**LAUDOS ARBITRALES - Recurso extraordinario de anulación - Marco jurídico aplicable**

Por otra parte, se observa que el laudo arbitral impugnado es del 16 de enero de 2017 y el recurso de anulación fue interpuesto en su contra el 7 de marzo del mismo año, es decir en vigencia de la Ley 1563 del 12 de julio de 2012, “Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”, la cual entró a regir 3 meses después de su promulgación –art. 119-. La demanda arbitral también fue presentada en vigencia de la Ley 1563 del 2012 -11 de marzo del 2013-, por lo que es claro que el recurso de anulación se rige por lo dispuesto en esa norma.

**LAUDO ARBITRAL -** **Fallo en conciencia o equidad - Alcance del numeral 7° del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 - Reiteración jurisprudencial**

Para que se pueda predicar que un laudo fue proferido en conciencia se requiere la comprobación de que los árbitros al resolver dejaron de lado, de manera ostensible, las normas legales que debían aplicar, así como el acervo probatorio obrante en el plenario, basando su decisión exclusivamente en su leal saber y entender, aplicando el sentido común y la verdad sabida y buena fe guardada. Sólo cuando el fallo omite, de manera evidente, el marco jurídico dentro del cual se debe decidir, podrá decirse que se está en presencia de un fallo en conciencia. Pero si el juez o árbitro resuelve fundado en el ordenamiento jurídico, con base en el análisis del material probatorio allegado oportunamente al proceso y de conformidad a las reglas de la sana crítica, ese pronunciamiento será en derecho.

**FALLO EN CONCIENCIA O EN EQUIDAD - Improcedencia**

En el presente caso, no se produjo un fallo en conciencia en el punto, y lo que se vislumbra, por el contrario, es una inconformidad con la manera en que el asunto fue resuelto de fondo por el tribunal de arbitramento, al considerar que la decisión de iniciar la causación de los intereses desde el día siguiente a la terminación del contrato, 11 de septiembre del 2010, es un error en cuanto estos debieron concederse únicamente desde que se suscribió el acta de entrega y recibo a satisfacción. (…) Así las cosas, la Sala declarará infundado el recurso extraordinario de anulación formulado por Fonade contra el laudo del 16 de enero del 2017, proferido por el tribunal de arbitramento constituido con el objeto de definir las controversias suscitadas entre tal entidad y el Consorcio CMS Cárceles en el marco de la ejecución del contrato de obra n.º 2070329 del 2007.

**INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO - Mayores cantidades de la obra**

En este caso el tribunal arbitral señaló con claridad meridiana que los intereses a los que condenó eran una consecuencia forzosa del incumplimiento que declaró respecto de la obligación de Fonade de pagar lo ejecutado efectivamente por el consorcio contratista, el cual se configuró en el momento en el que esta entregó el objeto contratado sin que se le pagara la contraprestación conforme con las mayores cantidades de obra en las que esta tuvo que incurrir, evento que lo situó en una situación de mora.

**INTERESES DE MORA - Cálculo**

Respecto al momento concreto en que debía iniciar la contabilización de los intereses, se advierte que es cierto que no se hizo ninguna referencia expresa a una norma positiva que justificara el otorgamiento de la indemnización solicitada desde la terminación del contrato y no desde otro momento particular. (…) Al razonar que los intereses debían causarse desde el instante en el que el consorcio convocante cumplió con el objeto del contrato y por lo tanto tenía derecho a que Fonade, como contratista, procediera a la entrega de la contraprestación acordada, está dando aplicación a lo previsto en la normatividad civil respecto de la constitución en mora del deudor, particularmente los artículos 1608 y 1609 del Código Civil (…) el tribunal arbitral señaló con claridad meridiana que los intereses a los que condenó eran una consecuencia forzosa del incumplimiento que declaró respecto de la obligación de Fonade de pagar lo ejecutado efectivamente por el consorcio contratista, el cual se configuró en el momento en el que esta entregó el objeto contratado sin que se le pagara la contraprestación conforme con las mayores cantidades de obra en las que esta tuvo que incurrir, evento que lo situó en una situación de mora.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH**

Bogotá D.C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil diecisiete (2017).

**Radicación número: 11001-03-26-000-2017-00049-00(59157)**

**Actor: DISICO S.A. Y CONSORCIO CMS CÁRCELES**

**Demandado: FONADE**

**Referencia: ANULACIÓN LAUDO ARBITRAL - SENTENCIA**

Procede la Sección Tercera, Subsección B, del Consejo de Estado, a resolver el recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral presentado por Fonade contra la sentencia del 16 de enero del 2017, proferida por un Tribunal de Arbitramento designado por la Cámara de Comercio de Bogotá para dirimir las controversias contractuales entre Fonade y el Consorcio CMS Cárceles en el marco del contrato de obra n.º 2070329 del 2007.

**SÍNTESIS DEL CASO**

Fonade solicita que se anule el laudo arbitral del 16 de enero del 2017 en el que, en síntesis, se declaró su incumplimiento en el marco del contrato de obra n.º 2070329 de 2007 por el no pago de las mayores cantidades de obra ejecutadas por el consorcio demandante. Para tal efecto, alegó que en el laudo se configuró la causal 7 prevista en el artículo 41 de la Ley 1563 del 2012 en lo que tiene que ver con el momento en que se decidió iniciar el cálculo de intereses por el dinero debido por dicho concepto.

**ANTECEDENTES**

**I. Proceso arbitral**

1. El 11 de marzo del 2013, en escrito radicado ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, la sociedad Disico S.A., miembro del Consorcio CMS Cárceles presentó solicitud de conformación de tribunal de arbitramento con el objeto de resolver las controversias suscitadas en el marco del contrato de obra n.º 2070239 de 2007, cuyo objeto era la construcción de un complejo penitenciario en Puerto Triunfo, Antioquia (f. 48 c. 1).

2. El 18 de junio del 2014 se admitió la demanda (f. 272-273 c. 1). Sin embargo, esta fue reformada para incluir como parte demandante no solo a la sociedad Disico S.A. sino al consorcio CMS Cárceles, del que este era integrante. La solicitud reformada presentó las siguientes pretensiones (f. 286-490 c. 1):

*PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se declare que el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE incumplió el contrato de obra No. 2070329 de 2007 cuyo objeto es: “La ejecución por parte de EL CONTRATISTA de la obra denominada “CONSTRUCCIÓN DEL COMPLEJO PENITENCIARIO DE MEDIANA Y MÍNIMA SEGURIDAD PARA HOMBRE Y RECLUSIÓN DE MUJERES, EN PUERTO TRIUNFO (ANTIOQUIA)” de acuerdo con la descripción , especificaciones y demás condiciones establecidas en las reglas de participación del proceso de selección que precedió a la celebración del mismo, los documentos de información técnica suministrada por FONADE y la propuesta presentada por EL CONTRATISTA, todo lo cual hace parte integral de este contrato.” y el cual fue suscrito por las partes el 28 de febrero de 2007, de conformidad con el contenido del contrato y documentos constitutivos del PROCESO DE SELECCIÓN IPG-1621 195073, el cual en adelante se denominará Contrato de Obra No. 2070329 de 2007, por los hechos, conductas y omisiones que resulten probadas en el proceso.*

*PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se declare que en ejecución del contrato de obra No. 2070329 de 2007 cuyo objeto es: “La ejecución por parte de EL CONTRATISTA de la obra denominada “CONSTRUCCIÓN DEL COMPLEJO PENITENCIARIO DE MEDIANA Y MÍNIMA SEGURIDAD PARA HOMBRE Y RECLUSIÓN DE MUJERES, EN PUERTO TRIUNFO (ANTIOQUIA)” de acuerdo con la descripción , especificaciones y demás condiciones establecidas en las reglas de participación del proceso de selección que precedió a la celebración del mismo, los documentos de información técnica suministrada por FONADE y la propuesta presentada por EL CONTRATISTA, todo lo cual hace parte integral de este contrato.”, el cual fue suscrito por las partes el 28 de febrero de 2007, de conformidad con el contenido del contrato y documentos constitutivos del PROCESO DE SELECCIÓN IPG-1621 195073, en adelante simplemente el Contrato de Obra No. 2070329 de 2007, se presentaron hechos que rompieron la ecuación económica del contrato.*

*SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que como consecuencia de lo anterior, se declare la responsabilidad contractual del FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE respecto de las obras adicionales y/o mayores cantidades de obra ejecutadas y no pagadas, costos administrativos y, en general, perjuicios que se hayan causado al CONSORCIO CMS CÁRCELES.*

*PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que como consecuencia de lo anterior, se declare la responsabilidad contractual del FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE respecto de las obras adicionales y/o mayores cantidades de obra ejecutadas y no pagadas, costos administrativos y, en general, perjuicios que se hayan causado a DISICO S.A.*

*SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que como consecuencia de lo anterior, se declare la responsabilidad contractual del FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE respecto de las obras adicionales y/o mayores cantidades de obra ejecutadas y no pagadas, costos administrativos y, en general, perjuicios que se hayan causado, a CM CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTO S.A.S (antes Ltda.), PIZANO PRADILLA CARO RESTREPO LTDA., DISICO S.A. y SAENZ RUÍZ CADENA INGENIEROS CIVILES S.A. (antes Ltda.), sólo en el evento en que no se admita al CONSORCIO CMS CÁRCELES como parte procesal.*

*TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE a pagar a favor del CONSORCIO CMS – CÁRCELES, la suma de TRES MIL QUINIENTOS CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y DOS MIL CATORCE PESOS M/CTE ($3.504.862.014), o la que resulte probada dentro del proceso, por concepto del costo directo de las obras adicionales y/o mayores cantidades de obra ejecutadas y no pagadas en virtud del Contrato de obra2070329 de 2007.*

*PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE, sólo en el evento en que no se admita al CONSORCIO CMS CÁRCELES como parte procesal, a pagar a favor de CM CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTO S.A.S. (antes Ltda.), PIZANO PRADILLA CARO RESTREPO LTDA., DISICO S.A. y SAENZ RUIZ CADENA INGENIEROS CIVILES S.A. (antes LTDA.), la suma de TRES MIL QUINIENTOS CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y DOS MIL CATORCE PESOS M/CTE ($3.504.862.014) o la que resulte probada dentro del proceso, por concepto del costo directo de las obras adicionales y/o mayores cantidades de obra ejecutadas y no pagadas en virtud del Contrato de obra 2070329 de 2007.*

*SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE, sólo en el evento en que no se admita al CONSORCIO CMS CÁRCELES como parte procesal, a pagar a favor de CM CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTO S.A.S. (antes LTDA.), PIZANO PRADILLA CARO RESTREPO LTDA., DISICO S.A. y SAENZ RUIZ CADENA INGENIEROS CIVILES S.A. (antes LTDA.), la suma de TRES MIL QUINIENTOS CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y DOS MIL CATORCE PESOS M/CTE ($3.504.862.014), o la que resulte probada dentro del proceso, por concepto del costo directo de las obras adicionales y/o mayores cantidades de obra ejecutadas y no pagadas en virtud del Contrato de obra 20700329 de 2007.*

*TERCERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, y para efectos de restablecer el equilibrio económico del contrato, se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE a pagar a favor del CONSROCIO CMS – CÁRCELES, la suma de TRES MIL QUINIENTOS CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y DOS MIL CATORCE PESOS C/CTE (3.504.862.014), o la que resulte probada dentro del proceso, por concepto del costo directo de las obras adicionales y/o mayores cantidades de obra ejecutadas y no pagadas en virtud del Contrato de obra 2070329 de 2007.*

*CUARTA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, y para efectos de restablecer el equilibrio económico del contrato, se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE a pagar a favor de DISICO S.A., la suma de TRES MIL QUINIENTOS SESENTA Y DOS MIL CATORCE PESOS M/CTE ($3.504.862.014), o la que resulte probada dentro del proceso, por concepto del costo directo de las obras adicionales y/o mayores cantidades de obra ejecutadas y no pagadas en virtud del Contrato de Obra 2070329 de 2007.*

