**PLAZOS - Días** - **Cómputo - Días hábiles**

En este punto es importante recordar el contenido del artículo 62 de la Ley 4 de 1913 que determina el cómputo de los plazos legales expresados en días: “En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario (…)”. A su vez, el artículo 118 del C.G.P. establece que, en los términos de días, no se toman en cuenta los de vacancia judicial “ni aquellos en los que por cualquier circunstancia permanezca cerrado el juzgado”.

**LAUDO ARBITRAL - Recurso extraordinario de anulación - Régimen aplicable**

La Ley 1563 del 12 julio de 2012 es el marco legal aplicable para la definición del recurso extraordinario de anulación en estudio, puesto que el proceso arbitral inició después de la expedición del referido estatuto, razón por la cual, el recurso extraordinario de impugnación será resuelto con fundamento en lo establecido en ese ordenamiento. Es del caso señalar que en providencia de unificación de jurisprudencia, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló que solo aquellas controversias dirimidas en sede arbitral, iniciadas antes de la vigencia de la Ley 1563 de 2012, es decir, en vigor del Decreto 1818 de 1998, continuarían rigiéndose por esta última normativa y, por consiguiente, a los recursos de anulación interpuestos contra laudos provenientes de esa clase de procesos, aunque fuesen formulados en vigencia del nuevo Estatuto de Arbitramento, no les resultaría aplicable la mencionada Ley 1563.

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

i) El recurso de anulación de laudos arbitrales es de carácter excepcional, restrictivo y extraordinario, sin que constituya una instancia más dentro del correspondiente proceso. ii) El recurso tiene como finalidad controvertir la decisión contenida en el laudo arbitral, en principio, por errores in procedendo, por lo cual a través de él no puede pretenderse atacar el laudo por cuestiones de mérito o de fondo, esto es, errores in iudicando. Ello significa que no le es dable al juez del laudo, examinar si el tribunal de arbitramento obró o no de acuerdo con el derecho sustancial, ni tampoco revivir un nuevo debate probatorio o entrar a considerar si hubo un yerro en la valoración de las pruebas o en las conclusiones a las cuales arribó el correspondiente tribunal, dado que el juez de la anulación no ha sido instituido como superior jerárquico o funcional del tribunal arbitral y, como consecuencia, no podrá intervenir en el juzgamiento del asunto de fondo, al punto de poder modificar las decisiones plasmadas en el laudo por el hecho de que no comparta sus criterios o razonamientos. iii) Excepcionalmente, el juez de la anulación podrá corregir o adicionar el laudo, pero solo en aquellos específicos eventos en que prospere la causal de anulación por incongruencia, por no haberse decidido la totalidad de los asuntos sometidos al conocimiento de los árbitros o por haberse pronunciado sobre aspectos que no estuvieron sujetos a la decisión de los mismos, así como por haberse concedido más de lo pedido, de conformidad con la causal de anulación prevista en el numeral 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. iv) Los poderes del juez del recurso de anulación están restringidos por el denominado “principio dispositivo”, por cuya virtud debe limitarse exclusivamente a resolver sobre lo solicitado por el recurrente en la formulación y sustentación de su respectivo recurso; el objeto que con dicho recurso se persigue se debe encuadrar dentro de las precisas causales que la ley consagra ; como consecuencia, en principio, no le es permitido al juez de la anulación interpretar lo expresado por el recurrente para entender o deducir causales no invocadas y, menos aún, para pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del correspondiente recurso de anulación. v) El recurso de anulación procede contra laudos arbitrales debidamente ejecutoriados, como excepción al principio de intangibilidad de las sentencias en firme; “tal excepcionalidad es pues, a la vez, fundamento y límite de los poderes del juez de la anulación, para enmarcar rígidamente el susodicho recurso extraordinario dentro del concepto de los eminentemente rogados”. vi) Dado el carácter restrictivo que identifica el recurso extraordinario de anulación, su procedencia se encuentra condicionada a que se determinen y sustenten, debidamente, las causales que se invocan en forma expresa y que a la vez deben tener correspondencia con aquellas causales que de manera taxativa consagra la ley para ese efecto; por tanto, el juez de la anulación, en principio, debe rechazar de plano el recurso cuando las causales que se invoquen o propongan no correspondan a alguna de las señaladas expresamente en la ley –artículo 41 de la Ley 1563 de 2012–.

