**LAUDO ARBITRAL - Recurso extraordinario de anulación - Tránsito legislativo - Reglas**

Tal como lo acogió el Consejo de Estado en el auto de 25 de junio de 2014 la aplicación general e inmediata del Código General del Proceso, tanto en el procedimiento arbitral como en el procedimiento que se sigue en la jurisdicción de lo contencioso administrativo al amparo de la Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A), debe tener en cuenta las normas de tránsito de legislación, establecidas la Ley 153 de 1887 modificada por el artículo 624 y desarrolladas para cada tipo de proceso en el artículo 625 del Código General del Proceso. En forma concreta la Sala llama la atención sobre el artículo 625 del Código General del Proceso, el cual contiene la regla general que de manera residual resulta aplicable para el procedimiento arbitral -y para el contencioso administrativo en su caso-, en materia específica de los recursos, pruebas, audiencias, diligencias, términos, incidentes y notificaciones en curso, frente al tránsito de legislación: …No obstante, para el caso concreto que ahora ocupa la atención de la Sala, a nivel de la legislación procesal que se integra al procedimiento arbitral, debe tenerse en cuenta que la ley de arbitraje invoca directamente la aplicación del procedimiento civil –ahora el Código General del Proceso-.

**LAUDO ARBITRAL - Recurso extraordinario de anulación - Normativa - Actuaciones procesales**

La lectura que se hace de las reglas tradicionales de tránsito de legislación -ahora incorporadas en el artículo 625 del Código General del Proceso- lleva a diferenciar entre las normas que rigen la interposición del recurso, de aquellas que se aplican en las diversas actuaciones que enumera la respectiva disposición, entre ellas, la ley que rige la práctica de la prueba. Con fundamento en esa apreciación, las reglas que rigen la interposición del recurso son las que se refieren a la competencia para conocer sobre el mismo, los presupuestos procesales y las costas que se causan por dicha interposición o presentación. En relación con la competencia para conocer del recurso es claro que de acuerdo con esa regla se determina su admisión. En la misma forma, en relación con las actuaciones en curso, el Código General del Proceso, siguiendo la tradición legislativa derivada de la Ley 153 de 1887, acudió a una enumeración taxativa. Se observa que algunas actuaciones de las allí descritas podrían quedar subsumidas unas dentro de otras, toda vez que se refieren a: la interposición del recurso, la iniciación de audiencia, la práctica de la prueba, la iniciación de la diligencia, el término que hubiere iniciado a correr. Sin embargo, la regla de interpretación deberá atender cada una de las excepciones y su alcance, según se explicará más adelante. …Por ello, reitera la Sala que la ley vigente a la fecha de presentación de la demanda o de la interposición del recurso gobierna precisamente los factores que determinan su interposición, esto es, la jurisdicción y la competencia, los presupuestos procesales para conocer de la misma.

**LAUDO ARBITRAL - Recurso extraordinario de anulación - Régimen jurídico - Probatorio Tránsito de legislación**

Ahora bien, en cuanto se refiere a la prueba, advierte la Sala que la ley procesal aplicable, de acuerdo con lo que establece el Código General del Proceso, se fija en la fecha en que se decreta la respectiva prueba, cobija todas las diligencias para su práctica, la cual incluye, de manera importante, a las actuaciones referidas a la contradicción de esa misma prueba, en aras de la preservación de la regla de equidad entre las partes y de los principios del debido proceso. Se puntualiza que la interpretación contraria, en el sentido de aplicar la ley vigente para la fecha de la diligencia, aunque la prueba haya sido decretada bajo la legislación anterior, dejaría sin efecto la disposición legal acerca de la ultractividad de la ley anterior en el caso de la prueba decretada. No puede ignorarse que a partir del decreto de la prueba se despliegan varias actuaciones referidas a su *práctica* e incluso nuevas pruebas (por ejemplo, la designación del perito, la fijación del cuestionario, la recepción del interrogatorio y la del contra interrogatorio) y si cada una de ellas se rigiera por la ley vigente a su fecha, carecería de sentido la mención de la prueba decretada, dentro de las excepciones del artículo 625 del Código General del Proceso y la referencia concreta al evento de su práctica. En otras palabras, observa la Sala que el sentido literal y lógico en que la norma del artículo 625 del Código General del Proceso produce algún efecto útil indica que *la práctica* de la prueba decretada se rige por la ley vigente a la fecha en que se decretó la respectiva prueba. Se concreta en este proceso que, para efectos del tránsito de legislación, la actividad probatoria de la contradicción hace parte de la práctica de la prueba, toda vez que la decisión debe fundarse en pruebas regular y oportunamente allegadas y que es deber del Juez respetar el derecho de contradicción y el principio de congruencia.

**LAUDO ARBITRAL - Recurso extraordinario de anulación - Tránsito legislativo - Dictamen pericial - Ley 1395 de 2010**

Con el propósito de establecer el marco legal de las pruebas practicadas por el Tribunal de Arbitramento, en cuyas falencias se funda la causal de anulación invocada en el cargo primero del recurso de anulación, la Sala relaciona a continuación las distintas normas que hicieron parte del tránsito de legislación en materia de dictamen pericial, experticias e informes técnicos, al amparo de la legislación procesal civil. De conformidad con lo previsto en el Decreto 1818 de 1998, el Tribunal de Arbitramento debía observar las normas del Código de Procedimiento Civil para la práctica de las pruebas en el arbitraje, siguiendo lo dispuesto en el artículo 153 del referido Decreto. Mediante la Ley 1395 publicada el 12 de julio de 2010, se dictaron medidas en materia de descongestión judicial, a través de las cuales se empezó a extender el sistema de oralidad y se modificaron varias disposiciones del Código de Procedimiento Civil, entre ellas las referidas a la prueba pericial. Con dicha Ley 1395 se introdujo la figura denominada *“experticia de parte”*, esto es, el concepto de experto aportado por la parte que lo aduce, respecto del cual se estableció su presentación en audiencia y la posibilidad de interrogar al experto dentro de la misma, si el Juez lo consideraba necesario o si la parte contra la que se aducía la prueba lo solicitaba dentro del respectivo traslado. …La citada Ley 1395 de 2010 también introdujo modificaciones a la contradicción del dictamen del perito judicial, esto es, el designado por el Juez de la lista de los auxiliares de la justicia. En su momento las novedades legislativas se incorporaron en relación con la audiencia en el proceso verbal. Para este tipo de proceso se dispuso la obligatoriedad del interrogatorio del perito en la audiencia y se eliminó la posibilidad de presentar la objeción grave, la cual constituía uno de los mecanismos de contradicción del dictamen en el Código de Procedimiento Civil. …Se hace notar que el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil no fue modificado por la Ley 1395 de 2010, es decir, en el régimen del citado código coexistieron el dictamen judicial y la experticia de parte, como medios de prueba.

**LAUDO ARBITRAL - Recurso extraordinario de anulación - Tránsito legislativo - Dictamen pericial**

Igualmente se destaca que en el procedimiento distinto del verbal, de conformidad con el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, el dictamen se presentaba por escrito, era sometido al traslado y contra éste existió la posibilidad de pedir aclaraciones y complementaciones, a la vez que podía promoverse una objeción grave que se presentaba igualmente por escrito, la cual se tramitaba por incidente, con la posibilidad de solicitar pruebas, entre ellas la presentación de un nuevo dictamen. En esta norma se permitía, además, que las partes aportaran conceptos de expertos, para contradecir el dictamen, los cuales se entenderían como alegaciones de la respectiva parte.

**LAUDO ARBITRAL - Recurso extraordinario de anulación - Tránsito legislativo - Dictamen pericial - Contradicción - Corte Constitucional**

Mediante Sentencia C 124 de 2011 la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la expresión que eliminó la objeción grave en el procedimiento verbal, contenida en el artículo 25 de la Ley 1395 de 2010. En esa oportunidad la Corte Constitucional razonó sobre las modalidades de contradicción del dictamen pericial, observó que podían ser definidas por el legislador y que las instancias de contradicción no estaban restringidas a la objeción grave, además de que, según advirtió la Corte, en cualquier sistema de contradicción el Juez se encuentra bajo el deber de apreciación y valoración de la prueba pericial, pudiendo apartarse del resultado de la misma, con fundamento en sus propios análisis sobre las pruebas obrantes en el proceso.(…) La Ley 1563 de 2012, contentiva del nuevo estatuto arbitral, contempla una norma especial en la cual dispone la posibilidad del interrogatorio a los peritos, bien para los designados por el Tribunal de Arbitramento o para aquellos que las partes presenten en orden a opinar en aspectos técnicos, sobre los asuntos controvertidos, sin perjuicio de que el dictamen sea escrito o verbal. El interrogatorio del perito designado por el Tribunal de Arbitramento puede tener lugar cuando una de las partes lo solicite o cuando el Tribunal lo considere: De esta norma se infiere que en el procedimiento arbitral se permite un sistema dual, en cuanto la Ley 1563 de 2012 se refiere a los peritos designados por el Tribunal de Arbitramento y, también, a los peritos presentados por las partes. La Ley 1563 de 2012 plantea la posibilidad de participación en la audiencia de todos los peritos, lo cual supone que podrá existir la dinámica de confrontación de sus conceptos.

**LAUDO ARBITRAL - Recurso extraordinario de anulación - Tránsito legislativo - Dictamen pericial - Designación**

Con la expedición del Código General del Proceso se eliminó la lista de auxiliares de la justicia para efectos de la designación de peritos en el procedimiento que se encontró bajo esa normativa y se estableció el deber de acudir a instituciones especializadas o a profesionales de reconocida trayectoria. Este último mecanismo de designación de los peritos ya existía como posible en el procedimiento arbitral, mediante el acuerdo de las partes. Por otra parte, se consagró que para cada materia la parte solo podía presentar un dictamen y que el dictamen debía ser elaborado por un perito único. De acuerdo con el Código General del Proceso, el dictamen debe contener como mínimo las declaraciones e informaciones que enumeró el artículo 226 de esa codificación, las cuales se refieren a las calidades profesionales del perito, su experiencia, los métodos empleados, las investigaciones realizadas y los documentos e información utilizada para rendir el dictamen.

**LAUDO ARBITRAL - Recurso extraordinario de anulación - Tránsito legislativo - Práctica prueba - Contradicción prueba**

En este punto debe precisarse que frente al tránsito de legislación, la norma aplicable en el procedimiento arbitral, para la práctica y la contradicción de la prueba pericial decretada bajo el régimen del Código de Procedimiento Civil fue el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, dentro de la cual podía tener lugar la experticia de parte de acuerdo con la Ley 1395 de 2010. Sin embargo, para el análisis de fondo del caso en cuestión, es conveniente hacer una comparación en torno de las modificaciones introducidas por el artículo 228 del Código General del Proceso, en lo que se refiere a los medios de contradicción de la prueba. …En resumen, el Código General del Proceso modificó la contradicción del dictamen pericial en los siguientes aspectos: i) desapareció el trámite incidental de la objeción grave, lo cual no significa que se haya eliminado la posibilidad de plantear la objeción a través del interrogatorio o del contra-dictamen, sobre aquellas causas que anteriormente, en el Código de Procedimiento Civil, daban lugar la objeción grave o sobre otros aspectos orientados a que el dictamen sea desestimado; ii) eliminó el imperativo de realizar un trámite separado y previo para las aclaraciones y/o complementaciones, las cuales pueden solicitarse dentro del término del traslado del dictamen o en la audiencia, mediante el interrogatorio al perito; iii) la parte contra la que se aduce el dictamen puede solicitar el interrogatorio del perito o aportar otro dictamen, o realizar ambas actuaciones; iv) la parte contra la que se aduce el dictamen tiene la posibilidad de realizar preguntas asertivas o insinuantes; v) ambas partes tienen derecho a interrogar y contra-interrogar al perito. El contra-interrogatorio se hará en el orden que se fija para el testimonio, eso es, primero la parte que solicitó el respectivo interrogatorio y luego, aquella contra la que se aduce; iv) si el perito citado no asiste, el dictamen no tendrá valor, sin perjuicio de la posibilidad de obtener nueva fecha, por una vez, con fundamento en la excusa justificada; vi) en relación con el asesoramiento de expertos, el Código General del Proceso excluyó en forma expresa, el dictamen en asuntos de derecho. Igualmente se refirió a la posibilidad de aportar conceptos de abogados, los cuales serán tenidos en cuenta como alegaciones de las partes; vii) se reemplazó la posibilidad de allegar un concepto de expertos para controvertir el dictamen por la presentación de “*otro dictamen*”, es decir, que se debe presentar un contra-dictamen el cual se rige por las mismas reglas, condiciones y requisitos que fija el Código General del Proceso para el dictamen, con la excepción de que este último no puede ser objeto de un segundo contra-dictamen*.*

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

De conformidad con el Decreto 1818 de 1998, el recurso de anulación del laudo arbitral está restringido a las causales que fija la ley, todas ellas referidas en principio a asuntos formales, por lo cual, en el escenario de este medio de control el Consejo de Estado solamente puede declarar fundada la anulación del laudo arbitral con fundamento en errores *in procedendo* y no así por errores *in iudicando*. …En este orden de ideas, se deja establecido que el recurso de anulación del laudo arbitral no constituye una segunda instancia y no puede emplearse como mecanismo para reabrir el debate probatorio ni para modificar la valoración de las pruebas realizada por el Tribunal de Arbitramento.

**LAUDO ARBITRAL - Recurso extraordinario de anulación - Material probatorio - Requisitos anulación**

De acuerdo con la causal cuarta del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, en materia de pruebas, la anulación del laudo arbitral solo podía fundarse en la pretermisión de las pruebas solicitadas o de las diligencias necesarias para evacuar las ordenadas, bajo dos condiciones: i) que las pruebas o diligencias no practicadas tuvieran incidencia en la decisión y ii) que el interesado hubiere reclamado la falta de la prueba en la forma y tiempo debidos. …No obstante, es importante observar que la Jurisprudencia del Consejo de Estado consideró que la causal cuarta del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, también era procedente en el caso de que la decisión se fundara en pruebas obtenidas con violación del debido proceso, consideración en la cual la jurisprudencia se apoyó en el artículo 29 de la Constitución Política.

**LAUDO ARBITRAL - Recurso extraordinario de anulación - Tránsito legislativo - Aplicación inmediata de la ley procesal**

En este punto de la controversia, la Sala está de acuerdo con los argumentos de la parte convocante, en cuanto que debió practicarse el interrogatorio del experto de conformidad con las normas del Código de Procedimiento Civil y la Ley 1395 de 2010, tal como se había decretado. Sin embargo, se anticipa desde ahora, esa decisión no conllevó la configuración material de la violación del debido proceso ni se reflejó en la providencia contentiva del laudo arbitral, como se detallará más adelante. La regla aplicable a la práctica del interrogatorio del experto se debió definir de acuerdo con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, tal como fue modificado por el Código General del Proceso. Considera la Sala que el Tribunal de Arbitramento pasó por alto que el interrogatorio del experto hacía parte de la contradicción desplegada por la parte convocante frente al dictamen predial que se decretó en vigencia del Código de Procedimiento Civil y que bajo esa consideración fue también ordenado el referido interrogatorio, de acuerdo con el recuento del proceso arbitral que ya se presentó en esta providencia. Es pertinente observar que esta posición sigue lo previsto en la sentencia de unificación emanada de la Sala Plena del Consejo de Estado, en cuanto a que el caso *sub lite* se encontraba en las excepciones a la aplicación inmediata de la ley procesal, en materia de la prueba decretada.

