



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C



MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA

Bogotá D.C., once (11) de diciembre de dos mil veinticinco (2025)

Referencia:	25000-23-36-000-2019-00904-00
Sentencia:	SC03-25124653
Medio de control:	Controversias contractuales
Demandante:	Nación – Ministerio de Transporte
Demandado:	Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. en liquidación
Tercero:	Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN
Tema:	Contrato de estabilidad jurídica. Nulidad de contrato de estabilidad jurídica. Causales de nulidad: Causa ilícita, objeto ilícito, desvío de poder. / Reliquidación de prima de estabilidad jurídica. Liquidación judicial del contrato de estabilidad jurídica. / Intervención de la DIAN para solicitar el reconocimiento de la sanción por disminución de pérdidas fiscales generadas en la declaración de impuestos de renta y complementarios.

Procede la Sala a proferir sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda presentada por la Nación – Ministerio de Transporte.

El 19 de diciembre de 2019 Nación – Ministerio de Transporte presentó demanda de controversias contractuales contra Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. en liquidación judicial, para que **(i)** se declarara la **nulidad del contrato de estabilidad jurídica 002 de 2012** celebrado entre demandante y demandada y como consecuencia de ello se declarara que la demandada no podía reclamar lo que hubiere dado o pagado con ocasión de dicho contrato. **Como consecuencia de lo anterior, (ii)** se declarara que la prima de estabilidad jurídica debía ser reliquidada de conformidad con lo que señalara el peritaje aportado; **(iii)** se liquidara judicialmente el referido contrato, condenando al pago de los valores que la demandada llegare a adeudar por concepto de prima o cualquier otra erogación; y **(iv)** se condenara en costas y agencias en derecho a la demandada¹.

¹ Expresamente solicitó como pretensiones:

PRETENSIONES DECLARATIVAS.

PRETENSIONES DECLARATIVAS PRETENSIONES DECLARATIVAS RELATIVAS A LA NULIDAD POR FALTA DE REQUISITOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE ESTABILIDAD JURÍDICA.

PRIMERA.- “Que se declare la nulidad absoluta del Contrato de Estabilidad Jurídica 002 de 2012 suscrito el treinta y uno (31) de diciembre de dos mil doce (2012) entre LA NACIÓN – MINISTERIO DE TRANSPORTE y la sociedad CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. (hoy EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL), por cuanto no contiene el requisito esencial de fijación del plazo de pago de la prima a cargo del inversionista propio de este tipo de contratos, de acuerdo con lo establecido en el literal e del artículo 4 de la Ley 963 de 2005 y el literal e del artículo 8 del Decreto 2950 de 2005”.

PRETENSIONES DECLARATIVAS RELATIVAS A LA NULIDAD DEL CONTRATO DE ESTABILIDAD JURÍDICA POR CAUSA ILÍCITA.

SEGUNDA.- “Que se declare la nulidad absoluta del Contrato de Estabilidad Jurídica No. 002 suscrito el treinta y uno (31) de diciembre del dos mil doce (2012) entre LA NACIÓN – MINISTERIO DE TRANSPORTE y la sociedad CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. (hoy EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL) por adolecer de causa ilícita en la formación y celebración del contrato y en consecuencia en los motivos que indujeron al

Como fundamento de las pretensiones indicó que el 14 de enero de 2010 Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y el Instituto Nacional de Concesiones -INCO- **celebraron el contrato de concesión No. 001 de 2010** - para realizar las obras necesarias para la construcción, rehabilitación, ampliación y mejoramiento y la preparación de los estudios definitivos, la gestión predial y social, la obtención y/o modificación de licencias ambientales, la financiación, la operación y el mantenimiento de las obras en el Sector 2: Puerto Salgar - San Roque del Proyecto Vial Autopista Ruta del Sol.

acto o contrato, pues los motivos determinantes que llevaron a la celebración del contrato estaban viciados por actos de corrupción que alteraron la validez de la causa jurídica que sirvió de fundamento para la celebración del mencionado contrato.”

TERCERA.- “Que se declare que la sociedad CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. (hoy EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL) celebró el contrato de Estabilidad Jurídica con LA NACIÓN - MINISTERIO DE TRANSPORTE, a sabiendas de la ilicitud de la causa.”

CUARTA.- “Como consecuencia de la declaración de nulidad absoluta del contrato de Estabilidad Jurídica por causa ilícita, a sabiendas de la ilicitud de la causa por parte de la sociedad CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. (hoy EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL), declare que esta sociedad no puede repetir por lo que haya dado o pagado con ocasión de la celebración de este contrato, de conformidad con el artículo 1525 del Código Civil.

PRETENSIONES DECLARATIVAS RELATIVAS A LA NULIDAD ABSOLUTA POR ILICITUD DEL OBJETO.

QUINTA.- “Que se declare la nulidad absoluta del Contrato de Estabilidad Jurídica No. 002 suscrito el treinta y uno (31) de diciembre del dos mil doce (2012) entre LA NACIÓN – MINISTERIO DEL TRANSPORTE y la sociedad CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. (hoy EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL) por adolecer de objeto ilícito en las prestaciones emanadas de dicho contrato, por cuanto se estabilizaron normas jurídicas a las cuales renunció el solicitante CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. (hoy EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL), siendo dicha estabilización contraria al orden público.

SEXTA.- “Como consecuencia de la declaración de nulidad absoluta del contrato de Estabilidad Jurídica por objeto ilícito, a sabiendas de la ilicitud del objeto por parte de la sociedad CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. (hoy EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL), declare que esta sociedad no puede repetir por lo que haya dado o pagado con ocasión de la celebración de este contrato, de conformidad con el artículo 1525 del Código Civil.”

PRETENSIONES DECLARATIVAS DE NULIDAD ABSOLUTA RELATIVAS AL DESVÍO DEL PODER.

SÉPTIMA.- Se declare la nulidad absoluta del contrato de Estabilidad Jurídica No. 002 del treinta y uno (31) de diciembre del dos mil doce (2012), celebrado entre LA NACIÓN - MINISTERIO DEL TRANSPORTE y la CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. (hoy EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL) por cuanto se actuó con desvío del poder en los actos previos y concomitantes a la suscripción del contrato, de acuerdo con las intervenciones de la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) y del Ministerio de Transporte que antecedieron a la celebración del Comité de Estabilidad Jurídica del 21 de diciembre del 2012, actuaciones que resultaron contradictorias respecto de posiciones asumidas hasta el 21 de diciembre de 2012 en relación con la estabilidad de las normas; lo anterior de conformidad con el numeral 3 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

OCTAVA.- Se declare la nulidad absoluta del contrato de Estabilidad Jurídica No. 002 del treinta y uno (31) de diciembre del dos mil doce (2012), suscrito entre LA NACIÓN - MINISTERIO DE TRANSPORTE y la sociedad CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. (hoy EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL), en tanto se celebró con desvío del poder, al haberse estabilizado normas, resoluciones, conceptos y decretos a cuya estabilidad había renunciado el solicitante, de conformidad con el numeral 3 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

NOVENA.- Que se declare que la prima de estabilidad jurídica debe ser reliquidada de conformidad con lo que señale el peritaje que se anuncia.

PRETENSIONES DE CONDENA.

Relacionadas con pagos de primas de estabilidad jurídica, si a ello hubiere lugar y otras declaraciones de condena si el Ministerio de Transporte tuviere alguna suma por cobrar.

PRIMERA.- Que como consecuencia de prosperar cualquiera de las pretensiones relacionadas con la declaración de nulidad absoluta del contrato, se ordene la liquidación del contrato de Estabilidad Jurídica No. 02 del 31 de diciembre del 2012, suscrito entre LA NACIÓN - MINISTERIO DE TRANSPORTE y la sociedad CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. (hoy EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL).

SEGUNDA.- Que se condene en costas y agencias en derecho a la sociedad CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL”.

El 31 de diciembre de 2012, Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y la Nación – Ministerio de Transporte **celebraron el contrato de estabilidad jurídica No. 002 de 2012**, con el objeto de “ejecutar por parte del INVERSIONISTA del proyecto de inversión consistente en la construcción de una nueva calzada, la rehabilitación de la calzada actual, la ampliación y mejoramiento, según corresponda, del sector No. 2 del proyecto vial Ruta del Sol, entre las poblaciones de Puerto Salgar (Cundinamarca) y San Roque (Cesar), con una longitud de 528 kilómetros, así como la preparación de los estudios definitivos, la gestión predial y social, la obtención y/o modificación de licencias ambientales, la financiación, la operación y el mantenimiento de las obras de dicho sector. Por su parte, la NACIÓN garantiza la estabilidad jurídica sobre las normas identificadas como determinantes para la inversión, señaladas en la cláusula cuarta de este contrato”.

Como contraprestación a la estabilización jurídica sobre las normas identificadas como determinantes para la inversión, señaladas en la cláusula cuarta del contrato correspondiente, **el inversionista debía**, además de realizar las inversiones en el proyecto de infraestructura, **pagar una prima de estabilidad jurídica** en los términos de la cláusula octava del contrato de estabilidad jurídica. La prima en mención debía ser pagada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con base en el artículo 5º de la Ley 963 de 2005, equivalente al 4.38% del valor de la renta líquida gravable del inversionista por cada uno de los años de vigencia del contrato.

El 16 de abril de 2013 inició la ejecución del contrato de estabilidad jurídica. Con base en la cláusula novena del contrato de estabilidad jurídica, dicho contrato tiene un término de duración de trece (13) años contados a partir de la suscripción del acta de inicio, esto es, desde el 16 de abril de 2013 hasta el 15 de abril de 2026.

Con ocasión de un proceso administrativo sancionatorio adelantado en la **Superintendencia de Industria y Comercio**, se decretaron medidas cautelares tendientes a suspender o hacer cesar los efectos ilegales de las conductas presuntamente contrarias a la libre competencia económica. Específicamente, el 16 de febrero de 2017 la Superintendencia de Industria y Comercio mediante la resolución No. 5216 **ordenó a la ANI**, a título de medida cautelar, **dar por terminado el contrato de concesión No. 001 de 2010**.

El 22 de febrero de 2017 **la ANI y la concesionaria Ruta del Sol S.A.S. celebraron el “Acuerdo para la terminación y liquidación del contrato de concesión No. 1 de 2010”**. En este acuerdo se convinieron una serie de obligaciones sobre la liquidación contractual, las cuales fueron condicionadas a la aprobación del Tribunal de Arbitramento que fue conformado.

El 6 de agosto de 2019, como resultado del proceso arbitral entre la ANI y la concesionaria Ruta del Sol S.A.S., fue proferido el **laudo arbitral** mediante el que se **declaró**, entre otras cosas, la **nulidad absoluta del contrato de concesión 001 de 2010** y de todos sus otrosíes, por tener objeto y causa ilícitos y por haberse celebrado con abuso y desviación de poder, toda vez que quedó demostrado que para su adjudicación y celebración se incurrieron en maniobras y artificios fraudulentos.

La parte actora consideró que el contrato de estabilidad jurídica 002 de 31 de diciembre de 2012 era nulo por estar incurso en las causales de nulidad de:

- Causa ilícita en la formación y celebración del contrato y en consecuencia en los

motivos que indujeron al acto o contrato, pues los motivos determinantes que llevaron a la celebración del contrato estaban viciados por actos de corrupción que alteraron la validez de la causa jurídica que sirvió de fundamento para la celebración de dicho negocio jurídico.

- Objeto ilícito y desvío de poder en las prestaciones emanadas de dicho contrato, porque se estabilizaron normas jurídicas a las cuales renunció el solicitante Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., siendo dicha estabilización contraria al orden público.
- No tener el requisito esencial de fijación del plazo de pago de la prima a cargo del inversionista propio de este tipo de contrato, de acuerdo con lo establecido en el literal “e” del artículo 4 de la Ley 963 de 2005 y el literal e del artículo 8 del Decreto 2950 de 2005.

2. Actuación procesal.

Fecha	Actuación
19 de diciembre de 2019	Se presentó la demanda
30 de marzo de 2020	Se inadmitió la demanda
21 de octubre de 2020	Se confirmó la decisión de inadmitir la demanda
9 de noviembre de 2020	Se subsanó la demanda
22 de febrero de 2021	Se admitió la demanda
14 de mayo de 2021	Se reformó la demanda
14 de mayo de 2021	El agente liquidador de la sociedad demandada advirtió que no se le había notificado el auto admisorio de la demanda. Aseguró que sólo se enteró de la existencia del proceso cuando el apoderado de la parte demandante le remitió copia de la reforma a la demanda. Por ello, solicitó la declaratoria de nulidad de todo lo actuado desde la admisión de la demanda.
21 de mayo de 2021	Secretaría notificó electrónicamente el auto admisorio de la demanda, junto con la copia de la demanda y su subsanación, al agente liquidador de la parte demandada
2 de junio de 2021	La parte demandante allegó nuevamente escrito de reforma a la demanda. La reforma a la demanda sólo se refirió a la adición de algunas pruebas y a la aclaración de la solicitud de otras pruebas documentales solicitadas inicialmente
6 de julio de 2021	El agente liquidador de la accionada contestó la demanda
4 de agosto de 2021	La DIAN allegó escrito mediante el cual solicitó ser vinculada al proceso en calidad de litisconsorte cuasinecesario por activa al existir un interés directo y verse afectada con la nulidad del contrato objeto de litigio. Formuló demanda contra la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. en liquidación.
20 de septiembre de 2021	Se admitió la reforma a la demanda y el Despacho se refirió a la improcedencia de la solicitud de nulidad presentada por el agente liquidador de la demanda. También, se admitió la vinculación de la DIAN y se

	admitió la demanda presentada por la DIAN contra la Concesionaria Ruta del Sol en liquidación.
12 de octubre de 2021	Se contestó la reforma a la demanda presentada por el Ministerio de Transporte.
26 de noviembre de 2021	Se contestó la demanda presentada por la DIAN y propuso como excepción previa la falta de legitimación en la causa por activa de dicha entidad
28 de marzo de 2022	Se adecuó el proceso para emitir sentencia anticipada parcial por advertir configurada la excepción previa de falta de legitimación en la causa por pasiva de la DIAN, frente a las pretensiones 4.3 a 4.5 elevadas por la DIAN.
5 de abril de 2022	Nación – Ministerio de Transporte interpuso recurso de reposición contra la decisión del 28 de marzo de 2022
7 de abril de 2022	La Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. – En liquidación alegó de conclusión
19 de abril de 2022	La Nación – Ministerio de Transporte alegó de conclusión
21 de abril de 2022	La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado manifestó su deseo de intervenir dentro del proceso de la referencia, al tenor de lo establecido en el Decreto 2269 de 2019 y los artículos 610 y 611 del CGP, por lo cual el proceso quedó suspendido por el término de 30 días
22 de abril de 2022	El procurador emitió concepto
13 de mayo de 2022	La DIAN presentó alegatos de conclusión
27 de mayo de 2022	La ANDJE alegó escrito
26 de septiembre de 2022	Se rechazó por extemporáneo el recurso de reposición formulado por la Nación –Ministerio de Transporte contra el auto del 28 de marzo de 2022
2 de noviembre de 2022	La Sala de Subsección derrotó la sentencia anticipada presentada por el magistrado ponente
8 de noviembre de 2022	Se negaron las excepciones propuestas por la demandada
1 de diciembre de 2022	Se realizó audiencia inicial
4 de julio de 2023	Se realizó audiencia de pruebas
17 de octubre de 2023	Se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al procurador para emitir concepto
2 de noviembre de 2023	La Nación - Ministerio de Transporte, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y la demandada alegaron de conclusión
2 de noviembre de 2023	El Procurador emitió concepto
4 de febrero de 2024	Ingresó el proceso al despacho para fallo

3. La demanda presentada por la DIAN.

El 4 de agosto de 2021 la DIAN presentó demanda y solicitó ser vinculada al proceso como litisconsorte cuasinecesaria por activa al existir un interés directo y verse afectada con la nulidad del contrato EJ-002 de 2012 que pretende el Ministerio de Transporte.

Señaló que tenía un interés directo en este proceso, porque el objeto del contrato de estabilidad jurídica era la ejecución del proyecto de inversión, consistente en la construcción

de una nueva calzada, la rehabilitación de la calzada actual, la ampliación y mejoramiento del tramo 2 de la denominada Ruta del Sol por parte de la demandada Concesionaria Ruta del Sol SAS y por ello la Nación le garantizó la estabilidad jurídica sobre las normas tributarias identificadas como determinantes para la inversión. En la cláusula cuarta del contrato la demandada estabilizó el artículo 158-3 del Estatuto Tributario lo que le permitía la deducción del 30% del valor de la inversión realizada en activos fijos reales productivos.

La celebración de este contrato de estabilidad jurídica le significó la posibilidad de generar mayores pérdidas fiscales en sus declaraciones de impuestos por los años gravables 2013, 2014 y 2015, que deben ser disminuidas.

Solicitó como pretensiones **(i) declarar la nulidad absoluta del contrato** EJ 002 de 2012 suscrito por la demandada Concesionaria Ruta del Sol SAS en liquidación; **como consecuencia de la declaración de nulidad absoluta, (ii)** ordenar a la demandada a pagar a favor de la DIAN la suma de treinta y seis mil doscientos veintiocho millones ochocientos setenta y cinco mil doscientos cincuenta pesos moneda cte. (\$36.228'875.250), correspondiente a la sanción por disminución de pérdidas fiscales que señala el artículo 647-1 del Estatuto Tributario, generadas en la declaración del impuesto de renta y complementarios del año gravable 2013 como consecuencia de llevar la deducción especial sobre inversión en activos fijos reales productivos, contenida en el artículo 158-3 del E.T., norma que estabilizó en el contrato EJ 002 de 2012; **(iii)** ordenar a la demandada a pagar a favor de la DIAN cincuenta y cinco mil novecientos cuarenta y siete millones sesenta mil pesos moneda corriente (\$55.947'060.000) por concepto de la sanción del artículo 647-1 del Estatuto Tributario, correspondiente al impuesto teórico del año gravable 2014 que la DIAN ha dejado de recaudar por impuesto de renta y complementarios como consecuencia de la generación de pérdidas fiscales que registró en la declaración de renta presentada por ese año; **(iv)** ordenar a la demandada a pagar a favor de la DIAN cincuenta y tres mil doscientos setenta y cinco millones setecientos sesenta y un pesos moneda corriente (\$53.275'761.000) por concepto de la sanción del artículo 647-1 del Estatuto Tributario, correspondiente al impuesto teórico del año gravable 2015 que la DIAN ha dejado de recaudar por impuesto de renta y complementarios como consecuencia de la generación de pérdidas fiscales que registró la demandada en la declaración de renta presentada por ese año².