**CLÁUSULA COMPROMISORIA - Jurisdicción - Renuncia**

En el análisis de las causales de anulación –y concretamente en la causal por fallo en conciencia– ha de tenerse presente que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución Política , al pactar la cláusula compromisoria, las partes del contrato estatal habilitan a los árbitros para resolver las eventuales controversias –previamente delimitadas y establecidas en el pacto arbitral– y, por ende, renuncian a someter tales conflictos al aparato jurisdiccional estatal, vale decir, se abstraen de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. De allí se desprende que la intervención de esta última jurisdicción, como juez de anulación, es restringida.

**LAUDO ARBITRAL - Recurso extraordinario de anulación - Fallo en conciencia - En equidad - Configuración**

En otros términos, la causal del fallo en conciencia o en equidad opera cuando el tribunal de arbitramento profiere el laudo apartándose del sistema jurídico, normativo o probatorio. (…) Esto se explica porque el fallo en conciencia se caracteriza por contener una decisión sustentada únicamente en la convicción íntima y personal del juez, de suerte que, cuando este funda su proveído en las pruebas, aún de manera parcial o equivocada, el fallo es en derecho.

**LAUDO ARBITRAL - Recurso extraordinario de anulación - Causal - Fallo en conciencia - Improcedencia - Eventos**

i) Cuando el tribunal de arbitramento se equivoca en la interpretación del derecho vigente. En este tipo de argumentos, el recurrente cuestiona la norma aplicada por el tribunal de arbitramento; acude a formular sus propias demostraciones acerca de cómo se interpreta la ley para el caso en cuestión y elabora las conclusiones a las que ha debido llegar el referido tribunal. ii) Cuando el tribunal arbitral funda el laudo en la equidad, como criterio auxiliar para llenar los vacíos legales. Al respecto, esta Corporación ha advertido que el criterio de la equidad es un elemento de interpretación que se puede emplear por la justicia arbitral, aun en el marco del arbitramento en derecho, sin que por ello sea procedente la anulación del laudo. iii) Cuando el tribunal de arbitramento interpreta de manera incorrecta el contrato sometido a la controversia. En estos casos, con fundamento en el propio ordenamiento –particularmente en el Código Civil- se ha precisado que las cláusulas pactadas constituyen derecho o ley para las partes, de suerte que, al interpretarse y aplicarse tales cláusulas a la solución del conflicto en el proceso arbitral, aun si tal ejercicio se realiza en un sentido diferente al que las partes le pretendieron dar, no es posible invocar la causal de fallo en conciencia para solicitar la anulación del laudo. iv) Por último, si las pruebas fueron apreciadas o valoradas en forma distinta a la que invocaron las partes. En efecto, la Sala reitera que el recurso de anulación no es una instancia para rebatir o cuestionar la valoración de las pruebas. Solo es posible invocar la causal de fallo en conciencia cuando es inexistente el sustento probatorio o cuando se desconoce en forma manifiesta e injustificada la prueba que sea indispensable para fallar, dado que la decisión debe fundarse en las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso. Por tanto, únicamente el laudo proferido “sin consideración a prueba alguna” ha sido aceptado como susceptible de cuestionamiento por fallo en conciencia, porque se entiende que en estos eventos la decisión está fundamentada única y exclusivamente en conciencia o en el fuero interno de los árbitros, desligado del sistema o del orden jurídico y normativo.