**LAUDO ARBITRAL - Recurso extraordinario de anulación - Principio de congruencia - Externa - Interna - Causales - Taxatividad - Precedente judicial**

Es importante observar que la congruencia del laudo arbitral, en el régimen del Decreto 1818 de 1998, se define con base en lo que establece, para la sentencia, el Código de Procedimiento Civil, es decir, que se exige la correspondencia de la decisión con relación a la controversia que se narra por las partes y a sus pretensiones y, también, la consistencia entre lo que se considera y se resuelve por el Tribunal de Arbitramento en el laudo arbitral, todo ello dentro del marco que fijan las demandas y el debate probatorio, en cada procedimiento arbitral. En efecto, a falta de definición en el Decreto 1818 de 1998, se aplicó el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil: …No se puede erigir la falta de congruencia en relación con otro laudo arbitral como causal de anulación, teniendo en cuenta que las causales de este recurso son taxativas. Sin pasar por alto que existe un deber de coherencia profesional propio de univocidad de las reglas de interpretación de un mismo contrato por los mismos árbitros, el cual supone que el Tribunal de Arbitramento debe razonar sobre las diferencias de interpretación en el evento en que se presenten, lo cierto es que la ley no ha establecido que la diferencia en las consideraciones entre dos fallos arbitrales que se refieren a pretensiones diversas, se constituya en causal de anulación del laudo arbitral. También es importante anotar que el antecedente horizontal –entre dos Tribunales de Arbitramento o entre jueces de un mismo nivel o jerarquía- puede constituir un criterio de interpretación jurisprudencial, pero no necesariamente configura la existencia del precedente obligatorio. Sin desconocer que los Tribunales de Arbitramento fungen como autoridades judiciales para resolver las controversias sobre el contrato estatal y que en esa medida se hayan en el deber de respetar los precedentes judiciales cuando se cumplen los supuestos de su imperativa observancia, en el presente caso se entiende que pueden existir variantes entre las decisiones de acuerdo con el contenido y alcance de los debates arbitrales y que la carga de acatamiento se resuelve con base en el análisis de las motivaciones correspondientes. Por ello, se observa que la parte actora presenta un cotejo de frases determinadas, que no permiten el análisis de la supuesta incongruencia.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION A**

**Consejera ponente: MARTA NUBIA VELASQUEZ RICO**

Bogotá, D.C., primero (1º) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 11001-03-26-000-2016-00038-00(56494)**

**Actor: CONCESION AUTOPISTA BOGOTA GIRARDOT S.A. - CABG**

**Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES INCO (hoy AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA- ANI)**

**Referencia: RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION**

Temas: TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO – aplicación del Código General del Proceso - tránsito de legislación en el debate probatorio / DICTAMEN PERICIAL – contradicción – debido proceso / LAUDO ARBITRAL - congruencia entre las decisiones adoptadas por distintos Tribunales de Arbitramento, no existe causal de anulación

**Decisión Previa**

En primer lugar, decide la Sala sobre el impedimento presentado por el Consejero Hernán Andrade Rincón con fundamento en el numeral 4º del artículo 130 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en razón de que su hija trabaja, en calidad de asesora, en la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, entidad que es parte en el presente proceso[[1]](#footnote-1).

De acuerdo con lo expuesto, **DECLÁRASE** fundado el impedimento manifestado por el doctor Hernán Andrade Rincón, por lo cual se le acepta y se le separa del conocimiento del presente asunto.

De conformidad con la decisión anterior, la Sala se conforma con los otros dos Consejeros integrantes de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

**Recurso de Anulación**

Decide la Sala el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A.[[2]](#footnote-2), contra el laudo que profirió el Tribunal de Arbitramento dentro del asunto de la referencia, el 13 de enero de 2016, en el cual se resolvió lo siguiente[[3]](#footnote-3):

El Tribunal de Arbitramento denegó las objeciones presentadas contra los dictámenes practicados en el proceso.

Interpretó la cláusula 37 del Contrato de Concesión GG-040-2004, declaró que el riesgo predial era compartido y que, por su parte, la CABG debía responder por la gestión predial para el Proyecto Vial Bogotá Girardot, en los aspectos a su cargo, de lo cual se desprendieron las condenas por valor de: **i)** $22.750’576.634, por concepto de incremento en el valor de los predios cuyo avalúo dejó vencer la CABG y **ii)** $931’421.885, por concepto de predios adquiridos por error de la misma.

El Tribunal de Arbitramento declaró que en virtud de la cláusula 61 del Contrato de Concesión GG-050-2004, le correspondía la CABG asumir el costo de las obras y/o actividades a realizar para ejecutar los obras de construcción de la variante de Melgar, incorporadas al Convenio Interadministrativo suscrito entre el INCO y el Ministerio de Defensa, hasta la suma de $2.000’000.000, de diciembre de 2002, y su mayor valor o diferencia debía ser sufragado por el INCO al Concesionario, mediante el mecanismo de Obras Complementarias.

En la misma forma, el Tribunal de Arbitramento indicó que la CABG incumplió con su obligación de aportar $23.136’713.459, de octubre de 2009, a la Subcuenta de Predios, en los términos del numeral 4º de la cláusula primera del adicional No. 1, en concordancia con lo establecido en la cláusula 37 del Contrato de Concesión GG-040-2004.

Por otra parte, el Tribunal de Arbitramento declaró que la CABG incumplió con la obligación de financiar los recursos requeridos para pagar al Ministerio de Defensa Nacional el precio de los predios de su propiedad necesarios para la ejecución del contrato en el Trayecto 9.

Se observa que el Tribunal de Arbitramento consideró y declaró que entre las causas que dieron lugar a la desfinanciación del proyecto y a la paralización o atraso de la gestión o adquisición de los predios y que afectaron la entrega de las obras en los plazos pactados, se encontraron las siguientes actuaciones de la sociedad concesionaria: **i)** la contabilización de una sobrefacturación a favor de los subcontratistas - accionistas por la suma de $215.043’863.930,51 y **ii)** la desvinculación de los recursos provenientes del pago efectuado por la entidad concedente, para repartir entre sus accionistas la suma $45.700’000.000 según se lee en los numerales vigésimo octavo y vigésimo noveno del laudo arbitral.

**I. A N T E C E D E N T E S**

**1. El procedimiento arbitral**

Con fundamento en la cláusula compromisoria que se encontró pactada en el Contrato de Concesión GG-040-2004, suscrito con fecha 1º de julio de 2004, se integró un Tribunal de Arbitramento, bajo las reglas del Decreto 1818 de 1998, para conocer de la solicitud de la convocatoria y de la demanda instaurada el 22 de octubre de 2010, por la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. en contra del INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES INCO (hoy AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI-[[4]](#footnote-4)), dentro del cual se presentó demanda de reconvención por parte de la entidad estatal convocada.

Una vez surtido el trámite correspondiente el Tribunal de Arbitramento profirió el laudo arbitral de 13 de enero de 2016, el cual es materia del recurso de anulación que se resuelve mediante la presente providencia.

**1.1. La demanda presentada ante el Tribunal de Arbitramento**

La solicitud de convocatoria del Tribunal de Arbitramento se presentó el 22 de octubre de 2010 con la demanda correspondiente, la cual fue objeto de reforma el 25 de agosto de 2011.

En resumen, la convocante presentó pretensiones orientadas a la interpretación de la cláusula 37 del Contrato de Concesión GG-040-2004, para determinar sobre quién recaía el riesgo predial y de redes de servicio público y definir el alcance económico del respectivo riesgo.

Como consecuencia, solicitó declarar el incumplimiento del INCO (hoy ANI) en las obligaciones correspondientes a la obtención de los terrenos necesarios para la ejecución del proyecto vial.

Además presentó pretensiones en orden a la declaración de la excepción de contrato no cumplido, igualmente solicitó declarar que la programación de obra realizada por el concesionario era adecuada a las circunstancias especiales que se habían presentado y que el concesionario tenía libertad contractual para realizar los cambios correspondientes.

También impetró otras pretensiones para que se condenara al INCO por el incumplimiento en el pago del riesgo geológico y en relación con la indexación tarifaria desde el año 2005. En la misma forma solicitó declarar que la CABG estaba cumpliendo con el índice del estado de la vía.

Finalmente, presentó pretensión para condenar al INCO (hoy ANI) a la *“indemnización integral de perjuicios”* causados con ocasión de los incumplimientos contractuales[[5]](#footnote-5).

**1.2. La demanda de reconvención**

La parte convocada instauró demanda de reconvención el 13 de mayo de 2011, y la reformó el 1º de diciembre de 2011.

En resumen, el INCO (hoy ANI) solicitó declarar que la CABG incumplió la obligación de indemnidad contenida en la cláusula 37 del Contrato de Concesión en relación con la gestión predial y, como consecuencia, pidió que la CABG fuera condenada al pago del daño emergente[[6]](#footnote-6) y del valor de los correspondientes perjuicios[[7]](#footnote-7), con sus respectivos intereses.

Igualmente impetró la declarativa de incumplimiento de la CABG en la ejecución del plan de inversiones y el cronograma de obras, ocasionado por la sobrefacturación de la ejecución real de la obra y la desvinculación de recursos a favor de los accionistas.

El INCO (hoy ANI) invocó el beneficio económico injustificado y el enriquecimiento sin causa de la CABG, solicitó la declaratoria del desequilibrio económico del contrato, el consecuente restablecimiento de la fórmula financiera y la condena de la CABG al pago por el valor de las obras no realizadas y de los aportes no efectuados para financiar la subcuenta de predios y pidió el reconocimiento de los correspondientes intereses[[8]](#footnote-8).

**2. El laudo arbitral**

El laudo arbitral materia del recurso de anulación que ahora se desata se profirió con fecha 13 de enero de 2016. Su contenido ha sido descrito, en forma resumida, en la parte inicial de esta providencia.

**3. El recurso de anulación**

La CABG interpuso y sustentó el recurso extraordinario de anulación contra el laudo arbitral de 13 de enero de 2016, mediante escrito presentado el 26 de enero de 2016, en la oportunidad prevista en la ley, una vez denegada su solicitud de aclaraciones, correcciones y adiciones[[9]](#footnote-9).

En dicho recurso la CABG determinó los cargos materia de impugnación, los cuales se detallarán en esta providencia, al resolver el caso concreto.

**4. Actuación procesal en el recurso de anulación**

**4.1.** El Despacho avocó conocimiento del recurso de anulación, mediante auto de 3 de marzo de 2016[[10]](#footnote-10) en el cual ordenó el traslado a la parte convocada y al Ministerio Público de conformidad con el Decreto 1818 de 1998.

**4.2.** La ANI descorrió el traslado, solicitó declarar infundado el recurso de anulación y condenar en costas a la parte actora.

**4.3.** El **Ministerio Público** observó que el recurso extraordinario de anulación no puede utilizarse como si se tratara de una segunda instancia, razón por la cual advirtió que no son de recibo los argumentos acerca de las diferencias de tipo sustancial en relación con el cumplimiento de la gestión predial. Agregó que las pretensiones que se identificaron como no resueltas fueron objeto de las decisiones de carácter denegatorio. Expuso que la parte actora pretende controvertir el fondo de la controversia y que no se configuró causal de nulidad alguna[[11]](#footnote-11).

**II.- C O N S I D E R A C I O N E S**

Encontrándose definida la jurisdicción y la competencia para conocer del recurso de anulación del laudo arbitral, de acuerdo con el auto de 3 de marzo de 2016[[12]](#footnote-12), la Sala seguirá el siguiente orden de razonamiento para el análisis del presente recurso de anulación: **1)** tránsito de legislación; **2)** comparación de las normas legales en materia del dictamen pericial y su contradicción; **3)** limitación a las potestades del juez de anulación del laudo arbitral; **4)** análisis de los cargos y **5)** costas.

**1. Tránsito de legislación**

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante auto del 25 de junio de 2014[[13]](#footnote-13), unificó su jurisprudencia, en relación con la vigencia de la Ley 1564 de 2012, contentiva del Código General del Proceso, para los asuntos que son del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y para la jurisdicción arbitral. El caso concreto se suscitó dentro del debate acerca de la competencia para conocer de un recurso.

En el auto referido la Sala Plena indicó que el Código General del Proceso, entró a regir a partir del 1º de enero de 2014, *“salvo las situaciones que se gobiernen por la norma de transición que se explicará en el acápite a continuación, las cuales se resolverán con la norma vigente al momento en que inició el respectivo trámite (…)”.*

En la citada providencia, con fundamento en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, tal como fue modificado por el Código General del Proceso[[14]](#footnote-14), se identificaron las excepciones a la regla general de aplicación inmediata de la ley procesal, en la siguiente forma:

*“De la norma trascrita se pueden extraer dos conclusiones generales: a) que las normas procesales prevalecen sobre las anteriores desde su entrada en vigencia, y b) que no obstante la regla general anterior, existen unas excepciones que permiten aplicar la norma derogada –pero vigente al momento de la actuación, petición o solicitud– de manera ultraactiva para resolver: (i) los recursos interpuestos, (ii) la práctica de pruebas decretadas, (iii) las audiencias convocadas, (iv) las diligencias iniciadas, (v) los términos que hubieren comenzado a correr, (vi) los incidentes en curso, y (vii) las notificaciones que se estén surtiendo”.*

Por su parte, la Corte Constitucional compartió la jurisprudencia del Consejo de Estado y reiteró la vigencia gradual del Código General del Proceso en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, para los procesos que se rigen por esa normativa, teniendo en cuenta la introducción del proceso oral y por audiencias, el cual se instituyó, para la referida jurisdicción, a partir de la Ley 1437 de 2011:

***“Comparte en términos generales, la Corte, los motivos aducidos por el Consejo de Estado en Sala Plena de lo Contencioso****, pues, acorde con lo ordenado en el artículo 308 de la Ley 1437 de 2011, desde el 2 de julio de 2012, entró en vigor un nuevo conjunto de mandatos que rigen tanto el procedimiento administrativo como el proceso contencioso administrativo. (…). Para la Corporación, desde la entrada en vigor de la Ley 1437 de 2011, en julio 2 de 2012, se han venido generando las condiciones requeridas para el funcionamiento del Proceso Oral y por Audiencias, pues, no de otro modo se podría entender el deber de cumplimiento de diversos mandatos contenidos en el nuevo Código Contencioso Administrativo, concebidos para realizar el proceso por audiencias y orientados por la oralidad.* ***Disposiciones como las contenidas en los artículos 111, 164, 179, 180, 181, 182, 183, 192, 202, 210, 220, 233, 239, 243, 244, 247, 266, 269, 283, 285, 286, y 305; solo por mencionar algunos y, las cuales, se entiende, son de obligatorio cumplimiento, dan sustento a la afirmación, según la cual, gradualmente, se han venido dando las condiciones para aplicar el CGP*** *y, por ende tiene lugar la vigencia de su cláusula derogatoria en detrimento del artículo 9º de la Ley 1395 de 2010.*

*“Entiende la Corte que, como se manifestó en el proveído del Consejo de Estado, ‘(…) en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo todavía resultan limitados los recursos físicos para garantizar una eficiencia y eficacia plena del sistema mixto, lo cierto es que no se puede desconocer que con la Ley 1437 de 2011, ya se implementó ese modelo procesal a lo largo del territorio nacional, circunstancia por la que no se puede comparar el avance de esta jurisdicción con la ordinaria civil’.* ***Dada la gradualidad ordenada por el numeral 6 del artículo 627 del CGP, se entiende que transcurridos más de dos años desde la entrada en vigencia del CPACA, se han venido dando las condiciones para la consecución de los objetivos propuestos por el nuevo régimen procesal contencioso administrativo y tiene lugar la aplicación del CGP con todo lo que en favor del derecho ello comporta.*** *Negar el vigor del nuevo CGP aduciendo la potestad del Consejo Superior de la Judicatura para definir tal vigencia, implica desconocer el carácter gradual de la condición impuesta por el legislador para la vigencia del CGP, comportando, además, la sacralización de una decisión de orden administrativo en detrimento de los derechos de los ciudadanos a lograr una justicia eficaz, efectiva y en la cual, prime lo sustancial tal como lo exigen los artículos 228 Superior y 3º de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.” [[15]](#footnote-15) (*La negrilla no es del texto).

Tal como lo acogió el Consejo de Estado en el auto de 25 de junio de 2014 la aplicación general e inmediata del Código General del Proceso, tanto en el procedimiento arbitral como en el procedimiento que se sigue en la jurisdicción de lo contencioso administrativo al amparo de la Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A), debe tener en cuenta las normas de tránsito de legislación, establecidas la Ley 153 de 1887 modificada por el artículo 624 y desarrolladas para cada tipo de proceso en el artículo 625 del Código General del Proceso.

En forma concreta la Sala llama la atención sobre el artículo 625 del Código General del Proceso, el cual contiene la regla general que de manera residual resulta aplicable para el procedimiento arbitral -y para el contencioso administrativo en su caso-, en materia específica de los recursos, pruebas, audiencias, diligencias, términos, incidentes y notificaciones en curso, frente al tránsito de legislación:

*“****Artículo 625. Tránsito de legislación.***

*“Los procesos en curso al entrar a regir este código, se someterán a las siguientes reglas de tránsito de legislación:*

*“(…).*

*“5. No obstante lo previsto en los numerales anteriores, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones.*

***“6. En los demás procesos, se aplicará la regla general prevista en el numeral anterior.***

*“(…)”.* (La negrilla no es del texto).

La citada regla general de tránsito de legislación se había expuesto en similar forma para los cambios del procedimiento en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo[[16]](#footnote-16), hasta la expedición de la Ley 1437 de 2011, en la cual se optó por la regla de ultractividad del Código Contencioso Administrativo para todos los procesos iniciados con anterioridad[[17]](#footnote-17), lo cual trajo una dificultad adicional de interpretación, para aquellos procesos de los que conoce esta jurisdicción[[18]](#footnote-18).

