REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ARBITRAL
VALORES Y CONTRATOS S.A. VALORCON S.A. EN REORGANIZACIÓN, CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT DE COLOMBIA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN, ODEBRECHT PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS Y CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT −SUCURSAL COLOMBIA− EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL
contra
CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA
–Radicación No. 15742–

LAUDO

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Agotado el trámite legal y estando dentro de la oportunidad para el efecto, procede este Tribunal de Arbitraje a proferir en derecho el laudo que resuelve las diferencias surgidas entre VALORES Y CONTRATOS S.A. VALORCON S.A. EN REORGANIZACIÓN (en adelante también "VALORCON"), CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT DE COLOMBIA S.A.S. hoy liquidada (en adelante también "CNOCol"), ODEBRECHT PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS S.A. (en adelante también "OPI") y CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT −SUCURSAL COLOMBIA− EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL (en adelante también "CNO"), de una parte, y CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA – CORMAGDALENA, de la otra, con intervención de NAVELENA S.A.S., hoy liquidada.

I. ANTECEDENTES

1. Las partes

NAVELENA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, quien fue la única demandante inicial, es una sociedad comercial colombiana, identificada con Nit. 900.763.710-1 y con domicilio en Bogotá. El 28 de octubre de 2021 la Superintendencia de Sociedades decretó la terminación del proceso liquidatario de la sociedad y el 20 de diciembre siguiente la Cámara de Comercio canceló su matrícula mercantil.

Dentro del trámite de liquidación de NAVELENA S.A.S. ante la Superintendencia de Sociedades los derechos relacionados con la demanda que dio origen a este proceso fueron adjudicados a las siguientes sociedades:

CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT DE COLOMBIA S.A.S. hoy liquidada, sociedad comercial colombiana, identificada con Nit. 800.191.876-5 y con domicilio en Bogotá. El 27 de octubre de 2021 la Superintendencia de Sociedades decretó la terminación del proceso de liquidación obligatoria y el

14 de diciembre siguiente la Cámara de Comercio canceló su matrícula mercantil.

CNO S.A., antes CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A., es una sociedad extranjera con sucursal en Colombia, identificada con Nit. 800.155.291-4.

ODEBRECHT PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS S.A., es una sociedad brasilera identificada con CNPJ/MF 07.668.258/0001-00 y con domicilio en Sao Paulo, Estado de Sao Paulo.

VALORES Y CONTRATOS - VALORCON S.A. EN REORGANIZACIÓN, es una sociedad comercial colombiana, identificada con Nit. 800.182.330-8 y con domicilio en Barranquilla.

Por Auto No. 35 del 5 de marzo de 2021 el Tribunal ordenó la vinculación de NAVELENA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, por conducto de su liquidador, como litisconsorte necesario de la parte pasiva respecto de la demanda de reconvención, en razón de las pretensiones de nulidad del contrato y de otros actos contractuales.

La parte convocada y demandante en reconvención es CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA, entidad estatal con autonomía administrativa, presupuestal y financiera, con personería jurídica propia, que funciona como una Empresa Industrial y Comercial del Estado según lo dispuesto en la Ley 161 de 1994 y tiene su domicilio en Bogotá.

A su vez, interviene en este proceso la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, en los términos del artículo 610 del CGP.

2. El origen de las controversias y el pacto arbitral

Las controversias están referidas al Contrato de APP 001 de 2014 suscrito el 13 de septiembre de 2014 entre CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA y NAVELENA S.A.S., Contrato de Asociación Público Privada para el Proyecto de “Recuperación de la Navegabilidad en el Río Magdalena”. A su vez todas las controversias son susceptibles de arbitraje, unas por ser de libre disposición dado su carácter patrimonial o económico, y otras, referidas a la validez de dicho contrato, en virtud de lo contemplado en el artículo 5 de la Ley 1563 de 2012.

Los derechos que en este proceso perseguía NAVELENA S.A. EN LIQUIDACIÓN fueron adjudicados dentro del proceso de liquidación de esta última a NAVELENA CONSORCIO CONSTRUCTOR, ODEBRECHT PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS, CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. SUCURSAL COLOMBIA, CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT DE COLOMBIA S.A.S y VALORES Y CONTRATOS S.A. VALORCON, según auto de fecha 1 de agosto de 2018 proferido por la Superintendencia de Sociedades.

En virtud de la referida adjudicación notificada al Centro de Arbitraje el 5 de diciembre de 2018, el Tribunal tuvo como parte convocante y demandante en el presente proceso (i) a las sociedades CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT DE COLOMBIA S.A.S., hoy en liquidación y VALORES Y CONTRATOS S.A., en calidad de integrantes del consorcio denominado NAVELENA CONSORCIO CONSTRUCTOR, adjudicatario de las acreencias derivadas de la liquidación de NAVELENA S.A.S. y (ii) a las sociedades ODEBRECHT PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS, CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A., hoy CNO S.A., CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT DE COLOMBIA S.A.S., hoy en liquidación y VALORES Y CONTRATOS S.A VALORCON, como adjudicatarias directas de las acreencias derivadas de la mencionada liquidación de NAVELENA S.A.S.

En el Contrato de APP 001 de 2014 las partes acordaron pacto arbitral en la cláusula 44, en los siguientes términos:

CLÁUSULA 44. TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

Sección 44.01 Competencia

(a) *Cualquier divergencia que surja entre las* ***Partes*** *con ocasión de la celebración, ejecución o liquidación de este* ***Contrato*** *será dirimida por un* ***Tribunal de Arbitramento*** *de conformidad con las reglas que adelante se establecen, siempre y cuando no se hubiere iniciado el trámite de su solución a través de los* ***Amigables Componedores****.*

(b) *Toda discrepancia de carácter fundamentalmente jurídico o legal con una cuantía superior a CINCUENTA MIL (50.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMMLV), será puesta en consideración del* ***Tribunal de Arbitramento*** *sin necesidad de que previamente las* ***Partes*** *hayan debido recurrir a los* ***Amigables Componedores.***

(c) *El* ***Tribunal de Arbitramento*** *también tendrá la potestad de definir sobre eventuales nulidades que se generen en cuando a las decisiones adoptadas por los* ***Amigables Componedores****, en cuanto a la extensión de las facultades que los mismos tienen en virtud del presente* ***Contrato****.*

(d) *En caso de haberse iniciado el trámite para la solución de controversias a través de los* ***Amigables Componedores,*** *las* ***Partes*** *podrán de común acuerdo, si así lo consideraren, dar por terminada la* ***Amigable Composición*** *antes de que sea adoptada una decisión, e iniciar el* ***Tribunal de Arbitramento****.*

(e) *La intervención del* ***Tribunal de Arbitramento*** *en ningún caso suspenderá la ejecución del* ***Contrato****.*

Sección 44.02 Reglas de Funcionamiento

(a) *El arbitraje será institucional. Las* ***Partes*** *acuerdan designar para el efecto al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.*

(b) *El tribunal estará compuesto por tres (3) árbitros, escogidos de común acuerdo por las* ***Partes*** *de las listas del Centro de Arbitraje y Conciliación de*

la Cámara de Comercio de Bogotá. En caso de desacuerdo sobre uno, algunos o todos los árbitros dentro de los diez (10) ***Días Hábiles*** *siguientes a la primera audiencia de designación de árbitros, éstos serán designados por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante sorteo de su Lista A.*

(c) *Los árbitros decidirán en derecho y tendrán competencia, incluso, sobre las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de las facultades a que hace referencia el CAPÍTULO 14del presente* ***Contrato.***

(d) *El tribunal se regirá por lo previsto en esta cláusula y por las disposiciones de la Ley 1563 de 2.012, y por las demás normas que la adicionen, modifiquen o reemplacen.*

(e) *Los honorarios de los árbitros serán proporcionales al valor de las pretensiones y, en todo caso, no superarán el valor de DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS ($200.000.000.oo) de Diciembre de 2.012, por árbitro.*

(f) *El valor previsto en la Sección 44.02(e)se encuentran expresado en* ***Pesos*** *constantes de Diciembre de 2.012 por lo que serán indexados conforme a la siguiente fórmula:*

$$HAn = HA0 * \frac{IPCn}{IPC0}$$

Donde: HAn	*Honorarios de los árbitros en el mes n en* ***Pesos*** *corrientes.*
$HA0$	*Honorarios de los árbitros expresados en* ***Pesos*** *de Diciembre de 2.012.*
$IPCn$	***IPC*** *del mes calendario anterior al mes n.*
$IPC0$	***IPC*** *del mes de Diciembre de 2.012.*

(g) *Las* ***Partes*** *podrán de común acuerdo fijar un valor superior al mencionado en la presente Sección para los honorarios de los árbitros a sugerencia del tribunal de arbitramento o del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, teniendo en cuenta la magnitud, complejidad u otras circunstancias del caso.*

(h) *La aplicación y los efectos de las cláusulas de caducidad, terminación unilateral, interpretación unilateral, modificación unilateral y* ***Multas****, no podrán ser sometidas a arbitramento. Por lo tanto, el trámite del arbitramento no impedirá que* ***CORMAGDALENA*** *pueda emitir actos administrativos relacionados con las cláusulas de caducidad, terminación unilateral interpretación unilateral, modificación unilateral y* ***Multas****.*

(i) *Los gastos que ocasione la intervención del* ***Tribunal de Arbitramento*** *serán cubiertos en porciones iguales por las* ***Partes****, de conformidad con las normas aplicables.*

(j) *Las* ***Partes*** *acuerdan que en el evento en que se convoque el* ***Tribunal de Arbitramento****, los efectos de la presente cláusula compromisoria serán*

*extensivos a los integrantes del **ASOCIADO** al momento de la suscripción del **Contrato** así como a sus cesionarios.*

3. El trámite del proceso

1) El 11 de julio de 2018 NAVELENA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN presentó solicitud de convocatoria del Tribunal y demanda contra CORMAGDALENA.

2) El Tribunal fue integrado debidamente a partir de la designación de los árbitros en la forma prevista en el pacto arbitral y de su aceptación oportuna. El Tribunal se instaló legalmente como consta en el Acta No. 1 que recoge lo ocurrido en la audiencia del 12 de agosto de 2019, dentro de la cual los árbitros por Auto No. 2 que se notificó a CORMAGDALENA en la misma fecha y al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado el día 2 de septiembre siguiente, admitieron la demanda. Dicha providencia fue revocada en su numeral 1º, en cuanto reconoció como parte demandante a NAVELENA CONSORCIO CONSTRUCTOR para, en su lugar, tener como como parte convocante y demandante a las sociedades antes referidas, en virtud de la adjudicación de los derechos mencionada y como miembros del referido consorcio.

3) Dentro del término de traslado la parte convocada formuló demanda de reconvención el 15 de octubre de 2019 y el día 7 de noviembre siguiente presentó contestación de la demanda. A su vez, con escrito del mismo 7 de noviembre la convocada llamó en garantía al CONSORCIO MAGDALENA. El Tribunal no hará referencia a este llamamiento en garantía puesto que por Auto No. 38 del 14 de mayo de 2021, confirmado mediante Auto No. 44 del 17 de junio siguiente, proferidos en el curso de la primera audiencia de trámite, el Tribunal declaró que no tenía competencia para el efecto.

4) Por Auto No. 9 del 5 de marzo de 2020 el Tribunal rechazó la demanda de reconvención respecto de las pretensiones principales Primera, Segunda, Tercera y Sexta y respecto de las pretensiones Primeras Subsidiarias identificadas como Primera, Segunda, Tercera, Cuarta, y Séptima. A su vez, inadmitió la demanda respecto de las demás pretensiones. No obstante, por Auto No. 10 del 30 de marzo de 2020 el Tribunal revocó sus decisiones de rechazo.

5) Luego de haber sido subsanada, mediante Auto No. 11 del 21 de abril de 2020, confirmado por Auto No. 13 del 14 de mayo siguiente, el Tribunal admitió la demanda de reconvención.

6) Los convocantes contestaron la demanda de reconvención los días 12 y 16 de junio de 2020. A su vez, el mismo 12 de junio el apoderado de la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO coadyuvó la demanda de reconvención.

7) Por Auto No. 19 del 20 de agosto de 2020 el Tribunal corrió traslado de las objeciones a los juramentos estimatorios formuladas mutuamente por las partes convocante y convocada en las respectivas contestaciones a las demandas, principal y de reconvención. En la misma providencia el Tribunal corrió traslado simultáneo de las contestaciones a las demandas, principal y de reconvención, y al llamamiento en garantía.

8) El Tribunal citó a las partes a audiencia de conciliación para los días 21 y 30 de septiembre de 2020, pero fueron aplazadas, en el primer caso, por solicitud de la convocada y, en el segundo, porque las partes radicaron sendas reformadas de sus demandas.

9) Por Auto No. 23 del 30 de septiembre de 2020, confirmado por Auto No. 24 de la misma fecha, el Tribunal admitió las reformas de las demandas, principal y de reconvención, y dispuso su traslado.

10) El 14 de octubre de 2020 la convocada contestó la reforma de la demanda principal. A través de memorial del 14 de octubre de 2020 la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO se opuso a la reforma de la demanda principal.

11) En la misma fecha, CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT DE COLOMBIA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. −SUCURSAL COLOMBIA− y ODEBRECHT PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS S.A. contestaron la reforma de la demanda de reconvención y lo propio hizo el apoderado de VALORCÓN el 15 de octubre siguiente.

12) Por Auto No. 26 del 22 de octubre de 2020 el Tribunal corrió traslado de las objeciones a los juramentos estimatorios formuladas mutuamente por las partes convocante y convocada en las respectivas contestaciones a las reformas de las demandas, principal y de reconvención, así como de las contestaciones a las referidas reformas de las demandas, principal y de reconvención.

13) La audiencia de conciliación tuvo lugar el 22 de enero de 2021, la cual se dio por concluida y fracasada; y por Auto No. 32 de esa misma fecha el Tribunal señaló las sumas que debían cancelar las partes como costos del proceso, a lo cual procedieron ellas oportunamente.

14) La primera audiencia de trámite se inició el 14 de mayo de 2021, oportunidad en la cual, mediante Auto No. 28, el Tribunal asumió competencia para conocer y decidir las controversias surgidas entre las partes. En la continuación de dicha audiencia el 25 de mayo, el Tribunal aceptó la adición de las consideraciones de la providencia anterior, para referirse *prima facie* a algunas excepciones, en cuanto resultaba pertinente para definir su propia competencia, pero negó la solicitud adición de la parte resolutiva. En la continuación de tal audiencia el 17 de junio de 2021 el Tribunal confirmó la primera providencia mencionada y por Autos Nos. 46 y 47 decretó pruebas.

15) Entre el 12 de julio de 2021 y el 19 de abril de 2022 se instruyó el proceso y por Auto No. 83 de esta última fecha se dio por concluida la etapa probatoria.

16) El día 27 de mayo de 2022 tuvo lugar la audiencia de alegaciones, en la cual los apoderados de las partes expusieron los argumentos que consideraron del caso y remitieron sendas versiones escritas de lo alegado. A solicitud del señor agente del Ministerio Público se le concedió plazo para presentar su concepto escrito hasta el 21 de junio siguiente, fecha en que efectivamente lo presentó.

17) El presente proceso se tramitó en cuarenta y siete (47) audiencias, en las cuales el Tribunal se instaló y admitió la demanda principal y su reforma, así como la demanda de reconvención y su reforma; integró el contradictorio y surtió los respectivos traslados; intentó la conciliación; asumió competencia; decretó y practicó pruebas; resolvió varias solicitudes de las partes; recibió las alegaciones finales; y ahora profiere el fallo que pone fin al proceso.

4. La demanda principal y sus contestaciones

4.1. Las pretensiones de la demanda de la parte convocante

En su demanda reformada la parte convocante elevó al Tribunal las siguientes pretensiones:

Declarativas

1. *Que en relación con los costos en los que incurrió Navelena durante la Etapa de Preconstrucción del Contrato de APP 001 de 2014 (en adelante el "Contrato APP") se* ***DECLARE*** *lo siguiente:*

1.1. *Que en el acta de liquidación bilateral del Contrato de APP 001 de 2014, al determinarse la compensación por terminación anticipada en la Etapa de Preconstrucción y el valor neto a pagar, únicamente se tuvo en cuenta un valor de $233.904.866.464 pesos por los costos en los que incurrió Navelena durante la Etapa de Preconstrucción en la variable ARi de la fórmula de liquidación del contrato.*

1.2. *Que los costos incurridos por concepto de las actividades realizadas por Navelena durante la Etapa de Preconstrucción tuvieron un valor mayor al de $233.904.866.464 pesos que se estableció en el Acta de Liquidación bilateral del Contrato.*

1.3. *Que Cormagdalena, al aplicar la fórmula de compensación por terminación anticipada del Contrato de APP 001 de 2014, incumpliendo lo estipulado en la sección 50.02 del mismo, descontó injustificadamente costos por un valor total de $73.072.271.550 pesos, o el valor que resulte probado en el proceso, por concepto de pagos a terceros por cuenta del EPC, estudios y diseños y/o gastos administrativos durante la Etapa de Preconstrucción.*

1.4. *Que Navelena suscribió el acta de liquidación bilateral del Contrato de APP con salvedades, con el fin de reservarse el derecho al reconocimiento y pago del mayor valor de los costos en los que incurrió durante la Etapa de Preconstrucción del ContratoAPP.*

1.5. *Que en virtud de lo pactado en la Sección 50.02 (a) del Contrato APP, Navelena tiene derecho al reconocimiento y pago del mayor valor de los costos en los que incurrió durante la Etapa de Preconstrucción del Contrato de APP 001 de 2014, que no fueron incluidos en el acta de liquidación bilateral como parte del valor neto a pagar a Navelena, y que ascienden a la suma de $73.072.271.550 o a la que resulte probada en el proceso.*

1.6. *Que en virtud de lo pactado en la Sección 50.02 (a) del Contrato de APP*

001 de 2014, Navelena tiene derecho al reconocimiento de una actualización por IPC y tasa de descuento, respecto de los costos incurridos en la Etapa de Preconstrucción que no fueron reconocidos por Cormagdalena en el Acta de Liquidación bilateral.

1.7. *Que al 17 de abril de 2017, fecha de terminación efectiva del Contrato de APP 001 de 2014, Navelena tenía derecho a recibir $19.630.337.500 pesos, o el valor que resulte probado en el proceso, a título de actualización por IPC y tasa de descuento por los costos incurridos en la Etapa de Preconstrucción que fueron descontados o no fueron reconocidos en el Acta de Liquidación bilateral conforme a las pretensiones anteriores.*

2. *Que en relación con los bienes sujetos a reversión y a su descuento del valor neto a pagar a Navelena se* ***DECLARE*** *lo siguiente:*

2.1. *Que al determinarse el valor neto a pagar en el acta de liquidación bilateral del Contrato de APP 001 de 2014, se descontó del valor de compensación por terminación anticipada la suma de $18.648.390.449 equivalentes al valor de adquisición de los bienes sujetos a reversión.*

2.2. *Que en el Contrato de APP 001 de 2014 no se establecieron reglas, ni criterios específicos, ni se reguló el procedimiento o la forma en que se efectuaría la reversión de bienes en leasing en el evento de una terminación anticipada en la Etapa de Precontrucción de la relación contractual.*

2.3. *Que en la sección 48.03 del Contrato APP 001 de 2014 se estableció que, en el evento en que éste terminara de manera anticipada como consecuencia de la declaratoria de caducidad, la oportunidad para establecer lo correspondiente a la reversión era el acto administrativo mediante el cual se ordenara la terminación del Contrato de APP.*

2.4. *Que Cormagdalena incumplió su obligación de fijar en la oportunidad establecida en la sección 48.03 del Contrato APP 001 de 2014, esto es, en el acto administrativo por medio del cual declaró la terminación del Contrato APP 001 de 2014 por caducidad, los criterios y reglas aplicables y el procedimiento para la reversión de los bienes asociados a la Etapa de Preconstrucción y en particular lo que respecta a los reconocimientos necesarios para conservar la tenencia física y jurídica de los bienes, que para la fecha estaban en cabeza de Navelena Consorcio Constructor bajo contratos de leasing, a efectos de revertirlos.*

2.5. *Que Cormagdalena, encontrándose incumplido y a pesar de las repetidas advertencias de Navelena, no mitigó los efectos del incumplimiento, agravando el mismo*

2.6. *Que la fórmula de liquidación pactada en la Cláusula 50.02 del Contrato APP no permitía descuentos a la compensación por terminación anticipada de Navelena por concepto del valor de reposición de los bienes objeto de reversión.*

2.7. *Que las partes del Contrato APP 001 de 2014, con posterioridad a su terminación, nunca acordaron un procedimiento para practicar la reversión de los bienes asociados a la Etapa de Preconstrucción y en especial los bienes*

que para la fecha de terminación del contrato estaban en cabeza Navelena Consorcio Constructor en virtud de contratos de leasing.

2.8. *Que Navelena suscribió el acta de liquidación bilateral del Contrato APP No. 001 de 2014 con salvedades para reservarse el derecho al reconocimiento y pago de la suma de $18.648.390.449, equivalente al valor de los bienes sujetos a reversión en la Etapa de Preconstrucción del Contrato.*

2.9. *Que, como consecuencia de las anteriores pretensiones es improcedente y contrario a derecho el descuento de la suma de $18.648.390.449 que, por concepto del valor de los bienes sujetos a reversión, aplicó Cormagdalena al establecer el valor neto de la liquidación a pagar a Navelena.*

2.10. *Que en subsidio de todo lo anterior, en el evento en que el Tribunal estime que Cormagdalena sí podía hacer descuentos por equivalente económico en la fórmula de liquidación, se declare que el descuento debió estar precedido del reconocimiento del valor descontado como un costo incurrido por Navelena asociado al Contrato APP y en beneficio de Cormagdalena.*

2.11. *Que en relación con la pretensión anterior, se declare que Cormagdalena no reconoció el valor descontado como un costo incurrido por Navelena asociado al Contrato APP y en beneficio de Cormagdalena.*

3. *Que en relación con la liquidación del Contrato APP 001 de 2014 se declare lo siguiente:*

3.1. *Que en el acta de liquidación bilateral del Contrato de APP 001 de 2014 se estableció que la compensación total a la que tendría derecho Navelena era de $189.068.092.362,66 pesos, calculados al 17 de abril de 2017, fecha de terminación efectiva del referido contrato.*

3.2. *Que del valor neto a pagar reconocido en el acta de liquidación bilateral, conforme a la pretensión anterior, Cormagdalena únicamente ha pagado a Navelena $178.672.498.048,37 pesos, o el valor que resulte probado en el proceso, por concepto de la liquidación del Contrato de APP 001 de 2014.*

3.3. *Que, se declare que Cormagdalena no ha pagado $10.395.594.314,29, o la suma que determine el Tribunal, del valor neto reconocido a Navelena en el Acta de liquidación bilateral suscrita el 12 de octubre de 2017.*

3.4. *Que Navelena tenía derecho a una compensación por terminación anticipada por un valor total de $300.419.091.862,58 pesos, o el valor que resulte probado en el proceso, calculados al 17 de abril de 2017, fecha de terminación efectiva del Contrato de APP 001 de 2014.*

3.5. *Que de conformidad con lo establecido en la sección 50.02 del Contrato de APP 001 de 2014, Cormagdalena debió reconocer el valor de la actualización por IPC y/o tasa de descuento sobre el valor de la compensación por terminación anticipada, al establecer el valor de la liquidación del Contrato APP 001 de 2014*

3.6. *Que al 12 de octubre de 2017, fecha en que se liquidó el Contrato de APP 001 de 2014, el valor resultante de la aplicación de la fórmula de compensación*

por terminación anticipada, conforme a la pretensión 3.4, debió aumentarse en un total de $14.580.310.458 pesos, de los cuales $1.461.834.257 pesos corresponden a ajustes por IPC y $13.118.476.201 a ajustes por tasa de descuento, o las sumas que resulten probadas en el proceso.

3.7. *Que como consecuencia de la pretensión anterior, el valor total de la liquidación a la que Navelena tenía derecho, al 12 de octubre de 2017, y si se hubiera aplicado correctamente la fórmula de compensación por terminación anticipada prevista en el Contrato de APP 001 de 2014, asciende a $314.999.402.321 o el valor que resulte probado en el proceso.*

3.8. *Que Cormagdalena está en la obligación de pagar a la parte demandante en este proceso $10.395.594.314,29 pesos, o el valor que resulte probado, equivalentes a la diferencia entre el valor neto reconocido a Navelena en el acta de liquidación bilateral del Contrato de APP 001 de 2014 y el valor efectivamente pagado por Cormagdalena conforme a las pretensiones 3.2 y 3.3.*

3.9. *Que Cormagdalena está en la obligación de pagar a la parte demandante en este proceso $125.931.309.957,92 pesos, o el valor que resulte probado, equivalentes al mayor valor que debió ser reconocido a favor de Navelena en el Acta de Liquidación delContrato de APP 001 de 2014.*

3.10. *Que Cormagdalena está en la obligación de pagar a la parte demandante intereses remuneratorios calculados sobre las sumas pendientes de pago conforme a la pretensión 3.7 anterior, en los términos y a las tasas establecidas en la sección 50.07 del Contrato de APP 001 de 2014.*

3.11. *Que al 12 de octubre de 2018, el valor de los intereses remuneratorios adeudados a Navelena, por parte de Cormagdalena, era de $6.682.676.936 pesos, o el valor que resulte probado en el proceso.*

3.12. *Que al 12 de octubre de 2019, el valor de los intereses remuneratorios adeudados a Navelena, por parte de Cormagdalena, era de $6.470.035.802 pesos, o el valor que resulte probado en el proceso.*

3.13. *Que Cormagdalena está en la obligación de pagar intereses de mora respecto de las sumas adeudadas a partir del 12 de octubre de 2018 y 12 de octubre de 2019, según elcaso, en los términos de la cláusula 53.01(b) del Contrato APP.*

Condenas

1.1. *Que se condene a Cormagdalena a pagar a la parte demandante en este proceso*
$10.395.594.314,29 pesos, o el valor que resulte probado, equivalentes a la diferencia entreel valor neto reconocido a Navelena en el acta de liquidación bilateral del Contrato de APP 001 de 2014 y el valor efectivamente pagado por Cormagdalena conforme a la pretensión declarativa 3.2.

1.2. *Que se condene a Cormagdalena a pagar a la parte demandante en este proceso $73.072.271.550 pesos, o el valor que resulte probado, equivalentes al mayor valor de los costos en los que incurrió Navelena durante*

la Etapa de Preconstrucción del Contrato de APP 001 de 2014, que no fueron incluidos como parte del valor neto a pagar en el Acta de Liquidación.

1.3. *Que se condene a Cormagdalena a pagar a la parte demandante en este proceso $19.630.337.500 pesos, o el valor que resulte probado, a título de actualización por IPC y tasa de descuento por los costos incurridos en la Etapa de Preconstrucción que fueron descontados o no fueron reconocidos en el acta de liquidación bilateral del Contrato de APP001 de 2014 conforme a las pretensiones anteriores.*

1.4. *Que se condene a Cormagdalena a pagar a la parte demandante en este proceso la suma de $18.648.390.449, equivalentes al descuento realizado por Cormagdalena, en el acta de liquidación bilateral del Contrato de APP 001 de 2014, por concepto de bienes sujetos a reversión.*

1.5. *Que se condene a Cormagdalena a pagar a la parte demandante en este proceso la suma de $14.580.310.458, o el valor que resulte probado, equivalentes a la actualización por IPCy tasa de descuento entre el 17 de abril de 2017 y el 12 de octubre del 2017 respecto de las sumas dejadas de reconocer y/o pagar a Navelena en el acta de liquidación bilateral del Contrato de APP 001 de 2014 conforme a las pretensiones anteriores.*

1.6. *Que se condene a Cormagdalena a pagar a la parte demandante $6.682.676.936 pesos, o el valor que resulte probado en el proceso, por concepto de intereses remuneratorios calculados entre el 12 de octubre de 2017 y el 12 de octubre de 2018, en los términos de la sección 50.07(b) del Contrato de APP 001 de 2014, sobre las sumas pendientes de pago y/o reconocimiento conforme a las pretensiones anteriores.*

1.7. *Que se condene a Cormagdalena a pagar a la parte demandante $6.470.035.802 pesos, o el valor que resulte probado en el proceso, por concepto de intereses remuneratorios calculados entre el 12 de octubre de 2018 y el 12 de octubre de 2019, en los términos de la sección 50.07(b) del Contrato de APP 001 de 2014, sobre las sumas pendientes de pago y/o reconocimiento a conforme a las pretensiones anteriores.*

1.8. *Que se condene a Cormagdalena a pagar intereses de mora respecto de las sumas adeudadas conforme a las pretensiones de condena anteriores, desde el 12 de octubre de 2018 y el 12 de octubre de 2019 según el caso, o desde las fechas en que lo determine el Tribunal Arbitral, y hasta la fecha en que se verifique el pago en los términos establecidos en la cláusula 53.01(b) del Contrato APP.*

1.9. *Que se condene a Cormagdalena a pagar las costas y gastos del proceso.*

4.2. La oposición a la demanda principal

4.2.1. La oposición de CORMAGDALENA

CORMAGDALENA se opuso a las pretensiones de la demanda principal y formuló las siguientes excepciones de fondo:

A. Falta de legitimación en la causa por activa.

B. Falta de legitimación en la causa por pasiva. Falta de competencia del Tribunal.

C. Ausencia de buena fe por parte de NAVELENA S.A.S. en laejecución del Contrato de APP No. 001 del 2014 y creación deobligaciones sin sustento para ser reconocidas por CORMAGDALENA.

D. Inexistencia de la obligación a cargo de CORMAGDALENA de certificar los costos y gastos fijos del contrato APP No. 001 del 2014/ o ausencia de relación de causalidad.

E. Improcedencia de indemnización por declaratoria de caducidad.

F. Inexistencia del derecho sustancial que da lugar a los derechos litigiosos.

G. Obligación legal de revertir los bienes objeto de reversión.

H. Asunción (integral) de riesgo por parte del asociado y desconocimiento por parte del asociado de la distribución de riesgos en el contrato de asociación público privada.

I. Objeto y causa ilícita en el Contrato de APP No. 001 de 2014 y en actos contractuales posteriores a su celebración.

J. Excepción de abuso del derecho.

K. No alegar su propia culpa.

L. Compensación por contratos de arrendamiento de bieninmueble.

M. Excepción de caducidad.

N. Excepción de falta de legitimación en la causa por activa en relación con aquellas pretensiones declarativas y de condena que no tienen su fuente u origen en las salvedadesal acta de liquidación del Contrato de APP No. 001 del 2014.

O. Falta de soportes contables que permitan la reclamación de las sumas de dinero que reclaman los convocantes.

P. Inclusión de costos que no hacen parte de la formulacontenida en la cláusula 50.02 del contrato de APP.

Q. Falta de competencia del Tribunal para determinar cuáles son los costos directos asociados a las actividades en la Etapa de Preconstrucción.

R. Improcedencia de reconocer costos y gastos asumidos por el asociado en la matriz de riesgos.

S. Excepción de contrato no cumplido.

T. Imposibilidad del Tribunal de acceder a las declaraciones de condena que solicita la parte convocante por cuanto no solicitó una nueva liquidación del contrato ni tampoco solicitó que se verificara si los costos y gastos cuyo reconocimiento solicita corresponden a costos directos asociados a la Etapa de Preconstrucción del contrato debidamente certificado por el interventor o por quien haga sus veces.

U. Excepción de indeterminación de las pretensiones de condena en relación con los intereses y actualizaciones que se solicita por cuanto no se indica.

V. Excepción de falta de competencia del Tribunal para resolver las pretensiones declarativas y de condena relacionadas con 3.2, 3.3 y 3.8 de la demanda.

W. Cobro indebido de intereses (posible anatocismo).

X. Excepción genérica.

4.2.2. La oposición de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado se opuso a las pretensiones de la demanda principal y formuló las siguientes excepciones de fondo:

C.1. Falta de Competencia del H. Tribunal arbitral para resolver las pretensiones declarativas 2., 2.1., 2.2., 2.3., 2.4., 2.5, 2.6., 2.7., 2.8., 2.9., 2.10. Y 2.11., y las pretensiones de condena, en lo que hace referencia a la reversión del Contrato APP 001 de 2014

C.2. Falta de Competencia del H. Tribunal arbitral para resolver las pretensiones declarativas 3.2., 3.3. y 3.8., y las pretensiones de condena, en lo que hace referencia al cobro de la suma de $10.395.594.314,29 pesos, que presuntamente adeuda la Convocada

C.3. Caducidad de la acción frente a las pretensiones declarativas Nos. 1.6., 1.7., 2.2., 2.3., 2.4., 2.5., 2.10., 3., 3.1. a 3.13. y condenatorias 1.1. y 1.9.

C.4. Falta de legitimación en la causa por activo material de los Convocantes

C.5. De la correcta aplicación de la Fórmula para la compensación por Terminación Anticipada del Contrato

C.6. El desconocimiento del principio de buena fe contractual de parte de la convocante y de sus sucesores

C.7. Excepción de contrato no cumplido

C.8. El mayor valor alegado respecto del acta de liquidación bilateral no está soportado en la demanda reformada, ni en la prueba pericial que ahora la acompaña

C.9. La Improcedencia de reclamo sobre aspectos no contemplados expresamente en las salvedades del Acta De Liquidación Bilateral

4.3. Los hechos de la demanda principal

Aunque el Tribunal ha considerado todo el contenido y la literalidad de los hechos de la demanda principal reformada, el fundamento fáctico narrado por la parte convocante puede sintetizarse así:

Hechos relacionados con la formación y celebración Contrato App 001 de 2014

Para el desarrollo del Proyecto de la Recuperación de la Navegabilidad del Río Magdalena, CORMAGDALENA optó por implementar un esquema de Asociación Público Privada (APP) en los términos de la Ley 1508 de 2012.

Según lo previsto en el artículo 10 de la citada ley y en las Bases de Precalificación, CORMAGDALENA convocó al público para conformar una lista limitada de Inversionistas Precalificados.

El 26 de mayo de 2014, mediante la Resolución No. 000164, se ordenó la apertura de la Licitación Pública.

El 25 de julio de 2014 se cerró la licitación y se celebró la audiencia apertura de sobres. A dicha audiencia solo se presentó uno de los proponentes, el Interesado Promesa de Constitución de Sociedad de Objeto Único NAVELENA S.A.S. Los otros dos precalificados remitieron comunicaciones en las que desistieron de la presentación de oferta en el proceso.

Mediante la Resolución Número 262 del 15 de agosto de 2014 CORMAGDALENA adjudicó el Contrato de APP a la promesa de sociedad futura que luego convirtió en la sociedad NAVELENA S.A.S.

El 13 de septiembre de 2014, CORMAGDALENA y NAVELENA celebraron el Contrato de APP No. 001 de 2014.

La ejecución del Proyecto se dividió en tres (3) etapas, a saber: Preconstrucción, Construcción y Administración.

El 26 de diciembre de 2014 NAVELENA suscribió el contrato de fiducia FIDUOCCIDENTE FID 421739 RIO MAGDALENA con la Fiduciaria de Occidente S.A., con el fin de servir como centro de imputación contable y como una herramienta de administración, seguimiento y control de los ingresos y los costos.

Hechos relacionados con la suscripción del contrato de interventoría y con las actividades adelantadas por ésta en la etapa de Preconstrucción del Contrato APP

En el Contrato APP, las partes acordaron que CORMAGDALENA, directamente o a través de la Interventoría, llevaría a cabo una auditoría permanente sobre las cuentas el fideicomiso. El 15 de abril de 2015

CORMAGDALENA suscribió el Contrato No. 0026 de 2015 con el Consorcio Magdalena para la Interventoría.

Durante toda la Etapa de Preconstrucción, la Fiduciaria emitió Certificaciones Mensuales de Costos asociados a la ejecución del proyecto, las cuales discriminaban y clasificaban todos los costos registrados en la Fiducia para el mes correspondiente, según la clasificación de costos contenida en el Contrato APP y conforme a la cual eventualmente se debía calcular la variable *ARi* de la fórmula de liquidación.

CORMAGDALENA realizó, directamente y por intermedio del Interventor, una auditoría contable permanente del Fideicomiso y de las certificaciones mencionadas.

Hechos relacionados con la suscripción del Contrato de EPC con NAVELENA Consorcio Constructor, la radicación de facturas por parte del contratista EPC, los pagos a terceros y el costo de Estudios y Diseños y Gastos Administrativos

El 11 de diciembre de 2014 CORMAGDALENA y el NAVELENA suscribieron el Acta de Inicio de Ejecución del Contrato y comenzó la ejecución del contrato de APP. Simultáneamente, se inició la Etapa de Preconstrucción del mismo Contrato.

El 12 de diciembre de 2014 NAVELENA celebró un Contrato de EPC con NAVELENA Consorcio Constructor, cuyo objeto era el diseño, suministro, construcción de las obras, así como la ejecución de los Servicios Operativos y de Asistencia a la Navegación y que había sido autorizado en la Sección 53.05 del Contrato APP. En otras palabras, con pleno conocimiento de CORMAGDALENA y conforme a lo autorizado por la ley, NAVELENA subcontrató la ejecución de las obras asociadas a las etapas de Preconstrucción y Construcción del Proyecto con el EPC.

El 29 de mayo de 2015 NAVELENA y el EPC firmaron el Otrosí No. 1 al Contrato de EPC por medio del cual hicieron una redistribución de los costos. Uno de los costos redistribuidos fue el de los Estudios y Diseños, al que le habían asignado un valor de $13.515.000.000 del 2012. Sin embargo, las partes evaluaron que este trabajo requería un ajuste, hicieron una redistribución y acordaron que el valor real era de $41.500.000.000 del 2012, con la aclaración que el valor total del Contrato de EPC se mantuvo igual. La redistribución mencionada es una práctica normal y habitual en proyectos de esta envergadura.

Una vez recibidas las facturas del EPC, la Fiduciaria registraba el valor de las mismas como un costo incurrido en la etapa de Preconstrucción y pagaba el valor correspondiente. Los valores facturados por el EPC eran los que se registraban como costos del Proyecto y, por ende, como un costo asociado a la variable *ARi* de la fórmula de liquidación del Contrato APP.

Por solicitud expresa del EPC, durante el 2015 NAVELENA le solicitó a la Fiduciaria hacer unos pagos a terceros proveedores por cuenta del EPC. La Fiduciaria no registró ninguno de estos pagos a terceros como un costo asociado a la ejecución de la Etapa de Preconstrucción. Esos pagos a

proveedores por cuenta del EPC no implica que los servicios prestados por dichos terceros estuvieran siendo cobrados como costos incurridos durante la Etapa de Preconstrucción.

En desarrollo de su auditoría permanente a la Fiducia, CORMAGDALENA y el Interventor siempre manifestaron que los valores así facturados y contabilizados estaban debidamente soportados y guardaban relación con la ejecución del Proyecto.

Hechos relacionados con la obligación de obtener el Cierre Financiero del Proyecto

NAVELENA no acreditó el Cierre Financiero a satisfacción de CORMAGDALENA, dentro del término pactado en el contrato. En consecuencia, mediante comunicación con número de radicado 2016101028, la Entidad citó a NAVELENA y a sus garantes a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 para la imposición de multas. El día 30 de junio de 2016 el director ejecutivo de CORMAGDALENA expidió la Resolución No. 000179 mediante la cual resolvió declarar el incumplimiento e imponer multa. El 29 de agosto de 2016 NAVELENA radicó el oficio No. N-1-0-0-1011 mediante el cual puso a disposición de CORMAGDALENA un Plan y Cronograma para la obtención del Cierre Financiero.

El 25 de noviembre de 2016 las Partes suscribieron el Otrosí No. 1 al Contrato de APP mediante el cual de buena fe acordaron las obligaciones que asumiría NAVELENA para garantizar los niveles de servicio en el Río Magdalena en el evento en que se declarara la caducidad del contrato como consecuencia de la no obtención de cierre financiero.

El 15 de diciembre de 2016 NAVELENA envió comunicación mediante la cual aportó los documentos exigidos para la acreditación del Cierre Financiero y ese mismo día CORMAGDALENA manifestó su conformidad.

Posteriormente, mediante la Resolución No. 481 del 16 de diciembre de 2016, archivó el proceso de caducidad.

Hechos relacionados con la caducidad del Contrato APP

Por hechos absolutamente ajenos a la voluntad o al comportamiento de NAVELENA y más bien ante la provocación de CORMAGDALENA, Sumitomo Mitsui Banking Corporation (SMBC) revocó su "Oferta Irrevocable de Financiación". Con base en lo anterior, el 22 de febrero de 2017 CORMAGDALENA inició el proceso para declarar de caducidad del Contrato APP por la presunta no acreditación del Cierre Financiero.

El 23 de marzo de 2017 CORMAGDALENA expidió la Resolución No. 00078 mediante la cual resolvió declarar ocurrido el siniestro de incumplimiento definitivo y declaratoria de caducidad. La anterior resolución fue impugnada por NAVELENA y por uno de sus garantes. En los recursos se indicó que el Contrato APP le permitía a NAVELENA asegurar directamente los recursos necesarios para el Proyecto ante cualquier alteración en las condiciones del Cierre Financiero ocurrida con posterioridad a la consecución y acreditación del mismo, incluso en el evento en que dicha alteración fuera consecuencia de

la decisión de los Financiadores con fundamento en las condiciones contenidas en los instrumentos crediticios. Sin embargo, CORMAGDALENA insistió tozudamente en su intención de declarar la caducidad y con la Resolución No. 00102 confirmo su decisión.

La decisión de la Entidad de cortar todos los lazos y reconocer la menor cantidad de derechos posible a NAVELENA, causó graves perjuicios a NAVELENA y dejó de reconocer sumas a las que esta última tenía derecho conforme al Contrato.

Hechos relacionados con el cálculo de la variable ARi por parte de la Interventoría y su aceptación e implementación por parte de la Entidad

Para la fecha de ejecutoria de la Resolución No. 0078, la Fiduciaria ya había expedido las Certificaciones Mensuales de Costos asociados a la ejecución del proyecto para cada uno de los meses que duró la Etapa de Preconstrucción.

Para la fecha en que se declaró la caducidad del Contrato APP, las Partes ya tenían todos los insumos necesarios para calcular sin dilaciones el valor de la compensación final a favor de NAVELENA, pero inexplicablemente CORMAGDALENA y la Interventoría tardaron meses endeterminar el valor de la compensación.

El 14 de agosto de 2017, casi 4 meses después de que se declarara la caducidad, la Interventoría envió a CORMAGDALENA comunicación con la cual certificó el valor de la variable *ARi* mensual (costos incurridos en la Etapa de Preconstrucción) de la fórmula de liquidación. A pesar de que el Interventor no objetó el costo registrado en la contabilidad de la fiducia, esto es, las facturas de NAVELENA o del EPC, sino que ordenó que se descontara el valor de los pagos a terceros de estas facturas debidamente registradas y soportadas en la citada contabilidad, en esa comunicación la entidad resolvió objetar todos los costos por concepto de estudios y diseños superiores a $15.048.046.760 y objetar una serie de Gastos Administrativos.

El 25 de agosto de 2017 NAVELENA descorrió el traslado de la comunicación y señaló, entre otras cosas, que los pagos a terceros por cuenta del EPC son perfectamente legales; que el costo registrado en la contabilidad y que debía ser reconocido era el de las facturas del EPC sin que importara cómo se hizo el pago de esas facturas ya que los pagos a terceros nunca fueron registrados como costos independientes; que el incremento en el valor de los estudios y diseños estaba justificado y era razonable; y que en todas las oportunidades CORMAGDALENA y/o el Interventor concluyeron que los costos allí registrados, incluyendo los de estudios y diseños y los gastos administrativos, estaban debidamente contabilizados, soportados y guardaban relación con el proyecto.

El 7 de septiembre de 2017 la Interventoría se pronunció frente a los argumentos expuestos por NAVELENA.

El 19 de septiembre de 2017 el Interventor envió comunicación mediante la cual informó a CORMAGDALENA sobre los meses en que, según su criterio, debían descontarse los pagos a terceros por cuenta del EPC de los costos certificados

para el año 2015. La Interventoría recomendó practicar un descuento a los costos que certificó. En otras palabras, la Interventoría no estaba objetando costos por el valor de los pagos a terceros sino ordenando que ese valor se descontara de los costos en que efectivamente habría incurrido NAVELENA en la etapa de Preconstrucción. La fórmula de liquidación del Contrato APP únicamente permite descuentos por concepto de multas, cláusula penal u otras obligaciones causadas con anterioridad a laterminación del Contrato.

El 5 de octubre de 2017, NAVELENA, CORMAGDALENA y la Interventoría suscribieron el Acta de Terminación del Contrato de APP.

Finalmente, a pesar de los serios y fundados reparos de NAVELENA, en el Acta de Terminación CORMAGDALENA aceptó la certificación de costos relativos a la variable ARi de la fórmula de liquidación propuesta por el Interventor, incluyendo los descuentos por pagos a terceros y la objeción de costos de estudiosy diseños, y gastos administrativos del Contrato.

Hechos relacionados con la reversión de activos afectos al Contrato APP, el incumplimiento de CORMAGDALENA en su obligación de regular la reversión al declararse la caducidad, la pérdida de la tenencia sobre los activos que estaban en cabeza del EPC bajo contratos de leasing, y la imposición de una compensación por el equivalente económico de tales activos en contra de NAVELENA

Además de declarar la caducidad del Contrato APP, exigir el pago de la cláusula penal y ordenar el pago de la compensación por terminación anticipada a NAVELENA, en la Resolución No. 0078 CORMAGDALENA ordenó la reversión de los bienes del Proyecto.

Para la fecha en que se declaró la caducidad del Contrato APP los bienes que eventualmente serían objeto de reversión estaban en poder del EPC, en virtud de una serie de contratos de leasing suscritos con Banco de Occidente. Es decir, ni NAVELENA, ni el EPC eran propietarios. No obstante, en las Resoluciones Nos. 0078 y 0102 de 2017 que declararon la caducidad, CORMAGDALENA no señaló las pautas bajo las cuales se procedería a hacer la reversión de los activos que para la fecha estaban en leasing ni para los demás bienes y obras afectos a Proyecto.

NAVELENA apremió a CORMAGDALENA y a la Interventoría para que se definiera rápidamente un procedimiento para hacer la reversión de los bienes asociados al Proyecto, pero aquella guardó silencio.

La terminación anticipada del Contrato APP implicaba que NAVELENA no podía ordenar ninguna clase de pago desde la Fiducia, y en consecuencia le era imposible adquirir los bienes objeto de reversión. Incluso si NAVELENA hubiera podido adquirir de alguna forma los bienes mencionados, para ese entonces el costo de adquisición de los mismos no habría sido amortizado ni podía ser reconocido dentro de la variable *ARi* de la fórmula de liquidación, por tratarse de un pago posterior a la terminación de la etapa de Preconstrucción.

El EPC eventualmente perdió la tenencia de los bienes mencionados, los cuales debieron ser restituidos a su propietario.

En el ordinal "d" del capítulo XII del Acta de Terminación se indicó que "… *en vista de la imposibilidad el Asociado de dar cumplimiento a la obligación contractual contemplada en la Sección 48.02 del Contrato de APP No. 001 de 2014 es procedente efectuar el pago de la compensación por equivalente económico po*r el valor de … $18.648.390.449,92". Sin embargo, NAVELENA no estuvo de acuerdo con esta manifestación e introdujo una salvedad al acta de terminación del Contrato de APP, indicando que "el Asociado ha sido reiteradamente enfático en cuanto a que dicha reversión debe ser precedida de un reconocimiento por parte de CORMAGDALENA a NAVELENA S.A.S. del valor del equipamiento en cuestión, toda vez que nos encontramos ante la decisión de la Corporación de terminar anticipadamente el Contrato (…)".

Hechos relativos a la suscripción del Acta de Liquidación del Contrato APP, el pago parcial de lo reconocido en esta acta a NAVELENA y los valores dejados de pagar y/o reconocer que hacen parte de la presente reclamación

El 12 de octubre de 2017, NAVELENA y CORMAGDALENA suscribieron el Acta de Liquidación del Contrato.

El valor "Total Costos Reconocidos" es menor al total de los costos finalmente certificados por la Interventoría por $270.351.013.447 pero en el Acta de Liquidación solo se tuvieron en cuenta costos por $233.904.866.464,34. La diferencia entre los costos certificados por la Interventoría y el "Total Costos Reconocidos" del Acta de Liquidación es de $36.446.146.983, que es justamente el valor de los pagos a terceros por cuenta del EPC realizados en 2015. Esto significa que CORMAGDALENA acogió la recomendación de la Interventoría y descontó el valor de los pagos a terceros por cuenta del EPC. CORMAGDALENA descontó el valor de los equipos que en su concepto debieron ser adquiridos y revertidos por NAVELENA luego de la declaratoria de caducidad del Contrato APP. La fórmula de liquidación del contrato únicamente permite el descuento de obligaciones a cargo de NAVELENA que se hubieran causado a la terminación del Contrato APP, y para la fecha en que se declaró la caducidad y se terminó efectivamente el Contrato no existía ninguna disposición legal, ni contractual que obligara a NAVELENA a pagar el valor de los bienes bajo contratos de leasing en el evento de una terminación anticipada. CORMAGDALENA no reconoció el valor de adquisición del equipamiento objeto de reversión como un costo asociado a la variable *ARi*, más sí las descontó del valor de compensación por terminación anticipada. A pesar de que la compensación a favor de NAVELENA se calculó con corte al mes de abril de 2017, esto es, a la terminación efectiva del Contrato APP luego de la declaratoria de caducidad, ni en el Acta de Terminación ni en el Acta de Liquidación se actualizaron los valores mencionados conforme al IPC ni a la tasa de descuento pactada en el Contrato APP.

Fiduciaria de Occidente, luego de hacer algunos pagos ordenados por CORMAGDALENA en el Acta de Liquidación, en el mes de octubre de 2017 pagó $178.672.498.048,37 del total de la compensación por terminación anticipada concedida a NAVELENA. CORMAGDALENA quedó debiendo $10.395.594.314,29 a NAVELENA.

Al amparo de lo dispuesto en el inciso final del artículo 11 de la Ley 1150 de

2007, NAVELENA introdujo salvedades al acta de liquidación.

En resumen, si CORMAGDALENA no hubiera descontado abusivamente los pagos a terceros por cuenta del EPC, el costo de los estudios y diseños acordado en el Otrosí No. 1 al Contrato de EPC, y los gastos administrativos mencionados, NAVELENA habría tenido derecho a recibir $73.072.271.550 pesos más de los que recibió por concepto de costos incurridos durante la Etapa de Preconstrucción.

Por otra parte, como la fórmula de liquidación aplicable incluye un rubro de actualización por IPC y tasa de descuento frente a los costos incurridos en la Etapa de Preconstrucción, NAVELENA tenía derecho a recibir $19.630.337.500 pesos adicionales al 17 de abril de 2017, calculados con base en los costos que fueron descontados o no fueron reconocidos según se describió en el hecho anterior.

CORMAGDALENA tampoco tenía derecho a descontar unilateralmente el equivalente económico de los bienes en leasing que habrían sido revertidos de no ser por las demoras y la intransigencia de la misma Entidad. En este sentido, NAVELENA tenía derecho a recibir $18.648.390.449,92 más.

Lo anterior significa que, en el Acta de Liquidación del Contrato APP, el valor total de la compensación a favor de NAVELENA ha debido ser de $300.419.091.862,58 en lugar de $189.068.092.362,66.

Como el Contrato APP no fue liquidado sino hasta el 12 de octubre de 2017 por causas imputables exclusivamente a la Entidad, este valor debe ser actualizado.

Con lo anterior, el valor total de la compensación a la que NAVELENA tenía derecho al 12 de octubre de 2017 era de $314.999.402.321.

Como CORMAGDALENA únicamente pagó a NAVELENA $178.672.498.048,37 por concepto de la liquidación del Contrato, además del saldo pendiente de pago equivalente a $10.395.594.314,29 y el saldo pendiente de reconocimiento por valor total de $125.931.309.957,92, la Entidad debe pagar los intereses remuneratorios. Así pues, CORMAGDALENA debe al menos **$149.569.421.577,71** por la liquidación del Contrato APP.

4.4. Contestación a los hechos de la demanda principal

Aunque el Tribunal ha considerado para su decisión todo el contenido y la literalidad del pronunciamiento de CORMAGDALENA sobre los hechos antes plasmados, este puede resumirse así:

Hechos relacionados con la formación y celebración Contrato App 001 de2014

El Asociado tenía conocimiento de los riesgos que asumiría, entre los que se destacan los estudios y diseños, la financiación, la construcción, el equipamiento, el mantenimiento, la prestación de los servicios operativos y de asistencia a la navegación y la reversión y demás actividades relacionadas con el Proyecto.

Se presentó intervención del entonces senador de la República de Colombia Bernardo Miguel Elías Vidal en procesos de contratación estatal que favorecían al grupo Odebrecht.

Hechos relacionados con la suscripción del contrato de interventoría y con lasactividades adelantadas por ésta en la etapa de Preconstrucción del ContratoAPP.

El demandante realiza una transcripción incompletade la Sección 51.02 del Contrato de APP, omitiendo otras obligaciones de la Interventoría que implicaban una gestión más amplia y correlativamente, una mayor gestión del Asociado.

El interventor debía ejercer la vigilancia para la ejecución y cumplimiento del Contrato. En tal virtud ejercía el control técnico, jurídico, administrativo, financiero y contable, y específicamente la revisión y control de los estados financieros del Fideicomiso y de sus subcuentas.

Es cierto que la Fiduciaria expedía las certificaciones a las que hace alusión la demanda. Sin embargo, tales certificaciones se expidieron sin haber revisado el conjunto de comprobantes contables de todas y cada una de las operaciones que permitiera establecer la realidad económica de los hechos que las originaban.

El objeto del Contrato de EPC celebrado entre NAVELENA y NAVELENA CONSORCIO CONSTRUCTOR el día 12 de diciembre de 2014 era: "*contratar al CONSTRUCTOR para que ejecute por su cuenta y riesgo ...*

El contrato de APP permitió la subcontratación para la ejecución de las obras, pero lo que no autoriza el contrato ni la Ley es que a través de los subcontratos se desnaturalice el contrato original.

El EPC no era parte del Contrato de Fiducia y, por tanto, no debía facturar a la Fiducia. Además, el contrato de EPC no es oponible a CORMAGDALENA y no puede cambiar la naturaleza del Contrato de APP ni del Contrato de Fiducia.

La relación contractual por el contrato de EPC está dada exclusivamente entre NAVELENA y NAVELENA CONSORCIO CONSTRUCTOR, de la cual no hacen parte ni CORMAGDALENA ni el patrimonio autónomo administrado por FIDUCIARIA DE OCCIDENTE.

Llama la atención que el recálculo del valor de estudios y diseños haya aumentado en 6 meses en más del doble de un ítem que era objeto de reconocimiento en caso de liquidarse el contrato por la terminación anticipada. Sin embargo, fue redistribución que sí tenía efectos ante el evento de la liquidación anticipada del Contrato de APP. El riesgo del aumento del valor de los estudios y diseños de acuerdo con el Contrato de APP debía ser asumido por el Asociado y no debía ser trasladado al momento de la liquidación del Contrato de APP.

El cálculo inadecuado inicial que hizo NAVELENA en relación con los estudios y diseños, cuestiona su competencia para haber sido el adjudicatario del Contrato y pone de presente la improvisación que tuvo.

La forma y discriminación de las facturas corresponde a una relación contractual entre el EPC y NAVELENA que no le es oponible a CORMAGDALENA. A la contabilidad de la fiduciaria no llegaron todos los soportes que permitieran evidenciar los hechos económicos por cuenta de las actividades desplegadas por el EPC. Las facturas asociadas al subcontratista eran las que se pagaban desde la Fiducia y se registraban como costos en la contabilidad, pero al no estar debidamente soportados con los debidos soportes no puede asumirse como un costo cierto de la contabilidad del Proyecto. No es cierto que esos valores se puedan tomar como un costo asociado a la variable ARi de la fórmula de liquidación del Contrato de APP no obstante el registro contable en la Fiduciaria.

CORMAGDALENA manifiesta que sí hubo pago a terceros y se atiene a los informes de Interventoría en relación a si los mismos se tuvieron como un costo o no asociado a la ejecución del Contrato.

Los convocantes aceptan que, en efecto, no reposan en la contabilidad del fideicomiso los soportes contables completos que permitan establecer la realidad del hecho económico en virtud del cual se hicieron pagos por cuenta de los recursos de APP. Tampoco se acreditaron esos pagos con cesiones de crédito o de derechos económicos que permitieran establecer que en relación con esas facturas subyacía un hecho económico, que por lo demás permitiera establecerla realidad del pago. La diputación para el pago es válida a la luz de las disposiciones civiles vigentes, pero lo que no está autorizado en nuestra legislación es que la trazabilidad contable se pierda.

Si es el propio convocante quien de forma expresa e inequívoca afirma que esas facturas entre el EPC y los terceros con los que contrató eran ajenas a la contabilidad de la fiduciaria, resulta contradictorio y ajeno a la realidad lo expresado por el convocante en el sentido que CORMAGDALENA tenía información de soportes contables por cuenta de los negocios jurídicos realizados entre el EPC y los terceros.

Independientemente de que fuera un pago a un tercero, la contabilidad debía estar completa y debía existir un soporte de parte del tercero.

Hechos relacionados con la obligación de obtener el Cierre Financiero del Proyecto

Una cosa era la obtención del cierre financiero en una fecha determinada y otra era la acreditación del mismo. El Asociado no acreditó el Cierre Financiero en los términos del Contrato.

Como parte del Plan de Acción y Cronograma propuesto por NAVELENA para subsanar el incumplimiento imputado y en esa medida obtener el Cierre Financiero del Proyecto, se contempló la vinculación de posibles inversionistas a través de la adquisición de participación accionaria en el Asociado, así como la obtención de un contrato *underwriting* en firme, todo lo cual debía culminar el 23 de noviembre de 2016 con la obtención del Cierre Financiero.

Hechos posteriores que se presentaron en la ejecución del Contrato de APP cambiaron las condiciones para entender acreditado el cierre financiero; como lo fue la manifestación del SUMITOMO MITSUI BANKING CORPORATION (SMBC) indicando que se había extinguido la oferta de crédito, por lo cual no se cumplió la obtención del cierre financiero.

Hechos relacionados con la caducidad del Contrato APP

CORMAGDALENA el día 02 de enero de 2017 solicitó a SMBC la expedición de una manifestación sobre la oferta irrevocable de financiación del Contrato de APP porque durante su ejecución se generó un hecho notorio y sobreviniente que consistió en la revelación a nivel mundial sobre los presuntos sobornos en distintos países y especialmente en América Latina, por parte del grupo Odebrecht y sus empresas,cuyo objeto era el de inducir en la adjudicación de contratos con entidades públicas. Por lo que, en cumplimiento del deber legal que le asiste a CORMAGDALENA, de conformidad con el artículo 352 de la Constitución Política, los artículos 5 y 26 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 4 de Ley 1508 de 2012, los "servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación,a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos dela entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato".

La facultad de NAVELENA de asegurar directamente los recursos necesarios para el Proyecto ante cualquier alteración en las condiciones del Cierre Financiero estaba a su alcance, siempre y cuando se hubiera alcanzado el cierre financiero.

Hechos relacionados con el cálculo de la variable ARi por parte de la Interventoría y su aceptación e implementación por parte de la Entidad

En caso de terminación anticipada del contrato de APP, el Interventor debía certificar los costos asociados al proyecto, sin perjuicio de las certificaciones que se hubieran podido haber expedido con antelación a la terminación anticipada, pues ello no impedía que verificara la realidad de los costos para aplicar la fórmula Ari y si era del caso corregir cualquier error. Se estipuló expresamente que la asistencia de CORMAGDALENA al Comité Fiduciario no implicaba la aceptación de las decisiones que allí se adoptarán.

No es cierto que se tuvieran todos los insumos para calcular la compensación final porque en el año 2018 CORMAGDALENA tuvo conocimiento a través de una auditoría externa a la contabilidad del fideicomiso sobre la abstención a pronunciarse sobre los estados financieros del mismo. Además, como resultado de una auditoría de cumplimiento de la Contraloría General de la República a la liquidación del Contrato de APP se pudo establecer que hubo costos y gastos reconocidos en la liquidación que no debían ser reconocidos.

Es cierto que NAVELENA indicó a CORMAGDALENA que la demora de la Interventoría en la determinación del valor de liquidación le generaba graves perjuicios. Se resalta que la Interventoría era la encargada de validar los valores de la liquidación. NAVELENA omite de manera deliberada mencionar que en las mismas comunicaciones se opuso a entregar información que a

juicio de la Interventoría era necesaria para certificar los costos y gastos del Contrato de APP, información tan importante como lo eran los costos y gastos de NAVELENA CONSORCIO CONSTRUCTOR.

Mediante comunicación del 25 de agosto de 2015 dirigida por la Interventoría a NAVELENA señaló que no procedía la certificación de costos incurridos por el Proyecto, por cuanto "solo la debe emitir la Interventoría cuando se dé la condición de terminación anticipada del Contrato durante la etapa de Preconstrucción de acuerdo a lo establecido en la Sección 50.02"; de la misma manera, en los informes de la Interventoría puede evidenciarse que durante toda la ejecución del contrato se objetaron costos presentados por NAVELENA S.A.S.

Si bien la Interventoría dice haber revisado, ello no significa que se haya hecho la identificación, individualización, relación de causalidad y contrastación con los hechos económicos reales y correspondan a costos y gastos directos del contrato.

Es cierto que CORMAGDALENA aceptó la certificación de costos relativos a la variable ARi de la fórmula de liquidación propuesta por el Interventor, se colige en consecuencia que al igual que la Interventoría, CORMAGDALENA no encontró serios ni fundados reparos sobre la misma.

Hechos relacionados con la reversión de activos afectos al Contrato APP, el incumplimiento de CORMAGDALENA en su obligación de regular la reversión al declararse la caducidad, la pérdida de la tenencia sobre los activos que estaban en cabeza del EPC bajo contratos de leasing, y la imposición de una compensación por el equivalente económico de tales activos en contra de NAVELENA

A CORMAGDALENA nunca le entregaron los contratos de Leasing. De conformidad con la Cláusula 48 del Contrato de APP NAVELENA debía revertir los bienes afectos al proyecto, incluso en el evento de los activos que se encontraran en leasing. No existe una obligación ni legal ni contractual de señalar en el acto que declara la caducidad las pautas ni las condiciones en que se deben revertir los bienes objeto de reversión, simplemente debe constar que se deben revertir los bienes en la forma prevista en el Contrato.

El 30 de junio de 2017 la Interventoría requirió a NAVELENA para que informara sobre la adquisición del equipamiento faltante y sobre la manera en que se procedería a la reversión de tales activos. El equipamiento faltante y que no fue revertido a CORMAGDALENA consiste en dos botes con una capacidad mínima de 120 toneladas adaptados con puntales,movibles de una longitud mínima de 12 metros, correspondientes a los convoyes 3 y 4, sin perjuicio de los demás bienes que debían ser revertidos a CORMAGDALENA de conformidad con el Contrato.

No tiene sentido pensar que los bienes en leasing de ser revertidos podrían generar un enriquecimiento sin causa, en tanto que los bienes propios del Asociado que no estuvieren en leasing pero que igualmente tendrían que ser revertidos no generaran enriquecimiento sin causa, como equivocadamente lo propone la parte convocante.

No es cierto que el Asociado tuviera derecho a un reconocimiento a la liquidación del contrato por la adquisición de los bienes en leasing.

CORMAGDALENA no dilató injustificadamente ningún procedimiento. Por el contrario, el Asociado fue renuente a entregar informaciónde manera oportuna que permitiera una rápida liquidación del Contrato.

Hechos relativos a la suscripción del Acta de Liquidación del Contrato APP, el pago parcial de lo reconocido en esta acta a Navelena y los valores dejados de pagar y/o reconocer que hacen parte de la presente reclamación

Es cierto que hubo un acta de liquidación y unos descuentos, también es cierto que no se reconocieron los pagos a terceros, por cuanto ni estaban soportados ni tenían relación de causalidad con los costos del Contrato. El Acta de Liquidación consigna lo que finalmente se certificó por parte de la Interventoría y se hicieron los descuentos a que había lugar.

Los descuentos que se hicieron a la liquidación del contrato obedecieron a la ponderación que hiciera el Interventor sobre los mismos y todo se hizo de conformidad con los términos del Contrato.

Es cierto que CORMAGDALENA aceptó los costos objetados por la Interventoría, pues de conformidad con las obligaciones contractuales del Interventor, a este le correspondía indicar que costos no debían ser incluidos en la fórmula de liquidación del Contrato de APP.

El descuento por cuenta de los valores de los bienes objeto de reversión corresponde a un hecho causado con antelación a la terminación del Contrato de APP, valores que se reflejaron en el Acta de Terminación, en consecuencia, no hay ninguna violación al contrato.

CORMAGDALENA no estaba obligada a reconocer el valor de los bienes objetode reversión como un costo asociado por disposición contractual.

No puede pretenderse la liquidación con valores posteriores a la fecha de caducidad.

CORMAGDALENA no descontó abusivamente pagos a terceros. Esos pagos no estaban debidamente soportados en la contabilidad de la Fiduciaria y no constituyen un costo o gasto asociado al Contrato de APP. CORMAGDALENA tampoco acepta que haya habido un descuento abusivo por cuenta de los estudios y diseños acordados en el Otrosí No. 1, pues los sobrecostos de los estudios y diseños debieron ser asumidos por el constructor de acuerdo con la Matriz de Riesgos aceptada por el Asociado.

CORMAGDALENA no fue intransigente ni causó demoras para definir lo concerniente a los bienes objeto de reversión. Esos bienes han debido ser revertidos a la convocada, lo cual no hizo el asociado, razón por la cual en el Acta de Terminación se pactó la reversión por equivalente económico.

La demora en el acta de Liquidación no obedeció a actos imputables a CORMAGDALENA, como puede observarse de diversas comunicaciones

remitidas por la Interventoría a NAVELENA entre marzo y agosto de 2017. En consecuencia, los mayores valores que pretender cobrar por una supuesta demora en la liquidación del Contrato no tienen fundamento para ser cobrados.

Es cierto que CORMAGDALENA como consecuencia de la liquidación del Contrato de APP pagó la suma indicada a NAVELENA, sin embargo, teniendo en cuenta los hechos nuevos y sobrevinientes de los que tuvo conocimiento después de la liquidación del Contrato, la entidad no está obligada ni a reconocer ni a pagar ninguna suma de dinero de las reclamadas por la parte convocante en este proceso, por cuanto como se ha explicado y se ha solicitado en la demanda de reconvención, en la liquidación del Contrato de APP se incluyeron costos y gastos que no tenían relación de causalidad o no estaban debidamente soportados en la contabilidad del Fideicomiso.

CORMAGDALENA no debe ninguna suma de dinero a la parte convocante.

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado no contestó los hechos por cuanto expuso que, a la luz de lo dispuesto en el artículo 610 del CGP, su participación corresponde a la calidad de *interviniente*, por lo que no tiene la posición de demandada o convocada, sino el de tercero participante, a la luz de lo regulado en los artículos 60 a 70 del estatuto en cita, razón por la cual no le corresponde contestar la demanda en estricto rigor.

5. La demanda de reconvención y su contestación

5.1. Las pretensiones de la demanda de reconvención de CORMAGDALENA

En su demanda de reconvención reformada CORMAGDALENA formuló al Tribunal las siguientes pretensiones:

A. PRETENSIONES PRINCIPALES

- ***PRETENSIONES EN RELACIÓN CON LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO APP No. 001 del 2014 SUSCRITO EL 13 DE SEPTIEMBRE DE 2014 ENTRE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA Y LA SOCIEDAD NAVELENA S.A.S. (HOY LIQUIDACION JUDICIAL)***

PRIMERA. - *Declárese la nulidad absoluta del contrato de Asociación Pública Privada (APP) No. 001 del 2014, suscrito el trece (13) de septiembre del dos mil catorce (2014) entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA – CORMAGDALENA (en adelante CORMAGDALENA) y la sociedad NAVELENA S.A.S. (hoy en Liquidación Judicial), por adolecer de causa ilícita y/o objeto ilícito al haber sido celebrado con abuso y desviación de poder, debido a la intervención directa del entonces senador de la República de Colombia Bernardo Miguel Elías Vidal, dentro de la cual: "se destaca el contrato para la recuperación de la navegabilidad del río Magdalena, suscrito el 13 de septiembre del 2014 entre CORMAGDALENA y la concesionaria Navelena S.A.S." (según la imputación fáctica plasmada en el acta de formulación y aceptación de cargos del proceso en contra de Bernardo Miguel Elías Vidal que consta en el proceso con radicación No. 51833 de la Sala de Juzgamiento de la Corte Suprema de Justicia en sentencia*

proferida el 28 de febrero del 2018, citado, además, en el laudo arbitral de la Concesionaria Ruta del Sol II proferido por el Tribunal Arbitral correspondiente al proceso acumulado No. 4190 y 4209 páginas 464 y siguientes del citado laudo arbitral adelantado ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá).