**LAUDO ARBITRAL - Recurso extraordinario de anulación - Causal - Fallo extra petita - Principio de congruencia**

Como un desarrollo del principio procesal de congruencia –que dicta que la sentencia debe guardar consonancia con los hechos y pretensiones de la demanda, así como con las excepciones que aparezcan probadas de conformidad con la ley-, el ordenamiento prevé la prohibición de proferir condena contra el demandado por causa diferente a la invocada en la demanda –fallo extra petita-, en cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en ella –sentencia ultra petita-, o dejar de resolver cuestiones sometidas a la decisión judicial o arbitral –fallo citra o infra petita-. Tales reglas se encuentran contenidas en el artículo 281 del Código General del Proceso, normativa que, adicionalmente, advierte que “si lo pretendido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último”, lo cual cierra el camino a la posibilidad de que la condena impuesta en el fallo de mérito pueda sobrepasar las cantidades solicitadas en el libelo.

Así las cosas, en atención al principio de congruencia, el juez está obligado a observar los límites definidos por las partes en las pretensiones y excepciones –en el marco de la ley y dejando a salvo los supuestos en que esté autorizado para resolver de oficio-, lo cual resulta de tal importancia en el adecuado ejercicio de la actividad jurisdiccional, que su inobservancia es sancionada por la ley procesal como un vicio que afecta la validez de la decisión, ya que el principio de congruencia también se encuentra íntimamente ligado al debido proceso.

**LAUDO ARBITRAL - Juramento estimatorio - Límite - Fallo**

Tal figura se encuentra prevista en el artículo 206 del Código General del Proceso, norma que le impone al demandante que solicita el reconocimiento de indemnización, compensación o pago de frutos o mejoras, estimar razonadamente su pretensión bajo juramento, con discriminación de cada concepto. La misma disposición establece que el juramento estimatorio hace prueba del monto de la pretensión, mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo.

**JURAMENTO ESTIMATORIO - Controversia**

Así entonces, el juramento estimatorio constituye un medio de prueba que, como tal, solo puede desvirtuarse mediante la objeción que especifique el rubro o los rubros que se consideran equivocados o mal estimados. Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que, al establecerse en el artículo 206 del CGP un procedimiento para la aplicación y objeción del juramento estimatorio, “se garantiza el derecho de defensa y el debido proceso”. De la norma comentada también se desprende que el juramento estimatorio constituye, como igualmente se observó con anterioridad, un límite que no puede ser sobrepasado por el juez en el momento de resolver sobre la cuantía de la pretensión correspondiente. […]En esa medida, cuando una entidad estatal suscribe un pacto arbitral, se somete junto con su contraparte a las reglas establecidas en la Ley 1563 de 2012 y a las pautas procesales allí fijadas, incluidas las que establecen la aplicación de las reglas del CGP, en particular el juramento estimatorio, aunque no puede dejarse de lado que, en esta específica materia, la parte contraria a la que lo formula puede objetarlo e incluso desvirtuarlo con los mecanismos probatorios previstos en el ordenamiento[…].

**JURAMENTO ESTIMATORIO - Principio de congruencia - Posición doctrinal**

Ahora bien, sobre la relación existente entre el juramento estimatorio y el principio de congruencia, un sector de la doctrina ha considerado que lo pretendido por el legislador al establecer dicha institución, es que la cuantía de la prestación reclamada se determine desde la presentación de la demanda, aun al margen de que las pretensiones de la parte actora se encaminen a que se condene “a la suma que resulte probada en el proceso”, lo cual no prevalece sobre la estimación juramentada, ya que el inciso 5 del artículo 206 del C.G.P. señala que son “ineficaces las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento”.

