



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero Ponente: GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Bogotá D.C., veintiuno (21) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

RADICACIÓN NÚMERO: 11001-03-26-000-2021-00023-00(66513)

CONVOCANTE: UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y OTROS

CONVOCADO: AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA-ANI

REFERENCIA: RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

RECURSO DE ANULACIÓN-No constituye un proceso judicial autónomo al procedimiento arbitral. RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDOS ARBITRALES-No es una segunda instancia. CAUSAL 2 DEL ARTÍCULO 41 DE LA LEY 1563-Caducidad, falta de jurisdicción o de competencia. CAUSAL 2 DEL ARTÍCULO 41 DE LA LEY 1563-Requisito de procedibilidad. OBLIGACIÓN CLARA, EXPRESA Y EXIGIBLE-Concepto. OBLIGACIÓN CLARA, EXPRESA Y EXIGIBLE-Se puede reclamar como incumplimiento por vía ordinaria y no solo mediante proceso ejecutivo. FALTA DE JURISDICCIÓN DE LOS ÁRBITROS-Se configura cuando el tribunal se pronuncia sobre asuntos de aquellos que la Constitución y la ley no autorizan a ser resueltos por esta vía. FALTA DE COMPETENCIA DE LOS ÁRBITROS-El Tribunal Arbitral se pronuncia sobre un asunto que por voluntad de las partes no se encontraba sometido a su decisión. RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL-Las posibles equivocaciones de una decisión arbitral no recurrida no pueden ser estudiadas con ocasión de otro laudo arbitral. NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL-Efectos. LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO-Concepto. RESTITUCIONES MUTUAS-Se reconocen cuando se declara la nulidad absoluta de un contrato o una cláusula.

La Sala decide el recurso de anulación interpuesto por el Ministerio Público en contra del laudo de 25 de septiembre de 2020, que declaró que no hubo acuerdo entre la Agencia Nacional de Infraestructura-ANI y la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca respecto de la liquidación del contrato adicional n°. 13 y sus otrosíes n°. 1, 2, 3 y 4 -declarados nulos por un tribunal de arbitramento-, liquidó el contrato y accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda principal y de la reconvención.

SÍNTESIS DEL CASO

El Ministerio Público interpuso recurso de anulación en contra del laudo proferido por el Tribunal Arbitral constituido para dirimir las diferencias con ocasión de las restituciones mutuas derivadas de la declaración de nulidad absoluta del contrato



adicional n°. 13 y sus otrosíes n°. 1, 2, 3 y 4 celebrados entre la Agencia Nacional de Infraestructura-ANI y la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca, declarados nulos mediante laudo del 25 de noviembre de 2016.

ANTECEDENTES

El 29 de enero de 1999, el Instituto Nacional de vías-Invias (hoy Agencia Nacional de Infraestructura-ANI) y la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca celebraron el contrato de concesión n°. 005 para la ejecución del proyecto vial denominado Malla Vial del Valle del Cauca y Cauca que incluía los estudios y diseños definitivos, las obras de construcción, rehabilitación, mejoramiento, operación, mantenimiento, prestación de servicios y el uso de bienes de propiedad del Invias. Las partes acordaron pacto arbitral en la cláusula n°. 62.8 del contrato en los siguientes términos:

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

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

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

Los árbitros decidirán en derecho.

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

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

Los gastos que ocasione la intervención del Tribunal de Arbitramento serán cubiertos, en principio por la parte que suscite la controversia. Una vez tomada la decisión por el tribunal de Arbitramento, los gastos los asumirá la parte que resulte vencida. Si no es este el caso, lo

s gastos serán distribuidos entre el INVIAS y el Concesionario por partes iguales. Culminado el Arbitramento, las partes harán los reembolsos de gastos por la intervención del Tribunal de Arbitramento, de acuerdo con lo que corresponda según lo previsto en este ordinal.

El 9 de agosto de 2006, el Instituto Nacional de Concesiones-INCO y la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca celebraron el contrato adicional n°. 13 al contrato de concesión n°. 005 de 1999 para la ejecución de los



estudios, diseños, obras de construcción, operación y mantenimiento, prestación de servicios y uso de los bienes de propiedades del contratante en el tramo Mediacanoa-Loboguerrero. Posteriormente, las partes celebraron varios otrosíes al contrato adicional n°. 13 de 2006.