² Expresamente solicitó como pretensiones:

4.1. Que se acepte a la U.A.E. DIAN como litisconsorte cuasi necesario en el medio de control de controversias contractuales de la referencia, promovido por el Ministerio de Transporte y, en consecuencia, se le vincule en tal carácter a este proceso.

4.2. Que se declare la nulidad absoluta del contrato de estabilidad jurídica EJ-002 de 2012, suscrito por la demandada CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S - En Liquidación y el MINISTERIO DE TRANSPORTE, de acuerdo a los fundamentos y pruebas presentadas en la demanda y porque la demandada: i) utilizó el beneficio del artículo 158-3 del Estatuto Tributario (E.T.), norma que estabilizó, lo cual significó la posibilidad de generar unas pérdidas superiores que deben disminuirse y ello genera sanción por disminución de pérdidas en el impuesto de renta de los años gravables 2013, 2014 y 2015 y ii) La deducción especial por inversión en activos fijos reales productivos del artículo 158-3 fue determinante para la inversión objeto del contrato en menoscabo del erario.

4.3. Como consecuencia de la declaración de nulidad absoluta del Contrato de Estabilidad Jurídica EJ-002 de 2012, se ordene a la demandada Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. – En Liquidación a pagar a favor de la DIAN la suma de treinta y seis mil doscientos veintiocho millones ochocientos setenta y cinco mil doscientos cincuenta pesos M/CTE (\$36.228.875.250).

Este valor corresponde a la sanción por disminución de pérdidas fiscales que señala el artículo 647-1 del Estatuto Tributario, generadas en la declaración del impuesto de renta y complementarios del año gravable 2013 como consecuencia de llevar la deducción especial sobre inversión en activos fijos reales productivos, contenida en el artículo 158-3 del E.T., norma que estabilizó el contrato EJ 002 de 2012, según se expone en el capítulo 5.

Como fundamento de las pretensiones explicó que la Nación - Ministerio de Transporte y Concesionaria Ruta del Sol S.A.S celebraron el contrato de estabilidad jurídica EJ No 002 del 31 de diciembre de 2012. El objeto del contrato era la ejecución del proyecto de inversión por parte de la demandada y por ello la Nación le garantizó la estabilidad jurídica sobre normas tributarias identificadas como determinantes para la inversión. Con un plazo de ejecución de 13 años, desde el 16 de abril de 2013 hasta el 15 de abril de 2026.

Las normas objeto de estabilidad jurídica se encuentran expresadas en la cláusula 4ª del contrato EJ 002 de 2012 y son las siguientes:

- ↳ Estatuto Tributario: Artículos 5, 11 Inciso 2, 14, 14-1, 14-2, 18, 20, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 35, 35-1, 36, 36-1, 36-2, 36-3, 40, 40-1, 41, 45, 48, 49, 50, 52, 56-1, 56-2, 58, 59, 60, 62, 64, 66 a 72, 74 a 77, 79 a 82, 86, 89, 90, 91, 102, 102-1, 104 a 110, 114, 115, 117, 118, 120 a 131, 134 a 140, 142, 143, 145 a 149, 158-1, 158-2, 158-3, 178, 179, 188 a 191, 193, 200 a 202, 206 a 207-2, 240, 245, 247, 248, 253, 254, 259, 260-1, 260-5, 260-7, 261 a, 273, 275 a 283, 285 a 287, 292 a 301, 311 a 313, 316, 365 a 368-1, 373, 374, 389, 390 a 393, 395, 396 a 397-1, 401, 401-2, 406 a 408, 411, 412, 414, 415, 418, 419, 583, 588, 589, 689, 689-1, 745, 746, 794, 807, 809, 810, 815, 815-1 y 817.
- ↳ Código de Comercio: Artículos 1223, 1226, 1227 y 1228.
- ↳ Ley 9 de 1979 Código Sanitario Nacional: Artículos 10, 12, 26, 28 y 41.
- ↳ Ley 9 de 1989: Artículos 10 literal e, 13, 14, 15, 17, 20, 21, 24, 26, 28, 29 y 30.
- ↳ Ley 44 de 1990: Artículos 4 y 17.
- ↳ Ley 80 de 1993: Artículos sobre Fiducia Pública: Artículo 25 numeral 5, artículo 25 numeral 8, 13, 14, 15, 16 y 20 y artículo 32 numeral 4 y parágrafo 2.
- ↳ Ley 99 de 1993: Artículos 42, 43, 49, 50, 51, 56, 57 y 62.
- ↳ Ley 105 de 1993: artículos 12, 13, 21, 22, 23, 30, 31, 32, 33, 34, 35 y 36.
- ↳ Ley 223 de 1995: Artículo 89.
- ↳ Ley 388 de 1997: Artículo 99 numeral 2.
- ↳ Ley 400 de 1997: Artículos 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37 y 38.
- ↳ Ley 685 de 2001: Artículos 35, 36, 116, 117, 118, 119 y 120.
- ↳ Ley 769 de 2002: Artículos 1, 101, 102, 105, 106 y 107.
- ↳ Ley 787 de 2002: Artículo 1.
- ↳ Ley 1111 de 2006: Artículo 78, en cuanto deroga las siguientes normas del Estatuto Tributario: Artículo 133: Ajustes por inflación, artículo 260-11: sobretasa al impuesto de renta, artículos 318, 319, 320, 321, 321-1, 322, 328 y 329: impuesto de remesas, artículos 328, 329, 330, 331, 332, 333-2, 334, 336, 337, 338, 339, 340,

4.4. Como consecuencia de la declaración de nulidad absoluta del Contrato de Estabilidad Jurídica EJ-002 de 2012, se ordene a la demandada Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. – En Liquidación a pagar a favor de la DIAN el valor de cincuenta y cinco mil novecientos cuarenta y siete millones sesenta mil pesos M/CTE (\$55.947.060.000) por concepto de la sanción del artículo 647-1 del Estatuto Tributario.

Este valor corresponde al impuesto teórico del año gravable 2014 que la DIAN ha dejado de recaudar por impuesto de renta y complementarios como consecuencia de la generación de pérdidas fiscales que registró en la declaración de renta presentada por ese año.

4.5. Como consecuencia de la declaración de nulidad absoluta del Contrato de Estabilidad Jurídica EJ-002 de 2012, se ordene a la demandada Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. – En Liquidación a pagar a favor de la DIAN el valor de cincuenta y tres mil doscientos setenta y cinco millones setecientos sesenta y un pesos M/CTE (\$53.275.761.000) por concepto de la sanción del artículo 647-1 del Estatuto Tributario.

Este valor corresponde al impuesto teórico el año gravable 2015 que la DIAN ha dejado de recaudar por impuesto de renta y complementarios como consecuencia de la generación de pérdidas fiscales que registró la demandada en la declaración de renta presentada por ese año.

- 341, 342, 345, 346, 347, 348, 348-1, 349, 350, 351, 352, 353: Ajustes valor Activos.
- ↵ Ley 1150 de 2007: Artículo 28.
 - ↵ Ley 1228 de 2012: Artículos 1, 2, 4, 5, 6, 7 y 8.
 - ↵ Decreto 187 de 1975: Artículos 71, 72, 74, 75, 77, 78, 79, 80 y 82.
 - ↵ Decreto 2123 de 1975: Artículo 2.
 - ↵ Decreto 1541 de 1978: Artículos 91, 92, 93 y 207.
 - ↵ Decreto 2595 de 1979: Artículos 37, 39 y 40.
 - ↵ Decreto 353 de 1984: Artículos 18 y 30.
 - ↵ Decreto 1594 de 1984: Artículo 72.
 - ↵ Decreto 1512 de 1985: Artículo 5.
 - ↵ Decreto 3019 de 1989: Artículos 2 y 6.
 - ↵ Decreto 836 de 1991: Artículos 5, 6, 7, 8 y 37.
 - ↵ Decreto 2075 de 1992: Artículo 29.
 - ↵ Decreto 2649 de 1993: Artículos 1, 3 a 14, 17, 18, 20, 21, 22, 31, 34, 35 a 55, 62, 64, 66, 67, 69, 70, 74 a 76, 78 a 82, 85, 87 a 91, 96 a 102, 104, 105, 106, 110, 113 a 128, 130 a 136 y 139.
 - ↵ Decreto 948 de 1995: Artículos 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 12, 13, 14, 18 y 19.
 - ↵ Decreto 111 de 1996 (Estatuto Orgánico del Presupuesto): Artículos 9, 10, 11, 19, 23, 24, 41, 49, 63, 68, 71, 76 y 77.
 - ↵ Decreto 568 de 1996: Artículos 6, 19 y 20.
 - ↵ Decreto 2105 de 1996: Artículo 1.
 - ↵ Decreto 3050 de 1997: Artículos 2, 3, 4, 5, 6 y 7.
 - ↵ Decreto 1420 de 1998: Artículos 1, 2, 6, 8, 9, 13, 15, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25 y 26.
 - ↵ Decreto 1514 de 1998: Artículos 11 y 14.
 - ↵ Decreto 2080 de 2000: Artículos 3 y 31.
 - ↵ Decreto 2331 de 2001: Artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 12 y 13.
 - ↵ Decreto 2394 de 2002: Artículo 1.
 - ↵ Decreto 2201 de 2003: Artículos 1 y 2.
 - ↵ Decreto 1766 de 2004: Artículos 2, 3, 4 y 5.
 - ↵ Decreto 4123 de 2005: Artículos 1, 3, 4 y 5.
 - ↵ Decreto 4730 de 2005: Artículo 23.
 - ↵ Decreto 1900 de 2006: Artículos 1, 2, 3, 4 y 5.
 - ↵ Decreto 567 de 2007: Artículos 2, 3, 4 y 7.
 - ↵ Decreto 4980 de 2007: Artículo 2.
 - ↵ Decreto 1399 de 2010: Artículos 1, 2 y 3.
 - ↵ Decreto 2820 de 2010: Artículos 3, 6, 7, 8 Numerales 8.1 literales a y b, artículos 13, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 29, 30, 31, 34 y 35.
 - ↵ Resolución Externa No. 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República: Artículos 10 Parágrafo 1, y 83.
 - ↵ Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES: Documento CONPES Nos. 3571 de 2009.
 - ↵ Ministerio de Hacienda y Crédito Público: Resolución 2996 de 1976, artículo 1.
 - ↵ Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales: Oficio 1488 de 1995, Concepto 30984 de 1999, Concepto 40233 de 1999, Concepto 66281 de 2001, Concepto 77915 de 2002, Concepto 2651 de 2002, Concepto 10994 de 2003, Concepto 46385 de 2003, Concepto 33741 de 2004, Concepto 39257 de 2004, Oficio 013938 de 2005, Concepto 11039 de 2006, Concepto 13816 de 2006, Concepto 61758 de 2007, Concepto 29461 de 2008, Concepto 104242 de 2008, Oficio Tributario No. 085073 de 2008, Oficio 3480 de 2009, Concepto 14873 de 2009.
 - ↵ Resoluciones del Instituto Nacional de Vías: 5864 de 12 de noviembre de 1998,

artículo 1. 5867 de 12 de noviembre de 1988 artículo 1. No. 2857 de 6 de julio de 1999 artículo 1º. No. 2658 de 27 de junio de 2002 artículo 1.

✎ Resoluciones del Ministerio de Transporte: No. 8915 del 30 de diciembre de 1996 artículo 1º. No. 007200 del 04 de junio de 2002 artículos 1, 2, 4 y 5. No. 000063 de 2003 artículos 1, 2 y 3. No. 5675 de 2003 artículos 3 y 4. No. 000070 del 21 de enero de 2004 artículos 1, 2, 3 y 4. No. 1050 del 5 de mayo de 2004 artículos 1 y 2. No. 004100 del 28 de diciembre de 2004 artículos 1 a 4 y 7 a 14. No 000950 de 2006 artículos 1, 2, 3 y 4. No. 4959 de 2006 artículos 1 a 7. No. 003288 del 15 de agosto de 2007 artículo 1. No. 003290 del 15 de agosto de 2007 artículo 1. No. 4577 de 2009 artículos 1 y 2 y No 5624 de 2009 artículo 8.

Indicó que la actora i) utilizó el beneficio del artículo 158-3 del Estatuto Tributario (E.T.), norma que estabilizó, lo cual significó la posibilidad de generar unas pérdidas superiores que deben disminuirse y ello genera sanción por disminución de pérdidas en el impuesto de renta de los años gravables 2013, 2014 y 2015 y ii) la deducción especial por inversión en activos fijos reales productivos del artículo 158-3 fue determinante para la inversión objeto del contrato en menoscabo del erario.

La demandada presentó la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios de los años gravables 2013, 2014 y 2015, declarando las siguientes pérdidas líquidas:

Año	Valor declarado
2013	-\$164.958.884.000
2014	-\$301.154.348.000
2015	-\$417.783.150.000

La demandada hizo uso de la deducción especial del artículo 158-3 del Estatuto Tributario en la declaración del impuesto de renta de los años gravables 2013, 2014 y 2015 como se evidencia en los renglones 54 de las declaraciones mencionadas:

AÑO GRAVABLE (renglón 54 declaración)	Valor de la Deducción Especial del artículo 158-3 del E.T. (norma estabilizada por la demandada en el CEJ-002)
2013	144.915.501.000
2014	223.788.240.000
2015	213.103.043.000
Total	581.806.784.000

La deducción especial del artículo 158-3 del Estatuto Tributario llevada por la demandada en la declaración del impuesto de renta de los años gravables 2013, 2014 y 2015 generó una mayor pérdida líquida del ejercicio fiscal como se aprecia en el renglón 58 de cada una de las respectivas declaraciones tributarias.

El haber llevado el beneficio del artículo 158-3 del Estatuto Tributario es objeto de sanción por disminuir pérdidas como lo contempla el artículo 647-1 del Estatuto Tributario, la que equivale al impuesto teórico de renta que debió pagar a la tarifa del 25% como persona jurídica.

	Año 2013	Año 2014	Año 2015
Valor pérdidas declaradas por Concesionaria Ruta del Sol S A	164.958.884.000	301.154.348.000	417.783.150.000
Menor pérdida que debió declarar Concesionaria Ruta del Sol S A en Liquidación Judicial	144.915.501.000	223.788.240.000	213.103.043.000
Impuesto teórico del 25%	25%	25%	25%
Sanción por la disminución de pérdidas del art 647-1 Estatuto Tributario.	\$36.228.875.250	\$55.947.060.000	\$53.275.761.000

El 6 de agosto de 2019 el Tribunal de Arbitramento profirió laudo arbitral mediante el cual declaró, entre otras, la nulidad absoluta del contrato de concesión 001 de 2010 y de todos sus otrosíes, por tener objeto y causa ilícitos y por haberse celebrado con abuso y desviación de poder.

4. Contestación de la demanda.

4.1. Contestación de la demanda presentada por la Nación – Ministerio de Transporte.

El liquidador de Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. en liquidación judicial se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda. Explicó que, mediante auto No. 460-000202 del 15 de enero de 2020, la Superintendencia de Sociedades decretó la apertura del proceso de liquidación judicial de la concesionaria, lo que implicó la terminación legal de todos los contratos de tracto sucesivo o de ejecución diferida, incluidos los contratos de estabilidad jurídica objeto del proceso, conforme al artículo 50.4 de la Ley 1116 de 2006. En consecuencia, argumentó que no procede pronunciamiento alguno sobre un contrato ya extinguido por mandato legal.

En todo caso, argumentó que el contrato fue celebrado cumpliendo todos los requisitos esenciales de la Ley 963 de 2005, con aprobación de las más altas instancias del Gobierno (Presidencia de la República, Ministerio de Hacienda, Ministerio de Comercio y DNP). Por tanto, no existió objeto ni causa ilícita, ni desviación de poder, ni vicios de consentimiento. La empresa actuó dentro del marco legal y los actos de corrupción alegados no comprometen a sus administradores, sino que deben ser probados por la parte actora.

Señaló que este contrato es instrumental y autónomo respecto del contrato de concesión, por lo cual no pueden trasladarse a él los vicios o irregularidades imputados al otro contrato.

Negó que la celebración del contrato estuviera vinculada con hechos de corrupción o conductas delictivas. Afirmó que la parte actora no había probado que el contrato se celebrara con fines ilícitos o desviados del interés público.

Sostuvo que el Comité de Estabilidad Jurídica actuó conforme a sus competencias y sin interferencias indebidas. No existen pruebas de que sus miembros hubieran recibido dádivas o actuado con fines personales o contrarios al interés público.

Alegó que las primas pagadas se calcularon conforme a las declaraciones de renta y a la

resolución 1732 de 2012 del Ministerio de Hacienda, las cuales no han sido modificadas ni pueden ser revisadas en este proceso.

4.2. Contestación de la demanda presentada por la DIAN.

El liquidador se opuso a las pretensiones de la demanda de la DIAN, pues las pérdidas son el resultado de la depuración del impuesto sobre la renta y complementarios de conformidad con el artículo 26 del Estatuto Tributario, motivo por el cual se hace necesario que exista una liquidación oficial de revisión por cada período gravable (2013, 2014 y 2015); precedida de una actuación administrativa que contenga las modificaciones correspondientes, competencia asignada por el Estatuto Tributario, el Decreto 4048 de 2008 y el 1742 de 2020 a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Consideró que la imposición de sanciones que solicita el demandante desconoce el derecho al debido proceso, pues, atendiendo al principio de legalidad corresponde a la DIAN y no a la justicia contenciosa administrativa, determinar dichas sanciones en actuaciones administrativas. Señaló que el Tribunal carecía de competencia para imponer sanciones tributarias, conforme al Decreto 4048 de 2008.

También alegó la caducidad para la imposición de sanciones tributarias, pues el Estatuto Tributario vigente para los periodos 2013 a 2015 establece que la facultad de la DIAN para imponer la sanción consagrada en el artículo 647-1 es de 5 años, contados a partir de la fecha de su presentación.

Asimismo, indicó que, conforme al artículo 141 del CPACA, la DIAN carecía de legitimación en la causa por activa en el presente proceso de controversias contractuales. Que se impongan sanciones de tipo tributario y que se realice la modificación de las declaraciones privadas de impuesto sobre la renta presentadas por la demandada, no se encuentra en la órbita de lo estipulado en el artículo 141 antes mencionado.

5. Alegatos de las partes y concepto del Ministerio Público.

a. Parte actora.

Reiteró las pretensiones de la demanda. Citó apartes del laudo arbitral en el que se declaró la nulidad del contrato de concesión No. 01 de 2010, y señaló que los argumentos fácticos, legales y probatorios expuestos en el laudo arbitral que sirvieron de base jurídica para declarar la nulidad absoluta del contrato de concesión No. 001 de 2010, son los mismos que sirven como fundamento para declarar la nulidad absoluta del contrato de estabilidad jurídica.