SEGUNDA. - *Como consecuencia de la declaración anterior, declárese la nulidad de todos los actos contractuales derivados del contrato de APP No. 001 del trece (13) de septiembre del dos mil catorce (2014), suscrito entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA y la sociedad NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial), esto es: (i) otrosí, (ii) acta de terminación del 5 de octubre; (iii) acta de liquidación; y, en general, de la totalidad de los negocios jurídicos celebrados entre las partes en desarrollo y ejecución del citado contrato de APP.*

TERCERA. - *Como consecuencia de las declaraciones anteriores, se ordene: (i) liquidar nuevamente el Contrato de APP No. 001 del 2014 suscrito entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA – CORMAGDALENA y la sociedad NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial), en los términos previstos en el parágrafo 1 del artículo 20 de la ley 1882 del 2018, o las disposiciones legales pertinentes; y (ii) se ordene la reversión de los bienes objeto de reversión en los términos estipulados en la cláusula 48 del Contrato de APP No. 001 de 2014 suscrito entre CORMAGDALENA y NAVELENA S.A.S (hoy en liquidación judicial), identificados en el hecho número 78.*

CUARTA. - *Como consecuencia de la nueva liquidación del Contrato de APP No. 001 del 2014 suscrito entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA y la sociedad NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial) en los términos solicitados, se ordene que los demandados, esto es: VALORES Y CONTRATOS - VALORCON S.A. EN REORGANIZACIÓN, CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT DE COLOMBIA S.A.S. EN LIQUIDACION JUDICIAL, ODEBRECHT PARTICIPACIONES E INVESTIMENTOS S.A. y CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. (sucursal Colombia), deben restituir a la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA: (i) las sumas que resulten a favor de ésta debidamente indexadas para la fecha del pago, junto con los intereses corrientes, desde la fecha de la sentencia y hasta cuando se realice el respectivo pago y (ii) los bienes objeto de reversión que se enuncian en el hecho número 78.*

QUINTA. - *Se condene en costas y agencias en derecho a las sociedades: VALORES Y CONTRATOS - VALORCON S.A. EN REORGANIZACIÓN, CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT DE COLOMBIA S.A.S. EN LIQUIDACION JUDICIAL, ODEBRECHT PARTICIPACIONES E INVESTIMENTOS S.A. y CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. (sucursal Colombia).*

En caso de no despacharse favorablemente todas o alguna de las pretensiones principales, se solicita se despachen las pretensiones subsidiarias que se indican a continuación en su orden:

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

- ***PRIMERA SUBSIDIARIA: PRETENSIONES EN RELACIÓN CON LA NULIDAD DEL OTROSÍ No. 1 AL CONTRATO DE APP No. 001 DE 2014 SUSCRITO ENTRE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA Y LA SOCIEDAD NAVELENA S.A.S. (HOY EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL)***

PRIMERA. - *Que se declare la nulidad absoluta del Otrosí No.1 del contrato de APP No. 001 del 2014, suscrito el día 25 de noviembre del 2016, entre LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA y la sociedad NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial), por adolecer de causa ilícita y objeto ilícito al haber sido celebrado con abuso y desviación de poder, por cuanto la suscripción de dicho Otrosí se vio influenciada por la actuación del entonces senador de la República Bernardo Miguel Elías Vidal, quien: "en desarrollo de su función dentro de la referida "empresa criminal", frente al contrato de la concesionaria Navelena S.A.S. (empresa de la organización ODEBRECHT), gestionó reuniones privadas entre posibles contratistas, funcionarios de la ANI y Cormagdalena para que permitieran la participación contractual de dichos inversionistas privados y buscar alternativas de financiamiento con el sistema bancario, con el fin de lograr el cierre financiero del Contrato" (de acuerdo con la imputación fáctica plasmada en el acta de formulación y aceptación de cargos del proceso en contra de Bernardo Miguel Elías Vidal que consta en el proceso con radicación No. 51833 de la Sala de Juzgamiento de la Corte Suprema de Justicia en sentencia proferida el 28 de febrero del 2018, citado, además, en el laudo arbitral de la Concesionaria Ruta del Sol II proferido por el Tribunal Arbitral correspondiente al proceso acumulado No. 4190 y 4209 páginas 464 y siguientes del citado laudo arbitral adelantado ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá).*

SEGUNDA. - *Como consecuencia de las declaraciones anteriores, declárese la nulidad de todos los actos contractuales derivados del Otrosí No. 1 al Contrato de APP No. 001 de 2014, suscrito el día 25 de noviembre del 2016 entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA y la sociedad NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial), esto es: (i) acta de terminación de 05 de octubre de 2017 (ii) acta de liquidación del 12 de octubre de 2017; y, en general, de la totalidad de los negocios jurídicos celebrados entre las partes en desarrollo y ejecución del citado Otrosí.*

TERCERA. - *Declárese que, la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA, como consecuencia de la declaración de nulidad absoluta del Otrosí No. 1 del Contrato de APP No. 001 del 2014, de fecha 25 de noviembre de 2016, celebrado entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA -CORMAGDALENA y la sociedad NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial), únicamente está obligada a reconocer y pagar a favor de ésta última las prestaciones contractuales ejecutadas y cumplidas hasta el momento de la firma del Otrosí No. 1 al Contrato de APP, siempre y cuando dichas prestaciones hayan beneficiado a CORMAGDALENA.*

CUARTA. - *Como consecuencia de las declaraciones anteriores, (i) se ordene liquidar nuevamente el Contrato de APP No. 001 del 2014 suscrito entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA y la sociedad NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial), en los términos previstos en el parágrafo 1 del artículo 20 de la ley 1882 del 2018, o las disposiciones legales pertinentes y (ii) se ordene la reversión de los bienes objeto de reversión en los términos estipulados en la cláusula 48 del Contrato de APP No. 001 de 2014 suscrito entre CORMAGDALENA y NAVELENA S.A.S (hoy en liquidación judicial), identificados en el hecho 78 de la demanda.*

QUINTA. - *Como consecuencia de la nueva liquidación del contrato de APP No. 001 del 2014 suscrito entre la CORPORACIÓN AUTONOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA y la sociedad NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial) en los términos solicitados, se ordene que las sociedades VALORES Y CONTRATOS - VALORCON S.A. EN REORGANIZACIÓN, CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT DE COLOMBIA S.A.S. EN LIQUIDACION JUDICIAL, ODEBRECHT PARTICIPACIONES E INVESTIMENTOS S.A. y CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. (sucursal Colombia), deben restituir a la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA: (i) las sumas que resulten a favor de ésta debidamente indexadas para la fecha del pago, junto con los intereses corrientes, desde la fecha de la sentencia y hasta cuando se realice el respectivo pago y (ii) los siguientes bienes objeto de reversión a los que se refiere el hecho número 78.*

SEXTA. - *Se condene en costas y agencias en derecho a los demandados: VALORES Y CONTRATOS - VALORCON S.A. EN REORGANIZACIÓN, CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT DE COLOMBIA S.A.S. EN LIQUIDACION JUDICIAL, ODEBRECHT PARTICIPACIONES E INVESTIMENTOS S.A. y CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. (sucursal Colombia).*

- ***SEGUNDA SUBSIDIARIA: PRETENSIONES RELACIONADAS CON LA NULIDAD DEL ACTA DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE APP SUSCRITA EL CINCO (5) DE OCTUBRE DEL DOS MIL DIECISIETE (2017) ENTRE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA Y LA SOCIEDAD NAVELENA S.A.S. (HOY EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL)***

PRIMERA. - *Que se declare la nulidad absoluta del Acta de Terminación del Contrato de APP No. 001 de 2014, suscrita el cinco (5) de octubre del dos mil diecisiete (2017) entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA y la sociedad NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial), por estar viciada por objeto ilícito al contener declaraciones contrarias a la ley y al orden público en relación con la reversión de los bienes que debían ser revertidos a CORMAGDALENA a la terminación del contrato. Lo anterior por cuanto: (i) se consideró que las partes debían efectuar la compensación por equivalente económico de los bienes objeto de reversión en consideración a la supuesta imposibilidad jurídica y material alegada por NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial) de que los elementos y bienes directamente afectados al proyecto fueran*

revertidos; y (ii) se estipuló que los bienes que tenía NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial) y/o su 'EPECISTA' (NAVELENA CONSORCIO CONSTRUCTOR) a título de arrendamiento financiero o leasing, no serían revertidos a CORMAGDALENA en virtud de la terminación anticipada, por considerar, erróneamente, que dichos bienes no podían ser revertidos, lo cual resulta contrario a lo exigido en el artículo 19 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 31 de la Ley 1508 de 2012.

SEGUNDA. - *Que se declare la nulidad absoluta por causa ilícita del Acta de Terminación del Contrato de APP No. 001 de 2014 suscrito entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA y la sociedad NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial), de fecha 05 de octubre de 2017, debido a que lo establecido en dicha acta buscó favorecer los intereses del Asociado y no consideró de ninguna manera el interés público que rige y es principio fundamental del régimen de la administración pública.*

TERCERA. - *Como consecuencia de la prosperidad de cualquiera de las pretensiones anteriores (o de ambas), declárese la nulidad de todos los actos contractuales derivados del Acta de Terminación del Contrato de APP No. 001 de 2014, suscrita el día 05 de octubre de 2017 entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA y la sociedad NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial), esto es: Acta de Liquidación del 12 de octubre de 2017; y, en general, de la totalidad de los negocios jurídicos celebrados entre las partes en desarrollo y ejecución de la citada Acta.*

CUARTA. - *Que se declare que, a la terminación del Contrato de APP No. 001 de 2014 suscrito entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA y la sociedad NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial), los bienes objeto de reversión que se encontraban en leasing o arrendamiento financiero a nombre de NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial) y/o su 'EPECISTA' (NAVELENA CONSORCIO CONSTRUCTOR), debían ser revertidos por el Asociado, de conformidad con la sección 48.01, literal b, numeral (v) del Contrato de APP No. 001 de 2014, de modo que NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial) y/o su 'EPECISTA' (NAVELENA CONSORCIO CONSTRUCTOR) tenía la obligación de asumir los costos de terminación anticipada del contrato de leasing, con el fin de transferir la propiedad de los bienes objeto de reversión a CORMAGDALENA.*

QUINTA. - *Que como consecuencia de la pretensión anterior, se ordene los cesionarios de NAVELENA S.A.S. EN LIQUIDACION JUDICIAL y a las sociedades que conforman NAVELENA CONSORCIO CONSTRUCTOR (VALORES Y CONTRATOS - VALORCON S.A. EN REORGANIZACIÓN, CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT DE COLOMBIA S.A.S. EN LIQUIDACION JUDICIAL, ODEBRECHT PARTICIPACIONES E INVESTIMENTOS S.A. y CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. (sucursal Colombia)), revertir a la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA – CORMAGDALENA todos los bienes objeto de reversión que se encontraban a título de leasing o arrendamiento financiero y debieron ser adquiridos por NAVELENA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL o su EPECISTA (NAVELENA CONSORCIO*

CONSTRUCTOR), para el desarrollo del objeto del Contrato de APP No. 001 de 2014, suscrito entre CORMAGDALENA y NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial), de acuerdo a lo estipulado en la sección 48.01 del Contrato de APP No. 001 de 2014, que corresponde a los bienes y elementos que se describen en el hecho número 78.

SEXTA. - *Que se ordene que, en caso de que los bienes objeto de reversión presenten estado de deterioro, fatiga o desgaste, superior al Apéndice 1 del Contrato de APP sobre Especificaciones de Construcción, las sociedades VALORES Y CONTRATOS - VALORCON S.A. EN REORGANIZACIÓN, CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT DE COLOMBIA S.A.S. EN LIQUIDACION JUDICIAL, ODEBRECHT PARTICIPACIONES E INVESTIMENTOS S.A. y CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. (sucursal Colombia), tienen la obligación de reemplazar, reparar y actualizar todos los bienes objeto de reversión que se encontraban a título de leasing o arrendamiento financiero y debieron ser adquiridos por NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial) o su EPECISTA (NAVELENA CONSORCIO CONSTRUCTOR), para el desarrollo del objeto del Contrato de APP No. 001 de 2014, suscrito entre CORMAGDALENA y NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial), en los términos de la sección 48 del Contrato de APP No. 001 del 2014 y que corresponden a los bienes y elementos que se describen en el hecho número 78.*

SÉPTIMA. - *Que, en caso de que a la fecha que determine el Tribunal no sea posible revertir los bienes objetos de reversión que se encontraban a título de leasing o arrendamiento financiero y debieron ser adquiridos por NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial) o su EPECISTA (NAVELENA CONSORCIO CONSTRUCTOR), se ordene a VALORES Y CONTRATOS - VALORCON S.A. EN REORGANIZACIÓN, CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT DE COLOMBIA S.A.S. EN LIQUIDACION JUDICIAL, ODEBRECHT PARTICIPACIONES E INVESTIMENTOS S.A. y CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. (sucursal Colombia) el pago a la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA del valor actualizado de los bienes que han debido revertirse.*

OCTAVA. - *Como consecuencia de las pretensiones anteriores, se ordene liquidar nuevamente el Contrato de APP No. 001 del 2014 suscrito entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA y la sociedad NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial), en los términos previstos en el Contrato de APP, especialmente lo dispuesto en la sección 48 del Contrato de APP No. 001 de 2014.*

NOVENA. - *Se condene en costas y agencias en derecho a las sociedades: VALORES Y CONTRATOS - VALORCON S.A. EN REORGANIZACIÓN, CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT DE COLOMBIA S.A.S. EN LIQUIDACION JUDICIAL, ODEBRECHT PARTICIPACIONES E INVESTIMENTOS S.A. y CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. (sucursal Colombia).*

- ***TERCERA SUBSIDIARIA: PRETENSIONES RELACIONADAS CON LA NULIDAD DEL ACTA DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE APP***

SUSCRITA EL DOCE (12) DE OCTUBRE DEL DOS MIL DIECISIETE (2017) ENTRE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA y LA SOCIEDAD NAVELENA S.A.S. (HOY EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL)

PRIMERA. - *Se declare que la liquidación del contrato APP No. 001 del 2014 suscrito entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA y la sociedad NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial), suscrita por éstas el día doce (12) de octubre del dos mil diecisiete (2017), contiene errores de hecho dirimentes, por estar viciado el consentimiento de la Entidad, al incluir dentro del acta para efectos de ser reconocidos, costos y gastos sin soporte contable que permitieran la identificación, individualización, relación de causalidad y constatación con los hechos económicos reales que debían soportarlos, lo cual generó un error en cuanto a la identidad del objeto del negocio jurídico: ítems y valores del acta de liquidación del contrato de APP No. 001 del 2014.*

SEGUNDA. - *Se declare que, como consecuencia de los errores de hecho dirimentes, por estar viciado el consentimiento en cuanto al objeto identificado en el Acta de Liquidación del contrato de APP No. 001 del 2014 suscrita entre CORMAGDALENA y NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial) el doce (12) de octubre del dos mil diecisiete (2017), ésta adolece de nulidad relativa.*

TERCERA. - *Como consecuencia de la declaración anterior, se ordene rehacer la liquidación del contrato de APP No. 001 del 2014, en los términos previstos en dicho contrato y las disposiciones legales pertinentes, excluyendo de la nueva liquidación todos aquellos costos y gastos que no cuenten con soporte contable que permita la identificación, individualización, relación de causalidad y contrastación con los hechos económicos reales y correspondan a costos y gastos directos del contrato de APP No. 001 del 2014, en concordancia con la cláusula 50.02 de dicho contrato.*

CUARTA. - *Como consecuencia de la pretensión anterior, esto es, como consecuencia de la nueva liquidación del contrato de APP No. 001 del 2014, se ordene a los demandados: VALORES Y CONTRATOS - VALORCON S.A. EN REORGANIZACIÓN, CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT DE COLOMBIA S.A.S. EN LIQUIDACION JUDICIAL, ODEBRECHT PARTICIPACIONES E INVESTIMENTOS S.A. y CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. (sucursal Colombia), a devolver a la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA-CORMAGDALENA, los mayores valores que resulten probados en este proceso y que hayan sido pagados a NAVELENA S.A.S. como consecuencia de la liquidación del contrato de APP No. 001 del 2014 realizada el 12 de octubre del 2017. El pago de los mayores valores que hayan sido pagados a NAVELENA S.A.S. y que resulten probados en el proceso, a favor de CORMAGDALENA y a cargo de los demandados como consecuencia de la nueva liquidación, deberá hacerse de la forma estipulada en la sección 50.07 literal (c) del contrato de APP No. 001 del 2014, junto con los intereses remuneratorios y moratorios pactados en las cláusulas 50.07 literal (c) y 53.01 literal (b) del contrato de APP No. 001 del 2014.*

QUINTA. - *Se condene en costas y agencias en derecho a los demandados: VALORES Y CONTRATOS - VALORCON S.A. EN REORGANIZACIÓN,*

CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT DE COLOMBIA S.A.S. EN LIQUIDACION JUDICIAL, ODEBRECHT PARTICIPACIONES E INVESTIMENTOS S.A. y CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. (sucursal Colombia).

- ***CUARTA SUBSIDIARIA: PRETENSIONES RELACIONADAS CON LA RELIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE APP NO. 001 DE 2014 SUSCRITO ENTRE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA y LA SOCIEDAD NAVELENA S.A.S. (HOY EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL)***

PRIMERA. - *Que se declare que la liquidación del contrato APP No. 001 del 2014 suscrito entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA y la sociedad NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial), suscrita por éstas el día doce (12) de octubre del dos mil diecisiete (2017), incluyó costos y gastos sin soporte contable que permitieran la identificación, individualización, relación de causalidad y constatación con los hechos económicos reales que debían soportarlos.*

SEGUNDA. - *Que se declare que como consecuencia de lo anterior el Acta de Liquidación del Contrato de APP No. 001 de 2014 suscrita entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA y la sociedad NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial), suscrita por éstas el día doce (12) de octubre del dos mil diecisiete (2017) debe rehacerse.*

TERCERA. - *Que como consecuencia de lo anterior se declare que el Acta de Liquidación del Contrato de APP No. 001 de 2014 suscrita entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA y la sociedad NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial), suscrita por éstas el día doce (12) de octubre del dos mil diecisiete (2017) no produce efectos.*

CUARTA. - *Se condene en costas y agencias en derecho a los demandados: VALORES Y CONTRATOS - VALORCON S.A. EN REORGANIZACIÓN, CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT DE COLOMBIA S.A.S. EN LIQUIDACION JUDICIAL, ODEBRECHT PARTICIPACIONES E INVESTIMENTOS S.A. y CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. (sucursal Colombia).*

5.2. La oposición de los convocantes a la demanda de reconvención

5.2.1. La oposición de ODEBRECHT PARTICIPACIONES E INVESTIMENTOS, CNO S.A. SUCURSAL COLOMBIA y CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT DE COLOMBIA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN

Las mencionadas sociedades convocantes formularon las siguientes excepciones de mérito:

A. Falta de competencia del Tribunal por inexistencia de pacto arbitral.

B. Falta de legitimación en la causa por pasiva.

C. Caducidad.

D. No hay prueba de que el Contrato APP ni el Otrosí no. 1 hayan sido suscritos con abuso o desviación de poder.

E. Imposibilidad de reclamar una nueva liquidación del contrato por falta de salvedades en el acta de liquidación.

F. NAVELENA S.A.S. no recibió sumas en exceso en la liquidación del Contrato APP.

G. Violación de los principios de buena fe, respeto por el actopropio y confianza legítima.

H. Excepción genérica.

5.2.2. La oposición de VALORES Y CONTRATOS S.A. VALORCON S.A. EN REORGANIZACIÓN

La mencionada sociedad convocante formuló las siguientes excepciones de mérito:

Excepción 1: De la falta de legitimación en la causa por pasiva (material).

Excepción 2: El Contrato APP 001 de 2014 se encuentra ajustado al ordenamiento jurídico, goza de todas las condiciones de validez y no se encuentra configurada causal alguna de nulidad absoluta.

Excepción: 3. No se configura en el Contrato APP 001 de 2014 la causal de nulidad absoluta objeto y causa ilícita originado en el abuso y la desviación de poder.

Excepción: 4. El Otrosí No. 1, de 25 de noviembre de 2016, suscrito al Contrato APP 001 de 2014, se encuentra ajustado al ordenamiento jurídico, goza de todas las condiciones de validez – No se encuentra configurada la causal de objeto y causa ilícita originada en el abuso y la desviación de poder.

Excepción: 5. El acta de terminación del Contrato APP 001 de 2014 no contiene declaraciones contrarias a la ley y el orden público y no tuvo como causa favorecer los intereses del asociado, sin considerar el interés público que rige y es principio fundamental del régimen de la administración pública.

Excepción: 6. Improcedencia de la declaración de nulidad relativa del acta de liquidación del 12 de octubre de 2017 al Contrato de APP 001 de 2014 por no existir vicio de consentimiento alguno de Cormagdalena en su suscripción.

Excepción: 7. Improcedencia de la revisión y/o modificación jurisdiccional del Acta de Liquidación bilateral e improcedencia de la reliquidación del Contrato APP 001 de 2014.

Excepción: 8. No existe en la reforma de la demanda en reconvención los elementos fácticos y jurídicos necesarios para que proceda el descorre del levantamiento del velo

corporativo de la sociedad NAVELENA S.A.S. (en Liquidación), ni para que la misma figura sea declarada oficiosamente por el tribunal arbitral.

5.2.3. La oposición de NAVELENA S.A.S. HOY LIQUIDADA

Esta sociedad, vinculada como litisconsorte necesario de la parte convocante, formuló las siguientes excepciones de mérito:

Frente a las pretensiones principales: Inexistencia de abuso o desviación de poder en la celebración del contrato APP 001 de 2014 y, por consiguiente, por esta misma razón, el contrato no estuvo viciado de nulidad absoluta.

Frente a las primeras pretensiones subsidiarias: Inexistencia de abuso o desviación de poder en la celebración del otrosí No. 1 a contrato APP 001 de 2014 y, por consiguiente, por esta misma razón, el contrato no estuvo viciado de nulidad absoluta.

Frente a las segundas pretensiones subsidiarias: Validez del Acta de Terminación por mutuo acuerdo del contrato APP 001 de 2014.

Frente a las terceras pretensiones subsidiarias: Ausencia de error que pueda conducir a la nulidad relativa del negocio jurídico de liquidación del contrato APP 001 de 2014.

Frente a las cuartas pretensiones subsidiarias: La posibilidad de rehacer la liquidación no se reservó en el acto de liquidación del 12 de octubre de 2017.

Cualquiera otra excepción de mérito que apareciere probada.

5.3. Los hechos de la demanda de reconvención

Aunque el Tribunal ha considerado todo el contenido y la literalidad de los hechos de la demanda de reconvención, el fundamento fáctico narrado por la convocada, puede sintetizarse así:

Hechos relacionados con la naturaleza de Cormagdalena

CORMAGDALENA es una entidad creada en virtud del artículo 331 de la Constitución Política de Colombia y regida por la Ley 161 de 1994. Es un ente corporativo especial del orden nacional con autonomía administrativa, presupuestal y financiera, dotado de personería jurídica propia, que funciona como una Empresa Industrial y Comercial del Estado y está sometida a las reglas de las Sociedades Anónimas. Su objeto es la recuperación de la navegación y de la actividad portuaria, la adecuación y conservación de tierras, la generación y distribución de energía, así como el aprovechamiento sostenible y la preservación del medio ambiente, los recursos ictiológicos y demás recursos naturales renovables.

Hechos relacionados con el proceso de selección y adjudicación para el proyecto de recuperación de la navegabilidad del Río Magdalena

CORMAGDALENA realizó estudios y diseños para los sectores Puerto Salgar/La Dorada − Puerto Berrío y Puerto Berrío − Barrancabermeja y entre Barrancabermeja y Bocas de Ceniza, que buscaban garantizar la

navegabilidad en la Hidrovía a partir de obras de encauzamiento y de dragado, así como estudios de demanda de transporte en el Río Magdalena.

Para el desarrollo del Proyecto, CORMAGDALENA optó por implementar un esquema de Asociación Público Privada (APP), en los términos de la Ley 1508 de 2012 y el Decreto Reglamentario 1467 de 2012.

CORMAGDALENA convocó al público en general para conformar una lista limitada de Inversionistas Precalificados, con quienes fue realizada la Fase de Diálogo Competitivo.

El 6 de agosto de 2013 el Consejo Nacional de Política Económica y Social expidió el documento CONPES 3758 que adoptó el Plan para restablecer la Navegabilidad del Río Magdalena.

La viabilización, priorización y aprobación del proyecto se dio en virtud del Acuerdo No. 001 del 28 de agosto de 2013 del Órgano Colegiado de Administración y Decisión (OCAD) de los Municipios Ribereños del Río Grande de la Magdalena y Canal del Dique, modificado mediante el Acuerdo No. 002 del 25 de septiembre de 2013; el Acuerdo No. 12 del 1° de noviembre de 2013 del OCAD de la Región Centro Oriente, modificado mediante el Acuerdo No. 18 del 25 de marzo de 2.014; y el Acuerdo No. 008 del 3 de enero de 2014 del OCAD Regional Eje Cafetero y Antioquia.

El 10 de abril de 2014 el Ministerio de Hacienda y Crédito Público aprobó la valoración de las obligaciones contingentes.

El 14 de abril de 2014 el Departamento Nacional de Planeación emitió concepto favorable sobre la justificación de la utilización del mecanismo de APP.

El 29 de abril de 2014 el Ministerio de Hacienda y Crédito Público comunicó la no objeción a las condiciones financieras y cláusulas contractuales.

El 2 de mayo de 2014 el Consejo Nacional de Política Fiscal -CONFIS- otorgó la autorización a CORMAGDALENA para contraer obligaciones con cargo al compromiso de vigencias fiscales futuras.

El 23 de mayo de 2014 el Consejo Nacional de Política Fiscal -CONFIS- otorgó aval fiscal.

Mediante Resolución No. 00054 del 18 de febrero de 2014 de CORMAGDALENA fue declarado de utilidad pública e interés social el Proyecto y el 26 de mayo de 2014, mediante Resolución 000164 abrió la Licitación Pública.

El 25 de Julio de 2014 el único precalificado que presentó su Propuesta para ser seleccionado como Asociado para el Proyecto fue: Interesado Plural Promesa de Constitución de Sociedad de Objeto Único NAVELENA S.A.S., por lo que mediante Resolución Número 262 del 15 de agosto de 2014 se le adjudicó el Contrato.

Mediante Escritura Pública Número 1230 de la Notaria 26 de Bogotá D.C. del 20 de agosto de 2014 se constituyó la sociedad NAVELENA S.A.S. en cumplimiento de lo dispuesto en las Bases de Precalificación y en el Pliego de Condiciones, así como de la Promesa de Constitución de Sociedad de Objeto Único.

El 12 de septiembre de 2014 el representante legal de NAVELENA remitió las certificaciones bancarias que le otorgaron cupos de crédito en firme, por USD$60.000.000, así como la copia de las Actas de Junta Directiva de las entidades bancarias otorgantes que demostraban su aprobación.

En el proceso penal seguido contra el exsenador Bernardo Miguel Elías Vidal la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sala de Juzgamiento le imputó cargos en donde se ponen de presente varias actuaciones del procesado que tienen que ver con asuntos relacionados con el grupo Odebrecht, dentro de los cuales se encuentra "*el contrato para la recuperación de la navegabilidad del río Magdalena*".

Hechos relacionados con la suscripción del Contrato de APP No. 001 de 2014 suscrito entre CORMAGDALENA y NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial)

El 13 de septiembre de 2014 CORMAGDALENA y NAVELENA suscribieron el Contrato de APP No. 001 de 2014, que se ejecutaría en tres etapas: i) Etapa de Preconstrucción, ii) Etapa de Construcción y iii) Etapa de Administración. El plazo de duración sería de 162 meses contados a partir de la suscripción del Acta de inicio, la cual se suscribió el 11 de diciembre de 2014.

Hechos relacionados con la Etapa de Preconstrucción del Contrato de APP No. 001 de 2014 suscrito entre CORMAGDALENA y NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial)

NAVELENA debía acreditar el Cierre Financiero del Proyecto como requisito para poder iniciar la Etapa de Construcción, pero para el 11 de junio de 2016 no lo acreditó.

CORMAGDALENA dio inicio a un procedimiento administrativo sancionatorio. Una vez surtida la audiencia correspondiente, el día 30 de junio de 2016, como consecuencia de los incumplimientos detectados relacionados con la obligación de obtención del Cierre Financiero, CORMAGDALENA expidió la Resolución No. 000179 mediante la cual resolvió declarar el incumplimiento e imponer multa. Esta fue confirmada mediante Resolución No. 203 del 13 de julio de 2016.

El 14 de julio de 2016 CORMAGDALENA citó al Asociado a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, con el fin de adelantar el procedimiento previsto para la declaratoria de caducidad. El 30 de agosto siguiente el Asociado compareció a la audiencia y en aplicación de lo previsto en el Contrato, presentó para consideración de CORMAGDALENA un Plan de Acción y un cronograma consagrando el esquema a ser implementado para subsanar el incumplimiento imputado y en esa medida obtener el Cierre Financiero del Proyecto.

Hechos relacionados con la suscripción del Otrosí No. 1 al Contrato de APP No. 001 del 2014 suscrito entre CORMAGDALENA y Navelena S.A.S. (hoy en liquidación judicial)

De acuerdo con el acta de formulación y aceptación de cargos del proceso en contra de Bernardo Miguel Elías Vidal, ese entonces senador de la República, *"gestionó reuniones privadas entre posibles contratistas, funcionarios de la ANI y Cormagdalena para que permitieran la participación contractual de dichos inversionistas privados y buscar alternativas de financiamiento con el sistema bancario, con el fin de lograr el cierre financiero del contrato*".

Como parte del plan de acción propuesto por el Asociado, se contempló la vinculación de posibles inversionistas interesados en invertir en el Proyecto, a través de la adquisición de participación accionaria en el Asociado, así como la obtención de un contrato de *underwriting* en firme.

CORMAGDALENA accedió a la solicitud presentada por el Asociado en el sentido de otorgar un plazo adicional para la obtención del Cierre Financiero, no obstante lo cual supeditó su aprobación al cumplimiento de unas condiciones identificadas por la entidad en la audiencia que tuvo lugar el día 21 de noviembre de 2016, y entre las que se encuentra la suscripción del Otrosí No. 1. El 30 de agosto de 2016 CORMAGDALENA decidió suspender la continuación de la audiencia para hacer seguimiento al cumplimiento del Plan de Acción y del cronograma aprobados para la consecución del Cierre Financiero del Proyecto.

Para efectos de garantizar la no interrupción en la prestación de los servicios públicos afectos al Proyecto, las partes convinieron modificar el Contrato de APP, cuya aplicación quedó supeditada a que quedara ejecutoriado el acto administrativo mediante el cual se declaró la caducidad.

Las partes accedieron a acordar la regulación excepcional que se consagra en el Otrosí, con el propósito de garantizar los Indicadores de Nivel de Servicio, el cual fue firmado el 25 de noviembre de 2016.

Al suscribirse el otrosí, la condición de acreditación del cierre financiero el asociado automáticamente quedó facultado para acreditarlo en fecha posterior a la inicialmente pactada.

Hechos relacionados con la declaratoria de caducidad del Contrato de APP No. 001 de 2104, su terminación y liquidación

El 15 de diciembre de 2016 el Asociado allegó los documentos exigidos para acreditar el cierre financiero, dentro de los cuales se encontraba la *"oferta irrevocable de financiación*" para el Proyecto, suscrita por parte SUMITOMO MITSUI BANKING CORPORATION (SMBC).

El 16 de diciembre de 2016, reanudada la audiencia de declaratoria de caducidad, CORMAGDALENA expidió la Resolución No. 000481 por medio de la cual se declaró la cesación y archivo del proceso administrativo sancionatorio.

Es un hecho notorio el escándalo generado por los hechos de corrupción del Grupo ODEBRECHT a nivel latinoamericano y que tuvo especial trascendencia en Colombia a partir de diciembre de 2016. No obstante, en procesos como el de pérdida de investidura del exsenador Bernardo Miguel Elías Vidal y Plinio Becerra, el proceso penal en contra del exsenador Bernardo Miguel Elías Vidal, o el proceso penal adelantado contra Federico Gaviria Velásquez, se puede apreciar que los hechos que dieron lugar a dicho escándalo de corrupción sucedieron con antelación al año 2016.

El 2 de enero de 2017, CORMAGDALENA solicito al director de SMBC la "*expedición de una manifestación por parte de SMBC sobre la OFERTA IRREVOCABLE DE FINANCIACIÓN*" con respecto al Contrato de APP No. 001 de 2014. En respuesta, el 26 de enero de 2017 SMBC informó que no había obtenido las autorizaciones internas para seguir con la financiación del proyecto y declaró como no cumplidas las condiciones para el otorgamiento de la financiación y, por lo tanto, extinguida la oferta de crédito.

Una vez surtido el procedimiento legal, CORMAGDALENA expidió Resolución No. 00078 de 2017 por la cual se declaró el incumplimiento grave de las obligaciones y la caducidad del Contrato, la cual fue confirmada el 17 de abril de 2017 mediante Resolución No. 00102.

El 5 de octubre CORMAGDALENA, NAVELENA y CONSORCIO MAGDALENA firmaron el Acta de Terminación del Contrato de APP.

Hechos relacionados con el acta de terminación del Contrato de APP 001 de 2014, suscrito entre CORMAGDALENA y NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial) del 05 de octubre de 2017

El 30 de junio de 2017, la Interventoría requirió al Asociado para que informara cómo iba a proceder frente a los equipos faltantes y como iba a garantizar la efectiva reversión de dichos bienes. Como respuesta NAVELENA expresó que "*no cuenta con elementos jurídicos ni financieros para a través de nuestro contratista EPC y de su compañía de leasing, realizar el traslado de propiedad de los citados equipos".* Por lo anterior, la Interventoría reiteró la solicitud.

La Interventoría identificó que algunos de los bienes que por disposición legal debían ser revertidos a la Nación se encontraban bajo la modalidad de contratos de leasing suscritos por NAVELENA CONSORCIO CONSTRUCTOR, con quien NAVELENA había suscrito el contrato EPC para el diseño, suministro y construcción de las obras, así como la ejecución de los servicios operativos y de asistencia a la navegación.

Conforme con el Acta de Terminación del contrato de APP de 5 de octubre de 2017, NAVELENA expresó que, como consecuencia de los retrasos en el pago en los contratos de leasing por parte de NAVELENA CONSORCIO CONSTRUCTOR, este había perdido la tenencia material de los bienes objeto de reversión. En el Acta de Terminación se señaló que las partes debían efectuar la compensación por equivalente económico de los bienes objeto de reversión.

Para la fecha del Acta de Terminación NAVELENA S.A.S. no entregó el avalúo de los bienes a revertir, de modo que se estableció que el valor de adquisición

de los bienes sería de $18.648.390.449,92, de acuerdo con las facturas aportadas por el Asociado.

Para determinar los bienes objeto de reversión y el valor de adquisición de los mismos, se tomó como referencia el inventario entregado por la Supervisora del Contrato de Interventoría.

En el Acta de Terminación se hicieron salvedades por parte de CORMAGDALENA, NAVELENA y CONSORCIO MAGDALENA.

Hechos relacionados con el Acta de Liquidación del Contrato de APP 001 de 2014 suscrito entre CORMAGDALENA y NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial) del 12 de octubre de 2017

La Auditoría realizada por la Contraloría General de la República al Contrato de APP declaró la no conformidad sobre los valores reconocidos, detectó situaciones de incumplimiento y otras circunstancias que llamaron su atención.

En el Informe de Estados Financieros Auditados, el Auditor Independiente PWC, se abstuvo de dar una opinión debido a que "*no nos fue posible obtener evidencia de auditoría suficiente y apropiada que nos proporcionara una base para nuestra opinión de auditoría".*

De conformidad con el Contrato de APP, cuando surja la obligación de pago a cargo del Asociado y a favor de CORMAGDALENA en virtud de la terminación anticipada del Contrato, aquel debe pagar la obligación con los saldos disponibles en la subcuenta principal del Fideicomiso y si allí no hubiere saldo, tendrá un plazo de 12 meses para pagar el 50% del monto correspondiente y un año adicional para el saldo del remanente. Durante estos periodos se reconocerá un interés del DTF más 5% y para todos los casos de mora una tasa equivalente al DTF más diez puntos porcentuales (10%).

5.4. Contestación a los hechos de la demanda de reconvención

5.4.1. Pronunciamiento de CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT DE COLOMBIA S.A.S. HOY LIQUIDADA, ODEBRECHT PARTICIPACIONES E INVESTIMENTOS y CNO S.A. −SUCURSAL COLOMBIA− EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL

Aunque el Tribunal ha considerado para su decisión todo el contenido y la literalidad del pronunciamiento de las referidas convocantes sobre los hechos de la reconvención, conviene destacar el siguiente resumen:

Hechos relacionados con la naturaleza de CORMAGDALENA

Son ciertos los hechos sobre la naturaleza de CORMAGDALENA.

Hechos relacionados con el proceso de selección y adjudicación para el Proyecto deRecuperación de la navegabilidad del Río Magdalena

Es cierto que CORMAGDALENA ha realizado estudios y diseños preliminares para algunossectores del Río Magdalena. El Gobierno Nacional dejó en manos de CORMAGDALENA este proyecto, tal vez uno de los más

importantes para el desarrollo de país, por lo que no puede ahora alegar su desconocimiento y por ende negligencia propia, al firmar el Acta de Terminación del Contrato.

CORMAGDALENA pretende que se declare nulo el Contrato por haberse adjudicado a NAVELENA, supuestamente como producto de la influencia del exsenador Bernardo Elías mientras reconoce que la propuesta de Navelena era la más favorable.

CORMAGDALENA ha confesado reiteradamente que la adjudicación del Contrato fue legal y transparente, en franca y abierta contradicción con sus pretensiones de nulidad.

CORMAGDALENA hace una transcripción parcial del contenido de una sentencia, insinuando que el contenido del texto transcrito habría sido validado y refrendado por la Corte al condenar al exsenador Bernardo Miguel Elías. Sin embargo, el texto citado corresponde exclusivamente a la imputación fáctica y a la aceptación de cargos del procesado ante la Sala de Instrucción, donde no se afirma con probabilidad de certeza ni de otro modo que elContrato APP No. 001 de 2014 fue adjudicado por virtud de un acto de corrupción en la sentencia anticipada emitida por la Corte, sin que ello corresponda a hechos adicionales verificados por la Corte en su fallo.

El texto transcrito ni siquiera sugiere que la suscripción del Contrato APP hubiera sido influenciada por el exsenador Bernardo Miguel Elías, sino que éste únicamente habría coordinado unas reuniones para conseguir inversionistas que permitieran a NAVELENA lograr el cierre financiero del Proyecto. A pesar de la gravedad de lo denunciado, CORMAGDALENA no precisó las circunstancias de tiempo, modo o lugar en que el procesado habría influido en la adjudicación del Contrato a favor de NAVELENA. CORMAGDALENA tampoco señaló qué otros funcionarios públicos habrían estado involucrados en la supuesta trama corrupta.

Hechos relacionados con la suscripción del Contrato de APP No. 001 de 2014 suscrito entre CORMAGDALENA y Navelena S.A.S. (Hoy en liquidación judicial)

Son ciertos los hechos relacionados con la suscripción del Contrato de APP.

Hechos relacionados con la Etapa de Pre construcción del Contrato de APP No. 001 de 2014 suscrito entre CORMAGDALENA y NAVELENA S.A.S. hoy en liquidación judicial

NAVELENA S.A.S. presentó serios argumentos para desmentir las acusaciones de la interventoría y Cormagdalena.

No es cierto que NAVELENA incumplió el Contrato. Los documentos, intervenciones y pruebas aportadas por NAVELENA a lo largo del procedimiento administrativo sancionatorio demuestran lo contrario.

Es cierto que NAVELENA presentó públicamente un plan de acción para atender las inquietudes de CORMAGDALENA y continuar con la ejecución del Contrato. Lo anterior es prueba de que NAVELENA actuó siempre de buena

fe y colaboró activamente con la Entidad para sacar el Proyecto adelante.

Hechos relacionados con la suscripción del Otrosí No. 1 al Contrato de APP No. 001 de 2014 suscrito entre CORMAGDALENA y NAVELENA S.A.S. hoy en liquidación judicial

Lo único que podría concluirse del acta de imputación y aceptación de cargos de la Sala de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia a Bernardo Miguel Elías Vidal, es que éste habría gestionado reuniones para conseguir inversionistas e institucionesfinancieras que permitieran el cierre financiero. No se desprende que el condenado exsenador haya influido ilegalmente en la suscripción del Otrosí No. 1.

Es cierto que entre las alternativas propuestas por NAVELENA se incluyó la vinculación de inversionistas y la suscripción de contratos que brindaran mayores garantías al sistema financiero y que permitieran la atención de las observaciones de CORMAGDALENA al cierre financiero del Contrato. En desarrollo de esta propuesta, NAVELENA presentó a decenas de inversionistas para el proyecto con la única finalidad de cumplir con lo acordado en materia de financiación. Lo anterior prueba la buena fe de NAVELENA en la ejecución del Contrato.

CORMAGDALENA confiesa que los plazos adicionales concedidos a NAVELENA tuvieron como objeto y finalidad garantizar el servicio público de navegabilidad del Río Magdalena y, por lo tanto, las modificaciones relativas a la obtencióndel cierre financiero del Contrato no tuvieron objeto ni causa ilícita, sino que estuvieron orientadas a garantizar el bien común.

No es cierto que con la firma del Otrosí No. 1 se hubiera cumplido *"la condición para que se ampliara el plazo en favor del Asociado para acreditar el cierre financiero del proyecto".* Esta fue apenas una de las condiciones legítimamente impuestas por CORMAGDALENA para acceder a la modificación del plazo para la acreditación del cierre financiero.

Hechos relacionados con la declaratoria de caducidad del Contrato de APP No. 001 de 2014 suscrito entre CORMAGDALENA y NAVELENA S.A.S. hoy en liquidación judicial

La "oferta irrevocable de financiación" con la cual NAVELENA acreditó el cumplimiento del cierre financiero fue emitida por una prestigiosa entidad financiera en cumplimiento de los requisitos acordados con CORMAGDALENA.

NAVELENA cumplió con sus obligaciones en relación con elcierre financiero de acuerdo con lo estipulado en el contrato y en la ley.

No es cierto que sea un hecho notorio el *"escándalo por los hechos de corrupción del Grupo ODEBRECHT".* Lo cierto es que algunas empresas y funcionarios asociados a la marca Odebrecht estuvieron vinculados a procesos penales relacionados con hechos de corrupción en distintos países de américa latina, incluyendo Colombia y que Odebrecht, ha colaborado con la justicia colombiana, norteamericana y la de varios países de América Latina, entregando las pruebas que encontró en los archivos de los funcionarios que

realizaron las reprobables conductas. Por esta razón en varias de esas jurisdicciones están ejecutando contratos muy importantes en el sector de infraestructura, que se han realizado bajo reglas muy estrictas de *compliance,* con el objetivo de que no se pierda para la ingeniería, una empresa con indudables calificaciones de excelencia en ese campo, por hechos aislados de funcionarios respecto de los cuales fueron tomadas las medidas pertinentes.

CORMAGDALENA confiesa haber provocado la revocatoria de la oferta "irrevocable" de financiación por parte de SMBC.

No es cierto que NAVELENA no acreditó el cierre financiero. Como lo confiesa CORMAGDALENA, NAVELENA cumplió las condiciones acordadas para lograr el cierre financiero del Proyecto, mediante la entrega de una "oferta irrevocable de financiación" expedida por una entidad financiera reconocida a nivel mundial, independientemente de que luego SMBC hubiera hecho lo impensable, al revocar una oferta que según sus propios términos era irrevocable. NAVELENA no es responsable del incumplimiento de lo acordado por parte de SMBCcon base en la supuesta falta de autorizaciones internas. Todo lo anterior es objeto de un proceso judicial que hoy cursa en la jurisdicción contencioso administrativa en contra de las resoluciones que declararon finalmente la caducidad del Contrato APP.

El Acta de Terminación no habría sido suscrita sino hasta 6 mesesdespués de la terminación del Contrato APP con salvedades por parte de NAVELENA.

Hechos relacionados con el Acta de Terminación del Contrato de APP No. 001 de2014 suscrito entre CORMAGDALENA y NAVELENA S.A.S. hoy en liquidación judicial

NAVELENA puso de presente cómo la falta de respuestade CORMAGDALENA respecto de la forma de compensar el pago de los bienes objeto de reversión, entre otras cosas, había impedido la liquidación oportuna del contrato e imposibilitado la readquisición de los equipos correspondientes.

CORMAGDALENA aspiraba a recibir los bienes objeto de reversión sin reconocer el costo de los mismos dentro de la variable ARi de la fórmula de liquidación del Contrato, sin ninguna justificación ni fundamento legal o contractual. Al final, CORMAGDALENA impuso sus condicionesen contra de la voluntad de NAVELENA al descontar el valor de los bienes objeto de reversión como si fueran nuevos, sin reconocer el valor de adquisición de los mismos como costo de la etapa precontractual. Es cierto que el contratista EPC era el tenedor de algunos de los bienes utilizados para la ejecución del Contrato APP con fundamento en contratos de leasing. Esta posibilidad no solo estaba autorizada por el Contrato APP, sino que además corresponde a una práctica común.

Ni CORMAGDALENA ni la interventoría cuestionaron la imposibilidad de restituiren especie los bienes objeto de reversión y fueron éstas justamente quienes fijaron unilateralmente el valor que le dieron a los bienes objeto de reversión sin tener en cuenta quese trataba de bienes usados. Tuvieron en consideración las facturas de adquisición de los equipos como nuevos, sin ninguna clase de deducción por su uso o depreciación.

Es cierto que NAVELENA no entregó un avalúo de los bienes pues para la fecha del Acta de Terminación tanto NAVELENA como el contratista EPC habían perdido la tenencia material de los equipos. Naturalmente, la imposibilidad material de verificar el estado de los equipos impedía hacer un avalúo sobre los mismos.

No es cierto que la valoración de los bienes objeto de reversión fue realizado conforme a un inventario elaborado por la Ingeniera Claudia Sofía Martínez, como lo confiesa CORMAGDALENA en el hecho 77, los bienes fueron valorados conforme a las facturas de compra.

Es cierto que CORMAGDALENA, NAVELENA y el Consorcio Magdalena declararon la existencia de una imposibilidad jurídica y material de revertir los bienes asociados al Proyecto,pues para ese momento la propiedad y tenencia legítima les correspondía a las entidades financieras que los adquirieron.

Es cierto que NAVELENA S.A.S. dejó constancias e hizo salvedades al Acta de Terminación.

A pesar de que en el Acta de Terminación se hace mención a unas supuestas salvedades por parte de CORMAGDALENA o la interventoría, en el expediente no hay prueba de su existencia ni de que los documentos allí relacionados estén anexos al Acta de Terminación.

Hechos relacionados con el Acta de Liquidación del Contrato de APP 001 de 2014 suscrito entre CORMAGDALENA y NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial) del 12 de octubre de 2017

CORMAGDALENA ha rechazado explícitamente las conclusiones del informe de la Contraloría General de la República que hoy cita en apoyo de sus pretensiones. Ha sido enfática en manifestar que, en su leal saber y entender, todos los costos reconocidos en la liquidación del Contrato APP están debidamente soportados desde el punto de vista contable y su reconocimiento fue producto de una decisión consciente de la Entidad basada en lo estipulado en el Contrato.

CORMAGDALENA desconoce su propia defensa al Acta de Liquidación ante los entes de control y utiliza el mismo informe de auditoría, que en su momento desmintió, para formular sus pretensiones prueba que contradice sus actos propios.

CORMAGDALENA se opuso al contenido y alcance del informe de auditoría citado, manifestando sin ningún asomo de duda que los costos reconocidos en el Acta deLiquidación, incluyendo los costos a los que se refiere esta cita, estaban todos debidamente soportados desde el punto de vista contable y contractual.

5.4.2. Pronunciamiento de VALORCON S.A. EN REORGANIZACIÓN

Aunque el Tribunal ha considerado para su decisión todo el contenido y la literalidad del pronunciamiento de la mencionada convocante sobre los hechos de la reconvención, conviene destacar el siguiente resumen:

Frente a los hechos relacionados con la naturaleza de la Corporación Autónoma Regional del Río Magdalena – CORMAGDALENA

Son ciertos los hechos relacionados con la naturaleza de CORMAGDALENA.

Frente a los hechos relacionados con el proceso de selección y adjudicación para el Proyecto de Recuperación de la navegabilidad del Río Magdalena

Son básicamente ciertos los hechos relacionados con el proceso de selección. Sin embargo, ese proceso también comprendió la realización de las siguientes actividades previstas en el Protocolo de Diálogo Competitivo comunicado a los Inversionistas Precalificados: realización de observaciones a la minuta contractual por parte de los Inversionistas Precalificados; respuesta a las observaciones por parte de CORMAGDALENA; reuniones individuales y colectivas sobre aspectos técnicos, financieros, de riesgos y legales delproyecto; reuniones individuales sobre exposición de los resultados del mismo Diálogo Competitivo de CORMAGDALENA frente a los Precalificados, entre otras.

CORMAGDALENA reconoce que la propuesta seleccionada para la ejecución de proyecto fue la más favorable entre los Precalificados. De los tres precalificados solo NAVELENA presentó la oferta. Los demás pusieron de presente su desistimiento en la presentación de la oferta, derivados de factores como la certeza de la disponibilidad de la financiación del proyecto y la falta de condiciones favorables que permitieran de forma razonable la asunción de riesgos derivados de dicho proyecto. Manifiesta CORMAGDALENA que adjudicó el contrato dentro de los trámites legalescorrespondientes.

La constitución de la sociedad NAVELENA tuvo origen en una de las exigencias previstas por la base de precalificación, que preveía la necesidad de constituir una sociedad de objeto único.

En la imputación fáctica plasmada en el acta de formulación y aceptación de cargos del proceso en contra de Bernardo Miguel Elías Vidal en el proceso de la Sala de Juzgamiento de la Corte Suprema de Justicia, no hay ninguna mención a situaciones en las cuales se pudiera corroborar intervención alguna en el Proyecto para la Navegabilidad del Río Magdalena. Tampoco hay señalamiento alguno hacia los funcionarios de CORMAGDALENA que habrían sido presuntamente influenciados, o el contexto o las circunstancias en las que ello habría ocurrido, o cómo estos,siendo los únicos competentes para hacerlo, beneficiaron a NAVELENA en el proceso de selección. Por el contrario, como se señala en los hechos de la demanda en reconvención, el Proyecto se adjudicó con base en los parámetros legales correspondientes y ajustándose a un proceso de selección objetiva, del cual participó CORMAGDALENA directamente. De la sentencia referida, se evidencia que tanto las pruebas como los hechos por los cuales el ex Senador fue condenado correspondieron a hechos ilícitos en el marco del proyecto Ruta del Sol II, y no del Proyecto para la Navegabilidad del Río Magdalena, frente al cual solo hay menciones aleatorias, y no hechos que acrediten la existencia de delitos en su adjudicación y ejecución.

Frente a los hechos relacionados con la suscripción del Contrato de APP No. 001 de 2014 suscrito entre CORMAGDALENA y NAVELENA S.A.S. (hoy en

liquidación judicial)

Son ciertos los hechos relacionados con la suscripción del Contrato de APP.

Frente a los hechos relacionados con la Etapa de Preconstrucción del Contrato de APP No. 001 de 2014 suscrito entre CORMAGDALENA y NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial.)

Básicamente son ciertos los hechos relacionados con la etapa de Preconstrucción.

Frente a los hechos relacionados con la suscripción del Otrosí No. 1 al Contrato de APP No. 001 del 2014, suscrito entre CORMAGDALENA y NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial)

De la imputación fáctica plasmada en el acta de formulación y aceptación de cargos del proceso en contra de Bernardo Miguel Elías Vidal que consta en el proceso de la Sala de Juzgamiento de la Corte Supremade Justicia, en sentencia proferida el 28 de febrero del 2018, solo se puede concluir que el exSenador habría gestionado reuniones para conseguir inversionistas e instituciones financieras que permitieran el cierre financiero. Ninguna de las manifestaciones de la imputación, ni la correspondiente sentencia de la Corte Suprema, siquiera sugieren que el condenado exsenador hubiera influido efectivamente de forma ilegal en la suscripción del Otrosí No. 1.

Entre las alternativas propuestas por NAVELENA S.A.S. se incluyó la vinculación de inversionistas y la suscripción de contratos quebrindaran mayores garantías al sistema financiero y que permitieran la atención de las observaciones de CORMAGDALENA al cierre financiero del Contrato APP. En desarrollo de esta propuesta, se presentó a decenas de inversionistas para el proyecto, con la única finalidad decumplir con lo acordado en materia de financiación y poder dar continuidad al contrato.

Los plazos adicionales otorgados a NAVELENA para conseguir el cierre financiero, fueron producto de un debate técnico, que tenía como objeto continuar con la ejecución del proyecto y garantizar el servicio público de navegabilidad del Río Magdalena. Por consiguiente, las afirmaciones contenidas en la reconvención muestran que la suscripción del Otrosí No. 1, con ocasión de la obtención del cierre financiero del contrato, no tuvo objeto ni causa ilícita, sino que estuvo orientada a garantizar el bien común.

La demandante reconoce que el contrato fue modificado para *"…garantizar la no interrupción en la prestación de los servicios públicos afectos al Proyecto*". Lo anterior contradice abiertamente las pretensiones de nulidad del Otrosí No. 1.

La suscripción del Otrosí No. 1 al Contrato no modificó la forma de obtener el Cierre Financiero, sino que adicionó a la sección 50.08 de liquidación del contrato APP el literal (f), tendiente al cumplimiento del plan de contingencias durante el periodo de enero a marzo de 2017. En ningún momento se estipula la posibilidad de la modificación de la forma de obtener el cierre financiero, sino de establecer las obligaciones de NAVELENA en el evento en que se declarara

la caducidad del contrato como consecuencia, precisamente, de la no obtención de cierre financiero en los términos previamente acordados.

Frente a los hechos relacionados con la declaratoria de caducidad del Contrato de APP No. 001 de 2104, su terminación y liquidación

Dado que la oferta irrevocable de financiación suscrita por SUMITOMO MITSUI BANKING CORPORATION (SMBC) cumplía con los requisitos exigidos por la Entidad, mediante la Resolución No. 000481 se declaró la cesación y archivo del proceso administrativo sancionatorio contra NAVELENA.

El "escandalo" generado por los hechos delictivos de algunos miembros relacionados con la empresa Odebrecht, en diferentes países de América latina no tiene las características legales y jurisprudenciales del hecho notorio, ni se le pueden aplicar las consecuencias procesales y probatorias de esta figura. La firma portuguesa AFA VÍAS no participó en la firma del Otrosí No. 1, ni tuvo participación alguna en la conformación de NAVELENA S.A.S. y fue VALORCON quien finalmente conformó, junto a ODEBRECHT, NAVELENA SAS. La Promesa de Constitución de Sociedad de Objeto Único Navelena S.A.S. fue la única sociedad que, cumpliendo con todas las exigencias legales y financieras, presentó oferta en la Licitación Pública por el Sistema de Precalificación No. 01 de 2013.

Como lo reconoce la convocada, NAVELENA cumplió las condiciones acordadas con la Entidad para lograr el cierre financiero del proyecto,mediante la entrega de una "oferta irrevocable de financiación" expedida por una entidad financiera reconocida a nivel mundial. Con la entrega de este documento NAVELENA S.A.S. cumplió con su obligación del cierre financiero, independientemente de que luego SUMITOMO MITSUI BANKING CORPORATION (SMBC) hubiera hecho lo impensable, al revocar una oferta que según sus propios términos era irrevocable.

NAVELENA S.A.S. no es responsable del incumplimiento de lo acordado por parte de SUMITOMO MITSUI BANKING CORPORATION (SMBC), con base en la supuesta falta de autorizaciones internas. Todo lo anterior es objeto de un proceso judicial que hoy cursa en la jurisdicción contenciosa administrativa en contra de las resoluciones que declararon y confirmaron la caducidad.

Cabe resaltar que, según la misma CORMAGDALENA, el Acta de terminación no habría sido suscrita, sino hasta 6 meses después de la terminación del contrato APP con salvedades por parte de NAVELENA.

Hechos relacionados con el Acta de Terminación del Contrato APP 001 de 2014, suscrita, entre CORMAGDALENA y NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial), el 05 de octubre de 2017

NAVELENA puso de presente cómo la falta de respuesta de CORMAGDALENA, respecto de los criterios y forma de efectuar la reversión de los bienes afectos al contrato, que se encontraban en leasing, y la indefinición en cuanto a la respectiva contraprestación o compensación al Asociado, ponía en riesgo la tenencia material y jurídica de dichos bienes.

CORMAGDALENA pretendía recibir los bienes objeto de reversión o su equivalente económico, sin reconocer el costo de los mismos al Asociado, sin ninguna clase de justificación ni fundamento legal o contractual. En el Acta de terminación se evidencian las salvedades consignadas por NAVELENA frente al particular.

Es cierto que el contratista EPC era el tenedor de los bienes empleados en la ejecución del Contrato APP, en virtud de los contratos de leasing por este suscritos. Se resalta que esta posibilidad no solo estaba autorizada en el contrato APP, sino que además corresponde a una práctica común.

CORMAGDALENA no menciona que tenía la obligación de establecer las reglas, criterios y el procedimiento aplicable a la reversión en el acto administrativo que declaró la caducidad del contrato y no en el acta de terminación del mismo. Adicionalmente, no hace mención a la imposibilidad reconocida por todos los suscriptores del Acta de terminación de restituir en especie los bienes objeto de reversión y que fueron la interventoría y CORMAGDALENA quienes fijaron unilateralmente el valor que se le daría a los mismos sin tener en cuenta que se trataba de bienes usados.

En el Acta de terminación se impuso la compensación por el equivalente económico de los bienes objeto de reversión. Para efectos de valorar los bienes se tuvieron en consideración las facturas de adquisiciónde los equipos como nuevos, sin ninguna clase de deducción por su uso o depreciación.

Es cierto que NAVELENA no entregó un avalúo de los bienes pues, como ya se ha mencionado, para la fecha del Acta de Terminación se había perdido la tenencia jurídica y material de los equipos sujetos a reversión. La imposibilidad material de verificar el estado de los equipos impedía hacer un avalúo respecto de los mismos.

Es cierto que CORMAGDALENA, NAVELENA y el CONSORCIO MAGDALENA declararon la existencia de la imposibilidad jurídica y material de revertir los bienes asociados al proyecto, pues para ese momento la propiedad y tenencia legítima de los mismos se había perdido debido a que CORMAGDALENA no definió, en la oportunidad establecida en el contrato, los criterios y el procedimiento aplicable a la reversión de los bienes sujetos a leasing, tardando aproximadamente 6 meses en pronunciarse frente al particular, sin dar, durante ese lapso, respuesta a los comunicados en los cuales el Asociado insistió en que debía definirse la reversión de los bienes sujetos a leasing, ante el riesgo inminente de perder la tenencia de los mismos.

NAVELENA consignó en dicha acta salvedades en las que manifestó que CORMAGDALENA y la Interventoría CONSORCIO CORMAGDALENA adoptaron las decisiones relativas a la compensación por equivalente económico de los bienes objeto de reversión, no obstante, el Asociado se encontraba en desacuerdo.

NAVELENA dejó constancias e hizo salvedades al Acta de terminación, con los requisitos que exige la jurisprudencia del Consejo de Estado. Las supuestas salvedades consignadas en el Acta de terminación por CORMAGDALENA y la interventoría, no pueden ser consideradas como tales, al resultar vagas y

generales, en desconocimiento de lo exigido en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Frente a los hechos relacionados con el acta de liquidación del Contrato APP 001 de 2014 suscrito entre CORMAGDALENA y NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial), el 12 de octubre de 2017

El presente acápite no trae a colación hechos, sino que transcribe de forma cierta el informe de auditoría final realizado por la Contraloría General de la República.

No es cierto lo afirmado por la Contraloría General de la República, como sustento de la existenciade presunto daño fiscal con ocasión de la ejecución del contrato APP, a lo que se suman las incoherencias que se evidencian entre las distintas actuaciones adelantas hasta la fecha por la Contraloría, en un proceso que actualmente que se encuentra en sus inicios, en el que no se ha proferido auto de imputación de responsabilidad fiscal, no se han presentado descargos, no se ha surtido etapa probatoria, ni se ha adoptado fallo de fondo.

CORMAGDALENA siempre manifestó aprobación y total conformidad con la forma en que se llevaba la facturación, por considerarla ajustada al contrato y a la ley. Como se puede ver en el mismo informe, en uno de sus anexos, existe la manifestación inequívoca por parte de CORMAGDALENA de reconocimiento de la certificación de los gastos y costos que se incluyeron finalmente en el Acta de Liquidación.

5.4.3. Pronunciamiento de NAVELENA S.A.S. HOY LIQUIDADA

Aunque el Tribunal ha considerado para su decisión todo el contenido y la literalidad del pronunciamiento de NAVELENA S.A.S., hoy liquidada, sobre los hechos de la reconvención, conviene destacar el siguiente resumen:

En el acta levantada en el proceso seguido contra el ex-senador Bernardo Miguel Elías Vidal ante Corte Suprema de Justicia no se afirma, ni de su tenor literal se desprende, que el contrato APP 001 de 2014 suscrito entre CORMAGDALENA y NAVELENA haya sido celebrado mediante tráfico de influencias, cohecho o cualquiera otra conducta ilícita.

En efecto, el pasaje que cita la reconvención no es parte de la declaración de Bernardo Miguel Elías Vidal, sino un recuento que hace la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el cual se centra en el contrato que celebró el INCO con la concesionaria Ruta del Sol II y su otrosí No. 6 y frente a este negocio sí es clara y específica la mención sobre un proceder delictual del procesado, mientras que esto no ocurre en relación con el contrato celebrado con NAVELENA. Allí sólo se hace una relación de contratos, pero sin aseverar que haya sido determinado por actuaciones ilícitas.

En parte alguna dice que las supuestas reuniones se dieron precisamente con los *"posibles contratistas"* de la Promesa de Constitución de Sociedad Futura de Objeto Único NAVELENA S.A.S., pues no debe perderse de vista que esta no existía como sociedad en el momento en que se dieron esas hipotéticas reuniones que insinúa la demandante en reconvención.

La demandante en reconvención de manera tendenciosa mezcla hechos, circunstancias y tiempos para dar la apariencia de que el recuento que hace la Corte se refiere a la etapa contractual, cuando en verdad de su lectura integral, textual y contextual la imputación fáctica plasmada en el acta de formulación y aceptación de cargos del proceso en contra de Bernardo Miguel Elías Vidal y la sentencia del 28 de febrero del 2018 se desprende que alude a una etapa precontractual, pues habla de *"reuniones privadas entre posibles contratistas, funcionarios de la ANI y Cormagdalena*, sin que se diga que partes de esas supuestas reuniones fueron los miembros de la Promesa de Constitución de Sociedad Futura de Objeto Único NAVELENA S.A.S. o la sociedad NAVELENA S.A.S., quien, como se ha venido diciendo insistentemente, no existía por ese entonces como persona.

No es cierto que sea un hecho notorio la fecha en que ocurrieron los supuestos actos de corrupción, pero en todo caso ninguno de ellos se dio en relación con el contrato APP 001 de 2014.

NAVELENA S.A.S. presentó el 11 de marzo de 2016 los documentos necesarios para acreditar el cierre financiero, sin embargo, CORMAGDALENA se mostró inconforme con ellos y pidió información adicional, la que una vez brindada tampoco le satisfizo.

Es cierto que se citó a la audiencia con el fin de adelantar el procedimiento previsto para la declaratoria de caducidad, pero no es cierto lo del incumplimiento imputable a NAVELENA. También es cierta la comparecencia a dicha audiencia y la presentación del plan y el cronograma, pero se aclara que se no se hizo para subsanar un incumplimiento imputable a NAVELENA, sino para darle una solución al empeño de CORMAGDALENA de decretar la caducidad. El verdadero contexto es el que se refiere al plan y cronograma para solucionar el empeño de CORMAGDALENA de decretar la caducidad del contrato.

NAVELENA cumplió con lo requerido para el cierre financiero, es decir presentar una propuesta irrevocable de financiación, lo cual hizo, y el hecho de que el proponente se haya retractado, constituye un hecho de un tercero que no lleva consigo el incumplimiento del asociado.

Es cierto que NAVELENA se pronunció sobre el requerimiento de la interventoría sobre la forma de proceder frente a los equipos faltantes y como iba a garantizar la efectiva reversión de dichos bienes, aclarando que aquella advirtió a CORMAGDALENA sobre las consecuencias que la falta de respuesta podría acarrear a los bienes que se detentaban en leasing.

Para la fecha del Acta de Terminación del Contrato NAVELENA ya no detentaba la tenencia de los bienes y mal haría en valorar materialmente cosas que no tenía en su poder, aunque sí se realizó el inventario de bienes.

Es cierto que en el Acta de Terminación CORMAGDALENA, NAVELENA S.A.S. y el CONSORCIO MAGDALENA declararon que existía una imposibilidad jurídica y material de que los bienes y elementos directamente afectados al proyecto pasaren a ser propiedad de CORMAGDALENA, pero también se dijo allí que era procedente hacer una compensación de

$18.848.390.449.92 como equivalente económico de los bienes y elementos objeto de reversión.

Entre las salvedades del acta de terminación está la de NAVELENA, quien no estuvo de acuerdo con el descuento de compensación por equivalente económico, reservándose el derecho a reclamar por los actos de la Administración que considerara que no se ajustaban a la ley o al contrato.

De otro lado la única supuesta salvedad que hizo CORMAGDALENA fue la de reservarse el derecho de acudir ante la jurisdicción para *"solicitar el reconocimiento y pago de todos los perjuicios que considere se hayan derivado de la declaratoria de Caducidad del Contrato APP 001 de 2014"*, pero sin hacer una mención detallada y precisa de cuáles eran esos hipotéticos perjuicios.

El informe de la Contraloría General de la República es una opinión o apreciación que no constituye una decisión de fondo sobre una eventual o hipotética responsabilidad fiscal, responsabilidad esta que en todo caso es diferente a los asuntos relativos a las controversias contractuales y que no es el objeto de este proceso.

No hubo informe de auditoría por parte de PWC sobre los estados financieros del Fideicomiso 421739 RIO MAGDALENA, pues se abstuvo de dar su opinión por las razones que en su comunicación expresó.

6. Pruebas decretadas y practicadas

Como prueba de los hechos que sirven de fundamento a sus posiciones, las partes convocante y convocada y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado aportaron varios documentos. Otros se incorporaron con motivo de la exhibición de documentos por parte de NAVELENA, NAVELENA CONSORCIO CONSTRUCTOR, CORMAGDALENA y FIDUCIARIA DE OCCIDENTE. Varios más fueron recaudados como resultado de los oficios librados a la Corte Suprema de Justicia, al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, a la Contraloría General de la República, a la Superintendencia de Sociedades, a la Fiscalía General de la Nación, al Consejo de Estado, al Juez 25 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, al Consorcio Navelena Constructor y a la Procuraduría General de la Nación.

Igualmente, el Banco de Occidente, el Banco de Bogotá y la Fiscalía General de la Nación rindieron informes bajo juramento.

A solicitud de las partes se recibieron los testimonios de Carlos Emilio Moreno Sánchez, Frank Sebastián Hernández Vargas, Diego Armando Lara López, Luis Miguel Pico Pastrana, Gloria Lida Bohórquez Otálora, Claudia Sofía Martínez Correa, Emmanuel Antonio Cáceres De Kerchove De Denterghem, Federico Gaviria Velásquez, Natalia Margarita Acevedo Moreu, Otto Nicolás Bula Bula y Bernardo Miguel Elías Vidal.

La convocante aportó el dictamen elaborado por Lina M. Ricaurte Bermúdez, Glenn Villacorta y Hernando Torres Rendón en nombre de FTI Consulting SC

Ltda. y FTI Consulting, Inc., que surtió su contradicción y se recibió el interrogatorio de los delegados del perito en audiencia.

Igualmente, los representantes legales de las sociedades convocantes rindieron sendos interrogatorios.

La convocada aportó un dictamen elaborado por Luis Fernando García Caicedo y un dictamen de contradicción rendido por el mismo perito, que surtieron su contradicción y se recibió el interrogatorio de aquel en audiencia.

En esta forma se concluyó la instrucción del proceso durante la cual las partes convocante y convocada, con la intervención del Ministerio Público, tuvieron la oportunidad de controvertir las pruebas en los términos de ley.

7. La duración del proceso y término para proferir este laudo

El Tribunal procede a proferir este laudo en tiempo oportuno. En efecto, como la primera audiencia de trámite culminó el 17 de junio de 2021, el plazo inicial para fallar, establecido en seis (6) meses, vencía el 17 de diciembre del mismo año. Sin embargo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020 el término del proceso fue ampliado en dos (2) meses.