El 28 de noviembre de 2013, la Agencia Nacional de Infraestructura-ANI presentó solicitud de convocatoria para la integración e instalación de un Tribunal de Arbitramento contra las sociedades Sideco Americana SA, Pavimentos Colombia Ltda., Mario Huertas Cotes, Luis Héctor Solarte y Carlos Alberto Solarte miembros de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca, para que se declarara que el contrato de concesión n°. 005 de 1999 fue adicionado mediante el contrato n°. 13 y que existió un desequilibrio económico de este contrato. El 25 de noviembre de 2016, el Tribunal de Arbitramento declaró de oficio la nulidad del contrato adicional n°. 13 de 2006 y de los otrosíes 1, 2, 3 y 4 por violación al numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 y ordenó a las partes dar aplicación a la cláusula 12.9 del contrato de concesión n°. 005 de 1999, para los efectos previstos en los artículos 48 y 60 de la Ley 80 de 1993.

El 10 de septiembre de 2018, la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y sus miembros presentaron **solicitud de convocatoria de Tribunal de Arbitramento y demanda** ante el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bogotá, con el fin de solucionar las diferencias surgidas con la Agencia Nacional de Infraestructura-ANI, en relación con la liquidación del contrato adicional n°. 13 de 2006 y de sus otrosíes declarados nulos. En apoyo de las pretensiones, los convocantes afirmaron que la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca ejecutó el 80% de las actividades objeto del contrato adicional n°. 13 y sus otrosíes, que para el momento en que estos fueron declarados nulos no había recibido suma alguna por concepto de ingresos esperados y que no llegaron a un acuerdo con la Agencia Nacional de Infraestructura-ANI para liquidar el contrato y los otrosíes declarados nulos, pues esta entidad no reconoció el monto total de las inversiones y aportes realizados en ejecución de este contrato y el costo de capital.



El 15 de noviembre de 2018, se celebró la **audiencia de instalación** del Tribunal de Arbitramento y se **admitió** la demanda. La Agencia Nacional de Infraestructura-ANI, en la **contestación a la demanda**, se opuso a las pretensiones al estimar que las actas de liquidación enviadas a la convocante tuvieron en cuenta lo ordenado por el Tribunal de Arbitramento en el laudo del 25 de noviembre de 2016, que la cláusula 12.9 del contrato de concesión n°. 005 de 1999 no incluía el reconocimiento del costo del capital y que en los estados financieros del Fideicomiso 3-4-405 no se evidenciaban las inversiones realizadas en ejecución de las obras, por ello, no procedía el reconocimiento de las sumas reclamadas por la convocante. Agregó que estaba en trámite de notificar la liquidación unilateral cuando fue notificada de la demanda arbitral.

El 8 de febrero de 2019, la Agencia Nacional de Infraestructura-ANI presentó **demanda de reconvención** para que se declarara que el laudo arbitral del 25 de noviembre de 2016 era de obligatorio cumplimiento y que la liquidación del contrato adicional n°. 13 y sus otrosíes debía hacerse de acuerdo con la fórmula establecida en la cláusula 12.9 del contrato de concesión n°. 005 de 1999. Además, solicitó que se declarara que el ingreso del peaje de la estación Loboguerrero era un pago anticipado que debía ser descontado y que al aplicar la fórmula para liquidar el contrato adicional n°. 13 y sus otrosíes se obtenía un saldo a favor de esta entidad. El 22 de febrero de 2019, el Tribunal de Arbitramento **admitió la demanda de reconvención**. La Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca, en la contestación a la demanda de reconvención, se opuso a las pretensiones. Adujo que ejecutó y entregó las obras a la entidad contratante, que el recaudo de peaje de la estación Loboguerrero no corresponde al objeto del contrato declarado nulo o sus otrosíes, que la ANI pretendía desconocer los aportes efectuados por el concesionario y que no había lugar a reconocer valor alguno a esta entidad.

El 2 de agosto de 2019 el Tribunal de Arbitramento se declaró competente para conocer las diferencias entre la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y sus integrantes y la Agencia Nacional de Infraestructura-ANI. La Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, el demandado y el Ministerio Público presentaron **recurso de reposición** contra el auto admisorio de la demanda. El 8



de agosto de 2019, el Tribunal de Arbitramento resolvió los recursos de reposición y confirmó el auto mediante el que se declaró competente.

