe cuando se cumpliera el Laudo.

#### **1.10.4. Actuaciones procesales relevantes**

184. Este proceso correspondió por reparto al Magistrado Alberto Montaña Plata, quien, por medio de auto dictado el 25 de febrero de 2021, requirió a la apoderada de la parte actora para que allegara los poderes especiales exigidos para actuar en representación de las instituciones accionantes.

185. Allegados los poderes, el 5 de marzo de la presente anualidad, ese despacho admitió la demanda de tutela y dispuso vincular a todos los interesados. En la misma providencia incorporó las pruebas, consistentes en el trámite del proceso arbitral y le reconoció personería adjetiva a la profesional del derecho que representa a la parte actora.

186. Encontrándose el expediente al despacho para dictar la sentencia de primera instancia, por medio de auto dictado el 6 de abril de la presente anualidad, el Magistrado Alberto Montaña Plata dispuso la remisión del expediente a despacho de la Magistrada que funge como ponente, para que se tramitara en forma conjunta con la acción de la referencia, por tener identidad de autoridad demandada y de supuestos fácticos, de tal manera que le resultaba aplicable el artículo 2.2.3.1.3.1. del Decreto 1834 de 2015.

### **1.11. Acción de tutela ejercida por el Banco Itaú Corpbanca S.A.**

#### **1.11.1. Demanda de tutela**

187. La entidad financiera referida, por intermedio de apoderada judicial<sup>49</sup>, ejerció acción de tutela, con el fin de obtener la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, de defensa y de acceso a la administración de justicia que consideró vulnerados por:

<sup>49</sup> La entidad financiera confirió poder a la abogada Karen Natalia Ospina Rodríguez.



*“i) el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá conformado para dirimir las controversias surgidas entre la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), mediante el laudo proferido el 06 de agosto de 2019 en el marco de los trámites acumulados No. 4190 y No. 4209 y su aclaración; y,*

*ii) por la Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante la sentencia por la cual se resolvió el recurso de anulación interpuesto contra el referido laudo, proferida el 10 de septiembre de 2020, bajo el radicado número 11001-03-26-000-2019-00168- 00 (65136).”*

188. La accionante solicitó que se tuviera en cuenta que, si bien el Banco Itaú Corpbanca S.A. presentó una acción de tutela previa en contra del Laudo del 6 de agosto de 2019, esta fue declarada improcedente, por lo que no existe temeridad, lo cual sustentó en que la Corte Constitucional ha establecido que en un caso como el descrito no se configura una identidad entre las dos acciones de tutela, por cuanto la adopción de la sentencia del recurso de anulación cambia los presupuestos jurídicos y procesales bajo los cuales se adelantó la primera acción. En este caso la acción igualmente se dirige a cuestionar la sentencia que resolvió sobre los recursos de anulación.

### 1.11.2. Pretensiones

189. A título de amparo constitucional, la institución financiera actora solicitó:

**Primero.** *Que se amparen los derechos al debido proceso, al ejercicio de una legítima defensa y al acceso a la justicia del Banco Itaú.*

**Segundo.** *Que, como consecuencia de lo anterior, se deje sin efectos el Laudo Arbitral proferido el 06 de agosto de 2019 por el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá conformado para dirimir las controversias surgidas entre Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. contra la Agencia Nacional de Infraestructura, en el marco de los trámites acumulados No. 4190 y No. 4209 y, así mismo, se deje sin efectos la sentencia por la cual se resolvió el recurso de anulación interpuesto contra el referido laudo, proferida el 10 de septiembre de 2020, bajo el radicado número 11001-03-26- 000-2019-00168-00 (65136), por la Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado, por la configuración del defecto orgánico, conforme lo señalado en el presente escrito.*

**Tercero.** *Que, si como consecuencia de lo anterior se ordene convocar un nuevo Tribunal, se ordene que este acoja el precedente judicial del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, así como: realice una valoración probatoria ajustada a la ley y las reglas de la sana crítica; proceda a vincular como parte a los acreedores del proyecto; y, dé estricta aplicación a la ley aplicable.*

**Cuarto.** *Subsidiariamente, que se deje sin efectos el Laudo Arbitral proferido el 06 de agosto de 2019 por el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá conformado para dirimir las controversias surgidas entre Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. contra la Agencia Nacional de Infraestructura, en el marco de los trámites acumulados No. 4190 y No. 4209*



*y, así mismo, se deje sin efectos la sentencia por la cual se resolvió el recurso de anulación interpuesto contra el referido laudo, proferida el 10 de septiembre de 2020, bajo el radicado número 11001-03-26-000-2019-00168-00 (65136), por la Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado, solo en lo relacionado con los reconocimientos económicos, por la configuración de los defectos sustantivos, procedimental absoluto y fácticos, conforme con lo expuesto en el presente escrito.”*

### **1.11.3. Sustento de la vulneración**

#### **1.11.3.1. Requisitos adjetivos de procedibilidad**

190. La parte actora de esta tutela aseveró que concurren los requisitos generales de procedencia, toda vez que:

(i) Se agotaron todos los mecanismos ordinarios y extraordinarios de defensa judicial, toda vez que se interpuso el recurso de anulación y el extraordinario de revisión -a su juicio- no constituye un mecanismo idóneo y eficaz de protección, además que no concurren en el presente caso ninguna de las causales de procedibilidad previstas en el artículo 250 de la Ley 1437 de 2011;

(ii) Se presenta en el término de inmediatez, en consideración a que el recurso de anulación se resolvió mediante sentencia dictada el 10 de septiembre de 2020 con respecto a la cual se solicitó adición, que fue decidida en auto del 19 de enero de 2021, por lo que, desde la notificación de la última decisión, han transcurrido alrededor de dos meses;

(iii) se identifican de manera razonable los hechos que generaron la vulneración, los cuales igualmente se alegaron en el proceso judicial y tienen incidencia en el resultado del proceso; y

(iv) no se cuestiona una sentencia de la misma naturaleza.

#### **1.11.3.2. Requisitos especiales de procedibilidad**

##### **1.11.3.2.1. Defectos orgánico, sustantivo y procedimental absoluto**

191. Como requisitos especiales de procedencia la parte actora alegó, en primer lugar, la configuración de “defecto orgánico, sustantivo por inaplicación del artículo 36 de la Ley 1563 de 2012 y defecto procedimental absoluto”. Señaló que el Tribunal de Arbitramento tomó decisiones que generaron efectos de cosa juzgada respecto de sujetos que, como los terceros acreedores de la concesionaria, quienes no formaban parte del pacto arbitral, no manifestaron su adhesión a dicho pacto y no tuvieron la calidad de partes del proceso.



192. Hizo referencia al contenido normativo del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 y a la sentencia C-207 de 2019 dictada por la Corte Constitucional, que declaró la exequibilidad condicionada del mismo, precisando que las restituciones económicas que deban realizarse tras la declaratoria de nulidad de los contratos de concesión deben estar dirigidas primordialmente a satisfacer el pago de las deudas que el proyecto hubiera adquirido con terceros de buena fe.

193. Se refirió ampliamente a los pronunciamientos que, según las normas que regulan la materia y la jurisprudencia, debe realizar la autoridad arbitral cuando declara la nulidad del contrato y que, en su sentir, implican un pronunciamiento del órgano judicial, con efectos de cosa juzgada frente a las relaciones jurídicas independientes al contrato de concesión que se anula, respecto de personas que no hacen parte del pacto arbitral.

194. Transcribió el contenido del artículo 36 de la Ley 1563 de 2012, que regula lo relacionado con la integración del contradictorio en el trámite arbitral, precepto en virtud del cual cuando, por la naturaleza de la relación jurídica debatida en el proceso, el Laudo está llamado a generar efectos de cosa juzgada respecto de sujetos que no suscribieron el pacto arbitral, por lo que le corresponde al Tribunal ordenar la citación personal de los sujetos para que manifiesten si adhieren o no al pacto, trámite que se omitió íntegramente.

195. Preciso que, si los sujetos convocados no adherían al pacto, la consecuencia jurídica obligatoria era la terminación del proceso, reiterando que no se podían generar efectos de cosa juzgada con respecto a quienes no suscribieron el pacto, en la medida en que el principio de voluntariedad lo prohíbe. De lo anterior concluyó que el panel obró sin competencia.

196. Sobre este mismo aspecto, cuestionó la sentencia del Consejo de Estado que resolvió el recurso extraordinario de anulación, por haber concluido que en este caso no se generaron efectos de cosa juzgada con respecto a los terceros acreedores de buena fe. Consideró que, las afirmaciones efectuadas por la autoridad judicial desconocen que las decisiones que se tomaron en el Laudo sí tuvieron tal consecuencia, argumentó con el cual concluyó que el fallo adolece de **defecto sustantivo** por no haber aplicado el artículo 36 de la Ley 1563 de 2012.

197. Advirtió que, lo anterior trajo como consecuencia que se inobservara la garantía mobiliaria debidamente inscrita ante el Registro de Garantías Mobiliarias, en donde constaba que el contrato de crédito contraído por la sociedad concesionaria con el Banco Itaú Corpbanca S.A., está garantizado por el Contrato de Fiducia Mercantil de Administración y Fuente de Pago, cuyos recursos fideicomitados consistían en la cesión de los derechos económicos derivados del Contrato de Concesión, en el marco de un crédito sindicado. Frente a lo anterior, solicitó tener en cuenta que, toda vez que el Banco Itaú Corpbanca S.A. no actuó



en calidad de parte en el marco del proceso arbitral, no pudo presentar pretensiones dirigidas a hacer valer sus garantías.

198. Tal desconocimiento, a su juicio, conllevó a la inaplicación de la Ley 1676 de 2012<sup>50</sup>, de conformidad con la cual los bienes que constituyen la garantía mobiliaria están prioritariamente afectados al cumplimiento de las obligaciones garantizadas, incluso respecto de las fiscales o laborales. Afirmó que el Tribunal de Arbitramento debió aplicar el artículo 2495 del Código Civil, en concordancia con lo dispuesto por los artículos 13 de la Ley 80 de 1993 y 8º de la Ley 153 de 1887.

199. Advirtió que, las circunstancias anteriores, adicionalmente, cumplen con todos los requisitos previstos en la jurisprudencia constitucional para configurar un defecto procedimental absoluto, por cuanto ya no es posible corregir la irregularidad por ninguna otra vía; se trata de un defecto manifiesto que tuvo una incidencia directa en el fallo y que no fue posible alegar en el trámite, por cuanto se produjo en la sentencia que le puso fin al proceso.

#### **1.11.3.2.2. Defecto fáctico por valoración irrazonable de las pruebas por parte del Tribunal de Arbitramento**

200. El Banco Itaú Corpbanca S.A., sustentó este defecto en la que calificó como una valoración equivocada de las pruebas, al haberse apartado el Tribunal de Arbitramento del dictamen pericial practicado para determinar el valor del CAPEX y los reconocimientos económicos *“que llevaron a la configuración de defecto sustantivo al inaplicar la Ley 1882 de 2018”*.

201. Sobre este defecto, aseveró que el Tribunal no sustentó en el Laudo cómo concluyó que los sobrecostos reclamados por CONSOL a la concesionaria fueron incluidos en el dictamen y tampoco explicó las razones que lo llevaron a afirmar que el contrato celebrado por el constructor se realizó a precios del mercado.

202. Indicó que, las exclusiones efectuadas en torno al reconocimiento de las sumas de dinero que correspondían a obras que fueron ejecutadas en desarrollo del contrato y que beneficiaron el interés público, conllevan a la inaplicación de *“la Ley 1882 de 2018 que expresamente ordena reconocer “los costos, las inversiones y gastos, ejecutados por el contratista, incluyendo los intereses y, por tanto, incurrió en defecto sustantivo.”*

#### **1.11.3.2.3. Defecto sustantivo por aplicar presunciones y cargas no previstas en la ley**

203. Bajo este acápite, la entidad financiera accionante aseveró que el Tribunal de Arbitramento partió de la base de considerar que se presentó una *“ausencia de*

<sup>50</sup> *“Por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias.”*



*correctivos*” para evitar los hechos de corrupción y el saneamiento de los estados financieros y que tal conclusión no podía implicar la adopción de un estándar más riguroso para establecer los reconocimientos económicos ordenados por haber declarado la nulidad absoluta del contrato. Agregó que, por más graves que sean los hechos que dieron lugar a invalidar el contrato el fallador estaba obligado a aplicar los criterios previstos en la Ley 1882 de 2018, por cuanto los reconocimientos económicos están llamados a ser utilizados para el pago de las acreencias de terceros de buena fe.

**1.11.3.2.4. Defectos sustantivo y fáctico, consistentes en que el Tribunal de Arbitramento concluyó que el proyecto fue financiado en su totalidad con los bancos y deducir de tal circunstancia consecuencias no previstas en la ley**

204. La inconformidad del banco accionante en este punto hace referencia a la consideración que llevó al Tribunal de Arbitramento a justificar las deducciones, según la cual existía suficiente evidencia de que la concesionaria excedió los límites de financiación del proyecto, supuestamente, acordados en el contrato de concesión, lo cual, en su sentir, carece de sustento probatorio y contraría la fuente de derecho que constituye este, toda vez que el contrato no establecía límite alguno para la financiación del proyecto, susceptible de ser excedido por el contratista, lo cual sustentó en el contenido de la Sección 6.03 del contrato de “*endeudamiento del sector*”.

205. Estimó que también carecía de sustento probatorio la afirmación, según la cual, los bancos financiaron los excedentes de los socios de la concesionaria, los actos delictivos o los sobrecostos, por lo que no resultaba procedente el reconocimiento de la totalidad de los intereses causados y/o pagados a los bancos, punto sobre el cual no se pronunció el Consejo de Estado al resolver el recurso extraordinario de anulación, por considerarlo un error *in judicando* que excedía el alcance del referido recurso.

**1.11.3.2.5. Defecto sustantivo por haber sostenido el Tribunal de Arbitramento que la “remuneración” del concesionario equivalía a la “utilidad” reportada por el mismo, inaplicando la Ley 1882 de 2018**

206. Este defecto lo sustentó en la inaplicación de la misma norma que le ha servido de fundamento a las diferentes dimensiones de alegación del defecto sustantivo y, concretamente, en lo que debe entenderse por “*remuneración*” en el marco del contrato estatal de concesión, a la luz del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, por considerar que al confundirlo con la “*utilidad*”, realizó un doble descuento por el mismo concepto.

**1.11.3.2.6. Defecto sustantivo por definir el orden de prelación con el que se debía pagar a los terceros de buena fe**



207. Sobre este aspecto indicó que, ni la Ley 1882 de 2018, ni la sentencia de la Corte Constitucional que declaró su exequibilidad condicionada, prevén que el Tribunal, declarada la nulidad del contrato y definidos los reconocimientos económicos consecuenciales, debe *“indicar la forma en que deben imputarse los pagos que deban realizarse por efecto de los reconocimientos a que de conformidad con la ley resulten”* e *“indicar el orden al cual debe atenderse la entidad oficial para satisfacer la prestación a su cargo”*.

#### **1.11.3.2.7. Defecto fáctico, por desconocimiento de lo previsto en el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, con respecto a la validación de un tercero**

208. Hizo referencia a la exigencia legal de existir una validación de la interventoría o de un tercero experto, señalando que ello no es un mera formalidad o capricho del legislador, sino que obedece a la necesidad de garantizar que las partes y los terceros de buena fe dispongan de la posibilidad de conocer las bases de tales validaciones y controvertir las mismas a través de los medios legalmente establecidos (presentación de otros dictámenes, citación de los peritos, etc.). Sin embargo, cuando, como en este caso, las validaciones provienen de la íntima convicción del Tribunal, expresada sólo hasta el Laudo y basada en fuentes distintas de las legalmente exigidas, estos son privados de la posibilidad de conocer las bases de tales validaciones y, más importante aún, de controvertirlas antes de que queden consignadas en el Laudo.

#### **1.11.4. Actuaciones procesales relevantes**

209. La demanda de tutela le correspondió por reparto al Magistrado Carmelo Perdomo Cuéter, quien mediante auto del 6 de abril de la presente anualidad dispuso su remisión, para efectos de su acumulación, al radicado principal de la referencia.

210. En el presente caso, por concurrir los requisitos previamente examinados, en auto del 19 de abril de la presente anualidad, se dispuso la acumulación y se admitió la demanda, ordenándose la adecuada integración del contradictorio, para garantizar los derechos de todos los interesados en la actuación.

### **1.12. Acción de tutela ejercida por la sociedad Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. – Episol S.A.S**

#### **1.12.1. Demanda de tutela**

211. La Sociedad Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. – EPISOL S.A.S., por intermedio de apoderada judicial, ejerció acción de tutela en contra del Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá que resolvió las controversias entre la Concesionaria RDS. y la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI– y del Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “A”, autoridad judicial que



resolvió los recursos de anulación interpuestos en contra del Laudo Arbitral dictado el 6 de agosto de 2019 en el referido proceso arbitral.

212. La sociedad accionante precisó que había ejercido una acción de tutela -el 3 de diciembre de 2019-, en contra del Laudo Arbitral, en la que se declaró la improcedencia, por el incumplimiento del requisito de subsidiariedad, salvo en lo relacionado con el derecho al buen nombre, cuyo cargo fue estudiado de fondo y negado.

213. Con fundamento en lo anterior, afirmó que el Consejo de Estado no se ha pronunciado sobre la garantía de los derechos al debido proceso y a la igualdad, por considerar que se configuraron los defectos fáctico y sustantivo, de tal manera que el hecho de que la Sección Tercera del Consejo de Estado haya proferido sentencia –resolviendo los recursos de anulación interpuestos– torna procedente la presente acción, sin que pueda predicarse temeridad o cosa juzgada.

### 1.12.2. Pretensiones

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

#### **“A. PRINCIPAL**

**PRIMERA.** *Dejar sin efectos la Sentencia proferida el 10 de septiembre de 2020 por parte de la Sección Tercera del Consejo de Estado que resolvió los Recursos Extraordinarios de Anulación interpuestos por los intervinientes.*

**SEGUNDA.** *Como consecuencia de la petición anterior, se sirva proferir una SENTENCIA SUSTITUTIVA en la cual se ANULE y DEJE SIN EFECTOS el Laudo Arbitral proferido el 6 de agosto de 2019 y se proceda a liquidar y/o fijar los efectos económicos del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, de conformidad con el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 y la Sentencia C-207 de 2019 proferida por la Corte Constitucional.*

**B. SUBSIDIARIA PRIMERA.** *Dejar sin efectos el Laudo Arbitral proferido el pasado 6 de agosto de 2019 por parte del Tribunal de Arbitramento compuesto por los doctores JORGE ENRIQUE IBAÑEZ NAJAR (P), CATALINA HOYOS JIMÉNEZ y CARLOS MAURICIO GONZÁLEZ AREVALO.*

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

**PRIMERA SUBSIDIARIA A LA SEGUNDA SUBSIDIARIA.** *Que si no se accede a la petición anterior, y en aras de que no se vulnere el derecho al acceso a la administración de justicia, el Juez Constitucional PRESERVE a las Partes Mier Barros Abogados Carrera 9 No. 81A-26 Oficina 403 Teléfono: 4746262 Bogotá D.C. el derecho de acción para iniciar un nuevo Tribunal de Arbitramento en el que se solicite la liquidación y/o fijen los efectos económicos del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, de conformidad*



con el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 y la Sentencia C-207 de 2019 proferida por la Corte Constitucional.

### **1.12.3. Sustento de la vulneración**

215. La sociedad accionante manifestó que la legitimación en la causa para ejercer la presente acción de tutela se deriva de haber ostentado la calidad de litisconsorte cuasi necesario en el trámite arbitral, en su condición de accionista minoritario (33%) de la Concesionaria RDS.

216. Advirtió que en el *sub examine* concurren los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial y, a continuación, precisó los defectos de los que -a su juicio- adolecen las providencias contra las cuales dirige la solicitud de protección de sus derechos fundamentales.

#### **1.12.3.1. Sentencia que resolvió el recurso de anulación, dictada el 10 de septiembre de 2020 (Proceso No. 65.136)**

##### **1.12.3.1.1. Afectación del debido proceso por la configuración de un defecto material o sustantivo**

217. Consideró que este defecto se configuró en la sentencia que resolvió el recurso de anulación por cuanto la autoridad judicial accionada (i) no realizó un análisis de la normatividad vigente de manera congruente y, en su lugar, se limitó a efectuar referencias legales y a dar opiniones personales que se apartan del ordenamiento jurídico; (ii) omitió precisar qué pruebas tuvo como fundamento para tomar determinaciones como la realización de descuentos y desconocer los derechos de los socios de buena fe de la Concesionaria RDS., a recibir su inversión; y (iii) desatendió la aplicación del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, con relación a la remuneración del contratista por suponer que la concesionaria la recibió.

218. Agregó que, se vulneró el párrafo del artículo 1º de la Ley 1882 de 2018 por cuanto se interpretó de manera equivocada que los reconocimientos debían ser valorados por la interventoría o por un tercero experto y, en el caso bajo análisis, el panel arbitral se aportó de los cálculos validados por ese tercero -Duff & Phelf y realizó descuentos *“usurpando la función que la ley le había encomendado y obviando la prueba que por ley debía atender.”*

219. Lo anterior, a su juicio, conllevó a que el Tribunal de Arbitramento actuara desbordando el margen de competencia y el Consejo de Estado, al resolver el recurso extraordinario de anulación corroboró y confirmó la ilegalidad del Laudo, *“amparándose en aspectos supuestamente propios de la actividad judicial, pero desconociendo la norma en cita.”*



220. Calificó como errada la interpretación del Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “A”, según la cual el juez tiene la potestad de valorar todo el material probatorio y tomar su decisión dependiendo de dicha apreciación y consideró que con ella se convalidó la actuación irregular del Tribunal.

221. Sobre el no reconocimiento de los montos adeudados en favor de los terceros de buena fe, consideró que el Consejo de Estado “*violentó flagrantemente los presupuestos contenidos en el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, así como lo contemplado por la Sentencia C-207 de 2019 que determinó la exequibilidad condicionada del mismo*”. Para sustentar este argumentó transcribió apartes de la sentencia de constitucionalidad citada.

#### **1.12.3.1.2. Afectación al debido proceso por la configuración de un defecto fáctico**

222. La sociedad actora consideró que el Consejo de Estado incurrió en este defecto por mantener incólume la decisión adoptada en el Laudo Arbitral, concretamente, por no dictaminar que se incurrió en la causal séptima de anulación, consagrada en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. Lo anterior por cuanto concluyó que la prueba se valoró en su conjunto por parte del Tribunal, advirtiendo que los defectos fácticos en que incurrió el Laudo están discriminados en el capítulo relativo al Laudo.