Igualmente, a solicitud de las partes, el proceso se suspendió por un total de 220 días calendario, equivalentes a 150 días hábiles, dentro del máximo legal establecido en el artículo 10 del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, en las siguientes oportunidades: entre 18 de junio y el 11 de julio de 2021; entre el 19 y el 26 de agosto de 2021; entre el 31 de agosto y el 5 de septiembre de 2021; entre el 7 y el 9 de septiembre de 2021; entre el 11 de septiembre y el 24 de octubre de 2021; entre el 9 y el 21 de noviembre de 2021; entre el 23 y el 28 de noviembre de 2021; entre el 30 de noviembre de 2021 y el 20 de enero de 2022; entre el 22 de enero y el 3 de febrero de 2022; entre el 17 de febrero y el 3 de marzo de 2022; entre el 5 y el 24 de marzo de 2022; y entre el 20 de abril y el 5 de mayo de 2022.

Por lo anterior el término de duración del proceso se extiende hasta el 25 de septiembre de 2022, de manera que este laudo se profiere en tiempo oportuno.

Ninguna de las partes objetó durante el trámite los cálculos sobre el término de duración del proceso ni la mencionada fecha máxima para la producción del laudo.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. Competencia del Tribunal

El Tribunal encuentra que no han cambiado las consideraciones que tuvo en cuenta para asumir competencia. En efecto, el pacto arbitral invocado en la demanda principal y en la demanda de reconvención y que fue acordado por las partes, tiene la forma de cláusula compromisoria y está contenido en la cláusula 44 del Contrato de APP 001 de 2014 suscrito el 13 de septiembre de 2014 arriba transcrito.

Igualmente, encuentra el Tribunal que el pacto arbitral reúne los requisitos legales previstos en el artículo 4 de la Ley 1563 de 2012. En dicho pacto arbitral las partes se obligaron a someter las diferencias que pudieran surgir en desarrollo del mencionado contrato a un tribunal arbitral. A su vez, las controversias plasmadas en las referidas demandas son de libre disposición.

Las partes convocante y convocada son capaces de transigir y han concurrido al proceso a través de sus representantes legales y de sus apoderados judiciales.

No le cabe duda al Tribunal que las partes convocante y convocada no discuten la existencia y validez del pacto arbitral plasmado en el Contrato de APP 001 de 2014 suscrito el 13 de septiembre de 2014 entre CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA y NAVELENA S.A.S., en tanto sus demandas tienen su fuente en él.

1.1. Bajo la excepción que, precisamente, denominó "Falta de competencia del Tribunal", la convocada sostiene que en la demanda principal se reclama el pago de la suma de $18.648.390.449, equivalentes al descuento realizado por CORMAGDALENA, en el acta de liquidación bilateral del Contrato de APP 001 de 2014, por concepto de bienes sujetos a reversión y al respecto indica que se trata de una discrepancia de carácter jurídico que es inferior a la cuantía establecida en el literal (b) de la Sección 44.01 del Contrato de APP de 50.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes, sin que se hubiera recurrido a los Amigables Componedores, por lo que estima este Tribunal no es competente para conocer la reclamación.

Sobre este aspecto el Tribunal pone de presente (i) que la estipulación que consta en la letra (a) de la cláusula compromisoria prevé que "Cualquier divergencia que surja entre las Partes con ocasión de la celebración, ejecución o liquidación de este Contrato será dirimida por un Tribunal de Arbitramento de conformidad con las reglas que adelante se establecen, siempre y cuando no se hubiere iniciado el trámite de su solución a través de los Amigables Componedores" (Subraya el Tribunal). Así las cosas, para acudir a la vía arbitral basta con que "*no se hubiere iniciado el trámite de su solución a través de los Amigables Componedores*", como ocurrió en este caso en tanto ninguna de las partes ha informado de la convocatoria de ese mecanismo; (ii) que la estipulación prevista en la letra (b) del pacto arbitral, según la cual "*Toda discrepancia de carácter fundamentalmente jurídico o legal con una cuantía superior a CINCUENTA MIL (50.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMMLV), será puesta en consideración del Tribunal de Arbitramento sin necesidad de que previamente las Partes hayan debido recurrir a los Amigables Componedores*", implica mirar todas las pretensiones sometidas a los árbitros y no cada una aisladamente considerada, de donde resulta que la cuantía total del litigio sometido a este panel se encuentra por encima del límite mencionado; (iii) que, con prescindencia de la posibilidad que las partes voluntariamente tuvieran de acudir al mecanismo de los amigables componedores, no se trata de una instancia obligatoria ni exigible como prerrequisito para acudir a la justicia arbitral en tanto el artículo 13 del CGP señala con claridad que "*Las estipulaciones de las partes que establezcan el agotamiento de requisitos de procedibilidad para acceder a cualquier operador*

de justicia no son de obligatoria observancia. El acceso a la justicia sin haberse agotado dichos requisitos convencionales, no constituirá incumplimiento del negocio jurídico en donde ellas se hubiesen establecido, ni impedirá al operador de justicia tramitar la correspondiente demanda" y agrega que "*Las estipulaciones de las partes que contradigan lo dispuesto en este artículo se tendrán por no escritas*".

Estas consideraciones que se mantienen llevan a tener por no demostradas la excepción denominada "Falta de competencia del Tribunal" propuesta por CORMAGDALENA.

1.2. Asimismo, CORMAGDALENA propuso la excepción denominada "*Falta de competencia del Tribunal para determinar cuáles son los costos directos asociados a las actividades en la etapa de preconstrucción*" ya que, en su opinión, los amigables componedores son los que eventualmente deben definir los costos asociados al proyecto, aún en caso de terminación efectiva del Contrato de conformidad con la cláusula 43.06.

La convocada cita apenas un aparte de la cláusula 43, el numeral 43.06, letras c y d, que se refieren a la permanencia de los amigables componedores para destacar que "*podrán ser convocados para solucionar conflictos entre las Partes con posterioridad a la Fecha Efectiva de Terminación del Contrato".* Sin embargo, omite mencionar que la letra (b) de la cláusula 44.01, que consagra el pacto arbitral, establece con claridad que "*Toda discrepancia de carácter fundamentalmente jurídico o legal con una cuantía superior a CINCUENTA MIL (50.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMMLV), será puesta en consideración del Tribunal de Arbitramento sin necesidad de que previamente las Partes hayan debido recurrir a los Amigables Componedores*".

Por ello, las mismas razones expuestas llevan al Tribunal a descartar la mencionada excepción toda vez que resulta claro que, de una parte, el trámite de la amigable composición era un mecanismo voluntario; de otra, que si aquel no se había iniciado las partes estaban en libertad de convocar un arbitraje; y, finalmente, el mecanismo de la amigable composición no resulta obligatorio ni condicionante del arbitraje.

1.3. De otro lado, en su contestación a la demanda reformada la ANDJE formuló la excepción de falta de competencia del Tribunal para resolver las pretensiones declarativas 2., 2.1., 2.2., 2.3., 2.4., 2.5, 2.6., 2.7., 2.8., 2.9., 2.10. y 2.11., y las pretensiones de condena, en lo que hace referencia a la reversión del Contrato APP 001 de 2014.

A tal efecto señaló que el Tribunal "*no tiene competencia para el conocimiento de asuntos relativos a las facultades excepcionales al derecho común de las que son titulares las Entidades Concedentes*" y se refirió tanto al artículo 14 de la ley 1682 de 2013, como al artículo 1º de la ley 1563 de 2012. Expresó entonces que "*la justicia arbitral no tendría competencia para el conocimiento de asuntos referidos a la facultad exorbitante de la reversión*" y agrega que esta posición ha sido considerada insistentemente por el Consejo de Estado en su Sección Tercera que ha definido de tiempo atrás en decisión de unificación, que los árbitros no tienen competencia en el análisis de estos asuntos puntuales.

VALORCON se opuso a dicha excepción para lo cual señaló que es clara la postura de los órganos de cierre en materia constitucional y contencioso-administrativa, de la cual se desprende que los tribunales no pueden pronunciarse sobre los actos administrativos en que se ejercen facultades excepcionales y que en el caso concreto el tribunal arbitral es competente para resolver todas las pretensiones relativas a la cláusula excepcional de reversión del contrato APP 001 de 2014, habida cuenta de que, por su naturaleza jurídica, la reversión no opera mediante la expedición de un acto administrativo.

Sobre el particular el Tribunal reitera lo expuesto en el curso de la primera audiencia de trámite, en la medida en que no han cambiado los elementos de juicio entonces tenidos en cuenta.

La Corte Constitucional en Sentencia C-1436 de 2000 expresó:

"Decláranse EXEQUIBLES los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993, bajo el entendido que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales."(se subraya)

De esta manera, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, los árbitros pueden conocer todos los litigios relacionados con los contratos estatales, con el único límite de "*los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales*".

Por su parte el Consejo de Estado al desarrollar la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dicho:

"En este punto, resulta importante agregar que la Sección Tercera de esta Corporación, mediante sentencia del 10 de junio de 2009 , se pronunció sobre el alcance de la sentencia C-1436 de 2000 , mediante la cual la Corte Constitucional examinó la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993. En aquella oportunidad, esta Sección concluyó, tal como lo hizo el juez constitucional, que los particulares investidos de funciones jurisdiccionales transitorias no pueden pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales que comportan el ejercicio de cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común por parte del Estado, con clara alusión a aquéllos que consagra expresamente el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, es decir, los de: a) interpretación unilateral del contrato, b) modificación unilateral del contrato, c) terminación unilateral del contrato, d) sometimiento a las leyes nacionales, e) caducidad y f) reversión, y concluyó también que los demás actos administrativos contractuales, es decir, aquellos que surgen del ejercicio de facultades distintas a aquellas que de manera expresa recoge el artículo 14 acabado de citar, sí pueden ser sometidos al estudio, al examen, al conocimiento y a la decisión de árbitros, 'en la medida en que no se encuentran cobijados por los alcances de la sentencia de la Corte

Constitucional y en relación con los mismos tampoco la Constitución o la Ley establecen restricción alguna'"[1] .

Evidentemente en este caso no se trata de un acto administrativo, con lo cual las excepciones contempladas por el Consejo de Estado no cubren el tema que se decide. La exclusión de temas concretos deja en pie la competencia del Tribunal para definir los demás asuntos no comprendidos en la sentencia.

Así las cosas, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, los tribunales arbitrales no pueden conocer de actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales y tales actos administrativos son aquellos a los que se refieren las cláusulas excepcionales contempladas por el artículo 14 de la ley 80 de 1993.

Desde esta perspectiva se aprecia que el artículo 14 de la ley 80 de 1993 establece claramente que existen unas potestades excepcionales que pueden consistir en "*interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado"*. Dichas potestades excepcionales se ejercitan a través de actos administrativos. Adicionalmente al regular la interpretación unilateral, modificación unilateral, terminación unilateral y caducidad, la ley claramente establece que dichas decisiones deben adoptarse, también, por medio de un acto administrativo.

No ocurre lo mismo cuando se trata de la reversión. En efecto el artículo 19 de la ley 80 de 1993 establece:

"ARTICULO 19. DE LA REVERSION. En los contratos de explotación o concesión de bienes estatales se pactará que, al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna."

Así, en materia de reversión la ley dispone que los elementos y bienes directamente afectos pasan a la entidad contratante "*al finalizar el término de la explotación o concesión de bienes estatales*", lo cual implica que en los casos en que la reversión opera, ello en principio no ocurre por razón de un acto administrativo sino por virtud de la estipulación misma. Lo anterior se confirma por el hecho mismo de que la ley no menciona un acto administrativo. En este sentido dijo la Corte Constitucional al explicar la reversión en sentencia C-250 de 1996:

"Terminado el contrato de concesión, todos los elementos muebles e inmuebles que hacen parte de la empresa, pasarán ipso-facto a ser propiedad de la Nación -o de la entidad oficial contratante- como accesorios a esta y a título de reversión, sin pago de indemnización alguna a favor del contratista." (se subraya)

[1] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, sentencia de 18 de abril de 2013, radicación número: 85001-23-31-000-1998-00135-01(17859), actor: Julio César García Jiménez, demandado: departamento de Casanare, referencia: acción de controversias contractuales.

Este mismo análisis lo ha hecho el Consejo de Estado el cual expresó (sentencia del 27 de marzo de 2014 Expediente: 25000232600019980281401 (26939)):

"Ahora bien, valga precisar que en tratándose de la reversión en los contratos de concesión, la misma implica que "al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados y colocados por el contratista para la explotación o prestación del servicio..., pasarán ipso-facto a ser propiedad de la Nación - o de la entidad oficial contratante - como accesorios a ésta y a título de reversión, sin pago de indemnización alguna a favor del contratista. En relación con el contrato de concesión, cuando opera la reversión, no se consolida derecho a compensación alguna en favor del concesionario, existiendo en cabeza de éste una remuneración que se ha ido produciendo en la medida en que el contrato se encuentra en vía de ejecución y desarrollo, lo que le permite amortizar los costos de la inversión"[2]

De lo anterior se desprende que, si bien la ley 80 incluye como una cláusula excepcional la reversión, al propio tiempo, la misma no contempla que ella opere en virtud de un acto administrativo.

En este contexto es claro que la controversia sobre la reversión no escapa a la competencia de los tribunales arbitrales y por ello este Tribunal es competente.

Estas consideraciones conducen a negar la mencionada excepción.

1.4. A su vez, CORMAGDALENA y la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO también formularon la excepción de falta de competencia del Tribunal para resolver las pretensiones declarativas 3.2., 3.3. y 3.8., y las pretensiones de condena, en lo que hace referencia al cobro de la suma de $10.395.594.314,29, que presuntamente adeuda la convocada.

Sostienen que en las mencionadas pretensiones "*declarativas*" −como reconoce que son−, los convocantes solicitan el "*cobro*" de la suma de $10.395.594.314,29 en sede arbitral, lo que afirma resulta improcedente porque los árbitros no tienen competencia para conocer de acciones ejecutivas, cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción ordinaria. Agrega que el Acta de Liquidación Bilateral junto con el contrato, constituyen el título ejecutivo con base en el cual las convocantes podrían cobrar la suma mencionada que "*al parecer no ha pagado, a la fecha de radicación de la reforma*" la entidad concedente.

Como se dijo en el curso de la primera audiencia de trámite, para el Tribunal no existe la falta de competencia aducida en tanto es claro que entre las partes han surgido controversias relacionadas, entre otros asuntos, con el acta de liquidación, y que en las referidas pretensiones las convocantes no pretenden que los árbitros libren un mandamiento de pago y dispongan el cobro coactivo correspondiente, sino que definan si la convocada ha cumplido con los pagos originados en ella y, en definitiva, que declaren la existencia de la obligación

[2] Corte Constitucional, sentencia C-250 de 96; Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.

mencionada. Por lo demás, la contestación de la convocada pone de presente la existencia de una controversia al respecto que exige definición en proceso declarativo, ya que, al oponerse a las referidas pretensiones, señaló que el valor señalado o cualquier saldo que la convocante alegue a su favor "*es objeto de discusión por cuenta de la inclusión en la liquidación del Contrato de APP de costos y gastos que no debieron ser incluidos*".

Por lo anterior también habrá de negarse esta excepción.

1.5. Al dar respuesta a la demanda de reconvención las sociedades convocantes propusieron la excepción de mérito denominada "Falta de competencia del Tribunal por inexistencia de pacto arbitral". Al efecto, sostienen que este Tribunal no es competente para resolver ninguna diferencia surgida entre CORMAGDALENA y los accionistas y/o adjudicatarios de NAVELENA S.A.S., pues entre éstos nunca se ha suscrito un pacto arbitral que lo permita y la cláusula compromisoria invocada en la demanda de reconvención es la contenida en el Contrato APP, que únicamente fue suscrito entre CORMAGDALENA y NAVELENA S.A.S. Agregan que la estipulación de la cláusula compromisoria según la cual *"[l]as Partes acuerdan que en el evento en que se convoque el Tribunal de Arbitramento, los efectos de la presente cláusula compromisoria serán extensivos a los integrantes del Asociado al momento de la suscripción del Contrato así como a sus cesionarios"*, no resulta aplicable porque supone una estipulación por terceros que no ha sido ratificada y, en consecuencia, no es fuente de ninguna obligación. Por lo demás, señalan que las pretensiones para que los convocantes restituyan, en su calidad de accionistas y/o acreedores de NAVELENA, las sumas recibidas por esta última por concepto de la liquidación del Contrato APP no están relacionadas con la celebración, ejecución o liquidación del Contrato APP, que son las controversias arbitrables, sino con la eventual responsabilidad de terceros por las supuestas deudas de un contrato en el que estos no hicieron parte.

Al respecto debe reiterar el Tribunal que el artículo 371 del CGP establece como condición para la procedencia de la demanda de reconvención que ella se dirija contra el demandante y, si dicha parte está integrada por varias personas, es requisito que se dirija contra todas o contra alguna de ellas. Sin embargo, en el presente caso, no podría el Tribunal resolver las pretensiones de la parte convocante sin examinar la validez del contrato del cual derivan los derechos que reclaman. Menos podría el Tribunal soslayar la eventual nulidad del contrato, si ella existiera, so pretexto de que los adjudicatarios de esos derechos no fueron parte de este, no son socios de la sociedad en cuyo proceso concursal se le adjudicaron o, siendo socios, no están llamados a responder por los vicios del negocio generador de los mismos. Tampoco podría el Tribunal acoger las pretensiones de la demanda principal sin examinar los motivos esgrimidos por la parte convocada en virtud de los cuales los derechos reclamados por NAVELENA S.A.S. que, posteriormente fueron adjudicados a los actuales demandantes, no existen, no son exigibles o no están vigentes.

El pacto arbitral consagrado en el Contrato de APP No. 001 de 2014 se extiende a las controversias que surjan de él, a las partes originales y, eventualmente, a sus cesionarios o sucesores porque la respectiva cesión, sucesión o adjudicación comporta, no solo el derecho o la obligación plasmada

en el contrato sino también la forma allí prevista para hacerlos valer en juicio. Asimismo, no puede olvidarse que la adjudicación de los derechos a las sociedades excepcionantes se dio cuando NAVELENA S.A.S. ya había formulado la demanda que dio origen a este proceso, la cual invocó, como correspondía, la existencia de pacto de arbitraje. La formulación de demanda de reconvención contra los convocantes no altera la competencia trasladada por las partes contratantes a los árbitros para todas las controversias surgidas del contrato y para el ejercicio de todos los derechos y de las obligaciones nacidas a su amparo.

No podía ser más clara el acta de adjudicación traída a este proceso por las sociedades excepcionantes al señalar que lo adjudicado a aquellas el 1º de agosto de 2018 dentro del proceso de liquidación de NAVELENA S.A.S. fue la "demanda arbitral" (folio 196 del cuaderno principal No. 1).

Por lo expuesto habrá de denegarse la referida excepción.

2. Presupuestos Procesales

2.1. Demanda en forma

En su oportunidad el Tribunal examinó que las demandas, principal y de reconvención, reunían los requisitos legales. Sin embargo, como adelante se examinará, dejó a salvo la verificación sobre la ocurrencia de la caducidad de algunas pretensiones, teniendo en cuenta las manifestaciones de la parte convocada y el criterio del Ministerio Público, para dar aplicación a los principios *pro homine* o *pro proceso*, teniendo en cuenta las circunstancias particulares que rodearon este asunto. Ese mismo criterio se tuvo en cuenta tanto para admitir la reforma de la demanda de reconvención, como para darle curso a la reforma de la demanda principal.

2.2. Pronunciamiento sobre la caducidad del medio de control

Este Tribunal se ha ocupado de la caducidad del medio de control que han ejercido ambas partes a través de la demanda principal y luego de la demanda de reconvención. Así consta en las actas 3, 4, 12, 21 y 22, como se detalla a continuación.

Acta número 3:

Al analizar los presupuestos procesales de la demanda de reconvención presentada por CORMAGDALENA el 12 de octubre de 2019, en audiencia del treinta (30) de enero de dos mil veinte (2020), el Tribunal decidió rechazarla respecto de las pretensiones principales Primera, Segunda, Tercera y Sexta[3]

[3] Se transcriben a continuación las pretensiones objeto de este pronunciamiento:
A. PRETENSIONES PRINCIPALES
- PRETENSIONES EN RELACIÓN CON LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO APP No. 001 SUSCRITO EL 13 DE SEPTIEMBRE DE 2014 ENTRE LA COPRPORACIÓN AUTÓNOMA REGUIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA – CORMAGDALENA Y LA SOCIEDAD NAVELENA S.A.S (HOY EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL)
PRIMERA.- Declárese la nulidad absoluta del contrato de Asociación Pública Privada (APP) No. 001 del 2014, suscrito el trece (13) de septiembre del dos mil catorce (2014) entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA (en adelante CORMAGDALENA) y la sociedad NAVELENA S.A.S. (hoy

y las pretensiones primeras subsidiarias Primera, Segunda, Tercera, Cuarta, y Séptima[4]. Los argumentos que tuvo en cuenta el Tribunal para tomar esta decisión fueron los siguientes:

---

en Liquidación Judicial), por adolecer de causa ilícita y objeto ilícito al haber sido celebrado con abuso y desviación de poder, debido a la intervención directa del entonces senador de la República de Colombia Bernardo Miguel Elías Vídal, dentro de la cual: "se destaca el contrato para la recuperación de la navegabilidad del río Magdalena, suscrito el 13 de septiembre del 2014 entre CORMAGDALENA y la concesionaria Navelena S.A.S." (según la imputación fáctica plasmada en el acta de formulación y aceptación de cargos del proceso en contra de Bernardo Miguel Elías Vidal que consta en el proceso con radicación No. 51833 de la Sala de Juzgamiento de la Corte Suprema de Justicia en sentencia proferida el 28 de febrero del 2018, citado además, en el laudo arbitral de la Concesionaria Ruta del Sol, proferido por el Tribunal Arbitral correspondiente al proceso acumulado No. 4190 y 4209 páginas 464 y siguientes del citado lauto arbitral adelantado ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá).

SEGUNDA.- Como consecuencia de la declaración anterior, declárese la nulidad de todos los actos contractuales derivados del contrato de APP No. 001 del trece (13) de septiembre del dos mil catorce (2014), suscrito entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA y la sociedad NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial), esto es: (i) otrosí, (ii) acta de terminación del 5 de octubre; (iii) acta de liquidación; y, en general, de la totalidad de los negocios jurídicos celebrados entre las partes en desarrollo y ejecución del citado contrato de APP.

TERCERA.- Como consecuencia de las declaraciones anteriores, se ordene: (i) liquidar nuevamente el Contrato de APP No. 001 del 2014 suscrito entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA y la sociedad NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial), en los términos previstos en el parágrafo 1 del artículo 20 de la ley 1882 del 2018, o las disposiciones legales pertinentes; y (ii) se ordene la reversión de los bienes objeto de reversión en los términos estipulados en la cláusula 48 del Contrato de APP No. 001 de 2014 suscrito entre CORMAGDALENA y NAVELENA S.A.S (hoy en liquidación judicial), identificados en el hecho 78 de la demanda.

SEXTA.- Como consecuencia de la nueva liquidación del Contrato de APP No. 001 del 2014 suscrito entre la CORPORACIÓN AUTONOMA REGIONAL DEL RIO GRANDE DE LA MAGDALENA y la sociedad NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial) en los términos solicitados, se ordene que los causahabientes y cesionarios, verdaderos beneficiarios de la actividad, de la sociedad NAVELENA S.A.S. ENLIQUIDACIÓN JUDICIAL esto es: VALORES Y CONTRATOS VALORCON S.A.A EN REORGANIZACIÓN, CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. (sucursal Colombia) deben restituir a la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA – CORMAGDALENA: (*i*) **las sumas que resulten a favor de ésta debidamente indexadas para la fecha del pago, junto con los intereses corrientes, desde la fecha de la sentencia y hasta cuando se realice** el respectivo pago y (*ii*) los bienes objeto de reversión que se enuncian en el hecho **numero 78**.

[4] Se transcriben a continuación:

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

- PRIMERA SUBSIDIARIA: PRETENSIONES EN RELACIÓN CON LA NULIDAD DEL OTROSÍ No, 1 AL CONTRATO DE APP No. 001 DE 2014 SUSCRITO ENTRE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA Y LA SOCIEDAD NAVELENA S.A.S. (HOY EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL)

PRIMERA.- Que se declare la nulidad absoluta del Otrosí No.1 del contrato de APP No. 001 del 2014, suscrito el día 25 de noviembre del 2016, entre LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA y la sociedad NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial), por adolecer de causa ilícita y objeto ilícito al haber sido celebrado con abuso y desviación de poder, por cuanto la suscripción de dicho Otrosí se vió influenciada por la actuación del entonces senador de la República Bernardo Miguel Elías Vidal, quien: "en desarrollo de su función dentro de la referida "empresa criminal", frente al contrato de la concesionaria Navelena S.A.S. (empresa de la organización ODEBRECHT), gestionó reuniones privadas entre posibles contratistas, funcionarios de la ANI y Cormagdalena para que permitieran la participación contractual de dichos inversionistas privados y buscar alternativas de financiamiento con el sistema bancario, con el fin de lograr el cierre financiero del contrato" (de acuerdo con la imputación fáctica plasmada en el acta de formulación y aceptación de cargos del proceso en contra de Bernardo Miguel Elías Vidal que consta en el proceso con radicación No. 51833 de la Sala de Juzgamiento de la Corte Suprema de Justicia

"El inciso segundo del artículo 90 del Código General del Proceso (CGP) señala que la demanda debe rechazarse cuando esté vencido el término de caducidad para instaurarla.

"En este caso, el Tribunal advierte que la acción para demandar la nulidad absoluta del Contrato APP No. 001 de 2014 de que tratan las pretensiones principales Primera, Segunda, Tercera y Sexta, se encuentra caducada en los términos de la letra j) del numeral 2º del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA). En efecto, de conformidad con dicha disposición legal, *"Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente"*. Dado que el mencionado contrato se suscribió el 13 de septiembre de 2014, fecha de su perfeccionamiento al tenor de lo dispuesto en la cláusula 3, Sección 3.01, y que el mismo dejó de estar vigente al quedar ejecutoriada la Resolución 0078 de 2017, confirmada por la 102 del 17 de abril de 2017 de CORMAGDALENA,

---

en sentencia proferida el 28 de febrero del 2018, citado además, en el laudo arbitral de la Concesionaria Ruta del Sol II proferido por el Tribunal Arbitral correspondiente al proceso acumulado No. 4190 y 4209 páginas 464 y siguientes del citado laudo arbitral adelantado ante el Centro de Arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá)

SEGUNDA. - Como consecuencia de las declaraciones anteriores, declárese la nulidad de todos los actos contractuales derivados del Otrosí No. 1 al Contrato de App No. 001 de 2014, suscrito el día 25 de noviembre de 2016 entre la COPPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA. CORMAGDALENA y la sociedad NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial), esto es: *(i)* acta de terminación de 05 de octubre de 2017 (*ii*) acta de liquidación del 12 de octubre de 2017; y, en general, de la totalidad de los negocios jurídicos celebrados entre las partes en desarrollo y ejecución del citado Otrosí.

TERCERA.- Declárese que, la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA, como consecuencia de la declaración de nulidad absoluta del Otrosí No. 1 del Contrato de APP No. 001 del 2014, de fecha 25 de noviembre de 2016, celebrado entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA -CORMAGDALENA y la sociedad NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial), únicamente está obligada a reconocer y pagar a favor de ésta última las prestaciones contractuales ejecutadas y cumplidas hasta el momento de la firma del Otrosí No. 1 al Contrato de APP, siempre y cuando dichas prestaciones hayan beneficiado a CORMAGDALENA.

CUARTA.- Como consecuencia de las declaraciones anteriores, (*i*) se ordene liquidar nuevamente el Contrato de APP No. 001 del 2014 suscrito entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RIO GRANDE DE LA MAGDALENA y la sociedad NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial), en los términos previstos en el parágrafo 1 del articulo 20 de la ley 1882 del 2018, o las disposiciones legales pertinentes y (*ii*) se ordene la reversión de los bienes objeto de reversión en los términos estipulados en la cláusula 48 del Contrato de APP No. 001 de 2014 suscrito entre CORMAGDALENA y NAVELENA S.A.S (hoy en liquidación judicial), identificados en el hecho X de la demanda.

SEPTIMA.- Como consecuencia de la nueva liquidación del contrato APP No. 001 de 2014 suscrito entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA y la sociedad NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial) en los términos solicitados, se ordene que los causahabientes y cesionarios, verdaderos beneficiarios de la actividad, de la sociedad NAVELENA S.A.S. EN LIQUIDACIÓNJUDICIAL, esto es: VALORES Y CONTRATOS – VALORCON S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, ODEBRECHT PARTICIPACIONES E INVESTIMENTOS S.A. y CONSTRUCTORA NORMBERTO ODEBRECHT S.A. (sucursal Colombia), deben restituir a la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA: (i) las sumas que resulten a favor de ésta debidamente indexadas para la fecha del pago, junto con los intereses corrientes, desde la fecha de la sentencia y hasta cuando se realice el respectivo pago y (ii) los siguientes bienes objeto de reversión a los que se refiere el hecho **número 78**.

todo ello conforme a la cláusula 50, sección 50.01, literal a, (i) del contrato de APP 01 de 2014, la correspondiente acción habría caducado el 18 de abril de 2017, fecha de ejecutoria de la resolución que decretó la caducidad del contrato, según consta en el Acta de Terminación suscrita por las partes el 5 de octubre de 2017.

"A su vez, con base en la misma norma, el Tribunal encuentra que la acción para demandar la nulidad absoluta del Otrosí No. 1 del mencionado contrato de que tratan las pretensiones Primeras Subsidiarias Primera, Segunda, Tercera, Cuarta, y Séptima, también se encuentra caducada, dado que aquel se suscribió el 25 de noviembre de 2016, de manera que la correspondiente acción habría caducado el 25 de noviembre de 2018. Adicionalmente dicho contrato ya no se encuentra vigente, por las mismas razones que no lo está el contrato de APP 001 de 2014.

"Por lo anterior, el Tribunal habrá de rechazar la demanda de reconvención respecto de las pretensiones antes indicadas".

Acta número 4:

En audiencia del treinta (30) de marzo de dos mil veinte (2020), el Tribunal decidió el recurso de reposición que interpuso CORMAGDALENA, con la coadyuvancia de la ANDJE y la oposición de la convocante, contra la decisión de rechazar la demanda de reconvención en lo que concierne a la nulidad absoluta del contrato APP No. 001 de 2014 y de su otrosí No. 1. Todo ello luego de considerar, además de los argumentos de las partes, los del Ministerio Público, quien pidió posponer el análisis de caducidad para el laudo en virtud del principio *pro proceso*. El debate argumental en pro y en contra de la prosperidad del recurso giró en torno a al carácter insaneable de la nulidad contractual derivada de actos de corrupción y la necesidad de tomar como fecha de inicio del término de caducidad la sentencia que profirió la Corte Suprema de Justicia el 28 de febrero de 2018, en el expediente 51833. Según CORMAGDALENA, la ANDJE y el Señor Agente del Ministerio público, fue en esta fecha cuando la entidad estatal reconviniente adquirió certeza de la nulidad del contrato.

Por esta razón, en los considerandos de su decisión, el Tribunal tuvo en cuenta como "*aspectos relevantes de la demanda de reconvención" los hechos que CORMAGDALENA resalta como fundamentos fácticos de sus pretensiones: (i) la formulación y aceptación de cargos en el proceso contra Bernardo Miguel Elías Vidal, radicación 51833, junto con la sentencia condenatoria de 28 de febrero de 2018 de la Sala de Juzgamiento de la Corte Suprema de Justicia; y (ii) el "escándalo generado por los hechos de corrupción del Grupo ODEBRECHT a nivel latinoamericano*".

Asimismo, el Tribunal tuvo en cuenta la línea jurisprudencial que había desarrollado hasta esa fecha el Consejo de Estado en materia de caducidad del medio de control de nulidad contractual, particularmente las sentencias proferidas por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera "C", con ponencia del consejero Guillermo Sánchez Luque, el 2 de diciembre de 2018 y el 29 de abril de 2019, así como la proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo el 9 de enero de 2020, con ponencia de la consejera Marta Nubia Velásquez Rico.

Luego de analizar los argumentos de quienes intervinieron en la audiencia y la jurisprudencia del Consejo de Estado, el Tribunal concluyó que debería adelantar un análisis más profundo sobre la vigencia de la acción, en cuanto a las pretensiones afectadas por el rechazo parcial de la demanda de reconvención. Para mayor claridad conceptual se transcribe el acápite 5.3. del Auto número diez (10):

"Teniendo en cuenta la jurisprudencia anterior el Tribunal debe considerar que la inaplicabilidad de los términos de caducidad es excepcional y solo procede cuando el juez advierta una razón justificada que conduzca a establecer que el interesado se encontraba en imposibilidad material de reclamar.

"Aun cuando el escrito de reconvención no expresa en qué momento supuestamente la convocada conoció de los hechos que habían generado la nulidad del Contrato a APP 001 de 2014 y de su Otrosí No. 1, a partir de las citas de la jurisprudencia anteriores, acogiendo el principio pro actione, el Tribunal habrá de revocar el auto de rechazo de la demanda de reconvención para efectuar un análisis más de fondo sobre la vigencia de la acción en el laudo y con fundamento en las pruebas correspondientes, como se solicita en el recurso".

Acta número 12:

En audiencia del treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020), este Tribunal admitió las reformas a la demanda principal y la reforma a la demanda de reconvención y corrió traslado de las mismas para que las partes ejercieran sus derechos conforme a la ley.

Acta número 21:

En audiencia de catorce (14) de mayo de dos mil veintiuno (2021), tuvo lugar el inicio de la primera audiencia de trámite. Por medio de auto treinta y ocho (38) el Tribunal se pronunció sobre su propia competencia y mantuvo la decisión de pronunciarse en el laudo sobre la caducidad de la acción, decisión que había tomado por medio de Auto No. Siete (7). Así se lee en el folio veinte (20) del acta mencionada:

"Frente a la caducidad de la acción, se recordará que inicialmente por Auto No. 7 del 30 de enero de 2020 el Tribunal rechazó la demanda en lo que respecta a algunas pretensiones, considerando que la acción para demandar la nulidad absoluta del Contrato APP No. 001 de 2014 y la nulidad absoluta de su Otrosí No. 1 se encontraban caducadas, en los términos de la letra j) del numeral 2º del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

"Sin embargo, no solo en virtud del recurso de reposición interpuesto por la parte convocada, coadyuvado por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, sino también del criterio del Ministerio Público, el Tribunal decidió revocar su decisión. Teniendo en cuenta la jurisprudencia del Consejo de Estado, acogiendo el principio *pro actione*, el Tribunal decidió revocar el auto de rechazo de la demanda de reconvención para efectuar un análisis más de fondo sobre la vigencia de la acción en el laudo y con fundamento en las

pruebas correspondientes, como se solicitaba en el recurso y en el concepto del Procurador. Estas consideraciones y esta decisión se mantienen".

Igualmente, en la misma providencia el Tribunal resolvió *"[d]eclararse competente para conocer y decidir en derecho las controversias de que trata[n]"* la demanda principal reformada y la demanda de reconvención reformada, radicadas por las partes conforme ha quedado dicho en este laudo. Frente a esta decisión, el apoderado de la ANDJE, coadyuvado por elapoderado de la parte convocada − reconviniente, solicitó complementación con el fin de que el Tribunal se pronunciara sobre los argumentos expuestos en la contestación de la demanda reformada por aquella entidad en relación con la caducidad de la acción. Igualmente, en la misma audiencia, el Señor Agente del Ministerio Público solicitó pronunciamiento sobre la excepción de caducidad de la acción que las convocantes interpusieron en relación con la nulidad del acto de terminación unilateral de contrato.

Acta número 22:

El veinticinco (25) de mayo de dos mil veintiuno (2021), el Tribunal reanudó la primera audiencia de trámite y se pronunció sobre las solicitudes de complementación de las partes y del señor Agente del Ministerio Público que se consignaron en el Acta número 22. Respecto de las peticiones de este último reiteró la convicción de que la acción para solicitar la nulidad del acto de terminación unilateral del contrato objeto de este proceso no se encuentra caducada; igualmente reiteró las razones que ya había expresado para posponer "*la definición sobre la caducidad de las acciones de nulidad del contrato y de su Otrosí No. 1 hasta el laudo, resultan igualmente válidas para resolver sobre la vigencia de la acción relativa a la nulidad del acta de terminación*".

Así mismo, el Tribunal analizó las solicitudes de la ANDJE, contenidas en las excepciones C.1, C.2. y C.3. Para este efecto centró su análisis en lo que fuera pertinente para establecer su propia competencia y dejó claro que la definición del tema tendría lugar en el laudo. Así se expresó el Tribunal en relación con las pretensiones contenidas en la demanda principal reformada (declarativas 1.6., 1.7, 2.2., 2.3., 2.4., 2.5., 2.10., 3., 3.1. a 3.13 y de condena 1.1.y 1.9.), luego de analizar los razonamientos y fundamentos de derecho expuestos por la ANDJE y coadyuvados por la convocada:

"La providencia que cita la ANDJE reitera el auto de 25 de mayo de 2016, por medio del cual la Sección Tercera unificó su jurisprudencia en cuanto a la oportunidad para proponer nuevas pretensiones a través de la reforma de la demanda o para incorporar nuevos sujetos como demandantes o demandados. Vale aclarar que esta unificación se dio con fundamento en el numeral 3 del artículo 14B del Acuerdo 58 de 1999, adicionado por el artículo 1 del Acuerdo 140 de 2010, proferidos por la Sala Plena del Consejo de Estado.

"La línea jurisprudencial que se unifica por medio del auto de 25 de mayo de 2016 hace énfasis en el carácter eminentemente objetivo de la caducidad de del medio de control que se invoca y lo describe como un suceso automático que ocurre independientemente de las condiciones del titular del derecho de acceso a la jurisdicción. Con una única excepción, la que se deriva de la

necesidad de vincular, vía litisconsorcio necesario, a nuevos sujetos sin cuya comparecencia sería imposible una sentencia de mérito.

"Al contrario de lo que por vía de unificación, a nivel de la Sección Tercera de su Sala de lo Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado ha establecido, en atención a las particularidades que hasta ahora muestran las distintas actuaciones dentro del presente trámite, este Tribunal de Arbitramento se ha abierto a considerar que pueden existir circunstancias que ameriten un enfoque distinto, determinado por situaciones individuales de los titulares del derecho de acceso a la jurisdicción que ameriten variaciones en el cómputo de los términos de caducidad. Todo ello, en ejercicio de su autonomía para administrar justicia, en garantía del ordenamiento objetivo y del núcleo esencial del debido proceso. Postura que ya ha quedado plasmada en el auto número 10 frente a las pretensiones de nulidad absoluta del contrato APP-001 de 2014 formuladas por la convocada, y que ahora se reitera en relación las elevadas por las demandantes, por a las posibles consecuencias que pueden derivarse de su condición de adjudicatarias de los derechos en este proceso.

"Al respecto, no puede soslayarse que la demanda que dio origen al presente trámite arbitral fue interpuesta dentro del término de caducidad, por NAVELENA S.A. En Liquidación y, que quienes hoy obran como demandantes fueron reconocidos por el Tribunal de Arbitraje con fundamento en la adjudicación de derechos que se realizó en un trámite de liquidación judicial.

"En ese escenario surgen varios elementos de duda sobre el alcance de los derechos de las hoy demandantes en relación con el petitum inicialmente formulado NAVELENA S.A. En Liquidación, razón por la cual la excepción de caducidad que ha invocado la ANJE será resuelta en el laudo que ponga fin al presente trámite arbitral".

2.2.1. Los pronunciamientos de las partes y del Agente del Ministerio Público

Al alegar de conclusiones, se pronunciaron sobre el tema de la caducidad, por la convocante, (i) ODEBRECHT PARTICIPAÇOES E INVESTIMENTOS S.A. – EN RECUPERACIÓN JUDICIAL y CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT DE COLOMBIA S.A.S.; y por la demandada, (ii) CORMAGDALENA y la (iii) ANDJE. También se pronunció el (iv) Señor Agente del Ministerio Público.

ODEBRECHT PARTICIPAÇOES E INVESTIMENTOS S.A. – EN RECUPERACIÓN JUDICIAL y CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT DE COLOMBIA S.A.S., a través de su apoderado, en el acápite 1.4. de su alegato de conclusiones, se refieren a la *"[i]nexistencia de caducidad respecto de las pretensiones formuladas en la reforma de la demanda*"; en el acápite 2.3. del mismo escrito reiteran la *"[c]aducidad de las pretensiones de nulidad absoluta del Contrato APP 001 y los demás documentos* contractuales".

En lo que concierne a las pretensiones incluidas en la reforma de la demanda principal, centran su argumentación en que *"… al analizar las pretensiones declarativas de la reforma de la demanda 1.6, 1.7, 2.2, 2.3, 2.4, 2.5, 2.10, 3,*

3.1 a 3.13 y las pretensiones de condena 1.1 y 1.9. son simples alteraciones, modificaciones y una descomposición de peticiones oportunamente formuladas en la demanda inicial". Hacen énfasis en que *"[l]as pretensiones relacionadas con las actualizaciones por IPC y tasa de descuento detalladas en la reforma de la demanda no solo estaban incluidas en la pretensión 1.4. de la demanda inicial, sino que también fueron debidamente cuantificadas en el juramento estimatorio de ese documento, por lo que reiteramos que no se tratan de peticiones nuevas o diferentes respecto de las cuales hubiere acaecido el término de caducidad*" y agregan que *"[l]as pretensiones 1.6 y 1.7. no son sino una precisión necesaria sobre los conceptos que debían ser reconocidos por Cormagdalena en aplicación de la Sección 50.02 (a) del Contrato APP 001 de 2014 y la respectiva concreción del valor de los mismos. Por consiguiente, no pueden considerarse como pretensiones nuevas formuladas supuestamente fuera del término de caducidad*".

Respecto de las pretensiones 2.2., 2.3, 2.4. y 2.5. de la reforma de la demanda, luego de transcribir el texto de las pretensiones declarativas 2.4. y de la pretensión condenatoria incluidas en la demanda original, manifiestan que:

"Las pretensiones 2.2., 2.3., 2.4. y 2.5. de la reforma de la demanda son simples modificaciones y precisiones que no constituyen solicitudes extrañas a las ya planeadas en la demanda inicial y mucho menos, respecto de las cuales pueda alegarse su caducidad.

"En las pretensiones 2.2., 2.3., 2.4. y 2.5. simplemente las Convocantes detallaron en qué consistía el improcedente, contrario a derecho e indebido descuento efectuado por Cormagdalena y establecieron solicitudes donde sólo se busca declarar que Cormagdalena tenía ciertas obligaciones en materia de reversión establecidas en el Contrato APP 001 de 2014, las cuales desconoció y, por ende, actuó de forma indebida, improcedente y contraría a derecho".

Asimismo, aclaran que la pretensión 2.10 de la reforma de la demanda carece de novedad sustancial en su contenido si se la compara con la pretensión 2.3. de la demanda inicial. Simplemente se convirtió en pretensión subsidiaria con algunos cambios en su formulación.

De otra parte, este escrito reivindica la estrecha relación entre las pretensiones 3.1 a 3.13 "*con las solicitudes establecidas en el escrito inicial y relativas al reconocimiento de la totalidad de los conceptos establecidos en la Sección 50.02 (a) del Contrato APP 001 de 2014 y a las respectivas actualizaciones e intereses que sobre dichas sumas se habrían causado; en consecuencia, no se trata de pretensiones nuevas sino el desarrollo de las peticiones ya presentadas en las pretensiones 1.1., 1.4., 3., 3.1. y 4. de la demanda inicial".*

Finalmente, en su escrito de conclusiones **ODEBRECHT PARTICIPAÇOES E INVESTIMENTOS S.A. – EN RECUPERACIÓN JUDICIAL y CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT DE COLOMBIA S.A.S.,** manifiestan que respecto de la solicitud de condena en costas que contiene la pretensión condenatoria 1.9. no es posible aplicar la institución de la caducidad, en la medida en que se trata de erogaciones que "*incluso debe [n]ser impuestas por el juez o los árbitros sin necesidad de una petición expresa de las partes" y carecen de "relación con los medios de control respecto de los cuales la ley si consagra oportunidades para su ejercicio*".

Ahora bien, en el acápite dedicado a la caducidad del medio de control de nulidad contractual que se ejerce a través de la demanda de reconvención, frente al argumento de CORMAGDALENA y la ANDJE, en el sentido de contar los términos a partir del conocimiento que tuvo la entidad pública sobre los hechos de corrupción que pudieran haber afectado los actos contractuales impugnados, descalifican la aplicación del principio "*pro a*ctione" como criterio para flexibilizar la aplicación de las normas sobe caducidad. En esta línea argumental, luego de analizar ciertos hitos temporales de la relación contractual entre NAVELENA y CORMAGDALENA y de las circunstancias que la rodearon, según se lee en estos alegatos de conclusión, concluyen que la demandada reconviniente conocía desde 2016 los hechos de corrupción que se atribuyen a ODEBRECHT (hecho 60 de la demanda de reconvención). Al respecto, se lee en los alegatos de conclusión (folio37):

"Como ya se ha dicho, no es cierto que el Contrato APP 001 de 2014 ni los demás documentos contractuales hayan sido suscrito con abuso o desviación de poder como lo asegura Cormagdalena, en todo caso, los anteriores documentos ponen en evidencia que Cormagdalena estaba en capacidad de conocer los supuestos hechos que hoy alega como fundamentos de la nulidad invocada; por lo que, el término de caducidad habría empezado a correr desde el mes de diciembre del año 2016 y principios de 2017 y no con una sentencia del 28 de febrero de 2018 que no hace referencia directa al Contrato APP 001 de 2014 y su adjudicación a Navelena.

"Es importante precisar que en aplicación del principio "*pro actione*" del medio de reparación directa que incorporó el Tribunal Arbitral en los autos No. 10 del 30 de marzo de 2020 y No. 38 del 14 de mayo de 2021 a este proceso, la flexibilización del término de caducidad implica establecer el momento en que el demandante conoció o debió conocer los hechos que dan lugar a la reclamación y a partir de ese momento efectuar el correspondiente conteo del término de caducidad".

Estos argumentos complementan los expuestos en la contestación de la reforma de la demanda, donde expresamente se reclama al tribunal de arbitraje tener en cuenta que los términos de caducidad "*son de orden público y obligatorio cumplimiento*" y que *"[e]principio `pro accione´, utilizado por el Tribunal para continuar tramitando las pretensiones de la demanda de reconvención a pesar de estar evidentemente caducadas, solo permite la inaplicación de las normas sobre caducidad en situaciones verdaderamente excepcionales, como delitos de Estado bien documentados que son considerados de lesa humanidad y no ante acusaciones de supuesta corrupción*". Esta situación se torna más significativa, respecto de cualquier decisión del tribunal arbitral, si se tiene en cuenta que las pretensiones de nulidad fueron dirigidas contra terceros que no suscribieron el contrato de APP. De ahí que esta argumentación concluya con la afirmación que obra a folio 3 de la contestación de la demanda y que se transcribe:

"… si se admitiera la tesis de Cormagdalena, según la cual el término de caducidad en este caso debe contarse desde la sentencia del 28 de febrero de 2018 proferida por la Corte Suprema de Justicia, al no haber demandado a Navelena S.A.S. dentro de los dos años siguientes a esa fecha, debería concluirse que el término de caducidad de la acción de controversias

contractuales no fue interrumpido y, por lo tanto, habría vencido el 28 de febrero de 2020".

Con base en estos argumentos y en los que sustentan la excepción de caducidad, **ODEBRECHT PARTICIPAÇOES E INVESTIMENTOS S.A. – EN RECUPERACIÓN JUDICIAL y CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT DE COLOMBIA S.A.S.** rebaten no solo los argumentos de la demandante reconvenida, sino la decisión del tribunal de arbitraje, a la que se refieren los autos mencionados a lo largo de este escrito. Para estos efectos, hace un análisis detallado de la jurisprudencia en que se basó la revocatoria del auto que había declarado la caducidad de la acción en relación con las pretensiones de nulidad del contrato de APP 001 de 2014 y de su otrosí número 1, para concluir que la providencia en mención, por referirse al medio de control de reparación directa en casos expresamente señalados en la ley, es inaplicable, por extensión, al medio de control contractual. En síntesis, con fundamento en citas jurisprudenciales recientes, reivindica el carácter objetivo de la caducidad de las acciones.

Adicionalmente, al sustentar la excepción de nulidad, en cuanto se refiere al acta de terminación del contrato de APP, las demandantes mencionadas reclaman la declaratoria de caducidad de la acción, teniendo en consideración que ella fue suscrita el 5 de octubre de 2017. Todo ello con fundamento en el literal j) del artículo 164 del CPACA. En cuanto a la caducidad de las pretensiones de nulidad del acta de liquidación del contrato, en el escrito objeto de análisis se emplea como argumento fundante la falta de legitimación en la causa por pasiva de las demandadas, lo que lleva a considerar que, al dirigirse la demanda contra ellas y no contra NAVELENA S.A.S., "*Cormagdalena dejó vencer el mencionado término y así deberá ser declarado y reconocido por el Tribunal*".

El fenómeno de la caducidad es objeto de análisis por parte de **CORMAGDALENA**, al alegar de conclusiones, para reiterar los argumentos que ya había expuesto en las excepciones a la reforma de la demanda principal, acápite "N. EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD" (folios 99 y siguientes). Respecto de las pretensiones declarativas y de condena que califica como "*nuevas en el presente trámite arbitral*" y que corresponden a las pretensiones declarativas "*1.6, 1.7, 2.2, 2.3, 2.4, 2.5, 2.10, 3, 3.1 a 3.13 y las pretensiones de condena 1.1 y 1.9*" que incluye la reforma de la demanda principal, solicita la declaratoria de caducidad de la acción contractual, por haber sido formuladas "por fuera del término señalado en el artículo 164, numeral 2, literal j del CPACA."

La **ANDJE** también se pronunció sobre la caducidad de la acción. Primero, en "*memorial de oposición a la demanda arbitral reformada*" y luego, al alegar de conclusiones.

En el primero de estos escritos ejerció, entre otras, las facultades de proponer y pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda. Así, se opuso a las pretensiones 1.6., 1.7., 3.2., 3.3., 3.4., 3.5., 3.6., 3.7., 3.8., 3.9., entre otros argumentos, por haber trascurrido el término de caducidad de dos (2) años, a partir de la liquidación del contrato de APP y complementó su argumentación bajo el título "*C.3. Caducidad de la acción frente a las pretensiones declarativas Nos. 1.6., 1.7., 2.2., 2.3., 2.4., 2.5., 2.10., 3., 3.1. a 3.13. y*

condenatorias 1.1. y 1.9". Consideró que se trata de pretensiones incluidas en la reforma de la demanda principal cuando se encontraba vencido el término establecido en el literal j) del artículo 164 del CPACA y en apoyo de su posición trajo a colación varios pronunciamientos del Consejo de Estado.

Al alegar de conclusiones, la **ANDJE** formula reparos a las consideraciones del Tribunal cuando decidió dejar para el laudo el análisis de la caducidad de la acción en relación con la reforma de la demanda principal. Señala que:

"Para la toma de esta decisión inicial de asumir competencia para estudiar y fallar las pretensiones adicionadas, el Tribunal realizó consideraciones relacionadas con la aparición de causahabientes en este proceso que no resultarían aplicables en tanto es claro que ello vulneraría el debido proceso de CORMAGDALENA ya que brindaría, sin sustento procesal ninguno, nuevas oportunidades a los sujetos demandantes de mejorar sus posiciones en el litigio incluso después de iniciado el trámite arbitral, ya que el derecho de los causahabientes no puede aplicarse en contra del derecho de los demandados".

En cuanto al concepto del señor **Procurador 132 Judicial II para Asuntos Administrativos**, en él se analiza el fenómeno de la caducidad en torno a las pretensiones que han formulado tanto los demandantes, como la demandada-reconviniente.

En cuanto a las pretensiones que contiene la demanda principal reformada y que no fueron incluidas en la demanda principal, resalta que, de conformidad con la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, en la medida en que "*no se alegó ni demostró por las convocantes que se encontraron en imposibilidad de ejercer las pretensiones que se estiman inoportunas dentro del término de caducidad ...*", resulta imperativa la aplicación del artículo 164 del CPACA "para el cómputo del término de caducidad, es decir, 2 años a partir del día siguiente a la liquidación del CONTRATO." Estos razonamientos concluyen con la afirmación que la excepción de caducidad propuesta por CORMAGDALENA y la ANDJE *"… tiene vocación de prosperidad*." (Folio 46 del concepto)

Así mismo, bajo el acápite *"2.2.4. Caducidad de algunas pretensiones formuladas por el extremo convocado en la demanda de reconvención*", luego de analizar las providencias que se profirieron en el curso de este trámite arbitral, y de reflexionar sobre las manifestaciones que se hicieron el 11 de febrero de 2022, a raíz del traslado de los recursos de reposición contra el auto de rechazo parcial de la demanda de reconvención, concluye el señor Agente del Ministerio Público que con posterioridad a esa fecha, la jurisprudencia del Consejo de Estado y particularmente la sentencia del 10 de septiembre de 2020, expediente 65136, ha reiterado el carácter objetivo de los términos de caducidad por lo cual deberá *"declararse la caducidad de las presentaciones (sic) declarativas que pretenden la nulidad del CONTRATO APP 001 DEL 13 DE SEPTIEMBRE DE 2014, del otrosí No. 1 del 25 de noviembre de 2016 al CONTRATO APP 001 DE 2014, del acta de terminación del 5 de octubre de 2017 del CONTRATO APP 001 DE 2014, así como de las pretensiones consecuenciales de condena de dichos pedimentos*." (Folio 52 del concepto)

Finalmente, advierte el señor Agente del Ministerio Público que, de encontrarse probadas las causales de nulidad absoluta del contrato de APP y de su otrosí, nada obsta para que el Tribunal pueda realizar, de oficio, un pronunciamiento sobre la nulidad del contrato, *"siempre que la demanda principal haya sido presentada oportunamente, como en efecto sucedió en el presente asunto*." (Folio 54 del concepto)

2.2.2. Consideraciones del Tribunal de Arbitraje

Como se ilustra en los párrafos anteriores, a lo largo de este trámite el Tribunal ha revisado reiteradamente el fenómeno de la caducidad de la acción, no sólo a través de los pronunciamientos que ha hecho a lo largo del proceso, sino al estudiar los argumentos del Ministerio Público, de las partes y la ANDJE. Procede, entonces, conforme con su decisión de pronunciarse definitivamente sobre el tema en el laudo, a analizar nuevamente la oportunidad en que se presentaron la demanda, la reconvención y las respectivas reformas.

Dada la complejidad de la relación procesal y las eventuales dificultades de las partes para acceder al medio de control contractual, era necesario avanzar en la etapa probatoria y determinar si eran o no admisibles los argumentos que se esgrimieron para justificar la aceptación de condiciones subjetivas que, en garantía del núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso, privilegiaran la consideración de circunstancias individuales sobre el carácter puramente objetivo de la caducidad, entendida como garantía a los principios de estabilidad y seguridad jurídicas.

La reflexión sobre la que vuelve este acápite del laudo se ciñe a los dictados del artículo 164, numeral 2, literal j) del CPACA, en el marco de la jurisprudencia del Consejo de Estado que ha desarrollado las características propias del fenómeno de la caducidad, cuando el derecho de acción se ejerce en relación con contratos estatales. Así, los análisis que sirvieron de fundamento a la decisión de treinta (30) de enero de dos mil veinte (2020), que rechazó varias pretensiones de la demanda de reconvención reformada, por haber caducado, se complementan y reafirman con providencias posteriores que consolidan el carácter objetivo de este fenómeno.

En sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera "A", con ponencia de la consejera María Adriana Marín, en el proceso 11001-03.26-000-2019-00168-00 (65136), del diez (10) de septiembre de dos mil veinte (2020), el Consejo de Estado decidió el recurso de anulación contra el laudo que puso fin a un litigio entre Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y Agencia Nacional de Infraestructura-ANI. Entre las pretensiones sometidas al conocimiento de ese tribunal de arbitraje estaba la de nulidad del contrato de concesión; pretensión respecto de la cual las recurrentes habían alegado la caducidad de la acción. En la medida en que el Ministerio Público sentó la tesis de que en el cómputo de la caducidad debería tenerse "*en cuenta el momento en el cual el titular de la acción o medio de control tuvo conocimiento del perjuicio y, en el caso de las pretensiones de naturaleza contractual, que* ` (*…) haya tenido la posibilidad de conocer los hechos que sustentan el pedimiento de nulidad´* del contrato", resulta necesario destacar las siguientes consideraciones de esta sentencia:

"Es claro entonces para la Sala, que la demanda de reconvención, si bien puede formularse dentro del término de traslado de la demanda principal, debe cumplir con todos los requisitos legales exigidos para cualquier demanda, entre los cuales se halla el de la oportunidad de su presentación, pues no se encuentra exenta de la aplicación de las normas sobre caducidad de la acción.

"(…)

"**2.1.7.4. El conocimiento de la ilegalidad como punto de partida para contabilizar el término de caducidad:**

"Ahora bien, en relación con el criterio según el cual el término de caducidad de la acción para pedir la nulidad absoluta del contrato debe contabilizarse a partir del conocimiento real que se tuvo sobre la ocurrencia de los hechos de corrupción que configuraron el objeto ilícito del negocio jurídico, observa la Sala que la regla general en materia de términos de caducidad de las acciones es que ellos son perentorios e improrrogables, corren de manera objetiva e ininterrumpida por lo que, a diferencia de los términos de prescripción, en su contabilización no se tienen en cuenta las condiciones particulares que puedan afectar la presentación oportuna de la demanda y, en consecuencia, no se suspenden ni se interrumpen, salvo en el caso del trámite de la conciliación prejudicial, en el que por expresa disposición legal se da dicha suspensión del término de caducidad de la acción mientras aquel se surte. Es decir que, al tratarse de un término que corre de manera objetiva, la caducidad opera de pleno derecho, por la sola omisión en el deber de presentar la demanda, frente a todas las personas y sin tener en cuenta la situación subjetiva de los titulares de la acción".

Ahora bien, dentro de un contexto similar al del presente trámite arbitral en cuanto a las pretensiones de la reforma a la demanda principal, la Sección B de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia del dos (2) de marzo de veinte veintidós (2022), con ponencia del Consejero Alberto Montaña Plata, en el proceso 11001 03 26 000 2021 00123 00 (67069), se pronunció sobre el recurso de anulación contra el laudo que decidió un litigio entre Autopistas de Santander S.A. – ASSA y Agencia Nacional de Infraestructura-ANI. Toda la argumentación allí consignada, en cuanto a la caducidad de la acción cuando se reforma una demanda, reitera la doctrina contenida en el auto de unificación de 25 de mayo de 2016, proferido por la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Danilo Rojas Betancourth, en el proceso 66001-23-31-000-2009-00056-01(40077). Esta última providencia busca determinar si es posible admitir modificaciones aditivas al petitum de una demanda, cuando ha caducado la acción a pesar de que la demanda original haya sido presentada en tiempo. Para estos efectos trabaja la diferencia entre el derecho de acción y la pretensión y expresa:

"Con observancia de lo expuesto, resulta evidente que la caducidad de la acción no versa sobre el derecho único, individual, abstracto y fundamental de acceder a la administración de justicia -ver párrafos 12.1 y 12.2-, como si a quien le caduca tal prerrogativa no pudiera volver a acceder a la misma en ningún momento, interpretación que podría provenir del mal uso a nivel legal del término acción y que cercenaría ese derecho personalísimo y subjetivo

injustificadamente, sino que tiene que ver con la imposibilidad de utilizarlo frente a las diferentes pretensiones en específico que puedan ser manifestadas en respuesta a la ocurrencia de un acontecimiento y en uso de los diferentes medios de control establecidos para que el administrado persiga la finalidad que éstos contemplan, lapso cuya contabilización, como se advirtió, usualmente comienza cuando acaece dicha circunstancia de la cual se deriva el mismo interés particular de accionar.

"En esa línea de pensamiento, esta Corporación ha reconocido la confusión que existe sobre el término acción -ver nota 44-, y ha considerado que cuando se estableció la caducidad de las señaladas "*acciones*" o medios de control, en realidad se optó por establecer un límite temporal para elevar las pretensiones propias de aquéllos, …

"Teniendo en cuenta que el derecho de acceso a la administración de justicia para elevar cierto tipo pretensiones sólo puede ser utilizado dentro de un tiempo objetivo establecido por el instituto de la caducidad de la acción, se advierte que no es posible que se presenten puntos o aspectos de contienda que no hubiesen sido formulados en ese lapso, puesto que su finalización inhabilita la posibilidad de utilizar aquel derecho y, por ende, impide ejercerlo para elevar cualquier solicitud.

"En efecto, si la configuración de la caducidad de la acción equivale al fenecimiento del tiempo objetivo que tienen los administrados para accionar y por consiguiente, para elevar todas las pretensiones que deseen respecto del suceso o de la situación de la que se derivaría su interés para acceder a la administración de justicia[5], lapso que es determinado por el medio de control que deban usar, es evidente que cuando ese plazo objetivamente establecido se encuentra culminado, ninguno de ellos puede manifestar peticiones toda vez que se encontraría vencida la oportunidad que tenían para hacerlo".

A partir de las reflexiones precedentes, este tribunal de arbitraje, fundado en el carácter objetivo de la caducidad como determinante del factor temporal que debe considerarse para el ejercicio del derecho de acción, reiterará la decisión que adoptó en audiencia de treinta de marzo de veinte veintiuno, en lo que respecta a las pretensiones de la demanda de reconvención y declarará la caducidad de las pretensiones primera y segunda principales relativas a la *"NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO APP No. 001 del 2014 SUSCRITO EN 13 DE SEPTIEMBRE DE 2014 ENTRE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA – CORMAGDALENA Y LA SOCIEDAD NAVELENA S.A.S. (HOY EN LIQUIDACIÓN OFICIAL)"*, así como de las pretensiones tercera principal, formulada como consecuencial de las citadas pretensiones primera y segunda principal y la pretensión cuarta principal, consecuencial de la pretensión tercera principal. Igualmente, se declara la caducidad de las pretensiones primera, segunda, tercera, cuarta y quinta, formuladas como subsidiarias relativas a la NULIDAD DEL OTROSÍ No. 1 AL CONTRATO DE APP No. 001 DE 2014. Igualmente, se declarará próspera la excepción de caducidad formulada por la convocante – reconvenida y por la ANDJE en sus escritos de contestación y oposición a la demanda de reconvención.

A continuación, el tribunal de arbitraje entra a analizar el alcance de las reformas que se introdujeron a la demanda principal, visto que cuando el escrito que las contenía fue radicado, la acción había caducado. Pare estos efectos se tendrá en cuenta la jurisprudencia del Consejo de Estado, contenida en el auto de unificación que profirió la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, el veinticinco de mayo (25) de mayo de dos mil dieciséis (2016), en el proceso radicado con el número 66001-23-31-000-2009-00056-01 (40077), con ponencia del consejero Danilo Rojas Betancourth, así como en la sentencia de dos (2) de marzo de dos mil veintidós (2022), proferida por la Subsección B de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, en el proceso radicado con el número 11001-03-26-000-2021-00123-00 (67049).

El auto de unificación zanjó las diferencias que se venían presentando en torno a la vigencia de las acciones procesales cuando se trata de reforma de la demanda. En síntesis, el Consejo de Estado manifestó que entraría a

"… determinar si el fenecimiento del lapso preclusivo otorgado por la ley para el uso del derecho de acción y del medio de control correspondiente, impide que el juez se pronuncie favorablemente sobre las añadidura de peticiones que se hagan al escrito inicial sin distinción alguna -nuevos demandantes, nuevos demandados o nuevos puntos de discusión- o, si por el contrario, se puede colegir que quienes demandaron desde un comienzo interrumpen dicho instituto procesal a su favor, por lo que solamente a ellos les es posible modificar y adicionar su demanda sin miramiento a la caducidad de su derecho de acceder a la administración de justicia".

Para dilucidar la inquietud transcrita, la reflexión del Consejo de Estado se extendió sobre los conceptos de (i) derecho de acción, como expresión del derecho fundamental de acceso a la justicia, de (ii) medios de control, como proyecciones del primero, y (iii) del de pretensión, como "*un requerimiento concreto que expresa la manifestación de voluntad de quien la eleva … con el objeto de que mediante una decisión judicial , se reconozcan ciertos efectos jurídicos en relación con un asunto específico*." (numeral 12.3 de la decisión en comento). Resalta, además, el Consejo de Estado, que la pretensión busca que el pronunciamiento que se persigue con ella *"se dé con un contenido específico*" (numeral 12.4, ibidem) y hace énfasis en "*la independencia que tiene cada pretensión en cuanto a las demás, de lo que se sigue que una pretensión no puede contener o implicar otra que no hubiera sido impetrada*" (numeral 12.13). Todo ello para concluir de la siguiente manera:

"… que dado que la caducidad de la acción marca la finalización del plazo en que los administrados pueden accionar para elevar las solicitudes que quieran propias del medio de control que corresponda, se debe advertir que una vez configurado dicho instituto no es posible que a través de ningún mecanismo, sea mediante la presentación de una demanda o de su reforma en el tiempo establecido para ello, se expongan nuevas pretensiones a la jurisdicción, por lo que en ese escenario realmente no hay una diferencia entre el individuo que no demandó en ningún momento y el sujeto que sí lo hizo, pero que sólo expuso parcialmente las peticiones que estaba legitimado para elevar, puesto que a los dos les habría fenecido la oportunidad objetiva que tenían para accionar y por consiguiente, para formular ante la justicia las solicitudes que desearan en ejercicio de ese derecho. (Numeral 13.13 ibidem)".

Los desarrollos jurisprudenciales que estableció el Consejo de Estado en el auto de unificación mencionado fueron reiterados en la sentencia de 2 de marzo de este año, en el ámbito del medio de control de los contratos estatales, al decidir negativamente el recurso de anulación contra el laudo arbitral que resolvió las controversias entre Autopistas de Santander S.A. – ASSA y Agencia Nacional de Infraestructura – ANI. En ese orden de ideas, en los numerales 34 y 25 de esa providencia, la Subsección B de la Sección Tercera de la Sala de lo contencioso Administrativo se expresó así:

"34. Lo anterior denota que todavía existe un vacío legislativo al respecto, por lo que sigue siendo obligación del juez interpretar tales normas para brindar una apariencia de completitud al ordenamiento jurídico y la interpretación definida en el Auto de Unificación sigue siendo válida, más aún cuando los argumentos y los motivos que sustentaron la Decisión siguen vigentes y no ha existido un cambio jurisprudencial en relación al problema estudiado.

"35. Además, la parte resolutiva del citado Auto definió *'la necesidad de verificar el fenómeno procesal de la caducidad respecto de todas las nuevas pretensiones que se eleven en ejercicio del derecho de acción'.* Por lo tanto, las consideraciones de la providencia se refieren, en términos generales, al *'ejercicio del derecho de acción',* sin limitar su aplicación a un determinado estatuto procesal".

El Consejo de Estado, haciendo referencia a la sentencia de veintisiete (27) de julio de dos mil diecisiete (2017) en el expediente 11001-03-28-000-2016-00060-00, resaltó la obligatoriedad de los autos de unificación de jurisprudencia, como normas nuevas que integran el ordenamiento jurídico que se impone tanto a los jueces en lo contencioso administrativo, como a los tribunales arbitrales.

Con estos parámetros, el Tribunal cumple con el ejercicio de comparar el petitum de la demanda principal inicial, radicada cuando aún no había terminado de correr al término de caducidad del medio de control contractual, con la reforma que se presentó cuando este fenómeno preclusivo había operado. Como se ilustra en el cuadro que se presenta a continuación, (i) a pesar de algunas alteraciones en el texto, las pretensiones declarativas 1.1; 1.2 y 2.1; mantienen la identidad conceptual y funcional con el petitum de la demanda inicial; y (ii) las pretensiones declarativas número 1.4; 1.5; 2.8; 2.9; y las pretensiones de condena 1.2; 1.4; 1.6; y 1.8, permanecen idénticas al petitum inicialmente formulado. Por consiguiente, respecto de ellas procede afirmar que el fenómeno de caducidad no ha operado.

No ocurre lo mismo con las pretensiones declarativas 1.3; 1.6; 1.7; 2.2; 2.3; 2.4; 2.5; 2.6; 2.7; 2.10; 2.11; 3.1; 3.2; 3.3; 3.4; 3.5; 3.6; 3.7; 3.8; 3.9; 3.10; 3.11; 3.12; y 3.13, y las pretensiones de condena 1.1; 1.3; 1.5; 1.7, de la demanda reformada. La pretensión declarativa 1.3 introduce un elemento nuevo a los costos que se venían reclamando en la pretensión 1.2 de la demanda original; mientras que las pretensiones declarativas 1.6; 1.7; 2.2; 2.3; 2.4; 2.5; 2.6; 2.7; 2.10; 2.11; 3; 3.1; 3.2; 3.3; 3.4; 3.5; 3.6; 3.7;3.8; 3.9; 3.10; 3.11; 3.12 y 3.13; y las prensiones de condena 1.1; 1.3; 1.5 y 1.7 plantean cuestiones nuevas que han debido formularse durante el lapso de vigencia del medio de control

contractual. Por eso, respecto de ellas se declarará próspera la excepción de caducidad interpuesta por CORMAGDALENA y la ANDJE.