**JURAMENTO ESTIMATORIO -** **Laudo arbitral - Aplicación**

Por otro lado, en cuanto a la aplicación del juramento estimatorio en el proceso arbitral, de conformidad con el artículo 12 de la Ley 1563 de 2012, la demanda respectiva debe reunir los requisitos exigidos en el estatuto procesal civil, hoy contenido en el Código General del Proceso , cuyo artículo 82, a su vez, establece como uno de los requisitos de la demanda la presentación del juramento estimatorio “cuando sea necesario” (numeral 7), vale decir, cuando se “pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras”, como lo impone el artículo 206 del CGP.(…) Así las cosas en todo proceso arbitral en que se pretenda la indemnización de perjuicios, tiene aplicabilidad el juramento estimatorio, por ser este un requisito establecido en la Ley 1563 de 2012, por vía de remisión al Código General del Proceso, que el estatuto de arbitraje estableció sin excluir los asuntos en que sea parte el Estado.

**LAUDO ARBITRAL – Fallo ultra petita - Corrección**

Con base en lo hasta aquí señalado, se concluye que prospera la causal de anulación de “fallo ultra petita respecto de la revisión de precios”, invocada por Metro Cali S.A., hoy recurrente. Por consiguiente, en los términos del artículo 43 de la Ley 1563 de 2012, se corregirá el numeral 15.2 de la parte resolutiva del laudo arbitral impugnado, en el sentido de fijar como monto de la condena allí impuesta, únicamente el que se señaló en el numeral 5.6.4 del juramento estimatorio de lademanda principal, debidamente actualizado.

**LAUDO ARBITRAL - Recurso extraordinario de anulación - Error in procedendo**

Ahora, a la luz de todo lo anterior, para la Sala es del caso recalcar que, cuando el juez del recurso de anulación concluye que no se configuró la causal invocada por el impugnante, no está manifestando que se encuentra de acuerdo con la decisión de fondo adoptada en el laudo: únicamente está señalando que el error in procedendo acusado en el recurso no se cometió en la providencia reprochada, razonamiento este para el cual el juez no necesita –ni debe- adentrarse en el fondo del debate ni esbozar consideraciones sobre la forma como debió interpretarse y aplicarse la ley sustancial.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN**

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

**Radicación número: 11001-03-26-000-2018-00138-00(62203)**

**Actor: CONSORCIO CC.**

**Demandado: METRO CALI S.A.**

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

Temas: RECURSO DE ANULACIÓN – características generales y naturaleza / CAUSALDE LAUDO EN CONCIENCIA – no sirve para cuestionar la valoración probatoria o la hermenéutica normativa del tribunal / FALLO ULTRA PETITA – Se configura cuando sobrepasa el juramento estimatorio / COSTAS – No se causaron por no concurrir los supuestos del artículo 43 de la Ley 1563 de 2012, ya que el recurso prosperó parcialmente.

La Sala decide el recurso de anulación interpuesto por la parte convocada contra el laudo proferido el 7 de junio de 2018 por el Tribunal Arbitral constituido para resolver las diferencias surgidas entre el Consorcio CC –en adelante la parte convocante– y la empresa Metro Cali S.A. –en adelante la parte convocada– y en el que se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

**SÍNTESIS DEL CASO**

En virtud del contrato de obra pública N° 5.4.7.08.09 del 21 de diciembre de 2009, el consorcio CC se obligó para con la empresa estatal Metro Cali S.A. a adelantar la *“revisión y ajuste de los estudios y diseños y construcción del corredor Centro Troncal Aguablanca y obras complementarias del Sistema Integrado de Transporte Masivo de Pasajeros de Santiago de Cali”*. El valor del contrato fue pactado en la suma de $129.944’328.752,01 y su plazo inicial sería de 19 meses.

Durante la ejecución del objeto contractual, en varias oportunidades se evidenció la necesidad de pactar obras no previstas en el clausulado inicial, por diferentes causas. Ello conllevó a que las partes llegaran a celebrar 24 actas de modificación del contrato –algunas de las cuales incluyeron acuerdos de adición y prórroga-, así como a suscribir tres contratos adicionales.