#### **1.12.3.1.3. Afectación del debido proceso por violación directa de la Constitución**

223. Consideró que los argumentos expuestos como sustento de los defectos sustantivo y fáctico también configuran una violación directa del artículo 230 de la Constitución, en virtud del cual los jueces sólo están sometidos al imperio de la Ley y la autoridad judicial accionada no aplicó la disposición especial contemplada en el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 y, en su lugar, convalidó la conclusión a la que arribó el Tribunal de Arbitramento, así como el impago de la deuda financiera con los bancos, al considerar que no se requería la validación de un tercero.

#### **1.12.3.1.4. Afectación al debido proceso por desconocimiento del precedente**

224. Después de precisar el marco de esta causal de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial, señaló que se desconocieron los precedentes judiciales relacionados con los elementos normativos del parágrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, entre los cuales reseñó los que propenden por la satisfacción del interés público con la ejecución de las obras. Sobre este concepto, transcribió apartes de las sentencias del 10 de septiembre de 2020, dictada por el Consejo de Estado, Sección Tercera (Proceso No. 65.136), con



ponencia de la Magistrada María Adriana Marín y la sentencia C-207 de 2019 dictada por la Corte Constitucional, con ponencia de la Magistrada Cristina Pardo Schelesinger.

225. Señaló que, de los precedentes citados se debe concluir que toda la actividad contractual pública lleva implícito el cumplimiento de los fines del Estado, lo que comporta, a su vez, que el objeto del contrato esté destinado exclusivamente al logro de tales fines tal como lo establece el artículo 20 de la Ley 1882 de 2020.

### **1.12.3.2. Cargos presentados contra el Laudo Arbitral dictado el 6 de agosto de 2019**

#### **1.12.3.2.1. Defecto material o sustantivo**

226. Lo sustentó en el desconocimiento del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, por no haberse tenido en cuenta todas las sumas certificadas por el tercero experto sobre cuyo dictamen no prosperó la objeción por error grave.

227. Al desarrollar este defecto, consideró que el Laudo incurrió en incongruencia, por cuanto al analizar la objeción por error grave presentada por las sociedades Odebrecht respecto de la metodología utilizada por la firma experta Duff & Phelf, para la valoración del CAPEX desechó la misma y la consideró adecuada, sin embargo, para auto habilitarse como tercero experto, el Tribunal cuestionó la metodología de valoración, alegando que la contabilidad no le generaba confiabilidad y realizó *“ilegales descuentos”*.

228. Advirtió que la incongruencia igualmente se advierte por cuanto la contabilidad no fue tachada de falsa y, por ende, tenía el carácter de plena prueba y se refirió nuevamente a la inaplicación del precepto contenido en el artículo 20 *ejusdem*, para concluir que *“resulta sumamente incongruente que el TRIBUNAL, con el conocimiento que tenía respecto del requisito de validación de las cifras que dio lugar a la necesidad de contar con un Tercero Experto para cumplir con la Ley, decida en el Laudo DESECHAR LA PRUEBA NECESARIA E INELUDIBLE POR EXIGENCIA LEGAL, y proceder a fallar según sus propios cálculos, carentes de validación.”*

229. Sobre el no reconocimiento de los montos adeudados a los terceros de buena fe, consideró que se desconoció la sentencia C-207 de 2019 dictada por la Corte Constitucional que declaró la exequibilidad condicionada del párrafo 1º del artículo 20 de la ley multicitada, cuyos principales apartes transcribió.

230. Para concluir la alegación relacionada con el defecto sustantivo, afirmó que *“el TRIBUNAL reconoció la deuda con el sector financiero que había sido acreditada en el proceso, pero lo hizo a sabiendas de que los montos que ordenó a la ANI pagar a la Concesionaria, con el fin de que se pagaran las deudas existentes con los terceros de buena fe -incluidos los bancos financiadores- era insuficiente y por ende no serían*



satisfechos, tal como lo ordena la Sentencia C-207 de 2019, quebrantando entonces lo ordenado por la Corte Constitucional y configurándose así el defecto sustantivo. Por lo demás, estas “sumas y restas” y demás operaciones que llevaron al TRIBUNAL a tan particular decisión, carece de aval probatorio y de la validación del tercero experto ordenada por la Ley 1882 de 2018, quien, por el contrario, acreditó, avaló y certificó la deuda en la suma de \$1.462.575 millones de pesos.”

#### 1.12.3.2.2. Defecto fáctico

231. Sustentó este defecto, en la errada valoración del CAPEX, por considerar que el Tribunal concluyó sin sustento probatorio que los pactos económicos del contrato EPC no correspondían a precios del mercado y los recursos del epecista sirvieron para diversos fines, como el pago de coimas, lo cual únicamente sustentó en la declaración de Eduardo Zambrano ante la Corte Suprema de Justicia.

232. Reiteró en esta oportunidad que el Tribunal, no soportó su argumentación en el material probatorio obrante en el expediente; por el contrario, procedió a realizar cálculos completamente inexactos.

233. Censuró igualmente la valoración del OPEX, por haber desestimado los resultados obtenidos con el dictamen, so pretexto de falta de credibilidad y confiabilidad de la contabilidad de la concesionaria, elemento base del cálculo realizado por el experto.

234. Aseveró que, con respecto a los intereses, el descuento realizado por el Tribunal parte de un defecto fáctico sistemático, toda vez que el Tribunal calculó las “inversiones no admisibles” como el valor de “sobrecostos” de CAPEX Y OPEX que se contabilizaron en forma indebida.

235. Consideró que el Tribunal no motivó que el monto imputable a intereses no correspondiera al componente de “gastos” a que se refiere el parágrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, componente que debe ser reconocido en la fórmula de liquidación, pues se empleó para satisfacer el interés público y tampoco señaló cuáles fueron los supuestos fines distintos que no estaban destinados a satisfacer el interés general para los que supuestamente se utilizaron parte de los recursos.

236. Se refirió a la remuneración del contratista, para señalar que la decisión adoptada por el Tribunal de Arbitramento configura un defecto fáctico, una violación del precedente judicial y un defecto sustantivo, por haber olvidado que el concepto de “remuneración del concesionario” se encontraba pactado en forma expresa en el contrato de concesión, lo mismo que su valor probatorio, siendo el documento más importante del proceso.



237. Consideró que la decisión arbitral incurrió en incongruencia, toda vez que el Tribunal se contradijo y, así mismo, vulneró la ley, dado que no tuvo en cuenta el principio de indivisibilidad de la contabilidad, consagrado en el artículo 264 del Código General del Proceso, en virtud del cual quien se acoja al valor de la contabilidad, debe aceptar tanto lo que está a su favor como lo que está en su contra. No es posible aceptar como prueba una parte de la contabilidad, y dejar de lado aquella que no le conviene, toda vez que la utilidad es producto de la diferencia entre los ingresos percibidos menos los costos y los gastos.

238. El defecto fáctico lo hizo consistir igualmente en que el Tribunal sostuvo que unos son los costos, gastos e inversiones de la concesionaria y otros los del epecista, con lo que desconoció que el EPC es el costo esencial del proyecto de la concesionaria, con ello concluyó que se desconocieron las normas y la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha venido refiriendo a través de toda su alegación.

#### 1.12.4. Actuaciones procesales relevantes

239. La demanda de tutela fue asignada por reparto al despacho del Magistrado José Roberto Sáchica Méndez, que el 15 de marzo de 2021 manifestó su impedimento para conocerla, con fundamento en lo dispuesto por el numeral 4º del artículo 56 de la Ley 906 de 2004<sup>51</sup>, en virtud del cual es causal de impedimento “*que el funcionario judicial haya sido apoderado o defensor de alguna de las partes, o sea o haya sido contraparte de cualquiera de ellos...*”.

240. Lo anterior, por cuanto el magistrado tuvo la calidad de apoderado especial de las entidades financieras accionantes, a saber: el Banco de Bogotá S.A., Banco Popular S.A., Banco de Occidente S.A. y Banco AV Villas S.A. y, en su nombre, interpuso el recurso extraordinario de anulación contra el Laudo proferido el 6 de agosto de 2019 y una acción de tutela previa en contra de este.

241. Esta misma causal de impedimento había sido declarada fundada por la Subsección “A” de la Sección Tercera del Consejo de Estado, integrada por las Magistradas María Adriana Marín y Marta Nubia Velásquez Rico, para resolver los recursos extraordinarios de anulación y dictar la sentencia del 10 de septiembre de 2020, que fue incluida en las censuras presentadas en esta oportunidad.

242. Por su parte, las magistradas María Adriana Marín y Marta Nubia Velásquez Rico, mediante escrito del 23 de marzo de la presente anualidad, manifestaron su impedimento para conocer de la presente acción, con fundamento en el numeral 6º del artículo 56 del Código de Procedimiento Penal, por haber participado en la discusión y aprobación de la sentencia del 10 de septiembre de 2020, por la cual resolvieron los recursos de anulación interpuestos en contra del Laudo Arbitral.

<sup>51</sup> “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”.



243. Con sustento en la manifestación de impedimento signada por los tres magistrados que integran la Subsección “A” de la Sección Tercera del Consejo de Estado, la Secretaría General de esta Corporación realizó el sorteo del magistrado ponente integrante de la Subsección “B” de la Sección Tercera, habiéndole correspondido al Magistrado Martín Bermúdez Muñoz.

244. No obstante, el referido magistrado, mediante auto dictado el 26 de abril de la presente anualidad dispuso la remisión del expediente para que se estudiara la procedencia de la acumulación y fallo conjunto con los procesos que tramitan bajo los radicados de la referencia.

245. Por auto dictado el 14 de mayo de 2021, se dispuso: (i) tramitar en forma conjunta la presente acción con las de la referencia; (ii) se consideró que, como consecuencia de la variación de la competencia, por la disposición de dar trámite conjunto a las acciones que guardan identidad fáctica y jurídica, no resultaba procedente en esta instancia resolver sobre el impedimento manifestado por los magistrados de la Sección Tercera – Subsección “A” del Consejo de Estado, pues a los mismos no les correspondía conocer el mecanismo de amparo constitucional que promovió la sociedad Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. Episol S.A.S.; (iii) se admitió la demanda y se integró en debida forma el contradictorio con todas las partes y los terceros que tienen interés en el resultado del proceso, previamente relacionados; (iv) se ordenó la publicación en la página *web* de esta decisión, se le reconoció personería adjetiva a la profesional del derecho que representa los intereses de la parte actora y, finalmente, (v) se requirió de la Secretaría General de esta Corporación que informara sobre las acciones de tutela que guardaran identidad con las que se dirijan contra las mismas autoridades arbitral y judicial accionadas.

### **1.13. Acción de tutela ejercida por el Banco Davivienda S.A.**

#### **1.13.1. Demanda de tutela**

246. El Banco Davivienda S.A., por conducto de apoderado judicial<sup>52</sup>, ejerció acción de tutela en contra de las autoridades arbitral y judicial referidas en la presente acción acumulada, con el fin de obtener la protección de los derechos fundamentales *“al debido proceso, a la defensa y de contradicción, de acceso a la administración de justicia y a la propiedad, consagrados en los artículos 29, 229 y 58 de la Constitución Política.”*

247. Tales derechos los consideró vulnerados con ocasión del Laudo Arbitral dictado por el Tribunal de Arbitramento el 6 de agosto de 2019 y aclarado el 16 de agosto de 2019 y por la sentencia proferida por la Sección Tercera, Subsección “A”, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que resolvió los recursos de anulación interpuestos contra el referido Laudo, por medio

<sup>52</sup> La entidad financiera le confirió poder especial al abogado Andrés Quintero Múnera



de la sentencia del 10 de septiembre de 2020, notificada mediante correo electrónico del 7 de octubre de 2020.

248. En el libelo introductorio de la demanda de tutela, la parte actora solicitó que se decretaran las siguientes pruebas:

(i) Oficiar al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, para que allegara copia de la totalidad del expediente del proceso arbitral promovido por la Concesionaria RDS contra la ANI.

(ii) Oficiar a la Secretaría de la Sección Tercera del Consejo de Estado, con el fin de que allegara copia de la totalidad del expediente que contiene los recursos de anulación interpuestos en contra del Laudo Arbitral.

(iii) Como prueba documental, con la demanda presentó el dictamen pericial rendido por la firma PROFIT-BI, experta en asuntos financieros en el marco de proyectos de infraestructura, que recae sobre el monto del reconocimiento económico consecuencial a la declaratoria de nulidad absoluta del contrato.

(iv) Oficiar a la Fiduciaria Corficolombiana S.A., vocera y administradora del patrimonio autónomo del Fideicomiso Ruta del Sol Sector 2, para que certifique:

*“- El monto del saldo existente en la Subcuenta de Reversión para el día 6 de agosto de 2019, fecha en que fue proferido el Laudo Arbitral accionado, y*

*- Si para ese momento, 6 de agosto de 2019, el saldo existente en la Subcuenta de Reversión había sido utilizado para el pago de las acreencias del Concesionario o si había transferido a la Cuenta de Aportes del Concesionario para que éste dispusiera de él o si, por el contrario, quedó a disposición y/o órdenes de la ANI.”*

### 1.13.2. Pretensiones

249. A título de amparo constitucional, la institución financiera actora, formuló las siguientes pretensiones:

**“PRIMERA.** *Que se declare que el Tribunal Arbitral integrado por los árbitros Jorge Enrique Ibáñez Najjar, Catalina Hoyos Jiménez y Carlos Mauricio González Arévalo, violó los derechos fundamentales del BANCO DAVIVIENDA S.A. al debido proceso, a la defensa y de contradicción, de acceso a la administración de justicia y a la propiedad, por haber incurrido en los siguientes defectos en el Laudo Arbitral proferido el 6 de agosto de 2019, aclarado el 16 de agosto de 2019:*

*1. Defecto orgánico, por cuanto el Tribunal Arbitral carecía de competencia para generar efectos de cosa juzgada respecto de sujetos que, como mi poderdante, no formaron parte del pacto arbitral, no adhirieron al mismo y no fueron vinculados como partes en el proceso arbitral;*



2. Defecto procedimental absoluto, por cuanto el Tribunal Arbitral, al no darle la oportunidad a mi poderdante de manifestar si adhería o no al pacto arbitral ni vincularla como parte en el proceso arbitral, profirió un laudo contrario al procedimiento establecido en la Ley y con ello vulneró directamente los derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa y de contradicción de mi poderdante;

3. Defecto sustantivo o material, por cuanto el Tribunal Arbitral interpretó de forma irrazonable y equivocada lo establecido en el artículo 20 de la ley 1882 de 2018 al equiparar la “remuneración” con las “utilidades” reportadas por el Concesionario, lo que lo condujo a deducir doblemente un mismo concepto del reconocimiento consecuencial a la declaratoria de nulidad del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, error que representó un quebranto de los derechos fundamentales al debido proceso y a la propiedad de mi poderdante y de los demás terceros de buena fe que conformaban el pasivo externo del proyecto;

4. Defecto fáctico, por cuanto el Tribunal Arbitral dio por probado, sin tener prueba alguna en el proceso, que el Concesionario recibió las sumas que se encontraban en la Subcuenta de Reversión del Proyecto y, como consecuencia de ello, dedujo tales sumas del reconocimiento consecuencial a la declaratoria de nulidad del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, cuando tales sumas no habrían sido recibidas por el Concesionario, produciendo un nuevo error en perjuicio de los terceros de buena fe que conformaban el pasivo externo del proyecto.

5. Defecto sustantivo, por cuanto el Tribunal Arbitral definió un orden de prelación para el pago de los terceros de buena fe sin proporcionar la más mínima motivación y en una manifiesta inaplicación de la Ley.

**SEGUNDA.** Que se declare que la Sección Tercera, Subsección A, del Consejo de Estado, violó los derechos fundamentales del BANCO DAVIVIENDA S.A. al debido proceso, a la defensa y de contradicción, y de acceso a la administración de justicia, por haber incurrido en un defecto sustantivo en la providencia del 10 de septiembre de 2020, mediante la cual se resolvieron los recursos de anulación interpuestos contra el Laudo Arbitral proferido el 6 de agosto de 2019, al concluir que el Tribunal Arbitral no estaba obligado a vincular a los bancos que otorgaron créditos para la ejecución del proyecto a efecto de que manifestaran si adherían o no al pacto arbitral, con lo cual el Tribunal, sin tener competencia para ello, profirió un laudo arbitral que terminó generando efectos de cosa juzgada frente a sujetos que no formaron parte del pacto arbitral, no adhirieron al mismo y no fueron vinculados como partes en el proceso, como fue el caso de mi poderdante.

**TERCERA.** Que, como consecuencia de cualquiera de las declaraciones a que hacen referencia los numerales 1 y 2 de la pretensión primera y/o la pretensión segunda:

1. Se deje sin efectos el Laudo Arbitral proferido el 6 de agosto de 2019 por el Tribunal Arbitral integrado por los árbitros Jorge Enrique Ibáñez Najar, Catalina Hoyos Jiménez y Carlos Mauricio González Arévalo, aclarado mediante providencia del 16 de agosto de 2019.

2. Se declare que el BANCO DAVIVIENDA S.A., en su condición de tercero de buena fe, conserva su derecho de acción para promover un nuevo proceso en el que se definan los reconocimientos económicos procedentes como



*consecuencia de una eventual declaratoria de nulidad del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, de acuerdo con las exigencias y parámetros establecidos por el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 y la sentencia C-207 de 2019 de la Corte Constitucional, en aras de preservar el derecho de acceso a la administración de justicia de mi poderdante.*

*SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN TERCERA. Que, como consecuencia de alguna cualquiera de las declaraciones a que hacen referencia los numerales 3, 4, y/o 5 de la pretensión primera:*

*1. Se dejen sin efectos los numerales noveno, décimo y décimo primero del Laudo Arbitral proferido el 6 de agosto de 2019 por el Tribunal Arbitral integrado por los árbitros Jorge Enrique Ibáñez Najar, Catalina Hoyos Jiménez y Carlos Mauricio González Arévalo, aclarado mediante providencia del 16 de agosto de 2019, en los cuales se definieron los reconocimientos económicos procedentes como consecuencia de la declaratoria de nulidad del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 y se estableció el orden de prelación para el pago de los terceros de buena fe.*

*2. Se profiera sentencia sustitutiva en la cual se establezcan, en forma correcta, los reconocimientos económicos procedentes como consecuencia de la declaratoria de nulidad del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, de acuerdo con las exigencias y parámetros establecidos por el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 y la sentencia C-207 de 2019 de la Corte Constitucional, así como el orden de prelación correcto para el pago de los terceros de buena fe.*

*3. En subsidio de lo solicitado en el anterior numeral 2, se señale la forma y la autoridad ante la cual el BANCO DAVIVIENDA S.A., en su condición de tercero de buena fe, puede solicitar que se establezcan, en forma correcta, los reconocimientos económicos procedentes como consecuencia de la declaratoria de nulidad del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, de acuerdo con las exigencias y parámetros establecidos por el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 y la sentencia C-207 de 2019 de la Corte Constitucional, así como el orden de prelación correcto para el pago de los terceros de buena fe.”*

### **1.13.3. Sustento de la vulneración**

250. A juicio de la entidad financiera accionante, formuló los siguientes cargos:

**1.13.3.1. El Tribunal Arbitral accionado incurrió en un defecto sustantivo o material al equiparar la “remuneración” del Concesionario con la “utilidad” reportada por el mismo y, por esa vía, descontar doblemente un mismo concepto del reconocimiento económico que procede por la declaratoria de nulidad absoluta del Contrato de Concesión**

251. Señaló que el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 establece que se debe reconocer el valor de los costos, las inversiones y los gastos ejecutados por el contratista incluyendo los intereses menos la remuneración y los pagos recibidos por el contratista en virtud del cumplimiento del objeto contractual, afirmando que el Tribunal confundió el referido concepto de remuneración con el de utilidad, con lo que terminó haciendo una doble deducción por el mismo concepto. Aseveró que la protuberancia de este error se demuestra con el dictamen que aporta al



expediente de tutela rendido por la sociedad PROFIT-BI, con el fin de que sea valorado por el juez de tutela.

252. Precisó que, en el caso concreto, las partes, en el contrato de concesión convinieron que la “*contraprestación*” del concesionario, vale decir, su remuneración consistiría en los aportes de la ANI y en los ingresos provenientes del recaudo y que, de haberse tenido en cuenta lo dispuesto por el numeral 4º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 (norma que define particularmente lo que debe entenderse por remuneración en el marco de contratos estatales de concesión), el Tribunal habría tenido que concluir que por ese concepto sólo debían deducirse las sumas recibidas por la concesionaria como “*contraprestación*” por la ejecución de sus obligaciones contractuales, a saber, los recursos recibidos por concepto de aportes de la ANI y por concepto de recaudo de peajes.

253. Destacó que la Sección Tercera del Consejo de Estado, al resolver el recurso de anulación interpuesto contra el Laudo Arbitral accionado no se pronunció acerca de si el Tribunal incurrió en defecto sustantivo al equiparar la remuneración con la utilidad reportada por el concesionario, sino que se limitó a decir que tal defecto no encuadraba en la causal de anulación consistente en haber sido proferido en conciencia debiendo haber sido en derecho, por lo que la acción de tutela contra el Laudo constituye el único medio para obtener la protección de los derechos conculcados como consecuencia del defecto sustantivo en que incurrió el fallo arbitral.

**1.13.3.2. El Tribunal Arbitral incurrió en un defecto fáctico por indebida valoración probatoria, por cuanto descontó, del reconocimiento económico que procede ante la declaratoria de nulidad del Contrato de Concesión, sumas que se encontraban en la Subcuenta de Reversión del Proyecto, que jamás fueron recibidas por el Concesionario**

254. Al sustentar este defecto afirmó que la Ley 1882 de 2018 ordena que del reconocimiento económico, por la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, se descuenten los pagos recibidos por el contratista, no obstante, el saldo existente en la Subcuenta de Reversión no había sido recibido por la concesionaria para el momento del Laudo Arbitral, de tal manera que *“el Tribunal Arbitral, en una manifiesta vía de hecho, descontó del reconocimiento económico dicho saldo de la Subcuenta de Reversión, con lo cual terminó expropiando la suma de \$84.556.574.005 a los terceros acreedores de buena fe del Concesionario. Lo anterior, como pasa a evidenciarse, constituyó un defecto fáctico por indebida valoración probatoria.”*

255. Se refirió al contenido del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 y señaló que *“no admite duda que el Tribunal Arbitral dio por probado, sin estarlo, que el saldo existente en la Subcuenta de Reversión había constituido un “pago” recibido por el Concesionario en ejecución del Contrato de Concesión, lo cual implicó la configuración de un manifiesto defecto fáctico por indebida valoración probatoria, que se presenta, de*



*acuerdo con la jurisprudencia constitucional atrás citada, cuando el juez “da por probados hechos que no cuentan con soporte probatorio dentro del proceso”.*

**1.13.3.3. El Tribunal Arbitral incurrió en un defecto sustantivo por absoluta falta de motivación y por inaplicación de la ley al definir, sin ningún sustento, un orden de prelación para el pago de los terceros de buena fe**

256. Argumentó que, al definir un orden de prelación con el que se debía pagar a los terceros de buena fe, el Tribunal Arbitral claramente generó efectos de cosa juzgada para dichos terceros, para lo cual carecía absolutamente de competencia por cuanto los terceros no suscribieron el pacto arbitral, no adhirieron al mismo y no fueron parte del proceso, lo hizo sin motivación alguna y sin acudir a la aplicación de las reglas generales sobre prelación de créditos establecidas en la legislación civil –artículo 2495–, en los artículos 13 de la Ley 80 y 8º de la Ley 153 de 1887.

