**CONSEJO DE ESTADO - Recurso extraordinario de anulación - Competencia**

La Sala es competente para conocer y decidir el presente asunto, de acuerdo con lo previsto en el numeral 7º del artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el artículo 46 de la Ley 1563 de 2012, en consonancia con lo establecido por el artículo 13 del Acuerdo n.° 58 de 1999, modificado por el Acuerdo n.° 55 de 2003 de esta Corporación, que le atribuyen a la Sección Tercera del Consejo de Estado la competencia para conocer del recurso de anulación de los laudos arbitrales proferidos para dirimir controversias en torno a los contratos estatales, como quiera que el contrato de obra n.o 196 de 2010 fue celebrado por el Fondo de Desarrollo Local de Engativá, entidad pública distrital con personería jurídica y patrimonio propio.

**LAUDO ARBITRAL - Recurso extraordinario de anulación - causal séptima - Fallo en conciencia - Fallo en equidad**

En relación con esta causal, para que se pueda predicar que un laudo fue proferido en conciencia, se requiere la comprobación de que los árbitros al resolver, lo hicieron dejando de lado las normas legales que debían aplicar, así como las estipulaciones contractuales de las que derivan las obligaciones para las partes y el acervo probatorio obrante en el plenario, basando su decisión exclusivamente en su sentido de justicia, en su leal saber y entender, aplicando el sentido común y el principio de la verdad sabida y buena fe guardada, siguiendo únicamente los dictados de su propia conciencia, sin acudir a razonamientos jurídicos, basados en el ordenamiento legal regulador de la controversia sujeta a su decisión. (…) De acuerdo con lo anterior, no corresponde a esta causal de anulación, la deficiente valoración que de las pruebas realice el juzgador (…) Tampoco se puede calificar de fallo en conciencia aquel respecto del cual se considera equivocada la decisión de los árbitros, si ellos se fundaron para proferirla en el derecho positivo vigente, aunque hayan aplicado las normas incorrectas o dejado de aplicar la que correspondía o que siendo la procedente, le hayan dado un alcance que no tenía , siendo necesario que la separación de los árbitros respecto de la aplicación de las reglas de derecho, aparezca manifiesta en el laudo.

**INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO - Calidad de obra**

el tribunal también concluyó que las partes incumplieron la obligación de velar por la calidad de la obra, no obstante lo cual, la misma en últimas, no se vio afectada y no hubo un daño a raíz de la utilización de materiales ajenos a la normativa técnica aplicable al contrato, los cuales resultaron aceptables y por lo tanto, el contratista no se podía relevar de su obligación de garantizar la calidad de los materiales, los procedimientos constructivos y de la propia obra, por lo que a pesar de que incumplió con su obligación de constituir la póliza de estabilidad de la obra, ello no lo excusaba de su deber de responder por las fallas que se puedan presentar en la obra con posterioridad a su entrega, por razones de estabilidad, al tenor de lo dispuesto por el Código Civil, artículo 2060.

**LAUDO ARBITRAL - Recurso extraordinario de anulación - Alcance**

En realidad, lo que se advierte en el recurso de anulación, es una inconformidad de la parte convocada, en relación con la labor de valoración llevada a cabo por los árbitros respecto del acervo probatorio en su conjunto, en la medida en que a su juicio, no han debido darle credibilidad al juramento estimatorio en la forma en que lo hicieron, asunto que corresponde al análisis de fondo que se efectuó en el laudo arbitral y por lo tanto, como ya se ha dicho, resulta ser materia ajena a este recurso extraordinario, en la medida en que no se trata de una segunda instancia en la que sea dado revisar el acierto o desacierto de lo decidido por el juez a-quo, como sucede cuando el interpuesto es el recurso ordinario de apelación.

**LAUDO ARBITRAL - Recurso extraordinario de anulación - Principio de Congruencia - Presupuestos**

Toda sentencia judicial –y el laudo se equipara a estas- está sujeta al cumplimiento del principio de congruencia, consagrado en el artículo 281 del Código General del Proceso, norma según la cual 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; y en consecuencia, dispone que 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; y si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último. (…) Significa lo anterior, que los árbitros deben respetar el principio de congruencia frente a las intervenciones procesales de las partes, que se hallen enmarcadas dentro del pacto arbitral en virtud del cual fueron habilitados los árbitros y adquirieron competencia para decidir, teniendo en cuenta que dicho principio no se desconoce ni se vulnera cuando el juez toma decisiones oficiosas que le son impuestas por el legislador.

**LAUDO ARBITRAL - Recurso extraordinario de anulación - causal novena - Fallo ultra petita - Fallo extra petita - Fallo citra o infra petita - Corrección - Adición**

Esta causal se encuentra enlistada en el numeral 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 43 ibídem, en caso de prosperar, el laudo no se anulará sino que se corregirá o adicionará, según el caso. (…) En el presente caso, se afirmó en el recurso de anulación, que el laudo recayó sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, vicio que la Sala no encuentra configurado, toda vez que i) la controversia sometida a la decisión de los árbitros recayó sobre asuntos susceptibles de transacción; ii) en la cláusula compromisoria del contrato las partes acordaron someter al arbitramento todas las controversias que surgieran con ocasión de su celebración, ejecución, desarrollo, terminación y liquidación; iii) en la demanda la convocante pidió que se declarara el incumplimiento contractual de la entidad convocada respecto del contrato de obra pública celebrado por las partes y iv) eso fue lo que decidió el laudo: declaró el incumplimiento impetrado, sin que resulten relevantes para efectos de la configuración de la causal en estudio, las consideraciones y fundamentaciones jurídicas llevadas a cabo por los árbitros para llegar a la conclusión de que, efectivamente, el contrato fue incumplido por la entidad contratante. Por ello, no se configura un fallo extra petita, por el hecho de que los árbitros hayan considerado que se incumplió el contrato porque en su celebración y ejecución, se vulneró el deber de planeación.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH**

Bogotá, D.C, cinco (5) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 11001-03-26-000-2015-00181-00(56084)**

**Actor: PATRIA S.A.S**

**Demandado: FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE ENGATIVÁ**

**Referencia: RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL**

Resuelve la Sala el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la entidad convocada en contra del laudo arbitral proferido el 20 de mayo de 2015 y corregido mediante auto del 1º de junio de 2015, por el tribunal de arbitramento designado para dirimir la controversia contractual surgida entre las partes.

**SÍNTESIS DEL CASO**

La parte convocada al tribunal de arbitramento que profirió el laudo arbitral impugnado, no probó las causales de anulación aducidas en el recurso extraordinario, consistentes en haber fallado en conciencia debiendo ser en derecho y haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros.

**ANTECEDENTES**

**I. Lo que se demanda**

1. El 16 de julio de 2015, la alcaldía mayor de Bogotá D.C., Secretaría Distrital de Gobierno, Fondo de Desarrollo Local de Engativá, interpuso recurso extraordinario de anulación en contra del laudo arbitral proferido el 20 de mayo de 2015 y corregido mediante auto del 1º de junio del mismo año, proferido por el tribunal de arbitramento designado para dirimir la controversia contractual surgida entre dicha entidad y la sociedad Patria S.A.S, con fundamento en las siguientes causales, consagradas en los numerales 7 y 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012: i) haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo y ii) haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento (f. 498, c. ppl.).

**II. Actuación procesal**

2. Mediante escrito presentado el 23 de mayo de 2013 ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, la sociedad por acciones simplificada Patria S.A.S[[1]](#footnote-1) presentó demanda arbitral en contra del Fondo de Desarrollo Local de Engativá (f. 2, c. 1).

2.1. Las pretensiones elevadas en la convocatoria al tribunal de arbitramento, fueron[[2]](#footnote-2):

*IV. PRETENSIONES*

*PRETENSIÓN GENÉRICA.*

*RECONOCER la INEFICACIA DE PLENO DERECHO de las disposiciones de los Pliegos de Condiciones de la LICITACIÓN PÚBLICA No. FDLE-LP-032-2010 que contengan contravenciones a las disposiciones del artículo 24, numeral 5 de la Ley 80 de 1993, en punto a la exoneración de responsabilidad del FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE ENGATIVÁ, de la información puesta a disposición de los oferentes en la Licitación Pública No. FDLE-LP-032-2010.*

*PRETENSIÓN PRIMERA PRINCIPAL: Que se declare que EL FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE ENGATIVÁ incumplió el contrato de obra No. 196 de 2010 cuyo objeto es: (…) y el cual fue suscrito por las partes el 22 de diciembre del 2010 (…), por los hechos, conductas y omisiones que resulten probadas en el proceso.*

*PRETENSIÓN PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN PRIMERA PRINCIPAL: Que se declare que en la ejecución del contrato de obra No. 196 de 2010 cuyo objeto es: (…), ocurrieron hechos imprevistos que rompieron la ecuación económica del contrato en contra del CONTRATISTA PATRIA S.A.S.*

*PRETENSIÓN SEGUNDA PRINCIPAL: Que se condene al FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE ENGATIVÁ al pago de la totalidad de los sobrecostos y perjuicios de todo orden en que incurrió la sociedad PATRIA S.A.S., contratista en el Contrato de Obra No. 196 de 2010, por el incumplimiento del FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE ENGATIVÁ del contrato de obra No. 196 de 2010, según se pruebe en el trámite de este proceso, particularmente, pero sin limitarse a ello, los sobrecostos y perjuicios derivados de los siguientes conceptos:*

* *Modificación de las condiciones contractuales iniciales.*
* *Implementación del Plan de Contingencia.*
* *Mayor permanencia.*
* *Obras ejecutadas y no pagadas (Trasiegos y Bolardos).*
* *Ajustes por obras ejecutadas y no pagadas.*

*PRETENSIÓN PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN SEGUNDA SUBSIDIARIA: Que se condene al FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE ENGATIVÁ al restablecimiento del equilibrio económico del Contrato de Obra No. 196 de 2010 mediante el reconocimiento y pago de la totalidad de los sobrecostos y perjuicios de todo orden en que incurrió el CONTRATISTA PATRIA S.A.S., sin causa o hecho que le fuere imputable, por la ocurrencia de hechos imprevistos según se pruebe en el trámite de este proceso, particularmente, pero sin limitarse a ellos, los sobrecostos y perjuicios derivados de los siguientes conceptos:*

* *Modificación de las condiciones contractuales iniciales.*
* *Implementación del Plan de Contingencia.*
* *Mayor permanencia.*
* *Obras ejecutadas y no pagadas*
* *Ajustes por obras ejecutadas y no pagadas.*

*PRETENSIÓN TERCERA PRINCIPAL: Que se condene a el* (sic) *FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE ENGATIVÁ al pago de los intereses moratorios por todo el tiempo de la mora a la tasa* (sic) *sobre las sumas líquidas actualizadas que resulten a su cargo, según lo probado en este proceso, a favor de la sociedad PATRIA S.A.S., Contratista en el Contrato de Obra No. 196 de 2010.*

*PRETENSIÓN PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN TERCERA PRINCIPAL: En subsidio de la pretensión tercera principal, solicito que se condene al FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE ENGATIVÁ al pago de intereses moratorios por todo el tiempo de la mora a la tasa equivalente a una y media veces del bancario corriente sobre las sumas líquidas actualizadas que resulten a su cargo, a la sociedad PATRIA S.A.S., Contratista en el Contrato de Obra No. 196 de 2010 (Artículo 884, Código de Comercio).*