El 25 de septiembre de 2020, el Tribunal Arbitral dictó el **laudo** que se recurre. Consideró que las pretensiones de la demanda y de la reconvenición son declarativas, que el laudo del 25 de noviembre de 2016 que declaró de oficio la nulidad del contrato adicional n°. 13 de 2006 y de los otrosíes 1, 2, 3 y 4 no contiene una obligación clara, expresa y exigible, por ello, no era posible formular una demanda ejecutiva. Agregó que el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas o restituciones mutuas no fue contemplado en la cláusula compromisoria, pues las partes no podían prever la declaratoria de nulidad del contrato adicional y sus otrosíes, pero habilitaron al tribunal para que liquidara el contrato, es decir para que hiciera un corte de cuentas. Sostuvo que las restituciones mutuas tienen el mismo efecto que una liquidación, por ello, el Tribunal Arbitral es competente. Concluyó que como consecuencia de la nulidad absoluta del contrato adicional n°. 13 y de sus otrosíes n°. 1, 2, 3, y 4 procede el reconocimiento y el pago de las prestaciones ejecutadas hasta que quedó en firme la declaratoria de nulidad, aplicó la fórmula prevista en la cláusula n°. 12.9 del contrato de concesión n°. 005 de 1999 y ordenó la liquidación del contrato, para lo cual tuvo en cuenta las inversiones hechas por el concesionario en ejecución del contrato que fue declarado nulo, por ello, condenó a la ANI a pagar \$806.851.796,508 y negó los costos de capital de cada inversión. El Ministerio Público, en el **recurso de anulación**, propuso la causal del numeral 2º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. Las razones del recurso, oposición y análisis de la causal se harán en la parte considerativa de esta providencia.

CONSIDERACIONES

Competencia

1. El Consejo de Estado es competente para conocer del recurso de anulación, de conformidad con el artículo 149 numeral 7º de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con el inciso 3 del artículo 46 de la Ley 1563 de 2012, porque el laudo arbitral fue proferido para dirimir un conflicto surgido con ocasión del contrato de concesión n°. 005 de 1999, adicionado mediante el contrato n°. 13 de 2006 declarado nulo de



oficio por un Tribunal Arbitral mediante laudo del 25 de noviembre de 2016, en el cual la parte convocada es una entidad pública.

Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si se configura la causal del recurso extraordinario de anulación contra el laudo arbitral, prevista en el numeral 2º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

El recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales

2. El recurso extraordinario de anulación no puede ser utilizado como una segunda instancia en la que se pretenda continuar o replantear el debate sobre el fondo del litigio. La decisión del recurso de anulación no entraña el estudio de los razonamientos realizados por el Tribunal Arbitral en cuanto a la aplicación de la ley sustancial, como tampoco la apertura de la discusión por errores de hecho o derecho en materia de valoración probatoria¹.

Primer cargo: “La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia.” (Numeral 2º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012).

Sustentación

El Ministerio Público esgrimió que el Tribunal Arbitral no tenía jurisdicción para decidir sobre las restituciones mutuas derivadas de la declaración de nulidad del contrato adicional n°. 13 de 2006 y de sus otrosíes n°. 1, 2, 3 y 4, pues corresponde a la ejecución de lo ordenado en el laudo del 25 de noviembre de 2016, es decir, la vía procesal era un proceso de ejecución de obligaciones de hacer para que las restituciones se determinaran en los términos definidos por el laudo arbitral del 25 de noviembre de 2016. Alegó que el Tribunal tampoco tenía competencia, pues la liquidación y las restituciones mutuas derivadas de la declaración de nulidad de un contrato son dos figuras jurídicas distintas y la cláusula compromisoria solo atribuyó

¹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 8 de junio de 2006, Rad. 32.398 [fundamento jurídico 2.2], en Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo A, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, p. 973, disponible en: <https://cutt.ly/OQ9KFJH>.



competencia a los árbitros para resolver las controversias derivadas de la celebración, ejecución y liquidación del contrato.

Oposición

La Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca sostuvo que las partes no objetaron la competencia del Tribunal, sometieron asuntos de contenido económico que no afectan el orden público, que la cláusula compromisoria sólo excluyó de forma expresa la aplicación y los efectos de las cláusulas excepcionales, que la declaratoria de nulidad del contrato está relacionada con su celebración y terminación y que la controversia no estaba relacionada con una obligación de hacer, sino con la determinación de los reconocimientos y pagos de las prestaciones ejecutadas con ocasión de la declaración de nulidad.