257. Solicitó que se tuviera en cuenta que los bancos tenían constituida una garantía mobiliaria sobre todos los recursos del fideicomiso, de conformidad con las disposiciones contenidas en la Ley 1676 de 2013 que consagra, en los incisos 2º y 6º del artículo 50 el derecho a ejecutar su garantía sobre los bienes, siempre que los mismos no sean necesarios para la continuidad de la actividad económica del deudor, al tiempo que establecen que *“Confirmado el acuerdo de reorganización, el acreedor garantizado tendrá derecho a que se pague su obligación con preferencia a los demás acreedores que hacen parte del acuerdo”.* Por lo tanto, respecto de los bienes objeto de la garantía –en este caso los existentes en el Patrimonio Autónomo– los acreedores garantizados tendrían prelación por sobre los demás acreedores, incluyendo incluso los laborales y los fiscales.”

**1.13.3.4. El Tribunal Arbitral incurrió en un defecto orgánico y en un defecto procedimental absoluto por cuanto generó, careciendo absolutamente de competencia para ello, efectos de cosa juzgada respecto del Banco Davivienda, a pesar de que esta sociedad no suscribió el pacto arbitral, no adhirió al mismo, ni fue vinculada como parte dentro del proceso**

258. Indicó que el 31 de mayo de 2018, a través del Auto No. 99, el Tribunal Arbitral autorizó que los bancos que participaron en el otorgamiento de los créditos sindicados a la concesionaria, entre ellos Davivienda, intervinieran en el proceso arbitral como coadyuvantes, con fundamento en el artículo 71 del Código General del Proceso.

259. Agregó que, para ese momento, ya se encontraba vigente el artículo 20 de la Ley 1882 del 2018, norma que regula el alcance y requisitos de los reconocimientos económicos consecuenciales a la declaratoria de nulidad absoluta de un contrato de infraestructura de transporte. Dicho artículo no establecía que la autoridad judicial, declarada la nulidad y definido el monto del reconocimiento, debía determinar la calidad de acreedores de la concesionaria, la



definición del monto de sus acreencias, la calificación de su calidad como terceros de buena fe o el orden de pagos a estos.

260. Por esta razón, cuando las instituciones financieras, solicitaron su intervención como coadyuvantes de la concesionaria, el Laudo Arbitral sólo estaba llamado a producir efectos directos respecto de la ANI y esta y no de los terceros acreedores de este último.

261. Indicó que, sin embargo, el 16 de mayo de 2019, casi un año después de que el Tribunal Arbitral admitiera a los bancos como coadyuvantes de la concesionaria y antes de que prohiriera el Laudo Arbitral, la Corte Constitucional profirió la sentencia C-207 del 2019, providencia a partir de la cual, se amplió el alcance de las decisiones que debían ser adoptadas por la respectiva autoridad judicial o arbitral en caso de declaratoria de nulidad absoluta de un contrato de infraestructura de transporte, de tal manera que debía liquidar los reconocimientos en favor de los terceros de buena fe.

262. A juicio de la parte actora, el Tribunal de Arbitramento omitió aplicar el contenido normativo del artículo 36 de la Ley 1563 de 2012, toda vez que no citó a los acreedores de la concesionaria para que manifestaran si adherían o no al pacto arbitral, no obstante, resolvió la controversia y generó efectos de cosa juzgada respecto de los terceros.

263. Señaló que, con tal omisión el Banco Davivienda y los demás acreedores de la concesionaria fueron privados de la posibilidad de ejercer sus derechos en el proceso arbitral, con lo cual se configuró un defecto procedimental absoluto.

**1.13.3.5. La Sección Tercera del Consejo de Estado incurrió en un defecto sustantivo al concluir, en sede de anulación, que el Tribunal Arbitral no estaba obligado a citar a los terceros acreedores del Concesionario para que manifestaran si adherían o no al pacto arbitral, porque el laudo arbitral supuestamente no produjo efectos de cosa juzgada respecto de estos**

264. Para sustentar este cargo, transcribió el contenido normativo del artículo 36 de la Ley 1563 de 2012 en virtud de la cual cuando el Laudo haya de generar efectos de cosa juzgada respecto de personas que no suscribieron el pacto se debe ordenar su citación personal para que manifiesten si adhieren o no al pacto y nuevamente sustentó este argumento en lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-207 de 2019.

265. Manifestó que *“Confirmación irrefutable de que el Laudo Arbitral, por virtud de la sentencia C-207 de 2019, estaba llamado a generar efectos de cosa juzgada para los terceros acreedores del Concesionario, es que el Laudo Arbitral efectivamente terminó produciendo efectos de cosa juzgada para esos terceros, tal como se detalló en el numeral 4º del presente escrito”* y definió un orden de prelación respecto de estos.



266. Señaló que, si el Laudo no hubiera producido efectos de cosa juzgada ellos podrían promover un nuevo proceso contra la ANI, con el fin de que se declarara cuáles son los acreedores de la concesionaria que tienen derecho a recibir los reconocimientos económicos consecuenciales a la declaratoria de nulidad absoluta del contrato.

#### **1.13.4. Actuaciones procesales relevantes**

267. El 19 de abril de la presente anualidad se admitió la demanda y se ordenó la notificación y vinculación de las autoridades demandadas y, como terceros con interés jurídico en el resultado del proceso, a todas las personas que intervinieron en los procesos arbitral y judicial. Adicionalmente, convocó al Instituto Nacional de Concesiones –INCO– y al Ministerio del Transporte y dispuso la notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en los términos y para los efectos previstos en el artículo 610 del Código General del Proceso.

268. En esta oportunidad, se pronunció sobre las pruebas solicitadas por la parte actora, decretando la incorporación del expediente contentivo del recurso de anulación, no se refirió a la petición de allegar el trámite arbitral y negó la solicitud de oficiar a Fiduciaria Corficolombiana S.A., para que certificara el saldo de la Subcuenta de Reversión.

269. Contra la anterior decisión, la parte actora interpuso recurso de reposición, el cual fue rechazado por no ser procedente en el trámite de la acción de tutela, según auto dictado el 8 de junio de la presente anualidad en el cual adicionalmente se indicó, que si en gracia de discusión procediera tal medio de impugnación, lo cierto es que el expediente contentivo del proceso arbitral había sido incorporado al proceso acumulado y que la certificación que solicita no obró como medio de convicción en los procesos arbitral y judicial contra los cuales se dirigen las censuras, de tal manera que tampoco podría ser objeto de valoración por el juez constitucional en sede de tutela.

#### **1.14. Intervenciones en los procesos acumulados y las presentadas con posterioridad al decreto de acumulación**

270. Realizadas las notificaciones ordenadas, de conformidad con las constancias visibles en el expediente digital de la acción de tutela, además de las intervenciones que se expusieron, se presentaron las siguientes:

##### **1.14.1. En la acción de tutela ejercida por los Bancos A.V. Villas y otros**

###### **1.14.1.1. Estudios y Proyectos del Sol – EPISOL S.A.S.**

271. Según escrito radicado el 11 de marzo de 2021, la apoderada judicial de EPISOL S.A.S. manifestó que coadyuvaba las pretensiones formuladas por los



Bancos A.V. Villas, de Occidente S.A., Popular S.A. y de Bogotá S.A., al tiempo que informó que ejerció demanda en forma independiente en contra del Laudo Arbitral y de la sentencia que resolvió los recursos de anulación.

#### **1.14.2. En la acción de tutela interpuesta por el Banco Davivienda S.A.**

##### **1.14.2.1. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**

272. Por intermedio de apoderado judicial, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda de tutela, por considerar que no se evidencia vulneración de los derechos fundamentales y el Laudo Arbitral dictado el 6 de agosto de 2019 no adolece de los errores mencionados por la parte actora.

273. Advirtió que la institución financiera accionante cuenta con los mecanismos judiciales para hacer valer los derechos de crédito derivados del contrato de crédito celebrado con la Concesionaria RSD., por lo que no concurre el requisito de subsidiariedad, circunstancia que igualmente ocurre con los requisitos de inmediatez y de relevancia constitucional.

274. Con respecto a los defectos que se le imputan a la sentencia que resolvió los recursos de anulación, la Agencia consideró que no se configuraron, que las pruebas se valoraron en debida forma y que se aplicaron las normas jurídicas que correspondía con la interpretación dada por la Corte Constitucional. Señaló que el Banco Davivienda no era un litis consorte necesario que debiese ser exhortado respecto de la adherencia al pacto arbitral y además participó activamente en el proceso y sus escritos fueron tenidos en cuenta.

##### **1.14.2.2. Estudios y Proyectos del Sol – EPISOL S.A.S.**

275. Según escrito radicado el 23 de abril de 2021, la apoderada judicial de EPISOL S.A.S. manifestó que coadyuvaba las pretensiones formuladas por el Banco Davivienda, al tiempo que informó que ejerció demanda en forma independiente en contra del Laudo Arbitral y de la sentencia que resolvió los recursos de anulación.

##### **1.14.2.3. Ministerio de Transporte**

276. Por intermedio de la jefe de la Oficina Asesora Jurídica, en escrito radicado el 23 de abril de la presente anualidad, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, por considerar que no concurren los requisitos de procedibilidad, haciendo énfasis en el principio de autonomía judicial.

277. Consideró que no existe un solo hecho o circunstancia que explique la vinculación del Ministerio de Transporte a la *litis*, proponiendo, en consecuencia, la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, la cual sustentó en



no haber sido parte de los procesos arbitral ni en el judicial que resolvió los recursos de anulación, y en las específicas funciones que le corresponde ejercer.

#### **1.14.2.4. Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “A”**

278. La Magistrada Ponente de la decisión censurada informó el trámite dado a los recursos de anulación interpuestos en contra del Laudo Arbitral y transcribió los apartes de la sentencia con los que se resolvieron los cargos de anulación propuestos por el Banco Davivienda.

279. Señaló que, si bien en el caso concreto se cumplen los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial, lo cierto es que no se incurrió en defecto alguno, toda vez que la interpretación que hizo del artículo 36 de la Ley 1563 de 2012 y de la existencia o no de cosa juzgada respecto de los acreedores terceros de buena fe de la concesionaria, no fue irrazonable, en la medida en que dicho precepto hace referencia a los litisconsortes necesarios, cuya intervención en el proceso se hace indispensable para decidir la controversia y que, por lo tanto, deben ser citados para que manifiesten si adhieren o no al pacto arbitral, con lo cual el destino del proceso queda ligado a lo que dichos litisconsortes resuelvan al respecto.

280. Precisó que el Banco Davivienda no tenía la calidad de litis consorte necesario, pues intervino como coadyuvante de la parte actora, toda vez que sus propios intereses, fundados en el crédito ligado a la concesionaria indirectamente se favorecían con el éxito de las pretensiones de ésta, pero su comparecencia al proceso no era indispensable para que se profiera un fallo de fondo, por lo que no surgió el deber del Tribunal de Arbitramento de citarlo para que manifestara si adhería o no al fallo.

281. Es así como la decisión adoptada en el laudo arbitral no impide, de manera alguna, que los acreedores de la Concesionaria RDS. puedan perseguir el pago de sus créditos a través de los mecanismos judiciales dispuestos para ello, razón por la cual, se consideró en el fallo del recurso de anulación, que no había operado respecto de ellos la cosa juzgada que predica el accionante.

282. La autoridad judicial accionada presentó idéntica intervención con respecto a las demás acciones de tutela que se dirigieron en contra de la sentencia que resolvió los recursos de anulación.

#### **1.14.3. Intervenciones en el proceso con posterioridad a la acumulación**

##### **1.14.3.1. Procuraduría General de la Nación – Procuraduría 55 Judicial II Administrativa de Bogotá**



283. El representante del Ministerio Público, previa precisión sobre cada una de las acciones de tutela, los derechos fundamentales cuya pretensión se solicita y los fundamentos fácticos y jurídicos expuestos por los accionantes, solicitó que se declarara improcedente la acción de tutela.

284. Aseveró que los accionantes pretenden sustentar nuevamente los defectos sustantivo y fáctico en las mismas causales que les sirvieron de fundamento para interponer los recursos de anulación contra el Laudo Arbitral e insisten en que se realice un pronunciamiento sobre el alcance de la disposición contenida en el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 y la Sentencia C- 207 de 2019, que coincida con sus particulares intereses, pretendiendo reabrir un debate y lograr una nueva valoración de las pruebas.

285. Concluyó que, el hecho de que la inconformidad de los demandantes recaiga exclusivamente sobre derechos patrimoniales y que las pretensiones sean de rango legal y de naturaleza contractual, implica la improcedencia del presente trámite por incumplimiento del requisito de relevancia constitucional.

286. Solicitó que, de no acogerse el anterior planteamiento, se deben negar las peticiones de amparo constitucional acumuladas, sobre la base de considerar que de ninguna manera el juez del negocio jurídico puede estar sujeto a lo dictaminado por el tercero calificado, dado que ello implicaría un traslado de la función pública en cabeza del juez y que este sea un convidado de piedra en el trámite arbitral.

287. Consideró que, el Tribunal al realizar los ajustes a la información técnica se sustentaba en otras pruebas que estaban incorporadas al proceso, con pleno razonamiento, con lo cual quedó claro que se cumplía lo previsto por el artículo 164 del Código General del Proceso en concordancia con el artículo 176 *Ibidem*.

288. Con respecto al argumento referido al desconocimiento del artículo 36 de la Ley 1563 de 2012 en lo relacionado con la integración del contradictorio, insistió en que no es aplicable al trámite arbitral que se pretende cuestionar, dada la naturaleza de la relación jurídica debatida en el mismo, ya que esta corresponde de manera exclusiva a la ANI y a la Concesionario RDS. Recalcó que la adhesión al pacto arbitral no excluía la obligación del Tribunal de aplicar lo establecido por el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, como consecuencia de la declaratoria de la nulidad del contrato pues la disposición contenida en el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 no cambiaba su condición de tercero en el trámite arbitral y tampoco la posibilidad de que acudiera al proceso en calidad de coadyuvante.



### 1.15. Recapitulación - Precisiones relativas a la calidad de las partes y de terceros intervinientes en el trámite constitucional del vocativo de la referencia

289. De conformidad con lo expuesto en precedencia y de los autos del 28 de enero, 5 de marzo, 19 de abril, 14 de mayo y 8 de junio de 2021, conviene precisar la calidad de cada una de las partes que intervienen en el trámite constitucional del vocativo de la referencia, de la siguiente manera:

#### 1.15.1. Accionantes

290. Teniendo en cuenta las demandas de tutela presentadas, los accionantes son: (i) Bancolombia S.A.; (ii) Constructora Norberto Odebrecht S.A. Sucursal Colombia y Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S.; (iii) Los Bancos de Bogotá S.A., Popular S.A., Occidente S.A. y Banco A.V. Villas S.A.; (iv) Itaú Corpbanca S.A.; (v) Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. – Episol S.A.S.; y (vi) Banco Davivienda S.A.

291. Con fundamento en las pretensiones de la demanda, los accionantes se agrupan así:

Contra el Laudo Arbitral	Contra el Laudo Arbitral y la sentencia dictada en sede del recurso de anulación
Bancolombia S.A.	Banco Itaú Corpbanca S.A.
Constructora Norberto Odebrecht, Sucursal Colombia y Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S.	Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. EPISOL
Bancos A.V. Villas S.A. Popular, Occidente y Bogotá	Banco Davivienda

#### 1.15.2. Autoridades accionadas

292. Del análisis de las pretensiones de las demandas de tutela, las autoridades accionadas son: (i) el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá, integrado por los árbitros Catalina Hoyos Jiménez, Jorge Enrique Ibáñez Najjar y Carlos Mauricio González Arévalo, convocado para dirimir las controversias contractuales suscitadas durante la ejecución del contrato de Concesión No. 001 de 2010 y que profirió el Laudo del 6 de agosto de 2019, así como el Auto del 16 de agosto de 2016 que lo aclaró; y (ii) el Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección “A” que dictó la sentencia del 10 de septiembre de 2020, a través de la cual se resolvieron los recursos de anulación que se interpusieron contra el Laudo del 6 de agosto de 2019 y la providencia que lo aclaró.



### 1.15.3. Terceros con interés

293. Por el interés jurídico que les asiste y por las vinculaciones ordenadas en el trámite de las demandas de tutela, los terceros con interés son: (i) la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI-; (ii) el Liquidador de la Concesionaria RDS.; (iii) la Superintendencia de Sociedades; (iv) la sociedad CSS Constructores S.A.; y (v) el Patrimonio Autónomo Fideicomiso Ruta del Sol Sector 2 –representado por su vocera Fiduciaria Corficolombiana S.A.-.

### 1.15.4. Intervinientes especiales

294. Teniendo en cuenta la controversia constitucional suscitada y las pretensiones de las demandas de tutela, los intervinientes especiales son: (i) la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado; (ii) la Procuradora 55 Judicial II para Asuntos Administrativos; (iii) el Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa; y (iv) el Procurador 134 Judicial II para Asuntos Administrativos.

## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 2.1. Competencia

295. Esta Sala es competente para conocer de las acciones de tutela acumuladas presentadas por (i) Bancolombia S.A.; (ii) Constructora Norberto Odebrecht S.A. Sucursal Colombia y Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S.; (iii) Los Bancos de Bogotá S.A., Popular S.A., Occidente S.A. y Banco A.V. Villas S.A.; (iv) Itaú Corpbanca S.A.; (v) Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. – EPISOL S.A.S.; y (vi) Banco Davivienda S.A., con fundamento en lo establecido en el inciso 1º del artículo 86 de la Constitución Política; el artículo 37 del Decreto Ley 2591 de 1991, que consagran las normas de competencia en materia de acciones constitucionales de tutela y, adicionalmente, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 2.2.3.1.3.3. del Decreto 1834 de 2015<sup>53</sup>.

296. Así mismo, el Consejo de Estado, a través de sus Secciones y Subsecciones está facultado para conocer en primera instancia del asunto del vocativo de la referencia, con fundamento en las normas de reparto consagradas en el Decreto 1069 de 2015<sup>54</sup>, modificado por el Decreto 1983 de 2017 y por el 333 de 2021 y en el artículo 13 del Acuerdo 80 de 2019 de la Sala Plena de esta Corporación. Lo anterior, por cuanto se dirige en contra del Laudo Arbitral y de la sentencia que resolvió los recursos de anulación interpuestos en contra de este.

297. En consecuencia, resultan aplicables los numerales 7 y 9 del artículo 1º del Decreto 333 de 2021, que modificó el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de

<sup>53</sup> “**ARTÍCULO 2.2.3.1.3.3. Acumulación y fallo.** El juez de tutela que reciba las acciones de tutela podrá acumular los procesos en virtud de la aplicación de los artículos 2.2.3.1.3.1 y 2.2.3.1.3.2 del presente decreto, hasta antes de dictar sentencia, para fallarlos todos en la misma providencia.”

<sup>54</sup> “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho”



2015, el primero consagra la competencia para conocer acciones de tutela que se ejerzan contra decisiones dictadas por el Consejo de Estado. Por su parte, el numeral 9º establece que *“Las acciones de tutela dirigidas contra los Tribunales de Arbitraje serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a la autoridad judicial que conoce del recurso de anulación.”* (Negrillas incluidas por la Sala)

298. Con respecto a la autoridad judicial que, en virtud de las reglas de competencia, conoce el recurso de anulación, se advierte que el artículo 149 de la Ley 1437 de 2011 establece que el Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus secciones, subsecciones o salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia, de los siguientes asuntos: *“7. Del recurso de anulación contra laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos celebrados por una entidad pública, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia. Contra la sentencia que resuelva este recurso sólo procederá el recurso de revisión.”*

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

300. Sin embargo, en el caso concreto la demanda inicial le fue asignada por reparto a esta Sección la cual la admitió, por considerar que no le era posible a este juez constitucional remitirlo a dicha Sección, por cuanto la norma de asignación establece en el parágrafo segundo que *“Las anteriores reglas de reparto no podrán ser invocadas por ningún juez para rechazar la competencia o plantear conflictos negativos de competencia”*<sup>55</sup> y una remisión posterior, por razones de competencia funcional, podría afectar los principios economía y celeridad de la acción de tutela y los derechos fundamentales involucrados.

---

<sup>55</sup> Este mismo parágrafo fue destacado por la Presidencia de esta Corporación con motivo del conflicto de competencias que se suscitó entre las secciones segunda y tercera con ocasión del conocimiento del proceso N° 11001-03-15-000-2019-05253-00 en el que fue accionante Bancolombia S.A. y accionado el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá. En esa oportunidad, el Presidente del Consejo de Estado, mediante auto del 30 de enero de 2020, declaró que no existió conflicto de competencias y ordenó remitir el expediente al Despacho de la Magistrada que funge como ponente de la presente decisión, al advertir que había ordenado la acumulación de varias acciones de tutela que guardaban identidad de causa, objeto y autoridad accionada con el expediente N° 11001-03-15-000-2019-05083-00 en el que fue accionante Estudios y Proyectos del Sol –EPISOL- y accionado el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá.



## 2.2. Cuestiones previas

### 2.2.1. Coadyuvancia en la acción de tutela

#### 2.2.1.1. Marco conceptual

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

302. Sobre esta figura, la Corte Constitucional, en la sentencia T-269 del 29 de marzo de 2012<sup>56</sup>, reiterada en la T-070 de 2018<sup>57</sup>, consideró que los terceros con interés legítimo pueden intervenir en el proceso como coadyuvantes, lo cual implica que *“con independencia de la categoría particular dentro de la que pudieran ubicarse en razón de su interés en el proceso y del nombre que se les asigne dentro de los procesos ordinarios, en la acción de tutela los terceros se involucran en el proceso porque sus resultados pueden afectarlos, pero lo hacen apoyando las razones presentadas, bien por el actor o por la persona o autoridad demandadas, y no promoviendo sus propias pretensiones. En el trámite de las acciones de tutela esta delimitación del papel de los terceros debe armonizarse con el principio de informalidad y de prevalencia de lo sustancial que rigen el proceso.”*

#### 2.2.1.2. Análisis en el caso concreto

303. Con fundamento en el marco legal y jurisprudencial expuesto, la Sala se debe pronunciar sobre las solicitudes presentadas el 11 de marzo y el 23 de abril de 2021 por la sociedad Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. en el sentido de ser tenida como **coadyuvante** en las acciones de tutela ejercidas por los Bancos A.V. Villas, de Occidente S.A., Popular S.A. de Bogotá S.A. y por el Bando Davivienda, respectivamente. Igual manifestación realizó con respecto a la acción ejercida por Bancolombia S.A.