*PRETENSIÓN SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN TERCERA PRINCIPAL: En subsidio de la pretensión tercera principal y de la primera subsidiaria a la pretensión tercera principal, solicito que se condene al FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE ENGATIVÁ al pago actualizado o corregido monetariamente (con el fin de evitar los efectos de la pérdida del poder adquisitivo del dinero), de las sumas que resulten a su cargo desde la época en que debió hacerse el reconocimiento y/o pago hasta la fecha de la providencia que ponga fin al proceso, y que adicionalmente se ordene pagar los intereses legales doblados sobre tal monto de perjuicios ya actualizado, y para el mismo periodo (Ley 80 de 1993, art. 4, num. 8), a la sociedad PATRIA S.A.S., Contratista en el Contrato de Obra No. 196 de 2010.*

*PRETENSIÓN CUARTA PRINCIPAL: Que se liquide el contrato de obra No. 196 de 2010 (…) incluyendo en la liquidación las sumas que resulten a cargo del FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE ENGATIVÁ, según lo probado (…).*

*PRETENSIÓN QUINTA PRINCIPAL: Que se ordene al FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE ENGATIVÁ a dar cumplimiento al laudo arbitral que ponga fin a este proceso, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*

*PRETENSIÓN SEXTA PRINCIPAL: Que se reconozca la imposibilidad de PATRIA S.A.S. de garantizar la calidad de los materiales y procedimientos constructivos y diagnóstico como la estabilidad y calidad de la obra en los términos del Contrato de Obra No. 196 de 2010, por cuanto fue obligada a utilizar materiales y procesos constructivos que no se ajustaban a la norma técnica vigente al momento de ejecución de las obras.*

*PRETENSIÓN SÉPTIMA PRINCIPAL: Que en la liquidación del contrato (…) se reconozca que PATRIA S.A.S. se encuentra a paz y salvo por todo concepto con el FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE ENGATIVÁ y que no está obligada a expedir la póliza de estabilidad de la obra.*

*PRETENSIÓN OCTAVA PRINCIPAL: Que en la liquidación del contrato (…) se reconozca que PATRIA S.A.S. se encuentra a paz y salvo por todo concepto con el FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE ENGATIVÁ y que por lo tanto hay lugar a la devolución de la retención en garantía equivalente al DIEZ POR CIENTO (10%) del valor del contrato por parte del FONDO (…).*

2.2. Como sustento de sus pretensiones, la convocante adujo, en resumen, que celebró con la entidad convocada el contrato de obra pública n.o 196 de 2010, cuyo objeto fue realizar y ejecutar los diagnósticos, rehabilitación, mantenimiento y/o reparación de los espacios públicos: andenes, sardineles, alamedas y vías peatonales conforme a las listas de lugares autorizados y presentados por el Fondo de Desarrollo Local de Engativá previa licitación pública, que estuvo regida por un pliego de condiciones que estableció todos los términos y condiciones de la futura contratación y que fue tenido en cuenta para la elaboración de la oferta. Según la convocante, se produjo el rompimiento del equilibrio económico del contrato por causas ajenas a su voluntad, algunas imputables a la entidad, como fueron: i) la modificación del pliego en cuanto a las vías a intervenir, lo que tuvo un impacto financiero en el contrato, así como la demora de la entidad en la entrega de esos sitios, lo que retrasó la ruta crítica de los trabajos; ii) el plan de contingencia que tuvo que implementar el contratista, para cumplir a cabalidad el objeto contractual; iii) los ajustes a los que tenía derecho el contratista y que no le fueron cancelados; iv) la mayor permanencia en la obra, por la prórroga de 3 meses que suscribieron las partes, a consecuencia de la afectación de la ruta crítica y la programación del contratista, por hechos exógenos al mismo; v) demoras de la Secretaría de Movilidad en algunas aprobaciones que le correspondía expedir y vi) la mora en la aprobación y pago de los precios no previstos.

3. El Fondo de Desarrollo Local de Engativá **contestó la demanda,** se opuso a las pretensiones, por considerar que i) no se produjeron los sobrecostos aducidos por el demandante en razón de la mayor permanencia en la obra; ii) en relación con la extensión del plazo del contrato, que obedeció a mayores cantidades de obra, se suscribieron por las partes varias actas y documentos en los que se pactaron los precios para las mismas, sin que el contratista hubiera manifestado protesta alguna por esta razón; iii) el plan de contingencia que se le solicitó, obedeció al atraso de los trabajos, que permitía advertir que no podrían terminarse a tiempo; y iv) en relación con las obras ejecutadas y no pagadas que reclama el convocante, se trató de la instalación de bolardos extra que no fueron autorizados por la entidad y por lo tanto, ésta no está obligada a cancelarlas. Propuso así mismo, la excepción de pago parcial de la obligación, pues el contratista había recibido $ 2 246 350 115,oo, quedando un saldo aproximado a su favor de $ 249 594 456, correspondiente al 10% de retenciones de garantía, según la cláusula novena del contrato (f. 218, c. 1).

5. El 20 de mayo de 2014, el Tribunal de Arbitramento profirió el **laudo arbitral** en el cual acogió parcialmente las pretensiones de la convocante -las consideraciones de esta decisión, se analizarán al resolver los cargos en su contra- y dispuso (f. 304 a 466, c. ppl.):

***Primero:*** *Rechazar las excepciones formuladas por la parte convocada, por las razones contenidas en la parte motiva del laudo.*

***Segundo:*** *Declarar**que no prospera la pretensión genérica de la demanda, esto es, que no hay ineficacia de pleno derecho de las disposiciones del Pliego de Condiciones de la LICITACIÓN PÚBLICA No. FDLE-LP-032-2010 que contengan contravenciones a las disposiciones del artículo 24, numeral 5 de la Ley 80 de 1993, en punto a la exoneración de responsabilidad del FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE ENGATIVÁ, de la información puesta a disposición de los oferentes en la Licitación Pública No. FDLE-LP-032-2010.*

***Tercero:*** *Declarar que prospera la pretensión primera principal de la demanda, esto es, que el FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE ENGATIVÁ incumplió el contrato de obra No. 196 de 2010, en los términos establecidos en la parte motiva del laudo.*

***Cuarto:*** *Conforme a la pretensión segunda principal de la demanda, condenar al FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE ENGATIVÁ al pago de los sobrecostos y perjuicios de todo orden en que incurrió la sociedad PATRIA S.A.S., contratista en el Contrato de Obra No. 196 de 2010, por el incumplimiento del FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE ENGATIVÁ del Contrato de Obra No. 196 de 2010, según se probó en el trámite de este proceso, particularmente respecto de los siguientes conceptos:*

*• Modificación de las condiciones contractuales iniciales.*

*• Implementación del Plan de Contingencia.*

*• Mayor permanencia.*

*• Obras ejecutadas y no pagadas (Trasiegos y Bolardos).*

*• Ajustes por obras ejecutadas y no pagadas.*

***Quinto:*** *Conforme a la pretensión segunda subsidiaria de la pretensión tercera principal, condenar al FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE ENGATIVÁ al pago actualizado o corregido monetariamente de las sumas que resultan a su cargo desde el 4 de julio de 2012 –época en que debió hacerse el reconocimiento y/o pago- hasta el 20 de mayo de 2015 –fecha del laudo que pone fin al proceso-, y ordenar a la misma entidad convocada a pagar intereses legales doblados sobre tal monto de perjuicios ya actualizado, y para el mismo periodo (Ley 80 de 1993, art. 4, num. 8), a la sociedad PATRIA S.A.S., Contratista del Contrato de Obra No. 196 de 2010.*

***Sexto:*** *En los términos señalados en la parte motiva del laudo, y conforme a la pretensión cuarta principal de la demanda, liquidar el Contrato de Obra No. 196 de 2010 celebrado por el FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE ENGATIVÁ y la sociedad PATRIA S.A.S., incluyéndose allí las sumas que resultan a cargo del FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE ENGATIVÁ, según lo probado en este proceso y establecido por el Tribunal en el presente laudo.*

***Séptimo:*** *Con base en la parte motiva del laudo y en la liquidación efectuada por el Tribunal, condenar al FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE ENGATIVÁ a pagarle a PATRIA S.A.S las siguientes sumas de dinero a título de perjuicios, y conforme a la liquidación de la actualización monetaria e intereses aplicable que va hasta el 20 de mayo de 2015 –fecha del presente laudo-, sin perjuicio del monto que arroje la liquidación de dichas sumas el día en que efectivamente se realice su pago:*

* *Por la Modificación de las condiciones contractuales iniciales, la suma de seiscientos veintiséis millones quinientos setenta y siete mil novecientos setenta y seis pesos ($626.577.976.oo).*
* *Por la Implementación del Plan de Contingencia, la suma de veintisiete millones cuarenta y seis mil ciento veintiún pesos ($ 27.046.121.oo).*
* *Por la Mayor permanencia en obra, la suma de ciento cincuenta y cinco millones novecientos noventa y tres mil setenta y cinco pesos ($155.993.075.oo).*
* *Por la realización de obras ejecutadas y no pagadas, con sus respectivos ajustes en cuanto a Trasiegos, la suma de noventa y tres millones novecientos noventa y un mil diecinueve pesos ($93.991.019.oo).*
* *Por la realización de obras ejecutadas y no pagadas, con sus respectivos ajustes en cuanto a Bolardos, la suma de setecientos veintidós mil trescientos cincuenta y seis pesos ($722.356.oo).*

***Octavo:*** *Conforme a la pretensión quinta principal de la demanda, ordenarle al FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE ENGATIVÁ a dar cumplimiento al laudo arbitral que pone fin a este proceso, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los términos señalados en la parte motiva del laudo.*

***Noveno:*** *Según lo establecido en la parte motiva del laudo, declarar que no prospera la pretensión sexta principal de la demanda, que le solicitaba al Tribunal reconocer la imposibilidad de PATRIA S.A.S. de garantizar la calidad de los materiales y procedimientos constructivos y diagnóstico como la estabilidad y calidad de la obra en los términos del Contrato de Obra No. 196 de 2010, por cuanto fue obligada, según la convocante, a utilizar materiales y procesos constructivos que no se ajustaban a la norma técnica vigente al momento de ejecución de las obras.*

***Décimo:*** *Según los términos y demás consideraciones establecidos en la parte motiva del laudo, declarar que prospera la pretensión séptima de la demanda, consistente en reconocer que PATRIA S.A.S. se encuentra a paz y salvo por todo concepto con el FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE ENGATIVÁ y que no está obligada, en la actualidad, a expedir la póliza de estabilidad de la obra, pese a permanecer obligada a garantizar la calidad y estabilidad de la obra al tenor de las normas legales aplicables al asunto, según se explica en las consideraciones del laudo.*

***Undécimo:*** *Declarar que prospera la pretensión octava principal de la demanda, consistente en que en la liquidación del Contrato de Obra No. 196 de 2010, contenida en el laudo, se reconozca que PATRIA S.A.S. se encuentra a paz y salvo por todo concepto con el FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE ENGATIVÁ y que por lo tanto hay lugar a la devolución de la retención en garantía equivalente al DIEZ POR CIENTO (10%) del valor del contrato por parte del FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE ENGATIVÁ a PATRIA S.A.S.*