Asimismo, indicó que, respecto del contrato de estabilidad jurídica No. 02 del 31 de diciembre de 2012 celebrado entre la Nación – Ministerio de Transporte y la concesionaria Ruta del Sol S.A.S., se tiene como norma central para su suscripción la ley 963 de 2005 “por la cual se instaura una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia” la cual fue derogada por el artículo 166 de la ley 1607 de 2012, norma que creó los contratos de estabilidad jurídica con la finalidad de promover inversiones nuevas y de ampliar las existentes en el territorio nacional, bajo esta perspectiva se buscó la firma del contrato de estabilidad jurídica No. 02 del 31 de diciembre de 2012, lo cual de manera preliminar resulta legalmente viable su suscripción; sin embargo, lamentablemente, conforme a lo señalado en el laudo arbitral, las motivaciones y los mecanismos previos para obtener su suscripción

se rodearon de actos ilegales ya confesados y aceptados por algunas de las personas que intervinieron de manera irregular en su gestión previa, causando que dicho contrato adolezca de nulidad absoluta.

b. DIAN.

Señaló que las pretensiones perseguidas por la DIAN diferentes a la nulidad del contrato EJ-002 son propias de la controversia contractual que se debate y no de un proceso tributario de nulidad y restablecimiento del derecho porque se derivan de los efectos de la nulidad del contrato. Estas pretensiones sólo proceden una vez se declare la nulidad del contrato de estabilidad jurídica, conforme al artículo 1746 del Código Civil.

Aseguró que la DIAN tiene como objeto coadyuvar a garantizar la seguridad fiscal del Estado colombiano y la protección del orden público económico nacional, mediante la administración y control al debido cumplimiento de las obligaciones tributarias, de manera que al declararse la nulidad del contrato EJ-002 como tercero con interés tiene una afectación que cuantifica así:

AÑO GRAVABLE (renglón 54 declaración)	Valor de la deducción del artículo 158-3 del E.T. (norma estabilizada por la demandada en el CEJ-002)	Efecto en el recaudo
2013	\$144.915.501.000	\$36.228.875.250
2014	\$223.788.240.000	\$55.947.060.000
2015	\$213.103.043.000	\$53.275.761.000
Total	\$581.806.784.000	\$145.451.696.250

Así, consideró que la declaratoria de nulidad del contrato de estabilidad jurídica EJ-002 de 2012 por ilegal, retrotrae los efectos que desde el punto de vista de recaudo se disminuyó por cuenta de inversiones realizadas por la actora sobre las cuales solicitó un beneficio que no era procedente.

Finalizó explicando que, además de la pretensión principal de nulidad del contrato de estabilidad jurídica EJ-002, la consecuencia de retrotraer los efectos al estado anterior es que la demandada Concesionaria Ruta del Sol no tenía derecho a incluir en las declaraciones del impuesto de renta de los años gravables 2013, 2014 y 2015 el beneficio del artículo 158-3 del Estatuto Tributario, en consideración a que dicha norma solo era aplicable ante la existencia de un contrato en el que se estabilizara dicha disposición normativa. A manera ilustrativa veamos:

Con contrato de estabilidad jurídica EJ-002	Sin el contrato de estabilidad jurídica EJ-002
Concesionaria Ruta del Sol estabiliza artículo 158-3 del Estatuto Tributario	No estabiliza artículo 158-3
Derecho a incluir en las declaraciones de impuesto de renta de los años fiscales 2013, 2014 y 2015 la deducción especial en activos fijos reales productivos (beneficio tributario).	No tenía derecho a incluir en las declaraciones de impuesto de renta de los años fiscales 2013, 2014 y 2015 el beneficio tributario del artículo 158-3 del E.T.

Como la norma tributaria estabilizada por la demandada fue el artículo 158-3 del Estatuto Tributario que es una deducción especial por inversión en activos fijos reales productivos ello le permitió a la demandada incluir en las declaraciones de renta de las vigencias fiscales 2013, 2014 y 2015 el 30% de la inversión por cada uno de estos años, lo cual generó mayores pérdidas fiscales.

c. Parte demandada

Se opuso a la totalidad de las pretensiones de las demandas, por no existir pruebas de alguna de las causales de nulidad alegadas. Resaltó que la eficacia del contrato de estabilidad jurídica dependía de la aprobación que otorgara el comité de estabilidad jurídica y ello debe guiar el estudio de este caso.

Aseguró que la parte actora no probó la participación de ningún miembro del comité en las componendas y/o actos de corrupción relacionados con la celebración del contrato de concesión.

Insistió en que las sentencias de contenido penal y disciplinario no tienen efectos de cosa juzgada para otros procesos de naturaleza declarativa y de ellas no se desprende prueba de alguna irregularidad en relación con la formación o suscripción del contrato de estabilidad jurídica.

Finalmente, señaló que aun si se configurara causal de nulidad alguna, el Ministerio de Transporte no podía aspirar a ninguna compensación económica porque lo que mostrarían las mismas sentencias que se arrimaron al expediente, es que esa entidad presuntamente entonces sí vino a participar del entramado de corrupción. Resaltó que el contrato terminó por efecto de las normas de contenido concursal – normas que prevalecen sobre cualquiera que le sea contraria – y el Ministerio de Transporte no presentó oportunamente ninguna solicitud de reconocimiento de crédito sobre este asunto en particular al interior del proceso de liquidación judicial.

d. Procurador

El Procurador emitió concepto en el sentido de declarar la nulidad absoluta del contrato de estabilidad jurídica No 02, celebrado el 31 de diciembre de 2012 entre el Ministerio de Transporte y la Concesionaria Ruta del Sol SAS, por tener objeto y causa ilícitas y haber sido suscrito con desvío de poder; ordenar que no hay mérito a las restituciones mutuas y negar las demás pretensiones de la demanda principal, así como las pretensiones de la DIAN.

Consideró que la nulidad del contrato de estabilidad jurídica estaba acreditada con “el abundante material probatorio que obra en el expediente, que permite establecer con grado de certeza que la celebración del mismo estuvo precedida de actividades delictivas realizadas directamente por el concesionario y sus aliados o secuaces, permitiéndose la suscripción del mismo mediante sobornos entregados a servidores públicos o presiones ejercidas sobre los mismos”.

Por otra parte, expresó que no estaba llamada a prosperar la solicitud de nulidad absoluta del contrato de estabilidad No 02 de 2012 por no contener el plazo de pago de la prima; toda vez que no se advierte que la ley le otorgue esta consecuencia a esta omisión. De todas formas, de un análisis interpretativo del contrato y las normas que regulan los

contratos de estabilidad permiten establecer la fecha en la cual debía realizarse el pago de la prima, sin que la ausencia de su estipulación expresa afecte la legalidad del acuerdo.

Asimismo, consideró que debían negarse las pretensiones de la demanda presentada por la DIAN, pues no advirtió fundamento legal que estableciera que la actuación reprochada por esa entidad fuera causal de nulidad del contrato. Además, la utilización del artículo 158-3 del Estatuto Tributario que reprochó dicha entidad al concesionario, correspondía a un actuar posterior a la celebración del contrato más no previo a la suscripción del mismo, requisito necesario para que pueda evaluarse como un vicio invalidante.

Finalmente, señaló que de conformidad con el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, había lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas cuando se probare que la entidad estatal se había beneficiado y únicamente hasta ese monto. Así las cosas, al no existir soporte probatorio en el expediente orientado a demostrar los presupuestos a los que hace referencia la norma, no es posible ordenar restitución alguna.

e. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Solicitó acceder a las pretensiones de la DIAN y se refirió a la legitimación en la causa por activa de la DIAN. Consideró que la DIAN está legitimada en la causa por activa para actuar como litisconsorte cuasi necesario debido al interés directo que tiene en el proceso y teniendo en cuenta que la declaratoria de nulidad del contrato de estabilidad jurídica No. 002 de 2012 afectaría sus derechos.

Indicó que la DIAN se encontraba habilitada por la Ley para formular otro tipo de pretensiones declarativas y de condena dentro del proceso contractual, en virtud del principio de economía procesal y de la facultad otorgada por el legislador en el artículo 141 del CPACA, por lo que, en su demanda, la DIAN acumuló pretensiones consecuenciales a la solicitud de declaratoria de nulidad contractual, las cuales deben ser analizadas por el Tribunal.

Alegó que no podían desconocerse los efectos de la declaratoria de nulidad absoluta de los contratos (Art. 1746 del código civil) y las consecuentes restituciones mutuas que sustentan las pretensiones tendientes al pago de los valores que dejó de percibir la interviniente.

Señaló que, en caso de no aceptarse las pretensiones consecuenciales de la nulidad absoluta del contrato, esta Corporación estaría vulnerando el derecho constitucional al acceso a la administración de justicia de la DIAN toda vez que esta entidad “no cuenta con otros mecanismos que le permita solicitar las acreencias a las que tiene derecho y que redundan no sólo en un interés particular sino por el contrario, en un interés general por tratarse de recursos públicos”.

II. DECISIONES PARCIALES SOBRE EL PROCESO

La Sala encuentra que revisado integralmente el proceso se encuentran cumplidos y garantizados el derecho al debido proceso de las partes y a la tutela de los derechos, por lo tanto, se proferirá la sentencia de primera instancia.

III. PROBLEMA Y TESIS JURÍDICA

1. Precisión del caso.

La Nación – Ministerio de Transporte presentó demanda de controversias contractuales

contra la concesionaria Ruta del Sol S.A.S – en liquidación, buscando la declaratoria de nulidad absoluta del contrato de estabilidad jurídica No. 002 de 2012, y como consecuencia de ello, la reliquidación de la prima de estabilidad jurídica y la liquidación judicial del señalado contrato estatal.

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN intervino en el proceso y presentó demanda en calidad de litisconsorte cuasi necesario mediante la cual solicitó la declaratoria de nulidad absoluta del contrato de estabilidad jurídica No. 002 de 2012 y el consecuente reconocimiento de las sumas constitutivas de sanción por disminución de pérdidas fiscales generadas en la declaración de impuestos de renta y complementarios de los años gravables 2013, 2014 y 2015, al tenor de lo establecido en el artículo 647-1 del Estatuto Tributario.

La demandada, Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. – en liquidación, se opuso a la totalidad de pretensiones de la demanda porque (i) el contrato ya no existe jurídicamente (terminó por liquidación de la concesionaria), y (ii) no se configuraron las causales de nulidad alegadas por la parte actora. Resaltó que lo probado en el proceso es que se incurrió en actos de corrupción para la celebración del contrato de concesión, pero no para la celebración del contrato de estabilidad jurídica. No se acreditó que uno solo de los miembros del comité de estabilidad jurídica, que eran los que definían la suscripción o no de tal negocio jurídico, hubiesen recibido soborno alguno.

2. Problema jurídico.

Corresponde a la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos:

- ✓ ¿Debe declararse la nulidad absoluta del contrato de estabilidad jurídica No. 002 de 2012 celebrado el 31 de diciembre de 2012 entre La Nación – Ministerio de Transporte y la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. (hoy en liquidación judicial)?

En caso de que se declare la nulidad absoluta del contrato:

- ¿Debe reliquidarse la prima de estabilidad jurídica?
- ¿Debe liquidarse judicialmente el referido contrato de estabilidad jurídica No. 002 de 2012? En caso de liquidarse, ¿en qué términos?
- ¿La DIAN tiene legitimación en la causa por activa para solicitar pretensiones diferentes a la de nulidad del contrato? En caso de tener legitimación en la causa por activa, ¿deben reconocerse de las sumas constitutivas de sanción por disminución de pérdidas fiscales generadas en la declaración de impuestos de renta y complementarios de los años gravables 2013, 2014 y 2015, al tenor de lo establecido en el artículo 647-1 del Estatuto Tributario?

3. Tesis de la Sala.

En criterio de la Sala, debe declararse la nulidad absoluta del contrato de estabilidad jurídica No. 02 de 2012 por tener causa ilícita y negar las demás pretensiones de la demanda inicial pues, anulando el contrato no hay lugar a reliquidar la prima de estabilidad jurídica ni a liquidar el mismo. No hay lugar a ordenar restituciones mutuas, por no cumplirse el presupuesto contemplado en el artículo 48 de la Ley 80 de 1993.

Por otra parte, para la Sala se configura la falta de legitimación en la causa por activa de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacional – DIAN, en su calidad de litisconsorte cuasi necesaria, para solicitar el reconocimiento de los valores provenientes de la sanción por

disminución de pérdidas fiscales (Art. 647-1 del Estatuto Tributario) en el marco de la presente controversia contractual, por dos razones principales: i) porque en su calidad de tercera con interés directo únicamente está habilitada para pretender la nulidad absoluta del contrato estatal (Art. 141 del CPACA) y ii) porque la imposición de sanciones de carácter tributario no se tramitan mediante el medio de control de controversias contractuales, ni corresponden a la jurisdicción contencioso administrativa pues se trata del resultado de un proceso administrativo sancionatorio, reglado, que impide que dichos pedimentos sean pretensiones que puedan acumularse y examinarse en el sub lite.

IV. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

Esta Subsección es competente desde el punto de vista funcional para conocer del presente proceso por la instancia, la naturaleza del asunto y la cuantía dado que se trata de un proceso de controversias contractuales de primera instancia y el valor de la pretensión mayor individualmente considerada, para el momento de la presentación de la demanda, supera los 500 SMLMV, al tenor de los artículos 152 y 157 de la Ley 1437 de 2011.

2. Caducidad del medio de control.

De conformidad con el inciso 2º del literal j del numeral 2º del artículo 164 del CPACA, no hay caducidad del medio de control, en atención a que la demanda en la que se persigue la nulidad absoluta del contrato se presentó mientras dicho contrato está vigente. La demanda se presentó el 19 de diciembre de 2019 y el contrato tiene plazo de ejecución hasta el 15 de abril de 2026.

3. Legitimación en la causa.

La Nación – Ministerio de Transporte y Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. en liquidación se encuentran legitimadas en la causa por activa y por pasiva, en atención a que se trata de las partes contratante y contratista en el contrato, respecto del cual se persigue su declaratoria de nulidad.

En cuanto a la legitimación en la causa por activa de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, se estudiará en el acápite del caso concreto de esta providencia, posterior a las consideraciones jurídicas pertinentes.

4. Argumentación jurídica.

4.1. Límites generales a la competencia del juez y el principio de congruencia.

El proceso judicial es el mecanismo a través del cual los ciudadanos pueden reclamar sus derechos de manera dialógica, institucionalizada, regulada y ordenada, mediada por un tercero que a nombre del Estado ejerce la jurisdicción para dar la última palabra y resolver el conflicto. Dentro de las facultades con las que cuenta el juez, se encuentra el principio iura novit curia que traduce “el juez conoce el derecho”, por lo que -en términos procesales- el Juez tiene el deber de resolver las controversias conforme al derecho aplicable, lo que implica i) la selección de normas específicas; ii) su aplicación o la subsunción del caso concreto en el supuesto jurídico; y iii) su interpretación.³

Dicho principio encuentra su fundamento en el artículo 228 constitucional que ordena que en las actuaciones de la Administración de Justicia debe prevalecer el derecho sustancial. En términos del Consejo de Estado, este principio “se integra o hace parte del principio de prevalencia del derecho sustancial”⁴.

Sin embargo, la actividad que adelanta el juez en virtud de este principio no es absoluta, pues encuentra su límite en los principios de contradicción⁵ y congruencia. El principio de congruencia de las decisiones judiciales constituye uno de los pilares fundamentales sobre los cuales reposa la actividad del juez, tal como lo determina el artículo 281 del C.G.P., a cuyo tenor:

ARTÍCULO 281. CONGRUENCIAS. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta. (...)

El Consejo de Estado, en numerosos pronunciamientos que conforman jurisprudencia constante, ha desarrollado este principio, afirmando que:

Este marco normativo describe el principio de congruencia de la sentencia, en sus dos acepciones: como armonía entre la parte motiva y la resolutive del fallo (congruencia interna), y como **conformidad entre la decisión y lo pedido por las partes en la demanda y en la contestación** (congruencia externa).

El principio así concebido, persigue la protección del derecho de las partes a obtener una decisión judicial certera sobre el asunto puesto a consideración del juez, al igual que la salvaguarda del debido proceso y del derecho de defensa del demandado, cuya actuación procesal se dirige a controvertir los argumentos y hechos expuestos en la demanda. (...) ⁶.

En similar dirección, ha señalado:

De acuerdo con el principio de congruencia de las sentencias, **la decisión del juez debe resultar armónica, consonante y concordante con los hechos y las pretensiones formuladas en la demanda**, por lo tanto el juez debe pronunciarse con fundamento en las pretensiones expresamente planteadas en la demanda y los hechos descritos en la misma, debiendo existir una adecuación o perfecta simetría entre lo pedido y lo resuelto, que resulta afectada cuando el juez concede más allá de lo pedido (ultra petita); o cuando concede puntos no sometidos al litigio (extra petita), o cuando deja de pronunciarse sobre cuestiones sujetas al proceso (infra o citra petita) ⁷.

En este mismo sentido, la Corte Constitucional afirmó:

Con respecto al principio de la congruencia es claro que dicho postulado debe ser advertido por Jueces y Magistrados al proferir sus providencias, so pena, en los eventos que la incongruencia por extralimitación u omisión sea manifiesta

pueda conducir la decisión judicial a una ineluctable vía de hecho. **Se requiere, debe insistirse, que la disparidad entre lo pedido, lo probado y lo debatido sea notoria⁸.**

Por su parte, sobre la inmodificabilidad de la causa petendi y del petitum, en relación con el principio *iura novit curia*, se pronunció el Consejo de Estado, Sección Tercera, al señalar:

(...) en aplicación del principio *iura novit curia* corresponde al juez, **frente a los hechos alegados y probados por la parte demandante**, definir la norma o el régimen jurídico aplicable al caso, **ello no puede ni debe confundirse con la modificación de la causa petendi y menos aún del petitum, es decir variar los hechos que se enuncian en la demanda como fundamento de la pretensión, o de las pretensiones mismas.⁹**

Así, en atención a lo dispuesto en el artículo 29 constitucional, en aplicación del principio *iura novit curia*, corresponde al Juez emitir una decisión congruente con lo pedido, lo probado y lo debatido, so pena de vulnerar el derecho de contradicción de la contraparte.

4.2. Medio de control de controversias contractuales.

Señala el artículo 141 del CPACA en relación con el medio de control de las controversias contractuales:

“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 esta 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. (...)” (Negrita y subrayado fuera del texto original).