No obstante, para el caso concreto que ahora ocupa la atención de la Sala, a nivel de la legislación procesal que se integra al procedimiento arbitral, debe tenerse en cuenta que la ley de arbitraje invoca directamente la aplicación del procedimiento civil –ahora el Código General del Proceso-.

La lectura que se hace de las reglas tradicionales de tránsito de legislación -ahora incorporadas en el artículo 625 del Código General del Proceso- lleva a diferenciar entre las normas que rigen la interposición del recurso, de aquellas que se aplican en las diversas actuaciones que enumera la respectiva disposición, entre ellas, la ley que rige la práctica de la prueba.

Con fundamento en esa apreciación, las reglas que rigen la interposición del recurso son las que se refieren a la competencia para conocer sobre el mismo, los presupuestos procesales y las costas que se causan por dicha interposición o presentación. En relación con la competencia para conocer del recurso es claro que de acuerdo con esa regla se determina su admisión.

En la misma forma, en relación con las actuaciones en curso, el Código General del Proceso, siguiendo la tradición legislativa derivada de la Ley 153 de 1887, acudió a una enumeración taxativa. Se observa que algunas actuaciones de las allí descritas podrían quedar subsumidas unas dentro de otras, toda vez que se refieren a: la interposición del recurso, la iniciación de audiencia, la práctica de la prueba, la iniciación de la diligencia, el término que hubiere iniciado a correr. Sin embargo, la regla de interpretación deberá atender cada una de las excepciones y su alcance, según se explicará más adelante.

La interpretación según la cual la ley vigente a la fecha de interposición de la demanda o del recurso debería aplicarse a todas las actuaciones que se realicen en el proceso o en la instancia no resulta lógica frente al contenido de los artículos 624 y 625 del Código General del Proceso y contradice el sentido útil de la norma, toda vez que llevaría a dejar sin efecto la regla general de aplicación de la ley nueva en materia procesal.

Por ello, reitera la Sala que la ley vigente a la fecha de presentación de la demanda o de la interposición del recurso gobierna precisamente los factores que determinan su interposición, esto es, la jurisdicción y la competencia, los presupuestos procesales para conocer de la misma.

Ahora bien, en cuanto se refiere a la prueba, advierte la Sala que la ley procesal aplicable, de acuerdo con lo que establece el Código General del Proceso, se fija en la fecha en que se decreta la respectiva prueba, cobija todas las diligencias para su práctica, la cual incluye, de manera importante, a las actuaciones referidas a la contradicción de esa misma prueba, en aras de la preservación de la regla de equidad entre las partes[[19]](#footnote-19) y de los principios del debido proceso[[20]](#footnote-20).

Se puntualiza que la interpretación contraria, en el sentido de aplicar la ley vigente para la fecha de la diligencia, aunque la prueba haya sido decretada bajo la legislación anterior, dejaría sin efecto la disposición legal acerca de la ultractividad de la ley anterior en el caso de la prueba decretada. No puede ignorarse que a partir del decreto de la prueba se despliegan varias actuaciones referidas a su *práctica* e incluso nuevas pruebas (por ejemplo, la designación del perito, la fijación del cuestionario, la recepción del interrogatorio y la del contra interrogatorio) y si cada una de ellas se rigiera por la ley vigente a su fecha, carecería de sentido la mención de la prueba decretada, dentro de las excepciones del artículo 625 del Código General del Proceso y la referencia concreta al evento de su práctica.

En otras palabras, observa la Sala que el sentido literal y lógico en que la norma del artículo 625 del Código General del Proceso produce algún efecto útil indica que *la práctica* de la prueba decretada se rige por la ley vigente a la fecha en que se decretó la respectiva prueba[[21]](#footnote-21).

Se concreta en este proceso que, para efectos del tránsito de legislación, la actividad probatoria de la contradicción hace parte de la práctica de la prueba, toda vez que la decisión debe fundarse en pruebas regular y oportunamente allegadas[[22]](#footnote-22) y que es deber del Juez respetar el derecho de contradicción y el principio de congruencia[[23]](#footnote-23).

**2. Comparación de las normas legales en materia del dictamen pericial y su contradicción**

Con el propósito de establecer el marco legal de las pruebas practicadas por el Tribunal de Arbitramento, en cuyas falencias se funda la causal de anulación invocada en el cargo primero del recurso de anulación, la Sala relaciona a continuación las distintas normas que hicieron parte del tránsito de legislación en materia de dictamen pericial, experticias e informes técnicos, al amparo de la legislación procesal civil.

**2.1.** De conformidad con lo previsto en el Decreto 1818 de 1998, el Tribunal de Arbitramento debía observar las normas del Código de Procedimiento Civil para la práctica de las pruebas en el arbitraje, siguiendo lo dispuesto en el artículo 153 del referido Decreto[[24]](#footnote-24).

**2.2.** Mediante la Ley 1395 publicada el 12 de julio de 2010, se dictaron medidas en materia de descongestión judicial, a través de las cuales se empezó a extender el sistema de oralidad[[25]](#footnote-25) y se modificaron varias disposiciones del Código de Procedimiento Civil, entre ellas las referidas a la prueba pericial.

Con dicha Ley 1395 se introdujo la figura denominada *“experticia de parte”*[[26]](#footnote-26), esto es, el concepto de experto aportado por la parte que lo aduce, respecto del cual se estableció su presentación en audiencia y la posibilidad de interrogar al experto dentro de la misma[[27]](#footnote-27), si el Juez lo consideraba necesario o si la parte contra la que se aducía la prueba lo solicitaba dentro del respectivo traslado. La disposición correspondiente dispuso:

***“****Artículo 116. Experticios aportados por las partes.  La parte que pretenda valerse de un experticio podrá aportarlo en cualquiera de las oportunidades para pedir pruebas. El experticio deberá aportarse acompañado de los documentos que acrediten la idoneidad y la experiencia del perito y con la información que facilite su localización.*

*“****El juez citará al perito para interrogarlo en audiencia acerca de su idoneidad y del contenido del dictamen, si lo considera necesario o si la parte contra la cual se aduce el experticio lo solicita dentro del respectivo traslado.*** *La inasistencia del perito a la audiencia dejará sin efectos el experticio”* (la negrilla no es del texto).

De esta manera, se incorporó al ordenamiento procesal la posibilidad de acudir al experto de parte, esto es, el profesional experto, seleccionado libremente por la parte que lo requiere, el cual se debía contactar, referenciar y aproximar a la causa de manera extra procesal, con el objeto de emitir una experticia sobre los aspectos técnicos referidos a los hechos que esa parte pretendía probar.

En todo caso, tal como se observó en la norma que se acaba de citar, el experticio estaba sometido al decreto de la respectiva prueba y a su contradicción en forma directa, mediante el interrogatorio del experto.

**2.3.** La citada Ley 1395 de 2010 también introdujo modificaciones a la contradicción del dictamen del perito judicial, esto es, el designado por el Juez de la lista de los auxiliares de la justicia. En su momento las novedades legislativas se incorporaron en relación con la audiencia en el proceso verbal. Para este tipo de proceso se dispuso la obligatoriedad del interrogatorio del perito en la audiencia y se eliminó la posibilidad de presentar la objeción grave, la cual constituía uno de los mecanismos de contradicción del dictamen en el Código de Procedimiento Civil[[28]](#footnote-28): En relación con el procedimiento a seguir en la audiencia del proceso verbal se estableció la contradicción de la prueba pericial de la siguiente manera:

***“****Artículo 25. El artículo 432 del Código de Procedimiento Civil quedará así:*

*“Artículo 432. Trámite de la audiencia. En la audiencia se aplicarán las siguientes reglas:*

*“(…).*

*“2. A continuación decretará las demás pruebas y las practicará de la siguiente manera:*

*“****a) Oirá el dictamen del perito designado******y lo interrogará*** *bajo juramento acerca de su idoneidad y de los fundamentos de su dictamen.* ***De la misma manera podrán las partes controvertirlo.*** *Si el perito no concurre, el juez designará inmediatamente su reemplazo para que rinda dictamen en la fecha de la continuación de la audiencia. En ningún caso habrá lugar a objeción del dictamen.*

*“b) Interrogará a quienes hayan rendido los experticios aportados por las partes y hayan sido citados a la audiencia de oficio o a solicitud de parte”* (La negrilla no es del texto).

De conformidad con la norma que se acaba de citar, en el proceso verbal tanto el perito judicial como los expertos de parte podrían ser citados a rendir interrogatorio sobre su dictamen o experticio, en caso de ser requeridos para ello.

**2.4.** Se hace notar que el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil no fue modificado por la Ley 1395 de 2010, es decir, en el régimen del citado código coexistieron el dictamen judicial y la experticia de parte, como medios de prueba.

En este sentido se ha dicho que el Código de Procedimiento Civil y el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contemplaron un sistema dual[[29]](#footnote-29).

Igualmente se destaca que en el procedimiento distinto del verbal, de conformidad con el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, el dictamen se presentaba por escrito, era sometido al traslado y contra éste existió la posibilidad de pedir aclaraciones y complementaciones, a la vez que podía promoverse una objeción grave que se presentaba igualmente por escrito, la cual se tramitaba por incidente, con la posibilidad de solicitar pruebas, entre ellas la presentación de un nuevo dictamen. En esta norma se permitía, además, que las partes aportaran conceptos de expertos, para contradecir el dictamen, los cuales se entenderían como alegaciones de la respectiva parte.

**2.5.** Mediante Sentencia C 124 de 2011[[30]](#footnote-30) la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la expresión que eliminó la objeción grave en el procedimiento verbal, contenida en el artículo 25 de la Ley 1395 de 2010. En esa oportunidad la Corte Constitucional razonó sobre las modalidades de contradicción del dictamen pericial, observó que podían ser definidas por el legislador y que las instancias de contradicción no estaban restringidas a la objeción grave, además de que, según advirtió la Corte, en cualquier sistema de contradicción el Juez se encuentra bajo el deber de apreciación y valoración de la prueba pericial, pudiendo apartarse del resultado de la misma, con fundamento en sus propios análisis sobre las pruebas obrantes en el proceso.

De acuerdo con la sentencia C 214 de 2011, bajo el régimen del Código de Procedimiento Civil la contradicción del dictamen se presentaba por diversos medios: a través de la solicitud de aclaración o complementación, mediante la objeción grave dentro de las cuales podía adjuntarse el concepto de expertos, y, finalmente, con las alegaciones de las partes, todo ello sin perjuicio de la función del Juez consistente en valoración judicial de la respectiva prueba:

*“10. (,,,) la Sala advierte tres planos diferenciados de control del dictamen pericial, a saber, (i) la solicitud de complementación o aclaración; (ii) la objeción del dictamen por error grave; y (iii) el ejercicio de la función judicial de apreciación y valoración de la prueba”.*

**2.6.** La Ley 1563 de 2012, contentiva del nuevo estatuto arbitral[[31]](#footnote-31), contempla una norma especial en la cual dispone la posibilidad del interrogatorio a los peritos, bien para los designados por el Tribunal de Arbitramento o para aquellos que las partes presenten en orden a opinar en aspectos técnicos, sobre los asuntos controvertidos, sin perjuicio de que el dictamen sea escrito o verbal.

El interrogatorio del perito designado por el Tribunal de Arbitramento puede tener lugar cuando una de las partes lo solicite o cuando el Tribunal lo considere[[32]](#footnote-32):

De esta norma se infiere que en el procedimiento arbitral se permite un sistema dual, en cuanto la Ley 1563 de 2012 se refiere a los peritos designados por el Tribunal de Arbitramento y, también, a los peritos presentados por las partes.

La Ley 1563 de 2012 plantea la posibilidad de participación en la audiencia de todos los peritos, lo cual supone que podrá existir la dinámica de confrontación de sus conceptos.

Se hace notar que el interrogatorio del perito también era un mecanismo de contradicción viable dentro del trámite de la objeción grave contemplado en el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, de acuerdo con lo que se ha reseñado anteriormente, sin embargo esa legislación no regulaba la confrontación de los peritos.

**2.7.** El Código General del Proceso, contenido en la Ley 1564 de 2012, buscó mejorar la inmediación, la contradicción de la prueba pericial y el conocimiento del perito por parte del Juez, dentro del sistema de la oralidad, según se indicó en la exposición de motivos:

“*El dictamen pericial que se rinde por escrito y la controversia sobre el que también se hace en la misma forma****,****tiene un déficit de contradicción y el andamiaje de la objeción por error grave alarga en demasía el proceso. Todo ello se obvia con los interrogatorios que se hagan en la audiencia y con base en ellos el juez resuelve. El perito que rinde el dictamen pericial por escrito sin posibilidad de ser interrogado en audiencia es omnímodo y anónimo, nunca sabemos si sabe la materia de la cual se supone que es idóneo o si efectivamente él realizó el dictamen”[[33]](#footnote-33).*

Con la expedición del Código General del Proceso se eliminó la lista de auxiliares de la justicia para efectos de la designación de peritos en el procedimiento que se encontró bajo esa normativa y se estableció el deber de acudir a instituciones especializadas o a profesionales de reconocida trayectoria[[34]](#footnote-34). Este último mecanismo de designación de los peritos ya existía como posible en el procedimiento arbitral, mediante el acuerdo de las partes[[35]](#footnote-35).

Por otra parte, se consagró que para cada materia la parte solo podía presentar un dictamen y que el dictamen debía ser elaborado por un perito único[[36]](#footnote-36).

De acuerdo con el Código General del Proceso, el dictamen debe contener como mínimo las declaraciones e informaciones que enumeró el artículo 226 de esa codificación, las cuales se refieren a las calidades profesionales del perito, su experiencia, los métodos empleados, las investigaciones realizadas y los documentos e información utilizada para rendir el dictamen.

**2.8.** En este punto debe precisarse que frente al tránsito de legislación, la norma aplicable en el procedimiento arbitral, para la práctica y la contradicción de la prueba pericial decretada bajo el régimen del Código de Procedimiento Civil fue el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, dentro de la cual podía tener lugar la experticia de parte de acuerdo con la Ley 1395 de 2010.

Sin embargo, para el análisis de fondo del caso en cuestión, es conveniente hacer una comparación en torno de las modificaciones introducidas por el artículo 228 del Código General del Proceso, en lo que se refiere a los medios de contradicción de la prueba.