*QUINTA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, y para efectos de restablecer el equilibrio económico del contrato, se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE, sólo en el evento de que no se admita al CONSORCIO CMS CÁRCELES como parte procesal, a pagar a favor de CM CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTO S.A.S (antes Ltda.), PISANO PRADILLA CARO RESPTREPO LTDA., DISICO S.A. y SAENZ RUIZ CADENA INGENIEROS CIVILES S.A. (antes Ltda.), la suma de TRES MIL QUINIENTOS CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y DOS MIL CATORCE PESOS M/CTE ($3.504.862.014), o la que resulte probada dentro del proceso, por concepto del costo directo de las obras adicionales y/o mayores cantidades de obra ejecutadas y no pagadas en virtud del Contrato de Obra 2070329 de 2007.*

*CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se declare que al costo directo de los precios unitarios correspondientes a las obras adicionales y/o mayores cantidades de obra ejecutadas y no pagadas, por las que resulte condenado el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE, se le debe aplicar hasta la fecha de entrega de las obras, esto es, 10 de septiembre de 2010, la fórmula de reajuste pactada en el contrato y sus modificatorios, conforme al Índice de Costo de Construcción de vivienda tipo Multifamiliar Nacional (ICCV) certificado por el Departamento Administrativo de Estadística – DANE.*

*QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que como consecuencia de la CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL, se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE a pagar a favor del CONSORCIO CMS – CÁRCELES, la suma de TRESCIENTOS QUINCE MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL SETENCIENTOS SETENTA Y UN PESOS M/CTE ($315.836.771), o la que resulte probada dentro del proceso.*

*PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que como consecuencia de la CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL, se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE a pagar a favor de DISICO S.A., la suma de TRESCIENTOS QUINCE MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL SETECIENTOS SETENTA Y UN PESOS M/CTE ($315.836.771), o la que resulte probada dentro del proceso.*

*SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que como consecuencia de la CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL, se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE, sólo en el evento en que no se admita al CONSORCIO CMS CÁRCELES como parte procesal, a pagar a favor de CM CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTOS S.A.S. (antes Ltda.), PIZANO PRADILLA CARO RESTREPO LTDA., DISICO S.A. y SAENZ RUÍZ CADENA INGENIEROS CIVILES S.A. (antes LTDA.), la suma de TRESCIENTOS QUINCE MILLONES OCHCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS SETENTA Y UN PESOS M/CTE ($315.836.771), o la que resulte probada dentro del proceso.*

*SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se declare que el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE no ha reconocido el porcentaje correspondiente al veinticinco por ciento (25%), por concepto del costo indirecto: Administración, Imprevistos y Utilidad, calculado sobre el costo directo actualizado de las obras adicionales y/o mayores cantidades de obra ejecutadas y no pagadas, que sea reconocido por el Tribunal, en virtud del Contrato de Obra 2070329 de 2007.*

*PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se declare que el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE no ha reconocido el porcentaje correspondiente al veintiún por ciento (21%), por concepto del costo indirecto: Administración en imprevistos, calculado sobre el costo directo actualizado de las obras adicionales y/o mayores cantidades de obra ejecutadas y no pagadas, que sea reconocido por el Tribunal, en virtud del Contrato de Obra 2070329 de 2007.*

*SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se declare que el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE no ha reconocido el porcentaje correspondiente al dieciocho por ciento (18%), por concepto del costo indirecto: Administración, calculado sobre el costo directo actualizado de las obras adicionales y/o mayores cantidades de obra ejecutadas y no pagadas, que sea reconocido por el Tribunal, en virtud del Contrato de Obra 2070329 de 2007.*

*SÉPTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que como consecuencia de la SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE a pagar a favor del CONSORCIO CMS – CÁRCELES, la suma de NOVECIENTOS CINCUENTA Y CINCO MILLONES CIENTO SETENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS M/CTE ($955.174.696), o la que resulte probada dentro del proceso.*

*PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA SÉPTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que como consecuencia de la PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTO DE DESARROLLO – FONADE a pagar a favor del CONSORCIO CMS – CÁRCELES, la suma de OCHOCIENTOS DOS MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL SETENCIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS M/CTE ($802.346.745), o la que resulte probada dentro del proceso.*

*SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA SÉPTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que como consecuencia de la SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE a pagar a favor del CONSORCIO CMS – CÁRCELES, la suma de SEISCIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS VEINTICINCO MIL SETECIENTOS OCHENTA Y UN PESOS M/CTE ($687.725.781), o la que resulte probada dentro del proceso.*

*TERCERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA SÉPTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que como consecuencia de la SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE a pagar a favor de DISICO S.A., la suma de NOVECIENTOS CINCUENTA Y CINCO MILLONES CIENTO SETENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS M/CTE ($955.174.696), o la que resulte probada dentro del proceso.*

*CUARTA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA SÉPTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que como consecuencia de la PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE a pagar a favor de DISICO S.A., la suma de OCHOCIENTOS DOS MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS M/CTE ($802.346.745), o la que resulte probada dentro del proceso.*

*QUINTA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA SÉPTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que como consecuencia de la SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA SEXTA PRETENSIÓN PRICICPAL se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECYOS DE DESARROLLO – FONADE a pagar a favor de DISICO S.A., la suma de SEISCIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS VEINTICINCO MIL SETECIENTOS OCHENTA Y UN PESOS M/CTE ($687.725.781), o la que resulte probada dentro del proceso.*

*SEXTA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA SÉPTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que como consecuencia de la SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE, sólo en el evento en que no se admita al CONSORCIO CMS CÁRCELES como parte procesal, a pagar a favor de CM CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTO S.A.S (antes Ltda.), PIZANO PRADILLA CARO RESTREPO LTDA. DISICO S.A. y SAENZA RUIZ CADENA INGENIEROS CIVILES S.A. (antes Ltda.) la suma de NOVECIENTOS CINCUENTA Y CINCO MILLONES CIENTO SETENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS M/CTE ($955.174.696), o la que resulte probada dentro del proceso.*

*SÉPTIMA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA SÉPTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que como consecuencia de la PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE, sólo en el evento en que no se admita al CONSORCIO CMS CÁRCELES como parte procesal, a pagar a favor de CMS CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTO S.A.S. (antes Ltda.), PIZANO PRADILLA CARO RESTREPO LTDA., DISICO S.A. y SAENZ RUÍZ CADENA INGENIEROS CIVILES S.A (antes Ltda.), la suma de OCHOCIENTOS DOS MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS M/CTE ($802.346.745), o la que resulte probada dentro del proceso.*

*OCTAVA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA SÉPTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que como consecuencia de la SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE, sólo en el evento en que no se admita al CONSORCIO CMS CÁRCELES como parte procesal, a pagar a favor de CM CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTO S.A.S. (antes Ltda.), PIZANO PRADILLA CARO RESTREPO LTDA., DISICO S.A. y SAENZ RUIZ CADENA INGENIEROS CIVILES S.A. (antes LTDA.), la suma de SEISCIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS VEINTICINCO MIL SETECIETOS OCHENTA Y UN PESOS M/CTE ($687.725.781), o la que resulte `probada dentro del proceso.*

*OCTAVA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que como consecuencia de la PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE a pagar a favor del CONSORCIO CMS – CÁRCELES, la suma de MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS CUARENTA MIL QUINIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS M/CTE ($1.287.740.576), o la que resulte probada en el proceso, por concepto de los costos en que se incurrieron por la mayor permanencia en obra.*

*PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA OCTAVA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que como consecuencia de la PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE a pagar a favor de DISICO S.A., la suma de MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS CUARENTA MIL QUINIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS M/CTE ($1.287.740.576), o la que resulte probada en el proceso, por concepto de los costos en que se incurrieron por la mayor permanencia en obra.*

*SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA OCTAVA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que como consecuencia de la PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE, sólo en el evento en que no se admita al CONSORCIO CMS CÁRCELES como parte procesal, a pagar a favor de CMS CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTO S.A.S (antes Ltda.), PIZANO PRADILLA CARO RESTREPO LTDA., DISICO S.A y SAENZ RUIZ CADENA INGENIEROS CIVILES S.A. (antes Ltda.), MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS CUARENTA MIL QUINIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS M/CTE ($1.287.740.576), o la que resulte probada en el proceso, por concepto de los costos en que se incurrieron por la mayor permanencia en obra.*

*TERCERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA OCTAVA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que como consecuencia de la PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE a pagar a favor del CONSORCIO CMS – CÁRCELES, la suma de MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES DETECIENTOS CUARENTA MIL QUINEINTOS SETENTA Y SEIS PESOS M/CTE ($1.287.740.576), o la que resulte probada en el proceso, por concepto de los costos en que se incurrieron por la mayor permanencia en obra.*

*CUARTA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA OCTAVA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que como consecuencia de la PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE a pagar al favor de DISICO S.A., la suma de MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS CUARENTA MIL QUINIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS M/CTE ($1.287.740.576), o la que resulte probada en el proceso, por concepto de los costos en que se incurrieron por la mayor permanencia en obra.*

*QUINTA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA OCTAVA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que como consecuencia de la PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE, sólo en el evento en que no se admita al CONSORCIO CMS CÁRCELES como parte procesal, a pagar a favor de CMS CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTO S.A.S. (antes Ltda.), PIZANO PRADILLA CARO RESTREPO LTDA., DISICO S.A. y SAENZ RUÍZ CADENA INGENIEROS CIVILES S.A. (antes LTDA.), la suma de MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS CUARENTA MIL QUINIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS M/CTE ($1.287.740.576), o la que resulte probada en el proceso, por concepto de los costos en que se incurrieron por la mayor permanencia en obra.*

*NOVENA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE a pagar a favor del CONSORCIO CMS – CÁRCELES, la suma de SIETE MIL SETECIENTOS NOVENTA Y UN MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA MIL CUATROCIENTOS CINCO PESOS M/CTE ($7.791.850.405), o la que resulte probada dentro del proceso, por concepto de los intereses corrientes a la tase máxima legal permitida, causados sobre las sumas líquidas que resulten a su cargo, desde el día siguiente al 10 de septiembre de 2010, fecha en que se suscribió el Acta de Terminación del Contrato, y hasta la fecha de la providencia que ponga fin al proceso.*

*PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA NOVENA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE a pagar a favor de CONSORCIO CMS – CÁRCELES, la suma de MIL NOVECIENTOS DIECIOCHO MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS CUARENTA PESOS M/CTE ($1.918.376.240), o la que resulte probada del proceso, por concepto del interés legal civil, causado sobre las sumas líquidas que resulten a su cargo, desde el día siguiente al 10 de septiembre de 2010, fecha en que se suscribió el Acta de terminación del Contrato, y hasta la fecha de la providencia que ponga fin al proceso.*

*SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA NOVENA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE a pagar a favor del CONSORCIO CMS – CÁRCELES, la suma de NOVECIENTOS SIETE MILLONES SETECIENTOS DIECISIETE MIL CUATROCIENTOS VEINTIDOS PESOS M/CTE ($907.717.422), o la que resulte probada dentro del proceso, por concepto de la actualización (para evitar la pérdida del poder adquisitivo del dinero) de las sumas líquidas que resulten a su cargo, desde el día siguiente al 10 de septiembre de 2010, fecha en que se suscribió el Acta de Terminación del Contrato, y hasta la fecha de la providencia que ponga fin al proceso, conforme al Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el Departamento Administrativo de Estadística DANE.*

*TERCERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA NOVENA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE a pagar a favor de DISICO S.A., la suma de SIETE MIL SETECIENTOS NOVENTA Y UN MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA MIL CUATROCIENTOS CINCO PESOS M/CTE (7.791.850.405), o la que resulte probada dentro del proceso, por concepto de los intereses corrientes a la tasa máxima legal permitida, causados sobre las sumas líquidas que resulten a su cargo, desde el día siguiente al 10 de septiembre de 2010, fecha en que se suscribió el Acta de Terminación del Contrato, y hasta la fecha de la providencia que ponga fin al proceso.*

*CUARTA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA NOVENA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se condene al FONDO DINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE a pagar a favor de DISICO S.A., la suma de MIL NOVECIENTOS DIECIOCHO MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS CUARENTA PESOS M/CTE ($1.918.376.240), o la que resulte probada dentro del proceso, por concepto del interés legal civil, causado sobre las sumas líquidas que resulten a su cargo, desde el día siguiente al 10 de septiembre de 2010, fecha en que se suscribió el Acta de Terminación del Contrato, y hasta la fecha de la providencia que ponga fin al proceso.*