4.3. Legitimación en la causa para demandar cuando se pretende la nulidad absoluta de un contrato estatal.

Cuando se trata del uso del medio de control de controversias contractuales para declarar la nulidad absoluta de un contrato estatal, el artículo 141 del C.P.A.C.A. establece que se

encuentran legitimados en la causa para hacerlo i) cualquiera de las partes del contrato; ii) el Ministerio Público; o iii) **un tercero que acredite un interés directo.**

Sobre la expresión “interés directo” el Consejo de Estado³, en providencia del 6 de julio de 2017, señaló lo siguiente:

“1. Sobre el interés directo de los terceros dentro de un proceso contractual, ha sostenido la Corporación:

Ese interés “**directo**” ha sido entendido, en sentido amplio, como derivar del mismo un provecho o un perjuicio **con relevancia jurídica**, es decir, una utilidad o una pérdida, o lo que es lo mismo, experimentar en la esfera jurídica propia de quien dice tener interés, una afectación también jurídica como consecuencia del negocio celebrado.

Tener **interés directo** consiste en que **entre** el contrato, como **causa** del **interés** y éste como **efecto** haya una relación inmediata o próxima, más no mediata o remota⁴

2. En ese mismo sentido se ha manifestado:

De conformidad con lo expuesto por la jurisprudencia nacional y particularmente por lo manifestado por esta Sección⁵ la Sala considera que **el tercero** que pretenda demandar la nulidad absoluta de un contrato debe probar un interés directo que está determinado por el **provecho o perjuicio con relevancia jurídica, utilidad o pérdida, entendida como una afectación jurídica causada con el negocio celebrado, que no debe confundirse con el interés genérico de proteger el interés o la moralidad pública**⁶.

3. Así mismo, la Corte Constitucional ha interpretado el alcance de la expresión “interés directo” en los siguientes términos⁷:

(...) De esta manera, en principio son los terceros intervinientes en el proceso licitatorio para la adjudicación del contrato los que tendrán “interés directo” en que se declare la nulidad del contrato cuando éste se haya celebrado con otro proponente ya sea con pretermisión de las exigencias legales, ya sea porque considere viciado el acto de adjudicación. También estarán legitimadas las personas que pudieron ser licitantes por reunir las condiciones para presentarse al proceso licitatorio y sin embargo la entidad contratante les impidió hacerlo sin justificación legal. Pero en el primer caso, ese “interés directo” no nace del solo hecho de haber participado en la licitación; es necesario que el proponente que después decida impugnarla al igual que el contrato que se celebró con

³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION B. Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH. Bogotá D.C., seis (6) de julio de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 41001-23-33-000-2015-00857-01(57878).

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 24 de agosto de 2000, expediente: 9527, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

⁵ “[9] Al efecto, pueden consultarse los autos: *) del 12 de diciembre de 2001, exp. 20.456, Actor: Sociedad Guinness UDV Colombia S.A. y otros *) del 7 de marzo de 2002, exp. 20.737, Actor: Sociedad Guines UDV Colombia S.A., como también la sentencias dictada el 7 de octubre de 1999. Exp. 10.610, Actor: Sociedad Grancolombiana de Seguridad”.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 6 de diciembre de 2004, expediente: 1992-07699-01 (13529), C.P. María Elena Giraldo Gómez.

⁷ Corte Constitucional, sentencia C-1048 de 4 de octubre de 2001, expediente D-3471, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

ocasión de ella, haya licitado y ofrecido para ejecutar el contrato que en particular cuestiona.”⁸ (Negrillas fuera del original).

Con base en lo anterior, en la misma providencia el Consejo de Estado concluyó que para la configuración de dicho interés directo, la jurisprudencia ha establecido los siguientes requisitos, los cuales deben verificarse si lo que se presente es la nulidad de un contrato:

- a. El interés debe saltar a la vista sin necesidad de acudir a intermediaciones de ninguna índole.
- b. El contrato que se impugna debe causar un provecho o un perjuicio con relevancia jurídica.
- c. Entre el contrato, como causa del interés y éste como efecto debe existir un vínculo inmediato o próximo, más no mediato o remoto.
- d. La utilidad o la pérdida debe ser actual, directa y determinante para el que se diga lesionado⁹.

Para comprender en qué casos se está legitimado en la causa por activa para demandar la nulidad absoluta de un contrato estatal, considera la Sala esencial distinguir entre “interés directo” e “interés indirecto o genérico”; y distinguir entre la pretensión de nulidad de un contrato estatal y la solicitud de indemnización de perjuicios por el daño antijurídico ocasionado con la celebración y/o ejecución de un contrato estatal.

4.4. Distinción entre “interés directo” e “interés indirecto o genérico”.

Es importante distinguir entre el interés directo, esto es, el provecho o perjuicio con relevancia jurídica, utilidad o pérdida, entendida como una afectación jurídica causada con el negocio celebrado, e interés indirecto o genérico, consistente en proteger el interés o la moralidad pública.

Tal como lo decantó la Corte Constitucional, en principio, son los terceros intervinientes en el proceso de selección los que tendrían interés directo en que se declare la nulidad del contrato cuando éste se haya celebrado con otro proponente ya sea con pretermisión de las exigencias legales, ya sea porque considere viciado el acto de adjudicación. También estarán legitimadas las personas que pudieron ser proponentes por reunir las condiciones para presentarse al proceso de selección y, sin embargo, la entidad contratante les impidió hacerlo sin justificación legal. A partir de tal razonamiento, es que el Consejo de Estado termina por establecer que para que exista interés directo, deben cumplirse los cuatro requisitos antes expuestos, los cuales se definen a partir del presupuesto básico de la relación del demandante con el contrato, puesto que éste es esencialmente un negocio jurídico bilateral que garantiza y protege los derechos de las partes. Por lo tanto, quien pretenda destruir dicha relación jurídica no podría ser cualquier ciudadano con intereses puramente particulares y privados ajenos al negocio jurídico, sino únicamente aquél que haya manifestado su interés en el contrato y no quien resulte afectado en sus intereses privados con el contrato estatal. Por esta razón, los que tienen interés directo en un contrato son las partes, contratante y contratista, los otros tienen interés indirecto o general, y la ley (Art. 141 CPACA y Art. 48 L. 80/93) atribuye a otros sujetos públicos o privados cierto

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de siete de octubre de 1999. Consejero ponente, Ricardo Hoyos Duque. Radicación 10610. Actor: Sociedad Grancolombiana de Seguridad. Demandado: Empresa de Energía de Bogotá.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 6 de diciembre de 2004, expediente: 1992-07699-01 (13529), C.P. María Elena Giraldo Gómez.

tipo de legitimidad para que puedan actuar en defensa de intereses específicos ya sea generales o particulares cuyo contenido los define la misma ley.

Lo que determina, entonces, la legitimación en la causa para poder demandar la nulidad absoluta del contrato estatal es que el interés sea evidente en cuanto que no se trata de simples descontentos o diferencias con el contrato (i); que la nulidad cause un provecho o perjuicio con relevancia jurídica (ii); que exista un vínculo inmediato o próximo porque participó como proponente, por ejemplo (iii); que se le haya causado una lesión a sus derechos patrimoniales porque con el contrato le causó un perjuicio y éste es actual, directo y determinante (iv). Por el contrario, quien resulte afectado con el contrato en sus derechos e intereses particulares, en cualquiera de sus dimensiones materiales o inmateriales, si bien tiene un interés personal no cumple con los requisitos exigidos por la jurisprudencia porque lo único que le anima es la defensa sus intereses privados e individuales, pero el criterio para tener legitimación en la causa por activa para solicitar la nulidad es que haya una relación directa con el contrato. Es decir, dicha causa o requisito aducido por el demandante es el que genera la nulidad.

No ocurre lo mismo cuando el interés que se tiene es indirecto o genérico, como cuando se persigue la nulidad de un contrato en aras de proteger la moralidad administrativa, caso en el cual el accionante puede perseguir la nulidad del contrato a través de la acción popular.

En resumen, el tipo de interés que se tenga en el proceso, y, por consiguiente, el derecho que pretenda protegerse, va a determinar el medio de control procedente, pues según éste sea directo o indirecto, tiene legitimidad por activa para adelantar el medio de control de controversias contractuales o la acción popular.

4.5. Distinción entre la pretensión de nulidad de un contrato estatal y la solicitud de indemnización de perjuicios por el daño antijurídico ocasionado con la celebración de un contrato estatal.

Por otra parte, no puede perderse de vista que la nulidad absoluta de un contrato estatal sólo puede perseguirse cuando se configure alguna de las causales taxativas que contempla el ordenamiento jurídico.

Por el contrario, si los fundamentos fácticos de la demanda son un daño antijurídico ocasionado como consecuencia de la celebración y/o ejecución de un contrato estatal, según el tipo de daño y derechos afectados procederá la acción popular o la de reparación directa, según sea el caso y con las diferencias procesales de cada uno de los medios de control.¹⁰

Todo lo anterior para decir que el ordenamiento jurídico contempla toda una serie de mecanismos y acciones que los administrados pueden iniciar, según el tipo de interés que se acredite, lo que se persiga y los derechos que se consideren vulnerados, sin incurrir en el error de generalizar, considerando que *prima facie* es procedente el medio de control de controversias contractuales.

¹⁰ Artículo 144. Protección de los derechos e intereses colectivos. Cualquier persona puede demandar la protección de los derechos e intereses colectivos para lo cual podrá pedir que se adopten las medidas necesarias con el fin de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los mismos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos.

4.6. Sobre la intervención de terceros en el marco de la Ley 1437 de 2011.

El artículo 224 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo regula la intervención de terceros con interés directo en ejercicio de los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contractuales y de reparación directa. En virtud de esto, los que puedan considerarse terceros en la relación litigiosa pueden pedir que se los tenga como coadyuvante o impugnante, litisconsorte o interviniente ad excludendum, desde la admisión de la demanda y hasta antes de que se profiera el auto que fija la fecha para la realización de la audiencia inicial.

Entendiendo que será tercero, todo aquel que no represente algún extremo de la litis (ya sea demandante o demandado).

En este contexto, el artículo 227 ib. (modificado por el artículo 85 de la L. 2080/2021) hace una remisión expresa a las normas del Código General del Proceso, en materia de intervención de terceros.

Así, se tiene que el artículo 62 del CGP, regula en relación con el litis consorcio cuasi necesario, lo siguiente:

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

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

De igual manera, en relación con la intervención excluyente o ad excludendum el artículo 63 ib. determina: “Art. 63. Intervención excluyente. Quien en proceso declarativo pretenda, en todo o en parte, la cosa o el derecho controvertido, podrá intervenir formulando demanda frente a demandante y demandado, hasta la audiencia inicial, para que en el mismo proceso se le reconozca. La intervención se tramitará conjuntamente con el proceso principal y con ella se formará cuaderno separado. En la sentencia se resolverá en primer término sobre la pretensión del interviniente.”

Sobre esta figura procesal, el Consejo de Estado se ha pronunciado en los siguientes términos:

“(…) Existe un elemento de transversal aplicación a las figuras del litisconsorcio y el tercero ad excludendum consistente en que tanto el litisconsorte, en cualquiera de sus modalidades, como el tercero ad excludendum están habilitados para concurrir a la causa en que se debate su derecho hasta antes de dictar sentencia, pues con posteridad se entiende precluida esa oportunidad.

La figura del litisconsorcio necesario supone la comparecencia indispensable y obligatoria de todos los que ostenten esa vocación. Ante su inasistencia o falta de vinculación, no se podrá proferir fallo de fondo.

El litisconsorte por activa, ya sea necesario o cuasi necesario, entra al debate en condición de igualdad frente al extremo demandante, en cuanto se parte de la base de que lo perseguido por él encuentra conexidad directa y sustancial con el derecho en controversia. (...)" (Subrayado fuera del texto original).

4.7. Contrato estatal de estabilidad jurídica. Características.

Los contratos de estabilidad jurídica se encontraban definidos y regulados en las Leyes 963 de 2005 y 1450 de 2011, así como en los Decretos Reglamentarios 2950 de 2005, 133 de 2006 y 1474 de 2008, principalmente. En relación con la naturaleza, las características y el contenido de estos contratos, la Corte Constitucional, en sentencia C-320 de 2006, señaló:

Los contratos de estabilidad jurídica son de carácter administrativo, con objeto lícito, sinalagmáticos, suscrito entre el Estado y un determinado inversionista nacional o extranjero, mediante el cual, de conformidad con diversos artículos de la Ley 963 de 2005, el primero se compromete a garantizarle al segundo que, durante un determinado tiempo (entre 3 y 20 años), se le continuarán aplicando unas determinadas normas jurídicas expresas y precisas estipuladas en el texto del contrato, y sus correspondientes interpretaciones, las cuales fueron consideradas determinantes para realizar la inversión; a cambio, el inversionista se compromete a (i) llevar a cabo una nueva inversión o a ampliar una existente; (ii) presentar un estudio en el que se demuestre el origen de los recursos con los cuales se pretenden realizar las nuevas inversiones o la ampliación de las existentes, al igual que una descripción detallada y precisa de la actividad, acompañada de los estudios de factibilidad y el número de empleos que se proyecta generar; (iii), en caso de presentarse subrogación o cesión en la titularidad de la inversión, el nuevo titular deberá contar con la aprobación de un Comité creado por la ley, para efecto de mantener los derechos y obligaciones adquiridos en los contratos de estabilidad jurídica; (iv) cumplir de manera estricta las disposiciones legales y reglamentarias que regulen la actividad vinculada con el tipo de actividad de que se trate y pagar puntualmente los impuestos, tasas y contribuciones y demás cargos sociales y laborales a que está sujeta la empresa; (v) acatar fielmente con el conjunto de normas establecidas o que establezca el Estado para orientar, condicionar y determinar la conservación, uso, manejo y aprovechamiento del ambiente y los recursos naturales; y (vi) cumplir "con todas las obligaciones legales y reglamentarias de orden tributario y laboral adquiridas de conformidad con lo dispuesto en la presente ley"." (Subrayado fuera del texto original).

Así, se observa que el contrato de estabilidad jurídica es un contrato estatal mediante el cual se pretende la salvaguarda y garantía de la inversión extranjera dentro del país, permitiendo que los inversores adquieran seguridad jurídica frente a las normas que se establezcan durante el desarrollo de los proyectos de inversión.

4.8. Nulidad absoluta de los contratos estatales.

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993 señala que “son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades públicas”, independientemente de su régimen de contratación.

Son dos marcos normativos los que regulan la nulidad de los contratos celebrados por entidades públicas: la Ley 80 de 1993 y el Código Civil. El primero, establece en su artículo 44 que los contratos estatales son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando (i) se celebren con personas incurso en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley; (ii) se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal; (iii) se celebren con abuso o desviación de poder; (iv) se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y (v) se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley.

A su vez, el artículo 1740 del Código Civil que es nulo todo contrato al que le falte alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo, según su especie y la calidad o estado de las partes. Asimismo, el artículo 1741 ibídem señala que es causal de nulidad absoluta el haber celebrado un negocio jurídico con objeto ilícito o causa ilícita.

En línea con lo anterior, el artículo 1502 del Código Civil señala que para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: (i) que sea legalmente capaz; (ii) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; (iii) que recaiga sobre un objeto lícito; y (iv) que tenga una causa lícita.

El artículo 1519 ibídem precisa que hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Asimismo, hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes (art. 1523 C.C.).

En cuanto a la causa lícita, el artículo 1524 del Código Civil señala que “no puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. 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”.

En el mismo sentido, el artículo 899 del Código Comercio señala que es nulo el negocio jurídico (i) cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa; (ii) cuando tenga causa u objeto ilícitos y (iii) cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz.

Finalmente, en cuanto a la desviación de poder, el numeral 8º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 señala que está prohibido que las autoridades actúen con desviación o abuso de poder y deben ejercer sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les es prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en la Ley 80 de 1993.

4.9. Buena fe contractual u objetiva.

La Sección Tercera del Consejo de Estado se ha referido a la buena fe contractual u objetiva, en los siguientes términos:

De lo preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción

parecida al artículo 1603 del Código Civil, se desprende que en todo el iter-contraccional, esto es antes, durante y después de la celebración del contrato, y aún después de su extinción, se impone a los intervinientes el deber de obrar de conformidad con los postulados de la buena fe.¹⁵

En efecto, aquel precepto prevé que los contratos deben “celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.

De manera que el principio de la buena fe contractual es de carácter objetivo e impone a las partes un **comportamiento ajustado al ordenamiento y a los postulados de lealtad y corrección**¹⁶. Especialmente, corresponde a las partes respetar en su esencia lo pactado, cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, perseverar la ejecución de lo convenido, observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, desplegar un **comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato** sin olvidar que **el interés del otro contratante también debe cumplirse** y cuya satisfacción depende, en buena medida, de la **lealtad y corrección de la conducta propia**.

Es por ello que, además, ante la inconformidad con el clausulado contractual o en presencia de un incumplimiento contractual, la parte afectada está en la obligación de informar inmediatamente tales circunstancias a su co-contratante, en atención al principio de la buena fe y a la regla de oportunidad que no permiten que una de las partes, en el momento en que espera el cumplimiento de la obligación debida, sea sorprendida por su contratista con circunstancias que no alegó en el tiempo adecuado, de manera que cualquier reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual.

Asimismo, tampoco es admisible que una de las partes interprete de forma unilateral las cláusulas inicialmente convenidas en el contrato o negocio jurídico estatal con el objeto de satisfacer sus intereses personales, pues aceptar dicha posibilidad no sólo vulneraría los principios que rigen la actividad contractual del estado sino el principio de buena fe objetiva que según los dictados de los artículos 871 del Código de Comercio y 1603 del Código Civil debe regir toda relación negocial.

4.10. Liquidación del contrato estatal: Noción, procedencia, obligatoriedad, contenido y funciones.

4.10.1. Noción.

La liquidación de los contratos se define como aquella actuación posterior a la terminación normal o anormal del contrato¹¹, mediante la cual se busca determinar si existen prestaciones, obligaciones o derechos a cargo o en favor de cada una de las partes, para de esta forma realizar un balance final o un corte definitivo de las cuentas derivadas de la relación negocial, definiéndose en últimas quién le debe a quién y cuánto, lo que puede hacerse por las partes de común acuerdo, por alguna de ellas **unilateralmente** o, en su defecto, por el juez, es decir para “dar así finiquito y paz y salvo a la relación negocial”¹².

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 4 de junio de 2008. Exp. 16.293.

¹² Ibidem.

La liquidación judicial es aquel balance, finiquito o corte de cuentas que realiza el juez sobre un determinado contrato estatal dentro de un proceso judicial y, que sólo resulta procedente en tanto no se haya podido realizar la liquidación bilateral, ni unilateral del respectivo contrato estatal celebrado y dentro de los dos años siguientes al incumplimiento de la obligación a liquidar¹³.