DEMANDA INICIAL	**DEMANDA REFORMADA**
Pretensiones	**Pretensiones**
Declarativas	**Declarativas**
1. Que en relación con los costos en los que incurrió NAVELENA durante la Etapa de Preconstruccion del Contrato de APP 001 de 2014 se declare lo siguiente:	4. **Que en relación con los costos en los que incurrió Navelena durante la Etapa de Preconstrucción del Contrato de APP 001 de 2014 (en adelante el "Contrato APP") se DECLARE lo siguiente:**
1.1. Que en el acta de liquidación bilateral del Contrato de APP 001 de 2014, al determinarse la compensación por terminación anticipada en la Etapa de Preconstrucción y el valor neto a pagar, únicamente se tuvo en cuenta un valor de $233.904.866.464 por los costos en los que incurrió NAVELENA durante la Etapa de Preconstrucción.	4.1. Que en el acta de liquidación bilateral del Contrato de APP 001 de 2014, al determinarse la compensación por terminación anticipada en la Etapa de Preconstrucción y el valor neto a pagar, únicamente se tuvo en cuenta un valor de $233.904.866.464 pesos por los costos en los que incurrió Navelena durante la Etapa de Preconstrucción en la variable *ARi* de la fórmula de liquidación del contrato.
1.2. Que los costos asociados a las actividades realizadas por NAVELENA durante la Etapa de Preconstrucción, los cuales habían sido reconocidos por la Interventoría por estar relacionados con las obligaciones previstas para dicha etapa, tienen un valor mayor al de $233.904.866.464 que se estableció en el acta de liquidación bilateral del Contrato de APP 001 de 2014.	1.2. Que los costos incurridos por concepto de las actividades realizadas por Navelena durante la Etapa de Preconstrucción tuvieron un valor mayor al de $233.904.866.464 pesos que se estableció en el Acta de Liquidación bilateral del Contrato.
	1.3. Que Cormagdalena, al aplicar la fórmula de compensación por terminación anticipada del Contrato de APP 001 de 2014, incumpliendo lo estipulado en la sección 50.02 del mismo, descontó injustificadamente costos por un valor total de $73.072.271.550 pesos, o el valor que resulte probado en el proceso, por concepto de pagos a terceros por cuenta del EPC, estudios y diseños y/o gastos administrativos durante la Etapa de Preconstrucción
1.3. Que NAVELENA suscribió el acta de liquidación bilateral del Contrato de APP 001 de 2014 con salvedades, con	1.4. Que Navelena suscribió el acta de liquidación bilateral del Contrato de APP con salvedades, con el fin de

el fin de reservarse el derecho al reconocimiento y pago del mayor valor de los costos en los que incurrió durante la Etapa de Preconstrucción del Contrato de APP 001 de 2014.	reservarse el derecho al reconocimiento y pago del mayor valor de los costos en los que incurrió durante la Etapa de Preconstrucción del Contrato APP.
1.4. Que NAVELENA, en virtud de lo pactado en la Sección 50.02 (a), tiene derecho al reconocimiento y pago del mayor valor de los costos en los que incurrió durante la Etapa Preconstrucción del Contrato de APP de 2014, que no fueron incluidos como parte del valor neto a pagar y que ascienden a la suma de $114.000.0000.000 o a la que resulte probada en el proceso.	1.5. Que en virtud de lo pactado en la Sección 50.02 (a) del Contrato APP, Navelena tiene derecho al reconocimiento y pago del mayor valor de los costos en los que incurrió durante la Etapa de Preconstrucción del Contrato de APP 001 de 2014, que no fueron incluidos en el acta de liquidación bilateral como parte del valor neto a pagar a Navelena, y que ascienden a la suma de $73.072.271.550 o a la que resulte probada en el proceso.
	1.6. Que en virtud de lo pactado en la Sección 50.02 (a) del Contrato de APP 001 de 2014, Navelena tiene derecho al reconocimiento de una actualización por IPC y tasa de descuento, respecto de los costos incurridos en la Etapa de Preconstrucción que no fueron reconocidos por Cormagdalena en el Acta de Liquidación bilateral.
	1.7. Que al 17 de abril de 2017, fecha de terminación efectiva del Contrato de APP 001 de 2014, Navelena tenía derecho a recibir $19.630.337.500 pesos, o el valor que resulte probado en el proceso, a título de actualización por IPC y tasa de descuento por los costos incurridos en la Etapa de Preconstrucción que fueron descontados o no fueron reconocidos en el Acta de Liquidación bilateral conforme a las pretensiones anteriores.
2. Que en relación con los bienes sujetos a reversión y a su descuento del valor neto a pagar a NAVELENA de declare lo siguiente:	**2. Que en relación con los bienes sujetos a reversión y a su descuento del valor neto a pagar a Navelena se DECLARE lo siguiente:**
2.1 Que en el acta de liquidación bilateral del Contrato de APP de 2014, al determinarse el valor neto a pagar, se descontó del valor de compensación por terminación anticipada la suma de	2.1. Que al determinarse el valor neto a pagar en el acta de liquidación bilateral del Contrato de APP 001 de 2014, se descontó del valor de compensación por terminación anticipada la suma de $18.648.390.449 equivalentes al valor

$18.648.390.449, equivalente al valor de los bienes sujetos a reversión.	de adquisición de los bienes sujetos a reversión.
	2.2. Que en el Contrato de APP 001 de 2014 no se establecieron reglas, ni criterios específicos, ni se reguló el procedimiento o la forma en que se efectuaría la reversión de bienes en leasing en el evento de una terminación anticipada en la Etapa de Precontrucción de la relación contractual.
	2.3. Que en la sección 48.03 del Contrato APP 001 de 2014 se estableció que, en el evento en que éste terminara de manera anticipada como consecuencia de la declaratoria de caducidad, la oportunidad para establecer lo correspondiente a la reversión era el acto administrativo mediante el cual se ordenara la terminación del Contrato de APP.
	2.4. Que Cormagdalena incumplió su obligación de fijar en la oportunidad establecida en la sección 48.03 del Contrato APP 001 de 2014, esto es, en el acto administrativo por medio del cual declaró la terminación del Contrato APP 001 de 2014 por caducidad, los criterios y reglas aplicables y el procedimiento para la reversión de los bienes asociados a la Etapa de Preconstrucción y en particular lo que respecta a los reconocimientos necesarios para conservar la tenencia física y jurídica de los bienes, que para la fecha estaban en cabeza de Navelena Consorcio Constructor bajo contratos de leasing, a efectos de revertirlos.
	2.5. Que Cormagdalena, encontrándose incumplido y a pesar de las repetidas advertencias de Navelena, no mitigó los efectos del incumplimiento, agravando el mismo
	2.6. Que la fórmula de liquidación pactada en la Cláusula 50.02 del Contrato APP no permitía descuentos a la compensación por terminación

	anticipada de Navelena por concepto del valor de reposición de los bienes objeto de reversión.
	2.7. Que las partes del Contrato APP 001 de 2014, con posterioridad a su terminación, nunca acordaron un procedimiento para practicar la reversión de los bienes asociados a la Etapa de Preconstrucción y en especial los bienes que para la fecha de terminación del contrato estaban en cabeza Navelena Consorcio Constructor en virtud de contratos de leasing.
2.2 Que NAVELENA suscribió el acta de liquidación bilateral del Contrato de Concesión con salvedades para reservarse el derecho al reconocimiento y pago de la suma de $18.648.390.449, equivalente al valor de los bienes sujetos a reversión.	2.8. Que Navelena suscribió el acta de liquidación bilateral del Contrato APP No. 001 de 2014 con salvedades para reservarse el derecho al reconocimiento y pago de la suma de $18.648.390.449, equivalente al valor de los bienes sujetos a reversión en la Etapa de Preconstrucción del Contrato.
2.3 Que no obstante haberse descontado de la compensación por terminación anticipada el valor de los bienes sujetos a reversión, éste no fue reconocido como un costo asociado a las actividades realizadas por NAVELENA durante la Etapa Preconstrucción del Contrato de APP de 2014.	
2.4 Que como consecuencia de lo anterior, es improcedente y contrario a derecho el descuento de la suma de $18.648.390.449 que se hizo del valor neto a pagar a NAVELENA por concepto del valor de los bienes sujetos a reversión.	2.9. Que, como consecuencia de las anteriores pretensiones es improcedente y contrario a derecho el descuento de la suma de $18.648.390.449 que, por concepto del valor de los bienes sujetos a reversión, aplicó Cormagdalena al establecer el valor neto de la liquidación a pagar a Navelena.
	2.10.Que en subsidio de todo lo anterior, en el evento en que el Tribunal estime que Cormagdalena sí podía hacer descuentos por equivalente económico en la fórmula de liquidación, se declare que el descuento debió estar precedido del reconocimiento del valor descontado como un costo

	incurrido por Navelena asociado al Contrato APP y en beneficio de Cormagdalena.
	2.11. Que en relación con la pretensión anterior, se declare que Cormagdalena no reconoció el valor descontado como un costo incurrido por Navelena asociado al Contrato APP y en beneficio de Cormagdalena.
	3. Que en relación con la liquidación del Contrato APP 001 de 2014 se declare lo siguiente:
	3.1. Que en el acta de liquidación bilateral del Contrato de APP 001 de 2014 se estableció que la compensación total a la que tendría derecho Navelena era de $189.068.092.362,66 pesos, calculados al 17 de abril de 2017, fecha de terminación efectiva del referido contrato.
	3.2. Que del valor neto a pagar reconocido en el acta de liquidación bilateral, conforme a la pretensión anterior, Cormagdalena únicamente ha pagado a Navelena $178.672.498.048,37 pesos, o el valor que resulte probado en el proceso, por concepto de la liquidación del Contrato de APP 001 de 2014.
	3.3. Que, se declare que Cormagdalena no ha pagado $10.395.594.314,29, o la suma que determine el Tribunal, del valor neto reconocido a Navelena en el Acta de liquidación bilateral suscrita el 12 de octubre de 2017
	3.4. Que Navelena tenía derecho a una compensación por terminación anticipada por un valor total de $300.419.091.862,58 pesos, o el valor que resulte probado en el proceso, calculados al 17 de abril de 2017, fecha de terminación efectiva del Contrato de APP 001 de 2014
	3.5. Que de conformidad con lo establecido en la sección 50.02 del Contrato de APP 001 de 2014, Cormagdalena debió reconocer el valor

	de la actualización por IPC y/o tasa de descuento sobre el valor de la compensación por terminación anticipada, al establecer el valor de la liquidación del Contrato APP 001 de 2014
	3.6. Que al 12 de octubre de 2017, fecha en que se liquidó el Contrato de APP 001 de 2014, el valor resultante de la aplicación de la fórmula de compensación por terminación anticipada, conforme a la pretensión 3.4, debió aumentarse en un total de $14.580.310.458 pesos, de los cuales $1.461.834.257 pesos corresponden a ajustes por IPC y $13.118.476.201 a ajustes por tasa de descuento, o las sumas que resulten probadas en el proceso.
	3.7. Que como consecuencia de la pretensión anterior, el valor total de la liquidación a la que Navelena tenía derecho, al 12 de octubre de 2017, y si se hubiera aplicado correctamente la fórmula de compensación por terminación anticipada prevista en el Contrato de APP 001 de 2014, asciende a $314.999.402.321 o el valor que resulte probado en el proceso.
	3.8. Que Cormagdalena está en la obligación de pagar a la parte demandante en este proceso $10.395.594.314,29 pesos, o el valor que resulte probado, equivalentes a la diferencia entre el valor neto reconocido a Navelena en el acta de liquidación bilateral del Contrato de APP 001 de 2014 y el valor efectivamente pagado por Cormagdalena conforme a las pretensiones 3.2 y 3.3.
	3.9. Que Cormagdalena está en la obligación de pagar a la parte demandante en este proceso $125.931.309.957,92 pesos, o el valor que resulte probado, equivalentes al mayor valor que debió ser reconocido a favor de Navelena en el Acta de Liquidación del Contrato de APP 001 de 2014.

	3.10. Que Cormagdalena está en la obligación de pagar a la parte demandante intereses remuneratorios calculados sobre las sumas pendientes de pago conforme a la pretensión 3.7 anterior, en los términos y a las tasas establecidas en la sección 50.07 del Contrato de APP 001 de 2014.
	3.11. Que al 12 de octubre de 2018, el valor de los intereses remuneratorios adeudados a Navelena, por parte de Cormagdalena, era de $6.682.676.936 pesos, o el valor que resulte probado en el proceso. 3.12. Que al 12 de octubre de 2019, el valor de los intereses remuneratorios adeudados a Navelena, por parte de Cormagdalena, era de $6.470.035.802 pesos, o el valor que resulte probado en el proceso.
	3.13. Que Cormagdalena está en la obligación de pagar intereses de mora respecto de las sumas adeudadas a partir del 12 de octubre de 2018 y 12 de octubre de 2019, según elcaso, en los términos de la cláusula 53.01(b) del Contrato APP.
Condena	**Condena**
	1.1. Que se condene a Cormagdalena a pagar a la parte demandante en este proceso $10.395.594.314,29 pesos, o el valor que resulte probado, equivalentes a la diferencia entreel valor neto reconocido a Navelena en el acta de liquidación bilateral del Contrato de APP 001 de 2014 y el valor efectivamente pagado por Cormagdalena conforme a la pretensión declarativa 3.2
1. Que se condene a CORMAGDALENA a reconocer y pagar a NAVELENA los costos que no fueron tenidos en cuenta en la determinación del valor de compensación por terminación anticipada del Contrato APP 001 de 2014, los cuales ascienden a la suma de $114.000.000.000 o a la	1.2. Que se condene a Cormagdalena a pagar a la parte demandante en este proceso $73.072.271.550 pesos, o el valor que resulte probado, equivalentes al mayor valor de los costos en los que incurrió Navelena durante la Etapa de Preconstrucción del Contrato de APP 001 de 2014, que

que resulte probada en el proceso, debidamente actualizados.	no fueron incluidos como parte del valor neto a pagar en el Acta de Liquidación.
	1.3. Que se condene a Cormagdalena a pagar a la parte demandante en este proceso $19.630.337.500 pesos, o el valor que resulte probado, a título de actualización por IPC y tasa de descuento por los costos incurridos en la Etapa de Preconstrucción que fueron descontados o no fueron reconocidos en el acta de liquidación bilateral del Contrato de APP001 de 2014 conforme a las pretensiones anteriores.
	1.5. Que se condene a Cormagdalena a pagar a la parte demandante en este proceso la suma de $14.580.310.458, o el valor que resulte probado, equivalentes a la actualización por IPC y tasa de descuento entre el 17 de abril de 2017 y el 12 de octubre del 2017 respecto de las sumas dejadas de reconocer y/o pagar a Navelena en el acta de liquidación bilateral del Contrato de APP 001 de 2014 conforme a las pretensiones anteriores.
2. Que se condene a CORMAGDALENA a reconocer y pagar a NAVELENA debidamente actualizado, el costo de los bienes sujetos a reversión que fue indebidamente descontado al establecerse el valor neto a pagar, el cual equivale a la suma de $18.648.390.449 o la que resulte probada en el proceso.	1.4. Que se condene a Cormagdalena a pagar a la parte demandante en este proceso la suma de $18.648.390.449, equivalentes al descuento realizado por Cormagdalena, en el acta de liquidación bilateral del Contrato de APP 001 de 2014, por concepto de bienes sujetos a reversión.
3. Que como consecuencia de lo anterior, se liquide los intereses a los que se refiere la Sección 53.01 (a) del Contrato APP 001 de 2014, desde el momento en que ha debido hacerse el reconocimiento de los mayores valores resultantes de la liquidación hasta la fecha de ejecutoria del Laudo, o subsidiariamente, desde la fecha en lo determine el Tribunal. 3.1. Que en caso de no accederse a la pretensión anterior, se liquiden los	1.8. Que se condene a Cormagdalena a pagar intereses de mora respecto de las sumas adeudadas conforme a las pretensiones de condena anteriores, desde el 12 de octubre de 2018 y el 12 de octubre de 2019 según el caso, o desde las fechas en que lo determine el Tribunal Arbitral, y hasta la fecha en que se verifique el pago en los términos establecidos en la cláusula 53.01(b) del Contrato APP.

intereses a los que refiere al Sección 50.07 (b) del Contrato APP001 de 2014, desde el momento en que ha debido hacerse el reconocimiento de los mayores valores resultantes de la liquidación hasta la fecha de ejecutoria del Laudo, o subsidiariamente, desde la fecha en que lo determine el Tribunal.	1.6. Que se condene a Cormagdalena a pagar a la parte demandante $6.682.676.936 pesos, o el valor que resulte probado en el proceso, por concepto de intereses remuneratorios calculados entre el 12 de octubre de 2017 y el 12 de octubre de 2018, en los términos de la sección 50.07(b) del Contrato de APP 001 de 2014, sobre las sumas pendientes de pago y/o reconocimiento conforme a las pretensiones anteriores. 1.7. Que se condene a Cormagdalena a pagar a la parte demandante $6.470.035.802 pesos, o el valor que resulte probado en el proceso, por concepto de intereses remuneratorios calculados entre el 12 de octubre de 2018 y el 12 de octubre de 2019, en los términos de la sección 50.07(b) del Contrato de APP 001 de 2014, sobre las sumas pendientes de pago y/o reconocimiento a conforme a las pretensiones anteriores.
4. Que respecto de cualquier suma que resulte en el laudo arbitral en favor de NAVELENA se decreten, a partir de la ejecutoria del mismo, intereses moratorios de conformidad y de lo Contencioso Administrativo.	

Ahora bien, como la reforma de la demanda de reconvención también se radicó después de transcurridos los dos años a partir del acta de liquidación del contrato de APP 001 de 2014, es decir, cuando el término previsto por el literal j) del artículo 164 del CPACA para el ejercicio oportuno del medio de control contractual ya había caducado, procede realizar el mismo análisis al cual se sometió el petitum de la reforma de la demanda principal, teniendo en cuenta que una primera aproximación al texto reformado de la reconvención muestra novedades en lo que concierne a las pretensiones subsidiarias relacionadas con la nulidad del acta de liquidación del contrato de APP 001 de 2014 y con la reliquidación del mismo contrato.

Como se desprende del cuadro que se presenta a continuación, las pretensiones cuarta de la tercera subsidiaria, relacionada con la nulidad del acta de liquidación del contrato de APP 001 de 2014, y segunda y tercera de la pretensión cuarta subsidiaria, relacionada con la “reliquidación” del mismo contrato son totalmente nuevas, en relación con el petitum inicial y se encuentran caducadas por haber sido formuladas con posterior el término de vigencia del medio de control contractual.

Demanda de reconvención original	Demanda de reconvención reformada
	SEGUNDA SUBSIDIARIA: PRETENSIONES RELACIONADAS CON LA NULIDAD DEL ACTA DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE APP SUSCRITA EL CINCO (5) DE OCTUBRE DEL DOS MIL DIECISIETE (2017) ENTRE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA Y LA SOCIEDAD NAVELENA S.A.S. (HOY EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL)
	PRIMERA. - Que se declare la nulidad absoluta del Acta de Terminación del Contrato de APP No. 001 de 2014, suscrita el cinco (5) de octubre del dos mil diecisiete (2017) entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA y la sociedad NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial), por estar viciada por objeto ilícito al contener declaraciones contrarias a la ley y al orden público en relación con la reversión de los bienes que debían ser revertidos a CORMAGDALENA a la terminación del contrato. Lo anterior por cuanto: (i) se consideró que las partes debían efectuar la compensación por equivalente económico de los bienes objeto de reversión en consideración a la supuesta imposibilidad jurídica y material alegada por NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial) de que los elementos y bienes directamente afectados al proyecto fueran revertidos; y (ii) se estipuló que los bienes que tenía NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial) y/o su 'EPECISTA' (NAVELENA CONSORCIO CONSTRUCTOR) a título de arrendamiento financiero o leasing, no serían revertidos a CORMAGDALENA en virtud de la terminación anticipada, por considerar, erróneamente, que dichos bienes no podían ser revertidos, lo cual resulta contrario a lo exigido en el artículo 19 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 31 de la Ley 1508 de 2012.
	SEGUNDA. - Que se declare la nulidad absoluta por causa ilícita del Acta de

	Terminación del Contrato de APP No. 001 de 2014 suscrito entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA y la sociedad NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial), de fecha 05 de octubre de 2017, debido a que lo establecido en dicha acta buscó favorecer los intereses del Asociado y no consideró de ninguna manera el interés público que rige y es principio fundamental del régimen de la administración pública.
	TERCERA. - Como consecuencia de la prosperidad de cualquiera de las pretensiones anteriores (o de ambas), declárese la nulidad de todos los actos contractuales derivados del Acta de Terminación del Contrato de APP No. 001 de 2014, suscrita el día 05 de octubre de 2017 entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA y la sociedad NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial), esto es: Acta de Liquidación del 12 de octubre de 2017; y, en general, de la totalidad de los negocios jurídicos celebrados entre las partes en desarrollo y ejecución de la citada Acta.
	CUARTA. - Que se declare que, a la terminación del Contrato de APP No. 001 de 2014 suscrito entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA y la sociedad NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial), los bienes objeto de reversión que se encontraban en leasing o arrendamiento financiero a nombre de NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial) y/o su 'EPECISTA' (NAVELENA CONSORCIO CONSTRUCTOR), debían ser revertidos por el Asociado, de conformidad con la sección 48.01, literal b, numeral (v) del Contrato de APP No. 001 de 2014, de modo que NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial) y/o su 'EPECISTA' (NAVELENA CONSORCIO CONSTRUCTOR) tenía la obligación de asumir los costos de terminación anticipada del contrato de leasing, con el

	fin de transferir la propiedad de los bienes objeto de reversión a CORMAGDALENA.
	QUINTA. - Que como consecuencia de la pretensión anterior, se ordene los cesionarios de NAVELENA S.A.S. EN LIQUIDACION JUDICIAL y a las sociedades que conforman NAVELENA CONSORCIO CONSTRUCTOR (VALORES Y CONTRATOS - VALORCON S.A. EN REORGANIZACIÓN, CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT DE COLOMBIA S.A.S. EN LIQUIDACION JUDICIAL, ODEBRECHT PARTICIPACIONES E INVESTIMENTOS S.A. y CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. (sucursal Colombia)), revertir a la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA – CORMAGDALENA todos los bienes objeto de reversión que se encontraban a título de leasing o arrendamiento financiero y debieron ser adquiridos por NAVELENA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL o su EPECISTA (NAVELENA CONSORCIO CONSTRUCTOR), para el desarrollo del objeto del Contrato de APP No. 001 de 2014, suscrito entre CORMAGDALENA y NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial), de acuerdo a lo estipulado en la sección 48.01 del Contrato de APP No. 001 de 2014, que corresponde a los bienes y elementos que se describen en el hecho número 78.
	SEXTA. - Que se ordene que, en caso de que los bienes objeto de reversión presenten estado de deterioro, fatiga o desgaste, superior al Apéndice 1 del Contrato de APP sobre Especificaciones de Construcción, las sociedades VALORES Y CONTRATOS - VALORCON S.A. EN REORGANIZACIÓN, CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT DE COLOMBIA S.A.S. EN LIQUIDACION JUDICIAL, ODEBRECHT PARTICIPACIONES E INVESTIMENTOS S.A. y CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. (sucursal Colombia), tienen la obligación de reemplazar,

	reparar y actualizar todos los bienes objeto de reversión que se encontraban a título de leasing o arrendamiento financiero y debieron ser adquiridos por NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial) o su EPECISTA (NAVELENA CONSORCIO CONSTRUCTOR), para el desarrollo del objeto del Contrato de APP No. 001 de 2014, suscrito entre CORMAGDALENA y NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial), en los términos de la sección 48 del Contrato de APP No. 001 del 2014 y que corresponden a los bienes y elementos que se describen en el hecho número 78.
	SÉPTIMA. - Que, en caso de que a la fecha que determine el Tribunal no sea posible revertir los bienes objetos de reversión que se encontraban a título de leasing o arrendamiento financiero y debieron ser adquiridos por NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial) o su EPECISTA (NAVELENA CONSORCIO CONSTRUCTOR), se ordene a VALORES Y CONTRATOS - VALORCON S.A. EN REORGANIZACIÓN, CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT DE COLOMBIA S.A.S. EN LIQUIDACION JUDICIAL, ODEBRECHT PARTICIPACIONES E INVESTIMENTOS S.A. y CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. (sucursal Colombia) el pago a la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA del valor actualizado de los bienes que han debido revertirse.
	OCTAVA. - Como consecuencia de las pretensiones anteriores, se ordene liquidar nuevamente el Contrato de APP No. 001 del 2014 suscrito entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA y la sociedad NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial), en los términos previstos en el Contrato de APP, especialmente lo dispuesto en la sección 48 del Contrato de APP No. 001 de 2014.
	NOVENA. - Se condene en costas y agencias en derecho a las sociedades:

	VALORES Y CONTRATOS - VALORCON S.A. EN REORGANIZACIÓN, CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT DE COLOMBIA S.A.S. EN LIQUIDACION JUDICIAL, ODEBRECHT PARTICIPACIONES E INVESTIMENTOS S.A. y CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. (sucursal Colombia).
TERCERA SUBSIDIARIA: PRETENSIONES RELACIONADAS CON LA NULIDAD DEL ACTA DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE APP SUSCRITA EL DOCE (12) DE OCTUBRE DEL DOS MIL DIECISIETE (2017) ENTRE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA y LA SOCIEDAD NAVELENA S.A.S. (HOY EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL)	**TERCERA SUBSIDIARIA: PRETENSIONES RELACIONADAS CON LA NULIDAD DEL ACTA DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE APP SUSCRITA EL DOCE (12) DE OCTUBRE DEL DOS MIL DIECISIETE (2017) ENTRE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA y LA SOCIEDAD NAVELENA S.A.S. (HOY EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL)**
PRIMERA.- Se declare que la liquidación del contrato APP No. 001 del 2014 suscrito entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA y la sociedad NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial), suscrita por éstas el día doce (12) de octubre del dos mil diecisiete (2017), contiene errores de hecho dirimentes, por estar viciado el consentimiento de la Entidad, al incluir dentro del acta para efectos de ser reconocidos, costos y gastos sin soporte contable que permitieran la identificación, individualización, relación de causalidad y constatación con los hechos económicos reales que debían soportarlos, lo cual generó un error en cuanto a la identidad del objeto del negocio jurídico: ítems y valores del acta de liquidación del contrato de APP No. 001 del 2014	**PRIMERA.-** Se declare que la liquidación del contrato APP No. 001 del 2014 suscrito entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA y la sociedad NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial), suscrita por éstas el día doce (12) de octubre del dos mil diecisiete (2017), contiene errores de hecho dirimentes, por estar viciado el consentimiento de la Entidad, al incluir dentro del acta para efectos de ser reconocidos, costos y gastos sin soporte contable que permitieran la identificación, individualización, relación de causalidad y constatación con los hechos económicos reales que debían soportarlos, lo cual generó un error en cuanto a la identidad del objeto del negocio jurídico: ítems y valores del acta de liquidación del contrato de APP No. 001 del 2014.
SEGUNDA.- Se declare que, como consecuencia de los errores de hecho dirimentes, por estar viciado el consentimiento en cuanto al objeto identificado en el Acta de Liquidación del contrato de APP No. 001 del 2014	**SEGUNDA. -** Se declare que, como consecuencia de los errores de hecho dirimentes, por estar viciado el consentimiento en cuanto al objeto identificado en el Acta de Liquidación del contrato de APP No. 001 del 2014

suscrita entre CORMAGDALENA y NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial) el doce (12) de octubre del dos mil diecisiete (2017), ésta adolece de nulidad relativa.	suscrita entre CORMAGDALENA y NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial) el doce (12) de octubre del dos mil diecisiete (2017), ésta adolece de nulidad relativa.
TERCERA.- Como consecuencia de la declaración anterior, se ordene rehacer la liquidación del contrato de APP No. 001 del 2014, en los términos previstos en dicho contrato y las disposiciones legales pertinentes, excluyendo de la nueva liquidación todos aquellos costos y gastos que no cuenten con soporte contable que permita la identificación, individualización, relación de causalidad y contrastación con los hechos económicos reales y correspondan a costos y gastos directos del contrato de APP No. 001 del 2014, en concordancia con la cláusula 50.02 de dicho contrato.	**TERCERA. -** Como consecuencia de la declaración anterior, se ordene rehacer la liquidación del contrato de APP No. 001 del 2014, en los términos previstos en dicho contrato y las disposiciones legales pertinentes, excluyendo de la nueva liquidación todos aquellos costos y gastos que no cuenten con soporte contable que permita la identificación, individualización, relación de causalidad y contrastación con los hechos económicos reales y correspondan a costos y gastos directos del contrato de APP No. 001 del 2014, en concordancia con la cláusula 50.02 de dicho contrato.
CUARTA.- Se condene en costas y agencias en derecho a los demandados: VALORES Y CONTRATOS - VALORCON S.A. EN REORGANIZACIÓN, CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT DE COLOMBIA S.A.S. EN LIQUIDACION JUDICIAL, ODEBRECHT PARTICIPACIONES E INVESTIMENTOSS.A. y CONSTRU_CTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. (sucursal Colombia).	**CUARTA. -** Como consecuencia de la pretensión anterior, esto es, como consecuencia de la nueva liquidación del contrato de APP No. 001 del 2014, se ordene a los demandados: VALORES Y CONTRATOS - VALORCON S.A. EN REORGANIZACIÓN, CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT DE COLOMBIA S.A.S. EN LIQUIDACION JUDICIAL, ODEBRECHT PARTICIPACIONES E INVESTIMENTOS S.A. y CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. (sucursal Colombia), a devolver a la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA-CORMAGDALENA, los mayores valores que resulten probados en este proceso y que hayan sido pagados a NAVELENA S.A.S. como consecuencia de la liquidación del contrato de APP No. 001 del 2014 realizada el 12 de octubre del 2017. El pago de los mayores valores que hayan sido pagados a NAVELENA S.A.S. y que resulten probados en el proceso, a favor de CORMAGDALENA y a cargo de los demandados como consecuencia de la nueva liquidación, deberá hacerse de la forma estipulada en la sección 50.07 literal (c) del contrato de

	APP No. 001 del 2014, junto con los intereses remuneratorios y moratorios pactados en las cláusulas 50.07 literal (c) y 53.01 literal (b) del contrato de APP No. 001 del 2014.
	QUINTA. - Se condene en costas y agencias en derecho a los demandados: VALORES Y CONTRATOS - VALORCON S.A. EN REORGANIZACIÓN, CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT DE COLOMBIA S.A.S. EN LIQUIDACION JUDICIAL, ODEBRECHT PARTICIPACIONES E INVESTIMENTOS S.A. y CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. (sucursal Colombia).
CUARTA SUBSIDIARIA: PRETENSIONES RELACIONADAS CON LAS SUMAS PAGADAS EN EXCESO A NAVELENA S.A.S. POR CUENTA DEL ACTA DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE APP No. 001 DE 2014, SUSCRITA POR LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA Y LA SOCIEDAD NAVELENA S.A.S. (HOY EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL)	**CUARTA SUBSIDIARIA: PRETENSIONES RELACIONADAS CON LA RELIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE APP NO. 001 DE 2014 SUSCRITO ENTRE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA y LA SOCIEDAD NAVELENA S.A.S. (HOY EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL)**
PRIMERA.- Se declare que en el Acta de liquidación del Contrato de APP No. 001 del 2014, suscrita entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA, CORMAGDALENA y NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial) el día doce (12) de octubre del dos mil diecisiete (2017), se incluyeron dentro del componente de la variable Ari de la fórmula de liquidación anticipada del Contrato, contenida en la cláusula 50.02, costos y gastos que no debían ser incluidos en dicha liquidación, por no corresponder a costos y gastos directos del Asociado (NAVELENA S.A.S. EN LIQUIDACIÔN JUDICIAL) en relación con el objeto del Contrato de APP No. 001 del 2014 y además,	**PRIMERA. -** Que se declare que la liquidación del contrato APP No. 001 del 2014 suscrito entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA y la sociedad NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial), suscrita por éstas el día doce (12) de octubre del dos mil diecisiete (2017), incluyó costos y gastos sin soporte contable que permitieran la identificación, individualización, relación de causalidad y constatación con los hechos económicos reales que debían soportarlos.

por incluir en la liquidación y reconocer a través de la misma, costos y gastos sin soporte contable que permitieran la identificación, individualización, relación de causalidad y constatación de los hechos económicos.	
SEGUNDA.· Como consecuencia de la declaración anterior, se declare que la sociedad NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial), recibió como consecuencia de la liquidación del Contrato de APP No. 001 del 2014, una suma no debida por CORMAGDALENA en un monto no inferior a DOSCIENTOS QUINCE MIL CIENTO NOVENTA Y NUEVE MILLONES SETECIENTOS DIECIOCHO MIL TRESCIENTOS DOCE PESOS ($215.199.718.312.oo) o la mayor suma que resulte probada en el proceso, al actualizarse esta suma en el [ndice de Precios al Consumidor, con sus intereses corrientes.	**SEGUNDA. -** Que se declare que como consecuencia de lo anterior el Acta de Liquidación del Contrato de APP No. 001 de 2014 suscrita entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA y la sociedad NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial), suscrita por éstas el día doce (12) de octubre del dos mil diecisiete (2017) debe rehacerse.
CUARTA[6].· Que como consecuencia de lo anterior, se condene a VALORES Y CONTRATOS - VALORCON S.A. EN REORGANIZACIÓN, CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT DE COLOMBIA S.A.S. EN LIQUIDACION JUDICIAL, ODEBRECHT PARTICIPACIONES E INVESTIMENTOS S.A. y CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. (sucursal Colombia), como causahabientes y/o cesionarios de NAVELENA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL y como verdaderos beneficiarios del contrato de APP No. 001 del 2014, a restituir a la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA, una suma en un monto no inferior a DOSCIENTOS QUINCE MIL CIENTO NOVENTA Y	**TERCERA. -** Que como consecuencia de lo anterior se declare que el Acta de Liquidación del Contrato de APP No. 001 de 2014 suscrita entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA y la sociedad NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial), suscrita por éstas el día doce (12) de octubre del dos mil diecisiete (2017) no produce efectos.

[6] No obra pretensión tercera.

NUEVE MILLONES SETECIENTOS DIECIOCHO MIL TRESCIENTOS DOCE PESOS ($215.199.718.312,oo) o la mayor suma que resulte probada en el proceso, al actualizarse esta suma en el Índice de Precios al Consumidor, con sus intereses corrientes a la tasa de interés certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia, hasta la fecha en que se pague la obligación a la CORPORACIÔN AUTÔNOMA REGIONAL DEL RÎO GRANDE DE LA MAGDALENA.	
QUINTA.- Se condene en costas y agencias en derecho a los demandados: VALORES Y CONTRATOS - VALORCON S.A. EN REORGANIZACIÓN, CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT DE COLOMBIA S.A.S. EN LIQUIDACION JUDICIAL, ODEBRECHT PARTICIPACIONES E INVESTIMENTOS y CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. (sucursal Colombia.	**CUARTA. -** Se condene en costas y agencias en derecho a los demandados: VALORES Y CONTRATOS - VALORCON S.A. EN REORGANIZACIÓN, CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT DE COLOMBIA S.A.S. EN LIQUIDACION JUDICIAL, ODEBRECHT PARTICIPACIONES E INVESTIMENTOS S.A. y CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. (sucursal Colombia).

2.3. Pronunciamiento sobre la legitimación en la causa

Este Tribunal se ha ocupado de distintos aspectos de la legitimación en la causa desde el punto de vista formal, en la medida en que ha verificado si los comparecientes cumplen con los requisitos necesarios para ser admitidos como parte en el presente trámite. Así obra en las actas que refieren a continuación.

Acta número 1:

El 12 de agosto de 2019, el Tribunal declaró "*legalmente instalado el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir en derecho las controversias surgidas, originalmente, entre NAVELENA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, como Parte Convocante, y la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA, como Parte Convocada*". Todo ello para entrar a conocer el auto de la Superintendencia de Sociedades de 1 de agosto de 2018, en virtud del cual se adjudicaron las acreencias litigiosas en este proceso a NAVELENA CONSORCIO CONSTRUCTOR, ODEBRECHT PARTICIPACIONES E INVESTIMENTOS, CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT DE COLOMBIA S.A. SUCURSAL COLOMBIA, CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT COLOMBIA S.A.S. y VALORES Y CONTRATOS S.A. VALORCON y, por medio de Auto Nº 2, tener *"como parte Convocante en el presente proceso a NAVELENA CONSORCIO CONTRUCTOR, ODEBRECHT PARTICIPACIONES E INVESTIMENTOS,*

CONSTRUCTORA NORBERTO OCEBRECHT DE COLOMBIA S.A. SUCURSAL COLOMBIA, CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT DE COLOMBIA S.A.S. y VALORES Y CONTATOS S.A. VALORCON …". Con esta decisión NAVELENA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL quedó desvinculada del proceso.

El Auto Nº 2 fue, además, objeto de reposición por CORMAGDALENA, pero únicamente en lo que se refiere al derecho de postulación y los requisitos que debía cumplir la cadena de poderes que culminó con el que acreditó la personería adjetiva para actuar en este proceso por parte del actual apoderado (audio de 12 de agosto de 2019, cuaderno principal número 1).

Acta número 2:

El treinta (30) de septiembre de dos mil diecinueve (2019) el Tribunal resolvió el recurso de reposición que la demandada interpuso contra el auto admisorio de la demanda, por razones que conciernen a la legitimación para comparecer al presente trámite arbitral. En primer término, CORMAGDALENA se refirió a "*indebida conformación de la parte convocante al incluir a NAVELENA COSORCIO CONSTRUCTOR, quien no tiene capacidad para el efecto*"; en segundo lugar, reclamó la falta de integración de un litisconsorcio necesario de la parte convocada con el CONSORCIO MAGDALENA, con fundamento en el contrato de interventoría No. 0-0026-2015 y el contrato "*de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración, Garantía, Fuente de Pago y Pagos, celebrado entre NAVELENA S.A.S. con la Fiduciaria de Occidente S.A.*".

Respecto del primer motivo de inconformidad, luego de oír a la parte contraria y al Agente del Ministerio Púbico, el Tribunal revocó la decisión de reconocer como parte demandante a NAVELENA CONSORCIO CONSTRUCTOR, por no tener capacidad procesal. De los fundamentos de esta decisión el Tribunal destaca:

"Ahora bien, el hecho de que dentro del proceso de liquidación judicial de NAVELENA S.A.S. los derechos económicos que se reclaman en este proceso hubieran sido parcialmente adjudicados a NAVELENA CONSORCIO CONSTRUCTOR no convierte a este último en cesionario del contratista, esto es, no lo convierte en parte del mencionado contrato estatal de APP, con capacidad para reclamar en juicio. Dicho en otras palabras, como el origen de los derechos asignados a NAVELENA CONSORCIO CONSTRUCTOR ante CORMAGDALENA no surgen de su calidad contratista del Estado sino de la adjudicatario de los derechos litigiosos que tenía el contratista del Estado, no se cumplen los presupuestos previstos en la citada sentencia de unificación, de manera que para reclamarlos deben aplicarse las reglas generales sobre capacidad del derecho privado, lo que implica que la participación del consorcio dentro del proceso debe adelantarse por intermedio de sus miembros, que sí son personas jurídicas con capacidad para ser parte en los términos del citado artículo 53 del Código General del Proceso, en tanto sociedades comerciales".

En relación con el segundo motivo de inconformidad, el Tribunal manifestó que no existía fundamento para considerar la existencia de un litisconsorcio necesario, *"… pues claramente es posible decidir la cuestión litigiosa planteada sin que deba ser parte en el proceso el interventor*".

Acta número 8:

En audiencia del ocho (08) de julio de dos mil veinte (2020), el Tribunal analizó y se pronunció sobre las manifestaciones de VALORCON S.A. sobre dos posibles irregularidades derivadas de la circunstancia de que "*a la fecha no se ha surtido la inscripción en el Registro Mercantil de la Cuenta Final de Liquidación de la sociedad NAVELENA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN*" (folio 9 del acta objeto de análisis). En opinión de VALORCÓN, como consecuencia de esta circunstancia, en relación con el extremo activo de la relación procesal derivada de la demanda principal, sería necesario integrar un litisconsorcio cuasi necesario entre NAVELENA S.A.S. y los adjudicatarios de derechos derivados del proceso, toda vez que, por estar aún vigente su personalidad jurídica, los derechos que le habían adjudicado aún estaban en cabeza suya. Y, en relación con la demanda de reconvención, *"existiría una indebida integración del contradictorio porque los mencionados adjudicatarios no son parte contractual"* (folio 9 del acta objeto de análisis):

A propósito de estos argumentos, el Tribunal descartó cualquier irregularidad procesal. Para tomar esta decisión partió de la interpretación armónica de los artículos 68 del CGP, 63 de la ley 1116 del 2006 y 1969 del C.C., con el fin de determinar si en el presente caso existe o no una cesión de derechos que implique una sucesión procesal. Así se lee en el acta objeto de análisis:

"De esta manera, cuando el Código Civil regula la cesión de derecho litigioso se refiere a la cesión de derechos vinculados al resultado de un litigio que ya se ha iniciado por que se ha notificado el auto admisorio de la demanda. Vale la pena agregar que cuando el artículo 68 del Código General del Proceso regula sucesión procesal y prevé la cesión de derecho litigioso se refiere a la figura que la ley sustancial regula de esta manera, lo cual se confirma si se aprecia que el cuarto inciso del artículo 68 del Código General del Proceso establece que las controversias que se susciten con ocasión del ejercicio del derecho consagrado en el artículo 1971 se decidirán como incidente, esto es, las controversias relativas al ejercicio del retracto litigioso.

"Por consiguiente, sólo se puede hablar de cesión de derecho litigioso en los términos del artículo 1969 y siguientes del Código Civil y 68 y siguientes del Código General del Proceso cuando ya se ha notificado el auto admisorio de la demanda y por ello se ha trabado la relación jurídico procesal y es en tal evento que hay lugar a aplicar el tercer inciso del artículo 68 del Código General del Proceso.

"En el presente caso es claro que la cesión del derecho a los demandantes se produjo antes de que se hubiera admitido la demanda y notificado el auto admisorio, razón por la cual no hay una sucesión procesal y no hay lugar a aplicar el tercer inciso del artículo 68 del Código General del Proceso ni considerar a NAVELENA como parte demandante.

"En todo caso, si lo anterior no fuere suficiente, las manifestaciones efectuadas por CORMAGDALENA, antes referidas, serían suficientemente expresas en el sentido de haber aceptado como parte demandante –respecto de la demanda principal– a las mismas personas que en virtud de la adjudicación, tuvo el Tribunal como tales, de manera que no habría lugar al traslado propuesto por

VALORCÓN. Por esa razón, si alguna duda existiere, no habría lugar a vinculación alguna y el proceso bien puede continuar, como lo señala el propio apoderado de la mencionada sociedad."

Acta número 12:

En audiencia del treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020), este Tribunal se pronunció sobre la manifestación de VALORCON, de no haber adherido al pacto arbitral pactado en el contrato APP-001 de 2014, para señalar que:

" (…) Con todo, ha de señalarse que la vinculación de VALORCON a la demanda de reconvención y al proceso surge, de una parte, de su condición de adjudicataria directa de derechos litigiosos notificada al Centro de Arbitraje el 5 de diciembre de 2018 y, de la otra, de su calidad de integrante del consorcio denominado NAVELENA CONSORCIO CONSTRUCTOR, adjudicatario de las acreencias litigiosas derivadas de la liquidación de NAVELENA S.A.S. Al respecto ya se ha pronunciado el Tribunal en providencias anteriores y esa circunstancia no ha cambiado. En todo caso, en el curso de la primera audiencia de trámite, al decidir sobre su competencia, el Tribunal hará el pronunciamiento que corresponda."

Acta número 19:

En audiencia de cinco (5) de marzo de dos mil veintiuno (2021), tuvo lugar el inicio de la primera audiencia de trámite. Por medio de auto treinta y cinco (35), conforme a la solicitud que había elevado VALORCON, el Tribunal reiteró lo expuesto en el Acta 12, respecto de la condición de esta sociedad en el proceso. Así, se lee en el acta objeto de análisis:

"El Tribunal encuentra que siguen siendo válidas las consideraciones y la decisión plasmadas en el Auto No. 15 del 8 de julio de 2020, mediante el cual se negó la solicitud de VALORCÓN de corregir una presunta irregularidad en el trámite en cuanto que NAVELENA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL no es parte demandante respecto de la demanda principal ni es parte demandada respecto de la demanda de reconvención. En el primer caso, porque cedió sus derechos antes de la notificación del auto admisorio de la demanda y, en el segundo, porque la demanda de mutua petición no se dirigió contra aquella."

En la misma providencia, dadas las pretensiones de la demanda de reconvención, relacionadas con la nulidad del contrato de APP 001 de 2014, y de otros actos contractuales, el Tribunal tomó la decisión de vincular al proceso a NAVELENA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL como litisconsorte necesario de la parte convocante respecto de la demanda de reconvención.

Acta número 21:

El catorce (14) de mayo de dos mil veintiuno (2021), el Tribunal reanudó la primera audiencia de trámite para pronunciare sobre su propia competencia. Durante el análisis de los escritos presentados por las partes en respuesta a las demandas principal y de reconvención, el Tribunal encontró necesario referirse a algunos argumentos allí expuestos. Previa aclaración en el sentido que el tema de legitimación en la causa es asunto que corresponde decidir en

el laudo, el Tribunal reiteró su posición en cuanto a la presencia en el proceso de las adjudicatarias de los derechos de NAVELENA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN, y del llamamiento de esta última como litisconsorte necesaria de las primeras. Se transcriben a continuación los considerandos del Auto No. 38, acápite "G. LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL":

"El artículo 371 del CGP establece como condición para la procedencia de la demanda de reconvención que ella se dirija contra el demandante y, si dicha parte está integrada por varias personas, es requisito que se dirija contra todas o contra alguna de ellas. Sin embargo, en el presente caso, no podría el Tribunal resolver las pretensiones de la parte convocante sin examinar la validez del contrato del cual derivan los derechos litigiosos que reclaman. Menos podría el Tribunal soslayar la eventual nulidad del contrato, si ella existiera, so pretexto de que los adjudicatarios de esos derechos no fueron parte del mismo, no son socios de la sociedad en cuyo proceso concursal se le adjudicaron o, siendo socios, no están llamados a responder por los vicios del negocio generador de los mismos. Tampoco podría el Tribunal acoger las pretensiones de la demanda principal sin examinar los motivos esgrimidos por la parte convocada en virtud de los cuales los derechos litigiosos reclamados por NAVELENA S.A.S. que, posteriormente fueron adjudicados a los actuales demandantes, no existen, no son exigibles o no están vigentes.

Los acreedores dentro de un proceso concursal reciben en pago los derechos adjudicados en las mismas condiciones en que los tenía la concursada. En ese sentido, si alrededor de los mismos existían nulidades, condiciones resolutivas o cualquier otro vicio que afecte su legalidad, todos ellos se trasladan al adjudicatario. Dicho de otra manera, el proceso concursal no sanea los vicios que pudieran estar presentes alrededor de los bienes o derechos de la masa concursal, de manera que los adjudicatarios reciben los bienes de la misma, especificados en la respectiva decisión, en las mismas condiciones en que los tenía la sociedad concursada y, por esa misma razón, eventualmente deberán soportar los reclamos que una persona pudiere tener alrededor de los mismos."

2.3.1. Los pronunciamientos de las partes y del Agente del Ministerio Público

Al contestar la demanda principal **CORMAGDALENA** propuso las excepciones de *"FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA*" y "FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA" (folios 31 a 47 de la contestación a la demanda principal)

En cuanto a la excepción de *"FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA"*, la demandada niega la titularidad de los derechos económicos no reconocidos en el acta de liquidación del contrato de APP 001 de 2014 por parte de la demandante NAVELENA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN o de los que denomina "sucedáneos" suyos. Fundamenta su argumentación en la naturaleza del contrato objeto de este proceso, sujeto al régimen de la ley 1508 de 2012, cuyo artículo 24 dispone que *"los recursos públicos y todos los recursos que se manejen en el proyecto se deben administrar a través de un patrimonio autónomo constituido por el contratista, integrado por todos los activos y pasivos presentes y futuros vinculados al proyecto*". Además, cita varias cláusulas del contrato de APP 01 de 2014, que se refieren al fideicomiso

que habría de constituirse en cumplimiento de la mencionada imposición legal y menciona el contrato de fiducia mercantil que suscribieron NAVELENA S.A.S. y FIDUCIARIA DE OCCIDENTE el 26 de diciembre de 2014 para constituir el FIDEICOMISO RÍO MAGDALENA. Todo ello para concluir que la titularidad de los derechos que reclaman los hoy demandantes corresponde al patrimonio autónomo que administra Fiduciaria de Occidente, *"en virtud de los términos del contrato de fiducia mercantil y en especial con la cesión de los derechos económicos al patrimonio autónomo"*. Por esta razón, el único legitimado en la causa para reclamar estos derechos sería el patrimonio autónomo RÍO MAGDALENA, aún vigente. Además, manifiesta que las demandantes extendieron sus pretensiones a temas diferentes a los que se establecieron como salvedad en el acta de liquidación del contrato de APP.

La excepción de *"FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA*" descansa en la interpretación que hace CORMAGDALENA de las pretensiones de la demanda, a la luz de los hechos que fundamentan las observaciones de NAVELENA S.A.S. al acta de liquidación del contrato de APP del 12 de octubre de 2017. De esta interpretación se deriva la argumentación de que fueron los valores que dejó de certificar la interventoría los que dieron lugar a la inconformidad de la asociada y por lo tanto quien debe responder por cualquier actuación u omisión es la firma interventora, en virtud de las obligaciones a su cargo, derivadas del contrato No. 0-0026-2015, que suscribieron CORMAGDALENA y CONSORCIO MAGDALENA. Porque, se insiste en la contestación de la demanda, *"la certificación de costos y gastos era una obligación a cargo única y exclusivamente del Interventor y (…) en consecuencia, los efectos jurídicos de las certificaciones de costos y gastos y las omisiones en las certificaciones de costos y gastos, son única y exclusivamente imputables a la Interventoría, razón por la cual las pretensiones de la demandó tienen como fundamento los actos u omisiones de la Interventoría no le pueden ser imputados a CORMAGDALENA*".

Los argumentos expuestos en relación con estas dos excepciones se reiteran en los alegatos de conclusión de CORMAGDALENA.

En sus alegatos de conclusión la ANDJ considera que a las excepciones de FALTA DE LETIGIMACIÓN propuestas por CORMAGDALENA están llamadas a prosperar.

ODEBRECHT PARTICIPAÇOES E INVESTIMENTOS S.A. – EN RECUPERACIÓN JUDICIAL y CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT DE COLOMBIA S.A.S. y CON S.A. SUCURSAL COLOMBIA interpusieron la excepción de *"FALTA DE LEGITIMACIÓ EN LA CAUSA POR PASIVA"*, sobre la base de que las demandantes en este proceso son *"adjudicatarios de los derechos litigiosos de Navelena S.A.S. en la demanda inicial, como lo reconoció el apoderado de Cormagdalena en su memorial del 4 de junio de 2020, y no son causahabientes ni cesionarios de las obligaciones de la sociedad en el Contrato APP"* (folio 57 de la contestación a la demanda de reconvención). Por esta razón, a la que se agrega la existencia de NAVELENA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN como persona jurídica, cuando se formuló la reconvención, las pretensiones de la demanda de reconvención deberán rechazarse.

A estos argumentos, ODEBRECHT PARTICIPAÇOES E INVESTIMENTOS S.A. – EN RECUPERACIÓN JUDICIAL y CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT DE COLOMBIA S.A.S., en sus alegatos de conclusión, agregan que la adjudicación de los derechos económicos *"nacidos de las pretensiones que en su momento formuló Navelena"* (folio 25 de los alegatos de conclusión), *"… no conlleva obligaciones correlativas para las Convocantes; cosa que sí ocurre en la cesión de contratos, en la cual el cesionario pasa a ocupar la posición contractual del cedente y, por lo tanto, a ser titular de los derechos y obligaciones del contrato respectivo*". Igualmente, se lee a folio 26 de los alegatos de conclusión, que "*no debe omitirse que la adjudicación de las acreencias litigiosas a las sociedades [que obran como demandantes en este proceso] se realizó a título de pago o dación en pago de un crédito que éstas tenían a su favor y en contra de NAVELENA*", de donde esta adjudicación *"no lleva consigo la posibilidad de afectar el patrimonio de las Convocantes mediante una demanda de reconvención cuyas pretensiones solo pueden ser soportadas por quien fue parte del Contrato"* (folio 26 de los alegatos de conclusión).

Por su parte, CONSTRUCTORA NORMBERTO ODEBRECHT S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL SUCURSAL DE SOCIEDAD EXTRANJERA, en sus alegatos de conclusión, reitera la legitimación en la causa por pasiva de CORMAGDALENA y expone argumentos para desvirtuar la legitimación en la causa por pasiva de las demandantes reconvenidas, todos ellos coincidentes con los formulados por los demás integrantes de este extremo de la litis.

La demandada VALORCÓN se refirió a la *"FALTA DE LELGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA (MATERIAL)"*, a través de tres líneas argumentales que denominó *"CORMAGDALENA NO IDENTIFICA LA RELACIÓN JURÍDICO SUSTANCIAL EN VIRTUD DE LA CUAL LOS DEMANDADOS EN RECONVENCIÓN SON SUS LEGÍTIMOS CONTRADICTORES EN LA CONTROVERSIA PLANTEADA CON OCASIÓN DEL CONTRATO APP 001 DE 2014*"; *"EN RELACIÓN CON LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE NAVELENA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL*" y *"DE LA NATURALEZA JURÍDICA Y LOS RIESGOS ASOCIADOS A LA FIGURA DE LAS SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS, TIPO SOCIETARIO EN EL CUAL SE ENMARCA NAVELENA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, EN EL CUAL, SOLO DE MANERA EXCEPCIONAL SUS ASOCIADOS Y ADMINISTRADORES ESTÁN LLAMADOS A RESPONDER POR LOS PASIVOS DE LA SOCIEDAD".*

A lo largo de su escrito, VALORCÓN indaga sobre la existencia, o ausencia, de una relación sustancial entre CORMAGDALENA y quienes ostentan la posición de demandantes reconvenidos en este proceso. El desarrollo de ese análisis se centra en que al derivarse esta posición de una adjudicación de derechos litigiosos *"en atención a la calidad de acreedores en el proceso concursal en NAVELENA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, no existe relación sustancial entre CORMAGDALENA y NAVELENA que permita extender a los adjudicatarios las obligaciones de la sociedad en el presente proceso. Menos aún si se tiene en cuenta que no ha operado una cesión de la posición contractual de los reconvenidos en el contrato de APP 001 de 2014."*

Destaca VALORCÓN que no habiendo dejado de existir NAVELENA en el momento en que se radicó la demanda de reconvención, los adjudicatarios de

los derechos litigiosos en este proceso no son causahabientes de esta sociedad, como tampoco operó respecto de ellos alguna forma de "*sucesión de personalidad jurídica*". Por esta razón, la reconvención ha debido dirigirse también contra NAVELENA.

Igualmente, VALORCÓN hace referencia al régimen de responsabilidad de los socios de una sociedad por acciones simplificada, que impide extender la responsabilidad de la compañía a aquellos. Todo ello para reforzar la imposibilidad jurídica de dirigir la demanda de reconvención a los adjudicatarios de los derechos de NAVELENA en este proceso, aún si algunos de ellos fueron socios de la misma.

Finalmente, VALORCÓN manifiesta que la vinculación que hizo el Tribunal de los adjudicatarios de los derechos litigiosos en este proceso (Auto NO. 2 del 12 de agosto de 2019) "*impone como límite, en cuanto a la vinculación y participación en el proceso, el sustituir como parte a la convocante y demandante original, con la expectativa de resultar favorecidos en el laudo que eventualmente se profiera y con el cual satisfarían efectivamente las acreencias de las cuales les fueron adjudicados dichos derechos litigiosos*".

NAVELENA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN se abstuvo de pronunciarse sobre la legitimación en la causa en su alegato de conclusiones.

El señor Procurador 132 Judicial II para Asuntos Administrativos, en su concepto analiza la legitimación en la causa desde diversos puntos de vista. Siempre, tomando como parámetro las distintas providencias que, a lo largo del proceso, ha adoptado el Tribunal en relación con la vinculación de quienes hoy tienen la condición de demandantes.

En cuanto a la legitimación en el proceso por activa, a partir del artículo 58 de la ley 1116 de 2002, concluye que la adjudicación de los derechos litigiosos a las sociedades demandantes equivale a una cesión en el crédito *"para proveer el pago de una obligación a cargo de la persona jurídica objeto de liquidación, en la que los acreedores y el liquidador, con la autorización de la Superintendencia de Sociedades, llegaron a un acuerdo sobre tal cesión*" (folio 15 del concepto en mención).

Asimismo, a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la interpretación del inciso 3º del artículo 68 del CGP, todo ello en armonía con las disposiciones del CPACA que limitan el ejercicio del medio de control contractual a las partes en un contrato estatal, el señor Agente del Ministerio Público considera que la cesión de un crédito en estas condiciones da lugar a un litisconsorcio cuasinecesario, y no supone la cesión de la posición contractual de las adjudicatarias en el contrato de APP 001 de 2014 que, por lo demás, ya se encontraba "*finalizado y liquidado*" cuando operó la cesión. Además, afirma que tampoco puede hablarse de cesión derechos litigiosos en la medida en que cuando *"se perfeccionó la adjudicación del crédito no existía un proceso judicial en curso entre Navelena S.A.S. en Liquidación y Cormagdalena"*, por no haberse notificado el auto admisorio de la demanda.

Como conclusión de los razonamientos anteriores, considera el Ministerio Público que al haberse desplazado a NAVELENA por quienes hoy ocupan la posición de demandante, por expresa solicitud suya contenida en

comunicación de 5 de diciembre de 2018, este Tribunal dejó de ser competente para decidir las pretensiones de la demanda. En su lugar, manifiesta el señor Procurador, *"… dichas sociedades lo que deben provocar es una decisión de la entidad pública en relación con el reconocimiento del crédito litigioso del que son titulares y, en caso de una respuesta contraria a sus intereses, acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativa a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho*" (folio 27 del concepto en mención).

Los análisis precedentes se extienden en la vista fiscal a los supuestos de falta de legitimación en la causa que invoca CORMAGDALENA.

Al analizar la legitimación en la causa por pasiva de la demanda de reconvención, el señor Procurador resalta la circunstancia de que las sociedades contra quienes se dirige CORMAGDALENA, *"no ocuparon la posición contractual de Navelena S.A.S. en el contrato APP 001 de 2014*". Como consecuencia de esta situación, carecen de legitimación en la causa por pasiva para ser demandadas en ejercicio del medio de control contractual, de conformidad con el artículo 141 del CPACA. Ahora bien, la circunstancia de que las sociedades adjudicatarias de los derechos litigiosos que conforman la parte demandada en este proceso no estén legitimadas por pasiva, no impide que, dado que NAVELENA fue vinculada como litisconsorte, y fue parte en el contrato APP 001 de 2014, "*atiend[a] la demanda de reconvención formulada por Cormagdalana*". (folio 40 del concepto del procurador).

2.3.2. Consideraciones del Tribunal

2.3.2.1. Sobre la alegada falta de legitimación en la causa por activa, propuestas por CORMAGDALENA y la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO

Dentro del marco trazado a lo largo de este trámite arbitral, contenido en las providencias ya analizadas, corresponde a este momento procesal el estudio sobre el cumplimiento del requisito de legitimación sustancial en la causa. Es decir, de la vocación jurídica que tienen las partes, no ya para comparecer al proceso, sino para que sus pretensiones puedan prosperar o no, dependiendo de la relación sustancial que exista entre ellas y que resulte probada en el proceso. En el presente caso, la relación jurídica sustancial de la que dependen, si se comprueban los hechos fundantes, las pretensiones de la demanda principal y de la reconvención, está determinada por el contrato de APP 001 de 2014, y las actas de terminación y liquidación, así como por el acta de la Audiencia de Adjudicación de Bienes en el Expediente 84767, donde consta la providencia que aprueba el acuerdo de adjudicación de los bienes de NAVELENA S.A.S.

Analizadas las pretensiones que las partes han sometido a este Tribunal, resulta evidente que todas giran en torno de la existencia, validez y ejecución del contrato de APP 001 de 2014 que suscribieron NAVELENA S.A.S. y CORMAGDALENA. Contrato que terminó por circunstancias que se consignaron en el acta del cinco (5) de octubre de dos mil diecisiete (2017), respecto de la cual NAVELENA formuló objeciones y se reservó el derecho a reclamar por la vía judicial y que fue liquidado por medio de acta de 12 de octubre de 2017, y respecto de la cual tanto NAVELENA como CORMAGDALENA dejaron salvedades.

Una primera aproximación a estos documentos contractuales lleva a concluir que quienes tienen una legitimación sustancial para comparecer a este proceso son las partes en el contrato de APP 001 de 2014, que, además, contiene la cláusula compromisoria de la que deriva su competencia este Tribunal.

Según consta en el acta de la audiencia de Adjudicación de Bienes del proceso de liquidación judicial de NAVELENA S.A.S., durante la misma se solicitó la adición del inventario en los siguientes términos: *"[m]anifiesta el liquidador que se presentó una solicitud de convocatoria de un Tribunal Arbitral ante la Cámara de Comercio de Bogotá, junto con la demanda respectiva, en contra de Cormagdalena, con ocasión de la liquidación del contrato de APP de 2014 y la valoración de los derechos. Litigiosos, bajo la gravedad del juramento, se estimó en la suma de $144.648.000.000"*. Esta solicitud dio lugar al debate que se transcribe a continuación:

"El apoderado… manifiesta, con relación a los derechos litigiosos de los dos procesos adicionados al inventario, que si bien para el Despacho es claro el tema, pero el juez del contrato en el tribunal o en el contencioso, podrá no compartir, por lo que buscar la continuidad de la existencia de la persona jurídica, sería algo que obviarla por completo cualquier discusión acerca de la naturaleza de esos derechos y de los efectos procesales.

"El apoderado (…) solicita, con fundamento en lo previsto en el artículo 66 de la Ley 1116 de 2006, se sirva convocar a una audiencia con el objeto de poner en consideración de todos los acreedores, un acuerdo de reorganización, cuyo motivo seria preservar la existencia de la sociedad hasta que se dicte el laudo y sentencia definitiva en los procesos que se adelantan. No sería para desarrollar el objeto social principal sino el secundario, con el fin de proteger los derechos a que ha dado lugar su existencia.

Y que culminó con "El liquidador manifiesta su oposición a la petición y solicita que se rechace, por cuanto: 1. las razones invocadas irían en contra de la ley, ya que mantener viva la sociedad, en los términos propuestos, se considerarla un abuso del derecho. 2. No es procedente porque el objeto de una reorganización es preservar el empleo y las actividades económicas, lo cual no se daría en este caso. 3. Navelena tenla un solo objeto social que sería imposible de desarrollar pues el mismo terminó con la declaración de caducidad del contrato. 4. El objeto social en las sociedades en liquidación quedan exclusivamente reducidos a los actos tendientes a su liquidación y no se pueden mantener los objetos sociales conexos respecto a un objeto social principal que no existe.

"No habiendo más intervenciones, el Despacho pasa a pronunciarse sobre la solicitud formulada.

"Advierte el Despacho que es clara la causa de la solicitud, señala la finalidad de los acuerdos de liquidación y de los procesos de liquidación judicial y que en estos procesos el régimen de insolvencia busca preservar un ambiente para que fas soluciones sean negociadas, no litigiosas y por ello el numeral 5 del artículo 4 de la Ley 1116 de 2006; que este principio de negociabilidad no es suficiente para legitimar cualquier ciase de contenido dentro de un proceso de

liquidación judicial; que el proceso de liquidación tiene el propósito de liquidar de manera pronta y ordenada y aprovechar al máximo el patrimonio del deudor".

En la misma acta obra la adjudicación de la demanda arbitral, en los siguientes términos:

ACTA

AUDIENCIA DE ADJUDICACION DE BIENES

Fecha	*1 de agosto de 2018*
Hora	*9: 00 a.m.*
Convocatoria	*Auto 400-010199 de 24 de julio de 2018*
Lugar	*Superintendencia de Sociedades*
Sujeto del Proceso	*Navelena S.A.S en Liquidación Judicial*
Liquidador	*Emilio José Archila Peñalosa*
Expediente	*84767*

(…).

"A continuación se presenta la adjudicación, hechas las adiciones correspondientes:

(…).

"Adjudicación demanda arbitral por $144.648.000:

Créditos postergados –Demanda Arbitral				
Nombre	*Saldo Insoluto*	*% participación*	*Adjudicado*	*Saldo Insoluto*
Navelena Consorcio Constructor	*$83.396.104.655*	*40,0642%*	*$57.951.997.501*	*$25.444.107.154*
Obebretch Participaciones e Investimentos	*$81.066.556.371*	*38,9450%*	*$56.333.193.159*	*$24.733.363.212*
Constructora Norberto Odebretch de Colombia	*$27.097.844.476*	*13,0180%*	*$18.830.306.546*	*$8.267.537.930*
Constructora Norberto Odebretch S.A.	*$1.022.955.881*	*0,4914%*	*$710.852.586*	*$312.103.295*
Valores y Contratos S.A. Valorcon	*$15.572.948.513*	*7,4814%*	*$10.821.650.208*	*$4.751.298.305*
Totales	*$208.156.409.896*	*100.00%*	*$144.648.000.000*	*$63.508.409.896*

"Saldo por adjudicar arbitral: $0".

La adjudicación de derechos que se aprobó por medio del acta objeto de análisis marca un nuevo derrotero a la relación sustancial originalmente restringida a quienes suscribieron el contrato de APP001 de 2014 e incorpora, como legitimados para actuar, a quienes hoy conforman la parte demandante en el presente proceso. De esta manera, por solicitud expresa de los adjudicatarios (comunicación de 05 de diciembre de 2018), NAVELENA S.A.S. fue desplazada sin que CORMAGDALENA formulara reparo alguno, como ya se ha puesto de presente en este proceso.

Posteriormente, dada la naturaleza de algunas pretensiones de la demanda de reconvención, NAVELENA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN, fue vinculada

nuevamente al proceso por pasiva. No ya como demandante principal, sino como litisconsorte necesario de quienes constituían la parte pasiva en la relación procesal derivada de la reconvención.

Excepción de falta de legitimación por activa propuesta por CORMAGDALENA en la contestación a la demanda principal

Bajo este título la parte demandada esgrime dos argumentos por los cuales quienes han sido reconocidas como demandantes en este proceso carecen de tal aptitud. De una parte, considera el excepcionante que el petitum de la demanda principal se ha extendido por fuera de las objeciones que NAVELENA expresó al suscribir el acta de liquidación del contrato, circunstancia que impone declarar la falta de legitimación en la causa respecto de los asuntos no consignados como inconformidad por parte de la asociada en el contrato de APP 01 de 2014. Para este Tribunal este asunto excede el ámbito de la legitimación en la causa y se refiere al alcance de los afectos transaccionales que el sistema jurídico asigna a la suscripción del acta de liquidación de un contrato estatal. Por esta razón, desde el punto de vista de los requisitos procesales se negará la excepción propuesta.

El otro argumento con fundamento en el cual busca CORMAGDALENA negar la legitimación las sociedades que integran la parte pasiva de esta litis se sintetiza en el párrafo de sus alegatos que conclusión que se transcribe a continuación:

“Como los derechos que demandó NAVELENA S.A.S. a través de la demanda arbitral promovida en contra de CORMAGDALENA, corresponden a eventuales derechos económicos derivados del contrato de APP No. 001 del 2014, en virtud de los términos de contrato de fiducia mercantil celebrado entre NAVELENA SAS y la FIDUCIARIA DE OCCIDENTE (que dio lugar a la constitución del patrimonio autónomo Rio Magdalena-, de conformidad con la cesión de los derechos económicos al patrimonio autónomo consagrado en el parágrafo primero de la cláusula 5.1 del Contrato de Fiducia Mercantil), el titular de tales derechos es el Patrimonio Autónomo administrado por Fiduciaria de Occidente y no NAVELENA SAS.”

La argumentación expuesta ignora por completo que los derechos que NAVELENA S.A.S. buscó hacer valer a través de la demanda principal fueron adjudicados a las sociedades que posteriormente integraron el extremo activo de esta litis en el curso de un trámite de liquidación judicial que se surtió de conformidad con la ley 1116 de 2006. Su trata de una decisión intangible que este Tribunal está obligado a acatar, dada su ejecutoria y su naturaleza jurisdiccional.