**2.9.** Los cambios importantes en materia de la contradicción del dictamen, entre los sistemas del Código de Procedimiento Civil y del Código General del Proceso se aprecian a continuación, mediante el cotejo de los artículos 238 C.P.C. y 228 C.P.G., respectivamente:

|  |  |
| --- | --- |
| *“Artículo 238 C.P.C.**Contradicción del dictamen. Para la contradicción de la pericia se procederá así:*  *“1. Del dictamen se correrá traslado a las partes por tres días, durante los cuales podrán pedir que se complemente o aclare, u objetarlo por error grave.*  *“2. Si lo considera procedente, el juez accederá a la solicitud de aclaración o adición del dictamen, y fijará a los peritos un término prudencial para ello, que no podrá exceder de diez días.*  *“3. Si durante el traslado se pide complementación o aclaración del dictamen, y además se le objeta, no se dará curso a la objeción sino después de producidas aquéllas, si fueren ordenadas.*  *“4. De la aclaración o complementación se dará traslado a las partes por tres días, durante los cuales podrá objetar el dictamen, por error grave que haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en éstas.*  *“5. En el escrito de objeción se precisará el error y se pedirán las pruebas para demostrarlo. De aquél se dará traslado a las demás partes en la forma indicada en el artículo 108, por tres días, dentro de los cuales podrán éstas pedir pruebas. El juez decretará las que considere necesarias para resolver sobre la existencia del error, y concederá el término de diez días para practicarlas. El dictamen rendido como prueba de las objeciones no es objetable, pero dentro del término del traslado las partes podrán pedir que se complemente o aclare.*  *“6. La objeción se decidirá en la sentencia o en el auto que resuelva el incidente dentro del cual se practicó el dictamen, salvo que la ley disponga otra cosa; el juez podrá acoger como definitivo el practicado para probar la objeción o decretar de oficio uno nuevo con distintos peritos, que será inobjetable, pero del cual se dará traslado para que las partes puedan pedir que se complemente o aclare.*  *“7. Las partes podrán asesorarse de expertos, cuyos informes serán tenidos en cuenta por el juez, como alegaciones de ellas”.* | *“Artículo 228 C.G.P. Contradicción del dictamen***.**  *“La parte contra la cual se aduzca un dictamen pericial podrá* ***solicitar la comparecencia del perito a la audiencia, aportar otro o realizar ambas actuaciones****. Estas deberán realizarse dentro del término de traslado del escrito con el cual haya sido aportado o, en su defecto, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la providencia que lo ponga en conocimiento.* ***En virtud de la anterior solicitud, o si el juez lo considera necesario, citará al perito a la respectiva audiencia****,* ***en la cual el juez y las partes podrán interrogarlo bajo juramento acerca de su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del dictamen. La contraparte de quien haya aportado el dictamen podrá formular preguntas asertivas e insinuantes.******Las partes tendrán derecho, si lo consideran necesario, a interrogar nuevamente al perito, en el orden establecido para el testimonio. Si el perito citado no asiste a la audiencia, el dictamen no tendrá valor.***  *“Si se excusa al perito, antes de su intervención en la audiencia, por fuerza mayor o caso fortuito, el juez recaudará las demás pruebas y suspenderá la audiencia para continuarla en nueva fecha y hora que señalará antes de cerrarla, en la cual se interrogará al experto y se surtirán las etapas del proceso pendientes. El perito solo podrá excusarse una vez.*  *“Las justificaciones que por las mismas causas sean presentadas dentro de los tres (3) días siguientes a la audiencia, solo autorizan el decreto de la prueba en segunda instancia, si ya se hubiere proferido sentencia. Si el proceso fuera de única instancia, se fijará por una sola vez nueva fecha y hora para realizar el interrogatorio del perito.*  *“****En ningún caso habrá lugar a trámite especial de objeción del dictamen por error grave****”.*  (Se destaca la negrilla para el propósito de la comparación). |

En resumen, el Código General del Proceso modificó la contradicción del dictamen pericial en los siguientes aspectos: **i)** desapareció el trámite incidental de la objeción grave, lo cual no significa que se haya eliminado la posibilidad de plantear la objeción a través del interrogatorio o del contra-dictamen, sobre aquellas causas que anteriormente, en el Código de Procedimiento Civil, daban lugar la objeción grave o sobre otros aspectos orientados a que el dictamen sea desestimado; **ii)** eliminó el imperativo de realizar un trámite separado y previo para las aclaraciones y/o complementaciones, las cuales pueden solicitarse dentro del término del traslado del dictamen o en la audiencia, mediante el interrogatorio al perito; **iii)** la parte contra la que se aduce el dictamen puede solicitar el interrogatorio del perito o aportar otro dictamen, o realizar ambas actuaciones; **iv)** la parte contra la que se aduce el dictamen tiene la posibilidad de realizar preguntas asertivas o insinuantes; **v)** ambas partes tienen derecho a interrogar y contra-interrogar al perito. El contra-interrogatorio se hará en el orden que se fija para el testimonio, eso es, primero la parte que solicitó el respectivo interrogatorio y luego, aquella contra la que se aduce[[37]](#footnote-37); **iv)** si el perito citado no asiste, el dictamen no tendrá valor, sin perjuicio de la posibilidad de obtener nueva fecha, por una vez, con fundamento en la excusa justificada; **vi)** en relación con el asesoramiento de expertos, el Código General del Proceso excluyó en forma expresa, el dictamen en asuntos de derecho. Igualmente se refirió a la posibilidad de aportar conceptos de abogados, los cuales serán tenidos en cuenta como alegaciones de las partes; **vii)** se reemplazó la posibilidad de allegar un concepto de expertos para controvertir el dictamen por la presentación de “*otro dictamen*”, es decir, que se debe presentar un contra-dictamen el cual se rige por las mismas reglas, condiciones y requisitos que fija el Código General del Proceso para el dictamen, con la excepción de que este último no puede ser objeto de un segundo contra-dictamen*.*

**3. Limitación a las potestades del juez de anulación del laudo arbitral**

De conformidad con el Decreto 1818 de 1998[[38]](#footnote-38), el recurso de anulación del laudo arbitral está restringido a las causales que fija la ley, todas ellas referidas en principio a asuntos formales, por lo cual, en el escenario de este medio de control el Consejo de Estado solamente puede declarar fundada la anulación del laudo arbitral con fundamento en errores *in procedendo* y no así por errores *in iudicando*.

Teniendo en cuenta que el procedimiento arbitral es de única instancia, el recurso de anulación no resulta ser un instrumento idóneo para plantear cargos acerca de la apreciación o el peso que el Tribunal de Arbitramento ha concedido al acervo probatorio.

De acuerdo con la causal cuarta del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, en materia de pruebas, la anulación del laudo arbitral solo podía fundarse en la pretermisión de las pruebas solicitadas o de las diligencias necesarias para evacuar las ordenadas, bajo dos condiciones: **i)** que las pruebas o diligencias no practicadas tuvieran incidencia en la decisión y **ii)** que el interesado hubiere reclamado la falta de la prueba en la forma y tiempo debidos.

En este orden de ideas, se deja establecido que el recurso de anulación del laudo arbitral no constituye una segunda instancia y no puede emplearse como mecanismo para reabrir el debate probatorio ni para modificar la valoración de las pruebas realizada por el Tribunal de Arbitramento.

No obstante, es importante observar que la Jurisprudencia del Consejo de Estado consideró que la causal cuarta del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, también era procedente en el caso de que la decisión se fundara en pruebas obtenidas con violación del debido proceso, consideración en la cual la jurisprudencia se apoyó en el artículo 29 de la Constitución Política[[39]](#footnote-39).

*“v) Sin embargo, ha manifestado la Sala que cabe el pronunciamiento de anulación de laudos por fuera de las citadas causales establecidas en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, en los siguientes eventos a saber: a) cuando exista nulidad absoluta del pacto arbitral por objeto o causa ilícita, caso en el cual procede su declaratoria incluso de oficio y, por ende, invalida también el laudo[[40]](#footnote-40); y b) en los casos de nulidad por la obtención de la prueba con violación del debido proceso, conforme a lo previsto en el artículo 29 de la Constitución Política[[41]](#footnote-41).”*

Al margen se puede enunciar que la Ley 1563 de 2012 – la cual no se aplica para el presente proceso- conservó la regla de la taxatividad de las causales del recurso de anulación, en su artículo 107[[42]](#footnote-42).

**4. Análisis de los cargos**

**4.1.**  **Primer cargo.** **Causal 4 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998**

*“4. Cuando sin fundamento legal se dejaren de decretar pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos”.*

**4.1.1. Argumentos de la parte actora**

La CABG apoyó su argumento en que no se le dejó ejercer la debida contradicción de la prueba pericial en materia de avalúos prediales y se refirió al punto concreto de las diferencias en el valor de los predios de la variante de Melgar, adquiridos en desarrollo del Convenio de Cooperación suscrito con el Ministerio de Defensa en cuyo caso el Tribunal de Arbitramento acogió el valor incluido en el dictamen pericial presentado por Cáceres & Ferro, por la suma de $15.500’000.000, en relación con el cual, afirmó la parte actora, se le violó el derecho al debido proceso. Citó, a pie de página, el acuerdo vigésimo segundo del referido Convenio de Cooperación, en el cual se observó que ese monto incluía el precio de los materiales entregados al Ministerio de Defensa por el Concesionario, por la suma de $800’000.000[[43]](#footnote-43).

Expuso la parte actora que el Tribunal de Arbitramento cambió sorpresivamente la aplicación de las normas de procedimiento en el desarrollo de la prueba en curso, a solicitud del apoderado de la convocada dentro de la audiencia respectiva. En esa oportunidad, el citado Tribunal resolvió que ya no tenía lugar la observancia del Código de Procedimiento Civil, pasando a invocar el Código General del Proceso para la práctica de la prueba correspondiente al interrogatorio del experto Durán Meléndez.

Destacó que la demanda arbitral fue presentada el 22 de octubre de 2010 y que la prueba pericial se rigió, entonces, por la Ley 1395 de 2010 y el Código de Procedimiento Civil. ´

Con fundamento en el análisis de la jurisprudencia, concluyó lo siguiente:

*“Bajo los términos jurisprudenciales expuestos se concluye la configuración de la Causal Cuarta de Anulación toda vez que el Tribunal 1 dejó de practicar las diligencias necesarias y ordenadas a favor de la CABG como prueba de la objeción por error grave de la pericia de la firma CÁCERES & FERRRO, en consecuencia el LAUDO de 13 de enero de 2016 fue proferido con base en una prueba no terminada, pero que fue la base de la decisión arbitral en materia de los mayores valores prediales ordenados contra la CABG”[[44]](#footnote-44).*

**4.1.2. Argumentos de la parte demandada**

La ANI expuso que la prueba cuestionada por la parte convocada, que lo fue el interrogatorio del experto, se debía practicar de acuerdo con el artículo 228 del Código General de Proceso, vigente para el 24 de marzo de 2015, fecha en la cual se inició la audiencia en relación con el experticio de parte.

Narró que acuerdo con esa norma, se discutió en dicha audiencia, cuál de las partes podría interrogar primero al experto y se decidió acertadamente por parte del Tribunal de Arbitramento que se debía seguir el *“orden establecido para el testimonio”*, es decir, preguntando, en primer lugar el Tribunal de Arbitramento, luego aquella parte que hubiere solicitado la experticia, esto es, la CABG y luego la ANI. Hizo constar que la CABG sí pudo ejercer la contradicción de la prueba, toda vez que se surtió una primera ronda de preguntas, primero por parte de la apoderada de la CABG y en segundo lugar por el apoderado de la ANI.

Destacó que el perito no se presentó a la continuación de la audiencia y que ello tenía los efectos previstos en el Código General del Proceso.

Echó de menos en el recurso de anulación los argumentos que permitan considerar alguna reflexión del perito Durán Meléndez cuyo contenido hubiera podido cambiar la decisión adoptada por el Tribunal de Arbitramento.

**4.1.3. Consideraciones de la Sala**

**4.1.3.1. Procedimiento arbitral en relación con el dictamen predial**

El dictamen sobre avalúos inmobiliarios de los predios correspondió a una prueba solicitada en la demanda de reconvención, presentada el 13 de mayo de 2011, por parte INCO (hoy ANI), entidad estatal convocada. La citada prueba fue decretada por el Tribunal de Arbitramento mediante auto de 14 de septiembre de 2012[[45]](#footnote-45).

El contenido de la prueba fue fijado en el Acta 57 de 6 de noviembre de 2013, mediante auto de la misma fecha en el cual el Tribunal de Arbitramento ordenó al perito designado, absolver el cuestionario que había presentado la entidad convocada (INCO hoy ANI) el 3 de diciembre de 2012, teniendo en cuenta “*que ninguna de las partes solicitó que el dictamen sobre avalúos prediales inmobiliarios se extendiera a otros puntos*”[[46]](#footnote-46).

En el cuestionario elaborado por el INCO (hoy ANI) y presentado el 3 de diciembre de 2012 para ser resuelto por el perito experto en avalúos prediales, se le solicitó al referido perito, entre otros puntos, determinar si había existido algún incremento de valor sobre aquellos avalúos de predios que CABG hubiera *“realizado y dejado vencer antes de lograr su adquisición”*. Si la respuesta resultaba afirmativa, se le pidió *“señalar en qué monto se ha presentado dicho incremento sobre el valor de los predios”*[[47]](#footnote-47).

Nótese que la actuación antes relacionada se surtió en vigencia del Código de Procedimiento Civil.

Presentado el dictamen por Cáceres & Ferro Finca Raíz S.A.[[48]](#footnote-48), mediante auto de 24 de julio de 2014 (Acta No. 72), el Tribunal de Arbitramento ordenó correr traslado a las partes por el término de tres días hábiles.

Teniendo en cuenta que en ese estado, a solicitud de las partes se suspendió el trámite arbitral en dos oportunidades, el traslado del dictamen predial corrió hasta el 16 de septiembre de 2014.

**4.1.3.2. Contenido del dictamen**

Pasa la Sala a verificar el contenido del dictamen en relación con el valor de adquisición de las franjas de terreno de la variante de Melgar el cual se citó en la causal de anulación que ahora se desata:

Obra en el expediente el entregable físico del dictamen presentado por Cáceres & Ferro, con un CD anexo en el cual aparece un archivo en excel denominado *“sábana predial”[[49]](#footnote-49).* En el referido archivo se encuentra la siguiente información:

Pestaña marcada *“sábana predial”*, en la cual se registran los datos de los predios, en columnas contentivas de la información sobre: estado de la negociación, valor y fecha de avalúo, fechas de oferta, notificación de oferta, registro de oferta, alcance de la oferta, valor del predio, valor promesa de compraventa, acta de entrega, escritura, folio de matrícula, predio comprado, predio en expropiación, observaciones, afectaciones y observación cartográfica.

Con base en este anexo del dictamen pericial se observa que el perito predial entregó, como parte del dictamen, el archivo correspondiente a los registros de los predios y a los valores que servían como fundamento de los cálculos y conclusiones en las cuales apoyó sus respuestas.

Dentro del citado archivo magnético se encuentran relacionados los predios de propiedad del Ministerio de Defensa, en los registros contenidos en las líneas número 159, 162, 1586, 1587, 1590 de la denominada sábana predial.

Con base en las primeras columnas de información sobre esos predios se extracta su identificación de acuerdo con la ficha predial asignada por la CABG:

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **Fila** | ***“Trayecto*** | ***Subtrayecto*** | ***Ficha Predial*** | ***Propietario*** |
| 159 | *4* | *4ª* | *CABG-1-R-043* | *Ministerio de Defensa y Ejército Nacional* |
| 162 | *4* | *4ª* | *CABG-1-R-062* | *Ministerio de Defensa y Ejército Nacional* |
| 1586 | *9* | *9C* | *CABG-3-R-130-1* | *Ministerio de Defensa* |
| **1587** | ***10*** | ***9C*** | ***CABG-3-R-141*** | ***Ministerio de Defensa*** |
| 1590 | *10* | *10* | *CABG-3-R-141A* | *Ministerio de Defensa”.* |

Se destaca la información contenida en la fila 1587 del archivo magnético que entregó el perito predial y que, por tanto, hizo parte del traslado de la prueba pericial, en la cual se registran los datos de un inmueble con valor de escritura por $15.500’000.000, cuya identificación corresponde a la ficha CABG-3-R-141 (resaltado en negrilla en el cuadro que antecede).

Se observa que el dato de valor de escritura citado en el archivo magnético, por $15.500’000.000, se corresponde en forma totalmente concordante con el precio establecido en la Escritura Pública 832 de la Notaría 59 de Bogotá, otorgada el 19 de mayo de 2011 la cual obra también en el expediente[[50]](#footnote-50).

Dicha escritura contiene la “*compraventa parcial por motivos de utilidad pública”* entre LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL y el INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES - INCO, representado en ese acto por la sociedad CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A., en la cual se acordó fijar como precio la suma total de $15.500’.000.000, por concepto de tres sub lotes, mejoras y construcciones allí levantadas, ubicados en el predio en mayor extensión distinguido con la matrícula inmobiliaria 307-29247[[51]](#footnote-51).

De acuerdo con la cláusula primera de la Escritura Pública 832, el inmueble objeto de la compraventa tenía una extensión total de 182.650,91 metros cuadrados, distribuido en *“tres lotes de terreno que se segregarán de otro de mayor extensión”[[52]](#footnote-52)* así: **i)** lote 1: 102.475,97 metros cuadrados, **ii)** lote 2: 78.485,95 metros cuadrados y **iii)** lote 3: 1.688,99 metros cuadrados.

De conformidad con la cláusula segunda de la citada Escritura Pública 832, los lotes objeto de la compraventa *“se segregarán de otro de mayor extensión denominado FINCA TOLEMAIDA, ubicado en las inmediaciones de la vereda LA YUCALA y Vereda LAS MERCEDES del municipio de NILO, al cual le pertenece la matrícula inmobiliaria número 307-29247 de la Oficina de Registros Públicos de Girardot”[[53]](#footnote-53).*

Siguiendo el contenido de la Escritura Pública 832, el lote de mayor extensión tenía un área total de 5.745 hectáreas y 963.5 metros cuadrados. En la citada escritura se indicó que, luego de descontados los lotes objeto de la compraventa, el predio en mayor extensión se dividió a su vez en varios sub lotes, cuya identificación y linderos fueron incorporados en el clausulado de la respectiva escritura.