María Victoria Solarte Daza-sucesora de Luis Héctor Solarte Solarte, miembro de la Unión Temporal- adujo que, aunque la obligación fuera de dar una suma indeterminada de dinero o de hacer en el sentido de dar aplicación a la fórmula de la cláusula 12.9 del contrato de concesión nº. 005 de 1999, el laudo arbitral no podía considerarse un título ejecutivo, pues no contiene una obligación clara.

La Agencia Nacional de Infraestructura-ANI indicó que el Tribunal Arbitral, en el laudo del 25 de noviembre de 2016, ordenó la liquidación del contrato según lo previsto en la cláusula 12.9 del contrato principal, pero no existía una obligación clara, expresa y exigible.

Análisis de la Sala

3. La causal contenida en el numeral 2º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 hace referencia a la caducidad del medio de control, la falta de jurisdicción o de competencia. Más allá de las discusiones doctrinales sobre la “naturaleza jurídica” del arbitramento, es claro que la jurisdicción y competencia de los árbitros se enmarca en lo establecido en el artículo 116 de la Constitución y en la ley, de forma general, y en la voluntad de las partes, de manera especial. Esta última es el punto



de partida sobre el cual se edifica el arbitramento, conforme al artículo 3 de la Ley 1563 de 2012.

El Tribunal Arbitral carecerá, entonces, de jurisdicción en aquellos eventos en los cuales una de las partes del proceso no haya suscrito el pacto arbitral o cuando el asunto o materia que se somete a la decisión de los árbitros no es de aquellos que autorizan, la Constitución y la ley, que sean resueltos por esta vía. El Tribunal no tendrá competencia cuando se pronuncie sobre algún asunto que por voluntad de las partes no se encontraba sometido a su decisión.

En cuanto a la procedencia de esta causal, el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 dispone que el recurrente deberá hacer valer los motivos de falta de jurisdicción y competencia mediante el recurso de reposición contra el auto en el que Tribunal Arbitral asumió competencia. De no atender dicha carga, no podrá alegarse en tanto que debe entenderse que estuvieron conformes con la constitución del Tribunal Arbitral para dirimir sus conflictos.

4. Con el fin de verificar el agotamiento del requisito de procedencia de la causal, la Sala analizará si el recurrente, al interponer el recurso de reposición contra el auto en el que el Tribunal Arbitral se declaró competente, alegó la falta de jurisdicción por tratarse de pretensiones de naturaleza ejecutiva. También estudiará si alegó la falta de competencia, porque los asuntos relacionados con las restituciones mutuas derivadas de la declaración de nulidad del contrato adicional y sus otrosíes exceden el alcance de la cláusula compromisoria.

En el recurso de reposición contra el auto en el que el Tribunal Arbitral se declaró competente, el Ministerio Público esgrimió que el tribunal carecía de jurisdicción y competencia. Adujo que las controversias estaban relacionadas con la orden incluida en el laudo del 25 de noviembre de 2016, decisión que contiene un título ejecutivo cuya ejecución solo podía ser conocida por la jurisdicción contenciosa administrativa. Alegó que los árbitros tampoco tenían competencia, porque como se declaró la nulidad del contrato adicional nº. 13 y sus otrosíes, lo que procede es ordenar las restituciones mutuas a que se refiere el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, asunto que no se encuentra dentro del alcance de la cláusula compromisoria.



Como el recurrente cumplió con la exigencia de interponer el recurso de reposición contra el auto en el que el Tribunal se declaró competente y los razonamientos, en esencia, son los mismos por los que se solicita la anulación del laudo, la Sala estudiará la procedencia de la causal.

5. La competencia de los árbitros, de forma general, está definida en la Constitución y la ley y, en particular, en el pacto arbitral en virtud del principio de habilitación o voluntariedad que constituye pieza nuclear del sistema arbitral. Con esta perspectiva, el artículo 29 de la Ley 1563 de 2012 dispone que el Tribunal Arbitral es competente para resolver sobre su propia competencia y su decisión prevalece sobre cualquier otra proferida en sentido contrario por un juez ordinario o contencioso administrativo.