304. Sobre esta petición la Sala advierte que la misma sociedad presentó en escrito separado una acción de tutela en la que promovió pretensiones propias, que se radicó en esta Corporación bajo el número 11001-03-15-000-2021-00729-00, habiendo sido objeto de acumulación a la que se tramita bajo el radicado de la referencia.

<sup>56</sup> Corte Constitucional, Sentencia del 29 de marzo de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

<sup>57</sup> Corte Constitucional, Sentencia del T-070 del 1º de marzo de 2018, M.P. Alejandro Linares Cantillo. *“En el trámite de la acción de tutela, reglamentado en el Decreto 2591 de 1991, se prevé que los terceros con interés legítimo pueden intervenir en el proceso de tutela actuando como coadyuvantes. El artículo 13 del Decreto 2591 dispone que ‘quien tuviere un interés legítimo en el resultado del proceso podrá intervenir en él como coadyuvante del actor o de la persona o autoridad pública contra quien se hubiere hecho la solicitud’.*



305. En virtud de lo expuesto, no se tendrá a EPISOL como coadyuvante de las instituciones financieras referidas, pero se resolverán las pretensiones propias que presentó en esta sede judicial y que se tramitan en forma conjunta ante la identidad fáctica, de *causa petendi* y de autoridades arbitral y judicial accionadas.

306. Igual decisión se adoptará con respecto a la solicitud del Banco de Bogotá S.A. de ser tenida como coadyuvante de Bancolombia S.A., toda vez que igualmente ejercicio acción de tutela independiente, la cual se resolverá en forma conjunta.

### **2.2.2. Excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por el Ministerio de Transporte**

307. El Ministerio de Transporte, entidad vinculada a la presente actuación en virtud del auto admisorio dictado en la acción de tutela ejercida por el Banco Davivienda S.A., en su intervención formuló la excepción de falta de legitimación en la causa, por considerar que los supuestos fácticos alegados no son vinculantes para ella y que tampoco tuvo la calidad de parte o tercero interviniente ni en procedimiento arbitral ni en el trámite de decisión de los recursos de anulación.

308. Tampoco, de las específicas funciones, que constitucional y legalmente le corresponde cumplir, se desprende alguna que guarde relación con los hechos señalados como vulneradores de los derechos fundamentales de los accionantes.

309. En efecto, la Sala advierte que el Ministerio de Transporte no ha sido parte ni ha intervenido en forma alguna en los procesos en los que se dictaron las decisiones censuradas, ni participó en la celebración y ejecución del contrato de concesión, el cual fue suscrito por el entonces Instituto Nacional de Concesiones – INCO, entidad que se transformó para convertirse en la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI–, la cual es una entidad descentralizada de la Rama Ejecutiva del orden nacional, con personería jurídica independiente y si bien se encuentra adscrita al Ministerio de Transporte, según lo dispuesto por el Decreto 4165 del 3 de noviembre de 2011, lo cierto es que es autónoma y acudió a los procesos en nombre propio.

310. En consecuencia, se declarará fundada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de Transporte de quien no se advierte interés alguno en el resultado del proceso ni siquiera como tercero y, por ende, se desvinculará de la presente acción de tutela.

### **2.2.3. Legitimación en la causa de Fiduciaria Corficolombiana S.A.**

311. Fiduciaria Corficolombiana S.A., solicitó que se aclarara que no podía ser vinculada al proceso en su condición propia, pues en tal calidad no tenía



legitimación para comparecer, sino únicamente como vocera del Patrimonio Autónomo Fideicomiso Ruta del Sol – Sector II.

312. Al respecto, la Sala aclara que, efectivamente en el proceso arbitral, mediante Auto No. 118 del 21 de marzo de 2019, el panel aceptó la solicitud de vinculación del referido patrimonio autónomo, en calidad de tercero coadyuvante de la convocante Concesionaria RDS., quien actúa por intermedio de su vocera Fiduciaria Corficolombiana S.A., el cual igualmente interpuso recurso de anulación en contra del Laudo.

313. En consecuencia, quien tiene la calidad de coadyuvante en el proceso arbitral, recurrente en el de anulación y tercero con interés jurídico en el resultado de la presente acción de tutela es el Patrimonio Autónomo Fideicomiso Ruta del Sol – Sector II, representando por Fiduciaria Corficolombiana S.A., sin que esta institución haya sido convocada en calidad propia o distinta a la aquí precisada.

### **2.3. Análisis sobre la configuración de la temeridad en el caso concreto**

#### **2.3.1. Consagración legal y desarrollo jurisprudencial**

314. Cabe resaltar que, a la luz de lo dispuesto en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, la temeridad se configura cuando sin motivo expresamente justificado se promueve la misma acción de tutela ante diferentes operadores judiciales, ya se sea de forma simultánea o sucesiva, conducta que involucra un elemento volitivo negativo por parte del accionante.

315. La Corte Constitucional ha establecido reglas para identificar una posible situación constitutiva de temeridad, las cuales se refieren a la existencia de identidad de (i) partes; (ii) supuestos fácticos y (iii) *causa petendi*<sup>58</sup> y, adicionalmente, que no exista justificación razonable para el ejercicio de la nueva acción, lo cual vincula un actuar doloso o de mala fe por parte del demandante.

316. Con respecto a la causal de justificación y al actuar doloso o de mala fe del demandante, la Corte Constitucional ha destacado que *“es el juez constitucional quien debe examinar cuidadosamente tal factor, en aras de salvaguardar el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, así como la presunción de buena fe de los particulares en sus actuaciones ante las autoridades públicas”*<sup>59</sup>.

317. Esa valoración parte de establecer si la actuación del tutelante *“resulta amañada, denota el propósito desleal de obtener la satisfacción del interés individual a toda costa, deja al descubierto el abuso del derecho porque deliberadamente y sin tener*

<sup>58</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-298 del 24.07.2018, posición reiterada en la Sentencia T-272 del 17.06.2019, M.P. Alberto Rojas Ríos

<sup>59</sup> Ob. Cit.



*razón, de mala fe se instaure la acción, o pretenda a través de personas inescrupulosas asaltar la buena fe de quien administra justicia*<sup>60</sup>.

318. Por el contrario, se considera que la actuación no es temeraria cuando, aun existiendo multiplicidad de solicitudes de protección constitucional, la nueva demanda se sustenta, entre otras razones, en circunstancias fácticas o jurídicas adicionales y, en aquellos eventos en que no se hizo un pronunciamiento de fondo por parte de la jurisdicción constitucional sobre la pretensión incoada, esto es, cuando no se superan los requisitos de procedibilidad adjetiva.

### **2.3.2. Examen de la temeridad en el caso concreto**

319. En el *sub examine* todas las instituciones financieras y las sociedades que ejercen la presente acción de tutela habían solicitado previamente la protección de los mismos derechos fundamentales, con ocasión del proferimiento del Laudo Arbitral del 6 de agosto de 2019 y del Auto aclaratorio dictado el 19 de agosto siguiente. Tales acciones fueron resueltas, en primera instancia, mediante sentencia dictada el 27 de febrero de 2020 por el Consejo de Estado - Sección Quinta y, en sede de impugnación en fallo del 19 de julio de 2020 por la Sección Tercera – Subsección “A”.

320. Tal circunstancia fue puesta de presente por las accionantes y señalada por algunos de los intervinientes por pasiva y terceros vinculados por el interés jurídico, en especial por la ANI y por la integrante del panel Catalina Hoyos Jiménez, lo que impone al juez constitucional verificar si el ejercicio de una nueva acción constitucional se encuentra justificado, esto es, si existe una circunstancia fáctica o jurídica nueva, así como precisar si en la primera oportunidad se estudiaron de fondo todos los defectos señalados<sup>61</sup>.

321. Al realizar tal ejercicio, la Sala concluye que no se evidencia dolo o mala fe en ninguno de los accionantes y todos ellos alegan que el hecho de que el Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “A”, haya proferido la sentencia que resuelve los recursos de anulación interpuestos contra el Laudo Arbitral constituye un hecho nuevo y, por ende, una razón suficiente que permite la presentación de la acción nuevamente, al tiempo que en la primera oportunidad se declaró la improcedencia de la acción, precisamente porque los actores contaban con el recurso de anulación para cuestionar las decisiones

<sup>60</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU168 del 16.03.2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia del 10.05.2018, M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 11001031500020170312701

<sup>61</sup> Al respecto, la Corte señaló como causales que justifican la interposición de una nueva acción: “... (iv) el surgimiento de adicionales circunstancias fácticas o jurídicas, eventos nuevos que aparecieron con posterioridad a la interposición de la acción de tutela o se omitieron en el trámite de la misma; en la consagración de una doctrina constitucional que reconoce la violación de derechos fundamentales en casos similares; (v) la inexistencia de pronunciamiento de la pretensión de fondo por parte de la jurisdicción constitucional. En estos casos además de descartarse la temeridad de la acción de tutela, el juez constitucional debe emitir un pronunciamiento de fondo”.



adoptadas por el Tribunal de Arbitramento, con respecto a la mayoría de los cargos propuestos, tal como se precisó en el acápite de antecedentes.

322. En el mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional, al encontrarse frente a una situación fáctica y jurídica igual a la que se analiza en el vocativo de la referencia<sup>62</sup>, señalando que, al haberse resuelto el recurso de anulación, los fundamentos jurídico-procesales variaron sustancialmente, *“en tanto que la tutela anterior, presentada el 25 de marzo de 2015, se instauró mientras estaba en trámite el recurso de anulación y, conforme se indicó, en ese motivo se fundó la improcedencia del amparo, en la acción de tutela que origina el presente fallo ya el Banco de la República había agotado el recurso de anulación y este se había resuelto por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, mediante providencia del 8 de julio de 2015.”*<sup>63</sup>

323. En virtud de lo expuesto, se concluye que las circunstancias anotadas descartan la temeridad y habilitan al juez constitucional para continuar con el examen de las solicitudes. Sin embargo, al haberse resuelto de fondo uno de los cargos de la tutela primigenia y considerado irrelevante desde el punto de vista constitucional otro, corresponde analizar bajo la óptica de la triple identidad si se configuró el fenómeno de la cosa juzgada constitucional.

## 2.4. Análisis de la configuración de la cosa juzgada constitucional

### 2.4.1. Marco conceptual y jurisprudencial

324. Haber descartado la existencia de temeridad no impide que la Sala realice un juicio independiente sobre la configuración de la cosa juzgada, en consideración a que de las solicitudes de amparo subyacen múltiples cargos y, sobre el desconocimiento del precedente se realizó un pronunciamiento de fondo en el trámite anterior y con respecto al defecto fáctico se consideró que carecía de relevancia constitucional.

325. Esta figura jurídica ha sido definida como *“una institución jurídico-procesal en cuya virtud se dota de carácter inmutable, vinculante y definitivo a las decisiones adoptadas por las autoridades judiciales en sus providencias definitivas, con lo cual se garantiza la finalización imperativa de los litigios y en ese sentido el predominio del principio de seguridad jurídica.”*<sup>64</sup>

<sup>62</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-556 del 13.10.2016, M.P. María Victoria Calle Correa

<sup>63</sup> En esta oportunidad la Corte incluyó la siguiente cita: *“Sentencia SU-713 de 2006 (MP. Rodrigo Escobar Gil. SV. Jaime Araujo Rentería). En ese caso la Corte revisó las sentencias proferidas por los jueces de instancia, en el proceso promovido por una empresa en contra de una entidad pública por la presunta vulneración de, entre otros, el derecho fundamental al debido proceso dentro de un proceso licitatorio. La sociedad accionante había interpuesto dos procesos de tutela anteriores contra la misma entidad, en los que solicitó la protección de su derecho al debido proceso. La Corte, luego de hacer algunas consideraciones sobre la temeridad en la interposición de la acción de tutela, concluyó que en ese caso no se presentaba uno de los presupuestos para declarar la temeridad, ya que los hechos en que se fundamentaron las otras acciones de tutela eran distintos, en tanto existían nuevas circunstancias.”*

<sup>64</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-298 del 24.07.2018, posición reiterada en la Sentencia T-272 del 17.06.2019, M.P. Alberto Rojas Ríos



326. Con respecto a las acciones constitucionales de tutela, la cosa juzgada se entiende como un límite legítimo al ejercicio del derecho de acción cuando la misma solicitud ha sido resuelta, exigiéndose para su configuración los requisitos de identidad de (i) partes; (ii) supuestos fácticos y (iii) *causa petendi*<sup>65</sup> y, adicionalmente, que la Corte Constitucional los haya resuelto en sentencia ejecutoriada dictada en sede de revisión o haya decidido excluirlos, por auto interlocutorio dictado en Sala de Selección.

327. El segundo evento, por cuanto las consecuencias de la exclusión de un expediente de tutela en sede de eventual revisión consisten en que la sentencia de segunda instancia adquiere ejecutoria y se configura la cosa juzgada tornando la decisión inmutable e inmodificable.

#### **2.4.2. Configuración de la cosa juzgada constitucional en el caso concreto**

328. Este análisis se realiza únicamente en relación con las pretensiones de los accionantes que se dirigen a cuestionar el Laudo Arbitral dictado el 6 de agosto de 2019, sin que involucre, en consecuencia, los cargos que se predicán de la sentencia que resolvió los recursos de anulación, pues con respecto a esta no concurre el requisito de identidad de supuestos fácticos y la misma no se había dictado en la oportunidad en la cual se tramitó y decidió la primera acción constitucional.

329. Aclarado lo anterior, se encuentra que las impugnaciones interpuestas en contra del fallo de primera instancia que dictó esta Sección en las acciones de tutela previas fueron resueltas por el Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “A”, en fallo dictado el 19 de julio de 2020, en el que se modificó la sentencia recurrida, en el sentido de negar las pretensiones de la acción de tutela por el cargo de violación directa de la Constitución que la parte actora sustentó en el desconocimiento del precedente constitucional, contenido en la sentencia C-207 de 2019, cargo que analizó de fondo, por considerar que, para alegar el mismo, no procedía mecanismo alguno de defensa judicial y no correspondía a los cargos de anulación que consagra el ordenamiento jurídico y confirmó lo relacionado con la declaratoria de improcedencia ante la existencia del recurso extraordinario de anulación que se encontraba en trámite y por no concurrir el requisito de relevancia constitucional, este último en torno al cargo por defecto fáctico.

330. Por su parte, la Corte Constitucional – Sala de Selección de Tutelas Número Seis, mediante auto del 30 de noviembre de 2020, decidió no seleccionar la acción de tutela de la referencia, providencia que fue notificada por estado del 15 de diciembre de 2020, con lo cual el fallo de segunda instancia hizo tránsito a cosa juzgada, que, para los efectos de la presente tutela, se predica de las siguientes decisiones:

<sup>65</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-298 del 24.07.2018, posición reiterada en la Sentencia T-272 del 17.06.2019, M.P. Alberto Rojas Ríos



#### 2.4.2.1. Violación directa de la Constitución - desconocimiento del precedente contenido en la sentencia C-207 de 2019

331. En la sentencia que constituye cosa juzgada se consideró que el único defecto que superaba los requisitos de relevancia constitucional y subsidiariedad es el relacionado con la violación directa de la Constitución Política que plantearon los accionantes como desconocimiento del precedente constitucional contenido en la Sentencia C-207 de 2019, en relación con el reconocimiento de obligaciones en favor de los terceros de buena fe y por no tener en cuenta los precedentes constitucionales sobre la forma como debe ser valorada la prueba contable y la buena fe debida a los estados financieros de la concesionaria .

332. Sobre el punto, el *ad quem* constitucional examinó la Ley 1882 del 15 de enero de 2018 -que modificó la 1508 de 2012- y que, en el artículo 20, aplicable inclusive a contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de la última ley citada, se refirió a la obligación de incluir en los contratos celebrados bajo la modalidad de asociaciones público–privadas APP –antes contratos de concesión– una fórmula matemática para determinar el monto de las prestaciones recíprocas, destinada a aplicarse en el evento de terminación anticipada del contrato.

333. Igualmente, estudió la sentencia C-207 del 16 de mayo de 2019, dictada por la Corte Constitucional, cuya *ratio decidendi* fue citada como desconocida por los actores, por medio de la cual se declaró exequible el primer inciso del párrafo primero del artículo 20, decisión que se adoptó en “*el entendido de que los reconocimientos a título de restituciones estarán dirigidos al pago del pasivo externo del proyecto con terceros de buena fe*” (Negrilla fuera de texto). La misma sentencia declaró inexecutable algunos de los incisos del párrafo segundo del artículo 20 de la citada ley<sup>66</sup>.

334. El *ad quem* de la acción de tutela primigenia señaló que, en esa sentencia la Corte Constitucional no se pronunció sobre los incisos que estuvieron por fuera de la demanda de constitucionalidad, por lo que esas disposiciones no pueden ser consideradas como materia de un supuesto precedente. Destacó que los asuntos que a continuación se señalan, no fueron examinados por la Corte:

<sup>66</sup> “**PRIMERO.** - Declarar **EXEQUIBLE**, por los cargos analizados en la presente sentencia, el párrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, salvo: El inciso primero, que se declara **EXEQUIBLE**, en el entendido de que los reconocimientos a título de restituciones estarán dirigidos al pago del pasivo externo del proyecto con terceros de buena fe. Con el remanente, se podrán reconocer restituciones a favor del contratista, o el integrante o socio de la parte contratista, en los casos en que no esté probado que actuó mediante una conducta dolosa en la comisión de un delito o de una infracción administrativa, dando lugar a la nulidad del contrato por objeto o causa ilícitos, o que participó en la celebración del contrato a sabiendas de tal ilicitud. // La expresión “salvo que se trate de aquellos asociados a los contratos de crédito, leasing financiero o a la terminación de los contratos de derivados de cobertura financiera del proyecto” contenida en el numeral 4 del inciso segundo, que se declara **INEXEQUIBLE**. // **SEGUNDO.** - Declarar **INEXEQUIBLES** los incisos segundo, tercero y cuarto de del párrafo 2º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 (la negrilla es del texto).



*“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*

*“(..)*

*“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.*

*“(..).*

335. En ese orden, precisó que los cargos de la demanda de constitucionalidad se refirieron a los reconocimientos mencionados en el primer inciso del párrafo 1º del artículo 20, frente a los efectos jurídicos de la nulidad absoluta del contrato *por objeto o causa ilícita* y la vulneración del Estado de derecho, el derecho de dominio y el principio de legalidad, consagrados en los artículos 1, 4, 34 y 58 de la Constitución Política, trayendo como fundamento de esta aseveración la transcripción de la demanda y de los apartes correspondientes del fallo.

336. Finalmente, se refirió a los documentos contables, con fundamento en la prueba recaudada por la Corte Constitucional, señalando que la contabilidad es una fuente de información para elaborar los flujos, actualizar los valores y realizar un ejercicio financiero en orden a traer a valor presente el impacto estimado de la terminación anticipada del contrato, como una contingencia que, antes de que se materialice, solo permite un cálculo y un eventual registro contable, estimado o aproximado.

337. Precisó que, en Colombia no existe una tarifa probatoria contable y que la contabilidad es plena prueba de los hechos que ella registra bajo determinados requisitos, pero ello no significa que el juez del contrato esté limitado o restringido por esta, toda vez que debe valorar en su conjunto todos los elementos de convicción que obren en el proceso.

338. Advirtió que, tanto la sentencia de constitucionalidad C-207 de 2019 como la Ley 1882 de 2018 presentaron pautas para realizar la liquidación de los reconocimientos, pero en cada caso la prueba de los valores a reconocer dependerá de la estructuración de la contratación, de las transacciones financieras que se hayan realizado entre las partes y con terceros y el análisis de



las fuentes y los usos de “*las cuentas y subcuentas del patrimonio autónomo*” a las que se refirió la Ley 1882 de 2018. Sobre el punto señaló:

*“El Tribunal de Arbitramento se pronunció sobre las restituciones derivadas de la nulidad absoluta del contrato –declarada en este caso por objeto y causa ilícitas- a pagar con los recursos del fideicomiso, y sobre ellos aplicó la prelación de pagos, prevista en la Ley 1882 de 2018, en favor de los terceros de buena fe a los que se refirió la sentencia C- 207 de 2019, en lo cual no se advierte la vulneración del debido proceso sino el cumplimiento de la ley y del deber de administrar justicia de conformidad con esta.*

*Por lo expuesto, no comparte la Sala los conceptos de los apoderados de los accionantes tendientes a considerar la sentencia C-207 de 2019 como un precedente obligatorio o una ratio decidendi para determinar que el juez o los árbitros no pueden establecer los valores de acuerdo con las pruebas allegadas al proceso, que solo el experto o el perito pueden fijarlos o que no pueden tomar ningún dato de los estados financieros cuando se advierte que en ellos se registraron transacciones ilícitas o no asociadas al proyecto<sup>67</sup>.*

339. La *ratio* de la decisión que resolvió las impugnaciones interpuestas en contra del fallo dictado en la primera acción de tutela, como la negativa de la petición de amparo constitucional por violación directa de la Constitución y por ende, del desconocimiento del precedente contenido en la sentencia C-207 de 2019, con el alcance referido, que incluye la valoración de los documentos contables, constituyen cosa juzgada constitucional, de tal manera que sobre los aspectos abordados y decididos de fondo no se realizará pronunciamiento adicional, pues ello vulneraría la intangibilidad de la decisión y el principio de seguridad jurídica, entendiéndose que no es posible reabrir el debate sobre los aspectos resueltos en el fallo de tutela que resolvió en segunda instancia sobre la petición de amparo constitucional.

#### **2.4.2.2. Cosa juzgada por incumplimiento del requisito de relevancia constitucional, en relación con el defecto fáctico por indebida valoración probatoria**

340. En el fallo de segunda instancia de la acción de tutela primigenia se analizó el requisito de procedibilidad, referido a la relevancia constitucional del asunto sometido a consideración de la Sala, punto en torno al cual el *ad que* constitucional concluyó que “*el argumento de vulneración del debido proceso no puede emplearse como mecanismo para corregir la valoración de la ley o de las pruebas a través de la tutela, toda vez que, en tal caso, la acción sería improcedente por falta de relevancia constitucional.*”<sup>68</sup>

<sup>67</sup> En la sentencia se incluyó la siguiente nota: “Sobre esto último también podría explicarse que el artículo 264 del CGP reguló la indivisibilidad de los libros de contabilidad frente a unos determinados supuestos entre las partes y que los estados financieros contienen un ejercicio valorativo que va más allá de las transacciones registradas en los libros de contabilidad. Además, desde el escenario de la tutela, debe resaltarse –siguiendo la reseña que se presentó del trámite arbitral en esta providencia- que en el proceso arbitral la convocante desistió de un dictamen contable y no exhibió sus propios libros de contabilidad al concepto de expertos.”