En los anexos protocolizados en la Escritura Pública 832, otorgada el 19 de mayo de 2011, consta el avalúo realizado por la Lonja Inmobiliaria de Bogotá en mayo de 2006, sobre los predios objeto de la compraventa, con área de 182.650,91 metros cuadrados, el cual ascendió a la suma $1.214’510.318, cifra que coincide con el dato de avalúo incorporado en la sábana predial, anexa al dictamen, fila 1587, de la siguiente manera:

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| Valor unitario M2 TERRENO | VALOR TERRENO REQUERIDO | VALOR CONSTRUCCIÓN | VALOR MEJORAS | **VALOR TOTAL AVALÚO** |
| 60.000 - 1.200 - 2.400 - 480 - 20.000 -35.000 - 100 | 725’692.018,00 | 173’800.000,00 | 315’018.300,00 | **1.214’510.318,00** |

Evidencia la Sala que existió una diferencia significativa entre el valor del avalúo protocolizado en la Escritura Pública 832 y el precio que se fijó en la misma para la denominada *“compraventa por motivos de utilidad pública*”, toda vez que en clausulado de la escritura se indicó:

*“CLÁUSULA TERCERA: Para todos los efectos fiscales y legales el precio total y único de los INMUEBLES objeto de esta venta así como de las mejoras que sobre ellos se levantan, es la cantidad de QUINCE MIL QUINIENTOS MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE ($15.500’000.000,oo) de conformidad con el convenio de cooperación interinstitucional celebrado entre la nación Ministerio de Defensa Nacional, Instituto Nacional de Concesiones y la Sociedad Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. del día 12 de febrero de 2009”.*

Como apoyo de la anterior estipulación se invocó el Convenio Interadministrativo celebrado el 12 de febrero de 2009, también protocolizado en la Escritura Pública 832. Se observa que el referido Convenio tuvo por objeto: convenir el procedimiento de adquisición de las franjas de terreno para la ejecución del proyecto vial y el consecuente reconocimiento para el restablecimiento de las condiciones de seguridad nacional con que contaban los terrenos de propiedad de la Nación - Ministerio de Defensa Nacional, para el cumplimiento de su función constitucional[[54]](#footnote-54).

De acuerdo con lo anterior, es útil anotar que, con independencia de la fórmula de precio utilizada, la cual no es materia de juzgamiento en este proceso, el dato de valor de la compraventa que fue empleado en el dictamen predial correspondió al valor pactado en la escritura pública de adquisición de las tres franjas de terreno que constituyeron el predio identificado con la ficha CABG-3-R-141 en la sábana predial que sirvió de soporte al perito y, por esta vía, al Tribunal de Arbitramento.

Por tanto, debe advertirse que el valor materia de discusión en la causal primera del recurso de anulación que ahora ocupa la atención de la Sala se encontró incorporado en el dictamen predial y coincidió con el contenido de la Escritura Pública 832 suscrita por el representante de la CABG, también obrante en el acervo probatorio expuesto al debate en el Tribunal de Arbitramento.

Se puntualiza que con fundamento en el dictamen predial el Tribunal de Arbitramento estimó el daño emergente en materia de la gestión predial a cargo del concesionario, en aquellos casos en que se dejó vencer el avalúo y, según la tabla de cálculo incorporada en el laudo arbitral[[55]](#footnote-55), lo liquidó con base en la diferencia entre el precio de adquisición coincidente con la Escritura Pública 832 ($15.500’.000.000) y el avalúo incorporado en esa misma escritura ($1.214’510.318), teniendo en cuenta que el referido precio correspondió al valor de escrituración y que el avalúo del predio se dejó vencer[[56]](#footnote-56).

Se puede agregar que dentro del acervo probatorio relacionado con la gestión predial a cargo de la CABG obró ante el Tribunal de Arbitramento la comunicación CABG-IN-257-11, radicada el 16 de marzo de 2011, suscrita por el representante legal de la CABG mediante la cual remitió al INCO la minuta de la escritura pública de los predios del Ministerio de Defensa, *“la cual incorpora los comentarios realizados la semana pasada por el Grupo de territorio y por el área legal de la Entidad Contratante”[[57]](#footnote-57).* Esa minuta corresponde al antecedente de la Escritura Pública 832 que suscribió el representante de la CABG y contiene la misma estipulación del precio, es decir la suma de $15.500’000.000, la cual fue tomada como uno de los soportes de estimación de la condena por parte del Tribunal de Arbitramento.

Desde la atalaya que otorga el recurso de anulación, observa la Sala que en este caso no se configuró un error formal en la práctica de la prueba pericial ni en su apreciación por parte del Tribunal de Arbitramento, puesto que la incorporación de los referidos valores como fundamento de las distintas condenas se apoyó en la realidad documental probada en el proceso.

En el marco de este recurso de anulación del laudo arbitral no corresponde a la Sala pronunciarse sobre la apreciación sustancial de las pruebas.

**4.1.3.3. Trámite arbitral en la contradicción de la prueba**

La Sala considera que en el trámite arbitral *sub judice* se le respetó el debido proceso a la CABG, en relación con la prueba pericial en materia predial y que se le permitió la debida contradicción de acuerdo con la ley, como se expone a continuación.

El 16 de septiembre de 2014 (Acta No. 74) las partes solicitaron aclaraciones y complementaciones al dictamen, las cuales se estimaron procedentes y presentadas en tiempo, por lo cual el Tribunal de Arbitramento ordenó al perito experto en avalúos dar respuesta a las solicitudes de las partes.

El perito dio su respuestas, según consta en el documento de *“aclaraciones y complementaciones a las respuestas del perito experto en cuestiones prediales - noviembre de 2014”[[58]](#footnote-58).*

Del escrito de respuesta a las aclaraciones y complementaciones se corrió traslado a las partes en audiencia de 27 de noviembre de 2014 (Acta No. 79) y mediante escrito de 5 de marzo de 2015, la apoderada de CABG presentó objeción grave parcial al dictamen de avalúo predial y a las aclaraciones y complementaciones rendidas por Cáceres & Ferro[[59]](#footnote-59). A dicho escrito adjuntó la parte convocante un documento elaborado por el ingeniero Jaime Durán Meléndez, titulado *“INFORME DEL PERITO DE PARTE CON RELACIÓN AL INFORME PRESENTADO POR CÁCERES Y FERRO CON RELACIÓN A LOS AVALÚOS PREDIALES – FEBRERO DE 2015”[[60]](#footnote-60).* La convocante anunció ese documento bajo el título de *“DICTÁMEN TÉCNICO ESPECIALIZADO”*, el cual solicitó valorar con apoyo en el artículo 116 de la Ley 1395 de 2010, referido a los experticios aportados por las partes. En igual forma la apoderada de la CABG solicitó citar a audiencia al perito y a su equipo, para su interrogatorio *“respecto de la idoneidad y del contenido del dictamen*”[[61]](#footnote-61).

Según consta en el Acta No. 83 de 12 de marzo de 2015, el Tribunal de Arbitramento negó una solicitud que presentó la CABG para que se ordenara al perito Cáceres & Ferro contestar algunas respuestas de las aclaraciones que supuestamente faltaban, con fundamento en que el Tribunal de Arbitramento estimó que habían sido atendidas todas las preguntas. Mediante auto separado proferido en la misma audiencia, el Tribunal de Arbitramento ordenó correr traslado de las objeciones presentadas por la referida convocante al dictamen y a las aclaraciones[[62]](#footnote-62).

Según consta en el Acta No. 84 del 18 de marzo de 2015, el Tribunal de Arbitramento procedió a pronunciarse sobre la petición de “*pruebas solicitadas por la parte convocante en el escrito de objeción parcial al dictamen sobre avalúos prediales y por la parte convocada en el escrito mediante el cual descorre el traslado de la objeción parcial al dictamen sobre avalúos prediales”[[63]](#footnote-63).* En el auto emitido en esa audiencia el Tribunal de Arbitramento resolvió:

*“SEGUNDO: De conformidad con lo previsto en el artículo 116 de la Ley 1395 de 2010 se cita a Jaime Durán Meléndez, para interrogarlo acerca de su idoneidad y contenido del experticio, en audiencia que tendrá lugar el 20 de marzo de 2015 (…)”[[64]](#footnote-64).*

En atención a la suspensión de términos solicitada por las partes, la audiencia para interrogar al perito Durán Meléndez se fijó para el 24 de marzo de 2015[[65]](#footnote-65), fecha en la cual se llevó a cabo.

También se destaca que dentro del trámite arbitral del denominado Tribunal de Arbitramento 2, la apoderada de la CABG interrogó a los expertos en gestión predial, en las audiencias de 7 y 9 de septiembre de 2015, las cuales se incorporaron al plenario como prueba trasladada[[66]](#footnote-66).

En resumen, el Tribunal de Arbitramento corrió traslado del dictamen predial a ambas partes, el cual contenía los valores que se explicaron en el acápite anterior, se les dio la oportunidad de solicitar aclaraciones a lo cual procedieron y los requerimientos respectivos fueron contestados por el perito predial. También el Tribunal de Arbitramento le respetó a la CABG la oportunidad para objetar el dictamen por error grave a lo cual igualmente procedió la convocante; de la misma manera que tuvo lugar el ejercicio del derecho de contradicción de la prueba, toda vez que además de presentar el escrito correspondiente, se le decretó el interrogatorio del experto, de acuerdo con lo que solicitó y, finalmente, la CABG interrogó al experto.

Tal como se relacionará más adelante, todas esas pruebas fueron consideradas y valoradas en el laudo arbitral.

Se tiene presente igualmente que la objeción grave fue considerada y desestimada, según consta en el punto tercero de la parte resolutiva del laudo arbitral[[67]](#footnote-67).

**4.1.3.4. Análisis de la falta del contrainterrogatorio del experto Jaime Durán Meléndez**

Mediante el auto emitido en la audiencia de 24 de marzo de 2015 (Acta No. 85) el Tribunal de Arbitramento pasó a resolver el debate que suscitó el apoderado de la parte convocada acerca de la aplicación del Código General de Proceso y las tesis contrapuestas de las partes en cuanto al orden en que podían interrogar al experto, citado a solicitud de la convocante.

En esa oportunidad el Tribunal de Arbitramento resolvió:

“*Si bien la prueba cuya práctica debe realizarse el día de hoy tiene lugar dentro de un trámite de una objeción grave de un dictamen practicado bajo la legislación anterior, el auto por el cual se dispuso citar al experto para interrogarlo se dictó bajo la vigencia del CGP, según lo dispone el H. Consejo de Estado, por lo que debe aplicarse dicho estatuto (…)”.*

Por otra parte, en la misma providencia observó el Tribunal de Arbitramento que *“cuando es la parte contraria a la que aduce la experticia quien solicita la comparecencia del experto, es ella quien debe interrogar primero, en cumplimiento de las normas sobre el testimonio”[[68]](#footnote-68).*

En este punto de la controversia, la Sala está de acuerdo con los argumentos de la parte convocante, en cuanto que debió practicarse el interrogatorio del experto de conformidad con las normas del Código de Procedimiento Civil y la Ley 1395 de 2010, tal como se había decretado. Sin embargo, se anticipa desde ahora, esa decisión no conllevó la configuración material de la violación del debido proceso ni se reflejó en la providencia contentiva del laudo arbitral, como se detallará más adelante.

La regla aplicable a la práctica del interrogatorio del experto se debió definir de acuerdo con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887[[69]](#footnote-69), tal como fue modificado por el Código General del Proceso.

Considera la Sala que el Tribunal de Arbitramento pasó por alto que el interrogatorio del experto hacía parte de la contradicción desplegada por la parte convocante frente al dictamen predial que se decretó en vigencia del Código de Procedimiento Civil y que bajo esa consideración fue también ordenado el referido interrogatorio, de acuerdo con el recuento del proceso arbitral que ya se presentó en esta providencia.

Es pertinente observar que esta posición sigue lo previsto en la sentencia de unificación emanada de la Sala Plena del Consejo de Estado, en cuanto a que el caso *sub lite* se encontraba en las excepciones a la aplicación inmediata de la ley procesal, en materia de la prueba decretada[[70]](#footnote-70).

Es importante desplegar este argumento anotando que el laudo arbitral debe fundarse en la apreciación de las pruebas, incluyendo tanto las que se allegan a petición de la parte que las aduce como las que se practican en ejercicio del derecho de contradicción, en igualdad de oportunidades para las partes[[71]](#footnote-71).

Existiendo unidad temática entre el dictamen y su contradicción, puesto que versaban sobre los mismos aspectos, se tiene que concluir que la experticia que se decretó en atención a la solicitud de la parte convocante, obrando esta en ejercicio del derecho a la contradicción del dictamen predial, guardaba estrecha relación con el citado dictamen predial y con el asunto que el Tribunal de Arbitramento debía esclarecer a través de dicha prueba, cuál era la gestión predial por concepto de los avalúos que se dejaron vencer.

Por ello, las distintas actuaciones, diligencias y pruebas que se practicaban en torno del dictamen predial, debían realizarse atendiendo la misma ley aplicable en materia procesal, con apoyo en las excepciones previstas en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

Se considera que en el escenario de la contradicción del dictamen cada interrogatorio relacionado con el mismo dictamen no constituyó una prueba aislada, puesto que el dictamen y las pruebas decretadas para su contradicción hacían parte de una secuencia concatenada en torno a las respuestas del perito frente a un único formulario de cuestiones que se sometieron al debate en el seno del Tribunal de Arbitramento.

Como consecuencia, asistió la razón a la apoderada de la CABG cuando advirtió que no se podía introducir un cambio intempestivo en las reglas de la práctica del interrogatorio al experto en relación con su concepto acerca del contenido del dictamen predial, el cual había sido decretado en vigencia del Código de Procedimiento Civil y de la Ley 1395 de 2010.

La variación de la ley aplicable en práctica del interrogatorio acerca de la contradicción al dictamen, además de introducir una modificación sorpresiva en las reglas del debate en torno a la prueba pericial, podía resultar en la prevalencia de la posición de alguna de las partes.

En este orden de ideas, la Sala no comparte la decisión del Tribunal de Arbitramento adoptada en la audiencia de 24 de marzo de 2015, en cuanto optó por observar en la referida diligencia el Código General del Proceso, toda vez que desconoció que la prueba consistente en el dictamen predial había sido decretada en vigencia del Código de Procedimiento Civil, que dicho Tribunal de Arbitramento no había decretado el interrogatorio de oficio ni en forma aislada de la actividad que desplegaban las partes en torno del dictamen predial y que el objeto de las dos pruebas versaba sobre un mismo asunto.

Se agrega que el Tribunal de Arbitramento no sopesó su auto de 18 de marzo de 2015 en el cual ordenó tal interrogatorio a solicitud de la CABG, dentro del ejercicio de la contradicción a la prueba pericial y con invocación expresa de la Ley 1395 de 2010 y que, por tanto, debía seguir el trámite bajo la misma normativa que se encontraba vigente para la fecha en que la prueba pericial fue decretada la cual había sido observada en forma consistente, en todas las actuaciones referidas al dictamen pericial y a su contradicción.

Sin embargo, advierte la Sala que esa decisión del Tribunal de Arbitramento no tuvo el impacto de cercenar el derecho de contradicción de la CABG, puesto que si bien esa parte tuvo que interrogar en el primer orden y el experto no pudo asistir a la continuación del interrogatorio, ello no evidenció pérdida de oportunidad ni afectación de la prueba que se allegó al plenario y que fue considerada por el Tribunal de Arbitramento para emitir el laudo arbitral.

En efecto, se observa que en la audiencia de 24 de marzo de 2015 fue interrogado el experto Durán Meléndez, primero por el Tribunal de Arbitramento, luego por la apoderada de CABG y después por el apoderado de la ANI. El Tribunal de Arbitramento interrogó acerca de la experiencia del perito, de la base técnica de las conclusiones presentadas en relación con la dispersión de valores de los avalúos y sobre la forma como estableció la identificación de los predios adquiridos por error. En segundo lugar interrogó al experto la apoderada de la CABG, quien preguntó acerca del papel que cumplen los avalúos en el proyecto vial, la estimación de su vigencia, la forma como se llevan a cabo, la definición de las afectaciones prediales, la negociación y la escrituración de los predios en la concesión. En las respuestas a la CABG el experto se refirió a su apreciación sobre errores metodológicos en los valores de avalúo que estableció Cáceres & Ferro y al manejo de los ajustes correspondiente entre 2005 y 2013, originados en los cambios de los diseños. Por último, interrogó al perito el apoderado de la ANI, el cual le indagó acerca de su conocimiento sobre los avalúos en el caso concreto, preguntó si conocía quién los había realizado, si podía definir cuáles fechas se habían tomado para emitir el concepto del perito predial. En igual forma le solicitó informar si tenía conocimiento del significado del concepto de riesgo predial en el Contrato de Concesión y en este caso concreto, si podía definir a quién le correspondía asumir tal riesgo.