Sobre esta última, no cabe duda alguna. Basta leer el artículo 6º de la ley 1116 de 2006 para tener claro que el Legislador asignó a la Superintendencia de Sociedades el uso de facultades jurisdiccionales en procesos de insolvencia como el que culminó con la aprobación del acta de Adjudicación de Bienes en el Expediente 84767 por parte del Superintendente Delegado para Procedimientos de Insolvencia de la Superintendencia de Sociedades (cuaderno principal 1, folios 196-207). Providencia que se encuentra ejecutoriada y por lo tanto es de obligatorio cumplimiento no solo para quienes

participaron en el proceso, sino para los terceros y demás autoridades. Al respecto se ha pronunciado la Corte Constitucional en los siguientes términos:

"Ahora bien, valga aclarar que el proceso de liquidación judicial, como su nombre lo indica, es un proceso jurisdiccional del que conoce la Superintendencia de Sociedades en uso de la facultad consagrada en el artículo 116 de la Constitución Política, por lo que sus pronunciamientos constituyen providencias judiciales, las cuales deben estar supeditadas a los mandatos de la Ley General del Proceso".[7]

Como consecuencia de la intangibilidad de la disposición analizada, corresponde negar las excepciones de falta de legitimación por activa de NAVELENA S.A.S. y de quienes fueron adjudicatarios de los derechos en este proceso y, en concreto, las excepciones denominadas "*Falta de legitimación en la causa por activa*" y "*Excepción de falta de legitimación en la causa por activa en relación con aquellas pretensiones declarativas y de condena que no tienen su fuente u origen en las salvedadesal acta de liquidación del Contrato de APP No. 001 del 2014*" propuestas por CORMAGDALENA y la excepción denominada "*Falta de legitimación en la causa por activo material de los Convocantes*" formulada por la AGENCIA NACIONA DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

2.3.2.2. La legitimación en causa de la parte convocante planteada por el señor agente del Ministerio Público

2.3.2.2.1. La opinión del señor Agente del Ministerio Público

En su concepto el señor agente del Ministerio Público considera que CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT DE COLOMBIA S.A.S. y VALORES Y CONTRATOS S.A., en calidad de integrantes del consorcio denominado NAVELENA CONSORCIO CONSTRUCTOR, adjudicatarios de las acreencias litigiosas derivadas de la liquidación de NAVELENA S.A.S. y las sociedades ODEBRECHT PARTICIPACIONES E INVESTIMENTOS, CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT SUCURSAL COLOMBIA, CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT DE COLOMBIA S.A.S. y VALORES Y CONTRATOS S.A. VALORCON EN REESTRUCTURACIÓN, como adjudicatarias directas de las acreencias litigiosas derivadas de la mencionada liquidación de NAVELENA S.A.S., no cuentan con legitimación en la causa por activa para ser consideradas como convocantes respecto de la demanda principal y su reforma y, en tal sentido, el Tribunal carece de competencia para conocer de las mismas.

A tal efecto el señor procurador se apoya en el texto del artículo 141 del CPACA y destaca que el medio de control de controversias contractuales está referido a las partes en un contrato, como lo ha señalado el Consejo de Estado en algunos pronunciamientos que cita. Agrega que dicha regla es aplicable al presente proceso en virtud del criterio que ha sostenido el Consejo de Estado[8] de acuerdo con el *cual "si la justicia arbitral reemplaza a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, debe entenderse que las reglas aplicables a*

[7] Sentencia SU- 773, numeral 2.7.22.
[8] sentencia del 18 de febrero de 2010, expediente 37004.

aquella son las rigen en esta, sencillamente porque opera un reemplazo de la jurisdicción…".

2.3.2.2.2. Consideraciones del Tribunal

Con todo el respeto que le merece al Tribunal el concepto del señor Procurador, el Tribunal no lo comparte por las siguientes consideraciones:

En el presente caso lo que existe es una adjudicación de un derecho litigioso en una liquidación

Lo primero que advierte el Tribunal es que el derecho que reclaman las demandantes les fue adjudicado dentro del proceso de liquidación de NAVELENA S.A.S., según consta en el acta de adjudicación de la Superintendencia de Sociedades del 1 de agosto de 2018.

El señor Agente del Ministerio Público considera que ello implica una cesión de créditos y que por ello debe aplicarse la jurisprudencia del Consejo de Estado de conformidad con la cual un cesionario de un crédito no puede intentar el medio de control de controversias contractuales porque el mismo está reservado a las partes.

Sin embargo, la adjudicación de un derecho litigioso en el trámite de liquidación de una sociedad es claramente distinto a la cesión de créditos a la que ha referido la jurisprudencia que cita el señor Agente del Ministerio Público, por una razón fundamental: cuando se cede simplemente el crédito derivado de un contrato, en todo caso sigue existiendo un contratante; por el contrario, cuando en la liquidación de la sociedad contratante se hace una adjudicación de un derecho litigioso derivado de un contrato que terminó y se liquidó, por virtud de la liquidación desaparece la sociedad contratante y lo único que resta es el derecho adjudicado en la liquidación.

Dicha diferencia de situación conduce a señalar que la jurisprudencia que invoca el señor agente del Ministerio Público no es aplicable al presente caso, pues se trata de una situación distinta.

Las normas del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no se aplican por regla general directamente al proceso arbitral

Por otra parte, para sostener que la jurisprudencia del Consejo de Estado que cita el señor Agente del Ministerio Público y que sostiene que el medio de control de controversias contractuales solo puede ser invocado por las partes al contrato, el señor Procurador invoca una sentencia del 18 de febrero de 2010 (expediente 37004) en la cual el Consejo de Estado consideró que el término de caducidad de la acción prevista en el Código Contencioso Administrativo era aplicaba al proceso arbitral, para lo cual *señaló " si la justicia arbitral reemplaza a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, debe entenderse que las reglas aplicables a aquella son las rigen en esta*, *sencillamente porque opera un reemplazo de la jurisdicción…".*

Ahora bien, es claro que cuando el proceso arbitral tiene por objeto pretensiones que de no existir pacto arbitral debieron formularse ante la

jurisdicción contencioso administrativa debe aplicarse el término de caducidad establecido por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. sin embargo como se verá a continuación, no es posible afirmar que las demás las reglas aplicables a la jurisdicción contencioso administrativo necesariamente se apliquen a la justicia arbitral, por las siguientes consideraciones:

Lo primero que ha de destacarse es que la sentencia que se invoca para sostener que al proceso arbitral se aplican las reglas del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo es del año 2010, esto es, anterior a la ley 1563 de 2012.

Ahora bien, la ley 1563 de 2012 es mucho más precisa que la legislación anterior, acerca de cuáles normas del Código General del Proceso y del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se aplican al proceso arbitral.

En particular, en relación con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la ley 1563 de 2012 establece que se aplica en materia de impedimentos y recusaciones, así como en materia de medidas cautelares.

En tal sentido el segundo inciso del artículo 16 de la ley dispone:

"En los arbitrajes en que sea parte el Estado o alguna de sus entidades, se aplicarán además de lo previsto en el inciso anterior las causales de impedimento y recusación previstas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"

Así mismo, el artículo 32 de la ley dispone en su parte pertinente lo siguiente: *"Artículo 32. Medidas cautelares. A petición de cualquiera de las partes, el tribunal podrá ordenar las medidas cautelares que serían procedentes de tramitarse el proceso ante la justicia ordinaria o la contencioso administrativa, cuyos decretos, práctica y levantamiento se someterán a las normas del Código de Procedimiento Civil, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y a las disposiciones especiales pertinentes…".* (se subraya).

A lo anterior vale la pena agregar, que la ley 1563 de 2012 establece en su último artículo lo siguiente:

"Artículo 119. Vigencia. Esta ley regula íntegramente la materia de arbitraje, y empezará a regir tres (3) meses después de su promulgación. Esta ley sólo se aplicará a los procesos arbitrales que se promuevan después de su entrada en vigencia" (se subraya).

Como se puede apreciar, la ley 1563 de 2012 contiene una regulación que pretende ser completa, por lo que en principio no se deben aplicar al proceso arbitral otras reglas que las que contiene la ley 1563 de 2012, y es por ello que en ciertos casos la ley dispuso que se aplicarían las reglas del Código General del Proceso o del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Aplicar al proceso arbitral como principio las normas del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo es contrario al criterio que establece claramente la ley 1563 de 2012.

En todo caso en este punto es necesario advertir que, aunque la ley 1563 de 2012 establece que regula íntegramente la materia, es decir el arbitraje, como ocurre con toda disposición legal puede ocurrir que no se encuentren reglamentados determinados aspectos que deberían estar regulados. Es decir que en el marco de la ley 1563 de 2012 pueden existir vacíos o lagunas, que deben ser llenadas.

Desde esta perspectiva se aprecia que el artículo 1º del CGP dispone:

"Artículo 1. Objeto*. Este código regula la actividad procesal en los asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios. Se aplica, además, a todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad y a las actuaciones de particulares y autoridades administrativas, cuando ejerzan funciones jurisdiccionales, en cuanto no estén regulados expresamente en otras leyes." (se subraya)*

Por consiguiente, el Código General del Proceso se aplica también *"a las actuaciones de particulares … cuando ejerzan funciones jurisdiccionales, en cuanto no estén regulados expresamente en otras leyes.*"

En la medida en que la ley 1563 de 2012 regula íntegramente la materia arbitral, en principio no deberían aplicarse las disposiciones del Código General del Proceso, pues una ley especial dispone que ella regula íntegramente la materia. Sin embargo, como quiera que puede haber vacíos en la regulación, en estos casos se aplicará el Código General del Proceso para llenarlos.

Es por esta razón que tradicionalmente se ha concluido que las normas del Código General del Proceso se aplican por ejemplo en relación con las costas del proceso, pues no hay norma que regule la materia en la ley arbitral.

Es de destacar entonces que las disposiciones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo solo se aplican directamente en el proceso arbitral en materia de impedimentos y recusaciones y que si hubiere vacío en algún tema las disposiciones aplicables son las del Código General del Proceso.

Ahora bien, lo anterior no implica que no deba aplicarse la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido que cuando se acude al arbitraje deben respetarse los términos previstos por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para intentar la acción correspondiente, por dos razones fundamentales: en primer lugar, porque la ley arbitral no contiene reglas sobre la materia, y el Código General del Proceso tampoco, y en segundo lugar, porque el término para intentar una acción normalmente está vinculado a la naturaleza del derecho que se pretende ejercer y por ello a las normas que lo regulan.

Partiendo de lo anterior, es claro que en el actual entorno normativo no es posible aceptar que las reglas que prevé el Código de Procedimiento

Administrativo y de lo Contencioso Administrativo deben aplicarse en materia arbitral en aquellos casos en que de no existir pacto arbitral el asunto sería conocido por la jurisdicción contencioso, porque la ley no lo establece así.

Aplicar al proceso arbitral la regla que ha señalado el Consejo de Estado en el sentido de que el cesionario de un derecho surgido de un contrato no puede acudir al medio de control de controversias contractuales, para negarle legitimación desconoce principios y reglas del arbitraje

En efecto, el artículo 116 de la Constitución Política establece que ejercen la función de administrar justicia los "*árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley".*

Por consiguiente, la posibilidad de que los árbitros ejerzan la función de administrar justicia resulta de una parte de la habilitación de las partes, y de otro lado de lo que disponga la ley en esta materia.

Ahora bien, en el presente caso está claramente establecido que existe una cláusula compromisoria, cuya validez no ha sido controvertida y por la cual se somete a arbitraje *"Cualquier divergencia que surja entre la Partes con ocasión de la celebración, ejecución o liquidación de este Contrato*".

Sobre el alcance que pueden tener las cláusulas arbitrales en materia de contratación estatal es pertinente recordar que la Corte Constitucional en sentencia C-1433 de 2000, declaró exequible el artículo 70 de la ley 80 que establecía: *"En los contratos estatales podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación*". En su sentencia la Corte resolvió declarar exequible los artículos 70 y 71 *"bajo el entendido que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales*".

Como se puede apreciar la ley permitió someter a arbitraje cualquier controversia que pudiera surgir por la liquidación del contrato, sin exigir que la controversia se planteara por quien podía invocar el medio de control controversias contractuales, y la Corte declaró constitucional la norma, limitando la competencia de los árbitros únicamente en lo que se refiere a los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales.

Actualmente, el artículo 1º de la ley 1563 de 2012 establece que "*El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice".* De conformidad con el texto legal basta que el asunto sea disponible para que el mismo pueda someterse a arbitraje, sin que se requiera que quien quiera hacerlo tenga que estar habilitado para ejercer el medio de control de controversias contractuales en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En este contexto las partes estipularon una cláusula compromisoria para resolver las divergencias que surjan, entre otros temas, con ocasión de la liquidación del contrato. Ahora bien, dicha cláusula inicialmente se aplica a las partes, pero si estas ceden derechos derivados del contrato, la cláusula compromisoria se aplica también a dichos cesionarios. Igual ocurrirá cuando se adjudica en la liquidación un derecho derivado del contrato.

En efecto, quien transfiere un derecho derivado de un contrato, lo transfiere en el estado en que se encuentra y sujeto a las reglas que lo rigen.

En relación con este aspecto debe observarse que el profesor Hinestrosa señalaba[9]:

"La cesión de crédito abarca, por la misma índole de este, tanto el derecho a ser satisfecho por el cumplimiento del deudor o por un medio sucedáneo, como la posibilidad de disponer de él frente al deudor y terceros y, naturalmente, la de ejercitar las acciones correspondientes a las pretensiones inherentes al derecho de crédito en general y las particulares del cedido. Por ello, el cesionario, como acreedor que es, tiene abiertas las vías para demandar el cumplimiento específico de la prestación o, en su caso, el equivalente pecuniario de la misma y, en ambas oportunidades, la indemnización de perjuicios. ... Esas posibilidades, realizables en proceso y fuera de él, acompañan de suyo a la cesión, por lo mismo que son propias del crédito, objeto de ella, sin necesidad de mención alguna en el documento. Igualmente van con el traspaso las pretensiones para la definición, la refrendación o la liquidación del crédito, con todas sus contingencias. P. ej., cesión de crédito a una indemnización no definida aún privada o judicialmente; de un crédito cuya acción ejecutiva prescribió (art. 2536 [2] c. c.); del crédito reconocido en una condena in genere o ilíquido por cualquiera otra circunstancia".

Por consiguiente, si en el contrato existe una cláusula compromisoria y se cede un crédito que es incierto o ilíquido dicho pacto arbitral, que establece cómo se ejercen las acciones inherentes a los créditos, vincula también al cesionario de un derecho. Lo mismo ocurre cuando se adjudica un derecho en un contrato dentro del proceso de liquidación de una sociedad.

No sobra además señalar que, en el caso del pago con subrogación, el Código Civil establece en su artículo 1670 que *"La subrogación, tanto legal como convencional, traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones y privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal, como contra cualesquiera terceros, obligados solidaria y subsidiariamente a la deuda"* (se subraya).

De esta manera, cuando una persona se subroga en los derechos derivados de un contrato que contiene un pacto arbitral, dicha subrogación implica que el nuevo acreedor tiene todos los derechos del antiguo, incluyendo la posibilidad de acudir al arbitraje para resolver la controversia vinculada con el derecho en que se subrogó.

[9] Fernando Hinestrosa. Tratado de las Obligaciones. I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, página 444.

Por consiguiente, desde un punto de derecho sustantivo, si de acuerdo con el Código Civil el cesionario, o quien se ha subrogado en el crédito, o a quien se han adjudicado los derechos derivados de un contrato tiene las acciones que tenía el cedente, o el acreedor al que se subroga, cuando el contrato del cual surgen tales derechos incluyó un pacto arbitral, el cesionario o adjudicatario puede convocar el respectivo tribunal arbitral para que los árbitros resuelvan la controversia.

Es de destacar que no sólo el cesionario o aquel que se subrogó en el crédito puede intentar una acción ante un tribunal arbitral, sino que además la otra parte en el contrato puede iniciar una acción contra él ante un tribunal arbitral, sin que el cesionario o adjudicatario se pueda oponer.

Si el pacto arbitral dispone que "*Cualquier divergencia que surja entre las Partes con ocasión de la celebración, ejecución o liquidación de este Contrato será dirimida por un Tribunal de Arbitramento*", como ocurre en este caso, sostener que el pacto arbitral no se aplica al cesionario del crédito seria privar de fuerza obligatoria el pacto arbitral, pues bastaría que se transfiriera el derecho derivado de un contrato a un tercero, para que el pacto arbitral deje de ser vinculante. Esta solución no es conforme con los principios fundamentales de los contratos.

Es además pertinente señalar que jurisprudencia de otros países avanzados en materia de arbitraje (por ejemplo, Francia y Suiza) han sostenido que el pacto arbitral se aplica al cesionario del derecho de crédito. Así, la Corte de Apelaciones de París ha dicho que la cesión del contrato o del crédito implica necesariamente la transmisión por el cedente al cesionario del beneficio de la cláusula compromisoria, la cual esta indisociablemente vinculada a la economía del contrato inicial[10]. En armonía con lo anterior, la Corte de Casación francesa ha dicho que una corte de apelación que considera que en el caso en que solo un crédito ha sido cedido no puede transmitirse la cláusula compromisoria en razón del principio de autonomía viola el Código Civil que consagra que la cesión de un crédito comprende sus accesorios[11]. Así mismo la Corte de Casación ha dicho que la cláusula arbitral se transmite al cesionario con la cláusula, tal como el crédito existe entre el cedente y cesionario[12].

La regla que sostiene que el medio de control de controversias contractuales no se aplica al cesionario tiene excepciones y ello ocurre en este caso

Pero aún si se llegara a considerar que la regla jurisprudencial que invoca el señor Procurador puede ser aplicada al arbitraje, se encuentra que la misma no se aplica cuando existen excepciones que surgen bien de la ley o de la jurisprudencia.

[10] Sentencia del 28 de noviembre de 1999, Rev. arb. 2001. 165, note Cohen.
[11] Sentencias del 26 de 2001 y del 20 diciembre de 2001 Soc. American Bureau of Shipping et Soc. Quille le Trident.
[12] (Cass. Civ. 1re, 5 janvier 1999, Banque Worms, RCDIP 1999.537, E. Pataut). Ver en el mismo sentido Philippe MALAURIE Laurent AYNÈS Philippe STOFFEL-MUNCK, Droit des obligations LGDJ, Paris 2020 párrafo 891.

En efecto, en la sentencia del 25 de abril de 2.012 (Radicación número: 25000-23-26-000-1994-09759-01(20817) (Subsección C), a que hace referencia el señor agente del Ministerio Público, se expresa:

"2.2.1. Como regla general sólo las partes del contrato pueden ejercer la acción contractual. La regla general que rige el análisis de este tema parte de la literalidad del art. 87 del CCA., que dispone que la acción contractual sólo la pueden ejercer las partes del contrato.
"…
"2.2.2. Excepcionalmente puede ejercer la acción contractual quien no es parte del contrato.

"a) Excepción de origen legal: la nulidad absoluta la puede pedir un tercero que tenga interés. No obstante lo expresado, la misma norma contempla una excepción: tratándose de la pretensión de nulidad absoluta del contrato un tercero puede ejercer la acción contractual:

"La nulidad absoluta también podrá pedirse por el Ministerio Público y por quien demuestre interés directo en el contrato" (Resalto fuera de texto).
"Este mismo inciso se conservó en los arts. 17 del decreto 2304 de 1989 y en la ley 446 de 1998, de manera que, salvo esta circunstancia, la acción contractual sólo la pueden ejercer las partes del contrato.

"b) Excepción de origen jurisprudencial: las compañías de seguros pueden ejercer esta acción.

"Pero la jurisprudencia de la Sala ha precisado, en relación con los actos expedidos por la administración, cuando ha terminado el contrato -y concretamente aquellos mediante los cuales se declara el siniestro, para que el contratista responda por los vicios y defectos de la obra, o por la calidad del servicio prestado-, que participan de la naturaleza contractual, por haberse expedido como consecuencia de la ejecución del contrato…"

Ahora bien, si se examina el presente caso se encuentra que se presenta una excepción legal a dicha regla e igualmente una excepción de origen jurisprudencial.

En primer lugar, existe una excepción legal que surge del propio texto del artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual dispone lo siguiente:

"ARTÍCULO 141. Controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando ésta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.

"Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso.

"El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes". (se subraya)

Como se puede apreciar, el artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en su primera parte establece que son las partes contratantes las que pueden pedir que se declare la existencia o la nulidad de un contrato, se ordene su revisión, o se declare su incumplimiento; sin embargo, a reglón seguido, la ley establece que el "*interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato*". Obsérvese que en este caso la ley no señaló que la parte contratante era quien podría solicitar la liquidación del contrato, sino que lo podría hacer el *"interesado*", lo que implica que no necesariamente es la parte contratante. Esto puede ocurrir porque precisamente se transfieren a otra persona los derechos derivados de la posible liquidación, y es entonces esa persona quien puede pedir la liquidación. En el presente caso, aunque existió una liquidación de común acuerdo, el contratista dejó constancia de una serie de salvedades a la liquidación, lo que implica que en relación con estos aspectos no existió una liquidación. De acuerdo con la norma que se ha transcrito, entonces la acción correspondiente la puede ejercer el interesado, que en el presente caso es el adjudicatario, lo cual está autorizado por el artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Adicionalmente, en el presente caso también existen razones que conducen a concluir que debe aplicarse una excepción jurisprudencial a la regla que ha señalado la jurisprudencia y que invoca el señor agente del Ministerio Público.

En primer lugar, porque en este proceso quienes son titulares de los derechos que reclaman no son cesionarios de un derecho contractual en la misma forma que lo han sido en los casos que ha analizado el Consejo de Estado. En efecto, en el caso que cita el señor Procurador y que fue decidido en la sentencia del 25 de abril de 2.012, existió una cesión de derechos derivados del contrato a una entidad financiera.

La diferencia con el presente caso es que los derechos que aquí se reclaman le fueron adjudicados a ODEBRECHT PARTICIPACOES E INVESTIMENTOS S.A., CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT DE COLOMBIA S.A.S., CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A., NAVELENA CONSORCIO CONSTRUCTOR y VALORES Y CONTRATOS S.A., según consta en el acta de adjudicación de bienes del 1 de agosto de 2018 y el acta de entrega de derechos litigiosos del 27 de septiembre del mismo año.

En esta medida, la situación que se presenta es análoga a la que ocurre cuando fallece una persona y se le adjudican determinados derechos a sus herederos.

En relación con este caso debe recordarse que la Superintendencia de Sociedades sostuvo en el pasado la tesis de que, en razón del principio de la autonomía, el pacto arbitral contenido en los estatutos sociales no se aplicaba a quienes ingresaran posteriormente a la sociedad a menos que consintieran en ello. Ahora bien, en un caso en el cual la Superintendencia de Sociedades sostuvo que el pacto arbitral contenido en los estatutos de una sociedad no era aplicable al cónyuge supérstite[13], la Corte Suprema de Justicia por vía de tutela invalidó dicha decisión. Precisó la Corte [14] que *"la causahabiencia es un principio que se sobrepone a la habilitación especial que un sector de la Doctrina reclama frente a la cláusula arbitral para exigir en forma expresa la adhesión de todos los cesionarios a ella", razón por la que "no se requiere que el accionista hereditario pacte una cláusula compromisoria que ya su causante había aceptado al momento de la celebración del contrato".*

De esta manera, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en caso de causahabiencia el pacto arbitral vincula al causahabiente, por lo que el queda vinculado en los mismos términos que el contratante, y por ello la acción contractual que podría invocar el contratante la puede ejercer el adjudicatario como causahabiente.

En el presente caso los adjudicatarios son, según se indica en el acta mencionada, acreedores internos, es decir, son los socios de NAVELENA S.A. que tienen derecho al reembolso de sus aportes una vez satisfecho el pasivo externo. Dichos socios son causahabientes, pues tienen derecho a recibir cualquier activo que quede una vez pagado el pasivo externo y hacer valer su derecho pueden invocar el pacto arbitral.

En segundo lugar, como se vió, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que en todo caso puede ejercer la acción contractual la compañía de seguros que otorgó la garantía de cumplimiento.

En la sentencia ya mencionada del 25 de abril de 2012, el Consejo de Estado expresó:

"En el mismo sentido, en el auto del 18 de julio de 2007 la Sala expresó:

"Es por lo anterior que la Sala, fija su posición, por primera vez, en el sentido de afirmar que la aseguradora, dentro del caso en estudio, es titular de la acción de controversias contractuales, aun cuando no sea parte del contrato estatal, como quiera que tiene un interés directo en el acto administrativo proferido con ocasión de la actividad contractual o postcontractual, el cual como ya se dijo, sólo es susceptible de ser enjuiciado a través de dicha acción toda vez que el artículo 77 de la ley 80 de 1993 establece la vía procedente para controvertirlo sin cualificar el sujeto activo de la misma.

"Sostener lo contrario, esto es, que la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho, en atención a que la aseguradora no es parte del contrato estatal, supone desconocer de manera directa el postulado del artículo 77 de la ley 80 de 1993, antes citado, y genera una contradicción lógica

[13]Auto N°2015- 800-14.

[14] Sentencia de la Sala de Casación Civil del 15 de febrero de 2016, numero STC1779-2016/2015-02940. Expediente 11001-22-03-000-2015-02940-01. Esta posición fue reiterada en sentencias STC1857-2016 y STC2511-2016.

en tanto aplica frente a una misma situación jurídica dos consecuencias diferentes que se excluyen entre sí.

"Esta posición, ha sido asumida recientemente por la Sala mediante auto de 3 de agosto de 2006, en el cual se desestimó definitivamente la posibilidad de que coexistan acciones diferentes, con sus respectivas caducidades, para controvertir los mismos actos administrativos, en el correspondiente evento, los precontractuales; entonces, dicha argumentación en relación con estos últimos, se hace igualmente extensiva para los actos de naturaleza contractual y postcontractual, en la medida que se garantiza el acceso a la administración de justicia bajo parámetros claros y definidos, sin que existan dicotomías al momento de interponer las acciones contencioso administrativas, dependiendo de la persona que ejercite las mismas.

"Adicionalmente, dada la estructura, contenido, y alcance de la acción contractual, ésta permite que se formulen de manera conjunta o autónoma pretensiones anulatorias, declarativas, indemnizatorias, entre otras, situación que permite excluir la acción de nulidad y restablecimiento para el ejercicio de una esas mismas pretensiones."

Como se puede apreciar, como fundamento de la excepción que establece el Consejo de Estado, dicha Corporación señala, de una parte, que el artículo 77 de la ley 80 establece el camino que se puede ejercer y por la otra, que de no permitir que la aseguradora intentara la acción contractual existiría una contradicción lógica porque el contratista podría ejercer la acción contractual y la aseguradora no lo podría hacer, pues tendría que acudir a la acción de nulidad y restablecimiento.

A este respecto debe observarse que en el evento en que se concluyera que el cesionario de los derechos no tiene acción contractual se podría también presentar una contradicción lógica, porque podría ocurrir que la cesión solo fuera parcial y entonces el contratista podría reclamar conforme a las reglas de la acción contractual, pero el cesionario no podría hacerlo, cuando en ambos casos se está reclamando el mismo derecho. Igualmente podría ocurrir que una parte contratante demandara la nulidad de la liquidación, como ocurre en el presente caso, y el cesionario no podría contrademandar para reclamar su derecho. Permitir tales contradicciones implicaría desconocer los derechos del adjudicatario o cesionario.

2.3.2.3. Conclusión sobre la legitimación en la causa de la parte convocante

Por todo lo anterior considera el Tribunal que los convocante tienen legitimación para iniciar el presente proceso, lo que implica que no han de prosperar las excepciones denominadas "Falta de legitimación en la causa por activa" y "Falta de legitimación en la causa por pasiva. Falta de competencia del Tribunal", propuestas por CORMAGDALENA; así como la excepción denominada "Falta de legitimación en la causa por activo material de los Convocantes" formulada por la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

Igualmente, el Tribunal concluye que no resultan admisibles los planteamientos del señor agente del Ministerio Público en esta materia.

2.3.2.4. La legitimación en causa de la parte convocada

Las sociedades convocantes propusieron la excepción de falta de la legitimación por pasiva de las reconvenidas. Dado que el Tribunal ha concluido que la acción vinculada con la nulidad del contrato de APP y de su Otrosí No. 1 se encuentra caducada, esta excepción solo habrá de considerarse frente a las restantes pretensiones de la reconvención.

Al respecto el Tribunal encuentra que, efectivamente, las sociedades VALORES Y CONTRATOS S.A. VALORCON S.A. EN REORGANIZACIÓN, CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT DE COLOMBIA S.A.S. hoy liquidada, ODEBRECHT PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS S.A. y CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT DE COLOMBIA −SUCURSAL COLOMBIA− EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, no fueron la parte contractual dentro del Contrato de APP.

No obstante, no puede desconocerse que dichas sociedades podrían resultar afectadas por las eventuales consecuencias que se derivarían de declararse la nulidad del Acta de Terminación o del Acta de Liquidación porque en una revisión de dichos actos jurídicos podrían ver comprometidos los derechos que adquirieron a título de adjudicación dentro del proceso de liquidación de NAVELENA S.A.S.

Por lo anterior el Tribunal no accederá a la mencionada excepción.

Con respecto a la excepción de “Falta de legitimación en la causa por pasiva” propuesta por la convocada, ha de recordarse que se funda en el hecho de que la demanda estaría fundada en desacuerdos de NAVELENA S.A.S. en relación con el acta de liquidación por cuenta de los valores dejados de certificar por la interventoría, de manera que tiene como causa las actuaciones de CONSORCIO MAGDALENA y no de CORMAGDALENA, quien no es titular de las facultades y obligaciones que le correspondían a la interventoría.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que este proceso arbitral fue iniciado por NAVELENA S.A.S., quien válidamente dirigió la demanda contra la otra parte contractual, que es CORMAGDALENA y no su interventor. El Asociado no tiene un vínculo contractual con el interventor y sus actuaciones comprometen directamente a la contratante. Dicho proceso tuvo su fuente, a su vez, en las salvedades consignadas por la demandante en el acta de liquidación del contrato, suscrita por CORMAGDALENA y NAVELENA S.A.S.

En esas condiciones NAVELENA S.A.S. no podía dirigir sus pretensiones contra persona distinta de CORMAGDALENA y las sociedades adjudicatarias debían mantener la relación procesal iniciada que fue materia de adjudicación.

Por lo anterior el Tribunal concluye que la excepción “Falta de legitimación en la causa por pasiva” propuesta por la convocada no se encuentra demostrada

3. Conducta de las Partes

El Tribunal pone de presente que durante el proceso el comportamiento de las partes y de sus apoderados estuvo conforme con los principios de

transparencia y lealtad, cada quien, en defensa de la posición asumida, sin que jurídicamente se les pueda hacer reproche alguno.

4. La validez del Contrato APP 001 del 2014

A pesar de que el Tribunal ha establecido que la acción de nulidad del Contrato de APP 001 y de su Otrosí No.1, promovida por CORMAGDALENA, se encuentra caducada, el Tribunal tiene la facultad de indagar de oficio si dichos negocios jurídicos son válidos o si, por el contrario, tienen un vicio que los hace anulables, particularmente por la trascendencia que este caso tiene.

Procede entonces el Tribunal a examinar si está probado que aquel está viciado por objeto o causa ilícita.

A este respecto observa el Tribunal que el apoderado de CORMAGDALENA señala que "*en los dos procesos penales adelantados en contra del señor Elías Vidal, se dictaron sentencias condenatorias, lo cual tiene una relevancia especial pues por ser condenatorias tienen efectos erga omnes tal como lo ha explicado la doctrina y la jurisprudencia*."

Por lo anterior, es necesario examinar si de las providencias penales que obran en el expediente se desprende que en la celebración del contrato objeto de este proceso existió una conducta ilícita que dé lugar a concluir que existe objeto o causa ilícita en el Contrato.

A este respecto encuentra el Tribunal que en la sentencia 5183 del 28 de febrero de 2018 dictada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia por la cual se condena al señor Bernardo Miguel Elías Vidal por los delitos de cohecho propio y tráfico de influencias de servidor público, se hace referencia a NAVELENA en los siguientes puntos:

En primer lugar, en el acápite de los hechos se expresa[15]:

"La imputación fáctica plasmada en el acta de formulación y aceptación de cargos es la siguiente:

*"…**El investigado prestó su concurso** al conglomerado económico, con el propósito de consolidar su actividad en el país, con intervención directa ante diferentes entidades y funcionarios, según los requerimientos de cada situación en particular, aprovechando la condición de congresista vinculado a la Comisión Tercera del Senado, encargada de estudiar y debatir el proyecto de presupuesto de rentas y gastos de la Nación -entre los cuales están, por supuesto, los de obras de infraestructura-, así como la Subcomisión de Crédito, encargada de aprobar los empréstitos internacionales y todo lo relacionado con la deuda y crédito público de la Nación…**Igualmente, se destaca el contrato para la recuperación de la navegabilidad del río Magdalenas, suscrito el 13 de septiembre de 2014 entre Cormagdalena y la concesionaria Navelena S.A.S**…También en desarrollo de su función dentro de la referida "empresa criminal", frente al contrato de la concesionaria Navelena S.A.S. (empresa de la organización ODEBRECHT), **gestionó reuniones privadas entre posibles contratistas, funcionarios de la ANI y***

[15] Sentencia 5183 del 28 de febrero de 2018, ps. 2 y 3.

Cormagdalena para que permitieran la participación contractual de dichos inversionistas privados y buscar alternativas de financiamiento con el sistema bancario, con el fin de lograr el cierre financiero del contrato, el cual finalmente no se logró porque la trama corrupta de la multinacional fue ampliamente divulgada*."(se subraya).*

Como se puede apreciar, del texto que se transcribe, en esta sentencia se hace referencia a la intervención del señor Bernardo Miguel Elías Vidal para obtener el cierre financiero del contrato.

Adicionalmente, en otro aparte se dice en relación con el proceso contractual de la recuperación de la navegabilidad del rio Magdalena lo siguiente[16]:

*"El **otro servicio que Bula le prestó ODEBRECHT fue conseguirle un socio estratégico para poder obtener una carta de crédito** y participar en el proceso contractual para la recuperación de la navegabilidad del rio Magdalena. **Para tal efecto, la habían presentado a la firma portuguesa AFA VIAS**" (se subraya)*

Así mismo se dijo[17]:

*"Por último, Luis Fernando Andrade Moreno, Presidente de la ANI, igualmente sujeto a investigación penal, **dio cuenta del interés del Senador Bernardo Miguel Elías Vidal** en el proyecto del tramo Ocaña-Gamarra de la Ruta del Sol II y también de que **hizo la presentación de una firma portuguesa interesada en participar, entre otros, en el proyecto para recuperar la navegabilidad del río Magdalena**" (se subraya).*

Se advierte entonces que las referencias que se hacen en la sentencia aluden a la participación del señor Otto Bula o del señor Elías Vidal en la actuación que desplegaron dichos congresistas al presentar una firma portuguesa, AFA VIAS, lo que ocurrió para lograr el cierre financiero del contrato. Es decir, se trata de conductas posteriores a la celebración del contrato y que por lo mismo no inciden en la validez del Contrato.

Adicionalmente, obra en el expediente la sentencia del 29 de julio de 2021 No. 00076-2021 que corresponde al radicado No. 52892, por la cual se condenó al señor Bernardo Miguel Elías Vidal como coautor de concierto para delinquir agravado, en concurso con lavado de activos. Ahora bien, dicha sentencia en el aparte en que examina la prueba de los hechos por los que se impone la condena, se refiere in extenso a la forma como se obtuvo la aprobación del contrato de estabilidad jurídica por Odebrecht, a la adición del contrato de Ruta del Sol tramo II, en el tramo Ocaña-Gamarra y, finalmente, al caso de Navelena para lo cual se señala:

"Como tercer evento en el que se constató la participación del acusado se aduce su intervención para la asignación del proyecto de recuperación de la navegabilidad del Rio Magdalena, suscrito el 13 de septiembre de 2014 entre Cormagdalena y la concesionaria NAVELENA S.A.S., de la que Odebrecht era propietaria mayoritaria.

[16] Sentencia 5183 del 28 de febrero de 2018, p. 15.
[17] Sentencia 5183 del 28 de febrero de 2018, p. 17.

"Así, en declaración vertida por Otto Nicolás Bula Bula el 13 de febrero de 2017 ***informó que para la época del cierre financiero de Navelena,*** *Luis Fernando Andrade estaba encargado de la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena (Cormagdalena), y comoquiera que* ***Odebrecht requería dialogar con dicho funcionario para que atendiera a un grupo de inversionistas interesados en la adquisición de las acciones de dicho consorcio****, él le pidió a BERNARDO MIGUEL ELÍAS VIDAL que le ayudara a concretar una reunión, la que en efecto se produjo. La importancia de dicha reunión residía en que, para adquirir la empresa, era necesario que el inversionista contara con la capacidad financiera y las especificaciones técnicas de dragado que solamente podía definir el representante de Cormagdalena.*

"Coincidiendo con lo anterior Juan Sebastián Correa Echeverri, asesor de la ANI en su declaración ***dio cuenta de una reunión en el apartamento del Senador BERNARDO MIGUEL ELIAS llevada a cabo en el año 2016, con el fin de presentarle a Luis Fernando Andrade unos inversionistas de la empresa portuguesa AFAVIAS****, quienes expresaron- interés en participar en el proyecto de la navegabilidad del río Magdalena, reunión en la que estuvo todo el tiempo el acusado.*

"Se corrobora este episodio con la declaración rendida ante la Corte Suprema de Justicia por ***Luis Fernando Andrade, quien admitió haber asistido a una reunión celebrada en el apartamento del enjuiciado, quien le presentó a unos inversionistas de la empresa portuguesa AFAVIAS, interesados en la cesión de la Concesión Navelena dada las dificultades de esta última para logar su cierre financiero****, a raíz del escándalo de corrupción de Odebrecht en Brasil, por lo cual había perdido credibilidad y confianza en Colombia.*

"También ***Otto Nicolás Bula Bula dio cuenta de las ingentes gestiones que desarrolló para lograr la cesión de las acciones y el cierre financiero de Navelena y que habiendo contactado a los directivos de AFAVIAS declinaron en su intención de inversión luego de conocer decisiones adversas a los intereses de la compañía brasilera*** *en distintas latitudes. Asimismo, comentó que luego del referido escándalo no se tuvo apoyo de ningún banco local*

"Y si bien no se halla evidencia de pagos a favor de BERNARDO MIGUEL ELIAS VIDAL por este último asunto, comoquiera que su gestión resultó frustrada ya que Odebrecht, solía entregar la remuneración tras el éxito de lo encomendada, de ninguna manera se desvirtúa la actuación cierta que el procesado desplegó al servicio de la organización criminal, lo que corrobora su participación en el punible de para delinquir agravado." (se subraya)

Como se puede apreciar, en la sentencia referida los hechos que la Corte Suprema de Justicia considera establecidos y constituyen el fundamento de la condena que impone, se relacionan con la gestión por parte del señor Bernardo Miguel Elías Vidal de reuniones de los inversionistas de AFAVIAS, una empresa portuguesa, con el representante de CORMAGDALENA para lograr la cesión de las acciones de NAVELENA y el cierre financiero. Así mismo se hace referencia, como parte de la conducta desplegada, a una

reunión realizada con el representante legal de CORMAGDALENA en el año 2016, esto es, varios años después de la celebración del Contrato. Así las cosas, las conductas ilícitas que toma en cuenta la Corte Suprema de Justicia para la condena no se relacionan con la celebración del Contrato 001, sino con el cierre financiero del mismo.

Es decir, las providencias penales a las que se ha hecho mención no señalan que la adjudicación y celebración del Contrato se logró por medios ilícitos, pues a lo que se refieren es a la intervención por parte de los señores Otto Bula y Elías Vidal para obtener el cierre financiero del Contrato.

En la medida en que no existe una sentencia que declare una responsabilidad penal por considerar que existió violación de la ley en la celebración del contrato con NAVELENA, no procede entonces aplicar la tesis del demandante en reconvención de conformidad con la cual el tribunal al dictar el laudo debería anular el contrato por razón de las decisiones penales.

En razón de lo anterior, debe entonces el Tribunal analizar si existen indicios que permitan llegar a la conclusión de que el contrato se celebró por medios ilícitos.

A este respecto es pertinente recordar que el artículo 240 del Código General del Proceso establece que "*Para que un hecho pueda considerarse como indicio deberá estar debidamente probado en el proceso*". Adicionalmente, el artículo 242 establece que "*El juez apreciará los indicios en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso*."

Por consiguiente para determinar si existen pruebas que permitan concluir que existió una conducta ilícita al celebrar el contrato objeto del presente proceso, es necesario de una parte que el hecho o hechos que pueden constituir indicios estén probados y por otro lado que dichos indicios lleven a la conclusión que existió una conducta ilícita en la celebración del contrato con NAVELENA, para lo cual se requiere que sean graves, concordantes, convergentes y coherentes con las pruebas que obre en el proceso.

A este respecto debe recordarse que la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

*"**El indicio es grave** **cuando entre el hecho que se conoce (indicante, indicador o causal) y el hecho que se quiere conocer** (consecuencial o indicado), referente al delito o a la responsabilidad del agente, **media un nexo probable**, creado por la dependencia inmediata con el fenómeno principal, o por una cadena causal fuertemente acentuada o por la exterioridad reveladora de su composición. **Probable es lo que puede ocurrir fácilmente, pues se funda en razones serias y estables,** a diferencia de los posible, que puede tomar forma o no, ejecutarse o confinarse a un simple proyecto."*[18] *(se subraya)*

[18] Sala de Casacón Penal sentencia del 26 de mayo de 1971, G.J. Nos 2340 a 2345, citada por Jairo Parra. Tratado de la Prueba Judicial. Indicios y Presunciones. Tomo IV 7ª ed. Librería Ediciones del Profesional Ltda. 2011, página 64.

De esta manera, el indicio grave supone que el hecho que se deduce del hecho indicador, es probable.

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

*"…el artículo 250 del estatuto procesal civil establece que para atribuir eficacia probatoria a hechos indicadores estos deben apreciarse "en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso". **La gravedad es el requisito que mira el efecto serio y ponderado que produzcan en el ánimo del juzgador; la precisión dice relación al carácter que conduce a algo ineguívoco como consecuencia; y la conexidad o concordancia a que lleven a una misma conclusión todos los hechos indicativos"** (se subraya).*

Teniendo en cuenta lo anterior, es entonces procedente examinar los indicios que pueden existir en el expediente.

La doctrina hace referencia al indicio de la capacidad de delinquir[19], que se presenta cuando se prueba en el proceso que la persona ha sido procesada por delitos. Se agrega que el indicio tiene una mayor cualidad cuando se trata de delitos de la misma índole. Desde esta perspectiva en el presente caso se encuentra que está establecido que Odebrecht organizó una empresa criminal con el fin de obtener contratos en diversos países por medio de conductas ilícitas, como se desprende del Plea Agreement celebrado en diciembre de 2016 con las autoridades norteamericanas. Además, en Colombia diversos funcionarios públicos fueron condenados por razón de los contratos celebrados por Odebrecht y en las providencias respectivas se hace referencia a una empresa criminal para corromper a los funcionarios con la finalidad de obtener contratos o adicionarlos.

Ahora bien, es claro que no es suficiente la capacidad de delinquir para concluir que en un caso concreto una persona cometió un delito, pues es perfectamente posible que no lo haya hecho. Como se verá a continuación, en el presente caso no está establecido que en el proceso de adjudicación del contrato a que se refiere el este proceso se haya incurrido en una irregularidad.

En sus alegatos CORMAGDALENA hace referencia a la declaración del señor Elías Vidal ante este Tribunal, en el cual el mismo expresó lo siguiente:

"DRA. ÁNGEL: Y si usted quiere mejorar diciéndonos cómo conoció esas situaciones a las que se va a referir.

"SR. ELÍAS: Sí señora, sí señora. Miré, yo conocí como lo he dicho en insistentes veces al señor Eder Ferracuti, quien fungía en ese entonces como representante de Odebrecht en Colombia. A mí me presenta al señor Eleuberto Martorelli los señores Otto Bula y Federico Gaviria y ahí se comienza como el país lo sabe, a interactuar para un tema que se llama estabilidad jurídica, el contrato de estabilidad jurídica, que es un tema que se dio entre los años 2012 2013, ya eso hace tanto tiempo, pero como digo, ustedes pueden corroborarlo con las declaraciones que he dado en otro escenario. Pero ese no es el caso que viene acá. Posteriormente y creo que después de que se

[19] Es una denominación de Pietro Ellero, citado por Parra Quijano, página 423.

firmara o para esa época, el otrosí Ocaña Gamarra, en una ocasión llegó el señor Eleuberto Martorelli a mi apartamento acá en Bogotá, ***el cual me pide a mí el favor que si yo tenía algún contacto con CorMagdalena en Colombia o con algún alto funcionario de CorMagdalena o del Gobierno que le ayudará a él o a ellos como Odebrecht, a ganarse la licitación del dragado del río Magdalena, que recuerdo yo que superaba los dos billones de pesos****.*

Yo le dije a él en mi casa, eso fue en presencia del señor Otto Bula, le dije, no recuerdo en este momento no conozco a la persona que está ahí en CorMagdalena, pero déjame yo hago unas averiguaciones y yo te informo, yo te informo. Eso fue lo que hablé con él en la primera reunión, hablamos de varios temas, de muchos temas, de lo que sea el tema, pero a eso me comprometí a averiguar.

*"****Yo hice la gestión, diligencia, hablé con quién, como investigando quién mandaba en eso, quién estaba allí en eso y no, no encontré a ninguno, no le dije más nada al señor Martorelli,*** *veo que él recuerdo que él tampoco más nunca no me lo preguntó ahí en el instante ni a lo largo de una semana o dos semanas, no me lo preguntó más.*

"Posteriormente, después de la adjudicación de Navelena, Martorelli fue a mi casa otra vez, como iba en reiteradas ocasiones y yo le pregunté a Martorelli, algo le dije que otra vez con el señor Otto Bula, vi que se ganaron el tema de CorMagdalena, el tema de Navelena vi en las noticias, me alegra por ustedes, yo no pude encontrar a nadie, no supe quien estaba allí, no tengo amigos en CorMagdalena ni en el ministerio para eso, pues me alegra que se lo hayan ganado.

"Y aquí es donde viene el tema que dejo a su consideración, ***pero fueron las palabras de él, que como lo dije anteriormente, las he dicho en otra declaración, Él fue claro en decirme Ñoño, mira, ni te imaginas lo que nos tocó hacer para ganarnos eso. Le tuvimos que pagar a agentes políticos en Bogotá, en la entidad, en el Atlántico, Barranquilla y en Bolívar para podernos ganar eso, después se nos presentaron problemas con varias empresas que estaban mejor calificadas que nosotros, una creo que era Acciona, una española y la otra era Jan De Nul otra empresa belga especialista en dragado****.*

*"****Ellos les tocó hacer acuerdos, componenda o colusión como se llame, para poder quitar esas empresas del medio para poder ellos ganarse la licitación esa. Recuerdo tanto que recalcó, que a Jan De Nul que es la empresa belga, ellos la quitaron del medio con tal de darle un posterior subcontrato sobre esa misma obra que ellos se ganaban en un dragado****. Y la otra empresa, que* ***es Acciona, ellos hicieron un cambalache, no recuerdo dónde fue, pero hicieron un cambalache para que esa empresa se quitara y ellos darle otro contrato en otra parte donde estos estaban interesados****. Eso nos lo contó Martorelli al señor Otto Bula y a mí en mi apartamento posteriormente, yo no tuve nada que ver en esa adjudicación, sino que después, cuando yo lo felicité,* ***él me dijo que había pagado por eso y que le había tocado sacar del medio a esas dos empresas,*** *no sé si fueron más empresas, no me lo dijo, solo me dijo eso y tampoco me dijo a qué agentes políticos les había dado dinero para que la ayudaran a adjudicar eso.*

"Solo me dijo que lo había hecho en Bogotá, en la entidad, en el Atlántico, Barranquilla y en el departamento de Bolívar, hasta ahí lo que corresponde Señora Adelaida en lo que fue la adjudicación, no tuve nada que ver, pero Martorelli nos contó como hizo en mi apartamento por posterior a la adjudicación de Navelena."[20]*(se subraya).*

Como se puede apreciar, en su declaración el señor Elías Vidal hace referencia a algo que escuchó, es decir es un testigo de oídas. En este punto es de observar que la jurisprudencia del Consejo de Estado[21] y la de la Corte Suprema de Justicia[22] han admitido la posibilidad de tomar en cuenta el testimonio de oídas, pero teniendo en cuenta las diferentes circunstancias que lo rodean, y en todo caso, teniendo en cuenta la relación que guarde con los demás elementos probatorios, por lo que es necesario examinar si la circunstancia que se relata en el testimonio de oídas es coherente con la prueba que obra en el proceso.

En este punto es pertinente recordar que CORMAGDALENA señala en su alegato que de acuerdo con la Resolución 000225 del 8 de julio del 2014 emitida por CORMAGDALENA, existían tres proponentes (Promesa de Constitución de Sociedad de Objeto único Navega Magdalena S.A.S., Consorcio Desarrollo Río Magdalena -Coderma y Promesa de Constitución de Sociedad de Objeto Único Navelena S.A.S.) Agrega que dentro los proponentes calificados se encontraba la firma JAN DE NUL, que era uno de los integrantes de la Promesa de Constitución de Sociedad de Objeto Único Navega Magdalena S.A.S., y que dicha empresa "*pocos días antes de la adjudicación del contrato de APP No. 001 del 2014 decide retirar su oferta indicando que no podían asumir los riesgos del contrato a adjudicarse cuando ya se habían surtido los diálogos competitivos y en general, se habían surtido todos los trámites para que, entre tres precalificados se diera la adjudicación del contrato. La firma JAN DE NUL tenía además dos condiciones una oferta más favorable*". Agrega que una situación semejante se presenta con el proponente CODERMA quien el 23 de julio de 2014 también se retira del proceso.

Señala CORMAGDALENA, que una vez adjudicado el contrato de navegabilidad del río Magdalena a la promesa de sociedad futura NAVELENA SAS, ésta y/o el EPC subcontrata a la sociedad Jan de Nul para que lleve a cabo las obras de dragado del río.

En relación con lo anterior ha de observarse que en el proceso de contratación en el cual se celebró el Contrato de APP, CORMAGDALENA expidió la Resolución No. 168 de 2013 en la cual se conformó la Lista Definitiva de Precalificados la cual se integró por los siguientes interesados [23]:

---

[20] Cuaderno Pruebas 25. Testimonios del presente trámite arbitral.
[21] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de octubre de 2009. Expediente 20001-23-31-000-1998-04127-01 (17629).
[22] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia SP17063-2015/35543 de diciembre 10 de 2015.
[23] Tanto la Resolución 168 de 2013 como el acta audiencia pública para la conformación definitiva de la lista de precalificados del proceso de Precalificación No. 01 de 2013 se encuentran disponibles en el enlace https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=13-19-1390566

Número Interesado	Nombre interesado
3	Promesa de Constitución de Sociedad de Objeto Único Navega Magdalena S.A.S.
6	Consorcio Desarrollo Río Magdalena – CODERMA
7	Interesado Plural Promesa de Constitución de Sociedad de Objeto único Navelena S.A.S.

De conformidad con la parte motiva de dicha Resolución, la Promesa de Constitución de Sociedad de Objeto Único Navega Magdalena S.A.S. estaba integrada por Acciona Concesiones S.L., Jan De Nul Sucursal Colombia y Consultores de Desarrollo S.A.; el Consorcio Desarrollo Río Magdalena – CODERMA estaba integrado por Castro Tcherassi S.A., Iridium Holding S.A.S., y Janeau Business Inc.; y el Interesado Plural Promesa de Constitución de Sociedad de Objeto Único Navelena S.A.S., estaba conformado por Constructora Norberto Odebrecht de Colombia Ltda. y Valores y Contratos S.A.

Ahora bien, en el Acta de la Audiencia de Cierre de la Licitación y Apertura de Sobres No. 1 se dejó constancia de que se presentó una propuesta correspondiente al Interesado Plural Promesa de Constitución de Sociedad de Objeto Único Navelena S.A.S.

Así las cosas, lo primero que se advierte es que no existió ninguna propuesta por parte de los otros interesados que habían sido precalificados. Por dicha razón, entonces no es posible afirmar que la propuesta de Jan de Nul era más favorable, pues la misma no existió, como erróneamente se indica en la declaración de oídas a la que se hace referencia.

Por otra parte, de conformidad con lo que obra en el expediente la causa de que los otros interesados precalificados no hayan presentado oferta fueron los riesgos que tenía el proyecto y que ellos no estaban dispuestos a asumir.

En efecto, por comunicación fechada el 25 julio de 2014 la Promesa de Constitución de Objeto Único Navega Magdalena, de la cual hacia parte Jan de Nul y Acciona, expresó [24]

"No obstante lo anterior, lamentablemente queremos informarles que ***no podremos participar en la presentación de una oferta, pese a nuestro amplio interés en la Licitación, en razón a que para nuestras compañías no existen condiciones favorables que permitan, asumir razonablemente, los riesgos del Proyecto****, luego de realizados suficientes estudios técnicos, jurídicos y financieros. Tal y como lo manifestamos en los espacios abiertos por la entidad para la discusión de los documentos del proceso de selección,*

aportado en el escrito de oposición a la reforma de la demanda presentado por la ANDJE el 14 de octubre de 2020 (folios 340 a 398 del cuaderno principal No. 7).

[24] La comunicación del 25 de julio de 2014 con radicado No. 2014302743 por medio de la cual la Promesa de Constitución de Sociedad de Objeto Único Navega Magdalena S.A.S. desistió del proceso de selección puede consultarse en el enlace https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=13-19-1390566 aportado en el escrito de oposición a la reforma de la demanda presentado por la ANDJE el 14 de octubre de 2020 (folios 340 a 398 del cuaderno principal No. 7).

*en relación con la actividad de dragado de para las Unidades Funcionales No. 3 y 4**, todavía no se observa una estructura consistente con la dinámica del río**. Esta posición tiene sustento en los estudios efectuados por Royal Haskoning en su calidad de asesor técnico y consultor con más de 30 años de experiencia en proyectos de este tipo" (se subraya).*

Por otra parte, por comunicación fechada el 23 de julio de 2014, el Consorcio Coderma manifestó lo siguiente:

*"Coderma ha enfatizado desde el inicio del diálogo competitivo que **los elementos clave de riesgo debían de ser reconsiderados**, con el fin de conseguir un contrato más equilibrado entre las partes del proyecto. Hemos sido claros en que a menos que se discutan adecuadamente las áreas de riesgo fundamentales en el Contrato, nuestro consorcio no podrá participar en el proceso licitatorio. Por esta razón, Coderma propuso una solución para el desarrollo del Contrato de manera que produzca un riesgo justo, calculable y equilibrado.*

*"Desafortunadamente, entendemos que no ha sido posible tomar en cuenta adecuadamente las preocupaciones que hemos trasmitido sobre el desarrollo del proyecto y del Contrato en sí. **En consecuencia, los riesgos de diseño y construcción siguen estando del lado del asociado en un grado difícil de asumir**.*

*"Coderma tiene amplia experiencia alrededor del mundo en proyectos de concesión, obras hidráulicas, y proyectos de dragado que en general incluyen el dragado de ríos. Por este motivo, **nuestros asesores especialistas de ingeniería en esta materia pueden afirmar, que en la actualidad es imposible calcular con exactitud el volumen de sedimentación para asegurar y mantener la navegabilidad, debido al entorno tan dinámico que tiene el río**. Somos plenamente conscientes de que Cormagdalena y sus asesores han intentado atender y responder a estas preocupaciones en el proceso de Diálogo Competitivo. Sin embargo, el Contrato propuesto sigue siendo inaceptable por las razones indicadas.*

*El desequilibrio fundamental en el perfil de riesgo de diseño y construcción, **nos lleva a una situación donde no podemos establecer un precio y plazo de ejecución cerrado en el contrato EPC**, lo que a su vez significa que no podemos asegurar la disponibilidad de financiación del proyecto. Por tanto, **sin una nueva evaluación de riesgos por parte de Cormagdalena, estimamos que será imposible en cualquier caso tener una propuesta viable para el mercado financiero, y poder asumir así el riesgo de financiación del contrato**. Adicionalmente respecto este aspecto, hay que englobar dicho proyecto en un contexto de financiación nacional, en el cual existen proyectos de concesiones viales, que para los comités de las entidades financieras resultan riesgos más conocidos que los de este proyecto. Por lo indicado en los párrafos anteriores, de nuevo sugerimos encarecidamente revisar el esquema de contratación propuesto para la licitación, porque bajo el esquema actual de riesgo del contrato sería irresponsable por nuestra parte presentar una oferta seria.* (se subraya)

Es pertinente señalar que dichas comunicaciones tuvieron como antecedente en el proceso de contratación las observaciones que los proponentes habían

formulado a los documentos contractuales en relación con los riesgos de dragado.

Así, la Promesa de Constitución de Sociedad de Objeto Único Navega Magadelena formuló observaciones por comunicación del 4 de julio de 2014. En la observación a la Minuta del Contrato solicitó "*agregar un Apéndice de Dragado a través del cual se permita para las Unidades Funcionales 3 y 4 limitar el riesgo de mayor dragado*". Igualmente al referirse a la Minuta de Contrato APP Sección 5.02 Literal (l) solicitó "*modificar la cláusula de Fuerza Mayor para incluir un evento referente al dragado*". En relación con la Sección 34.02 solicitó "*que se proceda a ajustar la Cláusula de Riesgos del Asociado ajustándolo en materia de dragado*". Finalmente, en relación con la Minuta Contractual Sección 34.03. solicitó "*adicionar un riesgo a cargo de Cormagdalena en materia de dragado*".

Ahora bien, dicha solicitud fue negada por CORMAGDALENA, por cuanto "*la asunción por la entidad del riesgo de dragado desconoce la naturaleza del proyecto bajo un esquema de APP…*".

Así mismo el Consorcio Desarrollo Río Magdalena – CODERMA, también formuló observaciones semejantes[25]:

"Riesgo diseño y cantidades de obra/dragado

*"Los análisis técnicos que hemos adelantado hasta ahora nos indican que, por la naturaleza dinámica del canal navegable del Río Magdalena, es imposible definir de antemano –antes de acometer las obras– **un diseño que asegure con el mínimo de certeza necesario para asumir responsablemente el riesgo**, que los resultados de profundidad mínima serán obtenidos.*

*"Creemos necesario identificar e implementar un esquema que permita ir adecuando el diseño de manera flexible al comportamiento real de la vía hídrica, lo que naturalmente implica que la entidad contratante **cubra los riesgos de mayor alcance de obras y/o dragados derivados de este comportamiento dinámico imposible de prever de antemano**, así como cualquier otra actividad o elemento constructivo no previsto al momento de la elaboración de los diseños y que sea requerido como consecuencia de dicho comportamiento. Ejemplo de lo anterior, sería el cambio de las condiciones granulométricas del lecho del río.* (se subraya)

Como se puede apreciar, la decisión de los grupos a los que se ha hecho referencia de no presentar oferta obedeció a los riesgos que encontraron en el proyecto.

De esta manera, considera el Tribunal que el retiro de dichos proponentes no puede calificarse de un acto de colusión, pues el mismo fue antecedido por una conducta dirigida a precisar los riesgos, lo que no se logró. Es decir, no se

[25] Las observaciones y respuestas a las observaciones formuladas por el Consorcio Desarrollo Río Magdalena – CODERMA pueden ser consultadas en el enlace https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=13-19-1390566 aportado en el escrito de oposición a la reforma de la demanda presentado por la ANDJE el 14 de octubre de 2020 (folios 340 a 398 del cuaderno principal No. 7).

puede afirmar que del retiro del proponente se pueda deducir una conducta ilícita, pues tal conducta tiene una explicación que parece razonable.

Por otra parte, se invoca por CORMAGDALENA que Jan de Nul fue subcontratado por NAVELENA, lo que indicaría que habría una conducta irregular.

En cuanto a la subcontratación de Jan de Nul, aparece acreditado en el expediente que el contrato que este último celebró con Navelena Consorcio Constructor, tenía como objeto el "dragado y mantenimiento del sector desde el puente Pumarejo que se encuentra en km 22 del canal hasta Bocas de Ceniza que se encuentra en el km 0 del canal"[26] lo que acredita que el subcontrato que se celebró no tenía como alcance la totalidad del dragado ni implicaba asumir los riesgos a cargo del Asociado.

De esta manera no encuentra el Tribunal que la declaración de oídas rendida en este proceso sea coherente con las demás pruebas. En particular no aparece acreditada una conducta irregular por parte de los proponentes que no presentaron ofertas.

Si no se ha demostrado que el retiro de las otras empresas fue irregular o sospechoso, no existe entonces el móvil para delinquir, que es uno de los indicios que la doctrina señala se pueden tomar en cuenta, pues "nadie delinque sin una causa que lo determinen" [27]. A este respecto vale la pena señalar que la doctrina precisa que para que se pueda tomar como indicio la existencia de un móvil "los hechos que indican el móvil o interés deben estar demostrados y no se debe tratar de especulaciones o ideaciones del interprete"[28]

De esta manera, si bien existe un primer elemento, que es la conducta que observó Odebrecht en diversos procesos de contratación para obtener por medios ilícitos la adjudicación de los contratos, debe observarse que el hecho de que una persona haya observado un patrón de conducta delictuoso para obtener contratos en forma ilícita no permite concluir que en todos los contratos que celebró haya procedido de la misma manera. Lo anterior por cuanto es perfectamente posible que, en un determinado caso, Odebrecht haya podido obtener que se le adjudicara el contrato y para ello no haya tenido que recurrir a una conducta ilícita. A este respecto debe observarse que lo que se advierte en el expediente es que en el proceso de selección para celebrar el Contrato de APP 001 finalmente solo hubo un proponente que fue Odebrecht y no aparece acreditado que hubieran existido otros que fueron descalificados irregularmente, ni que se establecieran requisitos que sólo Odebrecht podía cumplir. En tal situación la reflexión que se puede hacer es la siguiente: para qué iba a pagar Odebrecht una suma para obtener un contrato que podía celebrar sin dicho pago.

Por otro lado, también se ha hecho referencia para sostener la existencia de una conducta ilícita, a la circunstancia de que inicialmente en el proceso de

[26] Auto 235 de 2022 de la Contraloría General de la República, página 1372, que transcribe parcialmente la declaración rendida por el representante legal de Jan de Nul. Cuaderno de pruebas No. 28.
[27] Pietro Ellero, citado por Parra Quijano, p 424.
[28] Pietro Ellero, citado por Parra Quijano, p 425.

contratación existieron varios interesados y finalmente sólo quedó Odebrecht como proponente y que uno de los interesados iniciales, Jan de Nul, posteriormente fue subcontratado por Odebrecht, lo que indicaría que entre Odebrecht y dicho interesado se llegó a un acuerdo para que el mismo no participara en el proceso. Además, se destaca que dicho interesado era precisamente el que tenía experiencia en dragado, que era un componente importante dentro del contrato.

A este respecto se reitera que de la documentación que obra en el proceso se desprende que varios de los interesados en el proceso de contratación, incluyendo el grupo de Jan De Nul, plantearon a la entidad estatal preocupaciones por los riesgos que debían asumir, lo que los motivó a no presentarse.

Por otra parte, en la declaración rendida en el presente proceso el señor Jorge Barragán Holguín, expresó lo siguiente en relación con Jan de Nul:

"Ellos mandaron una carta, yo tengo entendido y me parece que es bastante sólida su argumentación. ***Ellos no estaban dispuestos a asumir de manera indefinida el dragado del Río Magdalena****. Es que el Río Magdalena tenía dos tipos de dragados: estaba el dragado de Bocas de Ceniza, que era fundamentalmente el 10% del dragado de todo el río. Y estaba el dragado del río, que era la mayor componente de dragado,* ***y ese dragado del río no era la especialidad de Jan de Nul****, entonces****, para Jan de Nul, era difícil aceptar el riesgo*** *en la parte de la longitud de lo que es el río, porque se llama un dragado somero; un dragado somero es de poca profundidad y es para que pasen barcazas.*

"El dragado profundo que era solo en Bocas de Ceniza, que eran 22 kilómetros contra los prácticamente 800 kilómetros de dragado que se tenía que garantizar en navegabilidad en el río, que para ello marcaba la diferencia, ellos no tenían forma de asumir ese riesgo. Nosotros teníamos experiencia en dragado de río y conocíamos y supimos cómo realizar ese dragado y asumir el riesgo de ese dragado. ***El tema de Jan de Nul, para él era complicadísimo, porque además él no tenía equipos para el dragado de lo que es la parte del río,*** *los equipos de ellos son el dragado fundamentalmente de la parte profunda, o sea, de los 22 kilómetros finales del río, que eso era prácticamente, póngale máximo que eso pintaba en el contrato en un 15%."*(se subraya).

Como se puede apreciar, de acuerdo con el declarante, la especialidad de Jan de Nul no era el dragado en ríos y no tenía los equipos para ese dragado. Lo anterior explica su retiro ante el temor a los riesgos que se podían presentar. Lo anterior es coherente con el hecho de que el objeto del contrato celebrado por Jan de Nul con Navelena Consorcio Constructor, como ya se señaló, estaba limitado a "dragado y mantenimiento del sector desde el puente Pumarejo que se encuentra en km 22 del canal hasta Bocas de Ceniza que se encuentra en el km 0 del canal"[29]. Es decir, el objeto de este contrato sólo cubría una fracción del dragado y precisamente en la parte en que hay mayor profundidad.

[29] Auto 235 de 2022, página 1372.

Finalmente, es pertinente hacer referencia a los pagos que recibió el señor Otto Bula y si por razón de estos es posible concluir que la celebración del Contrato fue producto de una conducta ilícita.

A tal propósito, en la declaración del señor Carlos Emilio Moreno Sánchez, auditor externo de CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. - SUCURSAL COLOMBIA, CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT DE COLOMBIA S.A.S. y de NAVELENA S.A.S., se señaló lo siguiente:

"SR. MORENO: Correcto, primero que todo no me corresponde decir que un pago es ilegal. Segundo, lo que ocurre es que nosotros en la estábamos haciendo la auditoría de Constructora Norberto... sucursal Colombia. Cuando observamos un contrato por seis mil millones de pesos. Que iba para un excongresista. No sé si debo mencionar el nombre.

"DR. ESCOBAR: Si lo tiene presente sí.

SR. MORENO: Ese documento era un comprobante. ***Era un contrato 2016 de abril 2016. Creo que lo que hacía era que este señor en ese momento había dificultades para el cierre financiero. Entonces se supondría que este señor estaba haciendo las gestiones para encontrar un inversionista o alguien que contribuyera al cierre financiero. Pues yo inmediatamente en esa auditoría dije bueno, cuál es la experiencia del señor Otto Bula Bula en este tipo de negocios para que a él se le haga un pago de esta naturaleza a este señor, ese documento.***

"Eso lo hice verbalmente, yo no tuve ninguna explicación. Y adicionalmente ya por observación vi un parte, no sé si es el mes de julio, un par de pagos en con dos facturas, una hecha a máquina de escribir y una hecha a mano, que llamaron mi atención. ***Y esa situación con mi equipo de auditoría, lo reportamos a la... porque nos parecía un pago que es bastante, bastante extraño. Y facturas de 400 millones, una hecha máquina y otra hecha a mano.*** *Entonces me llama mucho la atención y* ***nunca, pues obtuvimos con claridad, como se escogió a este señor para que buscara a alguien que hiciera el cierre financiero con ellos.****"*

De acuerdo con esta declaración se celebró en abril de 2016 un contrato con el señor Otto Bula por seis mil millones de pesos, de los cuales aparece haberse hecho pagos por cuatrocientos millones.

Lo primero que se advierte es que el declarante señala que se supondría que el señor Bula estaba haciendo gestiones para conseguir un inversionista o alguien que contribuyera al cierre financiero y la duda que se plantea es cuál era la experiencia del señor Bula para desarrollar esta labor.

En todo caso lo que narra el declarante es concordante con la versión del señor Bula en la que hace referencia a las actuaciones para obtener una carta de crédito y señala que el contrato se firmó para la consecución del socio estratégico.

De esta manera, desde el punto de vista de las declaraciones que obran en el proceso, este pago no guarda relación con la celebración del contrato de APP 001, independientemente de si esas actuaciones eran irregulares o no.

A lo anterior se agrega que el Contrato objeto de este proceso se celebró el 13 de septiembre de 2014, por lo que no es lógico que, si el negocio con el señor Bula a que se ha hecho referencia, tenía por objeto remunerar una actuación para que se adjudicara el Contrato AAP 001, el negocio con el señor Bula se hubiera celebrado año y medio después; y adicionalmente que no se hubiera pagado el valor total sino apenas un porcentaje aproximado del 6.5%.