*QUINTA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA NOVENA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se condene al FONDO DINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE a pagar a favor de DISICO S.A., la suma de NOVECIENTOS SIETE MILLONES SETECIENTOS DIECISIETE MIL CUATROCIENTOS VEINTIDOS PESOS M/CTE ($907.717.422), o la que resulte probada dentro del proceso, por concepto de la actualización (para evitar la pérdida del poder adquisitivo del dinero) de las sumas líquidas que resulten a su cargo, desde el día siguiente al 10 de septiembre del 2010, fecha en que se suscribió el Acta de Terminación del Contrato, y hasta la fecha de la providencia que ponga fin al proceso, conforme al Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el Departamento Administrativo de Estadística – DANE.*

*SEXTA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA NOVENA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE, sólo en el evento en que no se admita al CONSORCIO CMS CÁRCELES como parte procesal, a pagar a favor de CMS CONSTRUCIONES Y MANTENIMIENTO S.A.S. (antes Ltda.), PIZANO PRADILLA CARO RESTREPO LTDA,. DISICO S.A. y SAENZ RUIZ CADENA INGENIEROS CIVILES S.A. (antes Ltda.), la suma de SIETE MIL SETECIENTOS NOVENTA Y UN MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA MIL CUATROCIENTOS CINCO PESOS M/CTE ($7.791.850.405), o la que resulte probada dentro del proceso, por concepto de los intereses corrientes a la tasa máxima legal permitida, causados sobre las sumas líquidas que resulten a su cargo, desde el día siguiente al 10 de septiembre de 2010, fecha en que se suscribió el Acta de Terminación del Contrato, y hasta la fecha de la providencia que ponga fin al proceso.*

*SÉPTIMA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA NOVENA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE, sólo en el evento en que no se admita al CONSORCIO CMS CÁRCELES como parte procesal, a pagar a favor de CM CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTO S.A.S. (antes Ltda.), PINZANO PRADILLA CARO RESTREPO LTDA., DISICO S.A. y SAENZ RUÍZ CADENA INGENIEROS CIVILES S.A. (antes Ltda.), la suma de MIL NOVECIENTOS DIECIOCHO MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS CUARENTA PESOS M/CTE ($7.791.850.405), o la que resulte probada dentro del proceso, por concepto de los intereses corrientes a la tasa máxima legal permitida, causados sobre las sumas líquidas que resulten a su cargo, desde el día siguiente al 10 de septiembre de 2010, fecha en que se suscribió el Acta de Terminación del Contrato, y hasta la fecha de la providencia que ponga fin al proceso.*

*SÉPTIMA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA NOVENA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE, sólo en el evento en que no se admita al CONSORCIO CMS CÁRCELES como parte procesal, a pagar a favor de CM CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTO S.A.S. (antes Ltda.), PIZANO PREDILLA CARO RESTREPO LTDA., DISICO S.A. y SAENZ RUÍZ CADENA INGENIEROS VICILES S.A. (antes LTDA.), la suma de MIL NOVECIENTOS DIECIOCHO MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS CUARENTA PESOS M/CTE ($1.918.376.240), o la que resulte probada dentro del proceso, por concepto del interés legal civil a la tasa legal permitida, causado sobre las sumas líquidas que resulten a su cargo, desde el día siguiente al 10 de septiembre de 2010, fecha en que se suscribió el Acta de Terminación del Contrato, y hasta la fecha de la providencia que ponga fin al proceso.*

*OCTAVA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA NOVENA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE, sólo en el evento en que no se admita al CONSORCIO CMS CÁRCELES como parte procesal, a pagar a favor de CM CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTO S.A.S (antes LTDA.), PIZANO PRADILLA CARO RESTREPO LTDA., DISICO S.A. y SAENZ RUIZ CADENA INGENIEROS CIVILES S.A. (antes Ltda.), la suma de NOVECIENTOS SIETE MILLONES SETECIENTOS DIECISIETE MIL CUATROCIENTOS VENITIDOS PESOS M/CTE ($907.717.422), o la que resulte probada dentro del proceso, por concepto de la actualización (para evitar la pérdida del poder adquisitivo del dinero) de las sumas líquidas que resulten a su cargo, desde el día siguiente al 10 de septiembre de 2010, fecha en que se suscribió el Acta de Terminación del Contrato, y hasta la fecha de la providencia que ponga fin al proceso, conforme al Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el Departamento Administrativo de Estadística – DANE.*

*DÉCIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se liquiden el Contrato de Obra No. 2070329 de 2007 celebrado por el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE y el CONSORCIO CMS CÁRCELES, incluyendo en la liquidación las sumas que resultan a cargo del FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS – FONADE, según lo probado en este proceso y se establezca por el Tribunal en el Laudo que ponga fin al mismo.*

*UNDÉCIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE al pago de las costas del juicio y las agencias en derecho.*

1.1. La solicitud presentó como fundamento fáctico de sus pretensiones varias circunstancias relevantes, dentro de las que se destacarán las relativas a las materias de las que trata el recurso de anulación a resolver.

1.1.1. Los hechos de la demanda iniciaron por establecer los antecedentes del proceso de selección que se adelantó por parte de Fonade, n.º IPG-1621-195073, para la construcción de un complejo penitenciario de mediana y mínima seguridad para hombre y reclusión de mujeres en Puerto Triunfo, Antioquia, el cual terminó con la suscripción, el 28 de febrero del 2007, del contrato de obra n.º 2070329 entre dicha entidad y el consorcio CMS Cárceles, integrado por las sociedades CM Construcciones y Mantenimiento S.A.S. (en ese momento Ltda.), Pizano Pradilla Caro Restrepo S.A. (en ese momento Ltda.), Disico S.A. (en ese entonces Ltda.) y Saenz Ruíz Cadena Ingenieros Civiles S.A. (antes Ltda.).

1.1.2. Se hizo referencia a que el proceso contaba con los diseños que para el efecto Fonade había contratado con anterioridad con el Consorcio Diseños Carcelarios 2005. Sin embargo, la calidad de los diseños entregados por Fonade no era óptima, lo cual se sumó a problemas ocurridos con la obtención de permisos, licencias y delimitación del terreno, que causaron afectación en la permanencia en obra.

1.1.3. La demanda resalta que se presentaron múltiples inconsistencias entre los diseños y la implantación del proyecto, principalmente en relación con la topografía del terreno en que se iba a construir el edificio. Por lo tanto, el contratista se vio obligado a asistir al diseñador en la definición del nivel de implantación, labor que contractualmente no le correspondía pero que era necesaria para el éxito del proyecto. También relató que los diseños adolecían de falta de definición, coherencia y coordinación entre los diferentes tipos de planos existentes requiriendo ajustes en los que también participó.

1.1.4. A continuación describió cómo estas circunstancias derivaron en varias suspensiones de la ejecución de la obra precisamente por la necesidad de ajustar los diseños y realizar las actividades adicionales no previstas. Señaló que las obras fueron entregadas definitivamente el 10 de septiembre de 2010, según consta en acta suscrita en tal fecha.

1.1.5. Posteriormente, señaló, se suscribieron dos actas de revisión de mayores cantidades de obra ejecutada. La primera fue el acta de modificación de cantidades de obra suscrita el 4 de abril del 2011 entre el consorcio contratista y la interventoría, en la cual se dejaron salvedades explícitas respecto de varios ítems, de acuerdo con reclamación que se había presentado el 10 de diciembre de 2010. La segunda fue el acta de entrega y recibo del objeto contractual del 6 de marzo del 2013, en la que se volvió a dejar unas salvedades de acuerdo con la reclamación de diciembre del 2010.

1.1.6. A continuación individualizó las actividades y cantidades superiores de obra así:

1.1.6.1. Aunque no estaba prevista dentro de los ítem contratados, la interventoría en el año 2009 solicitó al contratista la construcción de una red de vapor y condensados en los sectores de mediana y mínima seguridad, para lo cual se suscribió el otrosí n.º 1 de febrero del 2010, con el que se prorrogó el contrato en 60 días, con el respectivo reconocimiento por el ítem como tal, pero no por las modificaciones que el consorcio tuvo que hacer a los diseños entregados por Fonade para el efecto, que debieron ser profundamente ajustados.

1.1.6.2. Mayor cantidad de obra en el ítem 2-22, acero de 60 000 PSI, dado que se estimó en el pliego y el contrato que se usarían 1020 toneladas en total, cuando finalmente se tuvieron que gastar 368,38 toneladas adicionales, a causa de errores en la cartilla de acero entregada por la contratante, el diseño de despiece de acero que no tuvo en cuenta traslapos, obras no previstas y muros de contención no considerados previamente.

1.1.6.3. Mayor cantidad de obra y mayor valor de la actividad en el ítem 3-2, muros en bloque de concreto tipo piedra para la fachada, dado que estos estaban previstos para ser construidos con un tipo de ladrillo que, básicamente, no satisfacía las exigencias de las normas de sismo resistencia, por lo que debió ser usado un ladrillo que costó $1 090 más de lo previsto por unidad. Así mismo, el nuevo ladrillo requirió la utilización de un método constructivo distinto al inicialmente pactado que implicó un costo mayor de la mano de obra.

1.1.6.4. Mayor cantidad de obra en el ítem 6-02, teja Hunter Douglas para la cubierta. Al respecto se explicó que de acuerdo con el diseño inicial la cubierta debía se soportada por un mortero de nivelación que le diera una pendiente mínima del 2%. Sin embargo, el ingeniero estructural advirtió que este peso podía poner en riesgo la estabilidad de la estructura, razón por la cual se propuso, y aceptó por interventoría y entidad, cambiar el diseño para poner una estructura liviana que requirió 3 017,03 metros cuadrados de este material constructivo que no han sido reconocidos.

1.1.6.5. Mayores cantidades de obra en el ítem 10-216 de canal en concreto, en consideración a que los equivocados estudios topográficos consideraron de forma errada que el terreno de la construcción del edificio era plano, cuando en realidad habían pronunciadas pendientes. Se construyeron 658,63 metros lineales adicionales de canal que no fueron pagados.

1.1.6.6. Mayores cantidades de obras en el ítem 16, puertas en acero con pintura acrílica azul, anclajes y portacandado, así como en el ítem 16,27, ventanas de ¾ vidrio blindado n.º 5. Al respecto, indicó que se instalaron unas puertas y ventanas con dimensiones de altura y ancho diferentes a las que mostraba el diseño inicialmente por cuestiones de funcionalidad independiente de la estructura principal y para garantizar la seguridad del establecimiento. En total, de acuerdo con el libelo, se instalaron 176,45 metros cuadrados de ventana y 631 puertas que faltan por reconocer.

1.1.6.7. Mayores cantidades de obra en el ítem 19-09, antepecho anti vandálico en concreto 3000 PSI, que debió ser construido con una mayor altura por los problemas presentados en el terreno y para solucionar las inconsistencias en la uniformidad de este en los diseños. En otras palabras, aunque el muro debía ser inicialmente de 60 cm de altura, se hizo de 1,20 mts para que fuera uniforme sin importar la variación del terreno.

1.1.6.8. Obra adicional en el ítem adicional 19.04, malla eslabonada recubierta de PVC. Esta fue instalada, a mayor costo no reconocido, en vez de la malla eslabonada y malla extendida con pintura anticorrosiva inicialmente pactada, dado que se acordó con la interventoría que esta tendría problemas de corrosión por el ambiente al que se sometería. Aunque se reconocieron 219,94 metros lineales, quedó un saldo por reconocer de 2 114,44 de metros lineales.

1.1.6.9. Mayores cantidades de obra en ítem de pie de amigo para cerramiento, es decir, soporte para la valla, que simplemente no fueron incluidos en los diseños. Son 864 unidades no reconocidas aún.

1.1.6.10. Mayores cantidades de obra en ítem 24-07, anden concreto 2500 PSI, ancho 1,2 mts., 10 cm de espesor, ya que se reconocieron apenas 5 229,30 metros cuadrados, cuando se ejecutaron realmente 9 081,01.

1.1.6.11. Mayores cantidades de obra el ítem 24-10, cuneta de concreto de 40x15 cms, pues se ejecutaron 2 075,33 metros cuadrados de este elemento, cuando se reconocieron únicamente 1 737,03, es decir, 738,3 metros cuadrados de más.