Este precepto retoma, pues, el denominado principio *kompetenz-kompetenz*, según el cual los árbitros tienen competencia para decidir su propia competencia, en virtud del pacto arbitral. De modo que, este postulado confiere a los árbitros un cierto margen interpretativo autónomo para definir el alcance de su propia competencia, que parte del supuesto según el cual las partes habilitantes han confiado en la capacidad de los árbitros de adoptar decisiones definitivas en relación con el conflicto que ponen a su consideración.

El artículo 29 de la Ley 1563 de 2012 prevé, también, que lo anterior opera sin perjuicio de lo previsto para el recurso de anulación, de manera que, no obstante, la decisión de los árbitros para definir su competencia, el juez de anulación está facultado para revisar tal determinación para establecer si obró en el marco del pacto arbitral².

6. El recurrente alega la falta de competencia, pues -a su juicio- se pretendía ejecutar las decisiones adoptadas mediante el laudo arbitral de 25 de noviembre de

² Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 13 de abril de 2016, Rad. 54.405 [fundamento jurídico 7], en Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo A, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, p. 977, disponible en: <https://cutt.ly/OQ9KFJH>



2016 y que se verificara el cumplimiento de esa decisión, asuntos que no estaban incluidos en la cláusula compromisoria.

El laudo del 25 de noviembre de 2016 declaró de oficio la nulidad del contrato adicional n°. 13, al contrato de concesión n°. 005 de 1999 celebrado el 9 de agosto de 2006, y de los otrosíes 1, 2, 3 y 4 por violación del numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993. Expuso que como no tenía los elementos cuantitativos precisos para el reconocimiento de las sumas por concepto de las prestaciones ejecutadas, ordenaría que se realizara conforme a lo previsto en la cláusula 12.9 del contrato de concesión 005 de 1999 (f. 441-443, cuaderno principal n°. 1, índice electrónico 2, Samai) y en la parte resolutive del laudo ordenó, para los efectos previstos en los artículos 48 y 60 de la Ley 80 de 1993, dar aplicación a la cláusula 12.9 del contrato de concesión 005 de 1999 (f. 645, índice electrónico 2, Samai).

La demanda pidió, en la pretensión segunda, que se determinara la *“liquidación del contrato adicional n°. 13 al contrato de concesión 005 de 1999”* de conformidad con lo establecido en la Ley 1882 de 2018 y en el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 y en, la pretensión segunda subsidiaria, que se hiciera de acuerdo con lo ordenado por el laudo arbitral de 25 de noviembre de 2016 (f. 2, cuaderno principal n°. 1, demanda arbitral, índice electrónico 2, Samai). La demanda de reconvención pidió, también en la pretensión segunda, que *“se declare la liquidación”* de ese contrato adicional, pero de conformidad con la cláusula 12.9 del contrato principal de concesión y, en la primera subsidiaria, que se aplicara esa decisión arbitral (f. 50, documentos etapa arbitral, cuaderno principal n°. 1, índice electrónico 2, Samai).

En el laudo de 25 de septiembre de 2020, se declaró *“que no hubo acuerdo entre la Agencia Nacional de Infraestructura-ANI y la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca respecto de la liquidación del contrato adicional n°. 13 y sus otrosíes n°. 1, 2, 3 y 4”* -declarados nulos por un tribunal de arbitramento- (numeral primero de la parte resolutive) y procedió a *“declarar que la liquidación”* debía hacerse con fundamento en lo ordenado por el laudo de 25 de noviembre de 2016 (numeral tercero de la parte resolutive, f. 264, laudo arbitral, cuaderno principal n°. 2, índice electrónico 2, Samai).



El objeto del litigio -más allá de la válida discusión planteada por el recurrente sobre la liquidación y las restituciones mutuas- giró en torno a la definición de las prestaciones pendientes, derivadas de la nulidad del contrato adicional que, finalmente, no fueron definidas en el laudo de 25 de noviembre de 2016. Las pretensiones no giraron en torno a la aplicación y cumplimiento de esa decisión, pues la demanda exigió la aplicación de la ley y la de reconvenición una cláusula contractual. Que las partes pidieran la aplicación de los parámetros establecidos en esa decisión, de manera subsidiaria, no significa que el objeto del litigio recayera sobre su ejecución y mucho menos que se verificara su cumplimiento. Lo que se debía determinar, se reitera, eran las prestaciones pendientes entre las partes.