<sup>68</sup> Lo anterior se sustentó en las sentencias T-354 de 2019 y T-422 de 2018, en virtud de las cuales el requisito de la relevancia constitucional busca evitar que por medio de la acción de tutela contra providencias judiciales se discutan asuntos legales y que se convierta en un recurso judicial adicional.



341. Al respecto, precisó que los argumentos expuestos en las demandas de tutela acumuladas –por varios de los accionantes–, relacionados con la existencia de un defecto fáctico, en relación con el cual se controvirtieron las deducciones o restas realizadas por el Tribunal de Arbitramento sobre los valores determinados en el dictamen de D & P **carecen de relevancia constitucional**, lo cual impide resolver de fondo la acción de tutela, con respecto a estos específicos cargos.

342. Tal consideración, aunada a la existencia de otro mecanismo idóneo de defensa judicial, llevaron al *ad quem* a declarar la improcedencia de la acción, aspecto sobre el cual, en consecuencia, tampoco es posible reabrir el debate, esto sobre los cuestionamientos que se presentan en forma directa contra el Laudo pues al fallador de primera instancia no le es dable desconocer lo resuelto por el superior en sentencia que hizo tránsito a cosa juzgada en sentidos material y formal.

343. Tal conclusión se adecúa plenamente a las exigencias expuestas por la Corte Constitucional a la hora de abordar el análisis de la relevancia constitucional cuando se trata de Laudos Arbitrales, para evitar que se convierta en una instancia adicional y además que se traten los aspectos eminentemente económicos de la controversia que, por demás, resultan contrarios a la autonomía que le confiere el ordenamiento a los árbitros, en virtud de lo dispuesto en los artículos 116 y 228 de la Constitución Política. Sobre este aspecto, se pronunció la Corte en los siguientes términos:

*“En materia de laudos arbitrales, el presupuesto de relevancia constitucional requiere una sólida carga argumentativa, en orden a acreditar que las transgresiones alegadas son constitucionalmente trascendentes y diversas de las causales reguladas para fundar el recurso de anulación. Es decir, que debe demostrarse de manera inequívoca la vulneración ius fundamental, que haga inminente la intervención del juez constitucional contra el ejercicio arbitrario de la función jurisdiccional.*

*Sobre este aspecto, la Corte ha sido enfática en cuanto a que por tratarse de laudos arbitrales que están sometidos al principio de voluntariedad de las partes, esta regla de procedencia, es incluso más rigurosa que la dispuesta en materia de tutela contra providencias judiciales. Exige demostrar el quebrantamiento del debido proceso constitucional en su dimensión in procedendo, y no razonamientos, -como en este caso-, que recaen sobre aspectos meramente legales y contractuales de la controversia sometida al juicio arbitral in iudicando, los cuales tienen por objeto reabrir el fondo del asunto que ya ha sido decidido por la jurisdicción que las partes libremente escogieron.*

*A esta conclusión se arriba, toda vez que la pretensión de la parte accionante tiene un indiscutible contenido contractual y, por ende, patrimonial, que se evidencia en solicitar en sede de tutela, - que en caso de no acceder a la revocatoria del laudo arbitral-, subsidiariamente se reduzca*



*una suma considerable de la condena impuesta a través del laudo atacado.*<sup>69</sup>

344. El examen, en consecuencia, continúa sobre los argumentos que no están amparados por el principio de intangibilidad ni inescindiblemente ligados a ella, como es la interpretación y el alcance del parágrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 y la posibilidad de que los árbitros acudieran a otros medios de prueba para determinar el monto de las restituciones a que hubiera lugar, como consecuencia obligatoria de la declaratoria de nulidad del contrato por objeto y causa ilícitos.

## **2.5. Problemas jurídicos**

345. De cara al examen de la situación fáctica expuesta por los accionantes, del material probatorio recaudado, de las causales de procedibilidad de la acción de tutela invocadas y de los informes rendidos por las autoridades arbitral y judicial accionadas y por los terceros intervinientes, los problemas jurídicos que subyacen, después de efectuadas las precisiones anteriores, son los siguientes:

346. Si las sociedades accionantes, que tienen la calidad de socios de la Concesionaria RDS. (litisconsortes cuasi necesarios en el proceso arbitral) y las entidades financieras (coadyuvantes de la concesionaria) que ejercen las acciones de tutela que se acumularon bajo el radicado de la referencia, tienen legitimación en la causa por activa, aspecto que se analizará como presupuesto procesal de la acción.

347. Si la decisión del Tribunal de Arbitramento en torno a la prelación de créditos está produciendo efectos jurídicos en la actualidad o si, como consecuencia de la apertura del proceso concursal (liquidación obligatoria), quedó sin efectos, evento en el que se estudiará la procedencia de declarar la carencia actual de objeto, por sustracción de materia, en relación con los cargos que se dirigen contra esa específica decisión.

348. Si concurren en la presente solicitud de protección constitucional los requisitos de procedibilidad adjetiva de la acción de tutela que den paso al estudio de fondo de los derechos fundamentales invocados, desde la perspectiva de los defectos que se atribuyen al Laudo Arbitral cuestionado, a la providencia que resolvió las solicitudes de aclaración y adición o complementación y a la sentencia por medio de la cual se resolvieron los recursos de anulación interpuestos por los intervinientes en el proceso arbitral.

349. En el evento de que la respuesta al anterior interrogante sea afirmativa, se resolverá si el Tribunal de Arbitramento y el Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “A” vulneraron los derechos fundamentales de las sociedades y entidades financieras accionantes, con ocasión del proferimiento de las decisiones

<sup>69</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-833 del 3.05.2018, M.P. Alberto Rojas Ríos



censuradas en esta sede que fueron desfavorables a las mismas, en relación con la cuantía de las sumas de dinero objeto de reconocimiento, a título de restituciones, como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato de Concesión No. 001 de 2010, por objeto y causa ilícitas.

350. Concretamente, se resolverán los subproblemas jurídicos relativos a si las providencias incurrieron en defectos orgánico, procedimental absoluto, material o sustantivo y fáctico.

351. Por razones de orden metodológico, se analizarán los siguientes temas *i)* legitimación en la causa por activa para incoar la presente acción; *ii)* acción de tutela contra providencias judiciales; *iii)* naturaleza jurídica del Laudo Arbitral; *iv)* alcance del recurso de anulación; *v)* carencia actual de objeto, con respecto a la decisión sobre el orden prelación de los créditos de los acreedores de buena fe, establecida en el Laudo; *vi)* estudio de los requisitos de procedibilidad adjetiva en relación con los cargos que permanecen sin resolución; y *vii)* análisis del caso concreto, con fundamento en los argumentos expuestos en las demandas presentadas y en las intervenciones de las autoridades accionadas y los terceros vinculados.

## 2.6. Razones jurídicas de la decisión

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

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

353. Igualmente, el artículo 10 del Decreto Ley 2591 de 1991 establece **que toda persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales** podrá ejercer la acción descrita por sí mismo o por representante, o a través de un agente oficioso cuando el titular de los derechos vulnerados o amenazados no esté en condiciones de promover su propia defensa.

354. Desde el proferimiento, por parte de la Corte Constitucional, de la sentencia T-416 de 1997 se estableció que la legitimación en la causa por activa constituye un presupuesto de la sentencia de fondo, **en la medida en que se analiza la calidad subjetiva** de las partes respecto del interés sustancial que se discute en el proceso de tutela. En la sentencia T-086 de 2010, la Corte reiteró que *“Esta exigencia significa que el derecho para cuya protección se interpone la acción sea un derecho fundamental propio del demandante y no de otra persona”*.



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

356. En la sentencia T-435 de 2016, la Corte estableció las condiciones que deben concurrir para superar este presupuesto procesal, dentro de los cuales hizo especial énfasis en la titularidad de los derechos fundamentales reclamados, lo cual quedó reiterado en la SU-454 de 2016, en la que, adicionalmente, señaló que el estudio de la legitimación en la causa de las partes es un deber de los jueces constitucionales y constituye un presupuesto procesal de la demanda.<sup>70</sup>

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

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

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

*En lo que respecta a la legitimación en la causa por pasiva, referida “a la capacidad legal del destinatario de la acción de tutela para ser demandado, pues está llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental en el evento en que se acredite la misma en el proceso”, la Sala constata que el Tribunal accionado, en ejercicio de la función transitoria de administrar justicia de la que fue investido, es la autoridad que presuntamente vulneró los derechos fundamentales de las Accionantes, además de que, en efecto, fue el emisor de la providencia cuestionada en la Acción de Tutela.”<sup>71</sup>*

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

<sup>70</sup> Sobre el mismo tema, ver sentencia T-511/17 de la Corte Constitucional, con ponencia de la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado.

<sup>71</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-354 de 2019, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.



359. Lo anterior se realizará en relación con los dos grupos de accionantes, dadas las particularidades de cada uno, con el fin de establecer si son titulares de los derechos fundamentales invocados con fundamento en las relaciones sustanciales y procesales que se derivan de los supuestos fácticos acreditados en el proceso y en consideración a los efectos de las decisiones adoptadas en las providencias cuestionadas.

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

361. Ello, sin que, individualmente, estén comprendidas dentro del ámbito de aplicación subjetivo de la cláusula compromisoria, toda vez que la sociedad es un sujeto de derecho diferente e independiente de los socios individualmente considerados<sup>72</sup> y, en esa medida, no son parte del contrato de concesión ni suscribieron el pacto arbitral contenido en la cláusula compromisoria contenida en la Sección 18.02 del contrato, el que únicamente vincula a la concesionaria, como contratista, y a la ANI, como concedente, relación sustancial que, a su vez, les confirió la calidad de convocante y convocada en sede arbitral.

362. Sin embargo, en el trámite del proceso arbitral, después de resuelta la acumulación de los expedientes que correspondían a las dos convocatorias efectuadas en contra de la ANI, por parte de la Concesionaria RDS., en audiencia pública llevada a cabo el 6 de abril de 2017, el Tribunal convocó a las personas jurídicas socias de esta, para que, en su condición de **litisconsortes cuasi necesarios** de la convocante, manifestaran si era de su interés intervenir en el proceso.

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

364. La relación sustantiva y procesal que subyace en el caso concreto en relación con las referidas sociedades se regula por lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley

---

<sup>72</sup> Código de Comercio. “**ARTÍCULO 98.** Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social.  
La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.”



1563 de 2012, que consagra la intervención de otras partes y terceros en el proceso arbitral, precisando: **“Intervención de otras partes y terceros. La intervención en el proceso arbitral del llamado en garantía, del denunciado en el pleito, del interviniente excluyente y demás partes, se someterá a lo previsto en las normas que regulan la materia en el Código de Procedimiento Civil.”**

365. En virtud de la norma de reenvío, corresponde acudir al artículo 62 del Código General del Proceso, que consagra la calidad y facultades de los litisconsortes cuasi necesarios, en los siguientes términos:

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

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

366. Las potestades que la norma procesal en cita le otorgan a los litisconsortes necesarios, calidad que se reitera tuvieron las sociedades accionistas de la Concesionaria RDS. en el trámite arbitral, permiten **concluir** que, aun cuando no suscribieron la cláusula compromisoria ni el contrato de concesión, lo cierto es que son titulares de los derechos fundamentales al debido proceso, de acceso a la administración de justicia y a la igualdad que invocan en esta oportunidad.

367. Refuerza lo expuesto, las consideraciones expuestas por el Tribunal de Arbitramento al momento de convocarlas al proceso y es el interés jurídico que les asistía, en la medida en que eventualmente podrían ser consideradas solidariamente responsables de las obligaciones que el Tribunal de Arbitramento llegara a imponer o resultar favorecidas por el monto de los reconocimientos efectuados, efectos del fallo que, por ende, son vinculantes por la relación sustancial y procesal que subyace entre ellas.

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

369. La relación sustancial que tenían las entidades bancarias, era la de financiadoras del proyecto de construcción del sector II de la Ruta del Sol y, por ende, acreedores calificados como de buena fe, a quienes, en virtud de la providencia se les destinó en el orden de prelación establecido las sumas cuyo reconocimiento se ordenó.



370. El interés jurídico que les asiste para presentar pretensiones propias en sede de tutela se los confiere, igualmente, el contenido del parágrafo primero del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, con la hermenéutica que le dio la Corte Constitucional en la sentencia C-207 de 2019, y que está contenido en la *ratio*, que quedó consignada en los siguientes términos:

*“...dadas las características propias de los contratos de APP y de concesión de obras de infraestructura vial, en que la mayor parte del capital en riesgo pertenece a terceros de buena fe y en particular al ahorro captado del público, las restituciones a que haya lugar en los casos en que se declare la nulidad absoluta de uno de estos contratos se regirán bajo la regla general de la protección de la buena fe, y por lo tanto, deben dirigirse primordialmente a satisfacer el pago de las deudas que el proyecto haya adquirido con terceros de buena fe. A contrario sensu, cuando esté demostrado que el contratista, sus miembros o los terceros aparentes (para lo cual la autoridad competente podrá recurrir al levantamiento del velo corporativo) hayan actuado dolosamente, de mala fe o con conocimiento de la ilicitud que dio lugar a la nulidad absoluta del contrato, ellos no podrán ser objeto de reconocimientos a título de restituciones.”<sup>73</sup>*

371. Adicional a lo anterior, las sociedades y las instituciones financieras interpusieron recurso de anulación contra el Laudo Arbitral, los cuales fueron resueltos por el Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección “A” en la sentencia dictada el 10 de septiembre de 2020 que reconoció la legitimación para interponerlos y decidió de fondo sobre cada una de las causales invocadas, lo cual, en consecuencia, les permite acudir a la presente acción de tutela en garantía de sus derechos.

## **2.6.2. Procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial**

372. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012<sup>74</sup> **unificó** la diversidad de criterios que esta Corporación tenía sobre la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto las distintas Secciones y la misma Sala Plena habían adoptado posturas diversas sobre el tema<sup>75</sup> y declaró su **procedencia**.<sup>76</sup>

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

<sup>73</sup> Corte Constitucional, M.P. Cristina Pardo Schlesinger

<sup>74</sup> Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de Tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germanía Álvarez Bello. M.P.: María Elizabeth García González

<sup>75</sup> El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñado.

<sup>76</sup> Se dijo en la mencionada sentencia **“DECLÁRASE** la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, de conformidad con lo expresado a folios 2 a 50 de esta providencia.”



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

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

### 2.6.3. Naturaleza jurídica del laudo arbitral

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

377. La Corte Constitucional ha reiterado que “*no obstante sus características especiales, atinentes a su naturaleza voluntaria y transitoria, la justicia arbitral constituye en realidad una modalidad constitucionalmente legítima de administración de justicia y, por tanto, más allá de sus diferencias evidentes con la justicia estatal, las providencias que se emitan por aquella están también amparadas, en principio, por la intangibilidad que se deriva de los principios de cosa juzgada, seguridad jurídica y autonomía judicial.*”<sup>77</sup>

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

### 2.6.4. Recurso extraordinario de anulación

379. La Sección Tercera del Consejo de Estado, ha definido las principales características de este recurso<sup>78</sup>, señalando que es de carácter excepcional, restrictivo y extraordinario, sin que constituya una instancia más del proceso arbitral. Tiene como finalidad controvertir la decisión contenida en el laudo arbitral, en principio, por errores *in procedendo*, por lo cual a través de él no puede pretenderse atacar el laudo por cuestiones de mérito o de fondo, esto es, errores *in iudicando*.

<sup>77</sup> Corte Constitucional, T.225 del 23.03.2010. M.P. Mauricio González Cuervo

<sup>78</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias del 4.12.2006, Rad. 32.871; del 26.03.2008, Rad. 34.071; del 13.08.2008, Rad. 34.594; del 25.08.2011, Rad. 38.379, entre otras.



380. En garantía del debido proceso, consagrado en el artículo 29 Constitucional, se ha considerado la posibilidad de revisar la valoración probatoria realizada por el Tribunal de Arbitramento, desde la perspectiva de la causal de anulación del fallo en conciencia, tal como se consideró en el fallo de segunda instancia de la acción de tutela primigenia y como lo ha realizado la Sección Tercera del Consejo de Estado en garantía de la prevalencia del derecho sustancial.<sup>79</sup>

381. En forma igualmente excepcional, el juez de la anulación puede corregir o adicionar el Laudo, pero solo en aquellos eventos en que prospere la causal de anulación contenida en el numeral 8º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, consistente en contener estas disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de éstas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutive o influyan en ella, o la causal de incongruencia, por no haberse decidido la totalidad de los asuntos sometidos al conocimiento de los árbitros o por haberse pronunciado sobre aspectos que no estaban sujetos a la decisión de los mismos, así como por haberse concedido más de lo pedido, de conformidad con la causal de anulación prevista en el numeral 9º de la misma norma, tal y como lo dispone el artículo 43 de la Ley 1563 de 2012.<sup>80</sup>

382. Tal consideración quedó expresamente consignada en la sentencia dictada por la autoridad judicial accionada, censurada en esta sede.

#### **2.6.5. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra Laudos Arbitrales y contra las sentencias que resuelven el recurso de anulación**

383. Desde la sentencia SU-174 de 2007, la Corte Constitucional hizo referencia al carácter excepcional de procedencia de la acción de tutela contra Laudos Arbitrales, señalando que, está dado por un margen de respeto de la decisión autónoma de los árbitros, *“que no ha de ser invadido por el juez de tutela e impide a éste pronunciarse sobre el fondo del asunto sometido a arbitramento”* e implica que haya configurado en la decisión una de las causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial y que se ataquen en forma directa derechos fundamentales.<sup>81</sup>

384. A juicio de la Corte, las exigencias señaladas se derivan de: *“(a) la estabilidad jurídica de los laudos arbitrales, (b) el carácter excepcional y transitorio de la resolución de conflictos mediante el arbitraje, (c) el respeto por la voluntad de las partes de someter la resolución de sus controversias a un particular específicamente habilitado para ello y no a los jueces estatales, y (d) la procedencia taxativa de las vías judiciales para controlar las decisiones proferidas por los árbitros.”*<sup>82</sup> Lo anterior por cuanto las partes en conflicto

<sup>79</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU.566 del 13.10.2016, M.P. María Victoria Calle Correa. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “A”, sentencia del 10.12.2018, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico

<sup>80</sup> La norma en cita establece que Cuando prospere cualquiera de las causales señaladas en los numerales 1 a 7 del artículo 41, se declarará la nulidad del laudo. En los demás casos, este se corregirá o adicionará.

<sup>81</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-055 del 3.02.2014. M.P. Alberto Rojas Ríos

<sup>82</sup> Ob. Cit. Cita No. 75



acordaron voluntariamente someterse a la decisión de particulares investidos transitoriamente de jurisdicción como árbitros.

385. En la sentencia de unificación de jurisprudencia SU-033 de 2018<sup>83</sup>, en la que reiteró las consideraciones expuestas en la SU-500 de 2015<sup>84</sup>, señaló que el carácter especial de la justicia arbitral implica que se deba hacer un examen de procedibilidad -tanto de los requisitos generales, como especiales-, más riguroso que aquel a realizar en las tutelas contra providencia judicial, por tratarse de *“un escenario en el cual se ha expresado la voluntad de las partes de apartarse de la jurisdicción ordinaria y someterse a la decisión que adopte un tribunal de arbitramento”*.<sup>85</sup>

386. En ese mismo fallo, la Corte consideró que si la excepcionalidad y taxatividad de las causales restringe el análisis de los recursos extraordinarios de anulación y de revisión que proceden contra el Laudo a aspectos procesales, con el fin de que en todo momento se respete la voluntad de las partes, quienes han pactado que su controversia sea resuelta por la justicia arbitral, con mayor razón la procedibilidad frente al procedimiento de tutela se hace más restringida todavía, en consideración a que *“cualquier intervención de una jurisdicción exógena resulta, en principio, ajena a la voluntad de las partes y excepcional frente a la obligatoriedad del fallo arbitral”*.<sup>86</sup>

387. Con los lineamientos expuestos, en este caso resulta imperativo examinar en forma separada la procedencia del amparo contra la sentencia que resolvió el recurso de anulación, del que se hará respecto del laudo arbitral, lo anterior por razones de orden metodológico.

## **2.6.6. Improcedencia de atacar el Laudo Arbitral, en relación con la decisión sobre prelación de pagos, por el pronunciamiento efectuado en la sentencia que resolvió los recursos de anulación y por sustracción de materia**

### **2.6.6.1. Argumentos expuestos por las accionantes con relación a la prelación de pagos**

388. Las instituciones financieras accionantes cuestionaron la decisión del Tribunal de Arbitramento que definió un orden de prelación de pagos entre la

<sup>83</sup> Corte Constitucional, M.P. Alberto Rojas Ríos

<sup>84</sup> A su vez reiteró el contenido de la sentencia SU- 174 de 2007 en la que la Corte fue enfática en reafirmar que el carácter excepcional de la acción de tutela contra laudos arbitrales exige tener en cuenta el respeto por: *“(i) La estabilidad jurídica de los laudos arbitrales; (ii) el carácter excepcional y transitorio de la resolución de conflictos mediante el arbitraje; (iii) la voluntad de las partes de someter sus controversias a un particular específicamente habilitado para ello y no a los jueces estatales y (iv) el margen de decisión autónoma de los árbitros, que no debe ser invadido por el juez de tutela y le impide a éste, pronunciarse directamente sobre el fondo del asunto sometido a arbitramento”*.

<sup>85</sup> Sobre este tema, se consideró que la decisión de las partes de marginarse de la justicia ordinaria constituye un elemento esencial que implica procurar al máximo la permanencia de la decisión adoptada por la jurisdicción arbitral, la cual no debe condicionarse a una posterior ratificación o cuestionamiento por parte de la jurisdicción a la cual las partes expresamente renunciaron. En palabras de esta Corporación: *“(…) acudir a la justicia arbitral implica una derogación específica, excepcional y transitoria de la administración de justicia estatal, derivada de la voluntad de las partes en un conflicto transigible”*.

<sup>86</sup> Ob.Cit. cita 62.



concesionaria de los acreedores de la Concesionaria RDS., en torno a la cual consideraron que:

- (i) Carece de motivación;
- (ii) Se trata de una potestad que no está radicada en el Tribunal de Arbitramento, con lo cual se configura un defecto orgánico;
- (iii) Se omitió aplicar lo dispuesto por los artículos 2493 y siguientes del Código Civil y en el parágrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, en lo que concierne a los terceros de buena fe;
- (iv) Ni la Ley 1882 de 2018, ni la sentencia de la Corte Constitucional que declaró su exequibilidad condicionada, prevén que el Tribunal, declarada la nulidad del contrato y definidos los reconocimientos económicos consecuenciales, debe *“indicar la forma en que deben imputarse los pagos que deban realizarse por efecto de los reconocimientos a que de conformidad con la ley resulten”* e *“indicar el orden al cual debe atenderse la entidad oficial para satisfacer la prestación a su cargo”* y
- (v) Se incurrió en defecto sustantivo y, en decisión sin motivación y en incongruencia, al determinar tal prelación.