1.1.6.12. Mayores cantidades de obra en sardineles, puesto que se negó el reconocimiento de 50,28 metros lineales de este elemento que fueron efectivamente instalados.

1.1.6.13. Mayores cantidades de obra en el ítem 1-04 de excavación a máquina con transporte, a causa de los diseños deficientes entregados por Fonade. Se excavaron 111 396 metros cúbicos, cuando de acuerdo con lo previsto debían excavarse 97 675 metros cúbicos.

1.1.6.14. Mayores cantidades de obra en relleno en material de la excavación al 90% de proctor modificado, que por la necesaria construcción de un jarillón alcanzó 12 724,19 metros cúbicos de más, que no han sido reconocidos.

1.1.6.15. Mayores cantidades de obra en el ítem AD2-05, camastros en concreto 4000 PSI 0.90x2.00 mts, de 10 centímetros de espesor. Señaló que el método constructivo previsto en este ítem no se compadecía con las necesidades de estabilidad de la estructura, por lo que debió ser cambiado, necesitándose más anclajes de acero en varilla de 7/8” en cada camastro. En total se usaron 11 760 anclajes adicionales que no han sido reconocidos.

1.1.7. A continuación indicó que se le deben cancelar los costos indirectos derivados de los ítems adicionales y superiores en cantidad que arriba se señalaron, de acuerdo con el porcentaje del valor del contrato que correspondía a AIU, según se pactó en el contrato.

1.1.8. También hizo referencia a otros hechos relacionados con la ejecución del proyecto que incidieron en la mayor permanencia en obra, como un nivel de lluvias que superó el promedio histórico en el segundo semestre del 2008, el cierre de la vía Bogotá - Medellín causado por el alto nivel de lluvias y la excesiva rotación de personal causada por las exigencias del pliego de condiciones relativas a la contratación de mano de obra no calificada proveniente de la región –cuya capacitación fue excesivamente demorada-.

1.1.9. Finalmente, solicitó que los costos indirectos derivados de la ejecución de actividades adicionales y mayores cantidades de obra, fuesen ajustados conforme con la fórmula de reajuste pactada contractualmente, es decir, el Índice de Costos de Construcción de Vivienda tipo Multifamiliar – ICCV.

1.2. Como fundamento de derecho:

1.2.1. Refirió al incumplimiento como fuente de responsabilidad contractual conforme a normas de derecho privado y público, así como a la jurisprudencia de esta Corporación.

1.2.2. Así mismo argumentó que estaba en la capacidad de hacerse por sí mismo parte en el proceso conforme con la posición jurisprudencial de la Jurisdicción Contenciosa aplicable al caso y solicitó el restablecimiento del equilibrio contractual con el reconocimiento de las obras y actividades adicionales, así como por las mayores cantidades de obra ejecutadas y la mayor permanencia en obra.

1.2.3. Hizo referencia a otrosís, prórrogas y contratos adicionales suscritos y aceptó que en ellas se renunció a algunos ítems sobre los que se había ejercido reclamación. Pero aclaró que revisando cada una de estas renuncias, se concluye que ninguna de ellas versó sobre los elementos que se reclaman en esta oportunidad.

2. Fonade presentó demanda de reconvención y contestación a la demanda reformada.

2.1. Las pretensiones de la demanda de reconvención, presentada el 25 de agosto del 2014 (f. 495-618 c .1) fueron las siguientes:

*PRIMERA PRINCIPAL. Que se declare que el CONSORCIO CMS-CÁRCELES, integrado por las sociedades CM CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTOS LTDA (hoy CM CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTO S.A.S.), PIZANO PRADILLA CARO RESTREPO LTDA., (hoy PIZANO PRADILLA CARO RESTREPO S.A.S), DISICO S.A., Y SAENZ RUIZ CADENA INGENIEROS CIVILES LTDA (hoy SAENZ RUIZ CADENA INGENIEROS CIVILES S.A.), incumplió el contrato de obra No. 2070329, suscrito con FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE, por los hechos que resulten probados en el proceso.*

*SEGUNDA PRINCIPAL. Que como consecuencia de la declaración anterior, se declare que el CONSORCIO CMS-CÁRCELES, integrado por las sociedades CM CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTOS LTDA (hoy CM CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTO S.A.S.), PIZANO PRADILLA CARO RESTRREPO LTDA., (hoy OIZANO PRADILLA CARO RESTREPO S.A.S), DISICO S.A., Y SAENZ RUIZ CADENA INGENIEROS CIVILES LTDA (hoy SAENZ RUIZ CADENA INGENIEROS CIVILES S.A.), está obligado a indemnizar íntegramente al FONDO FINANCIERO DE PROYECTO DE DESARROLLO – FONADE, los perjuicios padecidos.*

*TERCERA PRINCIPAL. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se condene a las sociedades CM CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTO LTDA (hoy CM CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTO S.A.S.), PIZANO PRADILLA CARO RESTREPO LTDA., (hoy PIZANO PRADILLA CARO RESTREPO S.A.S), DISICO S.A., Y SAENZ RUIZ CADENA INGENIEROS CIVILES LTDA (hoy SAENZ RUIZ CADENA INGENIEROS CIVILES S.A.), integrantes del CONSORCIO CMS-CÁRCELES, a pagar a favor del FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE, el valor de la cláusula penal pecuniaria pactada en la cláusula décima cuarta del contrato de obra No. 2070329, esto es, el 10% del valor total del contrato, como estimación anticipada de perjuicios.*

*PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA TERCERA PRINCIPAL. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se condene a las sociedades CM CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTO LTDA (hoy CM CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTO S.A.S.), PIZANO PRADILLA CARO RESTREPO LTDA., (hoy PIZANO PRADILLA CARO RESTREPO S.A.S), DISICO S.A., Y SAENZ RUIZ CADENA INGENIEROS CIVILES LTDA (hoy SAENZ RUIZ CADENA INGENIEROS CIVILES S.A.), integrantes del CONSORCIO CMS CÁRCELES, a pagar a favor del FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE, el valor total de los perjuicios padecidos por FONADE, de acuerdo con lo que resulte probado en el proceso, desde la fecha que se produjeron las respectivas erogaciones por parte de FONADE.*

*SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA TERCERA PRINCIPAL. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se condene a las sociedades CM CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTO LTDA (hoy CM CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTO S.A.S.), PIZANO PRADILLA CARO RESTREPO LTDA., (hoy PIZANO PRADILLA CARO RESTREPO S.A.S), DISICO S.A., Y SAENZ RUIZ CADENA INGENIEROS CIVILES LTDA (hoy SAENZ RUIZ CADENA INGENIEROS CIVILES S.A.), integrantes del CONSORCIO CMS-CÁRCELES, a pagar a favor del FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE, el valor total de los perjuicios padecidos por FONADE, de acuerdo con lo que resulte con lo que resulte probado en el proceso, desde la fecha de presentación de esta demanda.*

*TERCERA SUBSIDIARIA DE LA TERCERA PRINCIPAL. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se condene a las sociedades CM CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTO LTDA (hoy CM CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTO S.A.S.), PIZANO PRADILLA CARO RESTREPO LTDA., (hoy PIZANO PRADILLA CARO RESTREPO S.A.S), DISICO S.A., Y SAENZ RUIZ CADENA INGENIEROS CIVILES LTDA (hoy SAENZ RUIZ CADENA INGENIEROS CIVILES S.A.), integrantes del CONSORCIO CMS CÁRCELES, a pagar a favor del FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE, el valor total de los perjuicios padecidos por FONADE, de acuerdo con lo que resulte probado n el proceso, desde la fecha en que se profiera laudo arbitral.*

*CUARTA PRINCIPAL. Que sobre las sumas anteriores se condene a las sociedades CM CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTO LTDA (hoy CM CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTO S.A.S.), PIZANO PRADILLA CARO RESTREPO LTDA., (hoy PIZANO PRADILLA CARO RESTREPO S.A.S), DISICO S.A., Y SAENZ RUIZ CADENA INGENIEROS CIVILES LTDA (hoy SAENZ RUIZ CADENA INGENIEROS CIVILES S.A.),, integrantes del CONSORCISO CMS-CÁRCELES, a pagar al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE, intereses comerciales moratorios a la máxima tasa de interés permitida por la ley, desde la fecha en que se produjeron las respectivas erogaciones por parte de FONADE.*

*PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA CUARTA PRINCIPAL. Que sobre las sumas anteriores se condene a las sociedades CM CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTO LTDA (hoy CM CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTO S.A.S.), PIZANO PRADILLA CARO RESTRREPO LTDA., (hoy PIZANO PRADILLA CARO RESTREPO S.A.S), DISICO S.A., Y SAENZ RUIZ CADENA INGENIEROS CIVILES LTDA (hoy SAENZ RUIZ CADENA INGENIEROS CIVILES S.A.), integrantes del CONSORCIO CMS-CÁRCELES, a pagar al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE, intereses comerciales moratorios a la máxima tasa de interés permitida por la ley, desde la fecha de presentación de esta demanda.*

*SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA CUARTA PRINCIPAL. Que sobre las sumas anteriores se condene a las sociedades CM CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTO LTDA (hoy CM CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTO S.A.S.), PIZANO PRADILLA CARO RESTREPO LTDA., (hoy PIZANO PRADILLA CARO RESTREPO S.A.S), DISICO S.A., Y SAENZ RUIZ CADENA INGENIEROS CIVILES LTDA (hoy SAENZ RUIZ CADENA INGENIEROS CIVILES S.A.), integrantes del CONSORCIO CMS-CÁRCELES, a pagar al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE, intereses comerciales moratorios a la máxima tasa de interés permitida por la ley, desde la fecha en que sea proferido el laudo arbitral.*

*QUINTA PRINCIPAL. Que se liquide judicialmente el contrato de obra No. 2070329 de 2007, declarando que las sociedades demandadas CM CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTO LTDA (hoy CM CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTO S.A.S.), PIZANO PRADILLA CARO RESTREPO LTDA., (hoy PIZANO PRADILLA CARO RESTREPO S.A.S), DISICO S.A., Y SAENZ RUIZ CADENA INGENIEROS CIVILES LTDA (hoy SAENZ RUIZ CADENA INGENIEROS CIVILES S.A.), integrantes del CONSORCIO CMS-CÁRCELES, deben pagar al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE, el valor de la cláusula penal pecuniaria y/o los valores que resulten probados de los conceptos anteriores, más la actualización y/o indexación de dichas sumas de dinero, más el valor correspondiente a los intereses de mora que se liquiden, o la superior que resulte demostrada a la ejecutoria del laudo que ponga fin a este proceso.*

*SEXTA PRINCIPAL. Que se condene a las sociedades CM CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTO LTDA (hoy CM CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTO S.A.S.), PIZANO PRADILLA CARO RESTRREPO LTDA., (hoy PIZANO PRADILLA CARO RESTREPO S.A.S), DISICO S.A., Y SAENZ RUIZ CADENA INGENIEROS CIVILES LTDA (hoy SAENZ RUIZ CADENA INGENIEROS CIVILES S.A.), integrantes del CONSORCIO CMS-CÁRCELES, a pagar al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE, las costas del proceso y las agencias en derecho, de conformidad con las disposiciones legales vigentes al momento de dictar el laudo arbitral definitivo que ponga fin al presente proceso.*

2.2. Los hechos de la demanda se centran en presuntas fallas en la construcción del establecimiento penitenciario que se evidenciaron al momento de suscribir el acta de terminación. Así, hizo referencia a irregularidades en la red contra incendios, la cubierta en el área de sanidad y desprendimiento de pintura epóxica. Adujo que en dicha acta se había pactado que en el transcurso del año 2010 se solucionarían estos inconvenientes, pero visitas posteriores dan lugar a concluir que para abril del 2013 no se habían hecho las reparaciones.

3. El 20 de noviembre del 2014 Fonade presentó la contestación a la demanda reformada (f. 1-222 c. 2) y propuso las siguientes excepciones:

3.1. Inexistencia de salvedades por parte del contratista al momento de suscribir los documentos modificatorios del contrato. Al respecto señaló que en un contrato regido por el derecho privado ambas partes comparten las mismas obligaciones y derechos. En este orden de ideas, al momento en que se suscribieron los otrosí y prórrogas en las que se incluyeron las llamadas obras adicionales y mayores cantidades de obra debieron plantearse observaciones o salvedades a las modificaciones contractuales, o al menos dejar constancia de la mayor onerosidad que esta le implicaba al contratista. Al no haberse hecho, se entiende que fue en uso de la autonomía de su voluntad que aceptó estas circunstancias.