***Duodécimo:*** *Con base en la parte motiva del laudo y en la liquidación efectuada por el Tribunal, ordenarle al FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE ENGATIVÁ a devolverle a PATRIA S.A.S., por concepto de la retención de la garantía, la suma de doscientos setenta y dos millones setecientos diez mil ochocientos sesenta y ocho pesos ($272.710.868.oo), conforme a la liquidación de la actualización monetaria que va hasta el 20 de mayo de 2015 –fecha del presente laudo-, sin perjuicio del monto que arroje la liquidación de dicha suma el día en que efectivamente se realice su pago.*

***Décimo Tercero:*** *Conforme a la pretensión novena principal de la demanda, ordenarle al FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE ENGATIVÁ acatar el laudo que ponga fin a este proceso.*

***Décimo Cuarto:*** *Conforme a la pretensión décima principal de la demanda, condenar al FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE ENGATIVÁ a pagarle a PATRIA S.A.S. las costas y agencias en derecho.*

***Décimo Quinto:*** *Con base en la parte motiva del laudo, ordenarle al FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE ENGATIVÁ a pagarle a PATRIA S.A.S., por concepto de costas y agencias en derecho, la suma total de ciento veintiocho millones ciento treinta y siete mil trescientos cuarenta pesos ($128.137.340.oo).*

*(…).*

6. El laudo arbitral fue corregido mediante auto del 1º de junio de 2015, en los siguientes términos (f. 491, c. ppl.):

***Primero:*** *Denegar, porque no hay lugar a ella, la solicitud de aclaración formulada por PATRIA S.A.S.*

***Segundo:*** *Conceder la corrección del laudo, solicitada por PATRIA S.A.S., según las consideraciones expuestas por el Tribunal en el laudo y en el presente auto. En consecuencia, se corrige o precisa que la suma de sesenta y un millones de pesos ($61.000.000.oo) es la que corresponde a los honorarios del Tribunal y a los gastos del proceso que debía pagar el FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE ENGATIVÁ.*

***Tercero:*** *En consonancia con lo anterior, se corrige de oficio el laudo, según las consideraciones expuestas por el Tribunal en dicho laudo y en el presenta auto, en el sentido de precisar que la suma de treinta y seis millones seiscientos mil pesos ($36.600.000.oo) es la que corresponde a la condena en costas por el rubro de honorarios del Tribunal y gastos del proceso.*

***Cuarto:*** *De conformidad con los numerales segundo y tercero de la parte resolutiva de este auto, y según las consideraciones contenidas en este último y en el laudo arbitral, se corrige dicho laudo de manera que el numeral Décimo Quinto, de su parte resolutiva, queda así:*

***“Décimo Quinto:*** *Con base en la parte motiva del laudo y en el auto de aclaración, complementación y corrección del laudo, ordenarle al FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE ENGATIVÁ a pagarle a PATRIA S.A.S., por concepto de costas y agencias en derecho, la suma total de ciento veintinueve millones setecientos treinta y siete mil trescientos cuarenta pesos ($129.737.340.oo)”.*

***Quinto:*** *En atención a todo lo anterior, conceder la adición o complementación del laudo, solicitada por la parte convocante, según las consideraciones expuestas por el Tribunal en el laudo y en el presente auto. En consecuencia, se complementa el laudo con un numeral vigésimo adicional que, en su parte resolutiva, dice así:*

***“Vigésimo:*** *Conforme a la Ley, a las consideraciones expuestas por el Tribunal y a la condena en costas proferida por este último, condenar al FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE ENGATIVÁ a pagarle a PATRIA S.A.S. intereses moratorios, a la tasa más alta autorizada, desde el día 6 de junio de 2014 y hasta la fecha efectiva del respectivo pago, sobre la suma de sesenta y un millones de pesos ($61.000.000), la cual corresponde a los honorarios del Tribunal y gastos del proceso”.*

***Sexto:*** *Denegar, porque no hay lugar a ella, la solicitud de aclaraciones formulada por el FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE ENGATIVÁ.*

7. El 16 de julio de 2015, la parte convocada presentó **recurso extraordinario de anulación del laudo arbitral** y el auto de aclaración del mismo, con fundamento en las siguientes causales: i) haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo y ii) haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento (f. 498, c. ppl.; la sustentación se analizará al resolver la causal).

8. En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley 1563 de 2012, se corrió traslado del recurso a la parte convocante, Patria S.A.S, quien presentó escrito en el que manifestó que el recurso de anulación debía ser rechazado por ineptitud sustancial del mismo, toda vez que fue interpuesto a nombre de entidades –alcaldía de Bogotá y secretaría de gobierno- que no hacen parte del contrato de obra 196 de 2010 ni del trámite arbitral adelantado para dirimir las controversias derivadas de éste. Y en cuanto a las causales aducidas, consideró que i) no se configuró un fallo en conciencia, pues de la sola lectura del laudo se advierte que esta causal no se produjo y los árbitros decidieron conforme a la normatividad y la jurisprudencia aplicable al caso; ii) estimó que el hecho de que los árbitros hayan analizado los principios de la contratación estatal como el de planeación, tampoco se traduce en que el laudo haya recaído sobre aspectos no sujetos a su decisión, pues ese estudio hizo referencia al pliego de condiciones, como parte integrante del contrato de obra celebrado y que por lo tanto lo regía; iii) explicó que las causales alegadas por el recurrente no daban lugar a las consecuencias solicitadas por él, consistentes en la expedición de una nueva decisión por parte del Consejo de Estado, pues en tal caso, de acuerdo con lo dispuesto por la ley, lo que se sigue es que el interesado puede convocar un nuevo tribunal arbitral y en tal caso, se conservará la validez de las pruebas practicadas y las actuaciones no afectadas por la anulación y finalmente, iv) afirmó que resultaba improcedente la solicitud de suspensión del laudo arbitral elevada por el recurrente, ya que no dio ni una sola razón que justificara la efectiva necesidad de tal suspensión (f. 543, c. ppl.).

9. Mediante auto del 20 de abril de 2016 y por reunir todos los requisitos legales, se admitió el recurso extraordinario de anulación del laudo arbitral, providencia que fue notificada personalmente al agente del Ministerio Público y comunicada a la parte convocante y a la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, quienes guardaron silencio (f. 555, 556 y 571, c. ppl).

10. Mediante auto del 15 de junio de 2016, se ordenó la suspensión de la ejecución del laudo arbitral, en atención a la solicitud formulada en tal sentido por la entidad convocada en su recurso de anulación (f. 574, c. 1).

**CONSIDERACIONES**

**I. Competencia**

11. La Sala es competente para conocer y decidir el presente asunto, de acuerdo con lo previsto en el numeral 7º del artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo[[3]](#footnote-3) y el artículo 46 de la Ley 1563 de 2012, en consonancia con lo establecido por el artículo 13 del Acuerdo n.° 58 de 1999, modificado por el Acuerdo n.° 55 de 2003 de esta Corporación, que le atribuyen a la Sección Tercera del Consejo de Estado la competencia para conocer del recurso de anulación de los laudos arbitrales proferidos para dirimir controversias en torno a los contratos estatales, como quiera que el contrato de obra n.o 196 de 2010 fue celebrado por el Fondo de Desarrollo Local de Engativá, entidad pública distrital con personería jurídica y patrimonio propio[[4]](#footnote-4).

**II. El problema jurídico**

12. La Sala debe establecer si el laudo arbitral impugnado está incurso en las causales de anulación alegadas y sustentadas por el recurrente, es decir i) si el laudo arbitral fue proferido en conciencia cuando ha debido ser en derecho, ii) o si recayó sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, para lo cual se analizarán en el orden en que fueron propuestos los cargos.

**III. Análisis de la Sala**

13. Antes de emprender el estudio de las causales invocadas y sustentadas en el recurso de anulación interpuesto por la entidad convocada en contra del laudo arbitral proferido el 20 de mayo de 2015 para dirimir las controversias surgidas entre las partes con ocasión de la ejecución del contrato de obra pública n.o 196 de 2010,procede la Sala a reiterar las generalidades en torno a la naturaleza del arbitramento como mecanismo alternativo de solución de conflictos, la decisión que surge del mismo -laudo arbitral-, así como del recurso extraordinario que procede en su contra ante esta jurisdicción contencioso administrativa:

*16. Al respecto, se observa que el recurso que procede en contra de los laudos arbitrales, es el extraordinario de anulación, que por esta misma naturaleza –no es un recurso ordinario- no constituye una nueva instancia en la que le sea dado al juez del recurso entrar a analizar las cuestiones de fondo para determinar la corrección o no de la decisión de los árbitros, es decir para resolver errores in judicando, sino que está encaminado a corregir errores in procedendo, es decir defectos de forma que se presenten en la tramitación, puesto que su finalidad es la protección del debido proceso[[5]](#footnote-5).*

*17. Debe recordarse además, que el arbitramento es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al que pueden acudir las partes interesadas mediante la suscripción de un pacto arbitral[[6]](#footnote-6), en cuanto el artículo 116 de la Constitución Política autoriza investir transitoriamente a los particulares de la función de administrar justicia, en la condición de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley, lo cual implica la sustracción del litigio del conocimiento de su juez natural para atribuirle su decisión a unos particulares, designados por las mismas partes o un tercero que ellas designen para tal fin.*

*18. Por tratarse de una atribución excepcional de la función de administrar justicia que se hace a favor de particulares, el tribunal de arbitramento que surge carece de vocación de permanencia y es conformado con un carácter temporal, limitado exclusivamente al término necesario para proferir la decisión, esto es, el laudo arbitral a través del cual se decidirá la controversia planteada, por lo cual una vez expedido, dicho tribunal pierde su razón de ser y por lo tanto desaparece. Como lo afirma la doctrina:*

*El árbitro está limitado, por la voluntad de las partes, a un determinado asunto, y por la ley, a un prefijado tipo de controversias, por tanto no dispone de poder de ejecución y su función es, esencialmente, discontinua en el tiempo. Carece, al efecto, de la nota de permanencia que caracteriza a los miembros del poder judicial: el árbitro se nombra para un caso concreto.*

*(…) La potestad de los árbitros, a diferencia de la que es inherente a los jueces estatales, no es permanente ni genérica, sino que está limitada a las cuestiones comprometidas y a un tiempo determinado, fijado por las partes o, en defecto de pacto expreso, por la ley, durante el cual ha de expedirse la decisión. Su función está circunscrita, pues, a un plazo concreto que permita sustanciar el procedimiento arbitral hasta la emisión del laudo (…)[[7]](#footnote-7)*

*19. De otra parte, es necesario tener en cuenta que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, reformado por el artículo 6º de la Ley 1285 de 2009, las entidades estatales no pueden pactar tribunales de arbitramento institucionales ni independientes, sólo legales (…)*[[8]](#footnote-8)*.*

14. En el presente caso, el tribunal de arbitramento se constituyó en virtud de la cláusula compromisoria contenida en el contrato 196 de 2010, del siguiente tenor:

***CLÁUSULA VIGÉSIMO OCTAVA: CLÁUSULA COMPROMISORIA.*** *En el evento en que se presenten diferencias entre las partes contratantes que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación, se podrá someter a la decisión de árbitros, de conformidad con lo establecido en el art. 70 de la ley 80 de 1993.*