La liquidación entonces es un ajuste o rendición final de cuentas que se produce con el objeto de que las partes contratantes establezcan, con fundamento en el desarrollo del contrato, las acreencias pendientes o saldos a favor o en contra de cada uno o se declaren a paz y salvo, según el caso, para extinguir el negocio jurídico celebrado. Tiene por objeto definir cómo quedó la realización de las prestaciones mutuas a las que se comprometieron las partes; efectuar un balance de las cuentas y pagos para establecer quién le debe a quién y cuánto. La liquidación debe dar cuenta del estado económico del contrato y de los derechos y obligaciones de las partes; así como de las reclamaciones, ajustes y reconocimientos a que haya lugar.

4.10.2. Procedencia.

La liquidación es una actuación que procede con posterioridad a la terminación normal o anormal del contrato estatal,¹⁴ por causas contractuales o legales o por causas atribuibles a ambos contratantes o a uno de ellos.

Entre las causas normales de terminación de los contratos se encuentran: i) el cumplimiento del objeto contractual; ii) el vencimiento del plazo extintivo de duración del contrato; y iii) el acaecimiento de la condición resolutoria expresa, pactada por las partes.¹⁵

Asimismo, dentro de los modos anormales de terminación del contrato estatal, la ley y, en particular, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, establecen, entre otras, las siguientes:

- i) Por mutuo consentimiento de las partes.¹⁶
- ii) Por la declaratoria de terminación unilateral, ante la configuración de alguna de las causales legales correspondientes.¹⁷
- iii) Por renuncia del contratista a su ejecución, cuando la modificación unilateral dispuesta por la entidad llegue a alterar en un 20% o más el valor inicial del contrato.¹⁸
- iv) Por renuncia del contratista a su ejecución, cuando le sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad y no se pueda ceder el contrato.¹⁹
- v) Por declaratoria de la caducidad ante el incumplimiento de las obligaciones esenciales del contratista que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencia que puede conducir a su paralización.²⁰

¹³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS (E). Bogotá D.C. catorce (14) de febrero de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 19001-23-31-000-2011-00225-01(59727)

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 31 de agosto de 2006. Radicado interno 14.287.

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 31 de agosto de 2006. Radicado interno 14.287.

¹⁶ Ley 80 de 1993, artículos 13, 32 y 40. Código Civil, artículos 1602 y 1625.

¹⁷ Ley 80 de 1993, artículo 17.

¹⁸ Ley 80 de 1993, artículo 16.

¹⁹ Ley 80 de 1993, artículo 9.

²⁰ Ley 80 de 1993, artículo 18.

- vi) Por terminación unilateral de la entidad, como consecuencia de la configuración de ciertos supuestos de nulidad absoluta del contrato, entre ellos la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades.²¹

V. CASO CONCRETO.

1. Medios de prueba relevantes.

En el curso del proceso fueron allegadas las siguientes pruebas que resultan relevantes para resolver el problema jurídico planteado y a las cuales se confiere mérito probatorio conforme a la ley y a la jurisprudencia²²:

En cuanto al contrato de concesión No. 01 de 2010.

- 1.1. Contrato de concesión No. 01 celebrado el 14 de enero de 2010 entre el Instituto Nacional de Concesiones – INCO y la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. (DOC121919-12192019091029, pág. 7 - 129).
- 1.2. Otrosí No. 1 al contrato de concesión No. 01 de 2010 (DOC121919-12192019091029, pág. 130 - 133).
- 1.3. Otrosí No. 2 al contrato de concesión No. 01 de 2010 (DOC121919-12192019091029, pág. 141 - 148).
- 1.4. Otrosí No. 3 al contrato de concesión No. 01 de 2010 (DOC121919-12192019091029, pág. 149 - 173).
- 1.5. Otrosí No. 4 al contrato de concesión No. 01 de 2010 (DOC121919-12192019091029, pág. 174 - 182).
- 1.6. Otrosí No. 5 al contrato de concesión No. 01 de 2010 (DOC121919-12192019091029, pág. 183 - 203).
- 1.7. Otrosí No. 6 al contrato de concesión No. 01 de 2010 (DOC121919-12192019091525, pág. 9 - 40).
- 1.8. Otrosí No. 7 al contrato de concesión No. 01 de 2010 (DOC121919-12192019091525, pág. 41 - 50).
- 1.9. Otrosí No. 8 al contrato de concesión No. 01 de 2010 (DOC121919-12192019091525, pág. 51 - 58).
- 1.10. Otrosí No. 9 al contrato de concesión No. 01 de 2010 (DOC121919-12192019091525, pág. 59 - 76).
- 1.11. Otrosí No. 10 al contrato de concesión No. 01 de 2010 (DOC121919-12192019091525, pág. 77 - 95).

²¹ Ley 80 de 1993, artículo 45.

²² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sala Plena. Magistrado Ponente Dr. Enrique Gil Botero. Sentencia del 28 de agosto de 2013. Expediente 25.002.

En cuanto al contrato de estabilidad jurídica.

- 1.12.** Memorial de 10 de septiembre de 2010, a través del cual el concesionario solicitó la celebración del contrato de estabilidad jurídica, conforme a la regulación contenida en la Ley 963 de 2005, decreto 2950 de 2005 y los documentos CONPES 3366 y 3406 de 2005 (DOC121919-12192019091525, pág. 97 - 181).
- 1.13.** Oficio del 11 de noviembre de 2010, por medio del cual el concesionario adicionó su solicitud de contrato de estabilidad jurídica con la consulta No. 49304 de 11 de noviembre de 1994 de la DIAN, la cual solicitó fuera tenida en cuenta como parte de las normas e interpretaciones objeto de la solicitud (092.4 CARPETA 4, pág. 25).
- 1.14.** Solicitud de celebración del contrato de estabilidad jurídica del proyecto vial autopista Ruta del Sol radicada el 11 de enero de 2011 (092.4 CARPETA 4, pág. 28 – 29).
- 1.15.** Concepto emitido el 27 de abril de 2011, por la gerente general del Instituto Nacional de Concesiones, en el sentido de considerar improcedente la suscripción del contrato de estabilidad jurídica (092.4 CARPETA 4, pág. 44 – 52).
- 1.16.** Acta No 09 de 06 de septiembre de 2011 del comité de estabilidad jurídica (DOC121919-12192019091525, pág. 182 - 199):

 Improbó la celebración del contrato solicitado al considerar que su objeto iba en contravía de una cláusula pactada previamente en el contrato de concesión 01 de 2010, conforme a la cual el inversionista había asumido todos los riesgos inherentes a la ejecución del mismo, conforme a las políticas del gobierno para la asignación de riesgos en el desarrollo de proyectos de infraestructura.
- 1.17.** Recurso de reposición presentado por el concesionario el 13 de febrero de 2012 contra la decisión de no aprobar la celebración del contrato de estabilidad jurídica (DOC121919-12192019092026, pág. 1 - 28).
- 1.18.** Acta No. 7 del comité de estabilidad jurídica del 11 de mayo de 2012, en el que los representantes de la concesionaria Ruta del Sol S.A.S. expusieron las razones por las que insistían en la celebración del contrato de estabilidad jurídica (092.5 CARPETA 5, pág. 38 – 49).
- 1.19.** Documento del 24 de julio de 2012, mediante el cual el consorcio complementó el recurso de reposición que hacía sido radicado el 12 de febrero anterior (092.5 CARPETA 5, pág. 52 – 54).
- 1.20.** Oficio del 28 de noviembre de 2012 remitido por el presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura a la ministra de transporte, en el que reitera su recomendación a la ministra de celebrar el contrato de estabilidad jurídica (13. Cartas de Luis Fernando Andrade.pdf).
- 1.21.** Oficio del 11 de diciembre de 2012 remitido por la ministra de transporte al secretario del Comité de Estabilidad Jurídica, informando que acogía los conceptos emitidos

por el presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura y que, en consecuencia, recomendó que solo sea estabilizado el artículo 158-3 del Estatuto Tributario (14. Cartas de Cecilia Alvarez.pdf).

- 1.22.** Acta No. 18 del 21 de diciembre de 2012, del comité de estabilidad jurídica. Decidió revocar la decisión del comité en su sesión de 6 de septiembre de 2011, contenida en el acta No. 9 de la misma fecha y, en su lugar, aprobó la celebración del contrato de estabilidad jurídica presentada el 23 de septiembre de 2010 (DOC121919-12192019092249, pág. 35 - 65).
- 1.23.** Oficio del 27 de diciembre de 2012 remitido por la ministra de transporte al secretario técnico del comité de estabilidad jurídica, en el que se da alcance a los conceptos anteriores emitidos por el ministerio. Se recomendó la estabilidad de las normas que, de acuerdo con la Ley 963 de 2005, fueran procedentes y cuya determinancia hubiese sido debidamente sustentada por el concesionario (092.5 CARPETA 5, pág. 144 – 145).
- 1.24.** Acta No. 19 del 28 de diciembre de 2012, del comité de estabilidad jurídica. Decidió revocar la decisión del comité en su sesión de 6 de septiembre de 2011, contenida en el acta No. 9 de la misma fecha y, en su lugar, aprobó la celebración del contrato de estabilidad jurídica presentada el 23 de septiembre de 2010 (DOC121919-12192019092249, pág. 16 - 34).
- 1.25.** Resolución No. 030 del 28 de diciembre de 2012, notificada el 31 de diciembre de 2012, proferida por el comité de estabilidad jurídica. Decidió revocar su decisión inicial y en su lugar decidió aprobar la solicitud de celebración del contrato de estabilidad jurídica presentada el 23 de septiembre de 2010 por la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. (DOC121919-12192019092026, pág. 29 – 43, DOC121919-12192019092205).
- 1.26.** Anexo único de la resolución No. 030 de 28 de diciembre de 2012 (DOC121919-12192019092249, pág. 1 - 15).
- 1.27.** Contrato de estabilidad jurídica No. 002 de 31 de diciembre de 2012, suscrito entre la Nación – Ministerio de Transporte y la concesionaria Ruta del Sol S.A.S. (hoy en liquidación (fl. 23 – 25, c. 2)).
- 1.28.** Acta de inicio del contrato de estabilidad jurídica, suscrita el 16 de abril de 2013 (21. Copia Acta de inicio de ejecución Contrato de Estabilidad Jurídica (Prueba solicitada por el Tribunal)).
- 1.29.** Informe de ejecución del contrato de estabilidad jurídica, realizado en agosto de 2015 (fl. 1190 – 1192, carpeta No. 6, caja No. 2).
- 1.30.** Informe de ejecución del contrato de estabilidad jurídica, realizado en abril de 2016 (fl. 1230 – 1236, carpeta No. 6, caja No. 2).
- 1.31.** Informe de ejecución del contrato de estabilidad jurídica, realizado en abril de 2017 (fl. 1524 – 1527, carpeta No. 7, caja No. 2).

En cuanto a la declaratoria de nulidad del contrato de concesión.

- 1.32.** Decisión del 16 de febrero de 2017, emitida por la Superintendencia de Industria y Comercio, dentro de una investigación adelantada por competencia desleal ordenó, como medida cautelar, dar por terminado el contrato de concesión 01 de 2010 y en consecuencia, realizar la liquidación del mismo.
- 1.33.** El 22 de febrero de 2017, las partes del contrato de concesión suscriben acuerdo de terminación y liquidación del contrato 01 de 2010.
- 1.34.** Laudo arbitral proferido el 6 de agosto de 2019 (DOC121919-12192019093332, DOC121919-12192019094418).

En cuanto a las pruebas de las causales de nulidad del contrato de estabilidad jurídica.

- 1.35. Primera condena contra el sindicado Bernardo Miguel Elías Vidal:** Mediante sentencia proferida el 28 de febrero de 2018, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Juzgamiento, con ponencia del Magistrado José Luis Barceló Camacho, en el proceso Rad. No. 51833, condenó anticipadamente a Bernardo Miguel Elías Vidal, alias "El Ñoño", como autor penalmente responsable de los delitos de cohecho propio y tráfico de influencias de servidor público y, en tal calidad, le impuso las penas principales de 6 años 8 meses de prisión, 125.8 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa y 6 años 8 meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas (DOC121919-12192019092949).
- 1.36.** Sentencia proferida el 20 de septiembre de 2018, por el Consejo de Estado, Rad. No. 11001-03-15-000-2018-00316-00. Condena de pérdida de investidura de los congresistas Bernardo Miguel Elías Vidal y Plinio Olano Becerra. Decretó la pérdida de investidura de los congresistas Bernardo Miguel Elías Vidal y Plinio Olano Becerra, por haber incurrido en tráfico de influencias (DOC121919-12192019093104).
- 1.37. Sobre la segunda condena contra el sindicado Bernardo Miguel Elías Vidal:** Mediante sentencia proferida el 29 de julio de 2021, la Corte Suprema de Justicia, Sala Especial, con ponencia de la Magistrada Blanca Nélida Barreto Ardila, en el proceso Rad. No. 52892, condenó anticipadamente a Bernardo Miguel Elías Vidal, de las condiciones civiles y personales indicadas en esa providencia, como autor penalmente responsable de los delitos de concierto para delinquir agravado en concurso heterogéneo con el ilícito de lavado de activos y, en tal calidad, le impuso las penas principales de 100 meses de prisión y 15.008,46 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa.
- 1.38. Sobre la condena contra el sindicado Luis Miguel Pico Pastrana:** Mediante sentencia proferida el 22 de junio de 2021, el Juzgado Primero Penal del Circuito con Función de conocimiento transitorio, en el proceso Rad. No. 2019-02103, condenó anticipadamente a Luis Miguel Pico Pastrana, de las condiciones civiles y personales indicadas en esa providencia, como autor penalmente responsable del delito de cohecho impropio y, en tal calidad, le impuso las penas principales de 35 meses de prisión y 39 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa.
- 1.39.** Respuesta al derecho de petición presentado por la senadora Claudia López, realizada el 13 de octubre de 2017, en el que el ministro de transporte explica las razones

por las que se suscribió el contrato de estabilidad jurídica (092.7 CARPETA 7, pág. 288 – 291).

2. Análisis jurídico y probatorio.

2.1. Falta de legitimación en la causa por activa de la DIAN.

En el contrato de estabilidad jurídica No. 002 de 2012 suscrito entre la Nación – Ministerio de Transporte y la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S (hoy en Liquidación Judicial), establecieron las partes (fls. 23-25, c. 2):

(...) **PRIMERA: Objeto del contrato.** El objeto del presente contrato es la ejecución por parte del INVERSIONISTA del proyecto consistente en la construcción de una nueva calzada, la rehabilitación de la calzada actual, la ampliación y mejoramiento, según corresponda del sector No. 2 del proyecto vial Ruta del Sol, entre las poblaciones de Puerto Salgar (Cundinamarca) y San Roque (Cesar), con una longitud de 528 kilómetros, así como la preparación de los estudios definitivos, la gestión predial y social, la obtención y/o modificación de licencias ambientales, la financiación, la operación y el mantenimiento de las obras de dicho sector. Por su parte, la NACIÓN garantiza la estabilidad jurídica de las normas identificadas como determinantes para la inversión señaladas en la cláusula cuarta de este contrato.

(...)

CUARTA: Normas objeto de estabilidad jurídica. De conformidad con la cláusula primera de este contrato las normas que serán objeto de estabilidad jurídica son las siguientes: (...)

Dentro de las disposiciones tributarias objeto de estabilidad jurídica se incluyó en el acápite de “deducciones” el artículo 158-3 del Estatuto Tributario que, previo a la derogatoria del artículo 376 de la Ley 1819 de 2016, señalaba:

ARTÍCULO 158-3. A partir del 1o de enero de 2007, las personas naturales y jurídicas contribuyentes del impuesto sobre la renta, podrán deducir el cuarenta por ciento (40%) del valor de las inversiones efectivas realizadas solo en activos fijos reales productivos adquiridos, aun bajo la modalidad de leasing financiero con opción irrevocable de compra, de acuerdo con la reglamentación expedida por el Gobierno Nacional. Los contribuyentes que hagan uso de esta deducción no podrán acogerse al beneficio previsto en el artículo 689-1 de este Estatuto.

La utilización de esta deducción no genera utilidad gravada en cabeza de los socios o accionistas. (...) (Subrayado fuera del texto original).

Ahora bien, para establecer si se configura o no la falta de legitimación en la causa por activa de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN en el proceso de la referencia lo primero es esclarecer las condiciones normativas y procesales bajo el cual intervino.

El litisconsorte cuasi necesario es un tercero interviniente que estaba legitimado a demandar o ser demandado en el proceso debido a la relación sustancial que tiene frente al objeto de la litis, pero que no comporta el carácter de necesario, es decir, el proceso podría resolverse de fondo aún sin su comparecencia. Este litisconsorte interviene en el extremo procesal de una de las partes y puede actuar con las mismas facultades de ésta.

En el caso en concreto es claro que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN intervino como litisconsorte cuasi necesario de la parte demandante (Nación – Ministerio de Transporte), en virtud de la relación sustancial que surge entre ésta -como Unidad Administrativa Especial de orden nacional que administra y ejerce control en el cumplimiento de las obligaciones tributarias de las personas naturales y jurídicas- y el contrato de estabilidad jurídica No. 002 de 2012 mediante el cual la Nación brindó estabilidad normativa a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. – En Liquidación Judicial respecto de deducciones tributarias (Art. 358-3 del Estatuto Tributario).

Sin embargo, pese a que la DIAN actúa como litisconsorte cuasi necesario y, por ende, pudo actuar como demandante dentro del proceso de controversias contractuales, lo cierto es que ello es posible siempre que actúe en calidad de **tercero con interés directo** y no como **parte del contrato estatal** pues dicha entidad no fue quien suscribió el acuerdo de voluntades. Luego, su legitimación en la causa por activa para demandar no proviene del primer inciso del artículo 141 del CPACA (dirigido a las partes del contrato), sino del tercero en el que se habilita al Ministerio Público o a “un tercero con interés directo” para pretender la nulidad absoluta del contrato estatal, en este caso, del contrato de estabilidad jurídica No. 002 de 2012.

No discute esta Sala de decisión que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN haya acreditado su calidad de tercero con interés directo para pretender la nulidad absoluta del contrato estatal pues, conforme las cláusulas pactadas en el contrato de estabilidad jurídica suscrito por las partes, la estabilidad de la deducción tributaria del artículo 358-3 del Estatuto Tributario es un asunto que tiene relación directa con las atribuciones legales y constitucionales de dicha interviniente, a la cual podría causársele un eventual daño que no se encuentra en el deber jurídico de soportar.