3.2. Improcedencia de reconocer obras adicionales y/o mayores cantidades de obra supuestamente ejecutadas, al presentarse conciliación sobre todas las cantidades de obra y la interventoría no reconoce ni avala la reclamación. Esta excepción, básicamente, trata de que las cantidades de obra fueron conciliadas y aceptadas sin reparo por las partes del contrato y la interventoría en acta de modificación n.º 19 del 15 de septiembre de 2010, cuyo contenido se resalta:

*En las oficinas del campamento de obra en Puerto Triunfo, a los quince (15) días de septiembre del año 2010 se reunieron MARIO JAVIER BARRAGÁN MARTÍNEZ Representante legal del Contratista y GERMÁN PINILLA ALCALÁ, Director de Interventoría, para dejar constancia por medio de la presente ACTA de las modificaciones a las cantidades totales conciliadas de obra ejecutada, según las condiciones que se detallan a continuación.*

*(…)*

*Se presentan conciliadas entre los firmantes las mayores y menores cantidades de obra ejecutada.*

3.3. Inexistencia de mayor permanencia en obra. Al respecto, planteó que no existe prueba de esta mayor permanencia en obra, más allá de simple elucubraciones amañadas. Agregó que debe tenerse en cuenta que se pactó de manera expresa que el Fonade aceptaba el valor propuesto de AIU por el consorcio contratista, bajo el entendido de que este era el responsable de la elaboración de la propuesta económica, valor que siempre se pagó en el marco de varias afirmaciones del convocante respecto de que no se generaban costos adicionales a los ya reconocidos. Señaló concretamente:

*De acuerdo a lo anterior, para FONADE es claro que durante toda la ejecución del contrato, desde la primera acta de avance de obra (26 de junio de 2007), hasta la última acta radicada (20 de septiembre de 2010), es decir posterior a la terminación del contrato, FONADE, le reconoció al contratista el porcentaje de administración correspondiente, esto es el 18%, de acuerdo a su propuesta económica, tal como se soporta y se evidencia en las Actas parciales de obras suscritas por él y por la interventoría en calidad de supervisor del contrato de obra, de manera que este valor de $6.485.320.690,28 pagado a título de administración, sumado a las manifestaciones del contratista de que las modificaciones contractuales no le generaban costos adicionales a los ya reconocidos, y sumado a la deficiencia administrativa y operativa de la obra que inclusive le obligó a tener que pagar los gastos de interventoría, permiten concluir que NO hay lugar a reconocer ni pagar ningún valor por éste concepto de supuesta mayor permanencia en obra.*

4. Surtido el trámite procesal correspondiente, el Tribunal profirió el laudo del 16 de enero del 2017 (f. 257-376 c. ppl) en el que accedió parcialmente a las pretensiones de la convocante. La parte resolutiva de la providencia es del siguiente tenor:

*Primero.- Declarar que prosperan las excepciones formuladas en la contestación de la demanda principal identificadas como: “inexistencia de salvedades por parte del contratista al momento de suscribir los documentos modificatorios del contrato de obra 2070329, respecto de los hechos o circunstancias que en la demanda se alegan como generadores del presunto daño o afectación económica” y “violación de la cláusula general de Buena Fe. Desconocimiento de los propios actos”.*

*Segundo.- Declarar que no prosperan las excepciones formuladas en la contestación de la demanda principal identificadas como: “Improcedencia de reconocer obras adicionales y/o mayores cantidades de obra supuestamente ejecutadas, por cuanto las partes conciliaron previamente todas las cantidades de obra y la interventoría del contrato no reconoce ni avala la reclamación”, “Ausencia total de pruebas sobre el daño alegado y su cuantificación”, “improcedencia de reconocimiento de intereses cualquiera que sea su naturaleza”. En cuanto a las demás excepciones formuladas en la contestación de la demanda principal no se requiere pronunciamiento.*

*Tercero.- Declarar que el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE incumplió el contrato de obra No. 2070329 de 2007 suscrito por las partes el 28 de febrero de 2007, por el no pago de las mayores cantidades de obra ejecutadas por el CONSORCIO CMS CÁRCELES que fueron acreditadas en el proceso. Con lo anterior prospera la pretensión primera principal de la demanda principal y se hace innecesario el pronunciamiento sobre la subsidiaria de esta y sobre las pretensiones subsidiarias tercera, cuarta y quinta de la tercera pretensión principal.*

*Cuarto.- Declarar que como consecuencia de lo anterior, el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE es responsable respecto de las mayores cantidades de obra ejecutadas y no pagadas, costos administrativos y perjuicios causados al CONSORCIO CMS CÁRCELES. Con lo anterior prospera la pretensión segunda principal de la demanda principal y se hace innecesario el pronunciamiento sobre las pretensiones subsidiarias una y dos de esta.*

*Quinto.- Como consecuencia de las declaraciones anteriores, condenar al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE a pagar a favor del CONSORCIO CMS CÁRCELES, la suma de SETECIENTOS VEINTISIETE MILLONES VEINTICUATRO MIL TRESCIENTOS ONCE PESOS CON TRES CENTAVOS M/CTE ($727.024.311,03) por concepto del costo directo de las mayores cantidades de obra ejecutadas y no pagadas en virtud del contrato de obra 2070329 de 2007. Con lo anterior, y por el reconocimiento de una suma inferior a la pedida prospera parcialmente la pretensión tercera principal de la demanda principal y se hace innecesario el pronunciamiento sobre las pretensiones subsidiarias uno y dos de esta.*

*Sexto.- Declarar que al costo directo de los precios unitarios correspondientes a las mayores cantidades de obra ejecutadas y no pagadas a las que se refiere el numeral Quinto anterior, se le debe aplicar hasta el 10 de septiembre de 2010 la fórmula de reajuste pactada en el contrato y sus modificatorios, conforme al Índice de costo de Construcción de Vivienda tipo Multifamiliar Nacional (ICCV) certificado por el Departamento Administrativo de Estadística – DANE. Con lo anterior prospera la pretensión cuarta principal de la demanda principal.*

*Séptimo.- Como consecuencia de la declaratoria anterior, condenar al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE a pagar a favor del CONSORCIO CMS CÁRCELES, la suma de SETENTA Y CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS UN PESOS CON SESENTA Y UN CENTAVOS M/CTE ($74.889.701,61). Con lo anterior, y por el reconocimiento de una suma inferior a la pedida, prospera parcialmente la pretensión quinta principal de la demanda principal y se hace innecesario un pronunciamiento sobre las pretensiones subsidiarias primera y segunda de esta.*

*Octavo.- Declarar que el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE no ha reconocido el porcentaje correspondiente al veinticinco por ciento (25%), por concepto del costo indirecto: Administración, Imprevistos y Utilidad, calculado sobre el costo directo actualizado de las mayores cantidades de obra ejecutadas y no pagadas que han sido reconocidas por el Tribunal en este Laudo. Con lo anterior prospera la pretensión sexta principal de la demanda principal, y se hace innecesario un pronunciamiento sobre las pretensiones subsidiarias primera y segunda de esta.*

*Noveno.- Como consecuencia de la prosperidad de la pretensión sexta principal, condenar al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE a pagar a favor del CONSORCIO CMS CÁRCELES, la suma de DOSCIENTOS MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS TRES PESOS MCTE ($200.478.503). Con lo anterior, y por el reconocimiento de una suma inferior a la pedida, prospera parcialmente la pretensión séptima principal de la demanda principal y se hace innecesario un pronunciamiento sobre las ocho pretensiones subsidiarias de esta.*

*Décimo.- Condenar al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE a pagar a favor del CONSORCIO CMS CÁRCELES, la suma de MIL CIENTO CINCUENTA Y OCHO MILLONES SETECIENTOS UN MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS M/CTE ($1.158.701.497) por concepto de los intereses corrientes a la tasa máxima legal permitida, causados sobre las sumas referidas en el numeral Quinto anterior, intereses que han sido liquidados a partir del 11 de septiembre de 2010 y hasta la fecha de este laudo. Con lo anterior, y por el reconocimiento de una suma inferior a la pedida, prospera parcialmente la pretensión novena principal de la demanda principal y se hace innecesario un pronunciamiento sobre las ocho pretensiones subsidiaria se esta.*

*Décimo Primero.- Se declara liquidado el contrato de obra No. 20710329 de 2007, de conformidad con la liquidación presentada en la parte motiva de este laudo, con lo cual prospera la pretensión décima de la demanda principal.*

*Décimo segundo.- Denegar la pretensión octava principal de la demanda principal y sus cinco consecuenciales.*

*Décimo Tercero.- Denegar las pretensiones primera, segunda, tercera –con sus tres subsidiarias-, y quinta de la demanda de reconvención.*

*Décimo cuarto.- Declarar que dada la negación de las pretensiones una a quinta de las demanda de reconvención, se hace innecesario un pronunciamiento sobre las excepciones formuladas en la contestación de dicha demanda.*

*Décimo Quinto.- Abstenerse de imponer las sanciones de que trata el artículo 206 del C.G.P. a las partes.*

*Décimo Sexto.- Las sumas correspondientes a las condenas impuestas en virtud de este Laudo a cargo del FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE y en favor del CONSORCIO CMS CÁRCELES deberán ser pagadas en un plazo máximo de diez (10) días contados a partir de la ejecutoria del presente laudo y a partir de esa fecha tales sumas devengarán intereses moratorios a la tasa moratoria más alta legalmente procedente hasta el día de su pago total.*

*Décimo Séptimo.- No condenar en costas.*

*Décimo Octavo.- Declarar causado el saldo final de los honorarios de los árbitros y de la secretaría del Tribunal y ordenar su pago.*

*Décimo Noveno.- Disponer que el Presidente del Tribunal rinda cuentas a las partes de las sumas que estuvieron bajo su cuidado, previa la liquidación que al respecto elabore la secretaria, y haga los reembolsos que correspondan de la partida de gastos que no se haya utilizado.*

*Undécimo.- Ordenar que por Secretaría se expidan copias auténticas de este Laudo con las constancias de ley para cada una de las partes, y copia simple para el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.*

*Undécimo primero.- Disponer que en firme esta providencia, se archive el expediente en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.*

4.1. El tribunal desestimó las pretensiones relativas a las obras y actividades adicionales, ya que si bien se logró demostrar su ejecución por parte del consorcio demandante, también se acreditó, al analizar las comunicaciones cruzadas entre las partes y las modificaciones hechas al contrato, que al momento de que las partes acordaron cada uno de los ítems agregados –incluyendo las precisiones requeridas en los diseños-, el contratista no manifestó inconformidad, ni puso de presente que esto le causaba mayor onerosidad en el desarrollo del proyecto.

4.2. Igualmente, los otros presuntos imprevistos alegados en la demanda, como la mayor pluviosidad en la zona en la época en que debía hacerse la construcción del centro penitenciario, así como la clausura de tramos viales necesarios para el desarrollo de las actividades contractuales, también fueron descartados como fuente de indemnización, en cuanto, de acuerdo con las pruebas y particularmente con el dictamen pericial practicado para el efecto, el elemento de imprevistos incluido en el AIU propuesto por el mismo consorcio demandante, debió ser suficiente para cubrirlos.

4.3. En contraste, sí concedió la indemnización por mayores cantidades de obra, las cuales existieron de acuerdo con el dictamen pericial, por lo que otorgó el valor de los costos directos de su ejecución, aunque en un valor menor al solicitados originalmente. Consideró que esto, consecuencialmente, implicaba el incumplimiento del contrato por parte de Fonade. Descartó, también, la necesidad de pronunciarse sobre aquellas pretensiones subsidiarias que dependían de que el consorcio demandante no fuera aceptado como parte del proceso, ya que este contaba con la legitimación en la causa y la capacidad jurídica de representar su intereses judiciales por sí mismo.

4.4. Por otra parte, negó indemnización por mayor permanencia en obra, al no encontrarla probada.

4.5. A continuación, encontró procedente aplicar para el reajuste de los valores unitarios previstos en el contrato, respecto de las mayores cantidades de obra reconocidas, el Índice de Costo de Construcción de Vivienda tipo Multifamiliar, dado que esto fue acordado por las partes en la cláusula tercera del contrato.