**Las causales de anulación**

**Primer cargo: Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.**

15. Esta causal está enunciada en el numeral 7º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 y el recurrente considera que se configuró en el laudo impugnado, por las siguientes razones:

15.1. En el laudo, los árbitros desconocieron la normatividad aplicable para resolver la controversia, pues a pesar de establecer que Patria S.A.S. incumplió varias de sus obligaciones contractuales, *“de las cuales NO TENÍA PODER DE INCIDENCIA la parte convocada …”,* procedió a declarar la concurrencia de culpasde que trata el artículo 2357 del Código Civil, en vez de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato, lo cual es contrario a la norma vigente y aplicable en este caso. Adujo que *“Es evidente que la causal a invocar es la establecida en el literal a) por la jurisprudencia, atinente a que* ***“es el que no se apoya en derecho positivo vigente, es decir en derecho que no rige****” en la medida en que el apoyo o fundamentación en normas que no corresponden al caso, y que carecen de validez frente a la discusión bajo estudio”.*

15.2. También se desconoció la normatividad aplicable al considerar el laudo que el Fondo ocasionó perjuicios a la convocante por las modificaciones de los “CIVs” (códigos de identificación vial) que se impusieron inicialmente y por haber solicitado en el pliego de condiciones técnicas materiales granulares y sub-granulares bajo la norma IDU 1995, siendo en su criterio aplicable la IDU-ET 2005, pues con ello se desconoció lo pactado en el contrato, que es ley para las partes. Y *“(…) el no acudir a las reglas válidas para estudiar de el litigio* (sic) *genera que los árbitros hayan apartado su criterio de las normas hacia criterios subjetivos y personales propios del fallo en conciencia”.*

15.3. Los árbitros reconocieron perjuicios que no estaban debidamente probados: *“Por tanto, carecer* (sic) *de valor probatorio pretender endilgar unos perjuicios que no están probados evidentemente, que adolecen de manifestar su certeza y dirección hacia quien los causó, ya que la certeza que debió tener el Tribunal de marras fue la de identificar cuánto se pagó de más en personal, en gastos de seguridad, en arrendamiento de bienes entre los demás que resultaran probados”,* pero se limitó a atender el dictamen pericial, que dedujo una pérdida operacional de PATRIA S.A.S., respecto de la cual no se tiene claridad si *“(…) corresponde a sus malos negocios, costos mayores de los cotizados por él e imputables a su negocio entre otros asuntos que puedan ser de su competencia, como el de adicionar a dicha contabilidad gastos que no corresponda, pero que en todo caso, ello es depurado mediante el acervo probatorio que debería existir”.* Y en el presente caso, los perjuicios se estimaron únicamente con referencia al juramento estimatorio de la demanda, sin que el tribunal hubiera verificado que tales valores correspondieran a las causas o motivos endilgados y por los que condenó.

16. Frente a este cargo, la convocante se limitó a asegurar que de la lectura integral del laudo y la concepción jurisprudencial respecto del alcance de la causal invocada, se desprende que la misma no está configurada en el presente caso (f. 547, c. ppl.).

**El fallo en conciencia**

17. En relación con esta causal, para que se pueda predicar que un laudo fue proferido en conciencia, se requiere la comprobación de que los árbitros al resolver, lo hicieron dejando de lado las normas legales que debían aplicar, así como las estipulaciones contractuales de las que derivan las obligaciones para las partes y el acervo probatorio obrante en el plenario, basando su decisión exclusivamente en su sentido de justicia, en su leal saber y entender, aplicando el sentido común y el principio de la verdad sabida y buena fe guardada, siguiendo únicamente los dictados de su propia conciencia, sin acudir a razonamientos jurídicos, basados en el ordenamiento legal regulador de la controversia sujeta a su decisión. En palabras de la doctrina, el fallo en conciencia:

*(…) es aquel que se profiere en atención al íntimo convencimiento que adquieren los árbitros después de haber analizado los antecedentes del litigio, la naturaleza y el comportamiento de las partes, los hechos del proceso, las pruebas recaudadas y las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar,* ***aplicando el sentido común y el juicio de un hombre recto y justo.*** *El fallo no se sustenta, obligatoriamente, en las normas sustantivas o derecho positivo.*

*(…) Fallar en conciencia no significa efectuar una transacción revestida de la calidad de laudo. Fallar en conciencia implica* ***laudar conforme con una íntima convicción de lo justo y equitativo*** *respecto de la diferencia planteada,* ***aplicando los principios del leal saber y entender,*** *es decir, lo que concluiría una persona prudente y justa. Por esta razón, el fallo en conciencia está* ***liberado del rigorismo de la tarifa probatoria, la carga de la prueba y el sustento del derecho sustantivo****”.*

*En sustancia, en el arbitraje en conciencia el árbitro no queda atado al derecho sustantivo, ni siquiera a las que puedan considerarse normas imperativas, ni al rigorismo del derecho procesal, razón por la cual no se requiere ser abogado, y menos a las tarifas probatorias, puesto que el laudo se sujeta a la íntima convicción del fallador; por lo tanto no se requiere invocar en auxilio o sustento del laudo, el derecho sustantivo …* (las negrillas son del texto original)*[[9]](#footnote-9).*

18. De acuerdo con lo anterior, no corresponde a esta causal de anulación, la deficiente valoración que de las pruebas realice el juzgador[[10]](#footnote-10), por cuanto *“[n]o se trata pues, y eso está claro, de que el recurrente encubra sus divergencias sobre la manera como el tribunal estimó y valoró las pruebas del proceso, que le ha sido desfavorable, para deducir de allí que se está en presencia de un fallo en conciencia, cuando normalmente, en un caso como este, el juez suele expresar claramente, a lo largo de la motivación de la sentencia, las razones por las cuales los medios de prueba le han conducido a tomar una u otra posición, gracias a la libertad de valoración –sana crítica- que la ley procesal le confiere”[[11]](#footnote-11).*

19. Tampoco se puede calificar de fallo en conciencia aquel respecto del cual se considera equivocada la decisión de los árbitros, si ellos se fundaron para proferirla en el derecho positivo vigente, aunque hayan aplicado las normas incorrectas o dejado de aplicar la que correspondía o que siendo la procedente, le hayan dado un alcance que no tenía[[12]](#footnote-12), siendo necesario que la separación de los árbitros respecto de la aplicación de las reglas de derecho, aparezca manifiesta en el laudo.

20. En el presente caso, observa la Sala que a lo largo del laudo impugnado, los árbitros tuvieron en cuenta la normatividad procesal y sustantiva aplicable en la resolución de la controversia sometida a su decisión, circunstancia que lo aleja de ser un fallo en conciencia, tal y como lo afirma la recurrente.

**El contenido del laudo arbitral**

21. En la decisión objeto del recurso de anulación, los árbitros procedieron a estudiar en primer lugar, el cumplimiento de los presupuestos procesales para el trámite del proceso arbitral, verificando la existencia de la cláusula compromisoria, el conflicto sometido al tribunal, su competencia para decidirlo, la oportunidad de presentación de la demanda y los alcances del memorial que le dio contestación.

22. En segundo lugar, procedieron a analizar las pretensiones de la demanda y las defensas de la entidad convocada en su contestación, mediante el análisis de responsabilidad, la naturaleza y el marco contractual, así como los alcances y contenido del contrato celebrado por las partes, que identificaron como de obra, regido por las normas de la Ley 80 de 1993, aclarando que debía entenderse que del mismo hacía parte también el pliego de condiciones de la licitación pública que lo precedió, cuyas disposiciones prevalecían sobre la propuesta del contratista y el mismo clausulado contractual.

22.1.1. De acuerdo con el análisis de las disposiciones del pliego, el tribunal de arbitramento encontró que la entidad había dejado clara la posibilidad de modificación de los listados de los segmentos a intervenir si se daban las condiciones establecidas allí mismo para ello, sin que tal posibilidad constituyera arbitrariedad alguna de la entidad o la facultad de modificación ilimitada del contrato. Y sin que se pudiera entender como una exoneración de responsabilidad de la entidad por la información dada a los oferentes, como tampoco encontró que las previsiones relacionadas con la misma, indujeran a error o permitieran o incentivaran la presentación de ofertas de extensión ilimitada o que dependieran de la voluntad exclusiva de la entidad contratante, por lo que denegó la pretensión genérica relacionada con la ineficacia de las disposiciones del pliego de condiciones, específicamente el numeral 1.2.1.

22.1.2. A continuación, los árbitros procedieron a analizar la conducta contractual de las partes, para establecer si se produjo o no el incumplimiento de obligaciones a cargo de la convocada en la forma expuesta en la demanda, para lo cual estudiaron el acervo probatorio obrante en el proceso, del cual dedujeron que la convocante cumplió el contrato, según constancia contenida en el acta n.o 15 del 30 de abril de 2012, suscrita con el interventor del mismo y el acta n.o 16 del 4 de julio del mismo año, de recibo final de la obra; por esta razón, la entidad demandada reconoció deberle al contratista el valor de la retención por garantía, correspondiente al 10% del valor del contrato y se ordenó su devolución en el laudo.

22.1.3. Con base en el dictamen pericial técnico, los testimonios rendidos en el proceso y demás prueba documental, el tribunal de arbitramento definió lo concerniente al cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la entidad convocada, en relación con la modificación de los CIVs a intervenir (códigos de identificación vial, que corresponden a segmentos viales o espacios públicos a diagnosticar e intervenir: andenes, sardineles, alamedas y vías peatonales) y la incidencia de la misma en el presupuesto y costo del contrato, encontrando que inicialmente, la convocada dispuso un listado de 27 CIVs, pero desde el comienzo del contrato no había claridad sobre el listado real de los mismos; iniciada la ejecución, se excluyeron 11 CIVs, equivalentes aproximadamente al 40% de los establecidos al principio, por razones que pudieron preverse y de hecho, le fueron advertidas a la entidad, por ejemplo el buen estado de los andenes y la invasión del espacio público propuestos para la intervención; tras varios meses de la suscripción del contrato, no se habían iniciado obras, por dificultades de priorización de los CIVs a intervenir, por parte de la alcaldía local de Engativá, que era la entidad que disponía cuáles debían ser intervenidos; se asignaron 15 CIVs adicionales, y a solo 3 meses del vencimiento del plazo contractual, se autorizó al contratista la intervención de los mismos; el contratista realizó diagnósticos de 16 CIVs que nunca fueron intervenidos por decisión del ente contratante; la causa preponderante del retraso e inconvenientes en el desarrollo y terminación de la obra, fue la intervención tardía de los 15 CIVs no contenidos en el listado inicial; el contratista efectuó los diagnósticos oportunamente, dadas las circunstancias de la contratación, pero en los retrasos también influyó la controversia entre las partes en torno a los materiales granulares y sub-granulares que se debían emplear, lo que incidió en la aprobación tardía de los diagnósticos y la iniciación de las intervenciones.