Por lo demás, no sobra señalar que la Fiscalía 8 Especializada del Grupo de Tareas Especiales de Odebrecht, en la respuesta al oficio No. 7 del 27 de agosto de 2021 certificó que actualmente no existen preacuerdos, acuerdos, principios de oportunidad o similares, dentro de la investigación en torno al Contrato APP 001 de 2014[30]:

"Así las cosas, al punto primero de su requerimiento debo informar que la indagación adelantada, comprende establecer la concurrencia de conductas de índole punitivo en que pudieran estar incursos, directivos o empleados de las empresas referenciadas, sin que hasta este momento se hayan adelantado Preacuerdos, acuerdos o trámites para reducción de negociación de penas; como tampoco con terceros relacionados con ella o con el contrato APP 001 de 2014"

Lo anterior indica que no se han establecido nuevos hechos relevantes en relación con la celebración del Contrato APP 001.

De todo lo anterior se desprende que no está acreditado que en la celebración del contrato APP 001 de 2014 existiera una conducta ilícita por la cual debiera declararse de oficio la nulidad del mismo.

5. Controversia en relación con los costos en los que incurrió NAVELENA durante la Etapa de Preconstrucción del Contrato de APP 001 de 2014

5.1. Contenido de las pretensiones

En la pretensión primera de la Demanda reformada se solicitó:

"*1. Que en relación con los costos en los que incurrió Navelena durante la Etapa de Preconstrucción del Contrato de APP 001 de 2014 (en adelante el "Contrato APP") se DECLARE lo siguiente:*

"*1.1. Que en el acta de liquidación bilateral del Contrato de APP 001 de 2014, al determinarse la compensación por terminación anticipada en la Etapa de Preconstrucción y el valor neto a pagar, únicamente se tuvo en cuenta un valor de $233.904.866.464 pesos por los costos en los que incurrió Navelena durante la Etapa de Preconstrucción en la variable ARi de la fórmula de liquidación del contrato.*

"*1.2. Que los costos incurridos por concepto de las actividades realizadas por Navelena durante la Etapa de Preconstrucción tuvieron un valor mayor al de*

[30] Cuaderno de pruebas No. 24/Oficio 7 Fiscalía

$233.904.866.464 pesos que se estableció en el Acta de Liquidación bilateral del Contrato.

***"**1.3. Que Cormagdalena, al aplicar la fórmula de compensación por terminación anticipada del Contrato de APP 001 de 2014, incumpliendo lo estipulado en la sección 50.02 del mismo, descontó injustificadamente costos por un valor total de $73.072.271.550 pesos, o el valor que resulte probado en el proceso, por concepto de pagos a terceros por cuenta del EPC, estudios y diseños y/o gastos administrativos durante la Etapa de Preconstrucción.*

***"**1.4. Que Navelena suscribió el acta de liquidación bilateral del Contrato de APP con salvedades, con el fin de reservarse el derecho al reconocimiento y pago del mayor valor de los costos en los que incurrió durante la Etapa de Preconstrucción del Contrato APP.*

***"**1.5. Que en virtud de lo pactado en la Sección 50.02 (a) del Contrato APP, Navelena tiene derecho al reconocimiento y pago del mayor valor de los costos en los que incurrió durante la Etapa de Preconstrucción del Contrato de APP 001 de 2014, que no fueron incluidos en el acta de liquidación bilateral como parte del valor neto a pagar a Navelena, y que ascienden a la suma de $73.072.271.550 o a la que resulte probada en el proceso.*

***"**1.6. Que en virtud de lo pactado en la Sección 50.02 (a) del Contrato de APP 001 de 2014, Navelena tiene derecho al reconocimiento de una actualización por IPC y tasa de descuento, respecto de los costos incurridos en la Etapa de Preconstrucción que no fueron reconocidos por Cormagdalena en el Acta de Liquidación bilateral.*

***"**1.7. Que al 17 de abril de 2017, fecha de terminación efectiva del Contrato de APP 001 de 2014, Navelena tenía derecho a recibir $19.630.337.500 pesos, o el valor que resulte probado en el proceso, a título de actualización por IPC y tasa de descuento por los costos incurridos en la Etapa de Preconstrucción que fueron descontados o no fueron reconocidos en el Acta de Liquidación bilateral conforme a las pretensiones anteriores."*
A dichas pretensiones se opusieron la Demandada y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Ahora bien, como se expone en otro aparte de este Laudo, el Tribunal no puede pronunciarse sobre las pretensiones 1.3, 1.6 y 1.7 en la medida en que ellas fueron presentadas por primera vez en la demanda reformada, por lo cual frente a las mismas ha operado la caducidad.

Procede entonces el Tribunal a examinar las restantes pretensiones del acápite 1º de la demanda reformada.

5.2. Posición de las convocantes

CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. señala que existieron soportes contables suficientes para reconocer al asociado un valor no menor al de $73.072.271.550, los cuales fueron descontados injustificadamente en el Acta de Liquidación del Contrato. Al respecto, manifiesta que tanto CORMAGDALENA como la Interventoría tuvieron a su disposición toda la

información contable del proyecto, y las herramientas periódicas para que la misma fuera verificada.

CNO indica que la Interventoría conoció de los costos y gastos presentados en el Fideicomiso y a través de sus informes señaló que realizó la debida verificación de rubros y valores reportados en el Fideicomiso.

Sostiene entonces que estos costos y gastos relacionados con el proyecto – que están siendo descontados – se encuentran debidamente probados y los clasifica de la siguiente manera: i) los costos y gastos de estudios y diseños no reconocidos y no incluidos en el cálculo de la fórmula de compensación por terminación anticipada y ii) los pagos a terceros y facturas del EPC y la conducencia de las facturas reportadas en el Fideicomiso.

Sobre los estudios y diseños, la Constructora señala que estos hacen parte directa del proyecto y están reconocidos sin límite alguno en la cláusula 1.03 del Contrato. Agrega que estos complementaban todos los análisis necesarios para la construcción y administración del proyecto, lo cual requirió de diversos tipos de análisis, los cuales fueron ejecutados y entregados satisfactoriamente a CORMAGDALENA.

Señala que la Interventoría, de manera irregular, dejó de reconocer el valor de $30.608.020.478 porque excedía el valor previsto del contrato de EPC principal. Al respecto, la Constructora destaca que la misma Interventoría hace referencia al Resumen de Valorización en el cual indica que la revisión y ajustes de estudios y diseños tiene como presupuesto referencial un Costo Parcial de $41.500.000.000. De modo que, la Interventoría conocía la mayor parte de los costos por este rubro, y desconoció en la certificación de los valores a reconocer en la variable ARi, que se venían realizados los pagos sobre un valor total acordado de $41.500.000.000.

Manifiesta CNO que lo anterior también fue afirmado por la firma FTI a través de su dictamen, mediante el cual señala que estos costos están contemplados directamente en la fórmula de compensación por terminación anticipada y que, las Certificaciones de los Costos del ARi cuentan con el nivel de detalle suficiente para calcular el valor de las actividades de estudio y diseños. Señala también que, la modificación sufrida en el rubro de estudios y diseños del Contrato EPC con ocasión a la suscripción del Otrosí No. 1 al Contrato APP, hacen parte de la gestión normal de los presupuestos de un proyecto de construcción, sin que se genere un cambio en el costo total del mismo.

Sostiene que los costos de estudios y diseños, al no tener un límite o un valor determinado en el Contrato y al haberlos ejecutado a satisfacción por el asociado y certificados por la Interventoría, deben ser reconocidos.

En cuanto a los costos indicados como pagos a terceros en la Etapa de Preconstrucción, la Constructora indica que en el presente proceso quedó probado que estos fueron certificados e incluidos por Fiduoccidente en las cuentas del Fideicomiso dentro de un ejercicio de verificación financiera y contable; situación que fue avalada por la Interventoría oportunamente.

Adicionalmente, sostiene que de conformidad con la Sección 32.15 “Desarrollo de Esquemas Financieros” del Contrato APP 001 de 2014, no era necesario

que las facturas y soportes que presentara Navelena Consorcio Constructor tuvieran que pasar obligatoriamente por la contabilidad de Navelena S.A.S. Esto, en tanto que dicha estipulación contractual dispone que el asociado puede disponer la entrega a terceros de recursos a que tuviere derecho por cualquier concepto previsto en el Contrato, sin perjuicio de que la contabilidad deba estar centralizada en el Fideicomiso y sin perjuicio de los derechos de CORMAGDALENA. De manera que, no es cierto que no se puedan reconocer costos y gastos del Epecista que no estén registrados en la contabilidad de NAVELENA S.A.S bajo el argumento de que CORMAGDALENA suscribió el Contrato con NAVELENA S.A.S y no con el Epecista.

CON reitera que los costos descontados están directamente relacionados con el proyecto y corresponden al giro normal de la ejecución de los proyectos de infraestructura y, señala que los pagos a terceros fueron efectuados desde el Fideicomiso a proveedores de Navelena Consorcio Constructor en virtud de las facturas que el asociado adeudaba al Epecista como retribución al avance de la obra, razón por la cual, dichos costos fueron descontados injustificadamente.

Sobre la falta de mérito probatorio del dictamen pericial financiero presentado por FTI, CNO sostiene que éste cumple con su objeto, el cual era dar fe de la relación directa y suficiente de los soportes de los asientos contables en los costos administrativos, estudios y diseños, descuentos por bienes en Reversión y las deducciones de las facturas de EPC. Agrega además que, el no cumplimiento de los requisitos consagrados en el artículo 226 del C.G.P –alegado por la demandante -, no constituye un motivo para rechazo de plano del dictamen pericial. Sostiene que es el Tribunal Arbitral quien deberá valorar la conducencia, pertinencia y utilidad del dictamen.

CNO señala en relación con las excepciones propuestas por CORMAGDALENA relacionadas con el incumplimiento por parte de NAVELENA S.A.S, de obtener el cierre financiero y de no entrega de los soportes contables de actividades y pagos de actividades, que CORMAGDALENA no logró probar las excepciones de contrato no cumplido, no alegar su propia culpa y ausencia de buena fe en la ejecución del Contrato APP 001 de 2014.

Sobre la no entrega de soportes por parte de NAVELENA S.A.S, la Constructora indica que el asociado sí cumplió con sus obligaciones contractuales en el marco de la Sección 6.02 del Contrato APP 001 de 2014, depositando los soportes contables y los registros correspondientes en la contabilidad del Fideicomiso, como centro de imputación contable del Proyecto.

Por su parte, OPI considera que CORMAGDALENA decidió desconocer la contabilidad del Fideicomiso, lo pactado entre las partes en la Sección 50.02 del Contrato y aplicar erróneamente la fórmula de compensación, desconociendo costos que estaban debidamente registrados en el centro de imputación contable y aplicando descuentos no contemplados en las variables de la fórmula.

Agrega que, teniendo en cuenta las funciones del Fideicomiso, no había necesidad de auditar o revisar los hechos económicos ajenos a la contabilidad

del centro de imputación contable y, por ende, no era necesario revisar la contabilidad de NAVELENA, el Epecista o cualquier otro ente económico que no tenía la facultad de centralizar la información de ingresos, costos y gastos.

También, precisa que, desde el inicio de la ejecución del Contrato, la Fiduciaria había expedido las Certificaciones Mensuales de Costos asociados a la ejecución del Proyecto, de manera que, para la época en que quedó en firme el acto administrativo que declaró la caducidad del Contrato, la Interventoría y CORMAGDALENA ya contaban con la totalidad de la información para efectuar el cálculo de la variable ARi de la fórmula de compensación por terminación anticipada del Contrato.

Señala OPI que nunca existió un doble registro de costos en la contabilidad del Fideicomiso, por lo que la Interventoría se equivocó en sus apreciaciones sobre este concepto a reconocer.

Adicionalmente, señala que en la contabilidad del Fideicomiso quedaron registradas las facturas del EPC debidamente soportadas en este Contrato y demás documentos, junto con una relación informativa de que el pago de cada una de las facturas se realizó a estos terceros. Señala OPI que los pagos a terceros fueron efectivamente compensados o cruzados con las facturas del Epecista, por lo que estos nunca fueron registrados como costo sino deducido de las facturas.

Destaca que en el examen del dictamen pericial mediante el cual se analizaron las Certificaciones Mensuales de Costos y los montos certificados por la Interventoría, los peritos identificaron que la sumatoria de los conceptos no era igual o superior a los valores que fueron descontados por pagos a terceros, de manera que era imposible que hubiese existido un doble registro contable de costos.

Adicionalmente, OPI agrega que otro de los costos descontados injustificadamente son los relacionados con el valor de los Estudios y Diseños. La Interventoría objetó los costos superiores a $15.048.046.760 por este concepto sin dar una explicación clara por los cuales no se debían reconocer.

Precisa Odebrecht que, si bien en un principio el valor total establecido para este concepto fue de $13.515.000.000, a través del Otrosí No. 1 al Contrato de EPC se hizo una redistribución de los costos asignados por un nuevo valor de $41.500.000.000 -valor en el 2012- o $45.656.067.240 -valor en el 2017-, sin que se aumentara el valor global del Contrato y sin que se afectara el riesgo asumido por NAVELENA S.A.S.

Al respecto, Odebrecht considera que se hizo un correcto y adecuado registro contable de los costos asociados a los Estudios y Diseños y que incluso, la Contraloría Delegada Intersectorial 5 de la Unidad de Investigaciones Especiales Contra la Corrupción dio por probado que el Fideicomiso registró un costo por $45.740.683.438 correspondiente a este rubro. De manera que, sólo hay una diferencia de $84.616.198 correspondiente a una factura que fue incluida por la Fiduciaria en las Certificaciones Mensuales de Costos, pero no en los registros de los costos de la contabilidad del Fideicomiso.

Adicionalmente, señala OPI que los Estudios y Diseños eran costos asociados a la Etapa de Preconstrucción que debían ser reconocidos en su totalidad, pues estos correspondían a una serie de actividades que efectivamente desarrolló el Epecista y que resultaron razonables para este tipo de proyectos.

Agrega que CORMAGDALENA actualmente utiliza los Estudios y Diseños elaborados por NAVELENA y, por tanto, el propósito perseguido con la redacción de la cláusula sobre la compensación de costos por este concepto era reconocer ese valor, pues CORMAGDALENA es quien sería la titular de estos Estudios y Diseños y los utilizó de manera posterior, lo que significa que la Entidad aceptó la calidad y pertinencia de los mismos.

Adicionalmente, OPI menciona que existieron otros descuentos de diferentes conceptos y que supuestamente no tenían conexidad con el Proyecto por un valor de $6.018.104.089. Al respecto, menciona que hubo una deducción por gastos administrativos, integrado por los conceptos de: i) estudios de ejecución; ii) comisiones bancarias; iii) cámara de comercio y; iv) gravamen a los movimientos financieros.

Por todo lo anterior, OPI señala que se debe reconocer un valor total por $177.778.930.532.21 a NAVELENA por todos los descuentos injustificados, saldos pendientes, intereses moratorios y remuneratorio y los costos de oportunidad y tasas de descuento.

VALORCON sostiene que en el presente trámite arbitral se logró demostrar que existieron soportes contables suficientes para reconocer al Asociado un valor no menor a $347.937.771.226,5, de los cuales fueron descontados de manera injustificada la suma de $73.072.271.550 en el Acta de Liquidación, y que, por lo tanto, deben ser incluidos en la variable ARi de la fórmula de compensación por terminación anticipada.

Señala que de conformidad con el proceso establecido en la cláusula 50.02 del Contrato APP 001 de 2014, a la Interventoría no le correspondía realizar un ejercicio de auditoría contable solicitando nuevamente los soportes contables que ya había reconocido y certificado en sus informes mensuales. Por lo tanto, considera que la Interventoría se extralimitó en sus funciones para la certificación de los costos y gastos en el marco de la compensación por terminación anticipada, generando así errores graves en el procedimiento de compensación.

En ese sentido, indica que de los errores causados se encuentran en: i) la omisión de certificar los registros contables emitidos por el Fideicomiso – único centro de imputación contable – y en abstenerse de ver cómo la información ya había sido verificada; ii) solicitar documentos de micro-contabilidad y auditar las cuentas del Epecista, sabiendo que el Contrato de EPC no era un contrato a precios unitarios o por administración delegada, sino que era uno donde el EPC asumía todos los riesgos y obligaciones a cambio de una remuneración fija y; iii) el hecho de que la Interventoría desconoció la responsabilidad de preparar los estados financieros del Fideicomiso y de cumplir con su carga de verificar si los soportes de los registros contables se ajustaban a las normas internacionales.

VALORCON sostiene que se acreditaron los soportes de las facturas suficientes para registrar los costos y gastos relacionados con la ejecución del Proyecto para el registro contable del Fideicomiso. También, señala que quedó demostrado que los sobrecostos correspondieron a las actividades necesarias para ejecutar los estudios y diseños a satisfacción, por lo que, estos costos no corresponden a errores.

VALORCON aclara que, si bien en la matriz de riesgos del Contrato existe un riesgo relacionado con los sobrecostos de los estudios y diseños, el cual está atribuido al privado, éste corresponde a la etapa de construcción del proyecto y no a los costos de elaboración en la etapa de Preconstrucción, la cual fue debidamente ejecutada y es objeto de controversia en el proceso.

Agrega VALORCON que también se hicieron unos descuentos injustificados relacionados con los costos y gastos registrados directamente por terceros en la contabilidad del Fideicomiso. A tales efectos, señala que estos fueron certificados, debidamente soportados e incluidos por Fiduoccidente en las cuentas del Fideicomiso dentro del ejercicio de verificación financiera y contable, la cual fue avalada por la Interventoría[31]. Precisa entonces que los mayores valores que se reclaman son los que fueron indebidamente objetados por la Interventoría, después del registro de facturas y soportes que registraban una suma total de $347.937.771.226,5.

VALORCON aclara que en el Contrato APP 001 de 2014 no estaba prohibida la posibilidad de registrar, por parte de terceros, costos y gastos directamente por el EPC, y que esta situación fue avalada por la Interventoría[32]. En ese sentido, VALORCON indica que el Contrato contempla la aplicación de esquemas financieros para garantizar el desarrollo del proyecto y que, a través del Contrato de Fiducia, ésta está facultada para centralizar la totalidad del manejo financiero y contable del Proyecto.[33]

5.3. Posición de la convocada y de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

CORMAGDALENA sostiene que, de acuerdo con la Ley y el Contrato APP 001 de 2014, los recursos del Proyecto debían canalizarse a través del Fideicomiso por medio del cual se haría el manejo financiero y contable del mismo. De ahí que el seguimiento y control de los costos e ingresos se hacía por medio de dicho patrimonio autónomo.

Como consecuencia de lo anterior, indica que la contabilidad que le es oponible en el desarrollo del Contrato es la contabilidad del Fideicomiso 4-2-1739 Rio Magdalena.

Señala CORMAGDALENA que los comprobantes contables que acreditaban los costos fijos del Contrato no se encontraron en la contabilidad del Fideicomiso 4-2-1739. Expresa que NAVELENA celebró un contrato EPC a precios globales, que le permitió presentar a la fiduciaria una serie de facturas

[31] Alegatos de Conclusión Valorcon, pág.19. Comunicación CM-347-0242-2017 donde se establece que los informes mensuales estaban debidamente soportados y verificados.
[32] Alegatos de Conclusión Valorcon, pág.20. Sección 32.15 Desarrollo de Esquemas Financieros.
[33] Alegatos de Conclusión Valorcon, pág.20. Contrato de Fiducia cláusula 2.1

mensuales para la remuneración del Epecista sin soportes contables discriminados que permitieran diferenciar los costos directos de los indirectos, subrayando que los primeros son los determinantes para poder liquidar anticipadamente el Contrato[34]. Aclara que, no bastaba la factura mensual que por un precio global pasaba el Epecista a NAVELENA para acreditar los costos directos.

Menciona que la ausencia de soportes también quedó probada con la auditoría hecha por la Contraloría y con la exhibición de documentos de Fiduoccidente, en donde, al verificar las carpetas de costos mes a mes por los años 2015 a 2017, sólo se encuentran algunos soportes de estos costos fijos. Además, precisa que los soportes que tuvo la Contraloría para acreditar los costos fijos no son los mismos que se encontraban en la contabilidad del Fideicomiso[35].

Expresa CORMAGDALENA que las dudas generadas sobre los asientos contables del Fideicomiso quedó soportaba por el mismo auditor externo, el cual se abstuvo de dar su opinión sobre los estados financieros respecto de algunos pagos que se habían efectuado a través de dicho patrimonio autónomo[36]. También, señala que en el informe de auditoría elaborado por Valores y Contratos S.A se tuvo que depurar la contabilidad del Epecista para poder demostrar los costos directos del Contrato y no fue por cuenta de los soportes que se encontraban en la Fiducia.

Indica que los Convocantes aportaron a la Contraloría información que CORMAGDALENA no conoció y tampoco es claro si dicha información fue legalizada ante la Fiducia.

Adicional a lo anterior, CORMAGDALENA sostiene que NAVELENA S.A.S. tiene una indebida contabilidad, pues no tenía sus estados financieros debidamente auditados. Por lo que, el Asociado incumplió el Contrato APP de cara a sus obligaciones contenidas en la Sección 6.02 literal aa) del Contrato. Señala que el incumplimiento de esta obligación deriva en que no se tiene certeza de los costos y gastos en los que incurrió el Asociado en cada uno de las Unidades Funcionales y aun así se liquidó el Contrato y por tanto, quedó demostrado que no hay coherencia documental ni contable o comprobantes que permitan identificar todas las erogaciones como costos directos afectos al Proyecto.

De igual forma, considera que lo registros contables presentados por la convocante para sustentar las pretensiones no pueden ser tenidos como válidos en tanto que existe duda razonable sobre la manipulación de tales archivos[37].

[34] Alegatos de Conclusión Cormagdalena, pág. 78. Identificación de los costos directos de conformidad con la cláusula 50.02 del Contrato.
[35] Alegatos de Conclusión Cormagdalena, pág. 88- 90 donde se refieren al testimonio rendido por el señor Rodrigo Alejandro Torres Nieto que da cuenta que no verificó la contabilidad del Fideicomiso.
[36] Alegatos de Conclusión Cormagdalena, pág. 83. A tales efectos, se refiere al testimonio rendido por el Señor Carlos Moreno.
[37] Alegatos de Conclusión Cormagdalena, pág. 106. Al respecto, citan las conclusiones del Informe de Laboratorio Análisis de Evidencia Digital.

Para efectos de los costos y rubros a reconocer por medio de la variable ARi, CORMAGDALENA indica que era necesario que el Interventor pudiera identificar el hecho económico que daba origen a los valores que presentara el Asociado para su reconocimiento a la terminación anticipada del Contrato. Sin embargo, el Epecista no mostró su contabilidad al Interventor pues NAVELENA consideró que este consorcio no tenía la obligación de presentar dichos soportes[38]. En consecuencia, CORMAGDALENA considera que Navelena utiliza la figura del EPC para ejecutar el Contrato, pero, también para manejar una contabilidad, que, a su juicio, no podía ser objeto de verificación por parte del Interventor, pero si fuente de obligaciones a favor del Epecista y a cargo del Proyecto.

De lo anterior, CORMAGDALENA considera que se configura la excepción de abuso del derecho por la indebida utilización del EPC, pues viola las normas de contabilidad al impedir que para efectos de la liquidación del Contrato se verifiquen los costos asociados al Proyecto con los hechos económicos reales.

Por último, señala que no es posible conceder los mayores valores pretendidos por NAVELENA. Al respecto, explica que, si bien el Asociado presentó salvedades en el Acta de Liquidación, estas no suponen la solicitud de impugnación o reliquidación de la misma. Precisa que lo que se pretende es que al saldo que arrojó a favor de Navelena el Acta de Liquidación, se sumen dichos valores pretendidos. Sin embargo, de proceder así, se generaría un desequilibrio en la liquidación porque dichos valores pretendidos con indexación no se verían afectados con deducciones indexadas en la liquidación, es decir que, no se puede reconocer suma alguna sin reliquidar el Contrato, lo cual no fue solicitado por la Convocante.

La ANDJE considera que fue necesario aplicar la sección 50.02 del Contrato APP 001 de 2014, la cual regula la Compensación por "Terminación Anticipada en la Etapa de Preconstrucción", teniendo en cuenta que dicho Contrato se terminó de manera anticipada por la declaratoria de caducidad proferida por CORMAGDALENA. A tales efectos, aclara que el factor ARi remuneraría los costos durante el mes *i* relacionados a las actividades que haya realizado el Asociado y hayan sido reconocidos por CORMAGDALENA y/o la Interventoría.

Señala que en el proceso se demostró que para el cálculo del ARi se tienen como base los valores brutos que corresponden exclusivamente a los costos directos asociados con estas actividades y que, en todo caso, el valor no podrá ser superior al consignado en los registros contables del Fideicomiso registrados en los estados financieros o certificados de la Interventoría.

Sostiene además que se probó que entre NAVELENA y CORMAGDALENA junto con la Interventoría se liquidó el contrato estatal y que con fundamento en la Ley 80/1993, el Contrato APP 001 de 2014 y demás normas complementarias se llegó a una cifra reconocida como compensación por terminación anticipada del contrato, cifra frente a la cual el asociado presentó algunas salvedades.

[38] Alegatos de Conclusión Cormagdalena, pág. 163. Al respecto, pone de presente las comunicaciones N-1-0-0-0291-17 del 23 de mayo de 2019.

Agrega que CORMAGDALENA sustentó de manera suficiente, teniendo en cuenta la legislación y el Contrato, la negativa en el reconocimiento de sumas de dinero que no se relacionaban con los costos, gastos y/o inversiones directamente relacionadas con el proyecto. Considera que también se demostró que en el proceso se solicita el reconocimiento de gastos de terceros (EPC) que no están cubiertos por la fórmula de compensación por terminación anticipada.

Señala que la demandante realizó un único esfuerzo probatorio a través del proceso relacionado con la presentación del dictamen pericial (FTI), el cual fue desvirtuado en su totalidad en la diligencia del 30 de agosto de 2021. Además, indica que sus autores no eran idóneos, carecían de experiencia y no se acreditó su existencia legal en Colombia. Por tal razón, la ANDJE solicitó que se excluyera dicho dictamen por no contar con los requisitos del artículo 226 del Código General del Proceso.

Agrega que otro argumento para establecer la improcedencia de dicho medio de prueba se funda en la afirmación hecha por una de las autoras la cual mencionaba algunos costos relacionados con el EPC. Por lo anterior, reitera que el reconocimiento de costos del EPC no está en la formula contenida en el numeral 50.02, pues lo que remunera son sólo los costos del asociado.

Adicionalmente, se refiere a la declaración del perito Torres, en la cual sostiene que el valor al que se llegó para el reconocimiento es un valor estimado que no tuvo en cuenta ninguna contabilidad, ni la de la fiducia ni la del EPC, lo que genera una contradicción con los otros autores del dictamen.

Sostiene la ANDJE que, de conformidad con la prueba documental del Contrato APP 001 de 2014, quedó demostrado que la Interventoría tenía obligaciones relacionadas con la supervisión, seguimiento y manejo financiero del Contrato, así como ejercer el control y vigilancia del mismo en términos de fondeo de cada una de las cuentas del fideicomiso. A tales efectos, la ANDJE señala que el Interventor cumplió sus funciones en la ejecución del Contrato, particularmente, al momento de proyectar los valores a reconocer a título de compensación por terminación anticipada del Contrato, sin que los causahabientes hayan podido controvertir sus argumentos.

Agrega que en el proceso quedó demostrado que NAVELENA impidió al Interventor el acceso a la totalidad de los soportes de los gastos del Contrato para efectos de efectuar la liquidación, situación que llevó a que el reconocimiento a su favor estuviera limitado a los gastos y costos que se pudieron demostrar

Menciona que NAVELENA considera que los costos no reconocidos por el Interventor se debían admitir según lo pactado en el Contrato. Al respecto, la ANDJE aclara que nunca se pactó que lo único que se debía tener en cuenta para la liquidación era el informe de la Fiduciaria, pues la fórmula de liquidación establece que el valor derivado de los registros contables del Patrimonio Autónomo es solo un límite máximo, permitiendo aportar diferentes elementos de prueba.

Sostiene que tanto el Interventor como CORMAGDALENA tenían amplias facultades para validar las cifras pretendidas por el asociado, dentro de las

cuales se encontraba la de pedir información que se estimara razonable y necesaria dentro de un grado suficiente con miras a efectuar los reconocimientos a los que hubiera lugar por la terminación anticipada del Contrato. Agrega que los causahabientes de NAVELENA S.A.S se rehusaron a entregar la información contable completa y los soportes en cuanto los costos, gastos e inversiones realizadas directa o indirectamente por el Consorcio Constructor Navelena EPC, limitándose a remitir listados de actividades y costos sin los debidos soportes. Por lo que, la ANDJE señala que NAVELENA S.A.S. no entregó toda la información soporte para que el Interventor pudiera validar el 100% de los costos y gastos que reclamó.

Señala la ANDJE que la demandante desconoció el principio de la buena fe contractual en tanto que incumplió con su obligación contenida en el literal (xi) del aparte (a) de la sección 2.02 del Contrato, la cual establecía el deber del asociado de declarar y garantizar que los recursos del Proyecto serían administrados y registrados en el Fideicomiso, así como su obligación de contar con información disponible, veraz y oportuna que soporte todos los recursos y hechos económicos que los afecten.

Agrega que también quedó probado que, en el trámite de liquidación bilateral, CORMAGDALENA y el Interventor solicitaron a la convocante que entregar pormenorizadamente los soportes de sus gastos de conformidad con la Sección 32.14 del Contrato, sin embargo, NAVELENA no entregó dichos soportes de manera ordenada y completa, acto que constituye una violación a este principio.

En relación con la excepción de Contrato No Cumplido, la ANDJE considera que quedó demostrado que NAVELENA incumplió sus obligaciones al no obtener el cierre financiero del Contrato, el cual era el mecanismo de financiación de las obras y actividades del objeto contractual. Agrega que, por esta razón, CORMAGDALENA se vio forzada a declarar la caducidad del Contrato a través de acto administrativo.

Sostiene que la demandante tampoco colaboró en la entrega de los soportes contables de las actividades y pagos de actividades, subcontratos, pagos a terceros, entre otras actividades, por lo que NAVELENA es el causante de que los reconocimientos se limitaran a lo que realmente se demostró en el acta de liquidación bilateral.

La ANDJE señala que, teniendo en cuenta la renuencia de NAVELENA y sus causahabientes en la entrega de la información contable y financiera del asociado, sus empresas relacionadas, su subcontratista de obras, y en general, todos los actores en el proceso contractual, CORMAGDALENA tuvo que fijar la contraprestación del valor que lo hizo y con los informes y valoraciones obtenidas de la Interventoría.

En relación con el concepto de “deducción de facturas del EPC” (por un valor de $36.446.146.983), la ANDJE trae a colación que la Interventoría, al momento de emitir la última certificación del Ari, le aclaró a CORMAGDALENA que ésta no tiene injerencia en la vigilancia y control de otros contratos diferentes al APP 01 de 2014.

Agrega también que la Interventoría, al calcular el monto Ari de la fórmula, no obtuvo los soportes pormenorizados de estas transacciones, y tampoco se demostró la conexidad con las actividades propias de la etapa de Preconstrucción a cargo de NAVELENA S.A.S, tal como lo establece la fórmula de compensación por terminación anticipada. Por lo que, lo reconocible son los costos asociados a las actividades realizadas por el asociado y no por terceras personas y que hubieran sido reconocidas por el Interventor o por CORMAGDALENA.

La ANDJE sostiene que en el proceso quedó demostrado que el EPC Navelena Consorcio Constructor es causahabiente en la liquidación judicial de Navelena S.A.S en un 40.0642%, pero, este adjudicatario no compareció al proceso arbitral en la búsqueda del reconocimiento del valor de este concepto. Señala que esto es significante en la medida en que el hecho de ser adjudicatario de este porcentaje, ello equivale a que se le reconocieran las acreencias que tuviera NAVELENA S.A.S con ella, y que, de reconocerlas nuevamente a los causahabientes, se estaría pagado dos veces el mismo concepto.

En cuanto al concepto del “mayor valor de estudios y diseños” que asciende a $30.608.020.478, la ANDJE señala que el Tribunal deberá realizar una evaluación del esquema de riesgos del Contrato para determinar que los cambios que Navelena Consorcio Constructor y NAVELENA S.A.S. decidieron introducir al proyecto, no deben ser reconocidos por CORMAGDALENA ya que es un riesgo asumido por el privado, la entidad no solicitó cambios, tampoco surgieron por falencias o errores en la estructuración del proyecto, y aun cuando la Entidad no los haya objetado, esto no significa que reconociera el mayor costo que pudiesen reportar.

Señala que, a pesar de que el Consorcio Constructor decidió asumir los riesgos derivados de la valoración en el valor de los Estudios y Diseños de Detalle, NAVELENA S.A.S. no le reclamó en la ejecución del Contrato EPC estos mayores valores – debiéndolo hacer – sino que, incrementó el reconocimiento de estas actividades pretendiendo trasladárselo a CORMAGDALENA.

Por otra parte, la ANDJE señala que los causahabientes de NAVELENA S.A.S. no pueden ser beneficiarios de derecho alguno derivado de la compensación por la terminación anticipada del Contrato ya que entre Navelena Consorcio Constructor y NAVELENA S.A.S. se pactó en el Contrato EPC que el único beneficiario del total de la compensación sería Navelena Consorcio Constructor (EPC) al ser el constructor.

Agrega que tanto el asociado como el Epecista no tenían la experiencia en relación con varias materias del proyecto ofertadas a CORMAGDALENA o decidieron libremente contratar a un tercero para que a su propio costo ejecutara los estudios y diseños; situación que no da lugar a reconocimiento alguno por medio del presente proceso arbitral.

Sostiene que ni la demandante ni sus causahabientes allegaron al proceso los resultados o productos de estos estudios, por lo que no hay seguridad de que se hayan efectivamente realizado ya que no consta el recibo de los productos contratados en los diferentes contratos suscritos

Respecto del rubro reclamado por concepto de “estudios de ejecución” por el valor de $5.096.674.918, la ANDJE señala que este concepto no aparece en ninguna parte del Contrato ni en la fórmula de compensación, sin embargo, de la información suministrada se tiene que se contrató con FEDESARROLLO el “estudio del impacto socioeconómico para el proyecto de recuperación de la navegabilidad del rio Magdalena” así como a MOFFAT & NICHOL SUCURSAL COLOMBIA con el objeto de realizar una debida diligencia técnica.

La ANDJE señala que la experiencia en materia de financiación fue uno de los requisitos que contiene el Pliego de Condiciones para resultar eligible, por lo que, se evidencia que dicha experiencia es inexistente.

Señala que existen también facturas de oficina de abogados por conceptos amplios como “*servicios legales*” u “*honorarios profesionales*” así como la revisión del Contrato de Concesión del Rio Magdalena. Se agrega que existen facturas emitidas en el extranjero, las cuales, a su vez, carecían de las previsiones del estatuto tributario, y otras facturas presentadas por la sociedad ENVIROMENTAL RESOURCES MANAGEMENT COLOMBIA LTDA que tenía como objeto realizar la debida diligencia ambiental y social del proyecto de recuperación de la navegabilidad del rio magdalena. Al respecto, menciona que estos rubros no tienen asidero contractual por no ser ni costos, ni gastos directos del asociado en la etapa de Preconstrucción que tuvieran que ver con la ejecución de las obligaciones del asociado[39].

En cuanto a la reclamación por concepto de “*comisiones bancarias*” por la suma de $903.567.962, la ANDJE sostiene que la prueba aportada por los causahabientes para esta reclamación no contiene un soporte que acredite que dicha suma es un costo o gasto que tuviera que sufragar el asociado como consecuencia de sus obligaciones contractuales en la etapa de Preconstrucción o su necesidad, origen o conexidad.

En lo que respecta al reconocimiento de $3.915.000 y $13.946.209 por concepto de “*Cámara de Comercio*” y “costos derivados del gravamen de movimientos financieros”, respectivamente, la ANDJE sostiene que no se ha demostrado en el proceso en qué parte de la variante ARi ese gasto propio del comerciante es procedente para su reconocimiento ya que no se refiere a seguros, ni a restitución de aportes del asociado a las subcuentas del patrimonio, ni estudio y diseños, ni gestión social o ambiental..

Sobre los ajustes del IPC y tasa de descuento hasta el 17 de abril de 2017 y entre abril del 2017 y octubre del mismo año y entre esta fecha y octubre de 2018, la ANDJE sostiene que la demanda soporta estos rubros en el dictamen pericial FTI, el cual se ha solicitado excluir por no cumplir con lo dispuesto en el artículo 226 del C.G.P. Adicionalmente, considera que estas actualizaciones más los intereses remuneratorios y moratorios constituirían un doble pago en el caso en el que el Tribunal fallara que en la liquidación bilateral del Contrato quedaron rubros no reconocidos por CORMAGDALENA. Esto, en tanto que el IPC y la TE son mecanismos de actualización del valor del dinero en el tiempo.

[39] Alegato de Conclusión ANDJE págs.34- 35 donde se refieren a los diferentes contratos suscritos por el concepto de “estudios de ejecución”

La ANDJE señala que, con esta reclamación, se pretende es que el Tribunal aplique el IPC y la TE, que no serían reconocidos en un proceso ejecutivo, maximizando la rentabilidad de una suma de dinero que se abstuvo de demandar por la vía judicial correcta.

5.4. Consideraciones del Tribunal

En relación con las pretensiones formuladas por la parte demandante respecto del pago de la Compensación por Terminación Anticipada en la Etapa de Construcción, considera el Tribunal necesario, en primer lugar, precisar el valor del dictamen presentado por la demandante, para posteriormente examinar la regulación en el Contrato de la compensación por terminación anticipada y su aplicación.

En cuanto al dictamen de FTI presentado por la demandante se observa que durante la diligencia de interrogatorio de peritos el apoderado de la ANDJE solicitó que el dictamen "*se excluya de este debate probatorio, en la medida en que no cumple ni con el numeral tercero, ni con el quinto, ni con el sexto del artículo 226 del Código General del Proceso, porque no está acreditada ni la existencia ni la experiencia de ninguno de los que rinde ni de las firmas que dicen rendir este dictamen. De manera que, al momento de emitir el laudo se tenga en consideración esta solicitud respetuosa que le hago al Tribunal, por falta de los elementos necesarios para poder considerar como prueba este documento como un dictamen pericial",*

Al respecto es pertinente señalar que el artículo 226 del Código General del Proceso determina los requisitos que debe contener el dictamen pericial. Sobre estos requisitos la Corte Suprema de Justicia ha precisado que las falencias o carencias del dictamen no son suficientes para impedir su recaudo, pues el análisis está reservado a la sentencia, en la cual debe motivarse de qué manera esas omisiones disminuyeron la verosimilitud del informe.

En tal sentido en sentencia del 3 de marzo de 2021 expresó dicha Corporación lo siguiente:

"De modo que el análisis acerca del cumplimiento o no de los requisitos enlistados en el citado precepto 226 corresponde a una actividad propia del momento en que se dirime la controversia, razón por la cual la ausencia de los mismos no da lugar al rechazo automático de dicho medio de convicción. Esto es, a que se impida su ingreso al proceso, puesto que los únicos motivos que llevan a esa determinación son los referidos en el artículo 168 ídem, huelga reiterar, respecto de «las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles». Y no existe disposición especial en materia de experticia que autorice excluir la prueba por esa razón.

"La doctrina ha percibido lo mismo que la Corte señala. Por ejemplo, Jordi Nieva Fenoll al respecto sostiene que (…) el dictamen debe transmitir sus ideas con facilidad, debe ir refiriendo los temas objeto de dictamen con precisión y, sobre todo, debe contestar a las cuestiones que se le han planteado, sin dejar cabos sueltos, pero tampoco extralimitándose, es decir, respondiendo a otros puntos que no son objeto de dictamen. Eso es lo que otorgará la congruencia del dictamen. Y es que si el mismo es incongruente, se abre también la oportunidad de que lo acabe siendo la misma sentencia.

"'Pues bien, como ha quedado dicho y en conclusión, si el dictamen no posee estas características no debería ser tomado en consideración. Puede intentarse corregir o precisar el dictamen durante la comparecencia del perito, como veremos después. Pero también es posible que esa misma comparecencia revele que el dictamen es sumamente defectuoso, o que el perito no tiene la preparación suficiente para realizar su labor. (…) -Resalta la Corte- (2010. La valoración de la prueba. Marcial Pons. Pág. 292).

Nótese que el autor muestra cómo las imperfecciones del dictamen producirán efectos para el momento de «tomarlo en consideración», actividad que no ocurre sino para el tiempo de la definición del litigio.

Lo mismo se extrae de una lectura cuidadosa del Código General del Proceso. Ciertamente en el artículo 235, al reglamentar lo concerniente a la «imparcialidad del perito», se estipuló:

El perito desempeñará su labor con objetividad e imparcialidad, y deberá tener en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes.

Las partes se abstendrán de aportar dictámenes rendidos por personas en quienes concurre alguna de las causales de recusación establecidas para los jueces. La misma regla deberá observar el juez cuando deba designar perito.

El juez apreciará el cumplimiento de ese deber de acuerdo con las reglas de la sana crítica, pudiendo incluso negarle efectos al dictamen cuando existan circunstancias que afecten gravemente su credibilidad.

En la audiencia las partes y el juez podrán interrogar al perito sobre las circunstancias o razones que puedan comprometer su imparcialidad (…) (Negrillas y subrayas de ahora).

"Como puede ser visto, en lo que respecta a uno de los aspectos trascendentales de la experticia, como lo es la imparcialidad de quien la elabore, el legislador es diáfano en mostrar que dicho aspecto, de un lado, podrá ser objeto del interrogatorio del perito (contradicción en audiencia) y, del otro, será «apreciado» en el fallo, al punto que, en el evento en el que encuentre circunstancias que afecten gravemente su credibilidad, podrá negarle efectos a la misma. Todo lo cual sucede luego de que se decrete la prueba y se permita su incorporación al plenario.

"En definitiva, a pesar de que la credibilidad de la pericia depende de la solidez de sus conclusiones, de la imparcialidad e idoneidad del perito, el juez no está facultado para sacar automáticamente del acervo el informe arrimado con defectos en tales presupuestos porque las falencias o carencias del dictamen no son motivos suficientes para impedir su recaudo, pues ese análisis está reservado para la sentencia, donde deberá motivarse de qué manera esas omisiones disminuyeron la verosimilitud del informe."

Así las cosas, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte, en los casos en los que se sostiene que el dictamen no cumple los requisitos del artículo 226 del Código General del Proceso, lo que debe hacerse es examinar si los reparos formulados afectan la verosimilitud del dictamen.

A este respecto, es claro que no se acreditó la existencia de la persona jurídica que elaboró el dictamen. Sin embargo, está acreditada la existencia de las personas naturales que lo elaboraron. Por otra parte, en el dictamen no aparecen acreditados los títulos profesionales de dichas personas. A lo anterior se agrega que el dictamen de FTI es un reporte contable y técnico y uno de sus firmantes señala que es contador, sin embargo, no acredita la calidad de tal ni indica el número de su tarjeta profesional.

Así las cosas, para el Tribunal el dictamen tendrá valor probatorio en la medida en que no se requiera acreditar títulos profesionales.

Ahora bien, en cuanto se refiere a la compensación por terminación anticipada debe observarse que la misma está regulada en la Sección 50.02 del Contrato de la siguiente forma:

"Si se produce la terminación anticipada del Contrato antes de la suscripción del Acta de Inicio de la 19 Etapa de Construcción, se procederá a establecer el valor de la liquidación del Contrato de APP, mediante la aplicación de la siguiente fórmula:

$$VTA_p = \left\{\sum_{i=1}^{m}\left[AR_i * \left(\frac{IPC_m}{IPC_i}\right) * (1+TE)^{m-i}\right]\right\} - (Multas_m + CP_m) + O_{CMG_m}$$

Donde:

VTA_p	*Es el valor de la liquidación del Contrato cuando la Terminación Anticipada se produce durante la Etapa de Preconstrucción. Este valor está expresado en Pesos del Mes que corresponde al Mes en que ocurre la Terminación Anticipada del Contrato.*
AR_i	*Costos durante el Mes i, asociados con las actividades que haya realizado el Asociado durante la Etapa de Preconstrucción y que hayan sido reconocidas por CORMAGDALENA y/o la Interventoría, en Pesos corrientes.* *Las actividades reconocidas incluyen exclusivamente aquellas relacionadas con las obligaciones del Asociado durante la Etapa de Preconstrucción. Los costos asociados a estas actividades son exclusivamente los siguientes:* *Valor efectivamente desembolsado por concepto de primas de seguros y comisiones para la obtención y el mantenimiento de i) la Garantía Única de Cumplimiento, ii) la póliza de responsabilidad extracontractual a que se refiere la Sección 39,08 de este Contrato, y iii) el seguro de daños contra todo riesgo a que se refiere la Sección 39.09(0 de este Contrato, en el Mes* *Valor de los aportes que haya realizado el Asociado a la Subcuenta de Interventoría, Subcuenta Predial, Subcuenta Ambiental, Subcuenta de Amigable Composición, Subcuenta de Gerencia del Proyecto y Gestión Institucional, en el Mes i.* *El Valor de los Estudios y Diseños en el Mes i.*

	Costos de la Gestión Social y Ambiental (exceptuando los hechos contra la Subcuenta Ambiental), en el Mes i.
	Costos de la Gestión Predial (exceptuando los hechos contra la Subcuenta Predial), en el Mes i, *Costos de Operación y Mantenimiento, incluyendo aquellos relativos a la ejecución del Plan de Servicios Provisionales, gastos de administración e impuestos, en el Mes í.* *Los costos incurridos en la ejecución de Obras Eventuales, en el Mes i* *El valor reconocido por estas actividades se definirá con base en los valores brutos (sin incluir depreciaciones, amortizaciones o valorizaciones) que corresponderán exclusivamente a los costos directos asociados con estas actividades y será establecido por las Partes de mutuo acuerdo o, en su defecto, por el Amigable Componedor. En todo caso su valor no podrá ser superior al consignado en los registros contables del Fideicomiso para estos rubros, registrados en los estados financieros y certificados por la Interventoría.*
IPC_i	*IPC correspondiente al Mes i.*
IPC_m	*IPC correspondiente al Mes m en que ocurre [a Termínación Anticipada del Contrato.*
TE	*Tasa de descuento real expresada en términos efectivo mensual y que para efectos de esta fórmula será la que se incluye en la Tabla No. 9*
$Multas_m$	*Es el valor de las Deducciones por Unidades de Descuento, así como de las Multas y otros descuentos y obligaciones dinerarias pendientes de pago a cargo del Asociado, causados hasta el momento de terminación del Contrato de APP*
CP_m	*Cláusula Penal, si es del caso su aplicación conforme a la CLAUSULA 41, siempre que no haya sido pagada por el Asociado.*
I	*Cada uno de los Meses desde el inicio del Contrato hasta el Mes m.*
M	*Mes en que ocurre la Terminación Anticipada del Contrato.*

O_{CMGm}	*Obligaciones dinerarias pendiente de pago a cargo de CORMAGDALENA, causadas hasta el momento de terminación del Contrato de APP.*

Ahora bien, la controversia que se ha planteado entre las partes gira en torno a si se pagó o no la Compensación en forma completa, particularmente en cuanto se refiere al componente Ar_i.

Como resulta de la definición contractual, el componente AR_I hace referencia a los costos incurridos durante el mes, asociados a las actividades que expresamente se señalan en la cláusula mencionada, realizadas por el Asociado en la Etapa de Preconstrucción, que hayan sido reconocidas por CORMAGDALENA y o la interventoría y cuyo valor sería establecido por las partes o, en su defecto, por el Amigable Componedor. Es pertinente agregar que de conformidad con el Contrato el valor que se tomara no podría ser superior al consignado en los registros contables del Fidecomiso.

En este punto advierte el Tribunal que una parte del debate gira en torno al alcance de los registros contables del Fideicomiso, por lo que es necesario tener en cuenta lo que dispone el Contrato sobre el Fideicomiso como centro de imputación contable. A tal efecto, la Sección 32.01 del Contrato establece:

"*Sección 32.01 Objeto del Fideicomiso*

"(a) El Fideicomiso será el centro de imputación contable de todo el Proyecto y, por lo tanto, será el encargado de:
(i) Emitir las facturas o las cuentas de cobro.
(ii) Recibir los pagos que efectúe CORMAGDALENA por la RDA y demás erogaciones para el Proyecto.
(iii) Efectuar los pagos a que se obligue el Asociado para la ejecución del presente Proyecto.
(iv) En general, centralizar la totalidad del manejo financiero y contable del Proyecto.

"(b) En todo caso, el Fideicomiso deberá servir como herramienta de administración, seguimiento y control de los ingresos y los costos del Proyecto."

Así las cosas, el Fideicomiso por estipulación contractual está destinado a ser el centro de imputación contable del Proyecto y a servir como herramienta de administración, seguimiento y control de los ingresos y costos del Proyecto.

Con base en lo anterior señala la parte demandante que la Compensación por la Terminación Anticipada en la Etapa de Preconstrucción debía determinarse con base en la fórmula establecida en la Sección 50.02 del Contrato, cuya fuente de información era el Fideicomiso constituido como centro de imputación contable del Proyecto.

En este punto destaca la parte demandante que desde el inicio de la ejecución del Contrato la Fiduciaria había expedido las Certificaciones Mensuales de Costos asociados a la ejecución del Proyecto, por lo que para la época en que quedó en firme la Resolución No. 0078 de 2017 (17 de abril de 2017), la Interventoría y CORMAGDALENA ya contaban con la totalidad de la

información para efectuar el cálculo de la variable ARi de la fórmula de compensación por terminación anticipada del Contrato. Igualmente, para la fecha en que quedó en firme la Resolución No. 0078 del 23 de marzo de 2017, CORMAGDALENA y la Interventoría también conocían el valor de las multas impuestas en contra de NAVELENA conforme a los actos administrativos correspondientes, y también se conocía el valor de la cláusula penal conforme a lo dispuesto en el artículo segundo de la citada Resolución. Agrega que, a pesar de lo anterior, CORMAGDALENA y la Interventoría no liquidaron ni pagaron oportunamente la compensación, y realizaron una nueva revisión de los registros contables para descontar ilegalmente conceptos a los que NAVELENA tenía derecho.

Señala la parte demandante que a la Interventoría no le correspondía verificar documentación contable diferente a los registros del Fideicomiso y mucho menos cuestionar si los pagos a terceros que autorizaba uno de los acreedores del mismo Fideicomiso, tenía o no relación con la ejecución de actividades del Proyecto. Advierte que la conexidad solo se predicaba de las facturas presentadas por NAVELENA o el Epecista y, por tanto, del costo que ellas representaban, más no de los pagos que eran descontados del valor debido por las facturas respectivas.

En relación con lo anterior considera el Tribunal que el hecho de que un valor apareciera registrado en la contabilidad del Fideicomiso no necesariamente conduce a concluir que el mismo debiera incluirse en la fórmula en la variable ARi, pues, por una parte, el Contrato establece que para que los costos se incluyan en la variable es necesario que correspondan a una de las actividades que se indican, que hayan sido reconocidas por CORMAGDALENA y/o la Interventoría, que se trate de costos directos, que hayan sido acordados por las partes o por el Amigable Componedor, y su valor no sea superior al consignado en los registros contables del Fideicomiso. Lo anterior acredita que el proceso que debería seguirse para establecer el valor del componente ARi no consistía simplemente en tomar la información contable del Fideicomiso, sino que requería una revisión que se debía realizar.

En este punto es de advertir que de acuerdo con el contrato el Asociado había garantizado que se contaría con información disponible, veraz y oportuna que soportara todos los recursos en el Fideicomiso y los hechos económicos que lo afectaran, los cuales podían ser consultados en cualquier momento por el interventor y por CORMAGDALENA.

En efecto, en la Sección 2.02 del Contrato se estableció:

“(xi) El Asociado declara y garantiza que todos y cada uno de los recursos que se manejen en el Proyecto serán administrados y estarán registrados en el Fideicomiso, a excepción de lo previsto en la Sección 4.04 y en la Sección 53.02 del presente Contrato. El Asociado declara y garantiza que contará con la información disponible veraz y oportuna que soporte todos y cada uno de dichos recursos y de los hechos económicos que los afecten, los cuales podrán ser consultados, en cualquier momento, por parte del Interventor y/o CORMAGDALENA ya sea que dicha información se encuentre bajo el control del Asociado, de fa Fiduciaria o del Fideicomiso,”

Así mismo la Sección 51.02 (b)(ii) del Contrato al regular las facultades del Interventor establece que "*El Interventor está autorizado para:*

"Exigirle la información que considere necesaria, siempre y cuando se relacione con el objeto del presente Contrato, la que deberá ser suministrada por el Asociado dentro de los tres (3) Días Hábiles siguientes contados a partir de la fecha de recibo de la solicitud."

De esta manera, es claro que, a la luz del Contrato, el Interventor podía solicitar la información que se requiriera para determinar el valor que debía reconocerse al Asociado.

Ahora bien, consta en el expediente que la Interventoría emitió una certificación de la variable Ari por comunicación CM-347-0228-2017 del 17 de agosto de 2017[40], para que se realizara la correspondiente liquidación del Contrato.

A tal efecto señaló la Interventoría que no eran objeto de la certificación los "*Pagos a terceros ordenados por Navelena S.A.S. y/o NAVELENA CONSORCIO CONSTRUCTOR a la FIDUCIARIA en el año 2015 que fueron enviados sin soporte cuya trazabilidad no ha sido posible evidenciar con la información suministrada a la Interventoría*". En esa misma comunicación la interventoría expresó:

"A pesar de la solicitud expresa de la Interventoría contenida en nuestro oficio con radicado CM347-0194-2017, LA FIDUCIARIA no envió los soportes contables, ni la trazabilidad de los giros de estas cuentas para proceder a determinar si estas se encuentran cruzadas contra las facturas del ASOCIADO o de NAVELENA CONSORCIO CONSTRUCTOR.

"Adicionalmente, esta Interventoría no cuenta con la evidencia de que los pagos a terceros se ajustaran al numeral 6.3 del Contrato de Fiducia suscrito entre NAVELENA y la Fiduciaria de Occidente que hace alusión al procedimiento de pagos y de giros.

"En relación con pagos a terceros suministrados por LA FIDUCIARIA aparecen pagos con cargo al anticipo del Contrato entre NAVELENA S.A.S. y NAVELENA CONSORCIO CONSTRUCTOR sin que esta Interventoría encuentre evidencia de su amortización en las facturas presentadas por NAVELENA CONSORCIO CONSTRUCTOR a LA FIDUCIARIA".

Por lo anterior señaló la Interventoría:

"Teniendo lo expresado en el literal anterior, los valores relacionados en el cuadro denominado 'Relación pagos a terceros en el año 2015' descritos en este acápite del documento deben deducirse de las facturas presentadas por NAVELANA S.A.S. o NAVELENA CONSORCIO CONSTRUCTOR de la vigencia 2015.

[40] Cuaderno de pruebas No. 1 / Carpeta 5 Doc. acta liquidación / archivo No. 5.11. CM-347-0228-2017 de 17 de agosto de 2017

"En este orden de ideas, es importante dejar absolutamente claro que la CERTIFICACIÓN efectuada por esta Interventoría se efectúa bajo el entendimiento que los pagos a terceros consignados en este documento y que equivalen a la suma de $36.446.146.983,25 efectivamente se descuenten una vez se determine el mes en el cual se debe hacer efectiva la deducción".

De esta manera, es claro que en la primera certificación de la variable ARi, la Interventoría precisó que se descontarían los pagos a terceros, porque no estaba claro que se ajustaran al procedimiento de pagos y giros, y no había evidencia de su amortización en las facturas presentadas por NAVELENA CONSORCIO CONSTRUCTOR a LA FIDUCIARIA.

Por comunicación del 25 de agosto de 2017 con radicado No. N-1-0-0-0345-1741[41], NAVELENA se pronunció sobre lo que consideró errores y falencias en que incurrió el Interventor en la elaboración de la certificación de la variable ARi del 17 de agosto de 2017 y señaló respecto de los pagos a terceros, que los mismos "*han sido efectuados desde el Fideicomiso a proveedores de Navelena Consorcio constructor por solicitud de este, pero jurídica y contablemente asignadas al pago de deudas del Asociado con dicho Contratista EPC. Es decir el pago a terceros, a buena cuenta de los derechos y facturas de avance del Contrato de EPC ejecutado por dicho Consorcio Constructor es una figura que no reviste ningún grado de complejidad y que se encuentra prevista en los artículos 1630 y 1635 del Código Civil*".

Por comunicación No. CM-347-0237-2017 del 7 de septiembre de 201742 la Interventoría señala en relación con los pagos realizados a terceros que "*la legislación civil contempla y autoriza la figura denominada 'pago a favor de terceros*'", pero agrega que "*se ordenaron pagos con anterioridad a la radicación de las primeras facturas de Navelena Consorcio Constructor, lo cual significa que para esa fecha no existían pagos pendientes de la Fiduciaria a Navelena Consorcio Constructor, razón por la cual no resultan aplicables las consideraciones jurídicas anotadas por el Asociado, adicionalmente no se evidencia en algunas de ellas su conexidad con el proyecto*". Por otra parte, señala que "*la Fiduciaria entregó a la Interventoría una relación de pagos a terceros con cargo a dichas facturas certificadas sobre las cuales no se cuenta con documentación que haga posible establecer la conexidad con el proyecto*". A tal efecto hace referencia a la comunicación que había remitido la interventoría, y en la cual se había señalado que los pagos a terceros "*fueron enviados sin soporte*". Advierte la Interventoría que "*lo que extrañó a la interventoría es no haber contado con los soportes contables que permitieran constatar que en efecto el pago a terceros realizado tuvo relación alguna con la ejecución del Contrato de APP*", por lo anterior señala que "*se reafirma en su recomendación de descontar de la variable ARi de la fórmula de terminación anticipada las sumas que el Asociado no logre demostrar la conexidad con el proyecto*". Es pertinente destacar que en dicha comunicación la Interventoría ajustó la certificación en la medida en que Navelena le suministró información adicional.

[41]Cuaderno de pruebas No. 1 / Carpeta 5 Doc. acta liquidación / archivo No. 5.12 N-1-0-0-0345-17 de 25 de agosto de 2017.pd
[42]Cuaderno de pruebas No. 1 / Carpeta 5 Doc. acta liquidación / 5.13 CM-347-0237-2017 de 7 de septiembre de 2017

Por comunicación No. CM-347-0242-2017 del 19 de septiembre de 2017, remitida por la Interventoría a CORMAGDALENA, se señaló en relación con los pagos a terceros por cuenta de Navelena Consorcio Constructor en el año 2015, que se había procedido a determinar los montos mensuales para el año 2015, y que teniendo en cuenta que los valores certificados por causación para los meses de marzo y abril de 2015 eran inferiores a los valores de los pagos a terceros para el mes de mayo de 2005 se procedió a consolidar en el mes de mayo los valores de marzo a abril de 2015 y a establecer los costos certificados por la interventoría deducidos los pagos a terceros.

Ahora bien, señala la parte demandante que por solicitud de CORMAGDALENA, la Interventoría realizó un descuento por el valor de los pagos a terceros, sobre los costos ya certificados por ésta, lo que era improcedente pues la Fórmula de Compensación por Terminación Anticipada del Contrato APP únicamente permitía descuentos o deducciones por concepto de multas, cláusula penal u otras obligaciones causadas con anterioridad a la terminación del Contrato, en los precisos términos y en las condiciones allí descritas.

En relación con lo anterior, advierte el Tribunal que el artículo 1635 del Código Civil permite que el acreedor de una obligación dipute a otra persona para recibir el pago, y en tal caso dicha persona actúa como mandatario. Ahora bien, el diputado al recibir el pago correspondiente, debe entregar dicha suma a quien lo diputó o destinarla al fin que este le indique, o puede pagarse una acreencia que tiene contra quien lo diputó.

En este punto debe observarse que frente al deudor cuyo pago está facultado para recibir el diputado, lo único que importa es que quien se presenta a cobrar obre como diputado del acreedor y acredite dicha calidad. El deudor no tiene por qué entrar a analizar la razón por la cual el acreedor diputó el cobro en quien acredita la calidad de diputado. Obviamente salvo que se hubiere pactado otra cosa.

No obstante que la orden de pago a los terceros correspondería a las reglas anteriores, ello no es suficiente para considerar que los pagos a terceros no podían ser objeto de reparo, pues lo que es importante es que la Interventoría señaló qu no tenía "*los soportes contables que permitieran constatar que en efecto el pago a terceros realizado tuvo relación alguna con la ejecución del Contrato*".

A este efecto es pertinente precisar que, de una parte, que se había planteado la duda de si había un doble pago, lo cual debía evitarse pues de otra manera se desconocería la fórmula pactada, y de la otra, que el pago a los contratistas de NAVELENA por parte del fideicomiso simplemente buscaba facilitar el pago, pero en todo caso no afectaba las facultades del Interventor de verificar que las sumas desembolsadas constituyeran costos que debían reconocerse en la fórmula estipulada en el Contrato para el evento de terminación anticipada.

En cuanto al primer punto, esto es la duda que se planteó sí podría haber un doble pago, se encuentra que dicho doble pago podría haberse presentado, en la siguiente forma según explica el perito FTI:

"5.1.19. Es decir, que para la interventoría no es claro si los mencionados pagos a terceros a nombre del Contratista fueron efectivamente cruzados con las facturas radicadas por este último entre mayo y diciembre de 2015, o si al Contratista le fueron pagadas en dinero esas facturas y en consecuencia al reconocer los pagos a terceros se estarían reconociendo costos duplicados en la Certificación del Ari y por consiguiente en la liquidación."

Ahora bien, para verificar si había un doble pago el perito precisó que la fórmula incluida en el Contrato APP para liquidar la compensación parte de los costos registrados en la contabilidad, por lo que en principio lo que interesa es el registro contable. A tal efecto señaló, el perito FTI:

"5.1.22. En este punto es importante mencionar que, la fórmula incluida en el Contrato APP para la liquidación del mismo parte de los costos asociados y consignados en la contabilidad. Bajo la técnica contable, el principio de causación o devengo habla que los hechos económicos se deben reconocer en la contabilidad en el momento que nace la obligación frente a un tercero. Es en este momento que se registra el costo o gasto asociado en la contabilidad y se genera al mismo tiempo un pasivo o una obligación. Es por esta razón que nuestra revisión se centró en la causación o devengo de los costos y/o gastos, más no en la revisión de pagos que corresponde a un registro diferente y posterior a la causación.

"5.1.23 Dado que, según la pericia contable, "el Fideicomiso No. 421739 Río Magdalena registró entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2015, las facturas del Contratista indicadas anteriormente por $136.713.056.306…", resulta de interés establecer cómo se reflejaron tales facturas en los costos certificados de Ari".

Es de observarse que el perito FTI expresó que, considerando que en las cuentas en que se registran las facturas sólo aparecen los montos de las mismas, si hubiera un costo duplicado, el mismo debería estar registrado en otras cuentas, lo cual no ocurre, por lo que no había dicha duplicación, pues si la hubiera, se excedería el valor de los costos operacionales registrados. A tal efecto expresó:

"Considerando la inserción de los valores de las Facturas del tercero Navelena Consorcio Constructor (el Contratista) en las Certificaciones de Costos de la Fiduciaria, tal y como se muestra en la tabla anterior, resulta preciso evaluar si hay lugar para una duplicación de costos en las certificaciones que justificara las deducciones recomendadas por la Interventoría. En este sentido es preciso tener presentes las siguientes condiciones:

"a) Cualquier costo potencialmente duplicado habría sido clasificado en cuentas distintas a las utilizadas para los valores de las facturas, pues en estas cuentas, no hay lugar para montos por encima de los valores facturados.

"b) Los montos certificados por la Fiducia en otras cuentas de Detalle deberían ser en suma iguales o mayores a las deducciones planteadas por la Interventoría, mes a mes, de otra forma no se encuentra como justificar el monto deducido.

"5.1.28 Aplicando la lógica planteada en el numeral anterior se llega a la siguiente conclusión: los montos certificados por la Fiduciaria para la vigencia de mayo a diciembre de 2015 son insuficientes para sustentar una deducción de $36.446.146.983 COP, ya sea mes por mes o en conjunto. Esta inconsistencia matemática se presenta en la tabla a continuación:

Tabla 10 - Inconsistencia matemática de los montos certificados por la Fiduciaria de Occidente. (Cifras en pesos colombianos)

	may-15	jun-15	jul-18	ago-15	sep-15	oct-15	nov-15	dic-15
DETALLE	COSTO	COSTO	COSTO	COSTO	COSTO	COSTO	COSTO	COSTO
- Honorarios			281.252.686,27	16.240.000,00		303.897.889,62		3.682.141.600,00
- Intereses Crédito Tesorería	248.920.762,67	219.040.697,03	217.922.757,76	356.065.920,49	268.701.782,29	279.387.418,90	258.971.461,00	572.419.962,66
- Gastos Bancarios	533.281,00	7.192,00	184.237,00	949.334,19	1.326.726,18	106.111,00	132.176,70	483.253,36
	18.374.122,00		138.237.193,67	18.374.123,00	18.578.279,33	119.454.758,00	14.226.298,53	174.000.493,33
	18.485.984,41	22.188.761,50	14.791.517,35	13.946.209,39	34.441.265,67	33.092.900,96		526.543.515,72
- Comisión Patrimonio Autonómo	11.211.690,00	8.969.352,00	11.332.330,00	12.302.496,00	12.293.216,00	3.737.230,00	371.200,00	
- Nómina - Navelena SAS	148.364.309,44	349.680.365,73	206.902.512,12	170.814.563,91	200.943.340,03	163.651.913,22	176.231.725,90	184.670.318,31
- Impuestos		206.213,00		58.752,00	39.000,00	66.761,00	5.000,00	1.133.909,00
- Arrendamientos		11.126.024,00	22.450.701,00	11.138.754,00	68.668.274,00	32.635.243,00	32.635.243,00	32.635.243,00
- Interventoria								
- contribuciones y afiliaciones	1.410.000,00							
Costos de ARi Distintos a Facturas del EPC	**447.300.149,52**	**611.218.605,26**	**893.073.935,17**	**599.890.152,98**	**604.991.883,50**	**936.030.225,70**	**482.573.105,13**	**5.174.028.295,38**
Deducción por Pagos a Terceros Según Interventoría	$ 3.687.193.005	$ 4.835.470.276	$ 3.133.270.499	$ 792.550.569	$ 1.085.289.646	$ 382.053.332	$ 2.360.805.133	$ 8.229.778.969
Saldo	-$ 3.239.892.856	-$ 4.224.251.671	-$ 2.240.196.564	-$ 192.660.416	-$ 480.297.763	$ 553.976.894	-$ 1.878.232.028	-$ 3.055.750.674

Agregó que:

"5.1.29. Dado que las facturas del tercero Navelena Consorcio Constructor (el Contratista) registradas para la vigencia 2015 acumularon un monto de aproximadamente $136.713.056.306 COP según verificó FTI Consulting, costos por $36.446.146.983 COP potencialmente no amortizados en las Facturas del Contratista que hubieran sido incluidos erróneamente en las Certificaciones de ARi de la Fiduciaria llevarían, como mínimo, a costos de ARi acumulados en el periodo mayo a diciembre de 2015 por un monto de $173.159.203.289 COP.

"5.1.30 Al revisar los costos operacionales registrados en la fiducia a diciembre de 2015, se observa que el valor total de estos costos suma $166.884.698.778 COP. De estos, $136.713.056.306 COP están asociados a los gastos directos del Contratista, por lo cual el valor de $36.446.146.983 correspondiente a los costos de terceros no puede estar duplicado, pues excedería el valor total de los costos operacionales registrados en la fiducia a diciembre del 2015.

"5.1.31 Dada la inconsistencia aritmética demostrada, FTI Consulting descarta una duplicidad de costos por un monto de $36.446.146.983 COP en el periodo comprendido entre mayo y diciembre de 2015 y no encuentra sustento fáctico para la recomendación de deducción por ese monto a las Certificaciones de la Fiduciaria del Contrato".

Desde esta perspectiva comparte el Tribunal el punto de vista de FTI que no existe un doble pago.

Descartada la existencia de un posible doble pago respecto de los costos directos en la ejecución del Contrato de APP, entra a considerar el Tribunal lo relativo a la ausencia de los soportes exigidos por la interventoría para autorizar el pago de los costos reclamados en la demanda.

En relación con este punto, se recuerda la posición de los convocantes que consideran que la interventoría no tenía por qué reclamar información adicional. Como ya se señaló, dado que los costos que se pueden reconocer deben cumplir unas condiciones, la interventoría a la luz del Contrato podía solicitar toda la información pertinente.

Es además pertinente señalar que la Contraloría General de la República dispuso por auto 235 de 2022 el archivo del proceso de responsabilidad fiscal que había iniciado por un *"hallazgo con connotación fiscal por la falta de soportes en los gastos y costos reconocidos y pagados por CORMAGDALENA a NAVELENA S.A.S., durante la liquidación del contrato APP 001 de 13 de septiembre de 2014, por concepto de operación y mantenimiento y nómina*…"[43].