4.6. Reconoció el aumento de los costos indirectos derivados de las mayores cantidades de obra ejecutadas, al considerar esto como una consecuencia necesaria de la declaración de aquellas.

4.7. Al desatar la pretensión del reconocimiento de intereses y actualización monetaria por las sumas que resultaron a favor del contratista, las reconoció desde el día siguiente a la terminación del contrato, conforme se solicitó en la pretensión novena principal. En tanto este es el punto sobre el que versa la discrepancia de Fonade en la que se basa el recurso de anulación que aquí se resuelve, se transcribe el razonamiento in extenso.

*En la medida en que el Tribunal ha reconocido que la convocante tiene derecho al pago de mayores cantidades de obra que ejecutó y no le fueron reconocidas en el momento de terminación del contrato, es decir el 10 de septiembre de 2010, ello conlleva al costo de la pérdida de oportunidad por lo que tiene derecho al reconocimiento de los intereses reclamados en la pretensión, lo cual desde ya advierte el Tribunal no es incompatible con la fórmula de reajuste que contiene el contrato en su cláusula tercera.*

*Conforme a la liquidación efectuada por el perito a folios 140 a 147 del dictamen pericial técnico, el Tribunal reconocerá intereses corrientes, a la tasa máxima legal permitida, desde el 11 de septiembre de 2010 hasta la fecha de este laudo, los cuales se calcularán sobre el valor total de los costos directos e indirectos de las mayores cantidades de obra ejecutadas y no pagadas en virtud del desarrollo del contrato de obra No. 2070329, esto es, sobre un monto de Ochocientos Setenta Millones Sesenta y Un Mil Doscientos Cincuenta Pesos M/Cte ($870.061.250).*

*Así las cosas, el valor de los intereses a reconocer desde el 11 de septiembre de 2010 hasta el 16 de enero de 2017, corresponde a la suma de $1.158.701.497, de acuerdo con la siguiente liquidación:*

*Cálculo Intereses Corrientes*

|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| RESOL.BANREP | VIGENCIA | BANCARIO CORRIENTE |  | CAPITAL  | DÍAS | LIQUIDACIÓN |
| DESDE | HASTA | ANUAL | MENSUAL |
| 1311 | 01-jul-10 | 31-jul-10 | 14,94% | 1,1671% |  | 31 |  |
|  | 01-ago-10 | 31-ago-10 | 14,94% | 1,1671% |  | 31 |  |
|  | 11-sep-10 | 30-sep-10 | 14,94% | 1,1671% | $1.002.392.516 | 20 | $7.799.228 |
| 1920 | 01-oct-10 | 31-oct-10 | 14,21% | 1,1134% | $1.002.392.516 | 31 | $11.532.872 |
|  | 01-nov-10 | 30-nov-10 | 14,21% | 1,1134% | $1.002.392.516 | 30 | $11.160.553 |
|  | 01-dic-10 | 31-dic-10 | 14,21% | 1,1134% | $1.002.392.516 | 31 | $11.532.572 |
| 2476 | 01-ene-11 | 31-ene-11 | 15,61% | 1,2161% | $1.002.392.516 | 31 | $12.596.474 |
|  | 01-feb-11 | 28-feb-11 | 15,61% | 1,2161% | $1.002.392.516 | 28 | $11.377.460 |
|  | 01-mar-11 | 31-mar-11 | 15,61% | 1,2161% | $1.002.392.516 | 31 | $12.596.474 |
| 0487 | 01-abr-11 | 30-abr-11 | 17,69% | 1,3666% | $1.002.392.516 | 30 | $13.698.892 |
|  | 01-may-11 | 31-may-11 | 17,69% | 1,3666% | $1.002.392.516 | 31 | $14.155.522 |
|  | 01-jun-11 | 30-jun-11 | 17,69% | 1,3666% | $1.002.392.516 | 30 | $13.698.892 |
| 1047 | 01-jul-11 | 31-jul-11 | 18,63% | 1,4338% | $1.002.392.516 | 31 | $14.851.821 |
|  | 01-ago-11 | 31-ago-11 | 18,63% | 1,4338% | $1.002.392.516 | 31 | $14.851.821 |
|  | 01-sep-11 | 30-sep-11 | 18,63% | 1,4338% | $1.002.392.516 | 30 | $14.372.730 |
| 1684 | 01-oct-11 | 31-oct-11 | 19,39% | 1,4878% | $1.002.392.516 | 31 | $15.411.098 |
|  | 01-nov-11 | 30-nov-11 | 19,39% | 1,4878% | $1.002.392.516 | 30 | $14.913.966 |
|  | 01-dic-11 | 31-dic-11 | 19,39% | 1,4878% | $1.002.392.516 | 31 | $15.411.098 |
| 2336 | 01-ene-12 | 31-ene-12 | 19,92% | 1,5253% | $1.002.392.516 | 31 | $15.799.192 |
|  | 01-feb-12 | 29-feb-12 | 19,92% | 1,5253% | $1.002.392.516 | 29 | $14.779.889 |
|  | 01-mar-12 | 31-mar-12 | 19,92% | 1,5253% | $1.002.392.516 | 31 | $15.799.192 |
| 0465 | 01-abr-12 | 30-abr-12 | 20,52% | 1,5675% | $1.002.392.516 | 30 | $15.712.887 |
|  | 01-may-12 | 31-may-12 | 20,52% | 1,5675% | $1.002.392.516 | 31 | $16.236.650 |
|  | 01-jun-12 | 30-jun-12 | 20,52% | 1,5675% | $1.002.392.516 | 30 | $15.712.887 |
| 984 | 01-jul-12 | 31-jul-12 | 20,86% | 1,5914% | $1.002.392.516 | 31 | $16.483.658 |
|  | 01-ago-12 | 31-ago-12 | 20,86% | 1,5914% | $1.002.392.516 | 31 | $16.483.658 |
|  | 01-sep-12 | 30-sep-12 | 20,86% | 1,5914% | $1.002.392.516 | 30 | $15.951.927 |
| 1528 | 01-oct-12 | 31-oct-12 | 20,89% | 1,5935% | $1.002.392.516 | 31 | $16.505.422 |
|  | 01-nov-12 | 31-nov-12 | 20,89% | 1,5935% | $1.002.392.516 | 30 | $15-972.990 |
|  | 01-dic-12 | 31-ene-12 | 20,89% | 1,5935% | $1.002.392.516 | 31 | $16.505.422 |
| 2200 | 01-ene-13 | 31-ene-13 | 20,75% | 1,5837% | $1.002.392.516 | 31 | $16.403.814 |
|  | 01-feb-13 | 28-feb-13 | 20,75% | 1,5837% | $1.002.392.516 | 28 | $14.816.348 |
|  | 01-mar-13 | 31-mar-13 | 20,75% | 1,5837% | $1.002.392.516 | 31 | $16.403.814 |
| 605 | 01-abr-13 | 30-abr-13 | 20,83% | 1,5893% | $1.002.392.516 | 30 | $15.930.860 |
|  | 01-may-13 | 31-may-13 | 20,83% | 1,5893% | $1.002.392.516 | 31 | $16.461.889 |
|  | 01-jun-13 | 30-jun-13 | 20,83% | 1,5893% | $1.002.392.516 | 30 | $15.930.860 |
| 1192 | 01-jul-13 | 31-jul-13 | 20,34% | 1,5549% | $1.002.392.516 | 31 | $16.105.623 |
|  | 01-ago-13 | 31-ago-13 | 20,34% | 1,5549% | $1.002.392.516 | 31 | $16.105.623 |
|  | 01-sep-13 | 30-sep-13 | 20,34% | 1,5549% | $1.002.392.516 | 30 | $15.586.087 |
| 1779 | 01-oct-13 | 31-oct-13 | 19,85% | 1,5204% | $1.002.392.516 | 31 | $15.748.024 |
|  | 01-nov-13 | 30-nov-13 | 19,85% | 1,5204% | $1.002.392.516 | 30 | $15.240.023 |
|  | 01-dic-13 | 31-dic-13 | 19,85% | 1,5204% | $1.002.392.516 | 31 | $15.748.024 |
| 2372 | 01-ene-14 | 31-ene-14 | 19,65% | 1,5062% | $1.002.392.516 | 31 | $15.601.680 |
|  | 01-feb-14 | 28-feb-14 | 19,65% | 1,5062% | $1.002.392.516 | 28 | $14.091.840 |
|  | 01-mar-14 | 31-mar-14 | 19,65% | 1,5062% | $1.002.392.516 | 31 | $15.601.680 |
| 503 | 01-abr-14 | 30-abr-14 | 19,63% | 1,5048% | $1.002.392.516 | 30 | $15.084.226 |
|  | 01-may-14 | 31-may-14 | 19,63% | 1,5048% | $1.002.392.516 | 31 | $15.587.034 |
|  | 01-jun-14 | 30-jun-14 | 19,63% | 1,5048% | $1.002.392.516 | 30 | $15.084.226 |
| 1041 | 01-jul-14 | 31-jul-14 | 19,33% | 1,4836% | $1.002.392.516 | 31 | $15.367.063 |
|  | 01-ago-14 | 31-ago-14 | 19,33% | 1,4836% | $1.002.392.516 | 31 | $15.367.063 |
|  | 01-sep-14 | 30-sep-14 | 19,33% | 1,4836% | $1.002.392.516 | 30 | $14.871.351 |
| 2259 | 01-oct-14 | 31-oct-14 | 19,17% | 1,4722% | $1.002.392.516 | 31 | $15.249.538 |
|  | 01-nov-14 | 30-nov-14 | 19,17% | 1,4722% | $1.002.392.516 | 30 | $14.757.618 |
|  | 01-dic-14 | 31-dic-14 | 19,17% | 1,4722% | $1.002.392.516 | 31 | $15.249.538 |
| 2359 | 01-ene-15 | 31-ene-15 | 19,21% | 1,4751% | $1.002.392.516 | 31 | $15.278.933 |
|  | 01-feb-15 | 28-feb-15 | 19,21% | 1,4751% | $1.002.392.516 | 28 | $13.800.326 |
|  | 01-mar-15 | 31-mar-15 | 19,21% | 1,4751% | $1.002.392.516 | 31 | $15.278.933 |
| 0369 | 01-abr-15 | 30-abr-15 | 19,37% | 1,4864% | $1.002.392.516 | 30 | $14.899.763 |
|  | 01-may-15 | 31-may-15 | 19,37% | 1,4864% | $1.002.392.516 | 31 | $15.396.422 |
|  | 01-jun-15 | 30-jun-15 | 19,37% | 1,4864% | $1.002.392.516 | 30 | $14.899.763 |
| 0913 | 01-jul-15 | 31-jul-15 | 19,26% | 1,4786% | $1.002.392.516 | 31 | $15.315.664 |
|  | 01-ago-15 | 31-ago-15 | 19,26% | 1,4786% | $1.002.392.516 | 31 | $15.315.664 |
|  | 01-sep-15 | 30-sep-15 | 19,26% | 1,4786% | $1.002.392.516 | 30 | $14.821.610 |
| 1341 | 01-oct-15 | 31-oct-15 | 19,33% | 1,4836% | $1.002.392.516 | 31 | $15.367.063 |
|  | 01-nov-15 | 30-nov-15 | 19,33% | 1,4836% | $1.002.392.516 | 30 | $14.871.351 |
|  | 01-dic-15 | 31-dic-15 | 19,33% | 1,4836% | $1.002.392.516 | 31 | $15.367.063 |
| 1788 | 01-ene-16 | 31-ene-16 | 19,68% | 1,5084% | $1.002.392.516 | 31 | $15.623.646 |
|  | 01-feb-16 | 29-feb-16 | 19,68% | 1,5084% | $1.002.392.516 | 29 | $14.615.669 |
|  | 01-mar-16 | 31-mar-16 | 19,68% | 1,5084% | $1.002.392.516 | 31 | $15.623.646 |
| 0334 | 01-abr-16 | 30-abr-16 | 20,54% | 1,5689% | $1.002.392.516 | 30 | $15.726.966 |
|  | 01-may-16 | 31-may-16 | 20,54% | 1,5689% | $1.002.392.516 | 31 | $16.251.198 |
|  | 01-jun-16 | 30-jun-16 | 20,54% | 1,5689% | $1.002.392.516 | 30 | $15.726.966 |
| 0811 | 01-jul-16 | 31-jul-16 | 21,34% | 1,6249% | $1.002.392.516 | 31 | $16.831.293 |
|  | 01-ago-16 | 31-ago-16 | 21,34% | 1,6249% | $1.002.392.516 | 31 | $16.831.293 |
|  | 01-sep-16 | 01-sep-16 | 21,34% | 1,6249% | $1.002.392.516 | 30 | $16.288.348 |
| 1233 | 01-oct-16 | 31-oct-16 | 21,99% | 1,6702% | $1.002.392.516 | 31 | $17.300.045 |
|  | 01-nov-16 | 30-nov-16 | 21,99% | 1,6702% | $1.002.392.516 | 30 | $16.741.979 |
|  | 01-dic-16 | 31-dic-16 | 21,99% | 1,6702% | $1.002.392.516 | 31 | $17.300.045 |
| 1233 | 01-ene-17 | 16-ene-17 | 21,99% | 1,6702% | $1.002.392.516 | 16 | $8.929.055 |
|  |  |  |  |  |  |  | $1.158.701.497 |