22.1.4. A continuación, el laudo estudió lo concerniente a la utilización de materiales en las obras, específicamente en cuanto a materiales granulares y sub-granulares, respecto de los cuales el convocante afirmó que los indicados en el pliego de condiciones no eran los apropiados y que al ser obligado a utilizarlos, esto lo relevaba de la obligación de constituir la garantía de estabilidad de la obra, mientras que según la entidad, sí eran los materiales adecuados y resultaban obligatorios, por estar señalados desde el pliego de condiciones. Para dilucidar el tema, el tribunal acudió al dictamen pericial y a testimonios vertidos en el proceso, con base en los cuales concluyó que la norma técnica aplicable en el caso concreto no era la establecida en el pliego de condiciones: IDU-1995, sino otra -IDU ET-2005, cuyas especificaciones fueron adoptadas en la resolución 1959 de 2006, proferida por el IDU y la cartilla de andenes 2007-, que era más rigurosa para efectos de verificar la durabilidad y estabilidad del material utilizado. Pero que si bien los materiales usados en el contrato eran inferiores a los estándares de calidad, diligencia y estabilidad aplicables a la contratación, su utilización podía ser aceptable, dependiendo del rigor y cumplimiento de los términos y especificaciones de lo que se contratare en cada caso; por lo tanto, no resultaban contundentes las objeciones planteadas por el contratista respecto de la falta de idoneidad de los materiales en cuestión, que fueron utilizados en la ejecución del contrato; los árbitros encontraron que la sociedad PATRIA S.A.S., no expidió la póliza de estabilidad de la obra por lo anterior, la cual debía tener una vigencia de 2 años desde el acta de recibo, que se produjo el 4 de julio de 2012, por lo que debía expirar el 4 de julio de 2014, pero que el personal de la convocada admitió que la obra no había presentado inconvenientes que pusieran en riesgo su estabilidad.

22.1.5. Establecidos los anteriores hechos, en el laudo se analizaron los principios de la función administrativa –art. 209, C.P.- y de la contratación estatal –art. 23, Ley 80 de 1993-, así como el deber de planeación de la actividad contractual. Con fundamento en este análisis, estudió la conducta de las partes en todo el desarrollo precontractual y contractual, concluyendo que el Fondo de Desarrollo Local de Engativá faltó al mencionado deber respecto de los CIVs que serían objeto de intervención, pues la indefinición administrativa que se produjo durante la ejecución del contrato sobre los que serían intervenidos, produjo una virtual parálisis durante más de 4 meses: *“(…) hubo circunstancias probadas, tales como (i) la indefinición del listado real de CIVs a intervenir, (ii) la realización de diagnósticos sobre CIVs excluidos, (iii) la exclusión de CIVs por razones previsibles para la entidad contratante –e incluso advertidas oportunamente- y (iv) la inclusión tardía de un número significativo de CIVs para la ejecución del contrato, que dan cuenta de la improvisación e ineficiencia administrativas del FDLE, todo lo cual denota la inobservancia del postulado de la planeación a partir de la violación del principio de economía”.*

22.1.6. El tribunal de arbitramento también encontró que, en relación con los materiales a utilizar que fueron anunciados en el pliego de condiciones, tanto la entidad contratante como el contratista, faltaron al deber de planeación que les asistía. Este último, teniendo en cuenta que en los procesos de selección se espera que los proponentes cumplan con sus deberes de colaboración y el ejercicio de una conducta ajustada a la buena fe, principalmente respecto de la obligación de informar y de informarse sobre las circunstancias relevantes que inciden en la contratación, teniendo en cuenta que la planeación cobija la determinación adecuada de la calidad de los bienes y de las obras como tales. En consecuencia, teniendo en cuenta los deberes que recaen en el profesional cuando contrata y que van más allá de lo expresamente pactado, puesto que debe observar una diligencia media en función de sus saberes o técnicas especiales de la profesión –*lex artis*-, y en consideración a que el convocante es un profesional en el sector de la construcción, estaba obligado como potencial contratista a advertirle a la administración las deficiencias en la planeación contractual en cuanto a los materiales a utilizar en la obra y debió así mismo, abstenerse de participar al prever serias dificultades en su ejecución, y no lo hizo. No formuló objeciones sobre los materiales dispuestos por el Fondo para la contratación, sino hasta después de adjudicado y celebrado el contrato, faltando al deber legal y profesional de transparencia y de facilitación de su ejecución. No obstante, el tribunal de arbitramento consideró que el Fondo, como responsable de la contratación, teniendo al alcance la información para disponer la utilización de otros materiales, y habiendo insistido en que el contratista empleara los materiales B-200 y B-600, había mitigado significativamente con dichas actuaciones la responsabilidad de la parte convocante.

22.1.7. Como consecuencia de todo lo anterior, el tribunal también concluyó que las partes incumplieron la obligación de velar por la calidad de la obra, no obstante lo cual, la misma en últimas, no se vio afectada y no hubo un daño a raíz de la utilización de materiales ajenos a la normativa técnica aplicable al contrato, los cuales resultaron aceptables y por lo tanto, el contratista no se podía relevar de su obligación de garantizar la calidad de los materiales, los procedimientos constructivos y de la propia obra, por lo que a pesar de que incumplió con su obligación de constituir la póliza de estabilidad de la obra, ello no lo excusaba de su deber de responder por las fallas que se puedan presentar en la obra con posterioridad a su entrega, por razones de estabilidad, al tenor de lo dispuesto por el Código Civil, artículo 2060.

22.1.8. Concluyó entonces el tribunal, que si bien el Fondo de Desarrollo Local de Engativá incumplió el contrato, también Patria S.A.S. incumplió obligaciones contractuales a su cargo, circunstancia que redundaba en la reparación patrimonial a que habría lugar a su favor. Por ello, sobre la obligación de la entidad de reintegrar el 10% de la retención en garantía, no reconoció intereses; además, estableció que, en relación con los daños alegados y reclamados por la convocante, se presentó concurrencia de culpas en su producción, conclusión a la que llegó luego de analizar el vínculo o nexo causal entre el daño y la actuación de las partes:

*Con todo, ocurre con frecuencia que un resultado dañoso –i.e. la afectación a la programación, ejecución y desarrollo de la obra-, no sea producido por una sola causa sino por una pluralidad de causas (…). En las consideraciones anteriores del laudo, y con base en los medios probatorios recaudados, se ha establecido que el FDLE y PATRIA contribuyeron a la afectación de la programación, desarrollo y ejecución de la obra. En el caso de PATRIA, ello ocurrió debido a que ésta, en contravía de su obligación de lealtad negocial, y violando el deber profesional de facilitar la ejecución del Contrato, entró en una cadena de discusiones con el FDLE sobre la utilización de los materiales en la obra. Así, como ya lo dijo el Tribunal, una cosa es que PATRIA formulara advertencias, durante el desarrollo del contrato, respecto de los materiales utilizados, y otra distinta es que ello, por cuenta de las discusiones con el ente contratante, terminara interfiriendo en la programación y ejecución del Contrato, como se pudo extraer del informe técnico.*

*(…)*

*En relación con la afectación de la programación, desarrollo y ejecución de la obra, el expediente arbitral da cuenta de que las causas preponderantes y generadoras de dicha situación, fueron imputables a la entidad contratante. En dicho sentido, se ha establecido como la tardía intervención de los últimos 15 CIVs, sumada a la realización de diagnósticos sobre 16 CIVs que serían excluidos por razones imputables a dicha entidad y, en todo caso, ajenas al contratista, fueron los motivos principales por los cuales se afectó la programación, desarrollo y ejecución de la obra.*

*La controversia entre las partes, sobre la utilización de los materiales, tuvo una relevancia intermedia y contribuyó a dicho resultado, pero no fue decisiva para ello.*

*(…) la importancia diferente de cada una de las causas, sumada al hecho de que las más relevantes le son atribuibles al FDLE, implican que se le dé aplicación al concepto de la causalidad eficiente (…).*

*Desde otra perspectiva, se considera que el incumplimiento del principio de planeación, por parte del FDLE, con las obligaciones y deberes que aquel conlleva, afectó la programación, desarrollo y ejecución de la obra. Con todo, el Tribunal no pierde de vista que la parte convocante, como tal, contribuyó a este resultado por cuenta de sus distintas controversias, con la entidad contratante, respecto de los materiales utilizados en la obra.*

*En atención al fenómeno de la concurrencia de culpas, aplicable al caso concreto, la jurisprudencia y la doctrina le han extendido a la responsabilidad contractual el principio de la responsabilidad aquiliana, plasmado en el artículo 2357 del Código Civil, en cuanto dispone que* “La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”.

*(…) Así, cuando hay una concurrencia de culpas entre las partes para la producción de un resultado –i.e. la afectación de la programación, desarrollo y ejecución de la obra-, el examen del juez se centra entonces en reducir el monto de la indemnización o incluso en exonerar íntegramente a la parte incumplida si considera que la culpa de su co-contratante tiene la virtualidad de absorber a la culpa menor.*

*(…) de conformidad con el artículo 2357 del Código Civil y demás disposiciones aplicables, el Tribunal establecerá, al abordar la liquidación del Contrato y, específicamente la reparación económica solicitada por PATRIA, una reducción del monto que ésta arroje en un veinte por ciento (20%), atendiendo a la contribución de la convocante frente a la afectación reseñada en comparación con la incidencia determinante que, frente a dicho resultado, tuvo la conducta contractual del FDLE.*

23. A continuación, los árbitros procedieron a establecer la liquidación, consecuencias y cuantificaciones económicas a las que había lugar, con fundamento en lo pretendido en la demanda y lo probado en el proceso, principalmente mediante el dictamen pericial contable[[13]](#footnote-13) y el dictamen pericial técnico, con sus respectivos informes de aclaraciones y complementaciones a los mismos. Y como explicó, *“Además, el tribunal tuvo en cuenta el Juramento Estimatorio, sujeto a los comentarios que sobre el mismo se hicieron en uno de los acápites iniciales del presente laudo”,* concluyendo que:

23.1. El convocante sufrió una pérdida por valor de $ 781 000 522,88, suma a la que se le restó el 20% de deducción por la participación de aquel en la producción del daño, lo que arrojó un monto a su favor de $ 624 800 418,31, del cual hacen parte los siguientes reconocimientos[[14]](#footnote-14):

23.2. Por concepto de modificación de las condiciones contractuales iniciales superior al 20% reclamado en la demanda, el tribunal reconoció un monto de $ 431 470 297, señalado por la parte convocante en su juramento estimatorio.

23.3. Por el plan de contingencia llevado a cabo por el contratista a solicitud del interventor para que se cumpliese el objeto del contrato, que dio lugar al perjuicio consistente en los sobrecostos por trabajos en horas adicionales a las normalmente establecidas, según el peritaje técnico, se reconoció la suma de $ 18 624 335, enmarcada en el juramento estimatorio de la demanda.

23.4. Por la instalación de trasiegos y bolardos, el tribunal de arbitramento, con base en el dictamen contable, reconoció la suma de $65 220 946.

24. Para el cálculo de los perjuicios por mayor permanencia en obra, el laudo arbitral tuvo en cuenta el dictamen contable y el juramento estimatorio, así como el monto reconocido ya por los otros perjuicios; manifestó que dado que la cuantía total a que tiene derecho la convocante por concepto de perjuicios asciende a $ 624 800 418,31 y los otros perjuicios demostrados en el proceso ascienden a $ 518 655 734, *“se le reconocerá a la convocante la suma de (…) ($109.484.840.31) como mayor permanencia de obra”*, monto que no supera el contenido en el juramento estimatorio de la demanda en este rubro, que fue de $ 472 518 191.