En este punto debe advertirse que al examinar los elementos probatorios que toma en cuenta la Contraloría se encuentra que muchos de ellos fueron suministrados a dicho órgano de control por Navelena Consorcio Constructor o por VALORCON. En efecto, consta en dicho auto[44] que VALORCON aportó como pruebas la relación de facturas de pago a proveedores de Navelena Consorcio Constructor.

Así mismo, en el auto mencionado se señala que en relación con los costos de operación y mantenimiento Navelena Consorcio Constructor celebró los contratos que se indican en el auto[45], los cuales no está acreditado que se hubieran entregado al Interventor. Igualmente, en el auto mencionado la Contraloría hace referencia a que en el proceso fiscal[46] "*se encuentran declaraciones juramentadas rendidas por los representantes legales de PANAMERICAN DREDGING & ENGINEERING y JAN DE NUL SINGAPORE SUCURSAL COLOMBIA, quienes ofrecieron al Despacho información sobre la realización de las obras de dragado y alternativas al dragado que sus empresas en calidad de expertos adelantaron*"

De igual manera se señala que VALORCON presentó a la Contraloría "807 facturas de pago a proveedores de NAVELENA CONSORCIO CONSTRUCTOR, relacionadas con labores de operación y mantenimiento"[47]. Dichas facturas fueron objeto de análisis por la Contraloría la cual concluyó[48] "*que si bien, de las facturas que ascienden a la cuantía de $6.648.934.959 aportadas por VALORES Y CONTRATOS al proceso, no se estableció relación con las actividades desarrolladas en la ejecución de la etapa de pre construcción del contrato de APP 001 de 2014, en el componente de operación y mantenimiento, se probó que existen soportes contables y documentales que dan cuenta de gastos efectuados por parte de NAVELENA CONSORCIO CONSTRUCTOR por un valor de $96.298.108.531 correspondientes a actividades del componente de operación y mantenimiento como se describió en líneas anteriores*", por lo que "*los costos reconocidos en la liquidación del contrato de APP 001 de 2014 por concepto de compensación del componente*

[43] Auto 235 de 2022, página 3.
[44] Auto 235 de 2022, página 1313.
[45] Auto 235 de 2022, página 1368.
[46] Auto 235 de 2022, página 1372.
[47] Auto 235 de 2022, página 1373.
[48] Auto 235 de 2022, página 1376.

de operación y mantenimiento en etapa de pre construcción se encuentran justificados".

Finalmente, la Contraloría señaló que en el Contrato[49]

"…no se estableció un valor estimado para la etapa de pre construcción, por lo cual, no existe ningún referente que del marco del contrato permita determinar un valor máximo o tope que debía causarse en dicha etapa, y en este sentido no fueron incluidas obligaciones específicas relacionadas con los requisitos para el reconocimiento de valores en la liquidación por terminación anticipada, distintas a las consagradas en la cláusula que contiene la variable Ari arriba analizadas, por el contrario, así, en la sección 2.02 (xi) del contrato el asociado declaró que contaría con la información disponible veraz y oportuna que soportara todos y cada uno de los hechos económicos que afectaran los recursos que se manejaran en el proyecto, lo que implica, para este Despacho, precisamente la existencia de soportes de diversa naturaleza que permiten constatar que se desarrollaron las actividades y prestaciones que fueron objeto de compensación y pago por parte de la Fiducia, como administradora de los recursos del proyecto. Por las razones anteriores, este Despacho considera que en el presente caso se encuentra demostrado que no existió pago injustificado de los valores reconocidos en la liquidación, a título de compensación por la terminación anticipada del contrato APP 001 de 2014"

De esta manera, encuentra el Tribunal que, de una parte, el Contratista estaba obligado a suministrar toda la información que soportaba todos los recursos del proyecto y de los hechos que los afecten para ser consultados por el Interventor y CORMAGDALENA, lo que no se hizo durante el curso de la liquidación del Contrato, y que precisamente fue a través de información suministrada por terceros, que la Contraloría pudo establecer el valor real invertido en el proyecto.

A juicio del Tribunal la conducta del Asociado no se ajustó al contrato ni a la buena fe, al no suministrar los soportes necesarios a criterio de la interventoría para acreditar los costos que reclamaba, lo cual, por lo demás, podía generar un riesgo para los servidores públicos que reconocieran dichos valores sin tales documentos. Por el contrario, no se le puede formular reproche a la entidad pública.

Esta omisión ha impedido al Tribunal contar con el material probatorio para valorar la relación de los costos reclamados con la ejecución con el proyecto.

De esta manera, considera el Tribunal, que si al Asociado no le fue reconocido algún valor al que él considera tenía derecho, ello es imputable a su propio hecho y a su conducta reprochable y debe asumir las consecuencias y, por ello, el Tribunal no reconocerá suma adicional alguna por razón de la compensación prevista en el contrato.

Por otra parte, procede el Tribunal a examinar los reparos formulados por la parte convocante en relación con los descuentos por Estudios y Diseños.

[49] Auto 235 de 2022, página 1380 y 1381

Lo primero que debe señalarse es que el perito FTI expresa que los Estudios y Diseños del proyecto fueron subcontratados por el Asociado con NAVELENA Consorcio Constructor como parte del Contrato EPC (Engineering, Procurement and Construction).

Ahora bien, el Contrato EPC[50] de acuerdo con su cláusula 12.1 tenía un valor total de un billón noventa y nueve mil doscientos dieciocho millones de pesos ($1.099.218.000.000 COP) del 2012, el cual incluía un valor de trece mil quinientos quince millones de pesos ($13.515.000.000 COP) por los Estudios y Diseños[51].

Dicho contrato se modificó mediante Otrosí No. 1 suscrito el 29 de mayo de 2015, por el cual el valor de los Estudios y Diseños se incrementó a cuarenta y un mil quinientos millones de pesos ($41.500.000.000 COP). No obstante, el valor total del Contrato se mantuvo en un billón noventa y nueve mil doscientos dieciocho millones de pesos ($1.099.218.000.000 COP) del 2012[52].

Expresa el perito FTI[53] que las Certificaciones de Costos de ARi elaboradas por la Fiduciaria de Occidente, muestran un monto acumulado por concepto de Estudios y Diseños por valor de Cuarenta y Cinco Mil Setecientos Cuarenta Millones Seiscientos Ochenta y Tres Mil Cuatrocientos Treinta y Ocho pesos ($45.740.683.438 COP).

Agrega el perito FTI[54] que, durante el proceso de liquidación anticipada del Contrato APP, CORMAGDALENA descontó al monto de Estudios y Diseños de las Certificaciones de Costos de ARi de la Fiduciaria, la suma de treinta mil seiscientos ocho millones veinte mil cuatrocientos setenta y ocho pesos ($30.608.020.478 COP).

Señala el perito FTI que las deducciones en el rubro de Estudios y Diseños se relacionan con la no certificación de esos valores por la Interventoría. A tal efecto precisa que en la contabilidad se registraron una serie de facturas entre el 1 de enero de 2015 y el 31 de enero de 2016, pero se registraron por un valor total y no se identificó una cuenta contable específica por Estudios y Diseños. Por lo anterior, el perito tomó el anexo de las facturas de la cual se desprende que el valor de estudios y diseños corresponde a $45.656.067.240 COP. De este modo señala que existe una adecuada contabilización del monto ya citado. Por lo anterior, concluye que la variable ARi de la fórmula de liquidación debería contener un monto de al menos $45.656.067.240 COP por concepto de Actividades de Estudios y Diseños realizadas por el Asociado durante la etapa de Preconstrucción[55].

Es pertinente agregar que el perito FTI manifiesta que realizó un análisis de razonabilidad y validación técnica del costo de los estudios y diseños, para lo cual examinó cada uno de los subcontratos, incluyendo su alcance y en algunos casos su pertinencia, el personal empleado y el costo de los mismos.

---

[50] Cuaderno de pruebas No. 1 / carpeta 3. “Doc. ejecución del Ctto y Cierre Fin” / archivo No. 3.2. “Contrato EPC de 12 de diciembre de 2014”.
[51] Dictamen Pericial FTI, numeral 5.2.5.
[52] Cuaderno de pruebas No. 13 / carpeta 14.
[53] Dictamen Pericial FTI, numeral 5.2.7.
[54] Dictamen Pericial FTI numeral 5.2.8.
[55] Dictamen de FTI, número 5.2.31.

Respecto de cada uno de dichos contratos el perito expresó las razones por las cuales consideró estaban relacionados con los Estudios y Diseños y los valores correspondientes, y concluyó que "*el costo directo por concepto de subcontratos que consideramos debe tenerse en cuenta en la valoración de los Estudios y Diseños, es la suma de $ 21.183´681.275 COP expresados en pesos del año 2012*".

A dicha cifra se agrega, según el perito, un monto de $9.999.584.859 por el Costo de Supervisión, Control y Coordinación por parte de NAVELENA.

Igualmente agrega el perito que la realización y actualización de los Estudios y Diseños del proyecto de rehabilitación de la navegabilidad del Río Magdalena tiene asociados costos adicionales. Dichos costos indirectos los estima el perito en el 10% de los costos directos, es decir $3.118.326.613 COP del año 2012.

Expresa FTI que a ese valor debe agregarse la utilidad. A tal efecto señala que en el Contrato EPC suscrito entre el Contratista y el Asociado, declaró un valor de utilidad esperada del 5%, por lo que el valor de la utilidad es de $1.715´079.637 COP.

Señala que a los montos correspondientes a la utilidad debe agregarse el IVA que equivale a $274´412.742 COP.

La suma de los montos anteriores arroja un resultado de $36.291.085.127.

Ahora bien, el perito señala que dicha cifra no incluye la relación de todos los costos en que el contratista incurrió, sino los más representativas, pero aporta un orden de magnitud del costo de estudios y diseños. A lo anterior se agrega que además el Contratista debería continuar ejecutando estudios y diseños durante la construcción.

Por todo lo anterior, concluye que el "*valor acordado por concepto de Estudios y Diseños en el Otrosí No. 1 al Contrato EPC es razonable y refleja adecuadamente el valor de mercado de los Estudios y Diseños elaborados por el Contratista y aportados al proyecto*".

A este respecto advierte el Tribunal que, como ya se señaló, al dictamen pericial no se acompañaron los documentos que acreditaran la experiencia de las personas que elaboraron el dictamen pericial, lo que resta credibilidad a las apreciaciones que hacen.

Ahora bien, en este punto debe analizar el Tribunal otro aspecto planteado en relación con los costos de los Estudios y Diseños y es en relación con los riesgos.

En efecto, el apoderado de CORMAGDALENA expresa que "*las sumas reclamadas por la parte convocante … corresponden a riesgos asumidos por NAVELENA en la suscripción del contrato de APP No. 001 del 2014, razón por la cual esas pretensiones deben ser desechadas por parte del Tribunal de Arbitramento".*

A este respecto se encuentra que en el Contrato EPC celebrado con Odebrecht Consorcio Constructor se estipuló lo siguiente sobre el valor del Contrato:

"12.1. Valor del Contrato EPC Las Partes acuerdan un valor del Contrato EPC de un BILLÓN NOVENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS DIECIOCHO MILLONES DE PESOS ($1,099,218,000,000.ao) referidos a 31 de diciembre de 2012, estos valores Incluyen IVA sobre una utilidad esperada del 5%, el valor total del Contrato EPC está discriminado en:
"…
"Revisión y Ajuste de Diseños: El valor mensual es de DOSCIENTOS CINCO MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y TRES MIL PESOS ($205,773,000.00) y el valor total es de ***TRECE MIL QUINIENTOS QUINCE MILLONES DE PESOS (13,515,000,000. oo)****".*

Ahora bien, como se vio, el 29 de mayo de 2015, NAVELENA y Navelena Consorcio Constructor firmaron el Otrosí No. 1 al Contrato de EPC. En dicho otrosí se incrementó el valor del rubro de Estudios y Diseños, el cual pasó de COP$13.515.000.000 del año 2012 a COP$41.500.000.000 del 2012. En todo caso, esta redistribución de costos no aumentó el valor total o global del Contrato de EPC que, como se mencionó, era de COP$1.099.218.000.000.

Desde esta perspectiva cabe formularse la pregunta si el incremento de que da cuenta la modificación del Contrato EPC en materia de Estudios y Diseños implica que se presentó un riesgo que debe asumir el Contratista.

Expresa la parte demandante que la modificación de los montos por Estudios y Diseños estaba justificada y era una simple redistribución de valores, que se realiza en proyectos de gran importancia, pues precisamente dada la complejidad de estos, solo cuando se inicia y avanza el proyecto, se conoce el alcance de los trabajos que deben realizarse y, por ende, se modifican los valores inicialmente establecidos. A tal efecto se refiere al hecho de que varios preseleccionados, manifestaron su preocupación por las dificultades de definir anticipadamente los diseños del Proyecto.

Señala la parte demandante que los Peritos de FTI, quienes son expertos en infraestructura e ingeniería, manifestaron respecto de la redistribución de valores en el Contrato EPC, lo siguiente (cuaderno de pruebas No. 12 / Carpeta "Dictamen FTI / archivo PDF "Reporte Navelena" / folio No. 52):

"Adicionalmente, FTI Consulting considera que la modificación sufrida por el rubro de Estudios y Diseños del Contrato EPC como resultado de la suscripción del Otrosí 1 a ese Contrato APP, ***hace parte de la gestión normal de presupuestos de un proyecto de Construcción donde los detalles de un presupuesto pueden ser modificados y la línea base de costos redistribuida, a media que se tiene más información como consecuencia del avance del proyecto, sin cambiar el costo total del mismo****. Donde cabe anotar que el Contrato APP entre CORMAGDALENA y el Asociado, no asigna un valor particular a los Estudios y Diseños.*

"Esta situación puede deberse a la aplicación del "Rolling Wave Planning", El Análisis de Variaciones o la Gestión Integrada de Cambios. Todas herramientas comúnmente aceptadas en la industria de la construcción y en

la gestión de proyectos en general. El uso de estas herramientas además hace parte de la autonomía técnica del Asociado." (las subrayas son de la Demandante)

Igualmente, en la audiencia realizada en este Tribunal el 30 de agosto de 2021, el perito e ingeniero civil Hernando Torres Rendón precisó lo siguiente:

"Sí esa cifra se explica, pues hay un concepto en ingeniería cuando se empiezan a hacer las primeras planificaciones de los proyectos, ***uno hace un estimado, un estimado muy grueso de lo que puede ser un estudio o unos diseños de un proyecto****.* ***Estamos hablando de 908 kilómetros del río Magdalena, un río como ustedes lo saben, bastante complejo****. Entonces se hace una primera aproximación, posteriormente, ya cuando el contrato está andando, el contratista se da cuenta que la aproximación necesita ser mayor, entonces él en su relación contractual entre el EPC y los terceros o los expertos que hicieron los diseños,* ***empieza a incluir algunos estudios mucho más profundos que le permitan identificar con mayor certeza el comportamiento del río Magdalena, y es la razón por la cual se incrementan los diseños desde la fase inicial, hasta la fase de entrega hacia Cormagdalena****". (Subrayado y resaltado por fuera del texto original)*

Señalan entonces las demandantes OPI y CNOCol que la Interventoría no debía limitar el reconocimiento de costos por Estudios y Diseños al valor establecido en el Contrato EPC, sin tener en cuenta la alteración del valor por tal concepto efectuada por medio del Otrosí No. 1, ya que, se trataba de una modificación o redistribución de valores absolutamente normal en proyectos de infraestructura como el de la Recuperación de la Navegabilidad en el Río Magdalena.

En relación con lo anterior es pertinente recordar que de conformidad con la Clausula 1ª del Contrato el objeto del mismo es "*la realización y actualización de los Estudios y Diseños, la ejecución de las Obras de Construcción del Proyecto y la realización de las ODAD de conformidad con lo previsto en el Apéndice 1 sobre Especificaciones de Construcción, en el Apéndice 3 sobre Especificaciones de Estudios y Diseños de Detalle y en el presente Contrato, para lo cual asumirá los riesgos derivados de tales actividades en los términos previstos en el presente Contrato*".

Agrega la Sección 2.04 del Contrato que la remuneración del Asociado consistirá en los pagos que efectúe CORMAGDALENA consistentes en la RDA (según la definición del Contrato: Remuneración por Disponibilidad y Administración) en los términos señalados en el Contrato. Dicha remuneración, expresa el Contrato, se entenderá variable y asociada al cumplimiento de los indicadores de Nivel de Servicio Definitivo. Por su parte la Sección 9.01 sobre las características de la remuneración señala que "*La aplicación del contenido de la presente cláusula remunera enteramente las obligaciones del Asociado"*, y agrega que "*La suma resultante de la aplicación de las fórmulas consignadas en la presente cláusula, también remunera la asunción de los riesgos por parte del Asociado, en los términos a que se refiere la CLAUSULA 34 y demás disposiciones aplicables de este Contrato*".

Así mismo la Sección 6.02 establece que es obligación del Asociado "*e) Asumir, por su cuenta y riesgo, todos los costos y gastos del Proyecto…" y "(j) Ejecutar, por su cuenta y riesgo, las Obras de Construcción…"*

A lo anterior se agrega que la Sección 34.02 del Contrato establece los "*Riesgos transferidos al Asociado*", entre los cuales incluye el riesgo de diseño y construcción de la siguiente forma:

"(g) Riesgos de diseño y construcción

"(i) El Asociado asume de manera íntegra los riesgos asociados a la realización y ejecución de los Estudios y Diseños del Proyecto, el diseño y ejecución de las ODAD, las Obras de Construcción, así como, si las hubiere, de las Obras Eventuales, las Obras Voluntarias y las Obras Complementarias-en los términos previstos en el contrato adicional-, así como de las obras requeridas para efectuar el Mantenimiento de las Obras de Construcción, en los términos señalados en el presente Contrato y en sus Apéndices, o en cualquier otra norma o documento que resulte aplicable al Asociado."

Desde esta perspectiva es claro para el Tribunal que el Asociado es quien asume el riesgo de que los costos de realizar los estudios o diseños del proyecto o de realizar las obras, superen sus estimaciones.

A juicio del Tribunal ello no cambia por el hecho de que, como lo señala la demandante, hubiera preocupación por parte de otros proponentes acerca de los riesgos; o que el perito FTI considere "*que la modificación sufrida por el rubro de Estudios y Diseños del Contrato EPC como resultado de la suscripción del Otrosí 1 a ese Contrato APP, hace parte de la gestión normal de presupuestos de un proyecto de Construcción donde los detalles de un presupuesto pueden ser modificados y la línea base de costos redistribuida, a media que se tiene más información como consecuencia del avance del proyecto, sin cambiar el costo total del mismo*"; o que, finalmente, el perito Hernando Torres de FTI hubiera expresado que cuando se hacen las primeras "*planificaciones de los proyectos, uno hace un estimado, un estimado muy grueso de lo que puede ser un estudio o unos diseños de un proyecto…. Entonces se hace una primera aproximación, posteriormente, ya cuando el contrato está andando, el contratista se da cuenta que la aproximación necesita ser mayor, entonces él en su relación contractual entre el EPC y los terceros o los expertos que hicieron los diseños, empieza a incluir algunos estudios mucho más profundos que le permitan identificar con mayor certeza el comportamiento del río Magdalena, y es la razón por la cual se incrementan los diseños desde la fase inicial, hasta la fase de entrega hacia Cormagdalena*".

En efecto, precisamente, los riesgos que se asignan son los riesgos previsibles de conformidad con la ley, por lo cual, si es normal que los costos del diseño puedan incrementarse en la medida en que se desarrolle el proyecto, particularmente en un contrato como el que se analiza, que se refiere al rio Magdalena que generaba preocupaciones entre los participantes en el proceso de selección, es claro que tales riesgos los asume el contratista.

A este respecto debe observar el Tribunal que el incremento en los costos de diseño, incrementaba los costos del proyecto. En efecto, es razonable asumir

que cuando el Asociado presentó su propuesta lo hizo bajo el supuesto que, al obtener la adjudicación del contrato, podría ejecutar la obra, incluyendo sus diseños, por un determinado valor, y obtener una rentabilidad. Este valor es el que reflejaba el Contrato EPC.

Ahora bien, si se modifica un componente fundamental del costo, como es el de los Estudios y Diseños, lo lógico es que se incremente el valor total de la obra, pues lo contrario implicaría asumir que el costo de construcción era menor que el estimado inicialmente en el Contrato EPC, lo cual no está acreditado y, por el contrario, va en contra de las reglas de la experiencia que en los contratos de infraestructura indican que lo normal es que el costo de ejecución de un proyecto termina siendo igual o superior al previsto inicialmente.

Por lo anterior considera el Tribunal que el cambio realizado en el Contrato EPC y el cobro efectivo de la remuneración por el concesionario por dicho cambio refleja que se presentó un riesgo en el costo de los Estudios y Diseños que él asumió. Lo anterior implica que dicho valor no puede ser incluido en el valor de la compensación por terminación anticipada y por ello debe deducirse como lo hizo la interventoría.

Las anteriores consideraciones llevarán al Tribunal a negar las pretensiones analizadas. A su vez, como del análisis emprendido por el Tribunal queda claro que las pretensiones objeto de análisis en este aparte del laudo no se estructuran en sí mismas consideradas, no resulta del caso emprender el estudio de la excepción propuesta por CORMAGDALENA denominada "*Excepción de falta de legitimación en la causa por activa en relación con aquellas pretensiones declarativas y de condena que no tienen su fuente u origen en las salvedadesal acta de liquidación del Contrato de APP No. 001 del 2014*".

A su vez, las razones expuestas conllevan a la prosperidad parcial de las excepciones formuladas por la demandada, denominadas "Inexistencia del derecho sustancial que da lugar a los derechos litigiosos" por cuenta de los riesgos asumidos por el contratista en el contrato y de las falencias de orden contable puestas de presente, y "Asunción (integral) de riesgo por parte del asociado y desconocimiento por parte del asociado de la distribución de riesgos en el contrato de asociación público privada". Igualmente, a la prosperidad parcial de la excepción descrita por la convocada como "Ausencia de buena fe por parte de Navelena S.A.S. en la ejecución del Contrato de APP No. 001 del 2014 y creación deobligaciones sin sustento para ser reconocidas por CORMAGDALENA", en cuanto concierne a que los costos en los que hubiere incurrido NAVELENA S.A.S. para adquirir los bienes necesarios para la ejecución del Proyecto eran un riesgo suyo. Asimismo, a la prosperidad parcial de la excepción propuesta por la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO como "De la correcta aplicación de la Fórmula para la compensación por Terminación Anticipada del Contrato".

6. Controversia en relación con los bienes sujetos a reversión y a su descuento del valor neto a pagar a NAVELENA

6.1. Contenido de las pretensiones

En la pretensión segunda de la demanda reformada se solicitó:

"2. Que en relación con los bienes sujetos a reversión y a su descuento del valor neto a pagar a Navelena se DECLARE lo siguiente:

"2.1. Que al determinarse el valor neto a pagar en el acta de liquidación bilateral del Contrato de APP 001 de 2014, se descontó del valor de compensación por terminación anticipada la suma de $18.648.390.449 equivalentes al valor de adquisición de los bienes sujetos a reversión.

"2.2. Que en el Contrato de APP 001 de 2014 no se establecieron reglas, ni criterios específicos, ni se reguló el procedimiento o la forma en que se efectuaría la reversión de bienes en leasing en el evento de una terminación anticipada en la Etapa de Precontrucción de la relación contractual.

"2.3. Que en la sección 48.03 del Contrato APP 001 de 2014 se estableció que, en el evento en que éste terminara de manera anticipada como consecuencia de la declaratoria de caducidad, la oportunidad para establecer lo correspondiente a la reversión era el acto administrativo mediante el cual se ordenara la terminación del Contrato de APP.

"2.4. Que Cormagdalena incumplió su obligación de fijar en la oportunidad establecida en la sección 48.03 del Contrato APP 001 de 2014, esto es, en el acto administrativo por medio del cual declaró la terminación del Contrato APP 001 de 2014 por caducidad, los criterios y reglas aplicables y el procedimiento para la reversión de los bienes asociados a la Etapa de Preconstrucción y en particular lo que respecta a los reconocimientos necesarios para conservar la tenencia física y jurídica de los bienes, que para la fecha estaban en cabeza de Navelena Consorcio Constructor bajo contratos de leasing, a efectos de revertirlos.

"2.5. Que Cormagdalena, encontrándose incumplido y a pesar de las repetidas advertencias de Navelena, no mitigó los efectos del incumplimiento, agravando el mismo

"2.6. Que la fórmula de liquidación pactada en la Cláusula 50.02 del Contrato APP no permitía descuentos a la compensación por terminación anticipada de Navelena por concepto del valor de reposición de los bienes objeto de reversión.

"2.7. Que las partes del Contrato APP 001 de 2014, con posterioridad a su terminación, nunca acordaron un procedimiento para practicar la reversión de los bienes asociados a la Etapa de Preconstrucción y en especial los bienes que para la fecha de terminación del contrato estaban en cabeza Navelena Consorcio Constructor en virtud de contratos de leasing.

"2.8. Que Navelena suscribió el acta de liquidación bilateral del Contrato APP No. 001 de 2014 con salvedades para reservarse el derecho al reconocimiento

y pago de la suma de $18.648.390.449, equivalente al valor de los bienes sujetos a reversión en la Etapa de Preconstrucción del Contrato.

"2.9. Que, como consecuencia de las anteriores pretensiones es improcedente y contrario a derecho el descuento de la suma de $18.648.390.449 que, por concepto del valor de los bienes sujetos a reversión, aplicó Cormagdalena al establecer el valor neto de la liquidación a pagar a Navelena.

"2.10. Que en subsidio de todo lo anterior, en el evento en que el Tribunal estime que Cormagdalena sí podía hacer descuentos por equivalente económico en la fórmula de liquidación, se declare que el descuento debió estar precedido del reconocimiento del valor descontado como un costo incurrido por Navelena asociado al Contrato APP y en beneficio de Cormagdalena.

"2.11. Que en relación con la pretensión anterior, se declare que Cormagdalena no reconoció el valor descontado como un costo incurrido por Navelena asociado al Contrato APP y en beneficio de Cormagdalena".

A dichas pretensiones se opuso la Demandada y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Ahora bien, como se expone en otro aparte de este Laudo, el Tribunal no puede conocer de las pretensiones 2.2., 2.3, 2.4, 2.5, 2.6., 2.7, 2.10 y 2.11., porque fueron presentadas en la Demanda Reformada y se encuentran caducadas.

Procede entonces el Tribunal a examinar las restantes pretensiones del acápite 2. de la Demanda Reformada.

6.2. Posición de las convocantes

CNO se opone a que se ordene la reversión de los bienes de conformidad con la cláusula 48 del Contrato APP 001 de 2014, ya que considera que, si bien el Contrato pudo haber establecido un procedimiento de reversión, esta cláusula no puede ser interpretada de manera literal, sino que se deberá adecuar a la terminación anticipada del Contrato y teniendo en cuenta que las causas eran imputables a CORMAGDALENA.

Agrega que esta reversión tampoco se podría conceder en tanto que no es posible ordenarle a la parte contractual NAVELENA S.A.S en liquidación ni a sus cesionarios de los derechos litigiosos, que realicen una prestación de esa naturaleza cuando CORMAGDALENA se constituyó en mora de cumplir sus obligaciones contractuales, por lo que, ninguna de las partes está en mora aun dejando de cumplir lo pactado, mientras la otra parte no cumpla o se disponga a cumplir.

Por lo anterior CNO señala que CORMAGDALENA no tiene la facultad para descontar y/o compensar unilateralmente a NAVELENA, pues dicha sanción pecuniaria debió realizarla en la forma autorizada por la ley, es decir, a través de la declaratoria de caducidad o por medio de acto administrativo que declarara el incumplimiento contractual de su contratista. Sostiene entonces

que, al haber descontado unilateralmente en la compensación hecha a NAVELENA S.A.S., CORMAGDALENA se configuró en posición de incumplimiento, razón por la cual mal podría reclamar una reversión por parte de su contratista que, de igual forma, no es la CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A SUCURSAL COLOMBIA.

Por otra parte, CNO manifiesta que se debe hacer un análisis del artículo 48 del Contrato APP 001 de 2014, referente a la reversión, a la luz de la Ley 1508 de 2012 que regula las Asociaciones Público-Privadas y la entrega de los bienes sujetos a reversión. Al respecto, señala que se debieron establecer los bienes afectos a la prestación del servicio o ejecución del proyecto que se revertirán a CORMAGDALENA y las condiciones en las que se realizaría dicho procedimiento, situación que no se configuró en tanto que CORMAGDALENA guardó silencio frente a las solicitudes presentadas por CORMAGDALENA a efectos de lograr la reversión.

CNO sostiene que la reversión supone que, previo a que se haga exigible, se ha debido dar la amortización de los bienes dispuestos por el concesionario afecto al servicio, lo cual debió ocurrir en la ejecución del contrato. Sin embargo, reitera que, si la terminación del negocio jurídico opera de manera anticipada por razones no imputables a él, la Administración deberá indemnizar al concesionario por los bienes que adquiera a través de la reversión.

A lo anterior, señala que al haberse terminado de manera anticipada el Contrato, la reversión perdió su naturaleza jurídica, pues no logró su cometido.

Agrega que, en este caso, NAVELENA S.A.S se encontró en una circunstancia en la cual le fue imposible cumplir con su prestación de devolver los bienes en la forma en la que fue pactada, situación que daba lugar a verificar la forma de cumplirla, sin que la solución fuera que CORMAGDALENA tuviera que descontar un subrogado pecuniario ya que esta obligación no aceptaba el pago por esa vía.

En ese orden de ideas, la Constructora considera que no procede la reversión pretendida por CORMAGDALENA ya que, la Entidad incumplió su obligación de fijar y definir el procedimiento mediante el cual el asociado debía revertir los bienes objeto de reversión, procedimiento que debió definir mediante un acto administrativo, al momento de declarar la caducidad, de conformidad con el artículo 31 de la Ley 1508 de 2012.

Por su parte ODEBRECHT PARTICIPACIONES E INVESTIMENTOS S.A. EN RECUPERACIÓN JUDICIAL señala igualmente no se estableció un procedimiento para adelantar la reversión de activos del Proyecto en caso de una terminación anticipada en la Etapa de Pre-Construcción con ocasión de la declaratoria de caducidad del Contrato. Precisa que, de conformidad con la Sección 48.03 del Contrato, dicho procedimiento se debió establecer en el acto administrativo que ordena la terminación del Contrato. Sin embargo, en este caso CORMAGDALENA no estableció la manera como debía procederse respecto de los bienes sujetos a reversión, sino sólo hasta el Acta de Terminación del Contrato, la cual fue suscrita por NAVELENA, pero con varias salvedades.

También aclara que el procedimiento establecido en la cláusula 48 corresponde al procedimiento de reversión aplicable en un escenario de terminación normal del Contrato.

Advierte que NAVELENA solicitó a CORMAGDALENA y a la Interventoría proceder con la liquidación del Contrato APP y sobre la forma en la que se practicaría la reversión de los activos en leasing y propuso incluir el costo de los equipos dentro de la fórmula de compensación a favor de NAVELENA para que así se le reconociera su valor de adquisición a las compañías de leasing y los mismos pudieran entregarse a la Entidad.

Sostiene que, a pesar de lo anterior, ni CORMAGDALENA ni la Interventoría tuvieron en cuenta dichas solicitudes, y al no existir un procedimiento establecido para la adquisición de los bienes afectos al Proyecto, los cuales se encontraban bajo la modalidad de leasing, el Epecista eventualmente perdió la tenencia de dichos bienes, los cuales debieron ser restituidos al propietario. De manera posterior, al existir una imposibilidad jurídica y material para transferir los bienes, la Entidad solicitó descontar de la Compensación por Terminación Anticipada el valor económico de los bienes sujetos a reversión correspondiente a $18.648.390.449.92, deducción que no estaba contenida en la fórmula contenida en la Sección 50.02 del Contrato.

Frente a este descuento, Odebrecht considera que este es improcedente porque NAVELENA nunca amortizó el valor descontado por equivalente económico de los bienes sujetos a reversión y precisa que este procedimiento solo aplica sobre bienes efectivamente amortizados por el contratista. De manera que, ante una terminación anticipada que impide la amortización de los bienes sujetos a reversión, no resulta posible que la Entidad adquiera la propiedad de los mismos sin reconocer el valor que no ha sido amortizado. De hacerlo así, Odebrecht considera que se generaría una pérdida económica al asociado que nunca había sido presupuestada y amortizada.

Adicionalmente, considera que la Fórmula de Compensación por Terminación Anticipada del Contrato no establecía descuentos por el equivalente económico de los bienes sujetos a reversión, de manera que, CORMAGDALENA, al proceder de tal modo, desconoció mediante interpretaciones nuevas y extrañas las reglas contractualmente establecidas.

Por su parte VALORCON considera que el Tribunal debe declarar que CORMAGDALENA no tiene derecho al equivalente económico de los bienes sujetos a reversión, ya que no se declaró previamente el incumplimiento del asociado frente a su obligación de reversión.

Además, señala que CORMAGDALENA pretende desconocer en dicha acta que fue la Entidad la que, para su beneficio, decidió que era procedente que se le descontara el valor del equivalente económico de dichos bienes avalados en la suma de $18.648.449.92, causándole así un perjuicio a NAVELENA.

Manifiesta VALORCON que, teniendo en cuenta la fecha en la que se terminó anticipadamente el Contrato –esto es el 17 de abril de 2017−, la fecha en la que se perdió la tenencia de los bienes vinculados al leasing –5 de agosto de 2017– y la fecha de suscripción del acta de terminación –5 de octubre de 2017−, se encuentra probado que la reversión de los bienes vinculados al

leasing fue posible durante cierto periodo de tiempo. De ahí que, al 5 de octubre de 2021 era imposible jurídicamente efectuar dicho procedimiento, por lo que, ante dicha imposibilidad, resultaba legal y ajustado al ordenamiento jurídico adelantar la revisión de la procedencia del equivalente económico.

VALORCON precisa que, para que esto último ocurra, es necesario que se demuestre el incumplimiento o la culpa del deudor en los términos del artículo 1731 del Código Civil. De manera que, no está prohibido cumplir con la obligación a través del subrogado pecuniario, en el caso de presentarse una imposibilidad de revertir los bienes afectos al proyecto. Sin embargo, sí es necesario que, de manera previa, se declare el incumplimiento por parte del asociado en relación con la tenencia material y jurídica y la reversión de los bienes; situación que no ocurrió en el presente caso.

Asimismo, precisa que quedó probado que Cormagdalena, con posterioridad a la declaratoria de caducidad del Contrato APP 001 de 2014, incurrió en los siguientes incumplimientos: i) no definió el procedimiento de reversión de conformidad con la Sección 48.03 del Contrato; ii) no estableció las reglas de equidad y razonabilidad que permitieran, en el caso de terminación anticipada, reconocer el costos de los mismos y; iii) pretendió el equivalente pecuniario de los bienes sujetos a reversión, teniendo en cuenta que el Contrato no previó el valor de estos ante la terminación anticipada. Precisa VALORCON que el procedimiento fijado en la Sección 48.03 del Contrato estaba concebido para la terminación normal del Contrato.

Por los argumentos expuestos, VALORCON considera que la parte incumplida, esto es, CORMAGDALENA, no puede demandar el incumplimiento de Contrato. Consecuentemente no es procedente exigir la declaratoria de incumplimiento del Asociado.

Adicionalmente, VALORCON manifiesta que CORMAGDALENA no puede solicitar el incumplimiento del Asociado en virtud de la regla general del derecho, la cual proclama que "*no se escucha a quien alega su propia culpa*". A tales efectos, indica que el Asociado envió comunicaciones a la Entidad, solicitando el reconocimiento de los bienes sujetos a reversión, y las salvedades consignadas en el Acta de Terminación. De ahí que, los descuentos realizados al Asociado provinieron de un acto unilateral del CORMAGDALENA –y a su beneficio−, quien ahora, pretende que se declare la nulidad absoluta con el propósito de recibir pagos de sumas mayores por la declaratoria de incumplimiento del Asociado, sin que en su oportunidad haya presentado salvedades sobre el incumplimiento del contratista de obligaciones relativas a la reversión.

6.3. Posición de la convocada y de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

CORMAGDALENA considera que no debe reconocer suma alguna por los bienes objeto de reversión. Precisa que, de conformidad con el literal e) de las consideraciones del Contrato APP 001 de 2014, NAVELENA estaba encargada de llevar a cabo la reversión de los bienes, dentro de los cuales se encontraba el equipamiento, que, de no revertirse, distorsiona el riesgo asumido por el Asociado.

Agrega CORMAGDALENA que no puede servir de excusa que el Epecista perdió la tenencia de los bienes para no revertirlos, pues éste sabía cuáles eran las obligaciones de NAVELENA derivadas del Contrato APP, dentro de las cuales se encontraba la de operar la reversión de bienes y equipos a la terminación del Contrato.

Precisa que, no es cierta la manifestación respecto de la pérdida de la tenencia de los bienes sujetos a reversión, pues para el 5 de octubre de 2017 –fecha del Acta de Terminación– el Epecista no había perdido la tenencia material y jurídica de dichos bienes, lo cual sucedió hasta el 28 de noviembre del mismo año. Señala entonces, que la causa por la cual se perdió la tenencia se justificaba en que se necesitaban los recursos del Contrato APP para pagar los contratos de leasing.

Sostiene que esta razón no puede ser de recibo en tanto que los riesgos de los bienes y equipamiento y el financiero lo había asumido el Asociado al suscribir el Contrato.

Desde el punto de vista de las obligaciones, CORMAGDALENA indica que, si el Epecista sabía que a la terminación del Contrato debía hacerse dueño del equipamiento para poder revertirlos, ha debido actuar con la diligencia y cuidado para cumplir dicha prestación. Y, sostiene que para su cumplimiento hubiera podido: i) hacerse dueño de la cosa y transferírsela a la Entidad; ii) obtener el consentimiento del dueño de los bienes (Banco de Occidente) y hacer la transferencia de los bienes; iii) al ser los bienes fungibles y de género, ha podido entregar los mismos bienes de la misma cantidad y calidad o; iv) solicitarle a CORMAGDALENA, que a la liquidación del Contrato, con el saldo a favor del Asociado, pagara el valor de los bienes o el saldo por pagar del contrato de leasing al Banco de Occidente para transferirle los bienes a la Entidad.

Menciona CORMAGDALENA que, en este caso, el Asociado ni el Epecista utilizaron la figura de pago por terceros, y en cambio excusaron su incumplimiento en la obligación de reversión. Agrega también que, la solución del Acta de Terminación del Contrato, esto es, el pago por equivalente económico se acomodó solo a los intereses del Asociado y no a los del Estado, asignando un valor histórico con base en la factura de adquisición, sin tener en cuenta si el bien era de aquellos que debía actualizarse en sus componentes lógicos o si habían sufridos desgastes.

Señala que lo contenido en el Acta de Terminación, respecto de la reversión, no es cierto. Al respecto, indica que se constataron diversas inconsistencias al comparar los bienes que aparecen en el denominado “ANEXO B” – entregado por el Interventor – y los bienes objeto de los contratos de leasing, que corresponden a los bienes sujetos a reversión y a su valor.

En relación con el valor, CORMAGDALENA indica que esto tiene gran incidencia en la liquidación del Contrato, en la medida en que se hizo una deducción de su valor con base en un valor que no correspondía a un avalúo actualizado de los bienes. Incluso, sostiene que, de acuerdo con la declaración del Ingeniero Barragán, el valor de los bienes objeto de reversión tomado corresponde a los valores que faltaban por pagar de los contratos de leasing.

Adicionalmente, CORMAGDALENA considera que la parte actora nunca logró demostrar, ni siquiera con el dictamen de FTI, el verdadero valor de los bienes sujetos a reversión. Por lo anterior, CORMAGDALENA señala que el incumplimiento del Asociado en la reversión de los bienes generó un perjuicio a la Entidad. Agrega que tanto el Asociado como su Epecista, por negligencia, se colocaron en situación de impago de los equipos y con la excusa de haberse puesto en mora por cuenta de no haber recibido el pago de lo que les correspondía por el Contrato de APP, trataron trasladar ese riesgo a la Entidad.

Señala también que, aun cuando los bienes sujetos a reversión fueron requeridos por el Interventor a NAVELENA en varias comunicaciones previas a la firma del Acta de Terminación, NAVELENA dijo haber perdido la tenencia de estos por no pagar los cánones de arrendamiento. Sin embargo, la Entidad indica que esto no es consistente con la realidad reflejada en el acta de devolución de los bienes dados en leasing suscrita entre el Banco de Occidente y los locatarios, en tanto que el 15 de agosto se firmó un acta de transacción parcial sobre los bienes dados en arrendamiento financiero, por medio del cual se devolvieron algunos equipos y, posteriormente, el acta de devolución de los demás bienes se suscribió el 28 de noviembre de 2017, un mes después de la firma del Acta de Terminación del 5 de octubre del mismo año.

Agrega CORMAGDALENA que en la Sección 48.03 del Contrato se reguló lo concerniente a la Reversión en caso de Terminación Anticipada del Contrato, por lo que, se debía aplicar lo previsto en la cláusula 48 del Contrato APP de 2014, lo cual no concuerda con lo dispuesto en el Acta de Terminación.

Por lo anterior, CORMAGDALENA considera que el Asociado incumplió con lo dispuesto en la cláusula 2.06 del Contrato consistente en la obligación de mantener el equipamiento hasta la fecha efectiva de terminación del Contrato y además, señala que la solución del Acta de Terminación de tomar un valor estimado de los bienes de conformidad con el ANEXO B, violó los términos del Contrato de conformidad con el apéndice 2, en donde, además de revertir los bienes, estos también debían contar con un seguro que los ampara por dos años a partir de la terminación.

Por su parte la ANDJE considera que las reclamaciones por este concepto no son objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Arbitral en tanto que el Contrato APP 001 de 2014 establecía la figura de reversión y su aplicabilidad. Al respecto, señala que en el Contrato se pactó que CORMAGDALENA, a la terminación del Contrato, se hará propietario del equipamiento existente al momento de su ejecución en la etapa de Preconstrucción, la cual era la que se estaba surtiendo al momento de declarar la caducidad, por lo que, el asociado solo conservaría su tenencia.

Agrega que CORMAGDALENA, la Interventoría y NAVELENA iniciaron el procedimiento administrativo contractual tendiente a que el asociado identificará los equipamientos a revertir, sin que existiera negativa alguna. Lo único que se discutió fue la compensación en dinero que se debió hacer ante las condiciones de evicción de los equipos argumentado por NAVELENA. Sostiene entonces que, una vez establecido la forma de valorarlo, NAVELENA argumentó no estar de acuerdo con el monto, pero después arguyó que

debería ser CORMAGDALENA quien pagara a los bancos el valor de la opción de compra.

Sostiene la ANDJE que, a pesar de lo anterior, en este caso no se trataba de la necesidad de expedir un acto administrativo disponiendo la reversión, sino que lo que aconteció fue el ejercicio de la facultad unilateral derivado de la ley y el Contrato, la cual no fue posible cuantificar de mutuo acuerdo. Agrega que el ejercicio de la voluntad unilateral de CORMAGDALENA es el que tiene efectos en materia de reversión, más no un acto administrativo que se tuviera que expedir. Por esta razón, considera la ANDJE que el Tribunal carece de competencia para decidir sobre estas pretensiones, ya que no se trata de una controversia contractual, sino del ejercicio de un derecho sobre unos bienes que no es arbitrable.

Señala la ANDJE que en relación con el descuento que asciende a $18.648.390.449.42 – fijado por la Interventoría − por concepto del valor equivalente a los bienes objeto de reversión, es una reclamación valida en los términos del Contrato APP 01 de 2014, en tanto que NAVELENA S.A.S. al momento de la terminación anticipada del mismo ya no tenía dichos bienes en su poder, sino que fueron puestos a disposición del proyecto bajo la figura de leasing cuyos costos fueron trasladados como gastos financieros al proyecto, y por ende, a CORMAGDALENA.

Agrega que la incuria de NAVELENA S.A.S. al no garantizar la opción de compra sobre los mismos derivó en que su tenencia volvió a las compañías de financiamiento, perdiéndose los cuantiosos recursos que se pagaron a título de leasing con recursos de CORMAGDALENA, quien asumió el pago de todos los créditos adquiridos por el Demandante.

Señala también que fue Consorcio Navelena Constructor y no NAVELENA S.A.S. quien contrató los bienes objeto de leasing y sujetos a reversión y negoció las terminaciones con el Banco. Indica la ANDJE que, para el 2017 el Consorcio estaba pendiente para deshacerse de la maquinaria que había obtenido para la ejecución del proyecto, y se evidencia que, en la ejecución de las obligaciones en la fase de Preconstrucción, dichos costos los absorbió el proyecto, de manera que ya fueros remunerados al asociado como pago de los servicios operativos y de asistencia a la navegación de conformidad con la Sección 8 del Apéndice 2 del Contrato APP 001 de 2014.

Asimismo, sostiene que en la Sección 48.01 literal (b) (v) del Contrato APP 001 de 2014, quedó consignado que en el evento en que haya activos en leasing, dichos contratos deberán terminarse anticipadamente por el Asociado, el cual asumirá los costos de dicha terminación; obligación que fue omitida por los causahabientes en sus pretensiones.

6.4. Consideraciones del Tribunal

Lo primero que debe destacar el Tribunal es que el Contrato APP 001 de 2014, en desarrollo de las normas legales, previó la reversión de las Obras de Construcción y el Equipamiento. A tal efecto, en Sección 48.01 de la Cláusula 48 estableció:

“CLÁUSULA 48. REVERSIÓN

Sección 48.01 Definición y Procedimiento

"(a) CORMAGDALENA se hará propietario de la totalidad de las Obras de Construcción y el Equipamiento que conforman el Proyecto al momento de su ejecución, incluyendo las Obras de Construcción relacionadas con los Centros de Control de Operaciones, así como la totalidad de los bienes muebles o inmuebles por destinación o adhesión que se encuentren en las mismas obras, y los que hubiere sido incluidos en el Inventario de Bienes del Proyecto. El Asociado conserva la tenencia durante la vigencia del Contrato para efectos de su cumplimiento y, por lo tanto se hace responsable de la guarda material y jurídica de los bienes mencionados. El Equipamiento destinado a la ejecución de las ODAD no será objeto de Reversión por parte del Asociado".

Igualmente, en el Contrato se dispuso que la reversión también operaría en los casos de terminación anticipada del Contrato y en particular en caso de caducidad. A tal efecto se señaló en la Sección 48.03 del Contrato lo siguiente:

"Sección 48.03 Reversión en caso de terminación anticipada del Contrato

"(a) En el caso de presentarse una terminación anticipada del Contrato de APP, se procederá tal y como se indica a continuación para efectos de la Reversión.

"(i)…

"(ii) Terminación Anticipada por Caducidad o Terminación Unilateral: En el evento de presentarse una terminación del Contrato de APP por las causales contenidas o en la Sección 50.01 (a)(i) o en la Sección 50.01 correspondiente a la Reversión de los bienes del Proyecto será consignado en el acto administrativo mediante el cual se ordena la terminación del Contrato 29 de APP, siguiendo en lo aplicable los criterios señalados en la presente Cláusula."

"(b) Para el proceso de preparación del Acta de Terminación del Contrato, se aplicará en lo que resulte aplicable, lo previsto la Sección 48.01 y en la Sección 48.02"

Ahora bien, la Sección 48.01 estableció una serie de reglas para aplicar la reversión a la terminación del contrato por el vencimiento del plazo.

Por su parte, en relación con la terminación anticipada del Contrato, la Sección 48.03 dispuso que para la preparación del Acta de Terminación del Contrato "*se aplicará en lo que resulte aplicable, lo previsto la Sección 48.01 y en la Sección 48.02*", es decir, que el Contrato ordena aplicar la reversión también en la Terminación Anticipada teniendo en cuenta, en cuanto resulten aplicables, las reglas previstas para la hipótesis de terminación del contrato por vencimiento del plazo.

De acuerdo con lo anterior, según la Sección 48.01 del Contrato, a la terminación del mismo CORMAGDALENA se hace propietario de la totalidad de las Obras de Construcción y el Equipamiento que conforman el Proyecto, con excepción del Equipamiento destinado a la ejecución de las Obras de Dragado y/o Alternativas al Dragado (ODAD).

Para tal efecto, el contrato prevé una revisión de las ODADA y las Obras de Construcción y el Equipamiento, que se incluirá en una Memoria Técnica, y una actualización del Inventario de Bienes del Proyecto. Así mismo, el Contrato establece la obligación del Asociado de reponer, reparar o actualizar las Obras de Construcción y/o el Equipamiento, cuando tengan un deterioro o fatiga superior al señalado en el Apéndice 1 del Contrato.

En particular, el Contrato establece en la Sección 48.01, ordinal (v) una regla para los activos en leasing para lo cual dispone:

"(v) En el evento en que haya activos en leasing o arriendos de cualquier naturaleza los contratos respectivos deberán terminarse anticipadamente por el Asociado, el cual asumirá los costos de dicha terminación, de manera que se pueda transferir la propiedad de dichos activos a la CORMAGDALENA. En caso de ser necesario, el Asociado deberá suscribir las escrituras públicas así como todos los documentos necesarios y realizar las actividades requeridas para la transferencia de los bienes inmuebles. Igualmente, el Asociado entregara a CORMAGDALENA un Avaluó de los activos fijos al momento de la Reversión"

Esta norma está prevista para la terminación del Contrato por vencimiento del plazo pactado.

Debe recordarse que, como ya se indicó, la Sección 48.03 del Contrato establece que en caso de terminación por caducidad lo *"correspondiente a la Reversión de los bienes del Proyecto será consignado en el acto administrativo mediante el cual se ordena la terminación del Contrato 29 de APP, siguiendo en lo aplicable los criterios señalados en la presente Cláusula*".

Por consiguiente, de conformidad con el Contrato en el acto en que se decretó la caducidad debería haberse consignado lo pertinente a la reversión.

Ahora bien, mediante la Resolución No. 0078 del 23 de marzo de 2017 CORMAGDALENA declaró la caducidad del Contrato APP 001 de 2014 por el incumplimiento de la obligación de contar con el cierre financiero, y ordenó la reversión de los bienes del Proyecto de la siguiente forma:

"ARTÍCULO QUINTO. ORDENAR LA REVERSIÓN de los bienes del proyecto objeto del Contrato APP No. 001 de 2014, conforme a lo preceptuado en la CLÁUSULA 48 y la Sección 20.07(c) a razón de lo expuesto en la parte motiva de este acto administrativo."

Esta Resolución fue confirmada por la No. 102 del 17 de abril de 2017.

De esta manera, de conformidad con el Contrato y los actos administrativos que decretaron la caducidad, como consecuencia de la misma procedía la reversión del Equipamiento.

Como quiera que no se precisó regla particular en los citados actos administrativos, en principio debería aplicarse lo previsto en la Sección 48.01 para bienes en leasing, salvo en lo que no correspondiera a la terminación anticipada, por lo cual el contratista debía asumir los costos de terminación del

contrato de leasing, de tal manera que se pudieran transferir los activos a CORMAGDALENA.

Ahora bien, en el Acta de Terminación del Contrato[56] se expresó que en desarrollo de la facultad que la Sección 53.05 del Contrato establecía para que el Asociado pudiera subcontratar "*NAVELENA S.A.S. suscribió con NAVELENA CONSORCIO CONSTRUCTOR el CONTRATO EPC para el diseño, suministro y construcción de las obras, así como la ejecución de los servicios operativos y de asistencia a la navegación para las Unidades Funcionales 1, 2, 3 y 4 entre Puerto Salgar y Bocas de Ceniza dentro del proyecto de recuperación de la navegabilidad el Río Magdalena*."

Se agregó en el Acta que "*algunos de los bienes que por disposición legal deben ser revertidos a la Nación en el marco del Contrato de APP No. 001 de 2014, suscrito entre CORMAGDALENA y NAVELENA S.A.S. se encuentran bajo la modalidad de contratos de leasing suscritos por NAVELENA CONSORCIO CONSTRUCTOR (EPC) y las entidades financieras correspondientes, tal como se identificó en la comunicación la comunicación No. CM 341-220-2017 de la interventoría"*.

Igualmente se indicó en el Acta que NAVELENA "*ha expresado la imposibilidad material y jurídica de que los bienes directamente afectados al proyecto pasen a ser propiedad de CORMAGDALENA en virtud de los saldos de los contratos de Leasing y la situación financiera del Asociado, tal y como lo exige el contrato de APP, el artículo 18 de la Ley de 1993 y el artículo 31 de la Ley 1508 de 2012*", por lo cual se expresa que "*Las partes deberán efectuar la compensación por equivalente económico de los equipos objeto de reversión en el Acta de Liquidación del Contrato de APP"*.

Se señala así mismo en la citada Acta que "*Los bienes objeto de reversión están descritos en el Anexo No. 3 de este documento*" y que "*Aunque el Asociado no ha entregado un avalúo de los bienes a revertir tal como lo señala la Sección 48.01 del Contrato de APP, se pudo establecer, que el valor de adquisición conforme a las facturas aportadas por el Asociado durante la revisión documental de dichos bienes, asciende a la suma de $ 18.648.390.449,92*"

Se concluye lo siguiente:

"a. NAVELENA S.A.S. declara que como consecuencia de la situación financiera perdió la tenencia material de los bienes objeto de reversión afectos a la prestación del servicio y a la ejecución del proyecto.

"b. Razón por la cual, CORMAGDALENA, NAVELENA S.A.S. y el CONSORCIO MAGDALENA declaran que a la fecha existe una imposibilidad jurídica y material de que los elementos y bienes directamente afectados al proyecto pasen a ser propiedad de CORMAGDALENA, tal y como lo exige el contrato de APP, el artículo 18 de la Ley 80 de 1 993 y el artículo 31 de la Ley 1508 de 2012.

[56] (página 27 verificar)

"c. Como consecuencia de lo anterior, CORMAGDALENA, NAVELENA S.A.S. y el CONSORCIO MAGDALENA entienden que para efectos de proceder a la liquidación del Contrato de APP No. 001 de 2013 en vista de la imposibilidad del Asociado de dar cumplimiento a obligación contractual contemplada en la Sección 48.02 del Contrato de APP No. 001 de 2014 (Suscripción del Acta de Terminación del Contrato) es procedente efectuar el pago de la compensación por equivalente económico por el valor de DIECIOCHO MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA MIL CUATROSCIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS CON (92/100) M/cte$18.648.390.449,92".

Respecto de dicha Acta Navelena dejó una constancia en el cual expresa que *"el Asociado no está de acuerdo con el descuento a título de 'compensación por equivalente económico' de la reversión'… que se efectuaría sobre el total de la Compensación a que el Asociado tiene derecho en virtud de la terminación anticipada del Contrato.* "

Se agrega así mismo:

"Al respecto, recordamos que tal y como se indicó en la referida comunicación y en varias reuniones llevadas a cabo con presencia de representantes de las Partes, dicho valor correspondía a los montos en ese momento necesarios, para poder obtener la transferencia a la Entidad de los referidos equipos por parte de nuestro contratista EPC. Monto que como quedó establecido, fue calculado con base en los rubros registrados en la contabilidad de dicho Consorcio EPC y de los términos establecidos en los contratos de leasing de maquinaria y equipos por él celebrados. Sin embargo, conforme a la legislación vigente y al Contrato, esto es a lo aplicable de la Cláusula 48 del mismo, en caso de terminación anticipada del Contrato, el Asociado ha sido reiteradamente enfático en cuanto a que dicha reversión debe ser precedida de un reconocimiento por parte de Cormagdalena a Navelena S.A.S. del valor del equipamiento en cuestión, toda vez que nos encontramos ante la decisión de la Corporación de terminar anticipadamente el Contrato".

"Por los motivos anteriores, Navelena S.A.S. respetuosamente manifiesta que no obstante las objeciones de fondo que frente al contenido de la presente Acta tiene, suscribe la misma en razón de la imperiosa necesidad que tiene de avanzar en el proceso de terminación y liquidación del Contrato de APP 001 de 2014, cuya demora está generando graves perjuicios no solo a terceros, sino también a la Asociado y sus accionistas, por lo que en virtud de lo anterior declara que no renuncia al derecho a reclamar por la via judicial, arbitral o cualquier otra prevista en la Ley, los actos que sean de responsabilidad de la administración y que considere no ajustados al marco contractual y la Ley, como es el reconocimiento y reembolso del valor del equipamiento, a ser descontado por la Entidad del valor total de la Compensación por terminación anticipada del Contrato".

Posteriormente las partes suscribieron el Acta de Liquidación del Contrato en la cual se hizo nuevamente referencia a la reversión, a la imposibilidad de realizarla y a la compensación correspondiente, para lo cual se expresó:

"XI REVERSION

"1. Como consecuencia de la terminación anticipada del Contrato de APP No. 001 de 2014, las Partes procedieron a iniciar el procedimiento de reversión previsto en la Cláusula 48 del Contrato y para tal efecto el día cinco (5) de octubre de 2017 suscribieron la correspondiente Acta de Terminación del Contrato.

"2. Conforme a lo descrito en el Acta de Terminación del Contrato APP no 001 de 2014, NAVELENA S.A.S., durante la ejecución del mismo contrato para el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, efectuó uso de los bienes sujetos a reversión a título de tenencia con base en los contratos de Leasing.

"3. Conforme a lo descrito en el Acta de Terminación del Contrato APP No. 001 de 2014, los bienes sujetos a reversión fueron entregados en pago al acreedor de los contratos de Leasing, razón por la cual, y no obstante la responsabilidad del Asociado de terminar conforme a lo pactado en la Sección 48.01 (b)(v), NAVELENA S.A.S. ha afirmado que se hace imposible cumplir con la reversión material de los bienes, como consta en el Acta de terminación suscrita el 5 de octubre de 2017.

"4. Por la situación planteada, NAVELENA S.A.S. aceptó en el Acta de Terminación del Contrato que el valor de DIECIOCHO MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS CON (92/100) M/CTE ($18.648.390.449,92) equivalente al valor de los bienes sujetos a reversión, le sea descontado del valor de la compensación por terminación anticipada en Etapa de Preconstrucción de que trata la Sección No. 50.02 del Contrato APP No. 001 de 2014. El valor de los equipos es soportado según informe del interventor CONSORCIO MAGDALENA con No. CM-347-0220-2017 radicad en CORMAGDALENA el 21 de julio de 2017

En el Acta de Liquidación igualmente se señaló bajo el titulo ACUERDAN lo siguiente:

"TERCERO.- REVERSIÓN Con fundamento en lo consignado en la presente acta de liquidación las Partes acuerdan descontar el valor de dieciocho mil seiscientos cuarenta y ocho millones trescientos noventa mil cuatrocientos cuarenta y nueve pesos con noventa y dos centavos ($18.648.390.449,92) del valor de la compensación por terminación anticipada en Etapa de Preconstrucción, determinado en la cláusula inmediatamente anterior de conformidad al Acta de Terminación del Contrato APP No. 001 de 2014 suscrita por CORMAGDALENA, NAVELENA"

En todo caso NAVELENA dejó una salvedad al acta en el sentido de que no estaba de acuerdo, entre otras cosas, con el descuento del valor del Equipamiento porque a su juicio ella sólo sería procedente si CORMAGDALENA reconoce y paga el costo del equipamiento. A tal efecto se señaló[57]:

"Navelena no está de acuerdo con el valor neto a pagar porque considera que debe ser superior, tampoco está de acuerdo con el cálculo del componente ari.

[57] Y se dejan las salvedades que aparecen en la página 57.

Navelena dice que tampoco está de acuerdo con el descuento del valor del Equipamiento del Valor Neto a pagar señala que así lo manifestó en el documento denominado "Constancia de la sociedad Navelena S.A." que forma parte del Acta de Terminación del Contrato en la cual se manifestó que el descuento por reversión , habida cuenta de la terminación del contrato en la etapa de Preconstrucción únicamente es procedente si CORMAGDALENA reconoce y paga el costo de dicho Equipamiento pues, en caso contrario se configuraría una expropiación sin indemnización prohibida por la ley"

Teniendo en cuenta lo anterior encuentra el Tribunal, en primer lugar, que del Contrato se desprende claramente que a la terminación del Contrato por caducidad procede la reversión del Equipamiento. Lo anterior además se establece en la Resolución de caducidad. Sin embargo, dicha resolución no reguló la forma en que se procedería a la reversión.

En todo caso ha de observarse que la Sección 48.03 del Contrato dispuso que se aplicaría la reversión "*siguiendo en lo aplicable los criterios señalados en la presente Cláusula*". Así mismo se indicó que "*Para el proceso de preparación del Acta de Terminación del Contrato, se aplicará en lo que resulte aplicable, lo previsto la Sección 48.01 y en la Sección 48.02*".

Desde esta perspectiva era aplicable la Sección 48.02 del Contrato en la cual se dispuso "*En el evento en que haya activos en leasing o arriendos de cualquier naturaleza los contratos respectivos deberán terminarse anticipadamente por el Asociado, el cual asumirá los costos de dicha terminación, de manera que se pueda transferir la propiedad de dichos activos a la CORMAGDALENA*".

Por consiguiente, de conformidad con el Contrato, el Asociado debía obtener la terminación anticipada de los contratos de leasing para transferir los activos a CORMAGDALENA.

Ahora bien, la demandante expresó en el Acta de Terminación que "*habida cuenta de la terminación del contrato en la etapa de Preconstrucción (la reversión) únicamente es procedente si CORMAGDALENA reconoce y paga el costo de dicho Equipamiento pues, en caso contrario se configuraría una expropiación sin indemnización prohibida por la ley*".

Desde esta perspectiva se aprecia que el Contrato no estableció la regla que señalan las demandantes OPI y CNOCol para los casos de caducidad y, por el contrario, es claro en contemplar que en la reversión se seguirían los criterios que fija la misma cláusula y particularmente la regla de la Sección 48.02.

Ahora bien, dado que la razón de ser de la reversión es que el contratista amortiza el valor de los bienes durante la ejecución del contrato, cabe preguntarse si en el presente caso, dada la terminación del contrato a su etapa inicial, debe o no operar la reversión.

A este respecto considera el Tribunal que si bien es cierto que la reversión normalmente se funda en el hecho de que normalmente el contratista ha logrado amortizar el bien que debe revertir durante la ejecución del contrato, en todo caso, la ley no exige que ello ocurra en la realidad. En efecto, bien

puede suceder que durante la ejecución del contrato se produzcan circunstancias que afecten o destruyan los bienes que habrían de revertir, y por ello el Contratista deba reponerlos en la etapa final del Contrato, a pesar de que no alcance a amortizar su valor. Ello además es claro que podría ocurrir en este Contrato de conformidad con sus estipulaciones. En tal caso la reversión operará, sin que la entidad contratante deba pagarle al contratista el valor del bien o la parte no amortizada, pues es un riesgo que este asume.

En el presente caso se produce una situación análoga. En efecto, el Contratista se obligó a obtener el cierre financiero y finalmente no lo obtuvo, por lo cual se declaró la caducidad del Contrato. En tal caso, si él invirtió en determinados bienes, sabiendo que, si el contrato terminaba anticipadamente, debía transferirlos a la entidad contratante, fue porque asumió el riesgo financiero correspondiente.

No se trata, por consiguiente, de una situación que pueda calificarse de expropiación, pues la transferencia de los bienes a la entidad estatal es resultado del cumplimiento de una obligación voluntariamente asumida, lo que implica, además, el riesgo que ella conlleva.

Por tal razón se negará la pretensión en este sentido de la demandante.

Las consideraciones anteriores conllevan la prosperidad de la excepción formulada por la convocada con el nombre de “Obligación legal de revertir los bienes objeto de reversión”.

7. Controversias relacionadas con la nulidad del acta de terminación del Contrato APP 001 de 2014

7.1. Contenido de las pretensiones

En la Demanda de Reconvención Reformada se formularon las siguientes pretensiones en relación con la nulidad del Acta de Terminación del Contrato:

“- SEGUNDA SUBSIDIARIA: PRETENSIONES RELACIONADAS CON LA NULIDAD DEL ACTA DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE APP SUSCRITA EL CINCO (5) DE OCTUBRE DEL DOS MIL DIECISIETE (2017) ENTRE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA Y LA SOCIEDAD NAVELENA S.A.S. (HOY EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL)

“PRIMERA. - Que se declare la nulidad absoluta del Acta de Terminación del Contrato de APP No. 001 de 2014, suscrita el cinco (5) de octubre del dos mil diecisiete (2017) entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA y la sociedad NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial), por estar viciada por objeto ilícito al contener declaraciones contrarias a la ley y al orden público en relación con la reversión de los bienes que debían ser revertidos a CORMAGDALENA a la terminación del contrato. Lo anterior por cuanto: (i) se consideró que las partes debían efectuar la compensación por equivalente económico de los bienes objeto de reversión en consideración a la supuesta imposibilidad jurídica y material alegada por NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial) de que los elementos y bienes directamente afectados al proyecto fueran

revertidos; y (ii) se estipuló que los bienes que tenía NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial) y/o su 'EPECISTA' (NAVELENA CONSORCIO CONSTRUCTOR) a título de arrendamiento financiero o leasing, no serían revertidos a CORMAGDALENA en virtud de la terminación anticipada, por considerar, erróneamente, que dichos bienes no podían ser revertidos, lo cual resulta contrario a lo exigido en el artículo 19 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 31 de la Ley 1508 de 2012.

"SEGUNDA. - Que se declare la nulidad absoluta por causa ilícita del Acta de Terminación del Contrato de APP No. 001 de 2014 suscrito entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA y la sociedad NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial), de fecha 05 de octubre de 2017, debido a que lo establecido en dicha acta buscó favorecer los intereses del Asociado y no consideró de ninguna manera el interés público que rige y es principio fundamental del régimen de la administración pública.

"TERCERA. - Como consecuencia de la prosperidad de cualquiera de las pretensiones anteriores (o de ambas), declárese la nulidad de todos los actos contractuales derivados del Acta de Terminación del Contrato de APP No. 001 de 2014, suscrita el día 05 de octubre de 2017 entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA y la sociedad NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial), esto es: Acta de Liquidación del 12 de octubre de 2017; y, en general, de la totalidad de los negocios jurídicos celebrados entre las partes en desarrollo y ejecución de la citada Acta.

"CUARTA. - Que se declare que, a la terminación del Contrato de APP No. 001 de 2014 suscrito entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA y la sociedad NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial), los bienes objeto de reversión que se encontraban en leasing o arrendamiento financiero a nombre de NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial) y/o su 'EPECISTA' (NAVELENA CONSORCIO CONSTRUCTOR), debían ser revertidos por el Asociado, de conformidad con la sección 48.01, literal b, numeral (v) del Contrato de APP No. 001 de 2014, de modo que NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial) y/o su 'EPECISTA' (NAVELENA CONSORCIO CONSTRUCTOR) tenía la obligación de asumir los costos de terminación anticipada del contrato de leasing, con el fin de transferir la propiedad de los bienes objeto de reversión a CORMAGDALENA.

"QUINTA. - Que como consecuencia de la pretensión anterior, se ordene los cesionarios de NAVELENA S.A.S. EN LIQUIDACION JUDICIAL y a las sociedades que conforman NAVELENA CONSORCIO CONSTRUCTOR (VALORES Y CONTRATOS - VALORCON S.A. EN REORGANIZACIÓN, CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT DE COLOMBIA S.A.S. EN LIQUIDACION JUDICIAL, ODEBRECHT PARTICIPACIONES E INVESTIMENTOS S.A. y CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. (sucursal Colombia)), revertir a la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA – CORMAGDALENA todos los bienes objeto de reversión que se encontraban a título de leasing o arrendamiento financiero y debieron ser adquiridos por NAVELENA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL o su EPECISTA (NAVELENA CONSORCIO

CONSTRUCTOR), para el desarrollo del objeto del Contrato de APP No. 001 de 2014, suscrito entre CORMAGDALENA y NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial), de acuerdo a lo estipulado en la sección 48.01 del Contrato de APP No. 001 de 2014, que corresponde a los bienes y elementos que se describen en el hecho número 78.

"SEXTA. - Que se ordene que, en caso de que los bienes objeto de reversión presenten estado de deterioro, fatiga o desgaste, superior al Apéndice 1 del Contrato de APP sobre Especificaciones de Construcción, las sociedades VALORES Y CONTRATOS - VALORCON S.A. EN REORGANIZACIÓN, CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT DE COLOMBIA S.A.S. EN LIQUIDACION JUDICIAL, ODEBRECHT PARTICIPACIONES E INVESTIMENTOS S.A. y CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. (sucursal Colombia), tienen la obligación de reemplazar, reparar y actualizar todos los bienes objeto de reversión que se encontraban a título de leasing o arrendamiento financiero y debieron ser adquiridos por NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial) o su EPECISTA (NAVELENA CONSORCIO CONSTRUCTOR), para el desarrollo del objeto del Contrato de APP No. 001 de 2014, suscrito entre CORMAGDALENA y NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial), en los términos de la sección 48 del Contrato de APP No. 001 del 2014 y que corresponden a los bienes y elementos que se describen en el hecho número 78.