#### **2.6.6.2. Argumentos expuestos en el Laudo Arbitral**

389. Al revisar las consideraciones expuestas en el Laudo Arbitral se encuentra que, con fundamento en el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 y en la Sentencia C-207 de 2019 dictada por la Corte Constitucional, el panel concluyó que, en aras de la protección de terceros de buena fe, debía indicar la forma en que debían imputarse los pagos por efecto de los reconocimientos a la concesionaria de las obras efectivamente realizadas y que beneficiaban a toda la comunidad. Sobre el punto textualmente, señaló:

*“Para el Tribunal es entonces claro que, de acuerdo con lo expresado por la Corte y en aras de la protección de terceros de buena fe, debe indicar la forma en que deben imputarse los pagos que deban realizarse por efecto de los reconocimientos a que de conformidad con la ley resulten (sic).*

*Como quiera que el Tribunal declaró probadas unas sumas económicas que la ANI debe asumir, procederá a indicar el orden al cual debe atenderse la entidad oficial para satisfacer la prestación a su cargo, así: Con los saldos de la Fiducia disponible a favor de la ANI en las cuentas y subcuentas del patrimonio autónomo creado por virtud del Contrato de Fiducia:*

1. *Obligaciones laborales*
2. *Obligaciones fiscales y/o impuestos*



3. *Obligaciones con proveedores de la Concesionaria Ruta del Sol, con excepción de sus vinculados Económicos y de Consol, según el cuadro anexo.*

4. *Obligaciones financieras, a cada banco, en la proporción que a cada uno le corresponda sobre el total de las acreencias.*

*Dado que los recursos en dichas cuentas no alcanzan para atender las obligaciones financieras, para cubrir el pago de la totalidad de la suma que deba restituirse se deberá dar aplicación a lo dispuesto en el literal (ii) del párrafo 1 del artículo 20 de la ley 1882 de 2018, de acuerdo con el cual: (ii) Si los recursos a los que se refiere el numeral (i) no fueren suficientes, la suma restante deberá ser consignada por la entidad estatal hasta en cinco (5) pagos anuales iguales, cuyo primer pago se efectuará a más tardar 540 días después de la fecha de liquidación. Los pagos diferidos de que trata el presente numeral tendrán reconocimiento de los intereses conforme al reglamento que para tal efecto emita el Gobierno Nacional. Lo anterior, sin perjuicio de que las partes acuerden un plazo de pago menor”.*

390. El Tribunal, en la providencia que negó las solicitudes de aclaración, adición y complementación, sobre este punto, consideró que no eran objeto de tales figuras procesales, por cuanto lo que se advertía era un criterio diferente frente las decisiones que se tomaron, de tal manera que no se trataba de asuntos no resueltos o frases que ofrecieran duda.

#### **2.6.6.3. Ratio de la sentencia que declaró de infundado del recurso, con respecto a este cargo de anulación**

391. Sobre estas alegaciones que, igualmente, constituyeron el sustento jurídico de los recursos de anulación interpuestos en contra del Laudo Arbitral, la Sección Tercera del Consejo de Estado, se pronunció, para establecer que la competencia de los árbitros se circunscribe a lo estipulado en el pacto arbitral, a lo que las partes expresamente aduzcan como pretensiones y excepciones en la demanda arbitral y su contestación, pero también se extiende al ejercicio de todas las potestades y prerrogativas propias de cualquier juez, razón por la cual les corresponde resolver sobre todo aquello que, si bien no fue expresamente pedido por las partes, resulta necesario para decidir la controversia.

392. Transcribió el contenido del párrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, aplicable al caso, a pesar de ser norma posterior a su celebración, en virtud de lo dispuesto en el último inciso del párrafo primero<sup>87</sup> y los principales apartes de las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional en la sentencia C-207 de 2019, advirtiendo que, ni la norma legal en cuestión, ni lo decidido por la Corte Constitucional, precisan la forma como tales reconocimientos debían efectuarse, frente a la presencia de varias clases de acreedores terceros de buena fe, determinados por la naturaleza de los créditos otorgados.

<sup>87</sup> “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”.



393. Sin embargo, concluyó que dicha circunstancia no relevaba al juez de la causa de proferir un fallo que permitiera la aplicación de lo decidido ni resultaba procedente que ordenara unas restituciones a favor de la parte convocante sin determinar la forma como los recursos debían ser destinados al pago de los terceros de buena fe, pues le correspondía *“direccionar las restituciones al cumplimiento de dicha finalidad. Razón por la cual no puede predicarse que el Tribunal hubiera actuado sin competencia.”*

394. Consideró que el Tribunal estaba habilitado para definir la distribución de los recursos de las cuentas del patrimonio autónomo creado para la administración entre los terceros de buena fe. Advirtió que, el hecho de que la Corte Constitucional en el fallo *“haya hecho mención, específicamente, a las entidades financieras involucradas en la financiación de estos proyectos -y sin restar importancia a dicha actividad para su realización-, no significa que se deba entender que la finalidad de la ley era exclusivamente la protección de sus intereses y derechos, y no los de los demás terceros de buena fe, como se reconoció en el Laudo Arbitral impugnado.”*

395. En varios apartes del fallo, precisó que en el Laudo no se resolvió la controversia respecto de las operaciones de crédito entre las entidades financieras y la concesionaria o entre aquellas y la ANI y se aclaró que la participación en el proceso fue a título de coadyuvantes de la concesionaria, por el interés que les asistía en el resultado del proceso.

396. En virtud de las consideraciones expuestas, la primera conclusión a la que se llega es que, al ser un asunto que fue examinado de fondo en la sentencia que decidió los recursos de anulación, las partes<sup>88</sup> no podían dirigir el cuestionamiento en forma directa en contra del Laudo Arbitral, como lo hicieron las instituciones financieras accionantes y, menos aun cuando, algunas de ellas como Bancolombia S.A., afirmaron que no dirigían cuestionamiento alguno contra la sentencia dictada por el Consejo de Estado en sede del recurso de anulación, por no contener esta aspectos violatorios de sus derechos fundamentales, lo que conlleva a que se deba negar la petición de amparo por esta razón como se precisará más adelante en relación con cada accionante.

397. No obstante ello, reiteraron que el Laudo incurrió en los defectos referenciados, desconociendo lo que sobre esta particular decisión fue avalada en la sentencia que resolvió los recursos.

#### **2.6.6.4. Procedimiento concursal y autoridad competente para determinar el orden de prelación de pagos**

---

<sup>88</sup> Esta conclusión es vinculante únicamente respecto de Bancolombia S.A., la Constructora Norberto Odebrecht S.A. Sucursal Colombia y Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S. y los bancos de Bogotá S.A., Popular S.A., Occidente S.A. S.A. y A.V. Villas S.A., por cuanto son los accionantes que con sus demandas sólo cuestionaron el Laudo Arbitral.



398. Con posterioridad a la ejecutoria del Laudo Arbitral, la Superintendencia de Transporte declaró la disolución de la Concesionaria RDS. y la convocó al trámite del proceso liquidatorio ante la Superintendencia de Sociedades, la cual, a través de la Delegatura de Procedimiento de Insolvencia dictó el Auto No. 2020-01-0009673 del 16 de enero de 2020, por medio del cual decretó la apertura del proceso concursal judicial de los bienes de la sociedad Concesionaria RDS., con fundamento en lo establecido por la Ley 1116 de 2006<sup>89</sup>, y designó como liquidador al abogado Darío Laguado Monsalve.

399. Como consecuencia de la apertura del proceso de insolvencia, el término para que los acreedores se hicieran parte venció el 7 de mayo de 2020, oportunidad en la que se rechazaron las solicitudes de reconocimiento de las acreencias de los accionistas, por la calificación de mala fe, previamente realizada en el Laudo Arbitral y se admitieron las peticiones presentadas por las entidades financieras en su condición de acreedores de buena fe, aceptándose la incorporación de las garantías mobiliarias que allegaron en relación con los créditos a su favor.

400. Ello conllevó a que la decisión de prelación de pagos que se realizó en el pacto perdió eficacia, por haberse dictado en la etapa preconcursal, y porque, en virtud de lo dispuesto por el numeral 7º del artículo 5º de la Ley 1116 de 2006, corresponde al juez del concurso, en este caso a la Superintendencia de Sociedades, reconocer y **graduar** las acreencias, *“de conformidad con lo establecido sobre prelación de créditos en el Título XL del Libro Cuarto del Código Civil y demás normas legales que lo modifiquen o adicionen, y resolver las objeciones presentadas, cuando haya lugar a ello.”*

401. La graduación de los créditos, actuación encaminada a determinar el orden en el que se deben pagar las obligaciones adquiridas con ocasión de la ejecución del contrato de concesión, se realiza con fundamento en el proyecto que el deudor le presenta al promotor sobre *“calificación y graduación de créditos y derechos de voto”*, según lo dispuesto en el artículo 24 del ordenamiento citado. El inciso 2º del 25, por su parte, precisa que *“Los créditos litigiosos y las acreencias condicionales, quedarán sujetos a los términos previstos en el acuerdo, en condiciones iguales a los de su misma clase y prelación legal, así como a las resultas correspondientes al cumplimiento de la condición o de la sentencia o laudo respectivo. En el entretanto, el deudor constituirá una provisión contable para atender su pago.”*

402. Resulta, en consecuencia, evidente que el orden de prelación de créditos contenido en el Laudo Arbitral, cuya decisión es materia de censura, perdió efectos frente a la iniciación del proceso de insolvencia empresarial (liquidación judicial obligatoria) y corresponde al juez del concurso, disponer el orden en el que se debe proceder al pago, por lo que ningún pronunciamiento puede realizar el juez constitucional en sede de tutela, por existir carencia actual de objeto por

<sup>89</sup> *“Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones.”*



sustracción de materia (el orden de prelación que fijó el Tribunal quedó sin efectos jurídicos con el auto de apertura del concurso) y además, porque no le es dable invadir el ámbito de competencia de la Superintendencia de Sociedades y del liquidador.

403. Sobre la sustracción de materia, esta Corporación ha considerado que se debe aplicar en aquellos casos en los que se evidencia la desaparición de los supuestos, hechos o normas que sustentan una acción que impiden al juez pronunciarse, porque cualquier decisión resultaría inane, caería en el vacío, circunstancia que indiscutiblemente se adecúa a lo que ocurrió en el *sub examine*.<sup>90</sup>

## **2.6.7. Análisis de los requisitos adjetivos de procedibilidad**

### **2.6.7.1. Tutela contra tutela**

404. Para esta Sala está acreditado que las solicitudes de amparo no se dirigen a cuestionar decisiones dictadas de una acción de la misma naturaleza, toda vez que las censuras se dirigen contra las providencias proferidas por el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá constituido para dirimir el conflicto suscitado entre la sociedad **Concesionaria RDS. y la ANI** en contra la sentencia que resolvió el recurso extraordinario de anulación.

### **2.6.7.2. Inmediatez**

405. En relación con el requisito de **inmediatez** esta Sección considera que se encuentra superado, toda vez que la primera acción de tutela fue declarada improcedente en relación con los cargos con respecto a los cuales contaban con el mecanismo judicial de defensa consistente en el recurso extraordinario de anulación y el mismo fue interpuesto por todos los aquí accionantes y tan solo fue resuelto mediante sentencia dictada el 10 de septiembre de 2020, en relación con la cual se interpusieron solicitudes de aclaración y adición decididas mediante auto interlocutorio del 20 de noviembre de la misma anualidad, notificado el 18 de enero de 2021, por lo que la sentencia cobró ejecutoria el 21 de enero de la presente anualidad.

406. Por su parte, todas las acciones se ejercieron en los meses de febrero a abril de 2021, plazo que la Sala considera razonable, en tanto no supera el de seis (6) meses, a que se refieren, entre otras, la sentencia del 5 de agosto de 2014, dictada en sede de unificación por la Sala Plena del Consejo de Estado.<sup>91</sup>

<sup>90</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-419 del 29.06.2017, M.P. Diana Fajardo Rivera; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia del 22.03.2018, M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 500012333201700591-01

<sup>91</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Rad.1001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ) En esta sentencia, se precisó que: “...la Sala Plena, como regla general, acoge un plazo de seis meses, contados a partir de la notificación o ejecutoria de la sentencia, según el caso, para determinar si la acción de tutela contra providencias judiciales se ejerce oportunamente. Se ha estimado como aceptable ese plazo,



### 2.6.7.3. Subsidiariedad

#### 2.6.7.3.1. Subsidiariedad en relación con los cargos de incongruencia del Laudo Arbitral

407. Las accionantes de la presente tutela argumentaron que existía incongruencia entre la parte motiva y la resolutive del fallo y, adicionalmente, contradicciones en la argumentación expuesta en el Laudo Arbitral.

408. Concretamente, los Bancos A.V. Villas, Popular, Occidente y Bogotá, sustentaron este cargo en que: (i) en la parte motiva del Laudo el panel indicó que daría aplicación al artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 y a la sentencia de constitucionalidad C-207 de 2019 dictada por la Corte Constitucional, en el sentido de que los reconocimientos debían ser validados por la interventoría y ello no se reflejó en la resolutive; (ii) anunció que no se pronunciaría sobre las relaciones de los litisconsortes con la concesionaria, por exceder su competencia, pero graduó las acreencias y estableció la prelación de pagos<sup>92</sup>; (iii) indicó que fijaría las sumas a reconocer con fundamento en el dictamen de D & P. y en la resolutive fijó cifras que no corresponden con los cálculos efectuados en el dictamen; y (iv) señaló que, como los recursos de las cuentas no alcanzan para atender las obligaciones financieras, para cubrir el pago se debía acudir al parágrafo del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, pero omitió tomar previsiones para que la ANI atienda el pago de todas las obligaciones financieras y, contrario a ello, le prohibió a esa entidad desembolsos que excedan la suma de \$24.217.280.235.28.

409. La Sala destaca que, tanto la incongruencia interna como la externa, son argumentos que pueden ser alegados a través de recurso extraordinario de revisión que procede contra el Laudo Arbitral, en los términos del artículo 45 de la Ley 1563 de 2012, que establece que *“Tanto el laudo como la sentencia que resuelva sobre su anulación, son susceptibles del recurso extraordinario de revisión por las causales y mediante el trámite señalado en el Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, quien tuvo oportunidad de interponer el recurso de anulación no podrá alegar indebida representación o falta de notificación. Cuando prospere el recurso de revisión, la autoridad judicial dictará la sentencia que en derecho corresponda.”*

410. Cabe resaltar que la incongruencia constituye causal de nulidad originada en la sentencia, por lo que, contrario a lo aseverado por la parte actora, resultaba procedente alegar la causal 8ª. del artículo 355 del Código General del Proceso<sup>93</sup>, norma de remisión contenida en la ley de arbitramento –que corresponde al

---

*teniendo en cuenta la naturaleza del acto jurisdiccional, los plazos previstos en la ley para la interposición de los recursos ordinarios y extraordinarios contra las mismas, el derecho a la tutela judicial efectiva y la necesidad de que las situaciones jurídicas resueltas logren certeza y estabilidad”.*

<sup>92</sup> Sobre la graduación de las acreencias se había pronunciado la Sala en punto de la ineficacia de la decisión ante la iniciación del concurso.

<sup>93</sup> Norma que prevalece sobre el procedimiento establecido en la Ley 1437 de 2011, por la remisión expresa que hace la Ley 1563 de 2012 en materia de arbitramento.



numeral 5º del artículo 250 de la Ley 1437 de 2011–, y que ha sido ampliamente desarrollada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, que ha concluido que la providencia *“debe ser objeto de revisión cuando falta al principio de congruencia, es decir, cuando aquella carece de la coherencia externa y/o interna, razón suficiente para calificar de inválida la decisión, porque el fallador excede su competencia, la que se repite está determinada por los cargos y pretensiones de la demanda, lo cual ratifica que constituye un elemento de validez de la misma.”*<sup>94</sup>

411. En efecto, el mecanismo judicial idóneo para alegar la incongruencia en que –a juicio de los accionantes– incurrió el Laudo Arbitral no se ha ejercido y, en consideración a que el mismo se rige por las reglas del Código General del Proceso, la Sala advierte que las partes aún cuentan con la posibilidad de hacerlo, al tenor de lo dispuesto por el artículo 356 del referido ordenamiento adjetivo, que consagra el término de dos (2) años.<sup>95</sup>

412. Lo anterior se determina por cuanto, únicamente es posible entender superado el requisito de subsidiariedad cuando (i) se han agotado los recursos previstos por el ordenamiento jurídico para controlar los Laudos y, a pesar de ello, persiste el defecto específico en el que se considera incurso la providencia, por el cual se configura la vulneración de un derecho fundamental; y (ii) respecto de aquellas materias en relación con las cuales no existe mecanismo idóneo de defensa judicial.

413. La Sala concluye que, en relación con el cargo que se refiere a la incongruencia del Laudo Arbitral no concurre el requisito de subsidiariedad que permita el estudio de fondo, por lo que se declarará la improcedencia de la acción, máxime cuando no se alegó ni se advierte la existencia de un perjuicio irremediable que permita estudiar la viabilidad del amparo como mecanismo transitorio.

#### **2.6.7.3.2. Análisis del requisito de subsidiariedad en relación con las demandas que se presentaron contra el Laudo Arbitral – Examen de fondo por no alegarse una causal de improcedencia**

414. La autoridad arbitral accionada, que intervino en este proceso por intermedio de los árbitros Carlos Mauricio González Arévalo y Catalina Hoyos Jiménez, solicitó que se **declarara la improcedencia** de la acción de tutela ejercida directamente contra el Laudo Arbitral, por considerar que ante la identidad de los fundamentos que expusieron los tutelantes como sustento de las causales de anulación, continúa estando ausente el requisito de subsidiariedad, toda vez que allí se realizó un pronunciamiento de fondo en el que se concluyó que las

<sup>94</sup> Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Veintisiete Especial de Revisión, Sentencia del 3.03.2020, M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad, 11001-03-15-000-2019-03970-00(REV)

<sup>95</sup> El recurso podrá interponerse dentro de los dos (2) años siguientes a la ejecutoria de la respectiva sentencia cuando se invoque alguna de las causales consagradas en los numerales 1, 6, 8 y 9 del artículo precedente.



instituciones financieras accionantes pretenden que se les reconozcan unas sumas de dinero sin haber sido parte del contrato de concesión y sin que el Laudo haya hecho tránsito a cosa juzgada, con respecto a las mismas.

415. La Sala precisa que esta circunstancia en realidad no constituye causal de improcedencia de la acción de amparo, por no estar enlistada en los supuestos consagrados por el artículo 6º del Decreto Ley 2591 de 1991 y, adicionalmente, por no alegarse la existencia de un mecanismo idóneo de defensa judicial distinto del que ya ejercieron las partes y sobre el que existió pronunciamiento definitivo, por lo que la decisión no puede ser la declaratoria de improcedencia, como lo solicitan la parte accionada.

416. En efecto, la no configuración de la improcedencia alegada, exige un examen que impone contrastar los cargos de quienes únicamente elevaron censuras contra el Laudo, para comprobar la similitud estos y si fueron resueltos en la sentencia que resolvió los recursos de anulación, evento este último que conllevaría a la inexistencia de vulneración de los derechos, pues el juez ordinario competente habría efectuado un pronunciamiento que los actores comparten, en la medida en que omitieron cuestionarlo.

#### **2.6.7.3.2.1. Cargos presentados por Bancolombia S.A.**

417. La institución financiera afirmó que no tenía reparo alguno con las consideraciones expuestas en la sentencia que resolvió los recursos de anulación pues estos no vulneraban sus derechos fundamentales y que, en consecuencia, predicaba los defectos únicamente del Laudo Arbitral y presentó cargos, de los cuales subyacen a la petición de amparo, los siguientes:

418. El primer cargo, lo denominó *“Defecto sustantivo por indebida aplicación de la expresión “los reconocimientos a que haya lugar [...] serán validados por la interventoría o por un tercero experto”, contenida en el párrafo 1º del artículo 32 de la Ley 1508 de 2012, modificado por el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018”*, que sustentó en que el Tribunal interpretó la norma como una facultad para determinar los reconocimientos, tomando como base un dictamen experto y luego añadirle ajustes *“indiscriminados”*, al punto que desnaturalizó el cálculo experto y adoptó uno propio, con fundamento en la contabilidad y en otros informes periciales a los que les había restado valor probatorio.

419. Advirtió que, con esa interpretación, la autoridad arbitral accionada se abrogó como propia una función que la ley le confirió a un tercero experto y dejó a las partes desprovistas del derecho de contradicción sobre la liquidación realizada en el laudo.