Debido a lo avanzado de la hora, la audiencia se suspendió, los presentes conversaron con el perito acerca de su disponibilidad para continuar la audiencia y en principio se comprometió tentativamente para volver a asistir el 4 de mayo de 2015. Sin embargo, en audiencia de 22 de junio de 2015, se fijó como fecha para continuar la declaración del experto el 23 de junio de 2015, oportunidad en la cual el experto Durán Meléndez no asistió e informó por escrito de 26 de junio de 2015, que se encontraba fuera de la ciudad y que no se enteró del correo electrónico sino hasta finalizar el día, cuando llegó a Bogotá[[72]](#footnote-72). Por ello, ninguna de las partes contrainterrogó al experto.

En la audiencia del 23 de junio de 2015 el Tribunal de Arbitramento dejó constancia de la inasistencia del ingeniero Durán Meléndez e indicó que se deducirían de su no presentación las consecuencias que correspondieran de acuerdo con la ley.

Ahora bien, para ahondar en razones en orden a desatar el caso concreto de la supuesta violación al debido proceso en el evento de la prueba que se señaló como inconclusa en el marco de la causal de anulación del laudo arbitral, procede la Sala a preguntarse:

¿Si se hubiera invertido el orden del interrogatorio o no se hubiera frustrado un contrainterrogatorio -dúplica o segunda ronda de preguntas-, cuál habría sido la oportunidad de la convocante para demostrar que debía tomarse como valor de adquisición la suma de $14.700’000.000 y no de $15.500’.000.000 o, para persuadir al Tribunal de Arbitramento de que el valor de $15.500’000.000 no podía ser un referente en la prueba pericial predial porque correspondía al precio de un inmueble en mayor extensión o, si se quiere, comprendía otros conceptos adicionales al valor de adquisición de las franjas de terreno avaluadas?

Para resolver la anterior cuestión es de la mayor importancia puntualizar que el experto no se refirió en su informe a los datos de los sub lotes que la convocante identificó en su recurso de anulación del laudo arbitral. Si se lee con cuidado el informe del ingeniero Durán Meléndez, se observa que en respuesta a la pregunta 1, orientada a determinar si había existido algún incremento de valor en los predios adquiridos con avalúo vencido, el referido profesional contestó negativamente con apoyo en que en su concepto la categoría de *“predios adquiridos con avalúo vencido”* era irrelevante y, por ello, no pasó a referirse a ningún caso en particular dentro de este grupo de bienes.

La siguiente respuesta del ingeniero Durán Meléndez, a la pregunta 1, ilustra su enfoque sobre los predios que el dictamen de Cáceres & Ferro clasificó como adquiridos con avalúo vencido:

*“La categoría ‘predios adquiridos con avalúo vencido’ como los denomina Cáceres y Ferro es irrelevante e inconcluyente, en cuanto que está desconociendo la dinámica propia de la gestión predial, en el sentido que el concesionario SÍ se ajustó al alcance de sus obligaciones contractuales exigidas en el artículo 37 del contrato de Concesión GG.040-2005 y las normas concordantes para la adquisición predial a nombre de la Entidad”[[73]](#footnote-73).*

Se agrega que en la respuesta a la pregunta 2, orientada a determinar el mayor valor de los predios *“no adquiridos*”[[74]](#footnote-74), el experto relacionó los inmuebles en esa categoría, sobre los cuales presentó dos anexos en ninguno de los cuales aparece el caso de los predios con ficha CABG-3-R-141, al cual se refirió el recurso de anulación.

Se observa que el anexo 1 comprendió los datos de 66 casos correspondientes a avalúos inferiores y el anexo 2 relacionó 293 casos correspondientes a avalúos superiores, ambos referidos a la categoría de predios *“no adquiridos”*, dentro de los cuales aparecían otros inmuebles de propiedad del Ministerio de Defensa, pero no los sub lotes a que se refirió la convocante, cuyo caso estaba ubicado en la categoría de predios adquiridos y, entonces, no fue considerado en concreto dentro de la experticia que se aportó para controvertir el dictamen predial.

Ahora bien, si hubiera existido la posibilidad de contrainterrogar en la continuación de la audiencia, ambas partes habrían tenido que referirse a las respuestas del experto en el primer interrogatorio o al contenido de su informe, puesto que esa era la materia de la prueba y, en su caso, de la denominada dúplica.

En ese orden de ideas, ante el cargo de la prueba incompleta, se concluye que en la hipotética continuación del interrogatorio, no había elementos formales para preguntar al experto acerca de las cifras referidas a los sub lotes de la denominada variante de Melgar, ni sobre el precio y la forma de pago previstas de acuerdo con el Convenio Interadministrativo celebrado con el Ministerio de Defensa, toda vez que esos aspectos no habían sido materia concreta de la experticia ni del primer interrogatorio.

Por otra parte, tal como se detallará más adelante, el informe del experto **sí** fue considerado por el Tribunal de Arbitramento en el laudo arbitral, es decir que a la CABG no se le negó la valoración de la experticia. Cosa distinta es que esa prueba no logró persuadir a los árbitros de las supuestas falencias del avalúo, ni le concretó caso particular alguno y, por el contrario, el dictamen elaborado por Cáceres & Ferro sí le brindó al Tribunal de Arbitramento la credibilidad suficiente para fundar y liquidar la condena.

**4.1.3.5. Contradicción de la prueba en los alegatos de conclusión**

De acuerdo con el contenido de los alegatos de conclusión, la convocante no rebatió en forma concreta los registros de la sábana predial adoptada en el dictamen pericial en relación con los valores asignados en el caso de los sub lotes de la variante de Melgar a que se refirió la Escritura Pública 832.

En efecto, la contradicción del dictamen predial fue presentada en la siguiente forma:

**“*CONTRADICCION TOTAL DE LA PERICIA DE AVALUOS ELABORADA POR CÁCERES Y FERRO:***

*“Sin perjuicio de la demostración en audiencia de la falta de idoneidad y experiencia de Cáceres y Ferro en materia de gestión predial y de ingeniería, en el marco de la audiencia los peritos aclararon:*

*“1. Que sus apreciaciones no son jurídicas;*

*“2. Que no han determinado que CABG haya incumplido la gestión predial a su cargo;*

*“3. Que el cambio de diseños, realizado por CABG, no son un error en términos prediales; que por tanto, los 72 mil millones de pesos del cuadro relacionado como predios por cambios de diseño, son una sumatoria de aquellos predios adquiridos después del otrosí 19 y comparados con el sistema de geo-referenciación con los diseños originales de CABG;*

*“4. Que en dicho ejercicio no se diferencia cuales son producto de los diseños originados en los diseños de los otrosis (sic) 4, 8, 18, 19, entre otros y el adicional 1, sino simplemente contesta la pregunta realizada;*

*“5. Que los errores prediales a los que se refiere su pericia, son aquellos originados en un oficio del interventor y cuyo valor asciende a $ 884.379.097 resultante de los avalúos, que dijeron, realizaron sobre dichos predios”[[75]](#footnote-75).*

**4.1.3.6. Apreciación de las pruebas por parte del Tribunal de Arbitramento**

El Tribunal de Arbitramento relacionó y valoró todas las actuaciones acerca del dictamen predial y de su contradicción y las declaraciones recibidas, incluyendo las presentadas por el ingeniero Jaime Durán Meléndez[[76]](#footnote-76). En sus consideraciones expuso el marco legal de las objeciones por error grave, se pronunció sobre cada uno de los supuestos errores imputados por la entidad convocada[[77]](#footnote-77) y los desestimó con fundamento en análisis detallados.

En igual forma el Tribunal de Arbitramento consideró y desestimó la experticia elaborada por el ingeniero Jaime Durán Meléndez, según se lee en el acápite correspondiente al estudio de la objeción grave por errores metodológicos en los supuestos de la comparación de valores del dictamen presentado por Cáceres & Ferro.

En efecto, después de transcribir los argumentos del informe del experto Durán Meléndez acerca de los errores en la indexación de los avalúos y en el valor asignado a los predios *“no adquiridos”*, el Tribunal de Arbitramento observó:

*“En relación con lo anterior lo primero que observa el tribunal es que en el experticio que se acompañó al escrito de objeciones no se incluyó ningún avalúo particular de los bienes que el perito predial realizó que permitiera concluir que los mismos son claramente errados. Lo que hace el experto es realizar un análisis matemático del conjunto de resultados del perito predial para concluir que los mismos muestran una gran dispersión y que no guarda relación con el comportamiento del IPC o de los valores comerciales de los predios (los que tampoco acredita). Así las cosas, de la prueba aportada no puede concluir el Tribunal que está acreditado el error grave”[[78]](#footnote-78).*

Por otra parte, de la lectura del laudo arbitral se advierte que el Tribunal de Arbitramento se apoyó en el contenido del dictamen pericial predial, de acuerdo con la tabla incorporada en el entregable físico, página 101 y siguientes del dictamen elaborado por Cáceres & Ferro.

El Tribunal de Arbitramento acogió el supuesto del dictamen acerca de que los avalúos prediales tenían vigencia de un año de acuerdo con el Decreto 1420 de julio 24 de 1998, y, como consecuencia, aceptó la metodología consistente en estimar vencido el avalúo que a la fecha de registro de la escritura pública de adquisición tuviese más de un año de haberse realizado, lo cual aplicó para los sub lotes relacionados en la ficha CABG-3-R-141, de conformidad con los siguientes datos:

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| *Fecha Avalúo* | *Valor Avalúo* | *Valor transacción* | *Fecha registro escritura* | *Fecha de vigencia del avalúo* |
| *1-may- 06* | *$1.214’510.318* | *$15.500’000.000* | *23 de mayo de 2011* | *01-may-07* |

En la página 139 del dictamen pericial, se aprecia que con base en el valor de avalúo estimado por Cáceres & Ferro en relación con la misma ficha CABG-3-R-141, los predios en cuestión se ubicaron dentro de la categoría de mayor valor de avalúo, teniendo en cuenta la siguiente estimación:[[79]](#footnote-79):

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| *Valor total del terreno* | *Valor de la construcción* | *Valor de las mejoras* | *Valor total del Avalúo (Cáceres & Ferro)* |
| *$766’305.708* | *$224’017.152* | *$406’038.564* | ***$1.396’361.424*** |

No corresponde ahondar ahora en las razones que tuvo el Tribunal de Arbitramento para identificar el riesgo compartido en materia de la gestión predial y asignar a la CABG la parte correspondiente a los procesos de escrituración de los predios adquiridos cuyos avalúos se dejaron vencer, ni tampoco se puede cuestionar en el escenario del recurso de anulación la estimación del daño emergente que se liquidó por ese concepto en la condena, toda vez que aparece soportada en las pruebas que se solicitaron y se practicaron sin que se haya identificado en ello la violación del debido proceso.

Se agrega a lo anterior que el Tribunal de Arbitramento no omitió la práctica de prueba alguna que hubiera variado el sentido del fallo y que se fundó en la prueba pericial y en su contradicción, además de sus análisis acerca de la asignación del riesgo predial en la adquisición de los predios, sin pretermitir la oportunidad o la actividad probatoria de la referida contradicción y que si no practicó el contrainterrogatorio se debió a la inasistencia del experto, la cual en todo caso no dejó inconcluso el aspecto que se invocó en el recurso de anulación, el cual estaba acreditado y fue expuesto a la valoración integral de la prueba por parte del Tribunal de Arbitramento.

Finalmente, la adopción de las reglas del Código General de Proceso para practicar el interrogatorio del experto, en este caso concreto, no configuró una alteración de la equidad entre las partes y no cercenó la información que debía ser considerada por el Tribunal de Arbitramento la cual fue objeto de valoración y por tanto, se concluye, la aplicación de una regla diferente a la que debió ser tenida en cuenta en la diligencia, no tuvo el impacto de configurar una vulneración del debido proceso.

Así las cosas, habrá de declararse infundado el cargo propuesto por la CABG.

**4.2. Segundo cargo. Causal 7 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998**

*“7. Contener la parte resolutiva del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento”.*

**4.2.1. Argumentos de la parte actora**

La parte actora concretó el segundo cargo con fundamento en el error aritmético que se habría cometido en el laudo arbitral en relación con la condena en costas y agencias en derecho que le fue impuesta en un porcentaje del 85 %.

**4.2.2. Contestación de la parte demandada**

La ANI afirmó que la convocante propuso en el recurso de anulación una diferencia conceptual con el contenido del laudo arbitral, en la forma como ha debido establecerse la distribución de las costas y que dejó de identificar yerro alguno en la operación aritmética que se adoptó en el laudo arbitral.

**4.2.3. Consideraciones de la Sala**

En relación con las costas y agencias en derecho, el laudo arbitral dispuso:

*“El Tribunal teniendo en cuenta la forma en que prosperaron la[s] pretensiones de parte y parte y los fundamentos de las mismas, de conformidad con los artículos 392 y 393 del Código de Procedimiento Civil y 365 y 366 del Código General del Proceso, determina que las proporciones en que las partes deberán concurrir al pago de las costas son las siguientes: ochenta y cinco por ciento (85%) a cargo de la parte convocante, y quince (15%) a cargo de la parte convocada.*

*“Para la determinación de las costas el Tribunal tendrá en cuenta que los gastos y honorarios de este Tribunal de Arbitramento fueron pagados por la parte convocante y convocada por mitades.*

*“****1. Honorarios de los Árbitros y la secretaria y Gastos del Tribunal***

*“(…).*

*“****2. Honorarios y Gastos de los Peritos***

*“(…).*

*“****3. Agencias en derecho***

*“****85% A CARGO DE LA CABG.***

*“****Se concluye lo siguiente:***

*“****TOTAL DE COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO A CARGO DE LA CABG Y A FAVOR DE LA ANI 2.293’322.3042****”[[80]](#footnote-80).*

La suma citada coincide con la contenida en el punto cuadragésimo tercero de la parte resolutiva del laudo arbitral.

Los argumentos de la parte actora en el recurso de anulación no se refieren a un error en las cifras que el Tribunal de Arbitramento consideró como base de las costas y agencias en derecho, ni tampoco a una falla en la aplicación del porcentaje establecido para la distribución de las mismas.

En realidad lo que plantea la convocante es que la determinación de los porcentajes de distribución de costas y agencias en derecho debió obedecer a otros criterios, a su juicio, teniendo en cuenta el número de pretensiones y la relación con el valor del juramento estimatorio que presentó cada una de las partes.

Por tanto, no se tipifica la causal de anulación de la resolutiva de costas y agencias en derecho en el laudo arbitral por errores aritméticos o disposiciones contradictorias.

**4.3.**  **Tercer cargo.** **Causal 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998**

*“8. Haberse* (sic) *recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido”.*

**4.3.1. Argumentos de la parte actora**

Según la parte actora, el laudo arbitral debe ser anulado por haber concedido más de lo pedido (laudo *extra petita*), por el hecho de haber incluido el monto total del Convenio Interadministrativo como base del cálculo de la suma correspondiente al incumplimiento de la gestión predial, en lugar del valor de las franjas de terreno que fueron objeto de la adquisición.

**4.3.2. Contestación de la parte demandada**

La ANI afirmó que el cargo no debe prosperar toda vez que esa condena correspondió a lo que se estaba pidiendo en la pretensión sexta de la demanda de reconvención y a lo que resultó probado, según hizo constar con base en las consideraciones expuestas en el laudo arbitral.

La ANI puntualizó que en el cálculo correspondiente al incumplimiento de la obligación de financiar los recursos sí se excluyó el monto referido a la transacción celebrada con el Ministerio de Defensa, de manera que se debe concluir que la suma objeto de esa condena, también, fue debidamente establecida de conformidad con lo que se estaba pidiendo.

**4.3.3. Consideraciones de la Sala**

La Sala considera que no se encuentra acreditado que se hubiese concedido más de lo pedido, toda vez que las pretensiones sexta, octava y novena de la demanda de reconvención fueron diferentes formal y materialmente y se resolvieron de la siguiente manera:

**i)** La pretensión sexta se refirió al “*incremento en el valor de los predios cuyo avalúo dejó vencer el concesionario”* resuelta en el numeral vigésimo segundo de la resolutiva[[81]](#footnote-81), con la condena fundada en la distribución del riesgo en materia predial, la cual se determinó en la forma que se ha expuesto en detalle al resolver el cargo 1, en razón del daño emergente establecido con fundamento en aquellos casos en que se dejó vencer el avalúo.

El daño emergente se estimó con base en la diferencia resultante entre el valor de adquisición y el de avalúo, monto que fue indexado hasta la fecha de la condena.