Merced a lo anterior, el contrato de obra N° 5.4.7.08.09 de 2009 terminó ejecutándose en un período de 55 meses y, si bien, en las actas y contratos adicionales en los que se acordó incrementar el valor del negocio jurídico se incluyeron los costos de las obras y el componente de AIU, el consorcio CC instauró demanda arbitral contra la entidad estatal contratante, por considerar que hubo ruptura del equilibrio financiero del contrato, no reconocida en ninguno de tales acuerdos de voluntades y causada por varios factores, a saber: mayor permanencia en la obra, *“menor productividad”,* falta de reajuste de precios del contrato (teniendo en cuenta especialmente el tiempo que abarcó su prolongación) y sobrecostos financieros.

De igual manera, el consorcio CC, hoy convocante, señaló en la demanda que Metro Cali S.A. había incumplido parcialmente sus obligaciones contractuales, entre otras razones, por no entregar oportunamente una parte de los diseños que estaban a su cargo y por no pagar algunas de las obras ejecutadas por el contratista y recibidas tanto por el interventor como por la misma entidad.

Durante el proceso arbitral, Metro Cali S.A. interpuso contra la convocante demanda de reconvención, cuyas pretensiones se encaminaron a declarar el incumplimiento contractual del consorcio CC y a que se restituyeran a favor de la entidad los dineros pagados al contratista, los cuales, según la demandante en reconvención, debían devolverse por no haberse ejecutado la totalidad de las obras y por algunas inconsistencias constructivas detectadas en los trabajos entregados.

La controversia fue resuelta por el tribunal arbitral en el laudo de fecha 7 de junio de 2018, el cual es objeto del presente recurso extraordinario de anulación.

**I. ANTECEDENTES**

**1. El proceso arbitral**

**1.1. El pacto arbitral**

El 21 de diciembre de 2009, la empresa industrial y comercial del Estado Metro Cali S.A. celebró con el consorcio CC[[1]](#footnote-1) el contrato de obra N° 5.4.7.08.09 de 2009, cuyo objeto consistió en la revisión y ajuste de los estudios y diseños del corredor Centro Troncal Aguablanca del Sistema Integrado de Transporte Masivo de Pasajeros de Santiago de Cali, así como la construcción del mismo y sus obras complementarias. En lo relativo a la solución de controversias, las partes pactaron en la Sección VI, cláusula 25.3, inciso sexto, lo siguiente (fl. 58, c.4):

*Cualquier disputa, controversia o reclamo, diferente de las de carácter técnico, derivada de este contrato, será resuelta mediante un Tribunal de Arbitramento, el cual se regirá por las siguientes reglas: 1) el Tribunal estará integrado por tres (3) árbitros que serán designados de común acuerdo por las partes. A falta de este acuerdo, la designación de los árbitros la efectuará el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali; 2) el fallo será en derecho (…).*

**1.2. La demanda y su reforma**

Mediante escrito del 29 de febrero de 2016, el Consorcio CC, por intermedio de apoderada judicial, presentó demanda arbitral de carácter contractual contra la sociedad Metro Cali S.A., con el fin de que se acogieran las siguientes pretensiones:

*4.1. PRETENSIONES DECLARATIVAS*

*PRIMERA.- Que se declare que Metrocali S.A. incumplió el Contrato de Obra 5.4.7.08.09 de 2009, suscrito con el Consorcio CC, el 21 de diciembre de 2009 (…).*

*PRETENSIÓN PRIMERA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN PRIMERA PRINCIPAL.- Que se declare que en la ejecución del contrato de obra 5.4.7.08.09 de 2009, suscrito con el Consorcio CC el 21 de diciembre de 2009 (…), ocurrieron hechos imprevistos que rompieron la ecuación económica del contrato en contra del contratista CONSORCIO CC.*

*SEGUNDA.- Que se declare que el consorcio CC cumplió íntegramente el Contrato de Obra 5.4.7.08.09 de 2009 (…).*