"SÉPTIMA. - Que, en caso de que a la fecha que determine el Tribunal no sea posible revertir los bienes objetos de reversión que se encontraban a título de leasing o arrendamiento financiero y debieron ser adquiridos por NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial) o su EPECISTA (NAVELENA CONSORCIO CONSTRUCTOR), se ordene a VALORES Y CONTRATOS - VALORCON S.A. EN REORGANIZACIÓN, CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT DE COLOMBIA S.A.S. EN LIQUIDACION JUDICIAL, ODEBRECHT PARTICIPACIONES E INVESTIMENTOS S.A. y CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. (sucursal Colombia) el pago a la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA del valor actualizado de los bienes que han debido revertirse.

"OCTAVA. - Como consecuencia de las pretensiones anteriores, se ordene liquidar nuevamente el Contrato de APP No. 001 del 2014 suscrito entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA y la sociedad NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial), en los términos previstos en el Contrato de APP, especialmente lo dispuesto en la sección 48 del Contrato de APP No. 001 de 2014.

"NOVENA. - Se condene en costas y agencias en derecho a las sociedades: VALORES Y CONTRATOS - VALORCON S.A. EN REORGANIZACIÓN, CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT DE COLOMBIA S.A.S. EN LIQUIDACION JUDICIAL, ODEBRECHT PARTICIPACIONES E INVESTIMENTOS S.A. y CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. (sucursal Colombia)."

7.2. Posición de la convocada y de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Sostiene CORMAGDALENA que existe nulidad del Acta de Terminación por cuanto (i) en ella se consideró que las partes debían efectuar la compensación por equivalente económico de los bienes objeto de reversión en consideración a la supuesta imposibilidad jurídica y material alegada por NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial) de que los elementos y bienes directamente afectados al proyecto fueran revertidos; y (ii) se estipuló que los bienes que tenía NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial) y/o su 'EPECISTA' (NAVELENA CONSORCIO CONSTRUCTOR) a título de arrendamiento financiero o leasing, no serían revertidos a CORMAGDALENA en virtud de la terminación anticipada, por considerar, erróneamente, que dichos bienes no podían ser revertidos, además, se incluyeron unos bienes objeto de reversión que no estaban acordes con la contabilidad del Contrato y por tanto, esta situación conlleva a un objeto ilícito.

7.3. Posición de las convocantes

En relación con la pretensión tendiente a declarar la nulidad del Acta de Terminación por estar viciada de objeto ilícito, la CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT (CON) precisa que para la fecha en la que se terminó el Contrato, el propietario y tenedor de los bienes era la entidad financiera con quien se había suscrito el contrato de leasing por razón a la declaratoria de caducidad. En ese orden de ideas, NAVELENA no podía revertir los bienes asociados al Contrato ya que, jurídicamente era imposible obligar a las entidades financieras a transferir la propiedad en favor de CORMAGDALENA.

Agrega que frente lo anterior, la Entidad exigió el pago por equivalente de los bienes objeto de reversión sin ninguna clase de descuento o depreciación. Así las cosas, señala CON que, la decisión de remplazar la entrega material por su equivalente y la valoración fue una decisión unilateral de CORMAGDALENA – incluida en el Acta de Terminación – frente a la cual NAVELENA presentó sus salvedades. Por lo anterior, CON afirma que la pretensión formulada no tiene vocación de prosperar bajo la prohibición de ir en contra de los propios actos.

Señala que resulta contradictorio que se pretenda la nulidad por objeto ilícito por parte de CORMAGDALENA, cuando fue esta Entidad la que decidió reemplazar la entrega material de los bienes por su equivalente económico.

Por su parte ODEBRECHT PARTICIPACIONES E INVESTIMENTOS S.A EN RECUPERACIÓN JUDICIAL (OPI) expresa que ninguna de las Actas de Terminación y Liquidación está viciada de nulidad por objeto ilícito o por abuso o desviación de poder. Al respecto, sostiene que el Acta de Terminación y la de Liquidación del Contrato APP se realizaron como consecuencia de la declaratoria de caducidad del Contrato y no para favorecer a un inversionista conseguido por los señores Bernardo Elías Vida y Otto Nicolás Bula.

Agrega que tampoco hay lugar a que se declare la nulidad absoluta por objeto ilícito del Contrato APP y los demás negocios jurídicos, ya que las prestaciones

aisladas o conjuntamente consideradas no contrarían la ley, el orden público o las buenas costumbres, y, por tanto, no es dable concluir que existieron actos de corrupción que hayan afectado la adjudicación, celebración, ejecución o terminación del Contrato.

Por su parte VALORCON considera el que artículo 19 de ley 80 de 1993 y el 31 de la ley 1508 de 2012 contienen una prohibición explicita de no efectuar compensación económica alguna al efectuarse la reversión de los bienes afectos al proyecto, por lo que, solo al desconocerse esta prohibición se configuraría la causal de nulidad absoluta por objeto ilícito contenida en el artículo 44 de la ley 80 de 1993. En ese sentido, señala que en el Contrato APP 001 de 2014, no se estipuló, en la cláusula de reversión, una compensación económica alguna a favor del contratista como tampoco se hizo en el acta de terminación, motivo por el cual el asociado consignó salvedades.

Adicionalmente, precisa VALORCON que la prohibición de efectuar compensación al momento de la reversión tiene su fundamento en la amortización de las inversiones realizadas por el contratista en la adquisición de los bienes para la ejecución del proyecto, por lo que, en el caso en donde se presente una terminación anticipada, no pueden desconocerse los principios que se derivan de la razonabilidad y equidad.

También, considera que en el Contrato APP 001 de 2014 quedaron reguladas las cláusulas de reversión en todos los aspectos que la ley exige en materia de contratos estatales, razón por la cual, no es dable alegar la nulidad absoluta por la transgresión de las normas citadas por CORMAGDALENA.

Señala que CORMAGDALENA no demostró la concurrencia de requisitos que la ley y jurisprudencia exigen para que se configure la causa ilícita como causal de nulidad absoluta. De manera contraria, la Entidad dio cuenta que el motivo de dicha Acta era formalizar la terminación del Contrato por su declaratoria de caducidad, así como definir lo relativo a la reversión de los bienes afectos al mismo.

7.4. Posición del Ministerio Público

El Ministerio Público se refiere a la pretensión de CORMAGDALENA de que se declare la nulidad del Acta de Terminación del Contrato en tanto que la reversión no debió realizarse por el subrogado pecuniario de los bienes a revertir.

Frente a esta pretensión, el Ministerio Público señala que dicha pretensión fue presentada de manera inoportuna de conformidad por lo dispuesto por el CPACA, y así debería ser declarada en el proceso. Para explicar lo anterior precisa que, dado que los dos años a partir del día siguiente al del perfeccionamiento del Acta de Terminación se cumplieron el 6 de octubre de 2019, la oportunidad para el ejercicio de la acción de nulidad era hasta el 7 de octubre de 2019, por lo que no es de recibo acceder a dicha pretensión, pues fue presentada el 12 de octubre, a través de la demanda de reconvención.

Expresa en todo caso el Ministerio Público que el vencimiento de la oportunidad para formular pretensiones de nulidad, no obsta para que el juez de conocimiento, de oficio, pueda realizar pronunciamientos en relación con la

eventual nulidad del Contrato, siempre que la demanda principal haya sido presentada oportunamente, como ocurrió en este caso.

A este respecto el Ministerio agrega que no encuentra acreditados los supuestos de hecho para fundar la declaratoria de nulidad deprecada, y, por tanto, resulta dudosa la posibilidad de que el Tribunal pueda ejercer dicha facultad oficiosa.

7.5. Consideraciones del Tribunal

En la pretensión primera de este grupo de pretensiones se solicitó la nulidad absoluta del Acta de Terminación del contrato por estar viciada de nulidad absoluta, al contener declaraciones contrarias a la ley y al orden público en relación con la reversión de los bienes que debían ser revertidos a la terminación del contrato.

En relación con este aspecto procede el Tribunal a analizar si el Acta de Terminación debe ser declarada nula de oficio por el Tribunal, por objeto ilícito, como lo sostiene CORMAGDALENA.

Para efectos de lo anterior es necesario determinar, en primer lugar, el contenido y alcance del Acta de Terminación, para en segundo lugar, establecer si el Acta tiene objeto ilícito.

Lo primero que se aprecia es que el Acta de Terminación del Contrato se celebró en consideración de lo dispuesto en la Sección 3.02 del Contrato que se refiere a las etapas del mismo, la cual establece que: "*El plazo efectivo del Contrato será el que transcurra entre la fecha de suscripción del Acta de Inicio de Ejecución del Contrato y la suscripción del Acta de Terminación del Contrato*"

Así mismo, en razón de la Sección 48.02 del Contrato de APP que dispone en su literal b) que "*Una vez suscrita el Acta de Terminación del Contrato se entenderán revertidas las Obras de Construcción- incluyendo las Obras Eventuales, las Obras Complementarias y las Obras Voluntarias si las hubiere- y el equipamiento y terminado el Contrato de APP con los siguientes efectos: …".*

Es decir que desde el punto de vista contractual el Acta de Terminación cumple dos funciones, por una parte, determinar el plazo efectivo del Contrato, y por la otra, determinar la reversión de los bienes previstos en el contrato y los efectos que se producen de acuerdo con la cláusula 48.02.

Ahora bien, si se examina el contenido del Acta de Terminación se aprecia que en ella lo que se busca, en primer lugar, es dejar constancia de una serie de hechos que ocurrieron en desarrollo de la ejecución del Contrato, así como en relación con la terminación del mismo y en particular, las actuaciones que dieron lugar a la resolución 00078 de 2017 "*Por la cual se declara el incumplimiento grave de las obligaciones y la Caducidad del Contrato de APP No 001 de 2014… se hace efectiva la Cláusula Penal Pecuniaria…* " y la Resolución 00102 que la confirmó.

Así mismo, en el Acta de Terminación se precisa que, de acuerdo con el Contrato, la fecha efectiva de terminación es el 18 de abril de 2017, fecha de ejecutoria de la Resolución 0078.

También se incluyó un acápite IV sobre la reversión en caso de terminación anticipada del Contrato y se expresa que "*el procedimiento descrito en las Secciones 48.01 y 48.02 fue concebido para un proceso de terminación contractual normal y no para un escenario de terminación anormal como lo es la declaratoria de caducidad*". A este respecto se indica la imposibilidad de aplicar el plazo de 9 meses previsto en el Contrato para preparar la terminación del Contrato y la Reversión.

Adicionalmente se hace referencia al recorrido que hizo la interventoría en desarrollo de la Sección 48.01 (Literal b) que establece que el Asociado, el Interventor y CORMAGDALENA, harán una revisión final del estado de las ODADA, las Obras de Construcción y el Equipamiento, la cual incluye realizar un recorrido por el Proyecto para verificar la situación de los bienes que integran el Proyecto y que son objeto de Revisión. Igualmente se hace alusión a los hallazgos de la interventoría.

Así mismo, en el Acta se alude al inventario actualizado de los bienes y se señala que la interventoría "*inspeccionó todos y cada uno de los equipos objeto de reversión de acuerdo con el listado del equipamiento comunicado al Asociado".*

También se hace referencia a la situación jurídica de los bienes objeto de reversión para lo cual se indica la sección 53.05 del Contrato y se señala que algunos de los bienes que por disposición legal deben ser revertidos "*se encuentran bajo la modalidad de leasing suscritos por NAVELENA CONSORCIO CONSTRUCTOR (EPC) y las entidades financieras correspondientes*" y se señala que "*NAVELENA S.A.S. ha expresado que como consecuencia de los retrasos en el pago de los contratos de leasing por parte de NAVELENA CONSORCIO CONSTRUCTOR, este último perdió la tenencia material de los bienes objeto de reversión afectos a la ejecución del proyecto, razón por la cual, a la fecha existe una imposibilidad jurídica y material de que los elementos y bienes afectados al proyecto pasen a ser propiedad de CORMAGDALENA*".

Igualmente se hace referencia a la terminación anticipada de los contratos de leasing o arriendo como lo prevé el Contrato y se indica que "*Navelena S.A.S. ha expresado la imposibilidad jurídica y material de que los elementos y bienes directamente afectados al proyecto pasen a propiedad de CORMAGDALENA en virtud de los saldos de los contratos de leasing y la situación financiera del Asociado"*.

Se señala entonces que las "*partes deben efectuar la compensación por equivalente económico de los equipos objeto de reversión en el Acta de Liquidación*".

Se agrega que *"(a)unque el Asociado no ha entregado un avalúo de los bienes a revertir, …se pudo establecer, que el valor de adquisición conforme a las facturas aportadas por el Asociado durante la revisión documental de dichos bienes asciende a la suma de $18.648.390.449,62*"

Ahora bien, en el acápite XII titulado Declaraciones de las Partes del Acta se indica lo siguiente:

"a. NAVELENA S.A.S. declara que como consecuencia de la situación financiera perdió la tenencia material de los bienes objeto de reversión afectos a la prestación del servicio y a la ejecución del proyecto.

"b. Razón por la cual, CORMAGDALENA, NAVELENA S.A.S. y el CONSORCIO MAGDALENA declaran que a la fecha existe una imposibilidad jurídica y material de que los elementos y bienes directamente afectados al proyecto pasen a ser propiedad de CORMAGDALENA, tal y como lo exige el contrato de APP, el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 31 de la Ley 1508 de 2012.

"c. Como consecuencia de lo anterior, CORMAGDALENA, NAVELENA S.A.S. y el CONSORCIO MAGDALENA entienden que para efectos de proceder a la liquidación del Contrato de APP No. 001 de 2013 en vista de la imposibilidad del Asociado de dar cumplimiento a obligación contractual contemplada en la Sección 48.02 del Contrato de APP No. 001 de 2014 (Suscripción del Acta de Terminación del Contrato) es procedente efectuar el pago DIECIOCHO MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y OCHO TRESCIENTOS NOVENTA MIL CUATROSCIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS CON (92/100) M/CTE$18.648.390.449,92.

"(…).

"d. Así las cosas, CORMAGDALENA y NAVELENA S.A.S. acuerdan que la compensación del valor de DIECIOCHO MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA MIL CUATROSCIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS CON (92/100) M/CTE ($18.648.390.449,92), correspondiente al equivalente económico de los bienes y elementos objeto de reversión, se llevará a cabo en el Acta de Liquidación bilateral o unilateral del Contrato de APP No. 001 de 2014."

Es pertinente señalar que en la citada Acta existen varias salvedades, en particular de Navelena S.AS. la cual expresa que tiene objeciones sobre "*los términos expresados por Cormagdalena y la Interventoría en distintos aparte de la misma, en los cuales bajo nuestro criterio no se refleja la realidad de las circunstancias que enmarcaron el desarrollo del ahora terminado Contrato de APP 001 de 2014. Así mismo, algunas de las conclusiones presentadas, son resultado de la interpretación unilateral de las cláusulas contractuales y la Ley, frente a las cuales también disentimos…".*

En esta Acta en relación con la reversión NAVELENA S.A.S. expresa que "*no está de acuerdo con el descuento a título de 'compensación por equivalente económico' de la reversión, a ser efectuado por parte de Cormagdalena, del valor informado por el Navelena S.A.S., a la Entidad en su comunicación N-1-0-0-0204-17 de 21 de abril de 2017 y aceptado por ésta mediante oficio 201703001509 de 30 de mayo de 2017, relativo al equipamiento susceptible de reversión*".

Señala además que en este caso para que opere la reversión debe existir un reconocimiento por parte de CORMAGDALENA del valor del equipamiento en cuestión, en la medida en que se trata de una terminación anticipada del Contrato. A tal efecto expresó:

"Al respecto, recordamos que tal y como se indicó en la referida comunicación y en varias reuniones llevadas a cabo con presencia de representantes de las partes, dicho valor correspondía a los montos en ese momento necesarios, para poder obtener la transferencia a la Entidad de los referidos equipos por parte de nuestro contratista EPC. Monto que como quedó establecido, fue calculado con base en los rubros registrados en la contabilidad de dicho Consorcio EPC y de los términos establecidos en los contratos de leasing de maquinaria y equipos por él celebrados. Sin embargo conforme a la legislación vigente y al Contrato, esto es a lo aplicable de la Cláusula 48 del mismo, en caso de terminación anticipada del Contrato, el Asociado ha sido enfático en cuanto a que dicha reversión debe ser precedida de un reconocimiento por parte de Cormagdalena a Navelena S.A.S. del valor del equipamiento en cuestión, toda vez que nos encontramos ante la decisión de la Corporación de terminar anticipadamente el Contrato" (se subraya).

Desde esta perspectiva aprecia el Tribunal que dada la salvedad de NAVELENA S.A.S., el Acta de Terminación no tiene un contenido dispositivo en el que estén de acuerdo las dos partes, salvo en cuanto hace relación a la declaración que hacen los firmantes "*que a la fecha existe una imposibilidad jurídica y material de que los elementos y bienes directamente afectados al proyecto pasen a ser propiedad de CORMAGDALENA,…",* pero en todo caso no hay acuerdo en cuanto a las condiciones en que debía producirse esta reversión.

Teniendo en cuenta lo anterior, debe entonces examinarse si procede la declaratoria de nulidad del Acta de Terminación.

A este respecto debe observarse que la ley 80 de 1993 regula la nulidad de los contratos estatales y a tal efecto establece cuándo procede la nulidad absoluta y la nulidad relativa (artículos 44 y 45), sin embargo, ello no significa que la nulidad no pueda predicarse de igual manera sobre otros actos jurídicos.

En este punto se advierte que cuando el Código Civil regula la nulidad prevé que la misma se puede aplicar a "*todo acto o contrato*" (artículo 1740) y al regular la nulidad absoluta y la rescisión igualmente se refiere a los "*actos y contratos*" (artículo 1741). En efecto dichos preceptos establecen en lo pertinente:

Art. 1740.- Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes.

La nulidad puede ser absoluta o relativa.

Art. 1741.- La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la

naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato" (se subraya).

En el mismo sentido es de destacar que cuando el Código de Comercio regula la nulidad expresamente se refiere al negocio jurídico, lo que implica que las causales de nulidad se aplican no sólo a los contratos, sino a todo acto de autorregulación de intereses, así sea unilateral.

En tal sentido el artículo 899 del Código de Comercio dispone:

"Art. 899. Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos:
"1o) Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa;
"2o) Cuando tenga causa u objeto ilícitos, y
"3o) Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz.
"…" (se subraya).

Desde esta perspectiva, como ya se anotó, el Acta de Terminación contiene manifestaciones en la que están de acuerdo las dos partes y otras que son obra de una sola parte.

Las manifestaciones en que están de acuerdo las dos partes pueden constituir un negocio jurídico.

Ahora bien, es pertinente examinar si las manifestaciones de una sola parte pueden ser calificadas de negocio jurídico.

A este respecto se recuerda que, desde la perspectiva tradicional del derecho privado, una manifestación de voluntad unilateral no puede imponer obligaciones a un tercero o afectarlo de cualquier manera, por lo que en principio se considera que las manifestaciones unilaterales no son actos jurídicos. Sin embargo, se debe señalar que el ordenamiento reconoce diversos actos unilaterales que pueden generar derechos a favor de terceros, aunque estos no sean parte en el acto[58]. En tal caso se señala que se debe distinguir entre el hecho de que surja el acto jurídico y que el tercero quiera hacer valer ese derecho. Así las cosas, desde la óptica del derecho privado puede sostenerse que es viable la declaratoria de nulidad de los actos de carácter unilateral a los cuales el ordenamiento les reconoce efectos.

Desde la perspectiva del derecho público debe recordarse que el ordenamiento reconoce a las entidades públicas la potestad de expedir actos administrativos en los términos previstos por la ley. Tales actos pueden ser objeto de una acción de nulidad de conformidad con lo dispuesto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

[58] Ver en este sentido Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, ob. Cit., páginas 323 y siguientes

Así las cosas, si se mira el Acta de Terminación en los aspectos en que existe reserva por parte del Asociado, se concluye que las manifestaciones de la entidad pública que no son compartidas por el particular, no constituyen actos administrativos que puedan ser objeto de una acción de nulidad, pues no se trata de manifestaciones de voluntad dirigidas a producir efectos jurídicos por sí mismas, sino que fueron formuladas en el contexto de la celebración de un acto jurídico bilateral. Tampoco son desde la perspectiva del derecho privado actos jurídicos unilaterales.

Vistas así las cosas encuentra el Tribunal que la manifestación en que son concordantes las partes es aquella en que "*declaran que a la fecha existe una imposibilidad jurídica y material de que los elementos y bienes directamente afectados al proyecto pasen a ser propiedad de CORMAGDALENA…".*

Ahora bien, el mero hecho de reconocer que es imposible revertir unos bienes, no es en sí mismo contrario al orden público, pues ello no implica una renuncia a los derechos que pueda tener la entidad pública.

A lo anterior se agrega que una manifestación de que el Asociado y Contratista no puede revertir el bien de que se trate y de que por ello lo que procede es el pago del valor correspondiente a los bienes que deberían haberse revertido, tampoco viola el orden público.

En efecto, es claro que pueden existir casos en los que el Asociado o Contratista no pueda cumplir con su obligación de transferir los bienes que deben revertir a la entidad pública y, sin embargo, el mismo puede incurrir en responsabilidad y por ello debe pagar perjuicios. Tal es el caso, por ejemplo, cuando la imposibilidad de transferir los bienes ocurre por culpa del Asociado.

En estos casos si la parte obligada a transferir un bien no lo hace, se le puede exigir el cumplimiento, con indemnización de perjuicios, o si el acreedor así lo decide, o el deudor no puede transferir el bien, lo que procede es la indemnización de perjuicios.

Por lo demás, puede ocurrir que el deudor se niegue a cumplir la obligación pactada de transferir el bien que debe revertir. En tal caso el acreedor puede exigir su cumplimiento, pero si el deudor no cumple, el acreedor puede acudir a obtener el cumplimiento forzado o una indemnización de perjuicios. En el presente caso, los bienes objeto de reversión estaban en leasing, por lo cual los mismos eran propiedad de la entidad financiera que era parte en tales contratos y que solo estaba obligada a transferir los bienes si le pagaban lo que le debían por virtud del leasing. Por consiguiente, si el Asociado que debía revertir los bienes no pagaba a la entidad de leasing, lo que podía hacer la entidad estatal era requerir el pago de la indemnización correspondiente, pues es la consecuencia que prevé la ley para los casos en que el deudor incumple una obligación y no es posible obtener su cumplimiento con el objeto debido.

En esta medida no puede considerarse que haya objeto ilícito por haberse previsto en el Acta de Terminación que habría de descontarse el valor de los bienes objeto de reversión.

A lo anterior se agrega que la demandada sostiene que la nulidad existe porque se consideró "*erróneamente, que dichos bienes no podían ser revertidos*".

Desde este punto de vista se advierte entonces que lo que se reclama es la existencia de un error o de un dolo, en el sentido de que NAVELENA indujo en error a la entidad estatal. Ahora bien, de conformidad con las normas que rigen las nulidades, el error es causal de nulidad relativa o anulación cuando se acredita la existencia de uno de los errores que la ley establece. Igualmente es causal de nulidad el dolo. En la medida en que se trata de nulidades relativas o anulabilidades para que el acto se declare nulo es necesario que la parte que ha sufrido el error o el dolo intente la acción pertinente en el término previsto por la ley. En el presente caso es claro que no se intentó la acción de nulidad por error o por dolo.

Por lo demás, es claro que para que pudieran transferirse los bienes objeto de leasing era necesario pagarle el valor correspondiente a la entidad financiera que había celebrado los contratos de leasing, y no está acreditado que NAVELENA pudiera hacerlo, por lo que no se puede afirmar que la afirmación contenida en el Acta sea errónea.

Finalmente, la demandada sostiene que el Acta está viciada de causa ilícita porque "*lo establecido en dicha acta buscó favorecer los intereses del Asociado y no consideró de ninguna manera el interés público*".

A este respecto es pertinente señalar que el Código Civil dispone en el artículo 1524 que se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato y "*por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público*".

Si la causa es el motivo que induce al contrato, para que exista causa ilícita es necesario que ese motivo sea prohibido por la ley o contrario al orden público. Ahora bien, la causa ilícita debe demostrarse. En el presente caso no aparece acreditado que el Acta de Terminación se haya celebrado con la finalidad de realizar un acto prohibido por la ley o contrario al orden público. En relación con la reversión simplemente en el Acta "las partes declaran que a la fecha existe una imposibilidad jurídica y material de que los elementos y bienes directamente afectados al proyecto pasen a ser propiedad de CORMAGDALENA" y por ello se prevé un descuento por reversión, con una salvedad por parte de la demandada. De lo expresado no se desprende un propósito de realizar un acto contrario al orden público.

Desde esta perspectiva concluye el Tribunal que no está probado que el Acta de Terminación del Contrato este viciada por objeto y causa ilícita y por ello no procede declarar su nulidad absoluta.

Estas consideraciones conllevan tener por demostrada la excepción propuesta por la convocante VALORCON bajo el nombre "El acta de terminación del Contrato APP 001 de 2014 no contiene declaraciones contrarias a la ley y el orden público y no tuvo como causa favorecer los intereses del asociado, sin considerar el interés público que rige y es principio fundamental del régimen de la administración pública"; así como la excepción formulada por NAVELENA S.A.S. hoy

liquidada, con el nombre de "Validez del Acta de Terminación por mutuo acuerdo del contrato APP 001 de 2014".

8. Controversias relacionadas con la nulidad del acta de liquidación del Contrato APP 001 de 2014

8.1. Contenido de las pretensiones

En la tercera pretensión subsidiaria de la Demanda de Reconvención Reformada se solicitó:

"- TERCERA SUBSIDIARIA: PRETENSIONES RELACIONADAS CON LA NULIDAD DEL ACTA DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE APP SUSCRITA EL DOCE (12) DE OCTUBRE DEL DOS MIL DIECISIETE (2017) ENTRE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA y LA SOCIEDAD NAVELENA S.A.S. (HOY EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL)

"PRIMERA. - Se declare que la liquidación del contrato APP No. 001 del 2014 suscrito entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA y la sociedad NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial), suscrita por éstas el día doce (12) de octubre del dos mil diecisiete (2017), contiene errores de hecho dirimentes, por estar viciado el consentimiento de la Entidad, al incluir dentro del acta para efectos de ser reconocidos, costos y gastos sin soporte contable que permitieran la identificación, individualización, relación de causalidad y constatación con los hechos económicos reales que debían soportarlos, lo cual generó un error en cuanto a la identidad del objeto del negocio jurídico: ítems y valores del acta de liquidación del contrato de APP No. 001 del 2014.

"SEGUNDA. - Se declare que, como consecuencia de los errores de hecho dirimentes, por estar viciado el consentimiento en cuanto al objeto identificado en el Acta de Liquidación del contrato de APP No. 001 del 2014 suscrita entre CORMAGDALENA y NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial) el doce (12) de octubre del dos mil diecisiete (2017), ésta adolece de nulidad relativa.

"TERCERA. - Como consecuencia de la declaración anterior, se ordene rehacer la liquidación del contrato de APP No. 001 del 2014, en los términos previstos en dicho contrato y las disposiciones legales pertinentes, excluyendo de la nueva liquidación todos aquellos costos y gastos que no cuenten con soporte contable que permita la identificación, individualización, relación de causalidad y contrastación con los hechos económicos reales y correspondan a costos y gastos directos del contrato de APP No. 001 del 2014, en concordancia con la cláusula 50.02 de dicho contrato.

"CUARTA. - Se condene en costas y agencias en derecho a los demandados: VALORES Y CONTRATOS - VALORCON S.A. EN REORGANIZACIÓN, CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT DE COLOMBIA S.A.S. EN LIQUIDACION JUDICIAL, ODEBRECHT PARTICIPACIONES E INVESTIMENTOS S.A. y CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. (sucursal Colombia)".

8.2. Posición de la convocada y de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

CORMAGDALENA sostiene que, debido a que no hay soportes y comprobantes contables que permitan identificar con claridad lo que fue objeto de inclusión en el Acta de Liquidación, resulta procedente la nulidad de esta.

También, considera que se configuró un error de hecho dirimente en la liquidación al hacerle creer erróneamente a CORMAGDALENA que debía deducir un valor por equivalente económico de los bienes objeto de reversión cuando en realidad ese valor no era cierto ya que la Entidad no tiene certeza de los equipos que realmente debían ser objeto de reversión ni del valor de estos.

8.3. Posición de las convocantes

En relación con la petición de nulidad del Acta de Liquidación la CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT (CON) considera que el asociado presentó en la Liquidación del Contrato de APP los soportes contables suficientes para el reconocimiento económico de lo allí contemplado, por lo que, no hay cargos que lleven a la nulidad relativa por vicio en el consentimiento, consistente en un error de hecho del Acta y no hay lugar a la revisión y/o modificación jurisdiccional de la misma.

CON afirma que los adjudicatarios de los derechos litigiosos de NAVELENA S.A.S no son los legítimos contradictores de CORMAGDALENA frente a las pretensiones dirigidas a la declaratoria de nulidad relativa del Acta de Liquidación.

Agrega que CORMAGDALENA no logró acreditar cómo la alegada falta de soportes contables no fue advertida antes por ninguno de sus funcionarios ni por la Interventoría, quienes eran los encargados contractualmente de aprobar la remuneración a favor del asociado.

Precisa CON que para que el Acta de Liquidación adolezca de error de hecho como vicio de consentimiento, se deben analizar los siguientes elementos: que el error verse sobre una circunstancia de hecho, que haya sido sobre la identidad de la cosa específica o que la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto es diversa de lo que se cree.

Establecido lo anterior, CON manifiesta que CORMAGDALENA no acreditó cómo la falta de soportes en el reconocimiento de los costos y gastos significan un error en el consentimiento. Tampoco, explica las razones por las que considera que la Interventoría y los funcionarios de la Entidad reconocieron valores y costos sin verificar que estuviesen debidamente soportados. Así pues, CORMAGDALENA no demostró que hubo error sobre la identidad de las actividades contractuales hechas en el marco de la etapa de Preconstrucción, y que fueron certificadas por la Interventoría y por la Fiduciaria. Tampoco, se evidencia cómo la calidad de lo certificado y reconocido en el Acta de Liquidación difiere con la realidad.

Reitera CON que todos los soportes analizados por la Interventoría y la Fiduciaria fueron conocidos por CORMAGDALENA, y que dicha Acta fue analizada por diferentes profesionales de dicha entidad, por lo que, no es dable afirmar que para la convocada existió error como vicio de consentimiento en la suscripción del Acta de Liquidación en tanto que sus funcionarios conocieron de los elementos económicos y técnicos.

Agrega que las pretensiones formuladas por CORMAGDALENA van en contra de la buena fe contractual en la medida que buscan desconocer diferentes elementos contenidos en el Acta de Liquidación que demuestran que no hubo vicio de consentimiento.

Adicionalmente, frente al argumento de CORMAGDALENA de acuerdo con el cual, los errores del Acta de Liquidación se originaron en la indebida forma en la que se llevaba la contabilidad de NAVELENA, CON sostiene que la fuente de información para el cálculo de la compensación por terminación anticipada del Contrato no era la contabilidad del asociado, sino el centro de imputación contable del Proyecto, es decir, el Fideicomiso. Por lo tanto, la contabilidad de NAVELENA es irrelevante.

Agrega también que, la ausencia de errores en el Acta de Liquidación se evidencia en la revisión del Acta de Liquidación y en la contabilidad realizada por la Contraloría para determinar la eventual responsabilidad fiscal en el pago de la compensación por terminación anticipada. Precisa que el resultado de esta revisión fue archivar el proceso pues se evidenció la existencia de soportes contables que demostraban la realización de las actividades objeto de compensación por medio del Acta de Liquidación.

Adicionalmente, precisa que la Interventoría también efectuó una revisión de la contabilidad del Fideicomiso y, a pesar de que cometió errores en la determinación de la variable ARi deduciendo algunos conceptos, su labor consistió en certificar que los costos de la variable estaban efectivamente soportados en la contabilidad. Agrega que en todo el proceso de elaboración y suscripción del Acta de Liquidación también participó la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, quien revisó dicha Acta.

Por último, advierte CNO que la obligación de dejar salvedades en la respectiva Acta de Liquidación bilateral no solo es aplicable al contratista sino también a la Entidad contratante. Por lo que, si CORMAGDALENA pretendía demandar la nulidad del Acta por supuestos errores y la incorporación de costos sin el soporte contable, debió dejar constancia de ello de manera concreta y no de manera genérica como lo hizo en el presente caso.

Por su parte VALORCON considera que no es procedente la nulidad del Acta de Liquidación bilateral.

En lo relacionado con la compensación económica por equivalente de los bienes sujetos a reversión, precisa que si bien CORMAGDALENA tomó la decisión de hacer dicha compensación en el Acta de Terminación, indicando que la liquidación sería el escenario en el cual se efectuaría dicha compensación, aclara que el Acta de Liquidación es un negocio jurídico independiente y autónomo, una decisión sustancial y resolutoria con contenido y efectos jurídicos diferentes al del Acta de Terminación, que pretende declarar

el punto final de la relación contractual en torno al cumplimiento de las obligaciones contraídas.

En ese orden de ideas, sostiene que si lo que se quería era controvertir el Acta de Liquidación, se tendrían que haber dejado las salvedades respectivas o demandar su nulidad por vicios en el consentimiento, de manera independiente al Acta de Terminación.

A lo anterior, agrega que las actas bilaterales de liquidación en las que no se consignan salvedades solo se pueden controvertir por la vía jurisdiccional cuando se invoque algún vicio del consentimiento.

Sostiene también VALORCON que, en el proceso no se demostró que existieron elementos constitutivos de error como vicio de consentimiento en el Acta de Liquidación – proveniente de una supuesta inexistencia de soportes contables en los costos y gastos reconocidos – y, tampoco se presentaron soportes jurídicos o probatorios que den lugar a modificar lo acordado en dicha Acta.

Al respecto, aclara que el proceso de liquidación se realizó de conformidad con la cláusula 50.08 del Contrato APP de 2014, en donde la Interventoría corroboró cada uno de los soportes contables establecidos en las cuentas del Fideicomiso, siguiendo todo el procedimiento contractual establecido. En ese sentido, afirma que los soportes con los que se hizo efectivo el reconocimiento de los valores a título de compensación por terminación anticipada tuvieron que ser examinados por la Interventoría y por CORMAGDALENA.

Señala, además, que la Interventoría también tenía la obligación de verificar que los valores que se reconocieran correspondieran al avance real de las actividades en la Etapa de Preconstrucción, debiendo verificar la relación de causalidad de estos con el objeto del Contrato. Razón por la cual, no es dable afirmar que existió error de hecho sobre el objeto cuando, tanto la Interventoría como la Entidad, conocían de todos los soportes y sus respectivas verificaciones, e incluso se consignaron salvedades. Sostiene que, pretender una nulidad relativa, es ir en contra de la buena fe contractual.

En lo relacionado con la revisión y/o modificación jurisdiccional del Acta de Liquidación pretendido por CORMAGDALENA, VALORCON sostiene que esta es improcedente dentro del ordenamiento jurídico colombiano, dado que desconocer lo contractualmente pactado en un negocio jurídico debidamente suscrito y con todos sus requisitos legales – como ocurrió con el Acta de Liquidación suscrito entre CORMAGDALENA y NAVELENA -, es una contravención a los principios de pacta sunt servanda y de buena fe incorporado en la legislación.

VALORCON precisa que sólo se podrá acudir ante la jurisdicción para debatir los conceptos de los cuales no hubo acuerdo y que están plasmados en forma de salvedades. No obstante, a pesar de que CORMAGDALENA haya consignado tales salvedades, éstas no guardan relación directa con sus pretensiones primera, segunda y tercera del grupo de las pretensiones cuartas subsidiarias.

Adicionalmente, agrega que parte de la alegada carencia de soportes contables, se basaba en el proceso de Responsabilidad Fiscal No. UCC-PRF-023-2018 adelantado en la Contraloría. En ese sentido, y teniendo en cuenta que se puso fin a dicho proceso por decisión de la Contraloría, se deben desestimar los fundamentos jurídicos de CORMAGDALENA para impetrar estas pretensiones.

Por otra parte, NAVELENA expone frente al argumento propuesto por CORMAGDALENA mediante el cual aduce que la liquidación del Contrato APP 001 de 2014 padece de nulidad relativa por incluir en el Acta costos y gastos sin soporte contable, generando así un error sobre la identidad del objeto, que de haber existido el error – que en todo caso no lo hubo – no se trataría de un yerro sobre la calidad esencial del objeto, sino eventualmente sobre una parte no esencial del mismo, es decir, sobre algunos reconocimientos, que no fueron el principal motivo de CORMAGDALENA para liquidar el Contrato. Agrega que, de haberlo sido, CORMAGDALENA nunca lo manifestó ni le puso de presente a NAVELENA que su principal motivo para liquidar el Contrato era hacerle esos reconocimientos que dice que fueron hechos sin soportes.

Por lo anterior, NAVELENA sostiene que quedo probado en el proceso que no existieron gastos no soportados y que tanto CORMAGDALENA y la Interventoría revisaron y aprobaron los gastos del Contrato mensualmente, por lo que, no es dable que la Entidad descuente arbitrariamente unos gastos ya aprobados.

8.4. Posición del Ministerio Público

Sobre la solicitud de que se declare la nulidad relativa del Acta de Liquidación por considerar que hay un error, señala la Procuraduría que en estos casos para declarar el error como un vicio del consentimiento se requiere: i) que el error en la celebración del contrato sea relevante, esto es, que sin aquel, el contratante no habría prestado su consentimiento; (ii) debe ser compartido, conocido o conocible por la otra parte e inculpable; y (iii) se exige la tutela de la confianza del cocontratante, pues el orden jurídico apela a la autorresponsabilidad y confianza legítima, así como a los postulados de seguridad, certeza e interés general en materia de vinculación del sujeto a sus manifestaciones o actuaciones

Después de estudiar y analizar las exigencias legislativas y jurisprudenciales del error como vicio de consentimiento, el Ministerio Público advierte que CORMAGDALENA se limitó a señalar que el error obedeció a la inclusión, en el Acta de Liquidación, de reconocimientos de costos y gastos que no contaban con soportes necesarios, sin que tuvieran un desarrollo especifico en su fundamento factico, por lo que, dicha pretensión carece de un soporte probatorio suficiente, que le correspondía desarrollar al actor en reconvención.

Señala que, en este caso, se trató de una liquidación bilateral del Contrato y, por tanto, se acreditó el desarrollo de un proceso de discusión sobre los valores que podrían o no ser reconocidos.

También, hace mención del proceso de Responsabilidad Fiscal adelantado ante la Contraloría, prueba que aportó CORMAGDALENA para sustentar su pretensión de nulidad y destaca que este organismo de control fiscal archivó

el proceso fiscal. Consecuentemente, se observó que los fundamentos del alegado error en que presuntamente habría incurrido CORMAGDALENA en el proceso de liquidación del Contrato fueron infirmados por la misma entidad a la que acudió CORMAGDALENA para sustentar su pedimiento.

8.5. Consideraciones del Tribunal

En su reconvención la parte demandada solicita la nulidad del Acta de Liquidación por considerar que el consentimiento de la entidad estaba viciado por errores de hecho, en cuanto se incluyeron en el acta para efectos de ser reconocidos, costos y gastos sin soporte contable que permitieran la identificación, individualización, relación de causalidad y constatación con los hechos económicos reales que debían soportarlos, lo cual generó un error en cuanto a la identidad del objeto del negocio jurídico: ítems y valores del acta de liquidación del contrato de APP No. 001 del 2014.

Para efectos de determinar si realmente existe o no un error que dé lugar a la nulidad del acto impugnado, el Tribunal debe entonces examinar los requisitos que establece la ley para que proceda la nulidad por error.

A este respecto es pertinente señalar que el artículo 44 de la ley 80 de 1993 regula las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales. Por otra parte, el artículo 45 de la misma ley establece que los "*demás vicios que se presenten en los contratos y que conforme al derecho común constituyen causales de nulidad relativa, pueden sanearse por ratificación expresa de los interesados o por el transcurso de dos (2) años contados a partir de la ocurrencia del hecho generador del vicio*".

De esta manera, los contratos del Estado pueden anularse cuando se presentan vicios en los mismos "*conforme al derecho común*", el cual está conformado por el Código Civil y el Código de Comercio, los cuales serán aplicables al contrato estatal dependiendo de si dicho negocio puede ser además calificado o no de comercial. En el presente caso en la medida que el contrato corresponde a un acto de comercio de conformidad con los artículos 20 y 21 del Código de Comercio, debe aplicarse dicho Código.

Ahora bien, la demandada invoca como causal de nulidad el error como vicio del consentimiento, el cual es causal de anulación de conformidad con el artículo 900 del Código de Comercio. Como quiera que el Código de Comercio no regula las condiciones que debe reunir el error para dar lugar a la anulación debe acudirse al Código Civil, que es aplicable por virtud del artículo 822 del Código de Comercio.

A este respecto la Corte Constitucional en sentencia C-993 de 2006 precisó que el error como vicio del consentimiento *"consiste en la falta de correspondencia entre la representación mental del sujeto y la realidad, es decir, en el conocimiento no verdadero o falso de la realidad*." En un sentido semejante la Corte Suprema de Justicia había señalado "*Si el error es la disconformidad entre la inteligencia y la verdad, debe, para ser error, originarse de una falsa creencia, o, como ya lo expresó la Corte en anterior ocasión, es*

necesario que aparezca que se tuvo una determinada creencia y que esa creencia no correspondió con la realidad"[59].

Así mismo, la Corte Suprema ha señalado[60]:

"Para que prospere la acción de nulidad relativa fundada en la especie de Vicio del consentimiento consistente en error sobre la Identidad específica de la cosa (art. 1510), es necesaria la de tres elementos, a través de cuales el juzgador pueda deducir que hubo ese error en el consentimiento de uno de los contratantes: Que se tuvo una determinada creencia; que esa creencia no corresponde a una realidad, y que esa creencia fue determinante, es decir, que si se hubiera descubierto el error, no se hubiera determinado una de las partes a contratar.

Aunque en este último caso la Corte se refirió al error sobre la identidad de la cosa, es claro para el Tribunal que las condiciones que ella señala se requieren para que los otros errores que contempla la ley puedan ser invocados como vicio del consentimiento.

Ahora bien, en el sistema del Código Civil no todo error vicia el consentimiento, pues dicho Código consagra unos casos específicos. Lo anterior porque se considera que si un contrato pudiera anularse por cualquier error se generaría inseguridad en el comercio jurídico[61]. Así, el artículo 1510 se refiere al error sobre la especie del acto o contrato o la identidad de la cosa específica que se trate. El artículo 1511 se refiere al error sobre la sustancia o calidad esencial del objeto sobre el que versa el contrato, o sobre cualquier otra calidad, cuando ella es el principal motivo que la lleva a contratar y ese motivo ha sido conocido por la otra parte. Finalmente, el artículo 1512 se refiere al error sobre la persona con la cual se quiere contratar, cuando esa persona es la causa del contrato.

Partiendo de lo anterior procede entonces el Tribunal a analizar si en el presente caso se encuentra acreditado un error en el acta de liquidación.

Desde esta perspectiva lo primero que se aprecia es que la demandada no ha acreditado que exista un error en el Acta de Liquidación, pues no demuestra que lo que se indica en el texto del Acta sea contrario a la realidad. En efecto, lo que indica la demandada es que se pide "*la nulidad del acta de liquidación, pues la misma no tiene los soportes y comprobantes contables que permitan identificar con claridad lo que fue objeto de inclusión en el acta de liquidación"*[62].

Desde esta perspectiva no se demuestra que lo que se indica en el Acta de Liquidación es erróneo. En efecto, el hecho que no exista un soporte contable no significa que lo que indica el acta de liquidación es erróneo. Por consiguiente, lo que debe acreditarse puntualmente es que uno o varios elementos incluidos en el Acta de Liquidación no corresponden a la realidad, lo que no encuentra el Tribunal demostrado.

[59] Sentencia de la Sala Civil del 2 de diciembre de 1942, GJ LV, página 204
[60] Sentencia de la Sala Civil del 25 de agosto de 1936, GJ XLIV, página 425
[61] François Terre, Philippe Simler, Yves Laquette. Droit Civil Obligations. Ed Dalloz, 9a ed. Paris 2005, párrafo 208.
[62] Alegatos de Cormagdalena.

Por el contrario, obra en el expediente el Auto No 0235 del 11 de febrero de 2022 de la Contraloría General de la República en el cual dicha entidad señala[63]:

"Por las razones anteriores, este Despacho considera que en el presente caso se encuentra demostrado que no existió pago injustificado de los valores reconocidos en la liquidación, a título de compensación por la terminación anticipada del contrato APP 001 de 2014 en la etapa de pre construcción, por lo cual, la suscrita Contralora Delegada Intersectorial N° 5 de la Unidad de Investigaciones Especiales Contra la Corrupción procederá a ordenar el archivo de la presente causal fiscal en la parte resolutiva de la presente decisión, en virtud de lo establecido en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000, toda vez, que como se expuso en los párrafos anteriores, con las pruebas allegadas al proceso no es posible determinar con certeza la existencia de un daño patrimonial cierto, especial anormal y cuantificable, pues respecto de los valores glosados se probó que los mismos cuentan con soportes que dan cuenta de las labores adelantadas como quedo manifiesto a lo largo de esta providencia."

Pero aún si lo anterior no fuera suficiente, es pertinente recordar que para que el error pueda viciar el consentimiento debe corresponder a alguna de las categorías que establece la ley.

Desde este punto de vista es claro que la demandada no invoca un error sobre la especie del acto o contrato, pues no sostiene que el Acta de Liquidación corresponda a un negocio jurídico distinto a una liquidación (artículo 1510 del Código Civil).

Ahora bien, cabría preguntarse si lo que invoca la demandada puede considerarse un error sobre la sustancia o calidad del objeto sobre el que versa el contrato.

En relación con este aspecto debe recordarse que en el derecho romano el error sobre la sustancia versaba sobre la materia o composición misma del objeto[64]; sin embargo, dicha concepción evolucionó posteriormente para darle un alcance distinto, habida cuenta que la materia de que está hecha una cosa puede ser irrelevante para las partes y para ellas otros aspectos pueden ser los realmente determinantes (por ejemplo, el autor de una pintura).

En este sentido la doctrina francesa señala que el error puede recaer sobre las calidades sustanciales de la cosa, que son aquellas que le dan su carácter específico y cuya ausencia desnaturalizaría a tal punto que se convertiría en otra cosa[65].

Desde esta perspectiva, si se examina el Código Civil se encuentra que el mismo establece en el artículo 1511 que el "*error de hecho vicia asimismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato, es diversa de lo que se cree; como si por alguna de*

[63] Cuaderno de pruebas No. 28 / archivo PDF "Auto 235 Contraloría" / página 1381.
[64] Terre, Simler, Laquette. Ob. cit. párrafo 215, quienes al efecto citan a Aubry et Rau
[65] Ibidem

las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante".

De esta manera, si bien el Código Civil toma como ejemplo de esta clase de error, el que recae sobre la materia, realmente su alcance no se limita a este aspecto, pues al definirlo hace referencia a la calidad esencial del objeto.

Desde esta perspectiva es pertinente señalar que los profesores Guillermo Ospina y Eduardo Ospina señalan que para estos efectos se entiende por sustancia del objeto "*el conjunto de propiedades o calidades esenciales de este, es decir, el conjunto de calidades materiales e inmateriales que determinan su naturaleza específica y que sirven para distinguirlo de otros objetos*"[66]

En un sentido semejante el profesor Fernando Hinestrosa señala "*Por sustancia se entendió primeramente la materia de la que está hecha la cosa, posteriormente se vio en ella el o los atributos que distinguen al objeto de cualquier otro, aquello que lo individualiza o lo precisa dentro de un género o las calidades de este, el carácter o el 'conjunto de propiedades cuya reunión determina la naturaleza de la cosa'*"[67].

De esta manera, cuando se trata del objeto de un acta de liquidación es menester preguntarse cuáles son las calidades que determinan la naturaleza del objeto de la misma. A este respecto conviene recordar que el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente sobre la liquidación de un contrato[68]:

"La liquidación final del contrato tiene como objetivo principal que las partes definan sus cuentas, que decidan en qué estado quedan después de cumplida la ejecución de aquél; que allí se decidan todas las reclamaciones a que ha dado lugar la ejecución del contrato, y por esa razón es ese el momento en que se pueden formular las reclamaciones que se consideren pertinentes. La liquidación finiquita la relación entre las partes del negocio jurídico, por ende, no pueden con posterioridad demandarse reclamaciones que no hicieron en ese momento".

De esta manera, teniendo en cuenta los criterios expuestos es claro que habría un error sobre la sustancia o las calidades esenciales del objeto, si la liquidación se refiriera a un contrato distinto a aquél que realmente se ejecutó.

En el presente caso la demandada no invoca un error de esta naturaleza. En efecto, es claro que el hecho de que no se hayan acompañado los soportes contables a los que se refiere la demandada no implican un error en la sustancia del Acta de Liquidación, pues ello no hace que cambie su naturaleza o los atributos del objeto de la misma de tal manera que sea otro.

---

[66] Guillermo Ospina Fernández, Eduardo Ospina Acosta. Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos. Temis 1980, página 198.
[67] Fernando Hinestrosa. Tratado de las Obligaciones II. De las Fuentes de las Obligaciones: el Negocio Jurídico. Ed Externado de Colombia, página 975.
[68] Sección Tercera, sentencia de 10 de abril de 1997, expediente 10.608. Esta posición es reiterada en numerosas decisiones de esta Sección, como, por ejemplo, sentencia de 6 de julio de 2005, expediente 14113, y de la Subsección B, sentencia de 10 de marzo de 2011, exp. 17963. Así mismo en la sentencia nueve (9) de octubre de dos mil catorce (2014) Radicación número: 25000-23-26-000-2001-02508-01(28881).

Por otra parte, el error también puede recaer según el Código Civil, sobre cualquiera otra calidad de la cosa "*cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte*".

Desde esta perspectiva, no aparecen demostrados en el proceso que los posibles errores que invoca la demandada, afectaran una calidad del Acta de Liquidación, por ser el principal motivo de ella.

A todo lo anterior, debe agregarse que, como lo advierte el Consejo de Estado, en la liquidación de un contrato las partes deciden todas las reclamaciones que han dado lugar a la ejecución del contrato y en qué estado quedan después de cumplida la ejecución de aquél. Precisa la ley 80 de 1993 que en "*el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas*".

Teniendo en cuenta lo anterior es pertinente entonces revisar las normas que regulan la nulidad de la transacción, las cuales parten de la base que dicho contrato busca resolver una controversia, en la cual cada parte afirma tener la razón y existe por ello una incertidumbre. Por ello, la ley establece reglas que precisan los eventos en los que las transacciones pueden ser anuladas por error.

En este sentido dispone el Código Civil en su artículo 2476 que es "*nula en todas sus partes la transacción obtenida por títulos falsificados, y en general por dolo o violencia*". Así mismo establece el artículo 2477 que es "*nula en todas sus partes la transacción celebrada en consideración a un título nulo, a menos que las partes hayan tratado expresamente sobre la nulidad del título*".

En esta medida una liquidación de un contrato sería nula si existiera dolo o violencia o si, en el caso de que contuviera una transacción, se fundara en un título falsificado o en un título nulo o se descubre un título que otorgaba el derecho y que fue ocultado dolosamente.

Ahora bien, la falta de los soportes que invoca la demandada no constituye un título falsificado o nulo.

Adicionalmente el Código Civil permite en su artículo 2482 anular la transacción cuando se descubre por "*títulos auténticos que una de las partes no tenía derecho alguno al objeto sobre que se ha transigido*". A tal efecto el Código Civil dispone:

"Art. 2482.- Si constare por títulos auténticos que una de las partes no tenía derecho alguno al objeto sobre que se ha transigido, y estos títulos al tiempo de la transacción eran desconocidos de la parte cuyos derechos favorecen, podrá la transacción rescindirse; salvo que no haya recaído sobre un objeto en particular, sino sobre toda la controversia entre las partes, habiendo varios objetos de desavenencia entre ellas.

"En este caso el descubrimiento posterior de títulos desconocidos no sería causa de rescisión, sino en cuanto hubieren sido extraviados u ocultados dolosamente por la parte contraria.

"Si el dolo fuere solo relativo a uno de los objetos sobre que se ha transigido, la parte perjudicada podrá pedir la restitución de su derecho sobre dicho objeto."

Como se puede apreciar, en las transacciones no es suficiente para obtener la nulidad de la misma, que se pretenda que se obtuvo posteriormente información que no se tenía y por virtud de la cual podría tenerse derecho a un mayor valor, y menos aún, que se pida la nulidad simplemente porque cuando se celebró no se tenía información.

En efecto, de conformidad con la norma transcrita, para que se pueda anular la transacción es necesario en primer lugar que se descubran títulos; en segundo término, que tales títulos acrediten que la parte que no conocía los documentos es titular del derecho; en tercer término, que dichos documentos hubiesen sido extraviados u ocultados dolosamente; y, finalmente, que dichos títulos que afecten todo el objeto de la transacción.

Por consiguiente, no es suficiente con invocar que no se acompañó algún soporte, salvo que se demuestre que el mismo acreditaba el derecho de una de las partes en la transacción y fue ocultado dolosamente por la parte contraria, y en todo caso deberá examinarse si ello afecta toda la transacción o apenas un elemento de la misma.

A este respecto en el proceso obra el Acuerdo de Entendimiento para la Restitución Voluntaria de los Bienes de Leasing y el Pago de Obligaciones Pendientes, suscrito entre CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT DE COLOMBIA S.A.S., CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. SUCURSAL COLOMBIA y el Banco de Occidente. En dicha acta se señala que se llegó a un acuerdo para la restitución parcial de algunos bienes de las operaciones de leasing el 15 de agosto de 2017, y se celebró un contrato sobre dichos bienes con VALORCON. En dicho documento las partes acuerdan que el valor de los otros bienes dados en leasing es de $27.860.000.000 y se establece que el valor total adeudado es de $38.298.010.267, por lo que se acuerda restituir los demás bienes en la fecha del acta es decir el 28 de noviembre de 2017 y que queda un saldo a cargo de las dos constructoras a favor del Banco por $10.438.010.267.

Ahora bien, no está acreditado en el proceso cuáles de los bienes objeto de leasing eran los que deberían revertir, por lo que no es posible concluir que los derechos de CORMAGDALENA no se limitaban al valor que se estimó por sus funcionarios sobre los bienes a revertir.

Por todo lo anterior, no aparece acreditado que existan documentos que acrediten que el derecho de la demandante en reconvención es distinto de aquello que se reconoció en la liquidación. Así mismo tampoco está establecido que existiera dolo para ocultar documentos que acreditaran tal circunstancia y menos aún que ello afecte la totalidad de la transacción.

Bajo esta perspectiva encuentra el Tribunal que no se ha acreditado la existencia de un documento del cual se desprenda que la entidad pública tenía un derecho que no le fue reconocido en el acta de liquidación y que afectara toda la liquidación.

Por lo anterior se negará esta pretensión lo que, de paso, comporta reconocer la excepción formulada por VALORCON sobre "Improcedencia de la declaración de nulidad relativa del acta de liquidación del 12 de octubre de 2017 al Contrato de APP 001 de 2014 por no existir vicio de consentimiento alguno de Cormagdalena en su suscripción"; así como la excepción propuesta por NAVELENA S.A.S., hoy liquidada, bajo la denominación "Ausencia de error que pueda conducir a la nulidad relativa del negocio jurídico de liquidación del contrato APP 001 de 2014".

9. Controversias relacionadas con la reliquidación del Contrato APP 001 de 2014

9.1. Contenido de las pretensiones

"- CUARTA SUBSIDIARIA: PRETENSIONES RELACIONADAS CON LA RELIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE APP NO. 001 DE 2014 SUSCRITO ENTRE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA y LA SOCIEDAD NAVELENA S.A.S. (HOY EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL)

"PRIMERA. - Que se declare que la liquidación del contrato APP No. 001 del 2014 suscrito entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA y la sociedad NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial), suscrita por éstas el día doce (12) de octubre del dos mil diecisiete (2017), incluyó costos y gastos sin soporte contable que permitieran la identificación, individualización, relación de causalidad y constatación con los hechos económicos reales que debían soportarlos.

"SEGUNDA. - Que se declare que como consecuencia de lo anterior el Acta de Liquidación del Contrato de APP No. 001 de 2014 suscrita entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA y la sociedad NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial), suscrita por éstas el día doce (12) de octubre del dos mil diecisiete (2017) debe rehacerse.

"TERCERA. - Que como consecuencia de lo anterior se declare que el Acta de Liquidación del Contrato de APP No. 001 de 2014 suscrita entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA y la sociedad NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial), suscrita por éstas el día doce (12) de octubre del dos mil diecisiete (2017) no produce efectos.

"CUARTA. - Se condene en costas y agencias en derecho a los demandados: VALORES Y CONTRATOS - VALORCON S.A. EN REORGANIZACIÓN, CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT DE COLOMBIA S.A.S. EN LIQUIDACION JUDICIAL, ODEBRECHT PARTICIPACIONES E INVESTIMENTOS S.A. y CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. (sucursal Colombia)".

9.2. Posición de las convocantes

En relación con la reliquidación del Contrato APP 001 de 2014 solicitada por Cormagdalena, la Constructora considera que se presenta una falta de

legitimación por pasivo material ya que, VALORES Y CONTRATOS S.A EN REORGANIZACIÓN no fue parte del mencionado Contrato ni tampoco suscribió el Acta de Liquidación, por lo que no es la debida contradictora de la Entidad.

Señala que la revisión y/o modificación jurisdiccional del contenido del Acta de Liquidación, pretendida por CORMAGDALENA, es improcedente en el ordenamiento jurídico, dado que está implicaría desconocer lo pactado de común acuerdo por las partes en un negocio jurídico debidamente suscrito y con todas las exigencias legales, violando así el principio de pacta sunt servanda contenido en el ordenamiento jurídico colombiano. Sostiene también, que lo que no se haya acordado en el Acta o se haya puesto como salvedad, no puede ser reconocido judicialmente por ser contrario a la buena fe contractual.

Por lo anterior, la Constructora concluye que el Acta de Liquidación del Contrato APP 001 de 2014 es un documento suscrito en el marco del artículo 60 de la ley 80 de 1993, mediante el cual las partes se obligaron, de manera voluntaria, previo un análisis técnico, económico y jurídico del mismo. De manera que, no es procedente que CORMAGDALENA indique que se hayan incluido sumas pagadas en exceso relacionadas con gastos y costos que supuestamente no guardaban relación con el Contrato, o que no tenían los soportes contables.

Adicionalmente, considerando que las pretensiones de nulidad del Contrato y del Acta de Terminación de este están llamadas al fracaso, la Constructora considera que no tiene fundamento alguno declarar probada la consecuencia que se pretende por CORMAGDALENA en cuanto al Acta de Liquidación. Agrega también que, no es procedente realizar una nueva liquidación del Contrato por cuanto se demostró que no existió causa u objeto ilícito de ninguna clase por desviación de poder.

9.3. Posición del Ministerio Público

El Ministerio Público considera que tampoco hay lugar a reliquidar el Contrato, a tal efecto precisa que la liquidación bilateral o voluntaria es un acto jurídico en donde concurren la voluntad dispositiva de los intereses de las partes del contrato para determinar el cumplimiento del objeto contractual, así como el estado de ejecución de las obligaciones de las partes. Dicha liquidación bilateral tiene fuerza vinculante y, por tanto, prohíbe a las partes buscar reconocimientos superiores a los pactados. No obstante, sólo por virtud de salvedades consignadas, vicios del consentimiento o eventos sobrevinientes en el perfeccionamiento de esta podrían reclamarse otros reconocimientos por vía administrativa o judicial.

Teniendo en cuenta lo anterior y revisando la salvedad consignada por CORMAGDALENA, el Ministerio considera que la Entidad no hizo reserva de las diferencias que ahora pretende discutir en sede judicial, por lo que no resulta procedente entrar a estudiar la pretensión encaminada a reliquidar el Contrato.

9.4. Consideraciones del Tribunal

Como se señaló precedentemente una comparación entre las pretensiones de la demanda inicial y las plasmadas en la demanda de reconvención demuestra que, salvo la primera de estas, las demás se encuentran caducadas porque la convocada adicionó otros pedimentos después de vencido el término de dos años previsto en el artículo 164 del CPACA.

En la mencionada pretensión primera de este acápite de la "CUARTA SUBSIDIARIA: PRETENSIONES RELACIONADAS CON LA RELIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE APP NO. 001 DE 2014", pidió CORMAGDALENA:

"**PRIMERA. -** Que se declare que la liquidación del contrato APP No. 001 del 2014 suscrito entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA y la sociedad NAVELENA S.A.S. (hoy en liquidación judicial), suscrita por éstas el día doce (12) de octubre del dos mil diecisiete (2017), incluyó costos y gastos sin soporte contable que permitieran la identificación, individualización, relación de causalidad y constatación con los hechos económicos reales que debían soportarlos".

Al respecto el Tribunal coincide con el señor agente del Ministerio Público en el sentido de que en el Acta de Liquidación (Anexo No. 30 cuaderno de pruebas No. 13 "Reforma Reconvención") CORMAGDALENA no dejó plasmada salvedad o reserva respecto de la pretensión mencionada, lo que constituye motivo suficiente para negarla. Adicionalmente, no obra en el expediente la suficiente evidencia probatoria que permita verificar uno a uno los soportes contables ni existe pronunciamiento pericial íntegro sobre el aspecto cuestionado.

En este sentido prosperan las excepciones propuestas por las convocantes denominadas "Imposibilidad de reclamar una nueva liquidación del contrato por falta de salvedades en el acta de liquidación" e "Improcedencia de la revisión y/o modificación jurisdiccional del Acta de Liquidación bilateral e improcedencia de la reliquidación del Contrato APP 001 de 2014"; así como la excepción formulada por NAVELENA S.A.S., hoy liquidada, denominada "La posibilidad de rehacer la liquidación no se reservó en el acto de liquidación del 12 de octubre de 2017".

10. Sobre otras excepciones formuladas por las partes

Las consideraciones precedentes relevan al Tribunal de pronunciarse sobre las demás excepciones que no fueron objeto de pronunciamiento expreso. En efecto, de una parte, ha señalado la Corte Suprema de Justicia estamos en presencia de verdaderas excepciones *"cuando el encausado aduce hechos diferentes a los que constituyen el fundamento de los pedimentos del actor, que por su carácter impeditivo o extintivo, están encaminados a enervarlos. Por el contrario, se entiende por defensa, aquella actitud del demandado que se restringe a la mera negación de los hechos o del derecho alegado en la demanda*"[69]. Las excepciones analizadas en concreto en este laudo realmente no revelan circunstancias orientadas a enervar las pretensiones, sino que,

[69] Corte Suprema De Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia 5493 de 19 de julio de 2000.

simplemente, contienen una oposición a partir de una lectura propia de los hechos de la litis.

De otro lado, sobre la resolución de las excepciones, el inciso tercero del artículo 282 del Código General del Proceso señala que "*Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, debe abstenerse de examinar las restantes*". Así, ha quedado claro en este proceso, que la prosperidad de las excepciones indicadas en cada aparte conduce al rechazo de la totalidad de las pretensiones formuladas por una y otra parte.

Finalmente, su simple falta de estructuración permite al juez negar las pretensiones, aún sin examinar las excepciones formuladas.

III. COSTAS Y JURAMENTOS ESTIMATORIOS

1. Teniendo en cuenta que no han de prosperar ni la demanda principal ni la demanda de reconvención, el Tribunal se abstendrá de condenar en costas.

Los excedentes no utilizados de la partida de Gastos, si los hubiera, serán rembolsados por la presidente del Tribunal a las partes en igual proporción.

2. Teniendo en cuenta que no han de prosperar las pretensiones de las demandas, principal y de reconvención, por carencia de causa y no por un justiprecio inadecuado de su alcance, no resulta del caso imponer sanción alguna por los juramentos estimatorios prestados. Lo anterior, mucho menos cuando el Tribunal no observa temeridad, mala fe, ni actitud dolosa en la conducta procesal de las partes.

Adicionalmente, con base en los criterios establecidos por la Corte Constitucional en la sentencia C-157 de 2013 no observa el Tribunal temeridad, ligereza ni impericia alguna de las partes en la formulación del respectivo juramento estimatorio.

IV. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, este Tribunal Arbitral, convocado para dirimir en derecho las controversias surgidas entre VALORES Y CONTRATOS S.A. VALORCON S.A. EN REORGANIZACIÓN, CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT DE COLOMBIA S.A.S. hoy liquidada, ODEBRECHT PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS S.A. y CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT −SUCURSAL COLOMBIA− EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, con la intervención de NAVELENA S.A.S. hoy liquidada, de una parte, y CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA – CORMAGDALENA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por habilitación de las partes y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Declarar probada la excepción de caducidad de la acción frente a las pretensiones declarativas Nos. 1.6, 1.7, 2.2, 2.3, 2.4, 2.5, 2.10, 3.1 a 3.13 y frente a la pretensión condenatoria 1.1, formulada por CORMAGDALENA y

por la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO contra la demanda principal reformada.

Segundo. Declarar de oficio caducada la acción en relación con las pretensiones declarativas 1.3, 2.6. 2.7, 2.11 y en relación con las pretensiones de condena 1.3, 1.5 y 1.7 de la demanda principal reformada.

Tercero. Declarar parcialmente probadas las excepciones formuladas por CORMAGDALENA contra la demanda principal reformada, denominadas "Inexistencia del derecho sustancial que da lugar a los derechos litigiosos", "Ausencia de buena fe por parte de Navelena S.A.S. en la ejecución del Contrato de APP No. 001 del 2014 y creación de obligaciones sin sustento para ser reconocidas por CORMAGDALENA", "Asunción (integral) de riesgo por parte del asociado y desconocimiento por parte del asociado de la distribución de riesgos en el contrato de asociación público privada" y "Obligación legal de revertir los bienes objeto de reversión".

Cuarto. Declarar parcialmente probada la excepción formulada por la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO contra la demanda principal reformada denominada "De la correcta aplicación de la Fórmula para la compensación por Terminación Anticipada del Contrato".

Quinto. Denegar las pretensiones de la demanda principal reformada.

Sexto. Declarar probada la excepción de caducidad de la acción, formulada por las sociedades convocantes, frente a las siguientes pretensiones de la demanda de reconvención reformada: (i) el grupo de Pretensiones Principales, relacionadas con la alegada nulidad absoluta del Contrato de APP No. 001 de 2014; (ii) el grupo de pretensiones correspondiente a la pretensión Primera Subsidiaria, en relación con la alegada nulidad del otrosí No 1 del Contrato de APP No. 001 de 2014; y (iii) la Cuarta pretensión del grupo correspondiente a la Pretensión Tercera Subsidiaria.

Séptimo. Declarar de oficio caducada la acción en relación con pretensiones Segunda y Tercera del grupo correspondiente a la Pretensión Cuarta Subsidiaria de la demanda de reconvención reformada.

Octavo. Declarar probada la excepción formulada por CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT DE COLOMBIA S.A.S. hoy liquidada, ODEBRECHT PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS S.A. y CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT −SUCURSAL COLOMBIA− EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL contra la demanda de reconvención reformada, denominada "Imposibilidad de reclamar una nueva liquidación del contrato por falta de salvedades en el acta de liquidación".

Noveno. Declarar probadas las excepciones formuladas por VALORES Y CONTRATOS S.A. VALORCON S.A. EN REORGANIZACIÓN contra la demanda de reconvención reformada denominadas "Improcedencia de la revisión y/o modificación jurisdiccional del Acta de Liquidación bilateral e improcedencia de la reliquidación del Contrato APP 001 de 2014", "El acta de terminación del Contrato APP 001 de 2014 no contiene declaraciones contrarias a la ley y el orden público y no tuvo como causa favorecer los intereses del

asociado, sin considerar el interés público que rige y es principio fundamental del régimen de la administración pública" e "Improcedencia de la declaración de nulidad relativa del acta de liquidación del 12 de octubre de 2017 al Contrato de APP 001 de 2014 por no existir vicio de consentimiento alguno de Cormagdalena en su suscripción".

Décimo. Declarar probadas las excepciones formuladas por NAVELENA S.A.S. hoy liquidada contra la demanda de reconvención reformada denominadas "La posibilidad de rehacer la liquidación no se reservó en el acto de liquidación del 12 de octubre de 2017", "Validez del Acta de Terminación por mutuo acuerdo del contrato APP 001 de 2014" y "Ausencia de error que pueda conducir a la nulidad relativa del negocio jurídico de liquidación del contrato APP 001 de 2014".

Undécimo. Denegar las pretensiones de la demanda de reconvención reformada.

Duodécimo. Abstenerse de condenar en costas.

Decimotercero. Disponer que por secretaría se expidan copias auténticas de este laudo a cada una de las partes y al Ministerio Público con las constancias de ley.

Decimocuarto. Disponer que por secretaria se remita el expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá para su archivo.

Notifíquese.

ADELAIDA ÁNGEL ZEA
Presidente

ÁLVARO MENDOZA RAMÍREZ
Árbitro
(con salvamento de voto)

JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA
Árbitro

ROBERTO AGUILAR DÍAZ
Secretario