De allí que no quepa duda de que, dentro del proceso, se acreditó que dicha entidad está legitimada para perseguir la declaratoria de nulidad absoluta del contrato como quiera que de esta declaratoria se deriva un eventual provecho o perjuicio con relevancia jurídica particular que la faculta a acudir a la jurisdicción en calidad de tercera con interés directo (Art. 141 del CPACA).

Ahora bien, la jurisprudencia contencioso administrativa ha señalado respecto de la declaratoria de nulidad absoluta de un contrato estatal y el tercero con interés directo:

La nulidad absoluta del contrato está establecida en interés del orden jurídico. De allí que la única consecuencia de su declaratoria sea la de volver a las partes a su estado anterior (artículo 48 de la ley 80 de 1993). Pero si es un tercero el que intenta la acción de nulidad absoluta de un contrato de la administración pública, no podrá pretender consecuencias indemnizatorias de la prosperidad de su pretensión. (Subrayado fuera del texto original).

Salvedad que también surge de la lectura del mismo artículo 141 del CPACA donde se otorga la facultad expresa al Ministerio Público y a los terceros con interés directo de demandar la

nulidad absoluta del contrato, pero no de solicitar otro tipo de declaraciones o condenas en contra de la demandada.

Dicho esto, y analizando la demanda autónoma presentada por la DIAN el pasado 4 de agosto de 2021, encuentra la Sala que la litisconsorte formuló pretensiones tendientes a i) la declaratoria de nulidad absoluta del contrato (4.2) y ii) la condena del pago de varias sumas de dinero correspondientes a la sanción por disminución de pérdidas fiscales consagrada en el artículo 647-1 del Estatuto Tributario. Sanción que, para su imposición en cabeza de la misma entidad interviniente, supone un proceso administrativo sancionatorio:

ARTÍCULO 647-1. RECHAZO O DISMINUCIÓN DE PÉRDIDAS. <Artículo adicionado por el artículo 24 de la Ley 863 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> La disminución de las pérdidas fiscales declaradas por el contribuyente, mediante liquidaciones oficiales o por corrección de las declaraciones privadas, se considera para efectos de todas las sanciones tributarias como un menor saldo a favor, en una cuantía equivalente al impuesto que teóricamente generaría la pérdida rechazada oficialmente o disminuida en la corrección. Dicha cuantía constituirá la base para determinar la sanción, la cual se adicionará al valor de las demás sanciones que legalmente deban aplicarse.

Las razones y procedimientos para eximir de las sanciones de inexactitud o por corrección, serán aplicables cuando las mismas procedan por disminución de pérdidas.

PARÁGRAFO 1o. Las correcciones a las declaraciones del impuesto sobre la renta que incluyan un incremento del valor de las pérdidas, deberán realizarse de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 589.

PARÁGRAFO 2o. La sanción prevista en el presente artículo no se aplicará, cuando el contribuyente corrija voluntariamente su declaración antes de la notificación del emplazamiento para corregir o del auto que ordena inspección tributaria, y la pérdida no haya sido compensada.

Por ello, advierte la Sala que es procedente declarar la falta de legitimación en la causa por activa de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN en lo relativo a las pretensiones 4.3 a 4.5 de la demanda presentada el pasado 4 de agosto de 2021, no sólo porque no se encuentra facultada para solicitar pretensiones distintas a la de la nulidad absoluta del contrato de estabilidad jurídica No. 002 de 2012 (Art. 141 del CPACA), sino porque pretende la imposición de una sanción tributaria que se escapa de la órbita del medio de control de controversias contractuales y de esta jurisdicción, como quiera que dicha multa surge del trámite y conclusión de un proceso administrativo sancionatorio reglado en el Estatuto Tributario.

Entonces, se trata de pretensiones que no pueden acumularse dentro de la jurisdicción, ni que pueden ser analizadas por el Juez del contrato estatal toda vez que la ley dispuso bajo qué tipo de interés es el que puede aducir para poder actuar dentro de la controversia contractual, así como las facultades para pretender todo aquello que corresponda a la nulidad absoluta del contrato estatal sin que pueda el juez asumir competencias administrativas que se derivan precisamente de las consecuencias jurídicas de la declaratoria de nulidad de la presente sentencia y que sólo puede ejercer la DIAN.

En todo caso, destaca esta Corporación que la falta de legitimación en la causa por activa de la litisconsorte no supone una vulneración de su derecho al acceso a la administración de justicia, ni hace nugatorios los eventuales derechos que puedan surgir a partir de las resultas del proceso pues, como se señaló en la parte considerativa de la presente providencia, existen otras herramientas jurídicas y medios de control procedentes para la reparación de eventuales daños antijurídicos que se ocasionen a terceros por la suscripción de un contrato estatal que sea declarado nulo. Aunado a que los efectos restitutorios de la declaratoria de nulidad de los contratos estatales involucran retrotraer los efectos económicos y jurídicos producidos entre las partes y no frente a terceros que no hicieron parte del acuerdo de voluntades, sin perjuicio de las potestades propias que se habilitan con los efectos de la presente sentencia.

En conclusión, se declarará la falta de legitimación en la causa por activa de la DIAN frente a las pretensiones 4.3 a 4.5 elevadas en su demanda, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

2.2. Aspectos generales del contrato de concesión y del contrato de estabilidad jurídica.

➤ Sobre la suscripción del proyecto de inversión al que se obligó la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. en Liquidación.

En el proceso se acreditó que el Instituto Nacional de Concesiones – INCO y la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. celebraron el contrato de concesión No. 01 el 14 de enero de 2010, con el objeto de realizar las obras necesarias para la construcción, rehabilitación, ampliación y mejoramiento y la preparación de los estudios definitivos, la gestión predial y social, la obtención y/o modificación de licencias ambientales, la financiación, la operación y el mantenimiento de las obras en el Sector 2: Puerto Salgar - San Roque del Proyecto Vial Autopista Ruta del Sol; por un valor de dos billones noventa y cuatro mil doscientos ochenta y seis millones de pesos (\$2.094.286'000.000) y un plazo inicial estimado de veinte (20) años (1.1). Dicho contrato de concesión fue modificado en 10 ocasiones (1.2 – 1.11).

➤ Respecto de la suscripción del contrato de estabilidad jurídica No. 002 de 2012.

A propósito de la ejecución del contrato de concesión, el 10 de septiembre de 2010 la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. solicitó la celebración del contrato de estabilidad jurídica, conforme a la regulación contenida en la ley 963 de 2005, decreto 2950 de 2005 y los documentos CONPES 3366 y 3406 de 2005 (1.12). Y el 11 de noviembre de 2010 y 11 de enero de 2011 adicionó su solicitud (1.13).

La Ley 963 de 2005, que fue derogada por el artículo 166 de la Ley 1607 de 26 de diciembre de 2012²³, contemplaba en su artículo 1 los contratos de estabilidad jurídica en los siguientes términos:

²³ **ARTÍCULO 166.** Deróguese la Ley [963](#) del 8 de julio de 2005 por medio de la cual se instauró una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia.

PARÁGRAFO 1o. No obstante lo anterior, tanto las solicitudes que se encuentren radicadas ante el Ministerio de Comercio Industria y Turismo, así como los procedimientos administrativos que se encuentren en curso en el momento de entrada en vigencia de la presente ley, deberán ser tramitados de acuerdo con la Ley [963](#) de 2005, modificada por la Ley [1450](#) de 2011 y todos sus decretos reglamentarios vigentes, las cuales continuarán vigentes solo para regular los contratos vigentes y las solicitudes en trámite de aprobación a la fecha de entrada en vigencia de la presente hasta que se liquide el último de los

ARTÍCULO 1o. CONTRATOS DE ESTABILIDAD JURÍDICA. Se establecen los contratos de estabilidad jurídica con la finalidad de promover inversiones nuevas y de ampliar las existentes en el territorio nacional.

Mediante estos contratos, el Estado garantiza a los inversionistas que los suscriban, que si durante su vigencia se modifica en forma adversa a estos alguna de las normas que haya sido identificada en los contratos como determinante de la inversión, los inversionistas tendrán derecho a que se les continúen aplicando dichas normas por el término de duración del contrato respectivo.

Para todos los efectos, por modificación se entiende cualquier cambio en el texto de la norma efectuado por el Legislador si se trata de una ley, por el Ejecutivo o la entidad autónoma respectiva si se trata de un acto administrativo del orden nacional, o un cambio en la interpretación vinculante de la misma realizada por autoridad administrativa competente.

Conforme al artículo 4 de la Ley 963 de 2005, la solicitud de contrato de estabilidad jurídica, presentada por el inversionista, debía ser evaluada por un comité que aprobaría o improbaría la suscripción del contrato, conforme a lo establecido en el Plan Nacional de Desarrollo y al documento CONPES que para tal efecto se expediera. Este Comité estaría conformado por: (i) el ministro de Hacienda y Crédito Público, o su delegado; (ii) el ministro de Comercio, Industria y Turismo, o su delegado; (iii) el ministro del ramo en el que se efectúe la inversión, o su delegado; (iv) el director del Departamento Nacional de Planeación, o su delegado; y (v) el director de la entidad autónoma, o su delegado, cuando se trate de normas expedidas por dichas entidades.

De conformidad con lo anterior, el 27 de abril de 2011 el gerente general del Instituto Nacional de Concesiones emitió concepto en el sentido de considerar improcedente la suscripción del contrato de estabilidad jurídica (1.15). Así, el 6 de septiembre de 2011 el comité de estabilidad jurídica decidió improbar la celebración del contrato solicitado, al considerar que su objeto iba en contravía de una cláusula pactada previamente en el contrato de concesión 01 de 2010, conforme a la cual el inversionista había asumido todos los riesgos inherentes a la ejecución de este, conforme a las políticas del gobierno para la asignación de riesgos en el desarrollo de proyectos de infraestructura (1.16).

El 13 de febrero de 2012 el concesionario interpuso recurso de reposición contra la anterior decisión (1.17). El 11 de mayo de 2012 se le dio la oportunidad al concesionario de que expusiera las razones de su solicitud ante el comité de estabilidad jurídica (1.18) y el 24 de julio siguiente el concesionario complementó su recurso de reposición (1.19).

El 28 de noviembre de 2012 el presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura reiteró a la ministra de transporte su recomendación de celebrar el contrato de estabilidad jurídica (1.20). En línea con lo anterior, el 11 de diciembre de 2012 la ministra de transporte informó al secretario del comité de estabilidad jurídica que acogía los conceptos emitidos por el

contratos.

PARÁGRAFO 2o. Los contratos de estabilidad jurídica en ejecución a la fecha de la promulgación de la presente ley continuarán su curso en los precisos términos acordados en el contrato hasta su terminación.

presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura y que, en consecuencia, recomendaba que solo fuera estabilizado el artículo 158-3 del Estatuto Tributario (1.21).

El 21 de diciembre de 2012 el comité de estabilidad jurídica decidió revocar la decisión del comité en su sesión de 6 de septiembre de 2011, contenida en el acta No. 9 de la misma fecha y, en su lugar, aprobó la celebración del contrato de estabilidad jurídica presentada el 23 de septiembre de 2010 (1.22).

El 27 de diciembre de 2012 la ministra de transporte informó al secretario técnico del comité de estabilidad jurídica que daba alcance a los conceptos anteriores emitidos por el ministerio. Recomendó la estabilidad de las normas que, de acuerdo con la Ley 963 de 2005, fueran procedentes y cuya determinancia hubiese sido debidamente sustentada por el concesionario (1.23).

Así fue como el 28 de diciembre de 2012, el comité de estabilidad jurídica decidió revocar la decisión del comité en su sesión de 6 de septiembre de 2011, contenida en el acta No. 9 de la misma fecha y, en su lugar, aprobó la celebración del contrato de estabilidad jurídica presentada el 23 de septiembre de 2010 (1.24). El mismo 28 de diciembre se emitió la resolución No. 30 en la que el comité de estabilidad jurídica decidió revocar su decisión inicial y en su lugar decidió aprobar la solicitud de celebración del contrato de estabilidad jurídica presentada el 23 de septiembre de 2010 por la Sociedad Concesionario Ruta del Sol S.A.S. (1.25). Dicha resolución se notificó el 31 de diciembre de 2012.

Finalmente, el 31 de diciembre de 2012 el Ministerio de Transporte y la concesionaria Ruta del Sol S.A.S. celebraron el contrato de estabilidad jurídica No. 002, con el siguiente objeto, valor, plazo y se estabilizaron las normas que a continuación se relacionan (1.27):

(...) **PRIMERA: Objeto del contrato.** El objeto del presente contrato es la ejecución por parte del INVERSIONISTA del proyecto consistente en la construcción de una nueva calzada, la rehabilitación de la calzada actual, la ampliación y mejoramiento, según corresponda del sector No. 2 del proyecto vial Ruta del Sol, entre las poblaciones de Puerto Salgar (Cundinamarca) y San Roque (Cesar), con una longitud de 528 kilómetros, así como la preparación de los estudios definitivos, la gestión predial y social, la obtención y/o modificación de licencias ambientales, la financiación, la operación y el mantenimiento de las obras de dicho sector. Por su parte, la NACIÓN garantiza la estabilidad jurídica de las normas identificadas como determinantes para la inversión señaladas en la cláusula cuarta de este contrato. **PARÁGRAFO.** Para todos los efectos, se entenderá por “**estabilidad jurídica**” la garantía que otorga la NACIÓN al INVERSIONISTA de que se continuará aplicando esa normatividad por el término de duración del contrato de estabilidad, en caso de que ésta sufiere modificación adversa a aquél. –

CLÁUSULA SEGUNDA. Monto. El monto total de la inversión será la suma de **DOS BILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y DOS MIL CUARENTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y UN MIL DOSCIENTOS VEINTE PESOS (\$2,472,048,981.220) M/cte.** –

CLÁUSULA TERCERA. Plazo de ejecución del proyecto de inversión. La inversión objeto de este contrato se ejecutará entre los años 2010 y 2016, así:

FECHA	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	TOTAL
Enero		62.861.302.813	55.057.678.008	67.677.584.564	52.805.515.304	33.717.044.815	8.704.858.609	280.823.984.113
Febrero		21.211.870.193	55.297.766.111	60.772.441.082	38.445.308.357	31.021.690.802	863.051.105	207.612.127.650
Marzo		44.110.815.522	56.444.965.518	55.571.327.334	34.316.172.534	32.329.165.929	151.334.879	222.923.781.716
Abril	30.390.567.081	28.509.214.707	49.324.216.308	58.143.452.857	36.533.562.977	28.155.495.542		231.056.509.472
Mayo	22.047.524.354	18.118.288.925	55.829.428.954	54.905.522.913	37.946.771.520	25.995.311.524		214.842.848.190
Junio	17.710.906.893	25.091.667.730	53.511.276.806	48.105.206.412	30.836.798.428	24.624.011.147		199.879.867.416
Julio	10.744.130.325	14.085.542.158	58.338.945.996	54.568.908.967	37.708.145.872	26.085.570.884		201.531.244.202
Agosto	11.647.308.809	35.513.505.275	63.500.941.507	52.326.372.628	30.548.183.598	20.596.401.736		214.132.713.553
Septiembre	20.142.222.975	39.032.751.034	48.179.069.420	15.036.680.250	25.897.128.924	20.627.510.038		168.915.362.641
Octubre	11.215.036.840	28.009.860.692	50.547.043.824	14.988.753.813	26.886.541.570	48.637.504.623		151.284.741.362
Noviembre	11.091.103.830	36.057.316.951	56.345.583.049	49.111.062.307	27.655.159.382	14.767.154.304		195.027.379.823
Diciembre	9.226.346.254	37.210.548.082	50.679.161.416	46.871.552.147	28.474.264.840	11.806.549.343		184.068.422.082
TOTAL	144.215.147.361	390.812.684.082	653.056.076.917	578.078.865.274	408.053.553.306	288.163.410.687	9.719.244.593	2.472.048.981.220

Fuente: Información suministrada por CRDS

PARÁGRAFO PRIMERO. Las inversiones parciales anuales previstas en esta cláusula podrán tener un margen de desviación hasta del veinte por ciento (20%), sin embargo, la suma total de las inversiones durante el término del contrato no podrá ser inferior al monto señalado en la cláusula segunda de este documento. **PARÁGRAFO SEGUNDO.** Para efectos del seguimiento de los compromisos adquiridos en virtud del presente contrato, se tomará en cuenta el cronograma de inversiones a partir del 31 de diciembre de 2012. –

CLÁUSULA CUARTA. Normas Objeto de Estabilidad Jurídica. De conformidad con la cláusula primera de este contrato, las normas que serán objeto de estabilidad jurídica son las siguientes:

Disposiciones generales del impuesto sobre la renta: Artículos 5, 14, 18, 24, 26, 28, 29, 35, 35-1 (solo respecto de los artículos 40-A, 37, 43 y 56 del E.T.), 36-2, 40, 41 (inciso segundo), 45, 52, 58, 59, 60, 62, 64, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 74, 75, 76, 76-1, 77, 79, 80, 82, 86; 89, 90; 102-1; 178, 179, 188, 189 –excepto los literales d), e) y f)–, 193, 200, 201, 202, 259, 260-6 (se estabiliza el texto del E.T. equivalente que corresponde al artículo 260-5 solicitado por el recurrente ya que la afectación de la Ley 1607 de 2012 correspondió únicamente a un cambio formal de remuneración) del E.T. Artículos 7, 20, 74, 75, 77, 78, 79, 80 y 82 del Decreto 187 de 1975 Artículos 37, 39, 40 del Decreto 2595 de 1979 Artículos 18 y 30 del Decreto 353 de 1984 Artículos 5, 6, 7 y 37 (contrato autónomo) del Decreto 836 de 1991

Deducciones: Artículos 11 (inciso segundo), 104, 105, 106, 108 incisos 1 y 2 (ninguno de los párrafos se entiende estabilizado), 109, 110, 114 (no se entiende estabilizado el párrafo), 117; 121, 122 (únicamente los literales a) a f), 123, 124-1 (excepto el párrafo segundo), 125, 125-2, 125-4, 126, 127, 129, 130, 131, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 142, 143, 145, 146, 148, 149, 158-3 del E.T. Artículos 2, 3, 4 y 5 del Decreto 1766 de 2004 Artículo 2 y 4 del Decreto 567 de 2007 Artículo 9 de la Resolución 2996 de 1976 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Impuesto al patrimonio: Artículos 261, 262, 263, 264, 265, 266 únicamente los numerales 1 y 4, 267, 268, 269, 270, 271, 271-1 (excepto la expresión monetarios o no monetarios derogada por el artículo 78 de la Ley 1111 de 2006), 272 –excepto en las referencias que hace a los años gravables 1991 y siguientes (por el artículo 78 de la Ley 1111 de 2006)–, 273, 275, 277, 278, 279, 280, 281, 282 (excepto la expresión “gravable” teniendo en cuenta que el impuesto complementario del patrimonio fue derogado a partir del año gravable 1992), 285 y 286 del E.T.