*TERCERA.- Que se declare que durante la ejecución del contrato (…), el Consorcio CC incurrió en sobrecostos y perjuicios, sin causa o hecho que le fuera imputable, por los siguientes conceptos y actividades, según se pruebe en el presente proceso, sin que su enunciación implique renuncia alguna a perjuicios adicionales que puedan ser objeto de prueba en este proceso:*

* *Mayor permanencia.*
* *Menor productividad.*
* *Obras ejecutadas y no pagadas.*
* *Falta de reajustes del contrato.*
* *Sobrecostos financieros.*

*CUARTA.- Que se declare que Metrocali S.A. deberá reconocer y pagar al Consorcio CC (…) la totalidad de los sobrecostos y perjuicios de toda índole en que haya incurrido en virtud del incumplimiento de Metrocali S.A. y/o de la ocurrencia de hechos que en cualquier caso no son atribuibles a causa o hecho del consorcio contratista, del contrato de obra N° 5.4.7.08.09 de 2009 y sus otrosíes, según sea probado en este proceso.*

*QUINTA.- Que se declare que la cláusula 44(H), consignada en las condiciones generales del contrato y modificada en las condiciones especiales (…), es ineficaz de pleno derecho por contravenir las disposiciones del artículo 24, numeral 5 de la Ley 80 de 1993, en punto a la exoneración de responsabilidad de Metrocali S.A. por las demoras causadas por autoridades y empresas de servicios públicos de manera ilimitada y por fuera del ámbito de control del Consorcio CC.*

*PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN QUINTA PRINCIPAL.- Que se declare que la cláusula 44(H), consignada en las condiciones generales del contrato y modificada en las condiciones especiales (…), es nula por contravenir las disposiciones del artículo 24, numeral 5 de la Ley 80 de 1993 (…).*

*SEXTA.- Que se declare que de conformidad con lo previsto en el numeral 2.24 del documento denominado ‘POLÍTICAS PARA LA ADQUISICIÓN DE BIENES Y OBRAS FINANCIADAS POR EL BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO GN-2349-9 DE MARZO DE 2011’, ‘por lo general, las disposiciones de ajustes de precios no son necesarias en los contratos simples, en los cuales el suministro de los bienes o la terminación de obras se completen en un período menor de dieciocho (18) meses, pero se deben incluir en los contratos que se ejecuten en un período mayor de dieciocho (18) meses’.*

*SÉPTIMA.- Que se declare que el documento denominado ‘POLÍTICAS PARA LA ADQUISICIÓN DE BIENES Y OBRAS FINANCIADAS POR EL BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO GN-2349-9 DE MARZO DE 2011’ contiene los principios y normas que gobiernan las licitaciones y procesos de compras de bienes y obras en los que exista financiación del Banco Interamericano de Desarrollo – BID.*

*OCTAVA.- Que se declare que, de conformidad con el numeral segundo de los considerandos de la minuta del contrato N° 5.4.7.08.09 de 2009, contenido en los pliegos de condiciones de la licitación pública internacional N° MC-5.4.7.07.09, que antecedió a la suscripción del contrato (…), dicha licitación se adelantó mediante el procedimiento de pliegos de condiciones BID.*

*NOVENA.- Que se declare que el plazo inicial del contrato de obra N° 5.4.7.08.09 de 2009, al tenor de lo dispuesto en la cláusula 1.1. de las condiciones especiales del contrato de obra (…), era de diecinueve (19) meses.*

*DÉCIMA.- Que se declare que el plazo final de ejecución del contrato (…) fue de cincuenta y cinco (55) meses.*

*DÉCIMA PRIMERA.- Que se declare que el supuesto fáctico de la cláusula 47.1 de las condiciones especiales del contrato (…), en cuanto dispone que ‘el contrato NO está sujeto a ajuste de precios’, es el plazo de ejecución inicialmente pactado en diecinueve (19) meses.*