420. Esta alegación guarda relación inescindible con el segundo cargo, que denominó defecto fáctico, por valoración manifiestamente defectuosa del peritaje experto de Duff & Phelps sobre los reconocimientos a favor de la Concesionaria



RDS., que se sustentó en la inconformidad con los “ajustes” realizados al peritaje experto, defecto que igualmente derivó de la interpretación de la fórmula contenida en el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, la cual –a su juicio– no ordena que se deduzcan, porque corresponden a obras construidas para satisfacer el interés público. Al respecto, señaló que: *“la irrazonabilidad con la que calificó la decisión la derivó de haberse incluido “un criterio de deducción nuevo que no obra en la fórmula de la normativa vigente.”*

421. Estos cargos, se reitera, corresponden al mismo supuesto fáctico alegado desde las perspectivas de los defectos sustantivo y fáctico, fueron resueltos de fondo en la sentencia dictada el 10 de septiembre de 2020, en sede del recurso de anulación, en la que el Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “A” calificó como razonable la aplicación del párrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2019 por considerar que el Tribunal lo interpretó en debida forma, y con ello valoró la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica, como se advierte en la siguiente conclusión:

*“...el Tribunal sí aplicó las normas legales que, para los efectos de los reconocimientos derivados de las restituciones ordenadas como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta del Contrato de Concesión 001 de 2010, correspondía aplicar, específicamente el párrafo primero del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, pues para ello, estableció 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, verificando que los reconocimientos que se iban a hacer, cumplieran con los criterios establecidos en la norma: i) que hayan sido ejecutados, total o parcialmente, para contribuir a satisfacer el interés público, ii) estén asociados al desarrollo del objeto del contrato, iii) correspondan máximo a precios o condiciones del mercado al momento de su causación de acuerdo con la modalidad contractual, y iv) 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. Y destinó el monto de las restituciones ordenadas, al cubrimiento de los créditos externos de la Concesionaria, con terceros de buena fe, como lo dispuso la Corte Constitucional en la declaratoria de exequibilidad condicionada de la norma.*

*En cuanto al cargo consistente en que los reconocimientos efectuados en el Laudo Arbitral no fueron validados por un tercero experto, advierte la Sala que, tal y como surge del análisis del fallo cuestionado, en el proceso obraron múltiples pruebas periciales, de las cuales, el Tribunal Arbitral dispuso tener como tercero experto e independiente a Duff & Phelps, y fue a partir de su dictamen que efectuó el estudio y definición de los reconocimientos, para lo cual llevó a cabo el análisis conjunto del acervo probatorio existente.*

*La Sala no comparte el criterio conforme al cual la validación de un tercero experto constituía una tarifa legal de prueba, en el sentido en que lo entienden los recurrentes, es decir que el monto de los reconocimientos a favor de la Concesionaria no podía ser sino el establecido por el perito, sin cuestionamiento alguno por parte del Tribunal de Arbitramento, quien, en tal caso, quedaba atado a lo que dicho experto concluyera al respecto.*



*Ese alcance no se lo dio la norma a la validación que, de los criterios a tener en cuenta, debía efectuar el interventor o un tercero experto, por lo que no desapareció la facultad-deber del juzgador de analizar, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, todas las pruebas allegadas al proceso con el fin de tomar su decisión, tal y como lo dispone el artículo 176 del C.G.<sup>96</sup>, de las cuales, obviamente, hace parte el mismo dictamen del tercero experto designado para la verificación de los distintos criterios que debían concurrir en los reconocimientos a efectuar por parte del Tribunal.*

*Una interpretación diferente vaciaría de contenido la función judicial que le corresponde ejercer al Tribunal de Arbitramento, en cuanto se estaría dejando, en últimas, en manos del auxiliar de la justicia, la decisión sobre los reconocimientos a favor del Concesionario, sin que exista, se reitera, una norma que de manera expresa le otorgue tal valor al dictamen pericial en cuestión.*

*A juicio de la Sala, lo que surge de la norma y que persigue el legislador, es que el juzgador constate, con suficientes elementos de juicio técnicos, económicos, financieros, etc., que los reconocimientos que va a efectuar como resultado de la nulidad absoluta del contrato efectivamente cumplan con los criterios enunciados en la ley, en cuanto son los que justifican la procedencia de tales reconocimientos, y que, para ello, se cuente con el auxilio de expertos que aporten sus conocimientos especializados, en la formación del criterio informado del juez o árbitro. Pero de ninguna manera resulta aceptable ni admisible, el criterio según el cual el juzgador se halla atado, indefectiblemente, a lo que ese auxiliar de la justicia determine en su dictamen.*

*En consecuencia, la Sala no advierte que el Tribunal de Arbitramento haya dejado de lado, en forma ostensible, la aplicación de la norma legal que le correspondía tener en cuenta para la determinación de los reconocimientos, y lo que sí surge en forma clara es la divergencia de criterios sobre la interpretación que de la misma efectúan los recurrentes, en cuanto a la forma como debería darse su aplicación en la resolución del caso concreto, y que no coincide con la efectuada en el Laudo Arbitral; y su profunda inconformidad con el monto de las restituciones que se reconocieron en el Laudo, inferior al calculado en los distintos dictámenes periciales obrantes en el proceso. Circunstancias estas que, de manera alguna, resultan constitutivas de un fallo en conciencia, pues no lo es el que aplica las normas correspondientes dándoles un alcance distinto al que en su propio juicio considera el recurrente que era el adecuado.*

*Como tampoco encuentra la Sala que se haya fallado dejando totalmente de lado las pruebas que debían servir de fundamento a la decisión, puesto que, como ya se dijo, no es acertado considerar que la única prueba válida para definir los reconocimientos procedentes a título de restituciones, era el dictamen pericial del tercero experto. Y, en cambio, sí se constata en el Laudo Arbitral, el estudio completo y conjunto de todo el acervo probatorio obrante en el plenario, que le sirvió de base al Tribunal de Arbitramento para decidir como lo hizo.”*

<sup>96</sup> “Art. 176. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. // El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba”.



422. En consecuencia, no es posible llegar a una conclusión distinta a que, al no haberse atacado la sentencia que resolvió el recurso de anulación, que se pronunció de fondo sobre los cargos y, adicionalmente, referirse estos al defecto fáctico que en sede de la segunda instancia de la tutela primigenia se consideró que carecía del requisito de relevancia constitucional, no subsiste la vulneración del derecho al debido proceso, pues el mismo se garantizó con el agotamiento del recurso que procedía, cuyas conclusiones comparte la entidad.

#### **2.6.7.3.2.2. Constructora Norberto Odebrecht S.A. Sucursal Colombia y Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S**

423. Las sociedades referidas cuestionaron exclusivamente el Laudo Arbitral, por considerar que incurrió en: (i) defecto sustantivo, toda vez que, a su juicio, interpretó en forma manifiestamente irrazonable la expresión “*remuneración*” contenida en el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018; y en (ii) defecto fáctico, por cuanto, al motivar el “*ajuste*” de las inversiones acometidas en la ejecución del contrato de concesión, abandonó el principio de la libre valoración de la prueba pericial y, en su lugar, “*entró en el ámbito de la interpretación caprichosa e irrazonable de los medios de convicción.*”

424. Ante la identidad de estas alegaciones con las resueltas en el acápite que antecede, la Sala considera que no subsiste la vulneración alegada por las mismas razones expuestas.

#### **2.6.7.3.2.3. Los Bancos A.V. Villas S.A., Popular, Occidente y Bogotá**

425. Las instituciones financieras citadas consideraron que el Laudo arbitral se encuentra incurso en los defectos (i) sustantivo o material, por liquidar el contrato de concesión de oficio y en contravía con las normas aplicables; (ii) por motivación insuficiente y contradictoria, con respecto a la liquidación contractual; (iii) violación directa de la Constitución; (iv) fáctico “*por incompleta practica y apreciación de pruebas determinantes para decidir el asunto*”; y (v) orgánico, que, a su juicio, se configuró por cuanto el Tribunal excedió las funciones de las cuales fueron investidos transitoriamente los árbitros para administrar justicia y por haberse extendido a los coadyuvantes los efectos jurídicos del Laudo sin haber citado a las entidades financieras accionantes para que manifestaran si adherían o no al pacto.

426. En consideración a que sobre estos cargos se hicieron pronunciamientos de fondo en la sentencia que resolvió el recurso de anulación, no existe vulneración actual de los derechos fundamentales que permita la intervención del juez constitucional.

#### **2.6.7.3.2.4. Banco Itaú Corpbanca S.A.**



427. Con respecto a esta accionante se analizarán inicialmente los cargos que presentó en contra del Laudo, al considerar que está incurso en defectos: (i) orgánico, derivado de la falta de competencia del panel; (ii) sustantivo; y (iii) procedimental absoluto, por inaplicación del artículo 36 de la Ley 1563 de 2012, toda vez que fue convocada para adherir al pacto y no tuvo la calidad de parte en el proceso y, sin embargo, se resolvió sobre relaciones jurídicas, con efectos de cosa juzgada.

428. Sobre el defecto orgánico que en este caso se sustenta sobre las mismas alegaciones que subyacen al procedimental absoluto, y sobre el defecto sustantivo se deben tener en cuenta las consideraciones de fondo expuestas en la sentencia dictada por la autoridad accionada en sede de anulación. En efecto, la falta de competencia del panel, configura la causal de anulación del laudo al tenor del numeral 2 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, causal que fue alegada en el recurso extraordinario y resuelta de fondo en la sentencia que los resolvió.

429. Se concluye que todos los defectos que dirigen en contra del Laudo fueron debidamente analizados en acápite anteriores de esta providencia y al haber sido resueltos en la sentencia de anulación, no permite abordarlos nuevamente pues se garantizaron los derechos de los accionantes, por lo que se negará la petición de amparo.

430. Por otra parte, la Sala reitera que no concurre el requisito de subsidiariedad, en lo que se refiere al cuestionamiento contra la sentencia del 10 de septiembre de 2020, en lo relativo a los contratos de mutuo, toda vez que, contrario a lo afirmado por la actora, el juez de la anulación no estaba llamado a tener en cuenta la garantía mobiliaria inscrita en el Registro de Garantías Mobiliarias, donde constaba el contrato de crédito contraído entre la concesionaria y el Banco Itaú Corpbanca S.A., pues para ello el banco cuenta con la posibilidad de hacerlo valer ante el juez del concurso que es la Superintendencia de Sociedades y con los mecanismos puestos a su disposición para cobrar acreencias, no siendo el escenario el recurso de anulación ni la presente acción de tutela.

431. Sustenta lo anterior, adicionalmente, el hecho de que los bancos, en el proceso arbitral, calidad que conservaron para el recurso de anulación, señalaron expresamente que coadyuvaban las pretensiones de la concesionaria y dejaron claro que *“no son parte del Contrato de Concesión pues este tiene como tales únicamente a la ANI y a la Concesionaria. Además, mis mandantes, no han suscrito la cláusula arbitral en dicho contrato, ni se han adherido a la misma, de manera que son terceros frente al proceso arbitral y, por esa misma razón, el laudo arbitral que se profiera no hará tránsito a cosa juzgada en lo que a ellos concierne”*.

432. Corroboración la existencia del mecanismo judicial idóneo, para hacer valer los créditos de las entidades financieras, lo decidido en la sentencia de anulación con respecto a este tema, en la cual se aclaró que la intervención de los bancos se hizo como terceros coadyuvantes de la parte convocante Concesionaria RDS., lo



que significa que, si bien fueron sujetos procesales en el juicio arbitral, no ostentaron la calidad de parte y, por lo tanto, el Laudo Arbitral, frente a ellos, sólo tiene efectos de cosa juzgada respecto de las pretensiones del sujeto procesal coadyuvado, en cuanto a la relación sustancial examinada por el Tribunal de arbitramento.<sup>97</sup>

433. En la sentencia se agregó que, la decisión del Tribunal de Arbitramento en lo concerniente a las restituciones derivadas de la declaratoria de nulidad absoluta del Contrato de Concesión 001 de 2010, teniendo en cuenta lo que les corresponde a los terceros de buena fe, no afecta los derechos de estos últimos frente al contrato de crédito y a los títulos valores y garantías correspondientes, ni hace tránsito a cosa juzgada, pues en el Laudo impugnado no se resolvió controversia alguna entre la concesionaria y cada uno de los bancos coadyuvantes o la fiduciaria, sino la existente entre aquella y la ANI. Agregó que;

*“Lo anterior no significa que el Tribunal de Arbitramento haya decidido que los únicos reconocimientos a los que tiene derecho Davivienda S.A., o los otros bancos acreedores de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., sean exclusivamente los resultantes de la aplicación de lo decidido en el Laudo Arbitral impugnado; tan sólo se determinó el monto, así como la distribución de los recursos destinados a las restituciones derivadas de la declaratoria de nulidad absoluta del Contrato de Concesión 001 de 2010, celebrado entre la Agencia Nacional de Infraestructura y su contratista, Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.; y se advirtió que la Agencia Nacional de Infraestructura no podía hacer otros reconocimientos por cuenta de los asuntos sometidos a la controversia arbitral.*

*Es precisamente esta última circunstancia, es decir el hecho de que los bancos pueden ejercer las acciones judiciales que a bien tengan con el fin de hacer exigibles las obligaciones de su deudor, surgidas de los respectivos contratos de crédito, lo que impide afirmar que el Laudo Arbitral haya producido efectos de cosa juzgada respecto de esas relaciones contractuales y, por lo tanto, sostener que debieron ser citados como parte al proceso, en calidad de litisconsortes necesarios, para que manifestaran si adherían o no al pacto arbitral, y que, de esta manera, el mismo les fuera oponible.”*

*Del Laudo Arbitral, para el Banco Davivienda S.A., así como para los demás bancos, no surgió obligación alguna, sólo el derecho a percibir, de las restituciones ordenadas como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta del Contrato de Concesión 001 de 2010, celebrado entre la ANI y la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., unos recursos que, así cubran en parte las acreencias que ellos tengan frente a la Concesionaria, son los que dispuso el Tribunal de Arbitramento, a partir de los montos disponibles para tales restituciones mutuas entre las partes del Contrato de Concesión. Lo que de manera alguna significa que haya resuelto que, las acreencias de tales instituciones financieras, ascendieran o no a los montos obtenidos a partir de la aplicación del fallo arbitral.”*

<sup>97</sup> Sustentó lo anterior en el contenido normativo del artículo 37 de la Ley 1563 de 2012 con la integración normativa del artículo 71 del Código General del Proceso.



434. Sin embargo, como la institución financiera igualmente cuestionó la sentencia del Consejo de Estado que resolvió el recurso extraordinario de anulación, por considerar que incurrió en defecto sustantivo, al haber concluido que no se generaron efectos de cosa juzgada con respecto a los terceros acreedores de buena fe, cuando lo cierto es que ello sí ocurrió, lo que implica que desconoció e inaplicó el artículo **36 de la Ley 1563 de 2012**, en virtud del cual debió haber sido convocada al proceso arbitral para que se pronunciara si adhería o no al pacto arbitral, corresponde a la Sala estudiar este defecto, por encontrar superado el requisito de subsidiariedad objeto de examen bajo el presente acápite, lo cual realizará exclusivamente en relación con la sentencia dictada el 10 de septiembre de 2020, pues -se reitera- con respecto al Laudo no se supera este presupuesto.

#### **2.6.7.3.2.5. Sociedad Estudios y Proyectos del Sol – EPISOL S.A.S.**

435. Esta sociedad presentó cargos en contra del Laudo, todos los cuales fueron resueltos de fondo en la sentencia que decidió los recursos de anulación, por lo que se negará la acción en relación con éstos y se analizarán los que presenta contra la sentencia que resolvió los recursos de anulación que no se encuentran incluidos en los acápites previos.

436. Al respecto, la Sala precisa que si bien la parte actora alegó que la sentencia dictada el 10 de septiembre de 2020 incurrió en defecto sustantivo, fáctico y violación directa de la Constitución, todos ellos tienen el mismo fundamento, consistente en la indebida aplicación del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, en relación con la cual consideró que se equivocó el Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “A”, al concluir que el juez tiene la potestad de valorar todo el material probatorio y tomar su decisión dependiendo de dicha apreciación, con lo cual se convalidó la actuación irregular del Tribunal de Arbitramento.

437. EPISOL consideró, igualmente, que en la sentencia se incurrió en desconocimiento de los precedentes judiciales relacionados con los elementos normativos del párrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, entre los cuales reseñó los que propenden por la satisfacción del interés público con la ejecución de las obras. Sobre este concepto, transcribió apartes de las sentencias del 10 de septiembre de 2020, dictada por el Consejo de Estado, Sección Tercera (Proceso No. 65.136) –que corresponde a la decisión censurada–, con ponencia de la Magistrada María Adriana Marín y la sentencia C-207 de 2019 dictada por la Corte Constitucional, con ponencia de la Magistrada Cristina Pardo Schelesinger.

438. Señaló que, de los precedentes relacionados con el concepto de interés público se debe concluir que toda la actividad contractual pública lleva implícito el cumplimiento de los fines del Estado, lo que comporta, a su vez, que el objeto del contrato esté destinado exclusivamente al logro de estos, como lo establece el artículo 20 de la Ley 1882 de 2020.



#### 2.6.7.3.2.6. Banco Davivienda S.A.

439. El Banco Davivienda presentó igualmente cargos con el Laudo arbitral referidos a la existencia de un defecto sustantivo o material, por considerar indebida la equiparación de la “remuneración” del Concesionario con la “utilidad” reportada por el mismo y, por esa vía, descontar doblemente un mismo concepto del reconocimiento económico que procede por la declaratoria de nulidad absoluta del contrato de concesión.

440. Con los mismos argumentos consideró que incurrió en defecto fáctico por indebida valoración probatoria, por cuanto descontó, del reconocimiento económico que procede ante la declaratoria de nulidad del Contrato de Concesión, sumas que se encontraban en la Subcuenta de Reversión del Proyecto, que jamás fueron recibidas por el Concesionario.

441. Siendo ello así, con el mismo fundamento expuesto con respecto a los demás accionantes, la Sala advierte que con respecto a los cargos presentados contra el Laudo no existe vulneración de los derechos, al haber sido examinados por el juez de la anulación y encontrados no configurados, debiéndose ahondar en el estudio de los que formuló en contra de la sentencia que resolvió los recursos de anulación, esto es, el defecto sustantivo por indebida aplicación del artículo 36 de la Ley 1563 de 2012, en virtud de la cual subyace la alegación de la parte actora en el sentido de que cuando el Laudo haya de generar efectos de cosa juzgada respecto de personas que no suscribieron el pacto se debe ordenar su citación personal para que manifiesten si adhieren o no al mismo.

442. En consideración a que subsisten cargos que se derivan directamente de la sentencia que resolvió los recursos de anulación, superados los anteriores requisitos de procedibilidad la Sala examinará la relevancia constitucional.

#### 2.6.8. Relevancia constitucional

443. En el presente caso, la Sala entiende superado este requisito<sup>98</sup>, en relación

<sup>98</sup> La noción de **relevancia constitucional** se refiere a un método objetivo de procedencia de la acción de tutela que busca excluir, las vulneraciones de derechos fundamentales que sean de carácter meramente legal. Esa especial trascendencia atiende a la importancia que tiene el asunto para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su eficacia y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales. Lo anterior ocurre, de manera ejemplificativa cuando: *i*) se plantea un problema o una faceta del derecho fundamental sobre el cual no haya doctrina constitucional; *ii*) la Alta Corte deba aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de una reflexión interna o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes, para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio de interpretación de los tratados y acuerdos internacionales ratificados por Colombia; *iii*) la vulneración provenga de la ley o de una disposición de carácter general; *iv*) la vulneración se genere de la reiterada jurisprudencia que la Corte Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y, por ende, necesario proclamar otra interpretación conforme con la Constitución Política; *v*) las demás jurisdicciones no cumplan la doctrina constitucional sobre el derecho fundamental; *vi*) existan interpretaciones contradictorias sobre el mismo derecho; *vii*) un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina constitucional o *viii*) cuando el caso plantea una cuestión jurídica elemental de gran repercusión social o económica o tenga consecuencias políticas generales. Dicha postura fue acogida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014, en la que se indicó que para determinar la procedencia de la acción constitucional contra providencia judicial se debían analizar



con los defectos sustantivo y de desconocimiento del precedente, por cuanto al realizar el test de procedibilidad de la acción en relación con los supuestos fácticos de las demandas acumuladas, las pretensiones, se advierte que las accionantes solicitan, entre otros, la garantía del derecho al debido proceso que consideran vulnerado con la sentencia que resolvió los recursos de anulación que interpusieron contra el Laudo Arbitral.

444. En el presente caso se alega la vulneración del derecho al debido proceso, desde la perspectiva constitucional consagrada en el artículo 29 de la Constitución Política, lo que implica que la misma trascienda el ámbito meramente legal. Igualmente, los accionantes que cuestionaron el fallo que resolvió el recurso de anulación alegaron el derecho de acceso a la administración de justicia y el derecho a la igualdad, con fundamento en el artículo 13 de la Carta por lo que consideraron desconocimiento del precedente de cara al concepto de interés público.

445. Así las cosas, se observa que, con excepción del defecto fáctico por los descuentos realizados sobre los valores reconocidos que es un asunto netamente económico y contractual, los dos defectos que subyacen no se refieren a un debate de este exclusivo orden. Como lo ha afirmado la Corte en casos similares, sin revisar el mérito sustancial del cargo, la indebida interpretación de normas jurídicas claramente aplicables al caso y el desconocimiento del precedente deben examinarse de fondo para establecer la razonabilidad de la decisión *“si el derecho que aplican y determina la suerte de la controversia no es válido por ser inconstitucional, pues en ese caso en realidad no se trataría de una decisión en derecho sino desprovista de juridicidad.”*<sup>99</sup>. De ello depende la eficacia del recurso de anulación y el cumplimiento del fin de procurar una tutela judicial efectiva.

446. La conclusión anterior deviene de la consideración de que el asunto es de relevancia constitucional cuando resulta necesario verificar si subsiste la violación o amenaza al derecho fundamental, después de haber agotado el procedimiento judicial establecido por la ley para su protección. Adicionalmente, la relevancia constitucional implica que el asunto de la acción de tutela tiene importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación, para su eficacia y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales y libertades públicas.<sup>100</sup>

---

dichos requisitos. Los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la referida sentencia C-590 de 2005, **incluyendo el relativo a la relevancia constitucional** se fundan en que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales, como lo señala el artículo 86 Constitucional, y, por ende, el amparo frente a decisiones judiciales no puede ser ajeno a esas características. Por su parte, la Corporación Constitucional reiteró lo siguiente: ***“De acuerdo con la jurisprudencia decantada, los requisitos generales son: a. Que la cuestión que se controvierte revista relevancia constitucional: esto quiere decir que le corresponde al juez verificar que en el caso bajo estudio se encuentre de por medio la afectación de derechos fundamentales y no se trate de discusiones propias del proceso ordinario ni tampoco de una instancia adicional que busque reabrir el debate procesal.”*** (Negritillas fuera de texto).

<sup>99</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU. 556 del 18.10.2016, M.P. María Victoria Calle Correa

<sup>100</sup> Ver al respecto: Consejo de Estado, Sección Quinta, M.P. Rocío Araújo Oñate: sentencia del 27.02.2020, Rad. 11001-03-15-000-2020-00004-00; del 20.02.2020, Rad. 11001-03-15-000-2019-05258-00; Sentencia del 20.02.2020, Rad. 11001-03-15-000-2019-05291-00; Sentencia del 13.02. 2020, Rad. 11001-03-15-000-2020-



447. Al encontrarse superados los requisitos de procedibilidad adjetiva, se reitera con respecto a los defectos sustantivo y desconocimiento del precedente, que se predicán directamente que la sentencia del 10 de septiembre de 2020 que resolvió los recursos de anulación, la Sala analizará el fondo del asunto.<sup>101</sup>

## **2.7. Defecto sustantivo por indebida interpretación y aplicación del artículo 36 de la Ley 1563 de 2012 y del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018**

448. La Ley 1563 de 2012 que contiene el Estatuto de Arbitraje, en el capítulo III regula lo relacionado con la “integración del contradictorio, otras partes y terceros”, consagrando en el artículo 36, la primera figura procesal, en los siguientes términos:

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

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

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

*Cuando se trate de integración del contradictorio con quien haya suscrito el pacto arbitral, se ordenará su notificación personal, surtida la cual, el citado tendrá veinte (20) días para pronunciarse, según corresponda a su condición de parte activa o pasiva. Vencido este término, el proceso continuará su trámite.”*

449. Por su parte, el artículo 37, regula lo relacionado con otras partes y terceros, entre los que se encuentran los coadyuvantes, precisando que su comparecencia al proceso arbitral se regirá por lo dispuesto por el Código de Procedimiento Civil, remisión que, en consecuencia, se entiende realizada al Código General del

---

00137-00; Sentencia del 13.02.2020, Rad. 11001-03-15-000-2019-05354-00; Sentencia del 6.02.2020, Rad. 11001-03-15-000-2019-05153-00; Sentencia del 30.02.2020, Rad. 11001-03-15-000-2019-05121-00; Sentencia del 30.01.2020, Rad. 11001-03-15-000-2019-05167-00; Sentencia del 23.01.2020, Rad. 11001-03-15-000-2019-04664-00; Sentencia del 23.01.2020, Rad. 11001-03-15-000-2019-04833-00.