25. Se ordenó a la entidad la devolución de la retención en garantía por valor de $ 249 594 457, que según el contrato debía producirse una vez éste fuera liquidado, diligencia que no se llevó a cabo por las partes y en consecuencia, realizó el tribunal de arbitramento en el fallo.

26. Respecto de las condenas impuestas, los árbitros calcularon las actualizaciones e intereses correspondientes, aplicando para ello lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 4º de la Ley 80 de 1993 y su Decreto Reglamentario 679 de 1994, salvo en el caso de la devolución de la retención en garantía, por las razones expresadas en las consideraciones del laudo.

**Análisis de los cargos**

27. Teniendo en cuenta el contenido del laudo arbitral que se acaba de resumir, advierte la Sala que no es cierto, como lo afirmó el recurrente, que al declarar la concurrencia de culpas entre las partes, los árbitros hayan aplicado normas que no hacían parte del derecho positivo vigente, toda vez que aludieron específicamente al artículo 2357 del Código Civil, de conformidad con el cual *“La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”,* normaque no ha sido derogada y que resulta aplicable en los contratos estatales en virtud de lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, de conformidad con el cual aquellos se regirán por las disposiciones civiles y comerciales, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.

28. En cuanto a su afirmación de que esa no era la norma a aplicar, sino que los árbitros han debido acudir al contrato que es ley para las partes y con fundamento en el mismo hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria ante el incumplimiento contractual de la convocante, observa la Sala que tal razonamiento es improcedente, en la medida en que no obró en el proceso una demanda de reconvención en la cual el Fondo de Desarrollo Local de Engativá hubiera aducido una pretensión en tal sentido y por lo tanto, no estaba dentro de su competencia tomar una decisión como la aducida por el recurrente.

29. Por otra parte, tampoco constituye un fallo en conciencia la decisión de declarar el incumplimiento contractual de la entidad convocada, con fundamento en los cambios efectuados en los CIVs y por las condiciones técnicas de los materiales granulares y sub granulares utilizados en las obras, que el recurrente fundamenta en la afirmación de que con ello los árbitros desconocieron el contenido del contrato, que es ley para las partes, en el que se consignaron tales estipulaciones fijando los materiales y permitiendo tales cambios.

30. Esa afirmación no es precisa, en la medida en que como quedó visto, en el laudo arbitral se explicó con claridad que el incumplimiento de la entidad convocada lo fue respecto del deber de planeación, como obligación que le asistía en la preparación, adjudicación y celebración del contrato y que se vio reflejado en los retrasos e inconvenientes que surgieron durante la ejecución de las obras, causados, por una parte, por los múltiples cambios que se produjeron respecto de los sitios que debían ser objeto de intervención, que implicaron la supresión de varios de ellos y la introducción de unos nuevos cuando estaba próximo el vencimiento del plazo contractual. Y por otra parte, debido a las dificultades suscitadas por la clase de materiales granulares y sub granulares a utilizar, pues al no haber consignado en el pliego de condiciones los correspondientes a la norma técnica que correspondía aplicar, dieron lugar a las reclamaciones y reparos del contratista, que si bien tampoco fueron oportunos, contribuyeron, según lo determinado en el laudo, a entorpecer la ejecución contractual.

31. Dicho deber de planeación, es una manifestación del principio de economía, que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, rige las actuaciones de quienes intervienen en la contratación estatal y está inmerso en toda la actividad contractual de la administración. Y si bien surge desde la etapa de preparación de la relación negocial, tal y como lo ha reconocido la jurisprudencia[[15]](#footnote-15), el incumplimiento de dicho deber por parte de la entidad contratante, irradia sus efectos al periodo de celebración del contrato y cumplimiento de las obligaciones contractuales y esto fue lo que se advirtió en el laudo. En consecuencia, independientemente de que se compartan o no los análisis jurídicos efectuados en torno a ese deber de planeación y su incumplimiento por parte de los contratantes, no hay duda de que en este aspecto, se decidió en derecho.

32. El recurrente también afirmó que el fallo fue en conciencia, porque los perjuicios a los que condenó el laudo arbitral no están probados en el proceso. Al respecto, se observa que el tribunal de arbitramento recaudó y valoró pruebas que fueron el fundamento de su decisión, pues aludió a testimonios, documentos y dictámenes periciales que sirvieron de soporte a sus conclusiones, sin que sea esta la oportunidad para establecer si la valoración probatoria efectuada en el laudo arbitral es correcta o no, pues esa es una materia ajena al recurso que se resuelve en el *sub-lite,* que como ya se advirtió, apunta a corregir errores *in procedendo,* más no errores *in judicando,* por lo que no le corresponde al juez de dicho recurso, entrar a revisar el fondo del laudo arbitral impugnado, como si de una apelación se tratara.

33. En el presente caso como ya se dijo, además de tener en cuenta los dictámenes técnico y contable practicados en el proceso, para efectos de determinar el monto de los perjuicios que encontró acreditados, el tribunal de arbitramento dio aplicación a una norma legal vigente, el artículo 206 del Código General del Proceso, en cuyo inciso 1º dispuso que *“Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Sólo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación”.* La norma también dispone que formulada la objeción, el juez concederá un término de 5 días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes. Y que así no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, debe decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.

34. Se trata de la consagración del juramento estimatorio como medio de prueba, el cual, de acuerdo con la doctrina, *“(…) es el deferido al actor para determinar en la condena la cantidad debida cuando es imposible probarla de otro modo”[[16]](#footnote-16)*, siempre que, naturalmente, se haya acreditado la existencia del daño y los perjuicios derivados del mismo, quedando pendiente tan solo su cuantificación. Este medio de prueba no es nuevo en nuestro ordenamiento, puesto que fue así mismo contemplado en el Código Judicial[[17]](#footnote-17) y posteriormente, en el Código de Procedimiento Civil, aunque en términos más restringidos a los de la actual norma del Código General del Proceso, ya que sólo se admitía en los casos en los que expresamente la ley lo contemplara[[18]](#footnote-18).

35. Ahora bien, en la contestación de la demanda, la entidad convocada no hizo expresa referencia al juramento estimatorio contenido en la misma, respecto del monto de los perjuicios cuya indemnización reclama la convocante, toda vez que se limitó a negar los hechos fundamento de las pretensiones y a sostener que no están probados los referidos perjuicios, pero no formuló una objeción razonada al juramento que recayó sobre la cuantía de los perjuicios que la parte convocante aseguró en su demanda haber sufrido, por causas imputables a la entidad convocada. En relación con esta figura procesal, ha dicho la doctrina que:

*No es menester allegar o solicitar pruebas para fundamentar el juramento estimatorio porque la aseveración de su monto es la prueba, como tampoco lo es para efectos de la objeción al mismo. Recuérdese que de lo que se trata es de dejar sentado por este medio de prueba las cantidades por las que se puede concretar una condena, porque en principio el medio de prueba de esas sumas es precisamente el juramento y bien sabido es que la prueba no se prueba.*

*(…)*

*En efecto, si se realiza el juramento estimatorio la cantidad jurada queda probada y de no ser objetada se estará, si fuere el caso, a dicha cifra. Empero, si se objeta deja de tener el carácter de prueba y debe el que hizo el juramento probar la cuantía, de ahí el traslado adicional que se le corre para pedir o aportar pruebas al respecto[[19]](#footnote-19).*

36. Se advierte además, que en el presente caso, los árbitros no se atuvieron exclusivamente al juramento estimatorio contenido en la demanda, sino que lo confrontaron con los conceptos vertidos en los dictámenes técnico y contable, es decir que analizaron conjuntamente el acervo probatorio obrante en el proceso y esto les permitió tener como monto de los perjuicios, que efectivamente encontró acreditados, los estimados por la convocante en su demanda.

37. Es así como se observa que, al analizar el dictamen contable, en el laudo se registró:

*Según el dictamen pericial contable, y dentro del centro de costos asociados al Contrato, la pérdida contable de la parte convocante se dio durante el año 2011, mientras que hubo una leve recuperación durante el año siguiente. Este contraste arrojó como resultado una pérdida de $ 781.000.522.88, la cual, como se ha dicho, se configura o establece en el año 2011.*

*En consecuencia con lo anterior, y con fundamento en los otros medios de prueba, se tiene que la orden tardía de intervención de los últimos 15 CIVs, por parte del FDLE, sólo se dio hasta el 2 de noviembre de 2011, y que la realización de los diagnósticos de los 16 CIVs que fueron excluidos y no intervenidos ocurrió durante el 2011.*

*Así, según las conductas establecidas en el proceso, se tiene que durante el año 2011 se produjo la afectación a la programación, desarrollo y ejecución de la obra, situación que, en términos patrimoniales, generó una pérdida para el contratista de $ 781.000.522,88.*

*No obstante, el Tribunal ya ha señalado que aplicará una reducción del monto que arroje la liquidación del Contrato y, específicamente la reparación económica solicitada por PATRIA. Dicha reducción se ha establecido en un veinte por ciento (20%), atendiendo a la contribución de la convocante frente a la afectación reseñada, en comparación con la incidencia determinante que, frente a dicho resultado, tuvo la conducta contractual del FDLE. Este porcentaje, en términos concretos, arroja la suma de $ 156.200.104,57.*

*Así las cosas, a la suma de $ 781.000.522,88, que corresponde a la pérdida de la convocante generada por el incumplimiento del FDLE, se le restará la suma de $ 156.200.104,57, que corresponde a la contribución de la convocante frente a tal resultado.*

*En consecuencia, la pérdida de la convocante, ocasionada por el incumplimiento de su contraparte, asciende a la suma total de seiscientos veinticuatro millones ochocientos mil cuatrocientos dieciocho pesos con treinta centavos ($624.800.418,31).*

38. Y luego, con base en el juramento estimatorio de la demanda –que no fue objetado por la convocada-, procedió a distribuir la anterior suma, entre los distintos rubros por los cuales reclamó la convocante: i) modificación de las condiciones contractuales iniciales, superior al 20%; ii) plan de contingencia; iii) mayor tiempo de permanencia; iv) trasiegos y bolardos y v) ajustes por trasiegos y bolardos.

39. De acuerdo con lo anterior, no es acertado afirmar, como lo hace el recurrente, que en el laudo arbitral se produjo una condena sin consideración a las pruebas, que por lo tanto permite calificar el laudo como un fallo en conciencia, ya que las pruebas sí existen y los árbitros se refirieron a ellas, fundando su decisión en el análisis que de las mismas efectuaron, lo cual, independientemente del valor probatorio que les haya asignado a los diversos medios de prueba obrantes en el proceso y de las consideraciones jurídicas que se hubieran vertido al respecto en el laudo, impide afirmar que el mismo no fue en derecho.

40. En realidad, lo que se advierte en el recurso de anulación, es una inconformidad de la parte convocada, en relación con la labor de valoración llevada a cabo por los árbitros respecto del acervo probatorio en su conjunto, en la medida en que a su juicio, no han debido darle credibilidad al juramento estimatorio en la forma en que lo hicieron, asunto que corresponde al análisis de fondo que se efectuó en el laudo arbitral y por lo tanto, como ya se ha dicho, resulta ser materia ajena a este recurso extraordinario, en la medida en que no se trata de una segunda instancia en la que sea dado revisar el acierto o desacierto de lo decidido por el juez *a-quo,* como sucede cuando el interpuesto es el recurso ordinario de apelación.

En consecuencia, este cargo no está llamado a prosperar.