Por ello, no le asiste razón al recurrente, en cuanto a que la pretensión fue la ejecución de una decisión arbitral y la verificación de su cumplimiento. Lo que se pidió fue, en esencia, la definición de las prestaciones con ocasión de la nulidad del contrato adicional, que hasta ese momento no habían sido objeto de decisión arbitral que las concretara.

7. El recurrente sostuvo que lo ordenado en el laudo de 25 de noviembre de 2016, en esencia, correspondía a las restituciones mutuas y que, como no se habilitó al tribunal para adoptar esa decisión en la cláusula compromisoria, el laudo de 25 de septiembre de 2020 se profirió sin competencia. Explicó que, además, por ese motivo, las pretensiones no podían interpretarse en el sentido de exigir la liquidación.

El argumento del recurrente está encaminado a que se realice una valoración o interpretación del primer laudo arbitral -de 25 de noviembre de 2016- pues, a partir del entendimiento que hace de lo allí ordenado, considera que el Tribunal Arbitral, convocado con posterioridad, actuó sin competencia. En varios apartes del recurso, sostuvo que ese laudo incurrió en una equivocación que contraviene la “*dogmática contractual*”, reprochó que hiciera referencia a la liquidación y a las restituciones mutuas cuando “*no pueden ser concurrentes por una cuestión de técnica jurídica*”. A su juicio se trataba “*de un equívoco fácilmente superable*” pues solo podía tratarse, por la nulidad del contrato adicional, de las restituciones mutuas del artículo



48 de la Ley 80 de 1993 y no de la liquidación de que trata el artículo 60 de ese estatuto.

Las equivocaciones que el recurrente endilga a la primera decisión arbitral -de 25 de noviembre de 2016-, más allá de las claras diferencias entre la liquidación y las restituciones mutuas y sus consecuencias jurídicas, escapan a la competencia del juez de anulación del segundo laudo arbitral -de 25 de septiembre de 2020- porque la primera no es la providencia objeto del recurso. Como el cargo del recurrente se fundamenta en una interpretación que hace de un fallo arbitral, que no es objeto del recurso, no es procedente anular el laudo recurrido, por este motivo.

8. El recurrente esgrimió que no había competencia pues el contrato adicional n°. 13 y sus otrosíes desaparecieron de la “vida jurídica” desde la ejecutoria del laudo que los anuló, “*por lo que ningún contrato sería posible de liquidación por una imposibilidad material y jurídica*”. Por ello, estimó que lo único procedente serían las restituciones mutuas que, como no fueron ordenadas al momento de la decisión de anular esos actos jurídicos, no podían ser adoptadas con posterioridad por otro tribunal, pues se agotaba la competencia y no eran parte de la cláusula compromisoria.

8.1. La Sala consideró que el juez contencioso administrativo tenía competencia para declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato, aun cuando el artículo 87 CCA original omitiera decirlo, con fundamento en lo dispuesto en el parágrafo 78 del Decreto Ley 222 de 1983 y los artículos 1740 y 1742 CC³.

El artículo 45 de la Ley 80 de 1993 hizo suyo este criterio jurisprudencial, al atribuir la competencia al juez contencioso para declarar de oficio la nulidad absoluta cuando aparezca de manifiesto en el contrato. En concordancia, el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, que modificó el artículo 87 CCA, y el actual 141 CPACA, facultan al juez para declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato cuando: (i) esté plenamente demostrada y (ii) en el proceso hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes. La Sala Plena de esta Corporación concluyó

³ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 1 de octubre de 1987, Rad. 4883 [fundamento jurídico B], en Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo A, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, p. 505, disponible en: <https://cutt.ly/OQ9KFJH>.



que la facultad del juez de lo contencioso administrativo para declarar de oficio la nulidad absoluta de un contrato estatal, encuentra su límite en dos condiciones: que la nulidad absoluta se encuentre plenamente demostrada y que en el proceso intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.⁴ Probadas ambas circunstancias, el juez del contrato tiene el deber de hacer tal declaración⁵. Además, se ha reconocido ampliamente la potestad de los árbitros, quienes, como jueces habilitados por las partes, cuentan con la facultad para declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato, si se dan los presupuestos referidos⁶.