Ganancias ocasionales: Artículos 299, 300, 301, 311, 312 (excepto el numeral 3) del E.T.

Conceptos DIAN: 14818 de 1985, 40233 de 1992, 10994 de 2003, 3480 de 2006, 82018 de 2006, 11176 de 2002, 46388 de 2003, 13938 de 2005, 11039 de 2006, 13811 de 2006, 085073 de 2008, 61758 de 2007, 104242 de 2008 y 14873 de 2009.

CLÁUSULA QUINTA. Exclusión de Normas. No serán objeto de estabilidad jurídica las normas que se indican a continuación:

1. Las normas relativas al régimen de seguridad social; la obligación de declarar y pagar los tributos o inversiones forzosas que el Gobierno Nacional decreta bajo estados de excepción; los impuestos indirectos; la regulación prudencial del sector financiero y el régimen tarifario de los servicios públicos.
2. Aquellas que, no obstante hallarse incluidas en la cláusula anterior, sean declaradas nulas o inconstitucionales por la jurisdicción contenciosa administrativa o por la Corte Constitucional, respectivamente, durante el término de duración del presente contrato, caso en el cual la garantía de estabilidad jurídica cesará respecto de las normas declaradas nulas o inconstitucionales, a partir de la fecha en que la respectiva sentencia quede ejecutoriada y en firme.
3. Decretos, actos administrativos e interpretaciones administrativas del Banco de la República.
4. Las demás que por disposición legal no puedan ser objeto de estabilidad jurídica y fueron negadas por el Comité.

CLÁUSULA SEXTA. Obligaciones del INVERSIONISTA. El INVERSIONISTA se obliga a:

1. Realizar la inversión a que se refieren las cláusulas primera, segunda y tercera del presente contrato en las cuantías, plazos máximos y demás condiciones en ellas señaladas.
2. Pagar a la NACIÓN la prima de estabilidad jurídica, por el valor total y en las condiciones indicadas en las cláusulas octava y novena del presente contrato.
3. Generación de los siguientes empleos:

Etap	Duración	Fuerza laboral estimada
Construcción	Durante 6 años a partir del inicio del contrato	63.000 hombres mes
Operación y mantenimiento	Durante 15 años a partir del inicio del contrato	27.000 hombres mes

Fuente: Información suministrada por CRDS

PARÁGRAFO. Para efectos del seguimiento de este compromiso y su correcta interpretación, se tendrá en cuenta el alcance efectuado por el inversionista en su comunicación radicada en la Oficina Jurídica de este Ministerio, el día 31 de diciembre de 2012.

4. Cumplir de manera estricta las disposiciones legales y reglamentarias que regulen la actividad a la que se refiere la inversión.

5. Pagar puntualmente los impuestos, tasas y contribuciones y demás cargos sociales y laborales a que esté sujeto el INVERSIONISTA.

6. Cumplir fielmente con el conjunto de normas establecidas o que se establezcan para orientar, condicionar y determinar la conservación, uso, manejo y aprovechamiento del ambiente y los recursos naturales.

7. Contratar por su cuenta la auditoría a que se refiere la cláusula décima segunda del presente contrato, mantenerla durante el término de duración del contrato y un (1) año más, e informar a 31 de marzo de cada año, sobre los resultados de la misma al Departamento Nacional de Planeación y al Comité de Estabilidad Jurídica.

8. Responder las solicitudes de información requeridas por cualquiera de los miembros del Comité de Estabilidad Jurídica y por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo a través del funcionario que ejerza las funciones de supervisión de este contrato, de acuerdo con la cláusula décima primera del mismo.

CLÁUSULA SÉPTIMA. Obligaciones de la Nación. La NACIÓN se obliga a:

1. Garantizar al INVERSIONISTA que durante el término de duración del contrato de estabilidad se le continuarán aplicando las normas a que se refiere la cláusula cuarta, consideradas como determinantes de la inversión, en el evento de que tales normas sean modificadas en forma adversa a aquél.
2. Hacer extensiva la garantía a que se refiere el numeral anterior al total de la actividad económica del INVERSIONISTA. **PARÁGRAFO.** La cobertura del contrato de estabilidad jurídica únicamente aplica al proyecto de inversión de que trata la cláusula primera de este contrato, lo cual implica que cualquier adición que recaiga sobre el contrato de concesión 01 de 2010, suscrito entre **EL INVERSIONISTA** y el Instituto Nacional de Concesiones –INCO– o sobre el objeto social de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., no será objeto del beneficio.
3. Garantizar al INVERSIONISTA que la información suministrada con carácter confidencial a la NACIÓN gozará de la protección prevista en las normas legales vigentes.

CLÁUSULA OCTAVA. Prima de Estabilidad Jurídica. El INVERSIONISTA pagará a la NACIÓN —MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, en la Cuenta No. 61011110 de la DIRECCIÓN DEL TESORO NACIONAL— “Otras Tasas, Multas y Contribuciones no Especificadas”, Código 333, del Banco de la República, por concepto de la prima de estabilidad jurídica, a que se refiere el artículo 5 de la Ley 963 de 2005 modificado por el artículo 48 de la Ley 1450

de 2011 y reglamentado por la Resolución 2782 de 2012 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público '**Por la cual se establece la metodología para el cálculo de la prima en los contratos de estabilidad jurídica**', el cuatro punto treinta y ocho por ciento (4.38%) del valor de la renta líquida gravable del INVERSIONISTA, para cada uno de los años de la vigencia del presente contrato, de acuerdo con lo estipulado en el anexo a la comunicación de Ministerio de Hacienda radicada ante el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo con No. 1-2012-028808 de 19 de noviembre de 2012, que hace parte integral del presente contrato. **PARÁGRAFO 1º.** El primer pago de la prima de estabilidad jurídica corresponderá al pago sobre base en el año gravable 2012, y los doce (12) pagos restantes, en forma anual, sucesiva, por cada vigencia de la estabilidad jurídica. **PARÁGRAFO 2º.** Los pagos se efectuarán con base en la declaración del impuesto de renta y complementarios que EL INVERSIONISTA presente ante la DIAN o la entidad que haga sus veces y en las fechas indicadas por dicha entidad, con base en el calendario tributario que ésta establezca.

Dicho contrato de estabilidad jurídica inició su ejecución el 16 de abril de 2013 (1.28). Y respecto de él se hicieron los correspondientes informes de ejecución periódicos (1.29 – 1.31).

➤ Respecto de la nulidad del contrato de concesión.

Ahora, en cuanto al contrato de concesión se tiene que el 16 de febrero de 2017 la Superintendencia de Industria y Comercio, dentro de una investigación adelantada por competencia desleal, ordenó como medida cautelar, dar por terminado el contrato de concesión 01 de 2010 y, en consecuencia, realizar la liquidación del mismo (1.32).

El 22 de febrero siguiente las partes del contrato de concesión suscribieron acuerdo consistente en (i) terminar anticipadamente el contrato de concesión No. 01 de 2010, (ii) definir la fórmula de la liquidación y proceder inmediatamente a buscar la aprobación de la autoridad judicial competente de la fórmula de liquidación del contrato prevista en la cláusula segunda, la cual se había hecho a partir de las reglas que establecer los artículos 11 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, (iii) definir las obligaciones entre las partes en el periodo de transición, entendido como aquel comprendido entre la firma del acuerdo de terminación y la fecha de aprobación de la fórmula de liquidación por parte del tribunal de arbitramento, pactar la forma en la que se revertiría la infraestructura directamente afectada a la concesión, (v) definir la atención de las contingencias luego de la liquidación y (vi) provocar la terminación del proceso arbitral (1.33).

El Tribunal de arbitramento, el 6 de agosto de 2019, declaró la nulidad absoluta del contrato de concesión, al considerar que el mismo se encontraba viciado por objeto y causa ilícitas, y haber sido celebrado con abuso y desviación de poder. La decisión también cobijó a los otrosíes modificatorios del contrato, pues obraban sentencias ejecutoriadas en procesos penales que daban cuenta de que "Odebrecht del cual son filiales las sociedades que operan en Colombia, tenía un plan de sobornos que con la gestión adelantada por sus empleados impactó el proceso administrativo contractual desde el inicio y para lo cual esa organización en su actuar criminal contactó a la persona que ostentaba la condición de viceministro de transporte y como tal coordinador interinstitucional para el desarrollo y culminación exitosa del proceso licitatorio del proyecto Ruta del Sol con el propósito de obtener su orientación en la presentación de la propuesta, la eventual descalificación de los demás participantes, la evaluación a favor de la propuesta presentada por el oferente liderado por Odebrecht y

la adjudicación de la misma con la respectiva celebración del contrato estatal, etapas todas en las cuales participó activamente el viceministro de transporte y director gerente encargado del INCO para garantizar dicha gestión en favor de Odebrecht” (1.34).

2.3. Nulidad absoluta del contrato de estabilidad jurídica.

En primer lugar, la Sala recuerda que son dos marcos normativos los que regulan la nulidad de los contratos celebrados por entidades públicas: la Ley 80 de 1993 y el Código Civil, como fue expuesto arriba.

2.2.1. Causa ilícita.

La primera causal de nulidad alegada por la parte actora fue la de causa ilícita, pues los motivos determinantes que llevaron a la celebración del contrato estaban viciados por actos de corrupción que alteraron la validez de la causa jurídica que sirvió de fundamento para la celebración de dicho negocio jurídico.

La parte actora indicó que, como consecuencia de las investigaciones realizadas al interior de procesos judiciales de diversas naturalezas, se demostró que tanto el contrato de concesión No. 001 de 2010, como el contrato de estabilidad jurídica No. 002 de 2012, habían sido adjudicados y celebrados por el pago de sobornos a funcionarios públicos que configuran hechos delictivos.

Refirió que en sentencia anticipada SP 436 del 28 de febrero de 2018, proferida por la Corte Suprema de Justicia en contra del ex – senador de la República Bernardo Miguel Elías Vidal, quedó demostrado que, a partir de la confesión de Federico Gaviria Velásquez, esta persona “le colaboró a Odebrecht en la concreción del contrato de estabilidad jurídica que fue firmado el 31 de diciembre de 2012”. Además, quedó señalado que el contrato debía ser suscrito antes de que culminara el año 2012 debido a que, para la época de los hechos, se estaba tramitando una reforma tributaria que prohibía esta clase de acuerdos de estabilidad frente a las normas del Estatuto Tributario.

Indicó que dicha intervención fraudulenta también quedó evidenciada en sentencia de pérdida de investidura del mismo ex – senador, la cual fue emitida por el Consejo de Estado en fecha 20 de septiembre de 2018.

Sobre el particular, la Sala recuerda que, en cuanto a la causa lícita, el artículo 1524 del Código Civil señala que “no puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. 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”.

En este caso, es importante precisar, en primer término, la distinción conceptual entre negocio jurídico y contrato²⁴, a efectos de delimitar adecuadamente la naturaleza del contrato de estabilidad jurídica y su relación con el contrato de concesión.

El negocio jurídico constituye una manifestación de la autonomía privada mediante la cual los sujetos disponen de sus intereses dentro del marco fijado por el ordenamiento jurídico. El contrato, por su parte, no se identifica con el género, sino que corresponde a una de sus

²⁴ Hinestrosa, Fernando. (2015) Tratado de las Obligaciones II. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, pág. 277

especies más relevantes. La noción de contrato y su disciplina obedecen a una categoría específica dentro de los actos de autonomía privada, de la cual aquel es paradigma, pero no equivalente absoluto. De allí que el contrato opere como instrumento jurídico de autorregulación, sujeto no solo a las condiciones generales predicables de todo acto jurídico, sino también a los requisitos particulares que la ley establece para su existencia, validez y eficacia.²⁵

En ese contexto, la autonomía de la voluntad no comporta una potestad ilimitada o arbitraria. Por el contrario, su ejercicio se encuentra condicionado al cumplimiento de exigencias legales generales y especiales, incluidas aquellas orientadas a salvaguardar intereses superiores o a proteger determinados sectores que el Estado estima merecedores de especial tutela. En consecuencia, quienes pretenden obtener los efectos jurídicos derivados de un contrato deben ajustar su actuación a las cargas de legalidad impuestas por el ordenamiento, so pena de ver frustrados los fines perseguidos.

Precisado lo anterior, la Sala advierte que el contrato de estabilidad jurídica no puede ser entendido como un negocio jurídico autónomo e independiente, en los términos propuestos por el accionado. Por el contrario, se trata de un acuerdo de voluntades que presupone necesariamente la existencia de una inversión previa, esto es, de un contrato antecedente que justifique la necesidad de estabilizar determinadas disposiciones normativas. No es, entonces, una figura desvinculada o autosuficiente, sino un instrumento cuya razón de ser radica en la protección de un proyecto de inversión previamente estructurado y formalizado a través de un contrato estatal.

En esa medida, si bien desde una perspectiva formal puede afirmarse que se trata de un negocio jurídico diferenciado, desde el punto de vista material y funcional no es autónomo respecto del contrato de concesión al cual se encuentra directamente vinculado. Su finalidad consiste en garantizar la estabilidad de las condiciones jurídicas aplicables al contrato principal, lo que evidencia su carácter instrumental y dependiente.

De conformidad con la normativa especial que lo regula, el contrato de estabilidad jurídica cuenta con una naturaleza, elementos y requisitos propios de existencia, validez y eficacia; sin embargo, su operatividad está inescindiblemente ligada al contrato estatal que sirve de fundamento a la inversión. Desde una perspectiva funcional, puede asimilarse a una figura accesoria en los términos del artículo 1499 del Código Civil, en la medida en que su subsistencia y efectos se encuentran condicionados por la existencia y validez del negocio principal.

Así las cosas, no resulta jurídicamente sostenible predicar una autonomía absoluta del contrato de estabilidad jurídica respecto del contrato de concesión. Por el contrario, su eficacia depende de la validez del contrato que le sirve de soporte. En consecuencia, si el contrato principal se encuentra viciado —por ejemplo, por haberse obtenido mediante fraude— tal circunstancia necesariamente irradia sus efectos sobre el contrato de estabilidad jurídica, comprometiendo igualmente su validez y eficacia, en atención a su carácter instrumental y a la unidad teleológica que los vincula. Así, el artículo 1º de la Ley 963 de 2005 establecía:

Artículo 1º. Contratos de estabilidad jurídica. Se establecen los contratos de estabilidad jurídica con la finalidad de promover inversiones nuevas y de ampliar

²⁵ Hinestrosa, Fernando. (2015) Tratado de las Obligaciones I. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, pág. 915.

las existentes en el territorio nacional.

Mediante estos contratos, el Estado garantiza a los inversionistas que los suscriban, que, si durante su vigencia se modifica en forma adversa a estos alguna de las normas que haya sido identificada en los contratos **como determinante de la inversión**, los inversionistas tendrán derecho a que se les continúen aplicando dichas normas por el término de duración del contrato respectivo.

Para todos los efectos, por modificación se entiende cualquier cambio en el texto de la norma efectuado por el Legislador si se trata de una ley, por el Ejecutivo o la entidad autónoma respectiva si se trata de un acto administrativo del orden nacional, o un cambio en la interpretación vinculante de la misma realizada por autoridad administrativa competente.

En otras palabras, la causa del contrato de estabilidad jurídica siempre será la inversión que se está realizando. Sin ella, no habría lugar a garantizar al particular la estabilidad de normas. Esto se ratifica con el artículo 2° de la Ley 963 de 2005 que disponía:

Artículo 2°. Inversionistas nacionales y extranjeros. Podrán ser parte en los contratos de estabilidad jurídica los inversionistas nacionales y extranjeros, sean ellos personas naturales o jurídicas, así como los consorcios, que realicen **inversiones nuevas o amplíen las existentes** en el territorio nacional, **por un monto igual o superior** a la suma de siete mil quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (**7.500 smlmv**), para desarrollar las siguientes actividades: turísticas, industriales, agrícolas, de exportación agroforestales, mineras, de zonas procesadoras de exportación; zonas libres comerciales y de petróleo, telecomunicaciones, construcciones, desarrollos portuarios y férreos, de generación de energía eléctrica, proyectos de irrigación y uso eficiente de recursos hídricos y toda actividad que apruebe el Comité de que trata el artículo 4° literal b). Se excluyen las inversiones extranjeras de portafolio.

Entonces, el contrato de estabilidad jurídica no solo depende de la existencia de una inversión sino que esta inversión previa debe cumplir con unos requisitos:

- Debe ser una inversión en el territorio nacional.
- Debe ser una inversión por un monto igual o superior a los 7.500 SMLMV.
- Debe ser una inversión para realizar alguna de las actividades que se mencionan en la referida disposición normativa.

Conforme a lo expuesto, es claro que en este caso la causa del contrato de estabilidad jurídica No. 02 del 31 de diciembre de 2012 era el contrato de concesión No. 01 de 14 de enero de 2010, el cual fue declarado nulo por el Tribunal de Arbitramento el 6 de agosto de 2019 por encontrarse incurso en las causales de nulidad de objeto y causa ilícitas. En dicha providencia, el Tribunal de Arbitramento concluyó (1.34):

Así las cosas, del *iter contractual* descrito en la parte inicial de esta providencia y de lo hasta aquí tratado sobre el tema de la nulidad absoluta del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, sus Otrosíes y demás modificaciones, el Tribunal concluye:

1. ODEBRECHT del cual son filiales las sociedades que operan en Colombia, tenía un plan de sobornos que con la gestión adelantada por sus empleados

impactó el proceso administrativo contractual desde el inicio y para lo cual esa organización en su actuar criminal contactó a la persona que ostentaba la condición de Viceministro de Transporte y como tal coordinador interinstitucional para el desarrollo y culminación exitosa del proceso licitatorio del Proyecto Ruta del Sol con el propósito de obtener su orientación en la presentación de la propuesta, la eventual descalificación de los demás participantes, la evaluación a favor de la propuesta presentada por el oferente liderado por ODEBRECHT y la adjudicación de la misma con la respectiva celebración del Contrato estatal, etapas todas en las cuales participó activamente el Viceministro de Transporte y Director Gerente Encargado del INCO para garantizar dicha gestión en favor de ODEBRECHT empresa con la cual hizo el respectivo acuerdo y posterior pago por los “servicios prestados”.

Con ello, se afectó la transparencia y la objetividad del proceso de selección de manera tal que se pretermitieron las reglas que la ley establecía para la escogencia del contratista, razón por la cual el contrato adjudicado y posteriormente celebrado tornó en objeto ilícito.