Esa condena se apoyó en los análisis sobre la distribución del riesgo predial en el contrato de concesión y las actividades que consecuentemente estuvieron a cargo de cada una de las partes, sobre lo cual se pueden extractar las siguientes consideraciones del Tribunal de Arbitramento:

*“****(i) El incremento en el valor de los predios cuyo avalúo haya dejado vencer el concesionario y sobre los cuales haya tenido que realizar nuevamente los avalúos y la gestión para su negociación, y (ii) el incremento en el valor de los predios cuyo avalúo haya dejado vencer el concesionario frente al precio final de compra****”.*

*“Si se revisa el dictamen predial se encuentra que en la página 101 del dictamen el perito relaciona 82 predios adquiridos con avalúo vencido que presentan diferente valor de adquisición.*

*“Como se puede apreciar, en este caso la demora en realizar la adquisición de los predios dio lugar a un mayor costo, lo que implicó un perjuicio para la entidad estatal concedente”[[82]](#footnote-82).*

**ii)** la pretensión octava se refirió al incumplimiento de la obligación de financiar los recursos para la adquisición de los lotes del trayecto 9.

La obligación contenida en la pretensión octava fue declarada como incumplida en el clausulado vigésimo quinto de la parte resolutiva[[83]](#footnote-83).

**iii)** la pretensión novena se refirió a la reclamación de intereses de mora por el incumplimiento en el fondeo sobre la suma de $14.700’000.000, la cual no incluyó el monto de $800’000.000, suma que se pactó como pago en especie.

En el caso de esta obligación el Tribunal de Arbitramento evidenció que la suma de $14.700’000.000 fue pagada por el INCO ante el incumplimiento de la CABG, de acuerdo con lo que analizó en acápite del laudo arbitral referido al Convenio de Cooperación Institucional, del cual se extracta lo siguiente:

*“Es claro para el Tribunal que de acuerdo con la cláusula 5 del Convenio de Colaboración Institucional, el INCO se obligó a pagar a Mindefensa las sumas pactadas en tal convenio por intermedio del Concesionario (…).*

*“Que el Concesionario no cumplió con su obligación de financiar la suma indicada anteriormente, además de que no se probó que la hubiere pagado, (…).*

*“Y que lo hizo el INCO se deduce en primer lugar de la escritura pública 832 (…) y en segundo lugar del texto del Acta No, 77 de la reunión del Comité Fiduciario (…)[[84]](#footnote-84).”*

Ahora bien, de conformidad con la parte resolutiva se reconocieron intereses de mora con base en la suma liquidada en el clausulado vigésimo segundo, pero solamente *“a partir de la fecha límite fijada en este laudo para pagar las condena y hasta la fecha de su pago total”[[85]](#footnote-85).*

Por otra parte, obra al folio 373 del laudo arbitral, el monto base de la condena en el caso de la variante de Melgar correspondió a la suma de $14.285’489.682 (sin incluir la indexación).

Como consecuencia, se acepta lo que observó la parte convocada en cuanto a que el cargo no debe prosperar toda vez que no se concedió más de lo pedido por concepto de intereses de mora, teniendo en cuenta que la cifra que se tuvo en cuenta para establecer la condena en el caso de los lotes de la variante de Melgar fue inferior a la suma de $14.700’000.000. Se agrega que solo se reconocieron intereses a partir de la fecha límite de pago del laudo arbitral.

En consecuencia, no prospera el cargo propuesto, toda vez que no se probó un fallo *extra petita.*

**4.4. Cuarto cargo. Causal 9 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998**

*“9. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”.*

**4.4.1. Fallo *citra petita***

**4.4.1.1. Argumentos de la parte actora**

La parte actora expuso que se violó el principio de congruencia, toda vez que el laudo arbitral omitió pronunciarse sobre las siguientes pretensiones de su demanda: 3, 4.1, 4.3, 5.1, 5.2, 5.3, 5.4, 5.5, 6.1, 6.3, 6.4, 8, 9, 13 y 14.

**4.4.1.2. Contestación de la parte demandada**

La ANI relacionó cada una de las pretensiones supuestamente ignoradas en el laudo arbitral e identificó las páginas del laudo arbitral en las cuales aparecen las consideraciones correspondientes dentro de la parte motiva de la referida decisión.

Expuso que todas las pretensiones reseñadas por la CABG fueron objeto de decisión toda vez que se refirieron a las diferencias acerca de la gestión predial, a las declarativas acerca de la interpretación del contrato, a las obligaciones de redes de servicios públicos, a la medición del índice de estado de la vía y al cumplimiento de las especificaciones técnicas del contrato de concesión, aspectos todos ellos comprendidos en las decisiones adoptada en el laudo arbitral.

**4.4.1.3. Consideraciones de la Sala**

Se observa que el laudo arbitral no siguió la metodología de pronunciarse, una a una, sobre cada pretensión. En algunas resolutivas citó la pretensión atendida y en otras englobó los conceptos materia de la declaración o condena, sin realizar una lista de las pretensiones resueltas en cada resolutiva.

Ello no significa que el Tribunal de Arbitramento hubiera faltado a la claridad debida en las decisiones, sino que estableció la fijación del asunto litigioso por temas. En cada uno de los temas el Tribunal siguió el siguiente orden de razonamiento: **i)** transcribió las pretensiones centrales del tema; **ii)** resumió la posición de cada una de las partes y **iii)** expuso las consideraciones y análisis para fundar la decisión.

Se agrega que el Tribunal de Arbitramento utilizó la fórmula general de negar *“las demás pretensiones”* de manera que las no resueltas fueron negadas, tal como lo advirtió el laudo arbitral, así:

*“****DÉCIMO OCTAVO****: Por las razones expuestas en la parte motiva se niegan las demás pretensiones de la demanda principal.*

*“(…).*

*“****TRIGÉSIMO SÉPTIMO****: Por las razones expuestas en la parte motiva se niegan las demás pretensiones de la demanda de reconvención”.*

A continuación se muestra un cuadro que relaciona las consideraciones pertinentes a cada una de las pretensiones, las cuales, entonces, resultaron atendidas en forma expresa o por la negativa residual.

|  |  |
| --- | --- |
| **Pretensiones - Temas.** | **Consideraciones para denegar** |
| 3 y 4.1. Determinar el riesgo en gestión predial a cargo del INCO y sus incumplimientos | Acápite C, gestión predial y esquema de riesgos, páginas 216 a 299. Se observa que la cláusula resolutiva 5.1. declaró el riesgo compartido. |
| 4.3. Declarar incumplimiento del INCO en pago de servicios públicos | Acápite K, esquema de redes en pago de servicios públicos. Se observa que la cláusula resolutiva 5.2 declaró el riesgo compartido. |
| 5, 5.1, 5.2 y 5.3. Cumplimiento gestión predial | Acápite D, incumplimiento de las obligaciones en materia de gestión predial, páginas 300 a 347, véase conclusión en la página 347. |
| 5.4. y 5.5 Exoneración de hitos de construcción y,  13. Abuso del derecho e indebida presión del INCO | Acápite 17, Modificación al programa de obra, páginas 683 a 704 |
| 6.1. Reconocimiento de circunstancias especiales | Acápite E, perjuicios por el incumplimiento de la gestión predial. Páginas 347 a 376 |
| 6.3. y 6.4. Declarar requerimientos indebidos en la medición del índice de estado de la vía | Acápite 7, definición de la medición del índice de estado de la vía, páginas 466 a 489 |
| 8 y 9. Pago de indexación tarifaria | Acápite 8, indexación de las tarifas, páginas 504 a 521 |
| 14. Constitución de garantías de estabilidad | Acápite 12, sobre las garantías del contrato, páginas 567 a 588. |

**4.4.2. Análisis de la violación al principio de congruencia en relación con el laudo de otro Tribunal de Arbitramento**

**4.4.2.1. Argumentos de la parte actora**

La parte actora invocó la violación al principio de la congruencia con relación a las consideraciones de otro Tribunal de Arbitramento (Tribunal de Arbitramento 2), integrado por los mismos árbitros, en el cual se conocieron otras controversias sobre el mismo contrato de concesión.

**4.4.2.2. Argumentos de la parte demandada**

La ANI estimó llamado a fracasar el cargo fundado en las supuestas diferencias entre los laudos proferidos por el Tribunal 1 y el Tribunal 2, toda vez que afirmó que no existe la figura del precedente judicial obligatorio en materia del Tribunal de Arbitramento, además de que los procesos arbitrales eran diferentes. Agregó que no es cierto que los laudos arbitrales se hubieran proferido con fundamento en consideraciones contradictorias.

**4.4.2.3. Consideraciones de la Sala**

Es importante observar que la congruencia del laudo arbitral, en el régimen del Decreto 1818 de 1998, se define con base en lo que establece, para la sentencia, el Código de Procedimiento Civil, es decir, que se exige la correspondencia de la decisión con relación a la controversia que se narra por las partes y a sus pretensiones y, también, la consistencia entre lo que se considera y se resuelve por el Tribunal de Arbitramento en el laudo arbitral, todo ello dentro del marco que fijan las demandas y el debate probatorio, en cada procedimiento arbitral.

En efecto, a falta de definición en el Decreto 1818 de 1998, se aplicó el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil:

*“Artículo 305.**Congruencias. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.*

*“No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta.*

*“Si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último.*

*“En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión, y cuando éste no proceda, antes de que entre el expediente al despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio”.*

No se puede erigir la falta de congruencia en relación con otro laudo arbitral como causal de anulación, teniendo en cuenta que las causales de este recurso son taxativas. Sin pasar por alto que existe un deber de coherencia profesional propio de univocidad de las reglas de interpretación de un mismo contrato por los mismos árbitros, el cual supone que el Tribunal de Arbitramento debe razonar sobre las diferencias de interpretación en el evento en que se presenten, lo cierto es que la ley no ha establecido que la diferencia en las consideraciones entre dos fallos arbitrales que se refieren a pretensiones diversas, se constituya en causal de anulación del laudo arbitral. También es importante anotar que el antecedente horizontal –entre dos Tribunales de Arbitramento o entre jueces de un mismo nivel o jerarquía- puede constituir un criterio de interpretación jurisprudencial, pero no necesariamente configura la existencia del precedente obligatorio[[86]](#footnote-86).

Sin desconocer que los Tribunales de Arbitramento fungen como autoridades judiciales para resolver las controversias sobre el contrato estatal y que en esa medida se hayan en el deber de respetar los precedentes judiciales cuando se cumplen los supuestos de su imperativa observancia, en el presente caso se entiende que pueden existir variantes entre las decisiones de acuerdo con el contenido y alcance de los debates arbitrales y que la carga de acatamiento se resuelve con base en el análisis de las motivaciones correspondientes[[87]](#footnote-87). Por ello, se observa que la parte actora presenta un cotejo de frases determinadas, que no permiten el análisis de la supuesta incongruencia.

Así las cosas, la Sala no acudirá a analizar las referencias que propuso la convocante como contradictorias entre los laudos arbitrales emanados del denominado Tribunal 1 y del Tribunal 2.

En conclusión, no se acepta el cargo correspondiente.

**5. Costas**

Teniendo en cuenta que ninguna de las causales invocadas por la parte actora prospera, se la condenará en costas, de conformidad con lo ordenado en el inciso tercero del artículo 165 del Decreto 1818 de 1998.

En este asunto no aparecen acreditados expensas o gastos que se hubieren efectuado con ocasión del recurso de anulación, razón por la cual sólo habrá lugar a la condena por concepto de agencias en derecho, estimadas para este evento dentro del marco del Acuerdo No. 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y de conformidad con la complejidad y la duración de la actuación que tuvo que desplegar la parte que resulta vencedora dentro del respectivo recurso.

Por lo anterior se fijan las agencias en derecho a cargo de la parte actora, la cual en este caso presentó el recurso extraordinario de anulación que será denegado, en la suma equivalente a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de esta providencia.

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

##### F A L L A

**PRIMERO:** De acuerdo con lo expuesto en la parte inicial de esta providencia, se acepta el impedimento presentado por el Consejero Hernán Andrade Rincón.

**SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADO** el recurso de anulación propuesto por la sociedad denominada CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. contra el laudo arbitral proferido el 13 de enero de 2016, por el Tribunal de Arbitramento constituido con el fin de dirimir las controversias originadas entre la referida sociedad y el INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES - INCO (hoy AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI).

**TERCERO: CONDENAR** en costas a la sociedad denominada CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. y, por consiguiente, a pagar a favor de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI la suma equivalente a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la ejecutoria de esta providencia.

**CUARTO:** En firme la providencia, se ordenadevolver el expediente al Tribunal de Arbitramento por conducto de la Secretaría.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. Causal similar se encuentra prevista en el numeral 3 del artículo 141 del Código General del Proceso, invocado a su vez como norma aplicable para los impedimentos y recusaciones de los Magistrados que conozcan del recurso extraordinario de anulación, para los asuntos que se rigen por el artículo 18 de la Ley 1563 de 2012. [↑](#footnote-ref-1)
2. En adelante se denominará CABG, el concesionario, la convocante o la parte actora. [↑](#footnote-ref-2)
3. Teniendo en cuenta la extensión de la parte resolutiva del laudo arbitral, no se transcribe y, en su lugar, se hace referencia a las decisiones relacionadas con el contenido del recurso de anulación. [↑](#footnote-ref-3)
4. En adelante se podrá denominar ANI o la convocada. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folios 71 a 82, cuaderno 16. [↑](#footnote-ref-5)
6. Tercera principal. [↑](#footnote-ref-6)
7. Cuarta principal. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folios 71 a 82, cuaderno 16. [↑](#footnote-ref-8)
9. Audiencia de 21 de enero de 2016, folios 821 a 823, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folios 863 a 865, cuaderno principal 2. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folios 881 a 889, cuaderno principal 2. [↑](#footnote-ref-11)
12. Folio 863 a 865, cuaderno principal 2. [↑](#footnote-ref-12)
13. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, radicación5000233600020120039501 (49299), auto de 25 de junio de 2014, magistrado ponente: Enrique Gil, **actor**: Café Salud Entidad Promotora de Salud S.A., demandado: Nación-Ministerio de Salud y de la Protección Social, referencia: recurso de queja. [↑](#footnote-ref-13)
14. “Modifíquese el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, el cual quedará así:

    *"Artículo 40. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Sin embargo, los recursos interpuestos,* ***la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas,*** *los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo,* ***se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones.*** *“La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad"* (Negrillas fuera del texto original). [↑](#footnote-ref-14)
15. Sentencia C - 229 proferida el 21 de abril de 2015, referencia: expediente D-10528, asunto: Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 200 (parcial) de la Ley 1450 de 2011 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014”, Actor: Mary González de Guevara, Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo*. “****RESUELVE: INHIBIRSE*** *de emitir pronunciamiento de fondo por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia”.* [↑](#footnote-ref-15)
16. Ley 446 de 1998. “*Artículo164.**Vigencia en materia contencioso administrativa. En los procesos iniciados ante la jurisdicción contencioso administrativa, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso, y las notificaciones y citaciones que se estén surtiendo, se regirán por la ley vigente cuando se interpuso el recurso, se decretaron las pruebas, empezó a correr el término, se promovió el incidente o principió a surtirse la notificación”.* [↑](#footnote-ref-16)
17. *C.P.A.C.A. “Artículo**308. Régimen de transición y vigencia****.****El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012. // “Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.*

    *“Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior”.* [↑](#footnote-ref-17)
18. *“Como se observa se trata de eventos excepcionales y taxativos en los que una norma procesal, a pesar de haber perdido su vigencia, puede continuar aplicándose de manera transitoria, que están destinados a permitir un armónico empalme de las legislaciones procesales entrante y saliente, pero que determinan que una vez cumplidos los pasos señalados, prosigue la actuación sobre la base del nuevo estatuto procesal, lo que permite aseverar que los procesos iniciados por un código de procedimiento derogado terminarán sobre las bases de la nueva legislación, que es el alcance de esta modalidad de ultractividad relativa. // Empero, la sana regla mencionada, felizmente aplicada en los últimos ciento veinticinco años, infortunadamente ha sido objeto de desconocimiento por recientes estatutos procedimentales consagrados en leyes que se apartan de lo en ella previsto y optan por la ultractividad absoluta* (…)”. LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, Instituciones del Derecho Procesal Civil Colombiano, DUPRE Editores, Undécima Edición, Bogotá 2012, página 70. [↑](#footnote-ref-18)
19. *C.G.P. “Artículo 4°. Igualdad de las partes.**El juez debe hacer uso de los poderes que este código le otorga para lograr la igualdad real de las partes”.* [↑](#footnote-ref-19)
20. *C.G.P.” Artículo 14. Debido proceso.**El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones previstas en este código. Es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso”* [↑](#footnote-ref-20)
21. El Código de Procedimiento Civil, contenía una disposición similar, en la medida que se refirió en forma concreta a **la práctica** de la prueba decretada :

    *C.P.C. “Artículo 699. Vigencia. (…) En los procesos iniciados antes, los recursos interpuestos,* ***la práctica de las pruebas decretadas****, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo,* ***se regirán por las leyes vigentes cuando*** *se interpuso el recurso,* ***se decretaron las pruebas****, empezó a correr el término, se promovió el incidente o principió a surtirse la notificación”.* [↑](#footnote-ref-21)
22. C.G.P. “Artículo 164. *Necesidad de la prueba***.** Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho”. [↑](#footnote-ref-22)
23. *C.G.P. “Artículo 42. Deberes del juez. Son deberes del juez:*

    *“(…).*

    *“5. Adoptar las medidas autorizadas en este código para sanear los vicios de procedimiento o precaverlos, integrar el litisconsorcio necesario e interpretar la demanda de manera que permita decidir el fondo del asunto. Esta interpretación debe respetar el derecho de contradicción y el principio de congruencia”.* [↑](#footnote-ref-23)
24. *Decreto 1818 de 1998. “*Artículo  153.*Práctica de pruebas en el arbitraje. Para la práctica de pruebas, además de las disposiciones generales contenidas en el Código de Procedimiento Civil, se dará aplicación a las reglas contenidas en los artículos 11, 12, 13 y 14 de la presente ley, y 21 y 23 del Decreto 2651 de 1991. (Artículo 125 Ley 446 de 1998*).