*Con lo anterior prospera parcialmente la pretensión novena principal de la demanda en la medida en que se reconocen los intereses solicitados pero en una cuantía inferior a la planteada.*

*Así mismo, la decisión que se adopta hace innecesario un pronunciamiento sobre las ocho pretensiones subsidiarias.*

4.8. A renglón seguido, accedió a la pretensión de que se declare liquidado el contrato, conforme a lo siguiente:

|  |  |
| --- | --- |
| CONCEPTO | VALOR |
| Mayores cantidades de obra ejecutadas y no pagadas | $727.024.311,03 |
| Ajuste previsto en la cláusula tercera del contrato | $74.889.701,61 |
| Costo indirecto AIU | $200.478.503.00 |
| Intereses corrientes bancarios causados desde el 11 de septiembre de 2010 | $1.158.701.497,00 |
|  | $2.161.094.012,64 |

4.9. Por último, en lo que tiene que ver con la demanda principal, se resolvieron las excepciones propuestas por Fonade, de las cuales únicamente procedió la de ausencia de salvedades en las modificaciones del contrato, la cual se deriva forzosamente de lo resuelto sobre la negativa de las obras y actividades adicionales (ver supra párr. 4.1 y 4.2.).

4.10. Por el contrario, consideró no probada la de la conciliación de las cantidades de obra, pues el acta n.º 20 del 4 de abril del 2011 fue expresa en cuanto a que el contratista se reservaba el derecho a reclamar por este concepto. En el mismo sentido, se consideró no acreditada la ausencia de pruebas sobre el daño alegado, pues estaba clara la ejecución de cantidades de obra que no fueron pagadas por Fonade.

4.11. Tampoco se accedió a la de improcedencia de reconocimiento de intereses, sobre lo que se estuvo a lo resuelto sobre estos respecto en lo tocante a la mayor cantidad de obra.

4.12. Respecto de la excepción de violación de la cláusula general de buena fe y desconocimiento de los actos propios, la consideró probada, “*pero dentro del estricto marco de las consideraciones del Tribunal que llevó al reconocimiento de sumas debidas por mayores cantidades de obra”.*

4.13. En lo que tiene que ver con las pretensiones de la reconvención, las desestimó al considerar que las pruebas obrantes en el plenario no daban cuenta del alegado incumplimiento del consorcio contratista en el asunto particular de la cubierta, ya que se vislumbraba que en realidad sí se habían adelantado actividades para el mantenimiento de la misma por parte de este, no se hallaron reparos del interventor al producto entregado en su momento, y en todo caso lo acreditado sugería que los problemas existentes en ella bien podía deberse a la negligencia del mismo demandante en reconvención, que no habría hecho el mantenimiento necesario. A igual conclusión se llegó respecto de la red contra incendios, pues fue recibida en funcionamiento y a satisfacción en su momento.

4.14. Para finalizar, descartó la aplicación de sanción alguna para las partes en razón del juramento estimatorio de sus pretensiones y consideró que tampoco se incurrió en conducta alguna que pudiera ser calificada como temeraria y objeto de la sanción de condena en costas.

5. El 25 de enero del 2017 Fonade presentó solicitud de corrección y/o aclaración del laudo (f. 390-395 c. ppl).

5.1. La solicitud versó sobre el momento en que debía iniciar al cálculo de los intereses y reajustes, ya que, en su criterio, esta operación no debía iniciar el 11 de septiembre del 2010 sino el 6 de marzo del 2013, fecha en que se suscribió el acta de entrega y recibo final del objeto contractual, pues sólo desde ese momento se estableció la existencia de las mayores cantidades de obra que finalmente se reconocieron en el laudo.

5.2. También se solicitó que se corrigiera la parte resolutiva en lo que tiene que ver con el numeral décimo que ordenó el cálculo de los intereses sobre el valor de $1 002 392 515, cuando el folio 77 de la decisión indicó que esto se haría sobre la suma de $870 061 250.

5.3. El 24 de enero del 2017 se resolvió la solicitud (f. 435-440 c. ppl). Al respecto, indicó el tribunal que no podía acceder a corregir el momento de inició del cálculo de intereses porque en ello no se había incurrido en un yerro, sino que simplemente la entidad convocada no estaba de acuerdo con un aspecto que fue resuelto de fondo. Tampoco consideró que se requiriera una aclaración, pues no había en la parte resolutiva ninguna frase o concepto que ofreciera motivo de duda.

5.3. Respecto de la discordancia entre el folio 77 de la parte motiva y el numeral 10 de la resolutiva, encontró que en verdad esta existe, pero explicó que la cifra contenida en esta última es la correcta, pues se deriva de la suma de los costos directos e indirectos de las mayores cantidades de obra pendientes de pago.

5.4. En otras palabras, el error estaba en la parte motiva y no la resolutiva, por lo que, a pesar de que ello resulta inane e improcedente, dispuso la corrección del folio 77 de la decisión para solucionar la incongruencia anotada.

**II. Recurso extraordinario de anulación**

6. El 7 de marzo del 2017 Fonade interpuso recurso extraordinario de anulación en contra del laudo arriba anotado (f. 442-456 c. ppl). Únicamente alegó la presentación de la causal 7 del artículo 41 de la Ley 1563 del 2012, haberse fallado en conciencia o equidad debiendo ser en derecho.

6.1. En esencia, la parte basó su disentimiento en lo que consideró una falta de sustento normativo o probatorio sobre el momento en que debía iniciarse el cálculo de los intereses otorgados por las mayores cantidades de obra ejecutadas y no pagadas. Al respecto, indicó:

*El panel arbitral no fundamentó en ningún momento bajo un criterio normativo o probatorio, las razones por las cuales había acogido la pretensión de reconocimiento de los intereses por las mayores cantidades de obra desde la terminación del contrato, sino que sustentó su aquiescencia a las pretensiones del demandante en cuanto a la liquidación de los intereses se refiere, basado en un mero criterio de equidad que denominó “pérdida de oportunidad”, lo cual evidentemente configura un fallo dictado en conciencia, en los términos del numeral 7 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.*

6.2. A continuación, señaló que se presume que el tribunal hablaba sobre los intereses moratorios, en cuanto al referirse al costo de oportunidad se estaría haciendo referencia a la indemnización por los perjuicios que padecería el acreedor por no tener consigo el dinero en la oportunidad debida. Sin embargo, explicó que para este propósito debía tenerse claridad sobre la fecha desde la que la entidad se encontraba en mora.

6.3. Así, en cuento se trataba de un contrato pactado a precios unitarios, el asunto de la mayor cantidad de obra se hallaba en principio en situación de indefinición debido a la falta de claridad sobre su monto. Por lo tanto, la mora sólo podría comenzar desde el momento en que se suscribió el acta de entrega y recibo final de la obra -6 de marzo del 2013-, pues sólo desde ese instante se podía verificar la existencia de las mayores cantidades de obra por parte del contratista. Agregó que este es el valor que se le ha dado a ese tipo de documentos de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación y que en tal sentido la génesis del crédito se ubica allí:

*Sobre el particular, es importante señalar que si bien es cierto este elemento accidental de los contratos no presenta una regulación expresa, las actas de entrega y recibo final han sido concebidas por la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado como un medio de “verificación de la ejecución del objeto contractual, para determinar si el mismo se efectuó cabalmente y de acuerdo con las especificaciones pactadas en el contrato, lo que significa que dicha acta constituye un elemento anterior y útil para la liquidación de los contratos, puesto que a través de ella se constata cualitativa y cuantitativamente el cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista como paso previo para efectuar el respectivo corte de cuentas que implica la liquidación del contrato” (Consejo de estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 28 de febrero 2013, expediente 25000232600020010211801- 25199).*

*En ese sentido, teniendo en cuenta que el objeto de discusión en el proceso arbitral consistió en determinar el reconocimiento y pago de las mayores cantidades de obra ejecutadas por el Consorcio CMS CÁRCELES, la fuente de la correspondiente obligación es la respectiva acta de entrega final y recibo a satisfacción, pues es ahí donde se verificó realmente lo que cuantitativamente se había ejecutado por concepto de mayores cantidades de obra. En otras palabras, la génesis del débito para el reconocimiento de las mayores cantidades de obra, se dio desde el momento en que se suscribió el acta de recibo final de la obra, pues es allí donde se podía verificar efectivamente, lo que cuantitativamente había ejecutado el demandante para satisfacer el objeto contractual.*

*Lo anterior, parte del supuesto de verificación del nacimiento del vínculo obligacional, el cual está compuesto por el débito y la responsabilidad. El débito es el deber de cumplir una determinada prestación. Por su parte, la responsabilidad es el deber de compensar los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de la obligación y se manifiesta en la posibilidad del acreedor, frente a la renuencia del deudor, de exigir judicialmente no solo el pago de la prestación in natura o del subrogado pecuniario, sino también de los perjuicios ocasionados, dentro de los cuales aparecen claramente los intereses moratorios. En este sentido, no puede existir responsabilidad sin que antes se haya generado el débito a favor de un sujeto.*

6.4. Agregó que conforme con la normas del Código de Comercio, particularmente su artículo 885 sobre intereses sobre suministros o ventas al fiado, la liquidación de los intereses debió iniciar al vencimiento de los 30 días siguientes a la suscripción de a referida acta de entrega y recibo final.

7. El agente del Ministerio Público y el consorcio convocante se pronunciaron sobre el recurso el 29 de marzo y el 30 de marzo del 2017 respectivamente.

7.1. El Ministerio Público (f. 464-474 c. ppl) se opuso a la prosperidad del recurso al considerar que la sentencia sí se dictó en derecho y el recurrente simplemente no está de acuerdo con la decisión. En tal sentido, adujo que el tribunal sustentó su fallo, en lo relativo a los intereses, en lo que encontró probado en el contrato y, particularmente, en el dictamen pericial que se practicó para el efecto.