**Segundo cargo: haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.**

41. Esta causal se encuentra enlistada en el numeral 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 43 *ibídem,* en caso de prosperar, el laudo no se anulará sino que se corregirá o adicionará, según el caso.

42. El recurrente sostiene que de las conductas relacionadas en la norma, en el laudo objeto de impugnación se presentó la relativa a haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, por las razones que se resumen a continuación:

42.1. Porque el laudo fundó el incumplimiento de obligaciones contractuales en la inobservancia del principio de planeación en el proceso de contratación y con ello desconoció lo señalado en el pliego de condiciones sobre la facultad de la entidad de modificar los CIVs objeto de intervención.

42.2. Porque al fundar el incumplimiento de las obligaciones del Fondo en la inobservancia del principio de planeación, se pronunció sobre asuntos que no se encontraban dentro de la órbita de su competencia, como son el estudio previo, el proyecto de pliego de condiciones y su versión definitiva, los cuales son actos administrativos que gozan de presunción de legalidad y por lo tanto, no podían ser objeto de discusión o debate por el tribunal de arbitramento. A juicio del recurrente, *“(…) declarar el incumplimiento de la obligación de planeación de la entidad estatal en el marco de un proceso contractual, es injerir directamente en la legalidad de los actos administrativos y previos expedidos (…)”.*

42.3. Porque en relación con los aspectos técnicos del litigio, el tribunal de arbitramento obvió sus propias conclusiones y las pruebas de orden testimonial al fallar, pues desconoció lo dicho por la representante legal de la interventoría y otros testigos y le dio credibilidad únicamente al dictamen pericial, en relación con los materiales B-200 y B-600 exigidos en el pliego de condiciones y que cumplían con los exámenes requeridos por la normatividad vigente.

42.4. Porque de acuerdo con la cláusula compromisoria del contrato, las diferencias sometidas por las partes a la resolución de un tribunal de arbitramento eran únicamente aquellas relacionadas con la celebración, ejecución, terminación y liquidación del contrato y no con las cuestiones presentadas en la etapa precontractual y relacionadas con los estudios previos, el pliego de condiciones, resolución de apertura del proceso, etc.

42.5. Porque la falta al deber de planeación no constituye un evento de incumplimiento contractual, sino una causal de nulidad absoluta de los contratos. Concluyó respecto de este cargo, que *“Bajo todos estos argumentos, tanto de falta de competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos respecto a la planeación del proceso de contratación y las mismas consecuencias de la nulidad,* ipso jure *es evidente que el Tribunal de Arbitramento no tiene competencia para pronunciarse sobre las particularidades del proceso de contratación y mucho menos para sancionar por tales motivos (…)”.*

**El principio de congruencia**

43. Toda sentencia judicial –y el laudo se equipara a estas- está sujeta al cumplimiento del principio de congruencia, consagrado en el artículo 281 del Código General del Proceso, norma según la cual 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; y en consecuencia, dispone que 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; y si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último.

44. Dicho principio, en consecuencia, se desconoce cuando el juez profiere una decisión que va más allá de lo solicitado, es decir, concede más de lo que se pidió (fallo *ultra petita*); o cuando decide sobre puntos no incluidos en el litigio (fallo *extra petita*) o cuando se concede menos de lo pedido o no se resuelve todo lo que debió ser decidido (fallo *citra o infra petita*); o cuando se decide con base en *“causa petendi”* distinta a la invocada por las partes, es decir por hechos no relacionados en la demanda y su contestación.

45. De acuerdo con lo anterior, la congruencia hace necesaria una comparación entre lo pedido por las partes y lo decidido por el tribunal, es decir que para establecer la existencia del vicio que atenta contra tal principio, se debe examinar la decisión contenida en el laudo arbitral, pues *“Para detectar la presencia del vicio de la incongruencia es imperioso comparar lo decidido con lo litigado por las partes, entendiéndose por lo decidido a la parte de la sentencia verdaderamente vinculante,* ***o sea la resolutiva, teniendo en cuenta que esta causal*** *no autoriza ni puede autorizar a entrar en el examen de las consideraciones que han servido al juzgador como motivos determinantes del fallo”[[20]](#footnote-20),* limitación que encuentra su explicación en la naturaleza misma del recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales y la finalidad que con él se persigue, teniendo en cuenta que este medio de impugnación *“(…) apunta a verificar que desde el punto de vista formal se haya dado cumplimiento a las normas que regulan el proceso arbitral y ha sido instituido precisamente, como mecanismo que garantice el debido proceso en los trámites arbitrales. En consecuencia, apunta a corregir errores in procedendo, no errores in judicando, lo que le impide al juez del recurso entrar a analizar las consideraciones de fondo y sustantivas que tuvo en cuenta el tribunal de arbitramento para decidir”[[21]](#footnote-21).*

46. De acuerdo con lo expuesto, se requiere, en aras de resolver este cargo, determinar cuáles son esas *“cuestiones sujetas al arbitramento”* sobre las que debe pronunciarse el juez arbitral, para lo cual:

*(…) debe recordarse que el marco de competencia de sus actuaciones, está dado en primer lugar por la ley; en segundo lugar, por las disposiciones de las partes en el pacto arbitral, respecto de los asuntos que serán sometidos a la decisión de los árbitros; y en tercer lugar, por las pretensiones incluidas en la demanda y las excepciones propuestas en la contestación de la demanda.*

*De tal manera que, el juez arbitral está en el deber de decidir, en primer término, las cuestiones que le han sido planteadas en el proceso por las partes, pero sus determinaciones no se limitan exclusivamente a estos extremos, puesto que en virtud del marco legal de su competencia, existen otros asuntos que por mandato de la ley está llamado a resolver, así no hayan sido materia de la demanda o de la contestación, es decir, así no sean cuestiones propuestas expresamente por las partes; se trata entonces, del ejercicio de facultades oficiosas que le han sido atribuidas directamente por el ordenamiento jurídico, en su calidad de juez, aunque la misma sea temporal[[22]](#footnote-22).*

47. Significa lo anterior, que los árbitros deben respetar el principio de congruencia frente a las intervenciones procesales de las partes, que se hallen enmarcadas dentro del pacto arbitral en virtud del cual fueron habilitados los árbitros y adquirieron competencia para decidir, teniendo en cuenta que dicho principio no se desconoce ni se vulnera cuando el juez toma decisiones oficiosas que le son impuestas por el legislador.

48. En el presente caso, se afirmó en el recurso de anulación, que el laudo recayó sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, vicio que la Sala no encuentra configurado, toda vez que i) la controversia sometida a la decisión de los árbitros recayó sobre asuntos susceptibles de transacción; ii) en la cláusula compromisoria del contrato las partes acordaron someter al arbitramento todas las controversias que surgieran con ocasión de su celebración, ejecución, desarrollo, terminación y liquidación; iii) en la demanda la convocante pidió que se declarara el incumplimiento contractual de la entidad convocada respecto del contrato de obra pública celebrado por las partes y iv) eso fue lo que decidió el laudo: declaró el incumplimiento impetrado, sin que resulten relevantes para efectos de la configuración de la causal en estudio, las consideraciones y fundamentaciones jurídicas llevadas a cabo por los árbitros para llegar a la conclusión de que, efectivamente, el contrato fue incumplido por la entidad contratante.

49. Por ello, no se configura un fallo *extra petita*, por el hecho de que los árbitros hayan considerado que se incumplió el contrato porque en su celebración y ejecución, se vulneró el deber de planeación, puesto que éste, tal y como se explicó en otro aparte de la providencia, constituye una manifestación del principio de economía que informa los contratos estatales y por lo tanto, su violación o desconocimiento se puede traducir en una actuación culposa de la administración que hace surgir su responsabilidad contractual, ya que no se puede olvidar que del contrato hacen parte no solo las cláusulas expresamente pactadas, sino todos aquellos elementos que son de su naturaleza y que por ley le pertenecen y que las partes se encuentran obligadas tanto por sus estipulaciones, como por los principios y normas que rigen los contratos de la administración. De tal manera que lo que se advierte en el laudo impugnado, es que los árbitros consideraron como causa del incumplimiento contractual deducido en cabeza de la entidad convocada, la vulneración de ese deber de planeación, que le correspondía observar y garantizar aún desde la etapa precontractual.

50. Por otra parte, dada la naturaleza especial del recurso de anulación, se reitera que el mismo no está dispuesto para determinar si los árbitros acertaron o no jurídicamente en su decisión, por lo que independientemente de sus planteamientos en torno al deber de planeación, que evidentemente se alejan de la concepción que sobre el mismo tiene la parte recurrente, es claro que el laudo no contiene pronunciamientos que excedan los límites impuestos por el ordenamiento jurídico o por las partes en el contrato, la demanda y su contestación.

51. Ahora bien, no se advierte que, como lo afirma la recurrente, el laudo se haya referido a la legalidad de actos administrativos, puesto que ni en la demanda se elevó pretensión alguna en tal sentido, ni en la parte resolutiva del fallo, se tomó disposición alguna relacionada con esa clase de decisiones administrativas.

52. El recurrente parece entender que el deber de planeación está ligado exclusivamente con los procedimientos de selección de contratistas y las decisiones que en ellos se toman a través de actos administrativos, cuando en realidad se trata de una obligación que, como manifestación del principio de economía, se predica de toda la operación contractual adelantada por la administración pública y que comprende así mismo, la celebración y ejecución de los contratos.

53. Por otra parte, en el laudo objeto de impugnación no encuentra la Sala pronunciamiento alguno que invalide actos precontractuales, como lo es el pliego de condiciones, aunque en las consideraciones de la decisión, éste sí fue estudiado y analizado, como no podía ser de otra manera, en la medida en que, como lo tiene sentado la jurisprudencia de la Corporación, las disposiciones del pliego de condiciones, una vez celebrado el contrato, asumen la misma fuerza vinculatoria de sus estipulaciones y deben ser tenidas en cuenta en la interpretación y ejecución del negocio jurídico.

54. En consecuencia, no se puede afirmar que los árbitros se hayan pronunciado sobre asuntos que no fueron sometidos a su decisión. Y el hecho de que el recurrente no comparta la interpretación que del contrato y demás documentos pertenecientes a él se efectuó en el laudo, ni la valoración que de los elementos probatorios obrantes en el proceso hicieron los árbitros, para llegar a la conclusión de que, efectivamente, el Fondo de Desarrollo Local de Engativá incumplió el contrato de obra por desconocimiento del deber de planeación que recaía sobre esta entidad, no desvirtúa la congruencia del laudo arbitral, independientemente del acierto o desacierto de las consideraciones de fondo y de la decisión tomada que, se reitera, no son materia de análisis en el ámbito del recurso de anulación.

**Conclusión**

55. De acuerdo con lo anterior, las causales de anulación alegadas en el recurso extraordinario interpuesto por la parte convocada en contra del laudo arbitral proferido por el tribunal de arbitramento constituido para dirimir las controversias contractuales suscitadas entre las partes con ocasión de la ejecución del contrato de obra n.o 196 de 2010, no tienen vocación de prosperidad y por lo tanto, el mismo se declarará infundado y el recurrente será condenado en costas, de conformidad con lo ordenado en el último inciso del artículo 43 de la Ley 1563 de 2012, en concordancia con lo dispuesto en el Acuerdo 1887 de 2003 del C.S.J *“por medio del cual se establecen las tarifas de agencias en derecho”* –arts. 5º y 6º, num. 1.12.2.3.-, de conformidad con el cual en el trámite del recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales se fijó como tarifa hasta 20 S.M.L.M.V.