    En similar sentido, dispuso la Ley 1563 de 2012:

    **“***Artículo 31. Audiencias y pruebas. (…). El tribunal y las partes tendrán, respecto de las pruebas, las mismas facultades y deberes previstos en el Código de Procedimiento Civil y las normas que lo modifiquen o complementen. (…).* [↑](#footnote-ref-24)
25. El cual ya existía parcialmente en el denominado procedimiento verbal que se adelantaba a través de audiencias, aunque bajo un sistema mixto, toda vez que se vertían a papel las diligencias ocurridas en la audiencia. [↑](#footnote-ref-25)
26. *Ley 1395 de 2010. Artículo**116. Experticios aportados por las partes.  La parte que pretenda valerse de un experticio podrá aportarlo en cualquiera de las oportunidades para pedir pruebas. El experticio deberá aportarse acompañado de los documentos que acrediten la idoneidad y la experiencia del perito y con la información que facilite su localización. (…).* [↑](#footnote-ref-26)
27. “Artículo 432 C.P.C. (modificado por el artículo 25 de la Ley 1395 de 2010) *Trámite de la audiencia.*  [↑](#footnote-ref-27)
28. *Articulo 432 C.P.C. Texto anterior a la Ley 1395 de 2010 “(…).c) Rendido el dictamen, se dará traslado en la misma audiencia a las partes; éstas podrán solicitar aclaraciones que se resolverán inmediatamente si fuere posible, o en la audiencia de que trata el inciso siguiente. Si las partes manifiestan que objetan el dictamen por error grave, dentro de los tres días siguientes deberán fundamentar la objeción mediante escrito en que solicitarán las pruebas que pretendan hacer valer, y se procederá como disponen los numerales 5º a 7º del artículo 238”*. [↑](#footnote-ref-28)
29. Bermúdez Muñoz Martín, Del Dictamen Judicial al Dictamen de Parte, Editorial Legis, segunda edición, Bogotá, páginas 6 a 9. [↑](#footnote-ref-29)
30. Sentencia C-124/11, Expediente D-8217, Magistrado Ponente. Luis Ernesto Vargas Silva.

    *“Declarar****EXEQUIBLE*** *la expresión ‘En ningún caso habrá lugar a objeción del dictamen’ contenida en el literal a. del numeral segundo del artículo 432 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 25 de la Ley 1395 de 2010 “por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial”.* [↑](#footnote-ref-30)
31. No aplicable en este proceso, toda vez que la Ley 1563 de 2012 entró a regir para los arbitramentos iniciados con posterioridad a su entrada en vigencia y en el sub lite la demanda arbitral se presentó el 22 de octubre de 2010. [↑](#footnote-ref-31)
32. Ley 1563 de 2012. “*Artículo 99. Nombramiento de peritos por el tribunal arbitral. Salvo acuerdo en contrario de las partes:*

    *“1. El tribunal arbitral podrá nombrar uno o más peritos, caso en el cual podrá disponer que una de las partes o ambas suministren al perito la información pertinente o le presenten para su inspección documentos, mercancías u otros bienes, o le proporcionen acceso a ellos.*

    *“2.* ***Cuando una de ellas lo solicite o cuando el tribunal arbitral lo considere necesario****, el perito o los peritos, después de la presentación de sus dictámenes escritos u orales,* ***deberán participar en una audiencia en la que las partes tendrán oportunidad de interrogarlos*** *y de presentar peritos para que opinen sobre los puntos controvertidos”. (La negrilla no es del texto).* [↑](#footnote-ref-32)
33. **Proyecto de Ley 196 de 2011, Cámara de Representantes, exposición de motivos de fecha 29 de marzo de 2011,** presentada por el Ministro del Interior y de Justicia. [↑](#footnote-ref-33)
34. “*Artículo 48 C.G.P. Designación Para la designación de los auxiliares de la justicia se observarán las siguientes reglas:* (…)“*2. Para la designación de los peritos, las partes y el juez acudirán a instituciones especializadas, públicas o privadas, o a profesionales de reconocida trayectoria e idoneidad. El director o representante legal de la respectiva institución designará la persona o personas que deben rendir el dictamen, quien, en caso de ser citado, deberá acudir a la audiencia”.* [↑](#footnote-ref-34)
35. Decreto 1818 de 1998. *“Artículo**155. En todo proceso las partes de común acuerdo pueden, antes de que se dicte sentencia de primera o única instancia o laudo arbitral, realizar los siguientes actos probatorios:*

    *1. Presentar informes científicos, técnicos o artísticos, emitidos por cualquier persona natural o jurídica, sobre la totalidad o parte de los puntos objeto de dictamen pericial; en este caso, el Juez ordenará agregarlo al expediente y se prescindirá total o parcialmente del dictamen pericial en la forma que soliciten las partes al presentarlo”.* [↑](#footnote-ref-35)
36. *CGP* ***“****Artículo 226. Procedencia****.*** *La prueba pericial es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos.*

    *Sobre un mismo hecho o materia cada sujeto procesal solo podrá presentar un dictamen pericial. Todo dictamen se rendirá por un perito. (…)”.* [↑](#footnote-ref-36)
37. C.G.P. “*Artículo 221 Práctica del interrogatorio*. (…). *4. A continuación del juez podrá interrogar quien solicitó la prueba y contrainterrogar la parte contraria. En el mismo orden, las partes tendrán derecho por una sola vez, si lo consideran necesario, a interrogar nuevamente al testigo, con fines de aclaración y refutación. El juez podrá interrogar en cualquier momento”*. [↑](#footnote-ref-37)
38. En la misma forma que lo establece la Ley 1563 de 2012. [↑](#footnote-ref-38)
39. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia de 28 de enero de 2009, radicación: 110010326000200700046 01 (34.239), actor: Instituto Nacional de Concesiones INCO, demandado: Concesionaria Vial de los Andes S.A. COVIANDES, referencia: recurso de anulación de laudo arbitral. [↑](#footnote-ref-39)
40. Cita original de la sentencia: *“*Sentencia de 8 de junio de 2000, Exp. 16.973, C.P. Alier Hernández Enríquez; Sentencia de 25 de noviembre de 2004, Exp. 25560, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.” Cita original del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de junio 8 de 2006, expediente 29.476, C. P. Ruth Stella Correa Palacio”. [↑](#footnote-ref-40)
41. Cita original de la sentencia*: “Sentencia de 19 de junio de 2000. Exp. 16724, C.P. Ricardo Hoyos Duque; y Sentencia de 14 de junio de 2001, Exp. 19334, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.* *Cita original del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de junio 8 de 2006, expediente 29.476, C. P. Ruth Stella Correa Palacio*”. [↑](#footnote-ref-41)
42. Ley 1563 de 2012.  “Artículo 107 *La anulación como único recurso judicial contra un laudo arbitral. Contra el laudo arbitral solamente procederá el recurso de anulación por las causales taxativamente establecidas en esta sección. En consecuencia, la autoridad judicial no se pronunciará sobre el fondo de la controversia ni calificará los criterios, valoraciones probatorias, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral”.* [↑](#footnote-ref-42)
43. Folios 11 y 12 del recurso de anulación. [↑](#footnote-ref-43)
44. Página 13, recurso de anulación. [↑](#footnote-ref-44)
45. Acta 27, folios 354 a 358, cuaderno principal 8. [↑](#footnote-ref-45)
46. Folios 415 a 417, Cuaderno de pruebas 8- [↑](#footnote-ref-46)
47. Folios 413 y 414, cuaderno de pruebas 98. [↑](#footnote-ref-47)
48. En adelante Cáceres & Ferro o el perito predial. [↑](#footnote-ref-48)
49. Folio 470. Cuaderno 98. [↑](#footnote-ref-49)
50. Cuaderno de Pruebas 8, anexo 1, contestación de la demanda de reconvención. [↑](#footnote-ref-50)
51. Cuaderno de pruebas 8, anexo 1, Contestación de la demanda de reconvención. [↑](#footnote-ref-51)
52. Folio 2, cuaderno 8. [↑](#footnote-ref-52)
53. Folio 14 vuelto, cuaderno 8. [↑](#footnote-ref-53)
54. Folios 57 a 59 cuaderno 8. [↑](#footnote-ref-54)
55. Folio 373 del laudo arbitral. [↑](#footnote-ref-55)
56. En la tabla incorporada en el laudo arbitral como base de la liquidación de la condena en materia de riesgo predial por avalúos vencidos, se observa que la diferencia entre el precio de adquisición y el monto del avalúo, se fundó en la pruebas allegadas al plenario, puesto que el valor liquidado para la condena por gestión predial en el caso del inmueble distinguido con la ficha CABG-3-R-141, ascendió a la suma de $14.285’489.682 ($15.500’000.000 - $1.214’510.318). Con base en la misma tabla de cálculo se puntualiza que el valor liquidado por concepto de predios adquiridos con avalúos vencidos, ascendió a la suma total $19.846’491.384, incluyendo los otros inmuebles ubicados en la misma categoría según la relación contenida en el mismo cuadro, cifra que debidamente actualizada soportó la condena por valor de $22.750’.576.634, de acuerdo con lo que se lee en el laudo arbitral. [↑](#footnote-ref-56)
57. Folios 416 a 458, cuaderno de pruebas 17. [↑](#footnote-ref-57)
58. Folios 194 a 241, cuaderno de pruebas 119. [↑](#footnote-ref-58)
59. Folio 455 a 482, cuaderno 15. [↑](#footnote-ref-59)
60. Folios 339 a 450, cuaderno15. [↑](#footnote-ref-60)
61. Folio 482, cuaderno 15. [↑](#footnote-ref-61)
62. Folios 484 a 491, cuaderno 15 [↑](#footnote-ref-62)
63. Folios 516 a 533, cuaderno 15. [↑](#footnote-ref-63)
64. Folio 519, cuaderno 15. [↑](#footnote-ref-64)
65. Folio 529, cuaderno 15. [↑](#footnote-ref-65)
66. Folios 16 a 72, cuaderno 120. [↑](#footnote-ref-66)
67. *“****TERCERO****: Declarar no fundadas las objeciones por error grave presentadas por la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. contra el dictamen pericial técnico”.* [↑](#footnote-ref-67)
68. Folio 532, cuaderno 15. [↑](#footnote-ref-68)
69. *"Artículo 40. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.*

    *“Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones.*

    *“La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad".* [↑](#footnote-ref-69)
70. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, radicación5000233600020120039501 (49299), auto de 25 de junio de 204, magistrado ponente: Enrique Gil,actor: Café Salud Entidad Promotora de Salud S.A., demandado: Nación-Ministerio de Salud y de la Protección Social, referencia: recurso de queja. [↑](#footnote-ref-70)
71. “*Artículo 11 C.G.P. Interpretación de las normas procesales****.*** *Al interpretar la ley procesal el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente código deberán aclararse mediante la aplicación de los principios constitucionales y generales del derecho procesal garantizando en todo caso el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad de las partes y los demás derechos constitucionales fundamentales. El juez se abstendrá de exigir y de cumplir formalidades innecesarias”.* [↑](#footnote-ref-71)
72. Folio 671, cuaderno 15. [↑](#footnote-ref-72)
73. Folio 356, cuaderno 119. [↑](#footnote-ref-73)
74. Folio 364, cuaderno 119. [↑](#footnote-ref-74)
75. Folio 144. Cuaderno principal 16. [↑](#footnote-ref-75)
76. Página 26, laudo arbitral. [↑](#footnote-ref-76)
77. Páginas 87 a 92 y 192 a 195, laudo arbitral. [↑](#footnote-ref-77)
78. Folios 198 a 199, laudo arbitral. [↑](#footnote-ref-78)
79. Tabla 7, avalúos predios adquiridos con avalúo vencido a diferente valor. [↑](#footnote-ref-79)
80. Páginas 759 a 761 del laudo arbitral, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-80)
81. “***VIGÉSIMO SEGUNDO****: Por las razones expuestas en la parte motiva en relación con la pretensión sexta principal, ordinales (i) y (ii), y la segunda subsidiaria de la sexta principal de la demanda de reconvención, se condena a la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. a pagar a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA (ANI) dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la ejecutoria de este laudo arbitral, la suma actualizada de VEINTIDÓS MIL SETESCIENTOS CINCUENTA MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS ($22.750’576.634), por concepto de incremento en el valor de los predios cuyo avalúo dejó vencer el concesionario”.* [↑](#footnote-ref-81)
82. Página 357, laudo arbitral. [↑](#footnote-ref-82)
83. *“****VIGÉSIMO QUINTO****: Por las razones expuestas en la parte motiva en relación con la pretensión octava de la demanda de reconvención, se declara que la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. incumplió su la obligación de financiar los recursos requeridos para pagar al Ministerio de Defensa Nacional el precio de los predios de su propiedad necesarios para la ejecución del contrato en el Trayecto 9”.* [↑](#footnote-ref-83)
84. Páginas 388 y 389 del laudo arbitral. [↑](#footnote-ref-84)
85. *“****TRIGÉSIMO SEXTO****: Por las razones expuestas en la parte motiva en relación con las pretensiones primera subsidiaria de la sexta principal, primera subsidiaria de la vigésima primera y primera subsidiaria de la vigésima novena, las condenas contenidas en los numerales* ***VIGESIMO SEGUNDO, VIGÉSIMO TERCERO, TRIGÉSIMO PRIMERO Y TRIGÉSIMO CUARTO*** *anteriores, causarán intereses de mora a la tasa prevista por la ley 80 de 1993, a partir de la fecha límite fijada en este Laudo para pagar las condenas y hasta la fecha de su pago total”.* [↑](#footnote-ref-85)
86. Corte Constitucional, sentencia C-621/15. **“***La Corte determinó que la doctrina probable y el precedente judicial, son dos vías distintas para darle fortaleza a la decisión judicial y con ello contribuir a la seguridad jurídica y al respeto por el principio de igualdad. Encontró que mientras la doctrina probable establece una regla de interpretación de las normas vigentes, que afecta la parte considerativa de la decisión judicial,  el precedente judicial establece reglas sobre la aplicación de las normas en casos precisos, afecta por lo tanto aquellos casos cuyos hechos se subsuman en la hipótesis y están dirigidos a la parte resolutiva de la decisión”.* [↑](#footnote-ref-86)
87. La Sección Cuarta del Consejo de Estado ha observado, en sede de tutela, lo siguiente:

    “*Debe tenerse en cuenta que las autoridades judiciales, en ejercicio de su autonomía, pueden apartarse del precedente judicial, incluso del propio, cuando consideran que el mismo no es aplicable en un caso particular y siempre que cumplan con dos requisitos: (i) exponer de forma explícita las razones y argumentos que le sirven de fundamento para adoptar tal determinación; y (ii) demostrar con suficiencia que la interpretación que se adopta comporta un mejor desarrollo de los derechos y principios constitucionales, frente a la interpretación”.**Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez, sentencia de 11 de mayo de 2016, radicación número: 11001-03-15-000-2016-00380-00(AC), actor: departamento de Santander y otro, demandado: Consejo de Estado, Sección Tercera.* [↑](#footnote-ref-87)