<sup>101</sup> Sobre la relevancia constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse esta Sección en varias sentencias de tutela, de las cuales cabe destacar la sentencia del 5 de diciembre de 2019, M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 11001-03-15-000-2019-04724-00.



Proceso, ante la derogatoria de la normatividad adjetiva a la cual se realiza el reenvío.

450. Como el debate central en los dos procesos arbitrales acumulados se refería al incumplimiento del contrato, al restablecimiento del equilibrio financiero del contrato y a los demás aspectos que claramente regían las relaciones bilaterales entre la Concesionaria RDS y la ANI, derivadas del contrato de concesión celebrado entre estas, el Tribunal de Arbitramento no convocó a ninguna sociedad o entidad financiera como litisconsorte necesario, en tanto no subyacía alguna pretensión sobre la cual tuviera que pronunciarse con carácter de cosa juzgada.

451. No obstante, como consta en los antecedentes de esta decisión, la sociedad Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. EPISOL solicitó ser reconocida como **litisconsorte cuasinecesario de la convocante**, según memorial radicado el 3 de octubre de 2017, haciendo sido admitida inicialmente como coadyuvante, en Auto No. 66 del 7 de noviembre de 2017, modificado por Auto No. 67 del 28 de noviembre de 2017, dictado en la audiencia inicial en la que se aclaró que acudía al proceso en la calidad solicitada, en los términos establecidos en el artículo 62 del Código General del Proceso.

452. Esta modalidad de vinculación se rige, para todos los efectos, por el artículo 62 del Código General del Proceso, según el cual *“Podrán intervenir en un proceso como litisconsortes de una parte y con las mismas facultades de esta, quienes sean titulares de una determinada relación sustancial a la cual se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia, y que por ello estaban legitimados para demandar o ser demandados en el proceso. Podrán solicitar pruebas si intervienen antes de ser decretadas las pedidas por las partes; si concurren después, tomarán el proceso en el estado en que se encuentre en el momento de su intervención.”*

453. Por su parte, con memorial presentado el 24 de mayo de 2018, los establecimientos bancarios Bancolombia S.A., Banco Davivienda S.A., Banco de Bogotá S.A., Banco de Occidente S.A., Banco Popular S.A., Banco AV Villas S.A. e Itaú Corpbanca Colombia S.A. (antes Helm Bank S.A.), actuando por intermedio de un apoderado común, solicitaron ser admitidos al proceso en calidad de terceros coadyuvantes de la convocante Concesionaria RDS. El Tribunal de Arbitramento en auto No. 99 del 31 de mayo de 2018 (Acta No. 83) admitió a los bancos como coadyuvantes de la convocada.

454. Esta figura se rige por lo dispuesto por el artículo 71 del Código General del Proceso, se reitera por integración normativa, precepto según el cual quien tenga con una de las partes determinada relación sustancial a la cual no se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia, pero que pueda afectarse si dicha parte es vencida, podrá intervenir en el proceso como coadyuvante de ella, mientras no se haya dictado sentencia de única o de segunda instancia. La norma establece que *“El coadyuvante tomará el proceso en el estado en que se encuentre en el momento de su intervención y podrá efectuar los actos procesales permitidos a la parte que ayuda, en*



*cuanto no estén en oposición con los de esta y no impliquen disposición del derecho en litigio.”*

455. Los bancos alegaron de conclusión, solicitando que las sumas de dinero que se le reconocieran a la concesionaria y que se encontraban en las cuentas y subcuentas del patrimonio autónomo, creado en virtud del contrato de fiducia, se les pagaran y en el evento de no alcanzar para satisfacer las obligaciones lo hiciera la ANI aplicando para ello la fórmula contenida en el numeral (ii) del inciso 3 del párrafo del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018.

456. Finalmente, al dictarse el Laudo Arbitral y haberse declarado en el mismo la nulidad absoluta del contrato, el panel se vio en la obligación legal de pronunciarse sobre los efectos económicos, a la luz de lo dispuesto en el régimen especial aplicable a los contratos estatales previsto en el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, declarado exequible mediante sentencia C-207 de 2009, precepto que modificó el 32 de la Ley 1508 de 2012.

457. Tal precepto le imponía efectuar el reconocimiento a la concesionaria del valor actualizado de los costos, las inversiones y los gastos ejecutados por el contratista, incluyendo lo intereses, menos la remuneración y pagos recibidos por el contratista en virtud del cumplimiento del objeto contractual. En el inciso segundo se establecieron los criterios que se deben cumplir para la validez de los reconocimientos y se señaló que debían ser validados por **la interventoría o por un tercero experto**.

458. El Párrafo 1° fue declarado exequible por los cargos analizados en la Sentencia C-207 de 2019 proferida por la Corte Constitucional, salvo el inciso primero, que se declaró exequible condicionalmente, en el entendido de que los reconocimientos a título de restituciones deben estar 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.

459. Con fundamento en lo anterior, en el Laudo decidió que los pagos que debía realizar la ANI se destinarían a los terceros de buena fe pero que, como dichas cuentas *“no alcanzan para atender las obligaciones financieras, para cubrir el pago de la totalidad de la suma que deba restituirse se deberá dar aplicación a lo dispuesto en el literal (ii) del párrafo 1 del artículo 20 de la ley 1882 de 2018, de acuerdo con el cual: (ii) Si los recursos a los que se refiere el numeral (i) no fueren suficientes, la suma restante deberá ser consignada por la entidad estatal hasta en cinco (5) pagos anuales iguales, cuyo primer pago se efectuará a más tardar 540 días después de la fecha de liquidación. Los pagos diferidos de que trata el presente numeral tendrán reconocimiento de los*



*intereses conforme al reglamento que para tal efecto emita el Gobierno Nacional. Lo anterior, sin perjuicio de que las partes acuerden un plazo de pago menor”.*<sup>102</sup>

460. En la sentencia que resolvió los recursos de anulación se aclaró que las entidades financieras actuaron en el proceso como coadyuvantes, motivo por el cual no les era aplicable el artículo 36 de la Ley 1563 de 2012 sino el 37 del mismo ordenamiento jurídico y que las decisiones contenidas en el Laudo, si bien podían afectarlas indirectamente, por la cuantía de los reconocimientos económicos efectuados a la concesionaria, cuyos intereses estaban defendiendo en el proceso, lo cierto es que no había producido efectos de cosa juzgada con respecto a ellas.

461. La autoridad judicial accionada precisó que ni los bancos lo solicitaron ni el Tribunal estaba obligado a notificarles para que adhirieran al pacto arbitral, pues la relación jurídica debatida en el proceso correspondía exclusivamente a las partes del contrato y las entidades financieras no tenían tal condición.

462. En la sentencia censurada se aclaró que la decisión contenida en el Laudo no tenía efectos de cosa juzgada con respecto a las entidades financieras porque el Tribunal no se pronunció sobre los contratos de mutuo comercial ni sobre las garantías mobiliarias conferidas por la concesionaria en favor de las entidades financieras y estas podían hacerlas efectivas en procesos independientes.

463. Tales consideraciones no solamente son razonables y carentes de arbitrariedad sino que la Sala advierte que las entidades financieras no solicitaron la terminación del arbitramento no obstante que para la fecha en que se vincularon al proceso ya conocían las reglas que se debían aplicar como consecuencia de la entrada en vigencia de la Ley 1882 de 2018 que fue dictada el **15 de enero de 2018** y entró a regir en la misma fecha, por haber sido promulgada en esta, siendo aplicable al contrato en curso y fue con sustento en ella que los bancos, el **24 de mayo de 2018**, solicitaron ser aceptados como coadyuvantes no como litisconsortes necesarios.

464. Le asiste razón a la autoridad judicial accionada, al afirmar que los contratos de mutuo están vigentes, el Tribunal de Arbitramento no se pronunció sobre ellos y las instituciones financieras están haciendo valer sus garantías en el trámite del concurso de la Concesionaria RDS, tal como, igualmente, se advirtió en el acápite correspondiente de esta providencia, sin que el Laudo sea oponible para derivar del mismo consecuencias en torno a las obligaciones crediticias o las garantías.

465. No es dable, en consecuencia, predicar indebida aplicación del artículo 36 de la Ley 1263 de 2012, por cuanto no era la norma que regulaba la intervención de las entidades financieras ni de EPISOL, ellas se regían por los artículos 71 y 62 del Código General del Proceso, respectivamente, y tales decisiones adoptadas al

<sup>102</sup> Folios 692 y 693 del Laudo Arbitral.



interior del proceso arbitral no fueron controvertidas allí, como tampoco resulta cierto que el Laudo produzca efectos de cosa juzgada frente a las entidades financieras, como se anotó en precedencia, pues si lo fuera sería oponible y el juez del concurso, esto es, la Superintendencia de Sociedades, debía reconocer sus efectos, resultando evidente que no es posible que lo haga.

466. Subyace igualmente el cargo de defecto sustantivo por indebida interpretación inciso 2º del parágrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, por considerar las accionantes que atacaron la sentencia que resolvió los recursos de anulación que se equivocó el Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección “A” al desconocer que los reconocimientos a que haya lugar deben ser *“validados por la interventoría o por un tercero experto”*.

467. Sobre esta alegación, que fue estudiada desde la perspectiva de los cargos de anulación propuestos, la autoridad accionada consideró que el juez tiene la potestad de valorar de acuerdo con las reglas de la sana crítica y sin que exista tarifa legal de pruebas todas las obrantes en el proceso incluidas las conclusiones de la interventoría y los dictámenes rendidos por expertos.

468. Esta conclusión obedece a que los jueces en sus decisiones se deben apoyar en las pruebas que obren en la foliatura, muchas de las cuales son de carácter técnico, como ocurre en el presente caso, en tanto requieren de conocimientos altamente especializados, para lo cual el legislador estableció que los reconocimientos debían estar soportados en las conclusiones de la interventoría o en el dictamen de un perito, sin que la expresión *“validados”* pueda ser interpretada como un simple ejercicio de aceptación de las conclusiones sin permitir a los árbitros un ejercicio de apreciación del valor de la prueba, pues para realizar dicha valoración es para lo que las partes los habilitaron y sometieron a su decisión la controversia contractual.

469. Esta Corporación en reiterados pronunciamientos ha considerado que la prueba pericial constituye una actividad probatoria desarrollada en virtud del encargo judicial, sometida a controversia, realizada por personas especialmente calificadas por sus conocimientos técnicos, artísticos y científicos, cuyas conclusiones tienen como objetivo *“proveer al juez argumentos o razones para la formación de su convicción respecto de ciertos hechos...”*<sup>103</sup>.

470. Cabe destacar que, con respecto a esta prueba que es a la que concretamente se refiere la norma cuya indebida aplicación alegan los actores, el contenido del artículo 232 del Código General del Proceso, aplicable tanto a los Laudos Arbitrales como a la sentencia de anulación, en virtud de la cual *“El juez apreciará el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del*

<sup>103</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29.10.2014, M.P. Hernán Andrade Rincón, Rad. 25000-23-26-000-1998-02614-01(27861)



perito y su comportamiento en la audiencia, y las demás pruebas que obren en el proceso”. Es decir, la apreciación probatoria debe estar basada en criterios objetivos y racionales.

471. La regla expuesta, sin lugar a duda, como lo concluyó el juez de la anulación, debe ser examinada en la esfera del ámbito de autonomía de la que dispone el juez para valorar el dictamen y verificar la lógica de sus fundamentos y resultados, en el entendido de que el perito es un auxiliar de la justicia, pero no una autoridad cuyas conclusiones deban ser avaladas por el juez ni que limiten su ejercicio interpretativo y valorativo. Es el juez quien decide el debate sometido a composición judicial, no el perito.

472. En consecuencia, la hermenéutica que del aparte de la norma referido a la validación de la interventoría o de un tercero experto -perito- consagra la norma no puede entenderse como un desplazamiento de la función de administrar justicia voluntariamente

## **2.8. Desconocimiento del precedente referido a la noción de interés público que se alegó como desconocido**

473. En el presente proceso se consideró que la sentencia dictada el 10 de septiembre de 2020, desconoció el precedente contenido en la sentencia C-207 de 2019 que pretendió salvaguardar el interés público, lo cual quedó expresado en los siguientes términos:

*“Para el caso de los contratos de APP, dado que el modelo de contrato exige la participación del sector financiero a fin de hacer viable el traslado de los costos a una amortización en el tiempo que permitan su recuperación con la explotación de la obra, el Gobierno Nacional, previendo la participación de los beneficios para el interés general, dispuso en el Decreto 1467 de 2012 Por el cual se reglamenta la Ley 1508 de 2012, la participación de fondos de pensiones en los fondos de capital privado que presenten propuestas.*

*(...) Por lo tanto, es claro para esta Corporación que la protección del ahorro, y en especial el ahorro pensional, es una cuestión que, según las normas de la Carta Política, está ligado al **interés público** y exige del Estado las acciones de vigilancia, control y protección destinadas a evitar impactos negativos sobre el bienestar social y los derechos de los asociados.*

*(...) en el régimen de la contratación estatal el artículo 48 de la ley 80 de 1993 establece que la declaración de nulidad no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria, haciendo especial énfasis que en los casos de nulidad por objeto o causa ilícita solo será procedente cuando se pruebe un beneficio para la entidad contratante.*

*(...) Justamente, el sentido de las restituciones mutuas como efecto de la nulidad de un contrato estatal es retribuir los beneficios recibidos por la ejecución del contrato.*

*(...) La jurisprudencia del Consejo de Estado sostiene que el fundamento de la procedencia de dichos reconocimientos tras la declaración de nulidad absoluta*



*por causa u objeto ilícitos en el contrato estatal (condicionado al beneficio de la entidad), tiene como límite la prohibición constitucional del enriquecimiento sin causa y los principios de equidad y buena fe.*

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

***(...) del texto de la disposición resulta suficientemente claro que la intención del legislador es regular la liquidación administrativa que surge de la terminación unilateral del contrato por nulidad absoluta, e igualmente la declaratoria judicial o arbitral del contrato por nulidad absoluta de forma que para estos últimos casos, le corresponde al juez del contrato realizar los reconocimientos por restituciones a que haya lugar teniendo en consideración lo dispuesto en los parágrafos 1 y 2 del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018.*** (Las negrillas son del texto original).

*(...) Así, ante todo, los reconocimientos en un contrato estatal declarado absolutamente nulo por objeto o causa ilícita en que se establezca que el concesionario, o sus socios o integrantes tuvieron conocimiento de la ilicitud que dio lugar a la nulidad del contrato requiere del análisis de diferentes variables que, a la luz del sustento fáctico concreto, deben condicionar las posibles restituciones a que haya lugar. La gravedad de la ilicitud, en particular si se trata de un hecho punible y si el mismo constituye un acto de corrupción, el respeto por el principio de buena fe, así como las relaciones que existan entre la parte contratista y aquellos que intervienen como terceros en el contrato, son cuestiones que deben ser analizadas en cada caso, cuando esté demostrado que el contratista tenía conocimiento de la ilicitud en el momento en que se celebró el contrato de APP.”*

474. La *ratio* de esta sentencia fue aplicada por la Sección Tercera del Consejo de Estado, que después de transcribirla concluyó que el Tribunal de Arbitramento estableció lo concerniente a las restituciones derivadas de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, previo reconocimiento de las obras que efectivamente se realizaron y que se entregaron para satisfacer un interés público, sin que este defecto pueda servir para que la Sala revise si el monto de los reconocimientos teniendo en cuenta precisamente lo que les corresponde a los terceros de buena fe.

475. En la providencia se concluyó igualmente que el monto de los reconocimientos tenía una relación directa con el grado de satisfacción del interés público, lo exigía la norma que establecía las exigencias de los reconocimientos, cosa diferente es que los accionantes no estén conformes con el monto reconocido, lo cual no constituye un desconocimiento del precedente, sino que queda en la esfera del defecto fáctico sobre el cual no se superó el requisito de relevancia constitucional.

476. Por lo expuesto, este cargo no está llamado a prosperar.



## 2.9. Conclusiones

476. En virtud de los razonamientos expuestos, la Sección Quinta del Consejo de Estado concluye:

(i) Que no es posible reconocer la calidad de coadyuvantes a quienes plantearon pretensiones propias, lo cual se predica de la sociedad Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. EPISOL, con respecto a las acciones ejercidas por las instituciones financieras accionantes y del Banco de Bogotá en relación con las pretensiones de Bancolombia S.A., en su lugar, tenerlas como accionantes;

(ii) Se debe declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, alegada por el Ministerio de Transporte, entidad que, en consecuencia, quedará desvinculada de la presente acción de tutela, por no haber sido parte ni en los procesos arbitrales acumulados ni en el que resolvió los recursos de anulación.

(iii) La Sala considera necesario aclarar que Fiduciaria Corficolombiana S.A. está vinculada a la presente acción de tutela únicamente como vocera del Patrimonio Autónomo Fideicomiso Ruta del Sol Sector 2 y no en su condición propia.

(iv) La parte actora de la presente acción de tutela integrada por todas las sociedades e instituciones que tienen la calidad de accionantes no obraron con temeridad con respecto a la primera acción que ejercieron.

(v) Se debe declarar probada la excepción de cosa juzgada constitucional en relación con los cargos que se presentaron en contra del Laudo Arbitral, consistentes en *i)* violación directa de la Constitución por desconocimiento del precedente contenido en la sentencia C-207 de 2019, dictada por la Corte Constitucional, por haber sido resuelto de fondo en la sentencia proferida el 19 de julio de 2020, por el Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “A” en la tutela primigenia; *ii)* defecto fáctico por indebida valoración de las pruebas relacionadas con las deducciones o restas realizadas por el Tribunal de Arbitramento y por la valoración de la contabilidad de la concesionaria RDS., por cuanto en la referida sentencia se concluyó que carecían de relevancia constitucional y tales decisiones son intangibles.

(vi) Corresponde declarar la carencia actual de objeto, por sustracción de materia, en relación con los defectos orgánico, sustantivo, de falta de motivación y procedimental absoluto, sobre la decisión de establecer el orden de prelación de créditos contenida en el Laudo Arbitral dictado el 6 de agosto de 2019.



(vii) La acción de tutela es improcedente para resolver los cargos de incongruencia interna y externa del Laudo Arbitral, por no concurrir el requisito de subsidiariedad, referido a la existencia del recurso extraordinario de revisión.

(viii) Se consideró que no procedía declarar la improcedencia de la acción en relación con los cargos que se formularon contra el Laudo, como lo solicitó la autoridad arbitral accionada, por no estar consagrado este supuesto como causal en el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, advirtiéndose que lo que corresponde en este caso es negar la petición de amparo por no existir vulneración de los derechos de los actores quienes interpusieron recurso de anulación y les fue resuelto de fondo, compartiendo la decisión que allí se plasmó.

(ix) Al superarse los requisitos de procedibilidad adjetiva se estudiaron de fondo los defectos sustantivo y desconocimiento del precedente que se predicaron directamente de la sentencia dictada el 10 de septiembre de 2020 por el Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “A” y no se encontró configurada una anomalía de tal entidad que exija la imperiosa intervención del juez constitucional.<sup>104</sup>

### III. DECISIÓN

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### FALLA:

**PRIMERO: NEGAR** la condición de coadyuvante solicitada por la sociedad Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. EPISOL, con respecto a las acciones ejercidas por las instituciones financieras accionantes y, en su lugar, tenerla como accionante.

**SEGUNDO: NEGAR** la condición de coadyuvante solicitada por el Banco de Bogotá S.A. con respecto a la acción de tutela ejercida por Bancolombia S.A. En su lugar, tenerla como accionante.

**TERCERO: DECLARAR** probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, alegada por el Ministerio de Transporte, entidad que, en consecuencia, queda desvinculada de la presente acción de tutela.

<sup>104</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-573 del 14.09.2017, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo



**CUARTO: ACLARAR** que Fiduciaria Corficolombiana S.A. está vinculada a la presente acción de tutela únicamente como vocera del Patrimonio Autónomo Fideicomiso Ruta del Sol Sector 2 y no en su condición propia.

**QUINTO: DECLARAR** que no existió temeridad en el ejercicio de las acciones de tutela acumuladas que se resuelven en el vocativo de la referencia.

**SEXTO: DECLARAR PROBADA** la excepción de cosa juzgada constitucional en relación con los cargos incoados en contra del Laudo Arbitral, de: *i)* violación directa de la Constitución por desconocimiento del precedente contenido en la sentencia C-207 de 2019, dictada por la Corte Constitucional, por haber sido resuelto de fondo en la sentencia dictada el 19 de julio de 2020 en la tutela primigenia; *ii)* defecto fáctico por indebida valoración de las pruebas relacionadas con las deducciones o restas realizadas por el Tribunal de Arbitramento y por la valoración de la contabilidad de la concesionaria RDS., por cuanto en la referida sentencia se concluyó que carecían de relevancia constitucional y tales decisiones son intangibles.

**SÉPTIMO: DECLARAR LA CARENCIA ACTUAL DE OBJETO** por sustracción de materia en relación con los defectos sustantivo, de falta de motivación y procedimental absoluto, sobre la decisión de prelación de créditos contenida en el Laudo Arbitral dictado el 6 de agosto de 2019, por las consideraciones expuestas en la parte motiva.

**OCTAVO: DECLARAR LA IMPROCEDENCIA** de la acción de tutela en relación con los cargos de incongruencia interna y externa del Laudo Arbitral, por no concurrir el requisito de subsidiariedad ante la viabilidad de exponer estos cargos en ejercicio del recurso extraordinario de revisión.

**NOVENO: NEGAR** la petición de amparo constitucional en relación con todos los defectos que se predicán del Laudo Arbitral y sobre los cargos de defecto orgánico, sustantivo y desconocimiento del precedente que se le imputaron a la sentencia dictada el 10 de septiembre de 2020, por el Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “A”, que resolvió los recursos de anulación, por no haberse acreditado su configuración en el caso concreto y por no resultar procedente la intervención excepcional del juez constitucional contra decisión de Alta Corte.

**DÉCIMO: NOTIFICAR** a las partes e intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto Ley 2591 de 1991.

**DÉCIMO PRIMERO:** Remitir el expediente a la Corte Constitucional, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria del fallo, para su eventual revisión, en los términos del artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**



---

Radicados: 11001-03-15-000-2021-00266-00  
Demandante: Bancolombia S.A. y otros

**ROCÍO ARAÚJO OÑATE**  
Presidente

**LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA**  
Magistrado

**CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**  
Magistrado

Este documento fue firmado electrónicamente. Los interesados pueden consultar la providencia oficial con el número de radicación en <http://relatoria.consejodeestado.gov.co>.8081