7.2. Agregó que el tribunal tuvo en cuenta que las partes acordaron el pago por actas mensuales de obra, que en efecto se ejecutaron mayores cantidades a las pactadas y que estas no fueron canceladas a la finalización del contrato. Bajo estas premisas se falló, por lo que no puede considerarse que se incurrió en un fallo en conciencia. En concreto indicó:

*En el texto del laudo se indicó de manera expresa que se acogía la pretensión Novena principal y que el fundamento probatorio de tal decisión estaba constituido en el dictamen Pericial conforme al cual evidenciaba mayores cantidades de obra que no fueron pagadas, procedía la condena al valor de tales ítems y al reconocimiento de intereses como se había solicitado en la demanda.*

*Esto es, acogió las pretensiones de la convocante sobre existencia de mayores cantidades de obra no pagadas y consecuente pago de intereses bajo el concepto y desde la fecha que se indicó en la pretensión Novena Principal, esto es, tasa máxima legal permitida y desde el día siguiente a la fecha del acta de terminación del contrato 11 de septiembre de 2010, todo lo cual encontró probado con la prueba pericial.*

*En la parte motiva se expuso que la convocante tenía derecho al pago de las mayores cantidades de obra que ejecutó y que no le fueron pagadas en el momento de la terminación del contrato 10 de septiembre de 2010, que ello conllevaba al costo de pérdida de oportunidad y por tanto tenía derecho al reconocimiento de los intereses reclamados.*

*Esas condiciones, que se materializaron en la parte resolutiva, no significan una decisión en conciencia, pues además de que, se itera, el laudo fue prolijo en el análisis jurídico y probatorio, del texto mismo se evidencia que se refirió a que las partes fijaron plazo para el pago por actas mensuales de obra (…), que mayores cantidades de obra se encontraron probadas de acuerdo con el dictamen y que se reconocieron intereses porque así se solicitó en la demanda y porque las sumas se determinaron también en el dictamen.*

*La frase costo de oportunidad en la que se fundamenta el impugnante para solicitar la anulación parcial del laudo no puede mirarse de manera aislada, haciendo abstracción a la motivación jurídica y probatoria, esto es, la ejecución de mayores cantidades de obra que a la terminación del contrato –donde se pactó plazo para pago- no fueron canceladas, y que por ello procede el pago de intereses que se reconocieron conforme a las resoluciones del Banco de la República.*

*(…)*

*En el sub judice además de que no se puede hablar de falta absoluta de motivación jurídica y probatoria en ese aspecto de reconocimiento de intereses, se desata que la argumentación del impugnante se direcciona a controvertir la fecha que tomó el tribunal para efectos de esa liquidación, aduciendo que los intereses se generan no desde la terminación del contrato, sino desde la suscripción del acta de recibo y entrega final de obra, es decir, controvierte la decisión y la valoración probatoria que le sirvió de sustento a esa decisión, para que en vía del recurso extraordinario de anulación se revise esa decisión de fondo, aspectos que no resultan procedentes.*

7.3. El consorcio convocante (f. 475-487 c. ppl) solicitó desestimar el recurso, al considerar que en el caso no puede hablarse de un fallo en conciencia o equidad cuando no se está ante una decisión con una carencia total de fundamento probatorio y jurídico.

7.4. Agregó que era claro que en el fallo simplemente se aplicó lo previsto en el artículo 1608 del Código Civil sobre la constitución en mora, que, primordialmente, establece que la mora se configura simplemente con el incumplimiento de una obligación en el plazo estipulado para el efecto. Así, alegó que era absurdo el planteamiento del recurso relativo a que sólo desde el recibo de la obra, pues ello implicaría que la obligación sólo se incumpliría al momento de hacer el reconocimiento y no desde cuando se debía honrar la obligación adquirida por las partes.

**CONSIDERACIONES**

**I. Competencia**

8. La Sala es competente para conocer y decidir el presente asunto, de acuerdo con lo previsto en el numeral 7 del artículo 149 de la Ley 1437 del 2011 que le asignó a esta Corporación 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 n.º 20700329 del 2007 fue celebrado entre el consorcio CMS Cárceles y Fonade, que de acuerdo con el Decreto 288 del 2004, es una Empresa Industrial y Comercial del Estado de carácter financiero.

9. Por otra parte, se observa que el laudo arbitral impugnado es del 16 de enero de 2017 y el recurso de anulación fue interpuesto en su contra el 7 de marzo del mismo año, es decir en vigencia de la Ley 1563 del 12 de julio de 2012, *“Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”*, la cual entró a regir 3 meses después de su promulgación –art. 119-. La demanda arbitral también fue presentada en vigencia de la Ley 1563 del 2012 -11 de marzo del 2013-, por lo que es claro que el recurso de anulación se rige por lo dispuesto en esa norma.

**II. Problema jurídico**

10. La Sala debe establecer si el laudo arbitral impugnado está incurso en la causal de anulación alegada por el recurrente, para lo cual analizará si el fallo, en lo tocante al momento de iniciación del cálculo de los intereses derivados de las mayores cantidades de obra ejecutadas en el contrato n.º 20700329 del 2007 fue proferido en conciencia.

**III. Análisis de la Sala**

11. Antes de emprender el análisis de la causal aducida en el recurso de anulación interpuesto por Fonade en contra del laudo arbitral proferido el 16 de enero del 2017 para dirimir las controversias surgidas entre las partes con ocasión de la ejecución del contrato n.º 20700329, procede la Sala a reiterar las generalidades en torno a la naturaleza de este mecanismo alternativo de solución de conflictos que es el arbitramento, 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[[1]](#footnote-1).*

*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[[2]](#footnote-2), 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 (…)[[3]](#footnote-3)*

*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 (…)*[[4]](#footnote-4)*.*

**La causal de anulación: causal: causal 7 del artículo 41 de la Ley 1563 del 2012: Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.**

12. A pesar de que prevé el fallo en conciencia como causal de anulación, la Ley 1563 del 2012 no ofrece una definición de esta figura o de la de arbitraje en derecho. Por lo tanto, aunque se trata de una norma derogada precisamente por la citada ley, resulta útil, para meros efectos ilustrativos, auxiliarse por lo indicado por el artículo 1° del Decreto 2279 de 1989, modificado por el artículo 111 de la Ley 446 de 1998, que describió el arbitraje en derecho como “*(…) aquel en el cual los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente”.*

13. Ahora bien, para que se pueda predicar que un laudo fue proferido en conciencia se requiere la comprobación de que los árbitros al resolver dejaron de lado, de manera ostensible, las normas legales que debían aplicar, así como el acervo probatorio obrante en el plenario, basando su decisión exclusivamente en su leal saber y entender, aplicando el sentido común y la verdad sabida y buena fe guardada. Sólo cuando el fallo omite, de manera evidente, el marco jurídico dentro del cual se debe decidir, podrá decirse que se está en presencia de un fallo en conciencia. Pero si el juez o árbitro resuelve fundado en el ordenamiento jurídico, con base en el análisis del material probatorio allegado oportunamente al proceso y de conformidad a las reglas de la sana crítica, ese pronunciamiento será en derecho[[5]](#footnote-5).

14. En el presente caso, no se produjo un fallo en conciencia en el punto, y lo que se vislumbra, por el contrario, es una inconformidad con la manera en que el asunto fue resuelto de fondo por el tribunal de arbitramento, al considerar que la decisión de iniciar la causación de los intereses desde el día siguiente a la terminación del contrato, 11 de septiembre del 2010, es un error en cuanto estos debieron concederse únicamente desde que se suscribió el acta de entrega y recibo a satisfacción.

15. El fondo del asunto, es decir, el momento en el que debió iniciarse en efecto el cálculo de los intereses, escapa a la competencia de esta Sala, dado que, como se ha explicado, el recurso de anulación tiene como fin analizar errores en el procedimiento y no en la sustancia de lo resuelto en el laudo, razón por la que no se estudiarán los argumentos de Fonade que sustentan su afirmación sobre el error cometido en el particular.

16. Por otra parte, vale resaltar que el estudio de lo expuesto en el laudo sobre el momento en que debió indicar el cálculo de los intereses se aleja de la arbitrariedad o ausencia de sustento que caracteriza el fallo en conciencia, ya que para esto se basó en las pruebas del proceso, como lo que encontró acreditado respecto de las mayores cantidades de obra y el dictamen pericial.

17. Respecto al momento concreto en que debía iniciar la contabilización de los intereses, se advierte que es cierto que no se hizo ninguna referencia expresa a una norma positiva que justificara el otorgamiento de la indemnización solicitada desde la terminación del contrato y no desde otro momento particular.

18. Sin embargo, ello no implica por sí mismo que la decisión se haya dictado únicamente de conformidad con consideraciones personales del fallador, o sin aplicación de normas relativas al asunto, dado que, al razonar que los intereses debían causarse desde el instante en el que el consorcio convocante cumplió con el objeto del contrato y por lo tanto tenía derecho a que Fonade, como contratista, procediera a la entrega de la contraprestación acordada, está dando aplicación a lo previsto en la normatividad civil respecto de la constitución en mora del deudor, particularmente los artículos 1608 y 1609 del Código Civil, que señalan:

*ARTICULO 1608. <MORA DEL DEUDOR>. El deudor está en mora:*

*1o.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.*

*2o.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.*

*3o.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.*

*ARTICULO 1609. <MORA EN LOS CONTRATOS BILATERALES>. En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.*

19. En otras palabras, en este caso el tribunal arbitral señaló con claridad meridiana que los intereses a los que condenó eran una consecuencia forzosa del incumplimiento que declaró respecto de la obligación de Fonade de pagar lo ejecutado efectivamente por el consorcio contratista, el cual se configuró en el momento en el que esta entregó el objeto contratado sin que se le pagara la contraprestación conforme con las mayores cantidades de obra en las que esta tuvo que incurrir, evento que lo situó en una situación de mora.

20. Esta conclusión, aunque no se enunció expresamente una norma positiva para el efecto, se compadece con la regulación civil respecto de la constitución en mora del deudor, y estuvo sustentado, además, en las pruebas que se decretaron en el proceso para establecer la existencia y valor de mayores cantidades de obra. En tal sentido, lejos de constituir una decisión arbitraria del tribunal de arbitramento, se trató de una medida basada en las normas legales que este consideró aplicables al caso y el material probatorio que se hallaba a su disposición.

21. Por el contrario, como ya se ha señalado, el recurrente, en esencia, pretende que en esta sede se estudien sus argumentos relativos a que en realidad la mora no se produjo en otro momento, lo que le está vedado a la Sala por la naturaleza extraordinaria del recurso que se desata.

22. Así las cosas, la Sala declarará infundado el recurso extraordinario de anulación formulado por Fonade contra el laudo del 16 de enero del 2017, proferido por el tribunal de arbitramento constituido con el objeto de definir las controversias suscitadas entre tal entidad y el Consorcio CMS Cárceles en el marco de la ejecución del contrato de obra n.º 2070329 del 2007.

**IV. Costas**

23. Como la causal de anulación del laudo arbitral alegada en el recurso no tienen vocación de prosperidad y por lo tanto el mismo se declarará infundado, el recurrente será condenado en costas, de conformidad con lo ordenado en el artículo 109 de la Ley 1563 del 2012 y 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.-, fijándose las mismas en la suma equivalente a 5 S.M.L.V.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República de Colombia 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 15 de enero del 2017, por el Tribunal de Arbitramento designado para dirimir la controversia contractual surgida entre el consorcio CMS Cárceles y Fonade, con ocasión del contrato n.º 2070329 de 2007.

**SEGUNDO:** **Condénase** en costas al recurrente Fonade y por consiguiente al pago a favor del consorcio convocante CMS Cárceles. la suma equivalente a 5 S.M.L.V.

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

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**Ramiro Pazos Guerrero**

**Presidente de la Subsección**

**Stella Conto Díaz del Castillo**

**Magistrada**

**Danilo Rojas Betancourth**

**Magistrado**

1. 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 asuntos sobre los 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-1)
2. [5] *“El artículo 115 de la Ley 446 de 1998, compilado en el artículo 117 del Decreto 1818 de 1998, lo define así: “Pacto Arbitral. El artículo 2º del Decreto 2279 de 1989, quedará así: // “Artículo 2º. Por medio del pacto arbitral, que comprende la cláusula compromisoria y el compromiso, las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal Arbitral, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces.” La misma Ley 446, define estas dos modalidades del pacto arbitral en los siguientes términos: “Artículo 116.- El Decreto 2279 de 1989 tendrá un artículo nuevo del siguiente tenor: // "Artículo 2A. Se entenderá por cláusula compromisoria, el pacto contenido en un contrato o en documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan seguir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal Arbitral (…). // Artículo 117.- Compromiso. El artículo 3o. del Decreto 2279 de 1989, quedará así: // ‘Artículo 3o. El compromiso es un negocio jurídico, por medio del cual las partes involucradas en un conflicto presente y determinado, convienen resolverlo a través de un tribunal arbitral. El compromiso podrá estar contenido en cualquier documento como telegramas, télex, fax u otro medio semejante. // El documento en donde conste el compromiso deberá contener: // a) El nombre y domicilio de las partes; // b) La indicación de las diferencias y conflictos que se someterán al arbitraje; // c) La indicación del proceso en curso cuando a ello hubiere lugar. En este caso las partes podrán ampliar o restringir las pretensiones aducidas en aquél.".*  [↑](#footnote-ref-2)
3. [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-3)
4. 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-4)
5. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo del 2016, expediente 55307, C.P. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-5)