La declaratoria de nulidad de un contrato o de una de sus cláusulas implica que desaparece, por ello, se retrotraen las cosas al estado en que se hallaban antes de la expedición del acto o contrato anulado⁷. El artículo 1746 CC establece que, por regla general, la declaración judicial de la nulidad tiene fuerza de cosa juzgada y da a las partes el derecho a ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el contrato nulo. Es decir, cada parte tiene el deber de restituir o repetir lo que ha recibido, excepto cuando existe, a sabiendas, un objeto o causa ilícitos (artículo 1525 CC). Por su parte, el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 dispone que habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se pruebe que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio obtenido.

La Sala reitera que el inciso segundo del artículo 48 de la Ley 80 de 1993 establece una regla distinta a la del Código Civil, consistente en que el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas en un contrato nulo por objeto o causa ilícita, sólo tienen lugar cuando se pruebe que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio obtenido. Se trata, pues, de una regla diferente a la prevista en la legislación civil en tanto que condiciona el reconocimiento de las

⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena, 6 de septiembre de 1999, Rad. NS-025 [fundamento jurídico 1], en *Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo A*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, p. 543, disponible en: <https://cutt.ly/OQ9KFJH>.

⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de septiembre de 2011, Rad. 15.476 [fundamento jurídico 4], en *Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo A*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, p. 545, disponible en: <https://cutt.ly/OQ9KFJH>.

⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 3 de agosto de 2006, Rad: 31.354 [fundamento jurídico 3.1.2.2 (a)] y sentencia de 29 de abril de 2019, Rad. 63.053 [fundamento jurídico 5].

⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de marzo de 2011, rad. n.º. 17.072 [fundamento jurídico 4.3.3], en *Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo A*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, p. 268-269, disponible en: <https://cutt.ly/OQ9KFJH>.



prestaciones ejecutadas al beneficio del Estado y solamente hasta el monto del mismo. La especialidad de la norma de la Ley 80 no radica, entonces, en impedir las sanciones que se derivan por violación del orden jurídico a sabiendas y así evitar un enriquecimiento sin causa en contra del contratista. Así, esta disposición se aplicaría únicamente cuando las partes no hubiesen celebrado un contrato con objeto o causa ilícitos a sabiendas⁸.

La nulidad obliga al juez que la declara a reconocer las prestaciones efectivamente cumplidas y lo releva, como es apenas lógico, de determinar si se cumplió o no el contrato, ya que esto supone la validez del negocio jurídico⁹. Aunque el juez no esté obligado a estudiar todas aquellas materias sobre las cuales debería haberse pronunciado de no mediar la nulidad del contrato, como sucede en los eventos de liquidación judicial, sí debe cumplir con lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 y reconocer las prestaciones de las que se benefició la entidad, sin que esto comporte la determinación del cumplimiento del objeto contractual y el estado de ejecución de las obligaciones, asuntos -que se reitera- son propios de la liquidación del contrato, que es en definitiva el corte de cuentas una vez cumplido el objeto contractual. Es evidente, pues, la diferencia entre ambas instituciones.

8.2 Las consecuencias de la nulidad no fueron definidas en el laudo arbitral de 25 de noviembre de 2016, pues simplemente resolvió que las partes lo hicieran mediante acuerdo. Las normas que imponen al juez -institucional o arbitral- definir las restituciones mutuas (arts. 1740 CC y 48 Ley 80 de 1993), no establecen que sólo es posible que las ordene al momento de la decisión que anula el contrato. Por ello, esta facultad no se agotó cuando quedó en firme el primer laudo -de 25 de noviembre de 2016- porque estas restituciones tienen como fundamento lo dispuesto en la ley. Aunque no se incluyeran en la cláusula compromisoria, el Tribunal Arbitral contaba -por ministerio de la ley- con la facultad para resolverlas dado que no fueron definidas al momento en que se anuló el contrato adicional.

⁸ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 25 de noviembre de 2004, rad. n°. 25.560 [fundamento jurídico 8], en *Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo A*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, p. 536-537, disponible en: <https://cutt.ly/OQ9KFJH>.

⁹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 25 de noviembre de 2004, rad. n°. 25.560 [fundamento jurídico 9], en *Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo A*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, p. 536-537, disponible en: <https://cutt.ly/OQ9KFJH>.



Como el Tribunal Arbitral era competente para declarar la nulidad absoluta del contrato y, en consecuencia, debía reconocer las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria, la jurisdicción arbitral es competente para ordenar el reconocimiento y pago de estas prestaciones, aun con posterioridad a que fue declarada la nulidad. Por ello, no se configura la causal de anulación por falta de competencia.