56. En el presente caso, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado de la parte convocante en el presente proceso de anulación de laudo arbitral y que se halla reflejada en la contestación que dio a la demanda dentro del mismo, así como la cuantía de las pretensiones que fueron reconocidas en aquella decisión, que en virtud de la presente providencia se mantiene y que ascendieron a la suma de $ 1 306 778 755, se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a 10 S.M.L.M.V.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

# F A L L A

**PRIMERO:** Declárase infundado el recurso extraordinario de anulación interpuesto en contra del laudo arbitral proferido el 20 de mayo de 2015, corregido mediante auto del 1º de junio de 2015, por el tribunal de arbitramento designado para dirimir la controversia contractual surgida entre Patria S.A.S. y el Fondo de Desarrollo Local de Engativá, con ocasión del contrato de obra n.o 196 de 2010.

**SEGUNDO:** Condénase en costas a la parte recurrente, Fondo de Desarrollo Local de Engativá, y por consiguiente al pago a favor de la convocante Patria S.A.S., la suma equivalente a 10 S.M.L.M.V.

**TERCERO:** En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de Arbitramento, a través de su secretaría.

## CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO**

**Presidenta de la Sala**

**Salvamento de voto parcial**

**DANILO ROJAS BETANCOURTH**

**Magistrado**

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**

**Magistrado**

1. El certificado de existencia y representación es visible en el fl. 22, c. 1. [↑](#footnote-ref-1)
2. La demanda fue sustituida el 29 de noviembre de 2013 y nuevamente modificada el 23 de agosto del mismo año (f. 126 y 277, c. 1). [↑](#footnote-ref-2)
3. “Artículo 149. El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus secciones, subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos:

   (…)

   7. Del recurso de anulación contra laudo arbitral proferidos en conflictos originados en contratos celebrados por una entidad pública, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia. Contra la sentencia que resuelva este recurso sólo procederá el recurso de revisión”. [↑](#footnote-ref-3)
4. Artículo 2º del Decreto 471 del 28 de julio de 1992 de la alcaldía de Bogotá y artículo 87, Decreto-Ley 1421 de 1993. [↑](#footnote-ref-4)
5. Es esta la regla general, puesto que algunas de las causales de anulación contempladas en la ley le permiten al juez del recurso conocer de asuntos de fondo, como cuando el tribunal de arbitramento dejó de decidir cuestiones sobre las que debió pronunciarse. Así lo ha reconocido la jurisprudencia: “(…) El control excepcional del laudo por errores in iudicando aparece sólo en los eventos en que el legislador faculta al juez del recurso de anulación para que se pronuncie sobre el fondo o materia del asunto, como cuando se dan los supuestos para modificar el laudo a través de la corrección y/o la adición. En cambio, cuando se trata del control del laudo por errores de procedimiento el legislador sólo le da competencia al juez para anular la decisión arbitral, sacándola del ordenamiento jurídico; en tales eventos no tiene competencia para pronunciarse sobre los puntos sometidos por las partes a conocimiento de la justicia arbitral y decididos por ésta (…)”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de mayo de 2004, expediente 25156, C.P. María Elena Giraldo Gómez. [↑](#footnote-ref-5)
6. Actualmente, el artículo 3º de la Ley 1563 de 2012 establece que “El pacto arbitral es un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas. // El pacto arbitral implica la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El pacto arbitral puede consistir en un compromiso o en una cláusula compromisoria (…)” [↑](#footnote-ref-6)
7. [6] “Fernández Rozas, José Carlos, “Elementos configuradores de la justicia arbitral”, en Revista Internacional de Arbitraje, Universidad Sergio Arboleda-Comité Colombiano de Arbitraje-Legis, 2009, p. 152 a 154”. [↑](#footnote-ref-7)
8. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de agosto de 2014, expediente 46557, C.P. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-8)
9. Gil Echeverry, Jorge Hernán, “Régimen Arbitral Colombiano”, Grupo Editorial Ibáñez, 2013, p. 101. [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de mayo de 2000, expediente 17797, C.P. María Elena Giraldo Gómez. [↑](#footnote-ref-10)
11. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 18 de enero de 2012, C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-11)
12. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 5 de julio de 2006, expediente 31887, C.P. Alier E. Hernández Enríquez: “es claro que la decisión equivocada no se identifica con la decisión en conciencia, de manera que la causal de anulación citada no puede justificar la revisión de la argumentación jurídica elaborada por el tribunal de arbitramento, por parte del juez del recurso”. [↑](#footnote-ref-12)
13. Así lo manifestó el laudo: “Para la determinación del monto económico de los perjuicios reclamados por PATRIA, el Tribunal Arbitral consideró, entre otros, (i) el dictamen contable de la doctora Gloria Zady Correa del 22 de septiembre de 2014, junto con el subsiguiente informe de aclaraciones y complementaciones del 10 de febrero de 2015; y (ii) el dictamen pericial técnico del ingeniero Jorge Humberto Martínez Acosta del 17 de octubre de 2014, junto con el subsiguiente informe de aclaraciones y complementaciones del 10 de febrero de 2015 8…)”. (f. 430, c. ppl.). [↑](#footnote-ref-13)
14. En el laudo se analizó el **dictamen pericial técnico**, en el cual el auxiliar de la justicia, luego de estudiar los hechos ocurridos en la ejecución del contrato, concluyó que “El valor del contrato, sin incluir reajustes fue de $2.417.193.295 y el costo de las obras intervenidas del listado inicial, también sin incluir reajustes, como se anota de $1.161.860.420, lo que significa que el costo de los CIVs efectivamente intervenidos del listado inicial, representa el 48.07% del presupuesto total. En términos económicos se considera significativa la variación del costo final de los CIVs realmente intervenidos del listado inicial con relación al presupuesto y costo del contrato. // Por tratarse de un contrato bajo la modalidad de MONTO AGOTABLE, al excluir del listado inicial priorizado la intervención en 11 de los 27 iniciales, se hizo necesaria la asignación de nuevos CIVs sobre los cuales era necesario obtener el aval del IDU y efectuar los diagnósticos contemplados en el contrato; actividades que conllevan tiempo y afectación de la programación pero que si se hacen oportuna y eficazmente no tendrían porque qué (sic) afectar sustancialmente el desarrollo y ejecución de la obra. Como se comentará en la respuesta a la pregunta 5, en la asignación de nuevos CIVs a intervenir y en la orden tardía de ejecutar su intervención física, así como también en el hecho de haber efectuado diagnósticos el CIVs que finalmente no se intervinieron, en opinión del Perito, sí se presentaron situaciones que afectaron en forma ostensible el programa, desarrollo y ejecución del contrato de obra (…). En concepto del Perito, el hecho más relevante que afectó la planeación, coordinación y ejecución de la obra fue la intervención tardía de los 15 CIVs adicionales a los contemplados en el listado inicial, cuya orden de intervención solo se dio faltando 3 meses para cumplir el plazo inicial, no obstante representar una inversión cercana al 50% del valor total del contrato” (f. 348 y 359, c. ppl.). Así mismo se analizó el **dictamen pericial contable**, de conformidad con el cual “De acuerdo con la contabilidad de PATRIA S.A.S., centro de costos 899 “Diag.- Mantenimiento, Rehabilitación Espacios Públicos Engativá”, en el cual fueron registradas todas las operaciones de la ejecución del contrato de Obra No. 196 de 2010, se presentó una pérdida por valor de $ 768.770.510,28 (…)”, respecto de los rubros ingresos operacionales, materia prima, mano de obra y costos indirectos; “Adicionalmente, de acuerdo con la misma contabilidad, en las cuentas del activo, existe unos anticipos a proveedores, los cuales no han sido legalizados, y que al momento de la legalización, aumentarían el valor de la pérdida contable (…). Teniendo en cuenta lo anterior, la pérdida contable de acuerdo con la contabilidad de Patria SAS, centro de costos 899, Contrato 196 de 2010, asciende a la suma de $ 781.000.522.88” (f. 430, c. ppl.). [↑](#footnote-ref-14)
15. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias del 3 de diciembre de 2007, expediente 24715, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; 29 de agosto de 2007, expedientes 15469 y 14854, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; del 27 de marzo de 2014, expediente 20912, C.P. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-15)
16. Lessona, Carlos, “Teoría General de la Prueba en Derecho Civil, T. II, Juramento y Prueba Escrita”, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1960, 4ª ed., p. 474. [↑](#footnote-ref-16)
17. El juramento estimatorio “Lo consagra el artículo 625 del C.J. Teniendo en cuenta que cuando se trata de hacer efectivo un derecho por indemnizaciones, perjuicios, u otra causa semejante la ley faculta al interesado para fijar en dinero, bajo juramento el valor del derecho que demanda, el artículo 625 reconoce que hace fe tal estimación mientras no se regule en articulación suscitada a pedimento de la otra parte; pero teniendo en cuenta también que en ocasiones frecuentes ‘el interés seduce y la imaginación exalta lo propio y personal’ con lo cual se ocasionan gravísimas injusticias, para corregir éstas siquiera en parte, ordena el inciso 2º de tal artículo que cuando la cantidad estimada por el interesado exceda en más del doble de la que se regule, se le condena en las costas y a pagar el diez por ciento de la diferencia, como sanción impuesta a sus exageradas pretensiones. // Del contenido del artículo se deduce que este juramento prospera cuando la ley autoriza a la parte para estimar en dinero una indemnización, cuando proviene de perjuicios o de otra causa, cuando la parte jura su estimación, y que ésta no es definitiva si la contraparte pide su regulación mediante una articulación, en cualquier estado del juicio, antes de fallar”. Rocha Antonio, “De la Prueba en Derecho”, Universidad Nacional de Colombia, 1949, p. 263 y 264. [↑](#footnote-ref-17)
18. El artículo 211 del Código de Procedimiento Civil –Decretos 1400 y 2019 de 1970- consagraba el juramento estimatorio estableciendo que “El juramento de una parte cuando la ley la autoriza para estimar en dinero el derecho demandado, hará prueba de dicho valor mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria (…)”. Esa referencia a la autorización de la ley para efectuar el juramento estimatorio desapareció con la reforma de la Ley 1395 de 2010, cuyo artículo 10 modificó el referido 211 del C. de P.C., el cual quedó en los siguientes términos: “Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. El juez, de oficio, podrá ordenar la regulación cuando considere que la estimación es notoriamente injusta o sospeche fraude o colusión. // Si la cantidad estimada excediere del treinta por ciento (30%) de la que resulte en la regulación, se condenará a quien la hizo a pagar a la otra parte una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia”. [↑](#footnote-ref-18)
19. López Blanco, Hernán Fabio, Código General del Proceso, Parte General, Dupré Editores Ltda., 2016, p. 511 y 661. [↑](#footnote-ref-19)
20. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de junio de 2002, expediente 21040, C.P. María Elena Giraldo Gómez. [↑](#footnote-ref-20)
21. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de octubre de 2013, expediente 43440, C.P. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-21)
22. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de marzo de 2007, expediente 32399, C.P. Ramiro Saavedra Becerra. [↑](#footnote-ref-22)