2. La causa y móvil para contratar por parte de ODEBRECHT o de la empresa por él liderada, no constituía en últimas la rehabilitación, construcción, ampliación, operación y mantenimiento del corredor vial sino la obtención de un negocio que le permitiera obtener un rédito a partir del pago de sobornos para obtenerlo, con lo cual se concretó una causa ilícita en la adjudicación y ulterior celebración del contrato estatal.
3. El funcionario público a quien se le confió realizar la coordinación interinstitucional para el desarrollo y culminación exitosa del proceso licitatorio del proyecto, abusando de su doble condición de Viceministro de Transporte y Gerente General Encargado del INCO se desvió del cumplimiento de sus funciones, del interés público, del interés general y del interés común para anteponer su interés particular en connivencia con una organización que dejó de ser de carácter empresarial para actuar como organización criminal en la ejecución de un plan de sobornos y pagos de coimas para obtener, conservar, ampliar y retener contratos de infraestructura, con lo cual se concretó un desvío o abuso de poder en los términos atrás señalados por la jurisprudencia.
4. También el trámite y obtención del Tramo 8 para la Concesión, esto es, la Transversal Ocaña – Gamarra fue igualmente permeada con el mismo plan de sobornos pagado a otros funcionarios en los años 2013 y 2014, con lo cual dichos contratos también adolecen de objeto y causa ilícitas.
 El *iter contractual* que corrió parejo con el *iter criminis* expuesto en las sentencias ejecutoriadas analizadas, no fue desmentido por la filial de ODEBRECHT e integrante de ese grupo empresarial según la declaración hecha a la autoridad competente, Ruta del Sol S.A.S. como sociedad contratista, la cual, por conducto de su apoderado, en la audiencia de alegatos de conclusión, además de lo dicho en su escrito al cual ya se ha hecho atrás referencia, señaló espontáneamente lo siguiente: (...)

En conclusión, de acuerdo con todo lo anteriormente expuesto, al tenor de las

disposiciones de la Ley 80 de 1993 y del Código Civil Colombiano, antes transcritas, y de las decisiones jurisprudenciales referidas en el acápite anterior, conforme a las pretensiones primera y segunda de la demanda de reconvención reformada, a la petición reiterada de la Procuraduría General de la Nación y al ejercicio de la potestad que la ley le atribuye, el Tribunal declarará la nulidad del Contrato de Concesión No. 001 de enero 14 de 2010 y de los Otrosíes y demás acuerdos complementarios que se suscribieron por las Partes para modificarlo, fortalecer de objeto y causa ilícitas y haber sido celebrados con desvío o abuso de poder.

En línea con lo anterior, en el expediente obran las condenas impuestas en los procesos penales al excongresista Miguel Elías Vidal (1.35, 1.37), y la sentencia proferida dentro del proceso de pérdida de investidura de los congresistas Bernardo Miguel Elías Vidal y Plinio Olano Becerra, el 20 de septiembre de 2018, por el Consejo de Estado, por haber incurrido en tráfico de influencias (1.36). En estos se practicaron declaraciones que explicaron cómo fue el plan de sobornos que implementó Odebrecht para que le fuera adjudicado el mencionado contrato de concesión, que sirvió como fundamento y causa para celebrar el contrato de estabilidad jurídica cuya nulidad ahora se estudia. En cuanto al contrato de estabilidad jurídica se aseguró que el senador Elías Vidal tuvo participación, pues se encontraba en curso en el Congreso una reforma tributaria en la que se prohibía la suscripción de este tipo de contratos (1.35).

En la sentencia de pérdida de investidura, además, se indicó que los congresistas Bernardo Miguel Elías Vidal y Plinio Olano Becerra ejercieron especial liderazgo en la comisión tercera del Senado, a la que le competían los asuntos de Hacienda y Crédito Público; impuesto y contribuciones; excepciones tributarias; régimen monetario; leyes sobre el Banco de la República; sistema de banca central; leyes sobre monopolios; autorización de empréstitos; mercado de valores; regulación económica; planeación nacional; régimen de cambios, actividad financiera, bursátil, aseguradora y de captación de ahorro. Las diferentes declaraciones rendidas por los señores Federico Gaviria Velásquez, Otto Nicolás Bula, Gabriel Enrique Dumar Lora, Luis Ignacio Burgos y Eleuberto Martorrelli, Hernando Restrepo demuestran el acuerdo previo, la forma de operación y los dividendos exitosos obtenidos no solo por parte de Odebrecht, sino de todos aquellos que en un momento dado integraron el equipo que contribuyó al logro de los protervos propósitos que se dieron con la suscripción del beneficioso otrosí No. 6 al contrato de concesión Ruta del Sol II y del contrato de estabilidad jurídica (1.36).

Específicamente, en cuanto al contrato de estabilidad jurídica, en la sentencia de pérdida de investidura, se indicó que "Otto Nicolás Bula Bula adujo que para lograr la suscripción del contrato de estabilidad jurídica, Bernardo Miguel Elías Vidal tuvo que apoyarse en un grupo de compañeros de las comisiones de presupuesto, para mover influencias en las distintas entidades que tenían que ver con la aprobación de aquel y en el propio Congreso de la República, así como con el fin de presionar su aprobación; cometido que se facilitó, porque en ese momento el gobierno estaba tramitando ante el Congreso una reforma tributaria. Al grupo de apoyo congresal se le llamó con el mote de "los Buldocer" (1.36).

En la segunda sentencia penal proferida contra Bernardo Miguel Elías Vidal se menciona que su participación en el Congreso fue fundamental para la redacción del artículo 166 de la Ley 1607 de 26 de diciembre de 2012. Expresamente se dijo: "Esta normativa fue derogada por el artículo 166 de la ley 1607 del 26 de diciembre de 2012, qué en su parágrafo primero estableció: "No obstante lo anterior, tanto las solicitudes que se encuentren radicadas ante

el Ministerio de Comercio Industria y Turismo, así como los procedimientos administrativos que se encuentren en curso en el momento de entrada en vigencia de la presente ley, deberán ser tramitados de acuerdo con la ley 963 de 2005, modificada por la ley 1450 de 2011 y todos los decretos reglamentarios vigentes, las cuales continuarán vigentes solo para regular los contratos vigentes y las solicitudes en trámite de aprobación a la fecha de entrada en vigencia de la presente hasta que se liquide el último de los contratos” (1.37).

Finalmente, está la sentencia penal en la que se condenó a Luis Miguel Pico Pastrana, asesor del ministerio de Comercio, quien recibió a Otto Bula Bula y se comprometió a ayudar a que se celebrara el contrato de estabilidad jurídica. Este asesor permitió el ingreso de dos personas para que presenciaran la suscripción del referido negocio jurídico (1.38).

Así, es claro que no puede tener validez un contrato a través del cual el Estado se compromete a garantizar la estabilidad de normas jurídicas respecto de un contrato de inversión cuya adjudicación se obtuvo a partir de todo un plan de sobornos y de corrupción, cuya nulidad ya ha sido plenamente demostrada por objeto y causa ilícita.

Sobre el particular es importante recordar el **principio fraus omnia corrumpit**, desarrollado por la Corte Constitucional,²⁶ cuya doctrina resulta plenamente aplicable al presente caso.

El artículo 83 de la Constitución Política impone a los particulares y a las autoridades el deber de ajustar sus actuaciones a la buena fe, la cual no solo se presume, sino que constituye un mandato objetivo de conducta. De manera complementaria, el numeral 7 del artículo 95 Superior obliga a todas las personas a colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia.

Estos mandatos constitucionales se proyectan con especial intensidad en la contratación estatal, en la cual la buena fe, la lealtad, la probidad y la transparencia no son simples exigencias éticas, sino condiciones estructurales de validez del negocio jurídico, en tanto este se encuentra directamente orientado a la satisfacción del interés público.

En el presente asunto, resulta evidente que el contrato de estabilidad jurídica no puede aislarse artificialmente del contrato de concesión que le sirvió de causa, como si se tratara de un negocio autónomo e independiente. Por el contrario, como quedó acreditado en el proceso, la causa directa, real y determinante del contrato de estabilidad jurídica fue el contrato de concesión No. 001 de 2010, cuya adjudicación y celebración estuvieron permeadas desde su origen por un plan sistemático de sobornos y corrupción.

Reconocer efectos a un contrato de estabilidad jurídica cuyo presupuesto fáctico y jurídico es un contrato estatal declarado nulo por objeto y causa ilícitas equivaldría a institucionalizar la corrupción, otorgándole estabilidad normativa y blindaje jurídico a una inversión obtenida mediante conductas delictivas.

El principio *fraus omnia corrumpit* opera como un límite material infranqueable a cualquier pretensión de estabilidad jurídica. La estabilidad normativa está diseñada para proteger inversiones lícitas, no para consolidar los efectos de actos de corrupción.

²⁶ Corte Constitucional. Providencias T-951/13, A. 043A/14, T-373/14, T-133/15, A. 167/13, T-490/25, T-218/12, T-073/19, T-286/18, T-405/19, T-434/19, T-515/23, T-322/19, T-008/20, T-023/23, T-470/18, SU.627/15, T-399/13, entre otras.

Aceptar una tesis contraria supondría incurrir en una interpretación meramente formalista del derecho, en abierta contradicción con los principios constitucionales de buena fe, moralidad administrativa y prevalencia del interés general, así como con el deber que asiste al juez de prevenir, corregir y sancionar cualquier manifestación de fraude.

El contrato estatal no es una simple expresión de la autonomía negocial, sino un instrumento orientado al cumplimiento de los fines esenciales del Estado. Su celebración y ejecución se encuentran directamente vinculadas con la realización de los principios y valores constitucionales, en particular aquellos consagrados en los artículos 1, 2, 85 y 86 de la Constitución Política, relativos a la dignidad humana, la efectividad de los derechos fundamentales y la garantía de mecanismos idóneos y eficaces para su protección. En tal medida, ninguna sociedad democrática fundada en el respeto por los derechos y libertades fundamentales puede admitir que el derecho —y menos aún la contratación estatal— sea instrumentalizado como vehículo para consolidar situaciones obtenidas con fundamento en el fraude.

De ahí que corresponda al juez, como garante del orden jurídico y de la supremacía constitucional, impedir que el contrato estatal sea utilizado para legitimar actuaciones contrarias al ordenamiento. La función jurisdiccional comporta no solo la declaración de derechos, sino también la verificación de que estos se encuentren sustentados en un justo título y en actuaciones conformes a la legalidad y a la buena fe objetiva, en armonía con lo dispuesto en el artículo 2 superior.

En este contexto cobra plena vigencia el principio conforme al cual *fraus omnia corrumpit* —el fraude todo lo corrompe—, reconocido por la jurisprudencia constitucional (Corte Constitucional, Sentencia T-218 de 2012), en virtud del cual ningún acto jurídico puede producir efectos válidos cuando ha sido obtenido mediante maniobras fraudulentas.

En consecuencia, la Sala concluye que el contrato de estabilidad jurídica cuya nulidad se analiza se encuentra afectado por una causa ilícita insubsanable, en tanto fue celebrado para garantizar la estabilidad normativa respecto de un contrato de concesión obtenido mediante sobornos y corrupción.

2.2.2. Objeto ilícito y desvío de poder.

Por otra parte, la demandante consideró que había objeto ilícito y desvío de poder en las prestaciones emanadas de dicho contrato, por cuanto se estabilizaron normas jurídicas a las cuales renunció el solicitante el 27 de diciembre de 2012. En el contrato se estabilizaron normas que no fueron aprobadas por el Comité de Estabilidad Jurídica en la reunión del 21 de diciembre de 2012.

Sobre el particular, la Sala recuerda que, el artículo 1519 ibidem precisa que hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Asimismo, hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes (art. 1523 C.C.).

Finalmente, en cuanto a la desviación de poder, el numeral 8º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 señala que está prohibido que las autoridades actúen con desviación o abuso de poder y deben ejercer sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les es prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en la Ley 80 de 1993.

Así las cosas, la Sala procede a verificar la comunicación de la concesionaria remitida el 27 de diciembre de 2012, la decisión del comité del 28 de diciembre siguiente y las normas que se estabilizaron en el contrato celebrado entre el Ministerio de Transporte y la concesionaria.

En primer lugar, en el expediente no obra la comunicación a la que se refiere la parte actora del 27 de diciembre de 2012.

En segundo lugar, comparando la decisión del comité adoptada el 28 de diciembre de 2012 (1.24), la resolución 030 de la misma fecha (1.25) con su anexo único (1.26) y el contrato de estabilidad jurídica (1.27) la Sala no encuentra diferencia en las normas que se acordaron estabilizar. La diferencia está con el acta del comité adoptada el 21 de diciembre de 2012, en el que habían considerado estabilizar únicamente el artículo 158-3 del Estatuto Tributario, pero esta no fue la decisión final, pues ello se debatió en comité del 28 de diciembre, adoptando finalmente en tal fecha la decisión de estabilizar las diferentes normas que finalmente quedaron en el anexo de la resolución y en el contrato respectivo.

Así las cosas, la Sala no encuentra configurada esta causal de nulidad.

2.2.3. Ausencia de requisito esencial de fijación del plazo del pago de la prima.

Por último, la parte actora alegó como causal de nulidad no tener el requisito esencial de fijación del plazo de pago de la prima a cargo del inversionista propio de este tipo de contrato, de acuerdo con lo establecido en el literal e del artículo 4 de la Ley 963 de 2005 y el literal e del artículo 8 del Decreto 2950 de 2005.

Al respecto, la Sala considera que no le asiste razón al demandante pues en el contrato sí se pactaron todas las condiciones de pago de la prima a cargo del inversionista, conforme se lee en las cláusulas sexta y octava del contrato. Esta Sala coincide con el procurador en que a partir de lo pactado era posible deducir cuándo, por qué valor y cómo debía realizarse tal pago (1.27):

CLÁUSULA SEXTA. Obligaciones del INVERSIONISTA. El INVERSIONISTA se obliga a:

1. (...)
2. Pagar a la NACIÓN la prima de estabilidad jurídica, por el valor total y en las condiciones indicadas en las cláusulas octava y novena del presente contrato.
3. (...)

CLÁUSULA OCTAVA. Prima de Estabilidad Jurídica. El INVERSIONISTA pagará a la NACIÓN —MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, en la Cuenta No. 61011110 de la DIRECCIÓN DEL TESORO NACIONAL— “Otras Tasas, Multas y Contribuciones no Especificadas”, Código 333, del Banco de la República, por concepto de la prima de estabilidad jurídica, a que se refiere el artículo 5 de la Ley 963 de 2005 modificado por el artículo 48 de la Ley 1450 de 2011 y reglamentado por la Resolución 2782 de 2012 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público ‘**Por la cual se establece la metodología para el cálculo de la prima en los contratos de estabilidad jurídica**’, el cuatro punto treinta y ocho por ciento (4.38%) del valor de la renta líquida gravable del INVERSIONISTA, para cada uno de los años de la vigencia del presente contrato, de acuerdo con lo estipulado en el anexo a la comunicación de

Ministerio de Hacienda radicada ante el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo con No. 1-2012-028808 de 19 de noviembre de 2012, que hace parte integral del presente contrato. **PARÁGRAFO 1º.** El primer pago de la prima de estabilidad jurídica corresponderá al pago sobre base en el año gravable 2012, y los doce (12) pagos restantes, en forma anual, sucesiva, por cada vigencia de la estabilidad jurídica. **PARÁGRAFO 2º.** Los pagos se efectuarán con base en la declaración del impuesto de renta y complementarios que EL INVERSIONISTA presente ante la DIAN o la entidad que haga sus veces y en las fechas indicadas por dicha entidad, con base en el calendario tributario que ésta establezca.

Así las cosas, tampoco se encuentra acreditada esta causal de nulidad.

2.3. Conclusión.

En criterio de la Sala, debe declararse la nulidad absoluta del contrato de estabilidad jurídica No. 02 de 2012 por tener causa ilícita y debe negarse las demás pretensiones de la demanda inicial pues, anulando el contrato no hay lugar a reliquidar la prima de estabilidad jurídica ni a liquidar el mismo. No hay lugar a ordenar restituciones mutuas, por no cumplirse el presupuesto contemplado en el artículo 48 de la Ley 80 de 1993.

3. Costas Procesales.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, la liquidación y ejecución de las costas se rige por el CGP, es decir, por el numeral 8º de artículo 365 del CGP; por lo tanto, "solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación". Así, para que opere la condena en costas de la parte vencida deberá al momento de la sentencia haberse "causado" y "probado".

Ahora, se tiene que el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, adicionó un inciso al artículo 188 del CPACA, para precisar que "[e]n todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal"

Sobre la condena en costas, el Consejo de Estado precisó que el criterio objetivo fue modificado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, por lo que debe entenderse que "el juez está llamado a analizar la conducta de las partes en el proceso, así como la sustentación jurídica de sus intervenciones con el fin de determinar si es procedente o no imponer costas a cargo de alguna de ellas."

En el presente caso, realizando la valoración preceptuada en la norma citada, no se advierte una carencia de fundamento legal que dé lugar a condenar en costas. Contrario a ello, la parte vencida presentó argumentos razonables de defensa jurídica para sus intereses, por lo tanto, esta Sala se abstendrá de condenar en costas.

Tampoco se condenará en costas, atendiendo a que la jurisdicción contenciosa administrativa tiene como objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política (Art. 103 C.P.A.C.A.), como la justicia y el acceso a la administración de justicia (Art. 2 y 230 C.P.), pues pedirle al demandante que sólo acuda al juez si tiene la plena certeza de ganar el proceso o a la parte demandada que se allane a la demanda es atentar contra el derecho fundamental al juez natural para que le defina, de manera definitiva, sus derechos. Si no fuera de esta manera, ¿qué sentido tendría que todo ciudadano tenga derecho a

participar en los asuntos que le afectan si ni siquiera puede de manera espontánea acudir a su juez natural? (Art. 2 y 95 C.P.).

En mérito de lo expuesto, **la Subsección C del de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR la falta de legitimación en la causa por activa de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN en lo relativo a las pretensiones 4.3 a 4.5 de su demanda.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del contrato de estabilidad jurídica No. 002, celebrado entre el Ministerio de Transporte y la concesionaria Ruta del Sol S.A.S. el 31 de diciembre de 2012.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

CUARTO: NO CONDENAR en costas.

QUINTO: Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría **DEVUÉLVASE** al interesado sin necesidad de desglose los anexos y el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso si la hubiere, déjese constancia de dicha entrega y **ARCHÍVESE** el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA

Magistrado

ANDREW JULIÁN MARTÍNEZ MARTÍNEZ

Magistrado

FERNANDO IREGUI CAMELO

Magistrado

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados que conforman la Sala de la Subsección C de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la plataforma SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.