9. El recurrente alegó falta de jurisdicción, dado que el laudo de 25 de noviembre de 2016 constituye título ejecutivo y la vía para exigir su cumplimiento es el proceso ejecutivo. Se reitera que el objeto del litigio no versó sobre la ejecución de esa decisión ni en relación con la verificación de su cumplimiento [num 6].

El numeral 2 del artículo 297 CPACA establece que constituyen título ejecutivo las decisiones en firme proferidas en desarrollo de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, en las que las entidades públicas queden obligadas al pago de sumas de dinero en forma clara, expresa y exigible (art. 422 CGP). La Sala reitera que una obligación es expresa cuando está manifiesta en la misma redacción del título, es clara si está determinada en el título y se entiende en un solo sentido, y es exigible cuando puede demandarse su cumplimiento, porque no está pendiente de un plazo o condición o porque es pura y simple¹⁰.

En el primer laudo -de 25 de noviembre de 2016- el Tribunal Arbitral ordenó a las partes liquidar de mutuo acuerdo las prestaciones pendientes, de acuerdo con la cláusula 12.9 del contrato de concesión n°. 005 de 1999. En la cláusula 12.9 del contrato de concesión n°. 005 de 1999, las partes acordaron que si el contrato terminaba durante la etapa de operación o mantenimiento, de forma anticipada, por causas no imputables a ellas, el Instituto Nacional de Concesiones-INCO, hoy Agencia Nacional de Infraestructura-ANI, pagaría al concesionario el monto resultante de aplicar una fórmula que incluía, entre otros: (i) el aporte de capital hecho por los socios o miembros del concesionario, de acuerdo con los registros contables de fideicomiso principal; (ii) el monto de los dividendos recibidos; (iii) las multas pendientes de pago; (iv) el valor de los bienes no sujetos a reversión y (v)

¹⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 3 de agosto de 2000, Rad. 17.468 [fundamento jurídico b, párrafos 5-7].



las obligaciones pendientes de pago que tuviera la entidad con el concesionario. Según lo indicado en la demanda arbitral y en la de reconvenición, las partes no llegaron a un acuerdo.

La orden emitida en el primer laudo -de 25 de noviembre de 2016- no es clara, porque no permite establecer en cabeza de quién está el crédito y el débito y en la parte resolutive hizo referencia no sólo al artículo 48 de la Ley 80 de 1993, es decir a lo relacionado con las restituciones mutuas derivadas de la nulidad absoluta, sino, también, al artículo 60 de ese estatuto que regula la liquidación del contrato. Tampoco es expresa porque en su contenido no definió las obligaciones de las partes. Ni exigible, dado que se limitó a delegar a las partes la definición de las prestaciones pendientes. Por ello, esa decisión arbitral no constituye un título ejecutivo.

Las pretensiones formuladas en la demanda y en la reconvenición tienen naturaleza declarativa. La Sala reitera que, aunque la vía ejecutiva está prevista para el incumplimiento de una obligación presuntamente clara, expresa y exigible, el demandante puede acudir a la vía ordinaria para que se declare el incumplimiento de la obligación, sin que exista una acción indebida¹¹. No se configura entonces la causal de anulación por falta de jurisdicción.

Costas

10. De conformidad con el artículo 43 de la Ley 1563 de 2012 si el recurso no prospera se condenará en costas al recurrente, salvo que haya sido presentado por el Ministerio Público, por ello, no habrá lugar a condenar en costas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

¹¹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de febrero de 2002, Rad. 13.238 [fundamento jurídico 2, párrafos 31-32], en Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo A, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, p. 883, disponible en: <https://cutt.ly/OQ9KFJH>.



17

Expediente nº. 66.513

Convocante: Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y otros
Niega recurso de anulación

PRIMERO. DECLÁRASE INFUNDADO el recurso de anulación interpuesto por el Ministerio Público contra el laudo arbitral proferido el 25 de septiembre de 2020, convocado para resolver las controversias entre la Agencia Nacional de Infraestructura-ANI y la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca.

SEGUNDO. Sin condena en costas.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Presidente de la Sala

Firmado electrónicamente

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

LMM/PT/Expediente digital

Firmado electrónicamente

NICOLÁS YEPES CORRALES

www.contratacionenlinea.co