*DÉCIMA SEGUNDA.- Que se declare que como consecuencia de las declaraciones solicitadas en las pretensiones SEXTA A DÉCIMA PRIMERA anteriores, la cláusula 47.1, consignada en las condiciones especiales del contrato, es ineficaz, o que respecto de ella debe predicarse la imposibilidad de su aplicación por haber desaparecido el supuesto fáctico del pacto arbitral en ella contenido.*

*DÉCIMA TERCERA.- Que se declare que el Consorcio CC, en su calidad de contratista (…), debe ser compensado por la ocurrencia de eventos compensables, según sea probado en este proceso, en los términos previstos en la cláusula 44.1 de las condiciones generales del contrato (…).*

*DÉCIMA CUARTA.- Que se declare que el Consorcio CC, en su calidad de contratista del contrato de obra 5.4.7.08.09 de 2009, suscrito con Metrocali S.A. el 21 de diciembre de 2009, cumplió con la obligación consignada en las secciones 55 y 58 de las condiciones generales del contrato, en punto de presentar de manera oportuna el estado de cuenta.*

*DÉCIMA QUINTA. Que se declare que Metrocali S.A. incumplió la obligación de emitir el certificado de defectos dentro de los 56 días calendario siguientes a haber recibido el estado de cuenta detallado por parte del contratista Consorcio CC y la emisión del certificado de pago, prevista en las secciones 55 y 58 de las condiciones generales del Contrato de Obra N° 5.4.7.08.09 de 2009.*

*DÉCIMA SEXTA.- Que se declare que la cuantificación del interés de mora que se formula en las pretensiones de condena, en caso de reconocer su procedencia, debe calcularse en los términos previstos en la sección 43.2 de las condiciones generales del contrato de obra 5.4.7.08.09 de 2009 (…).*

*DÉCIMA SÉPTIMA.- Que se liquide el contrato de obra N° 5.4.7.08.09 de 2009 celebrado por Metrocali S.A. con el Consorcio CC el 21 de diciembre de 2009 (…), según lo probado en este proceso, y se establezca por el Tribunal las sumas que se le adeudan al Consorcio CC.*

*DÉCIMA OCTAVA.- Que se ordene a Metrocali S.A. a dar cumplimiento al laudo arbitral que ponga fin a este proceso de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y se le condene al pago de intereses comerciales moratorios sobre el monto de la condena, desde la fecha del laudo y hasta la ejecutoria del pago efectivo.*

*4.2. PRETENSIONES DE CONDENA*

*PRIMERA.- Que se condene a Metrocali S.A. al pago de la totalidad de los sobrecostos y perjuicios de todo orden en que incurrió el Consorcio CC, contratista (…), según se pruebe en el trámite de este proceso, particularmente, pero sin limitarse a ello, los sobrecostos y perjuicios derivados de los siguientes conceptos:*

* *Mayor permanencia.*
* *Menor productividad.*
* *Obras ejecutadas y no pagadas.*
* *Falta de reajustes del contrato.*
* *Sobrecostos financieros.*

*PRETENSIÓN PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN SEGUNDA (sic).- Que se condene a Metrocali S.A. al restablecimiento del equilibrio económico del contrato de obra 5.4.7.08.09 de 2009, mediante el reconocimiento y pago de la totalidad de los sobrecostos y perjuicios de todo orden en que incurrió el Consorcio CC (…), sin causa o hechos que le fuere imputable, por la ocurrencia de hechos imprevistos, según se pruebe en el trámite de este proceso, particularmente, pero sin limitarse a ello, los sobrecostos y perjuicios derivados de los siguientes conceptos:*

* *Mayor permanencia.*
* *Menor productividad.*
* *Obras ejecutadas y no pagadas.*
* *Falta de reajustes del contrato.*
* *Sobrecostos financieros.*

*TERCERA (sic).- Que se condene a Metrocali S.A. al pago de intereses moratorios por todo el tiempo de mora, calculado según lo dispuesto en la cláusula 43.2 de las condiciones generales del contrato de obra 5.4.7.08.09 de 2009, a la tasa equivalente a una y media veces del bancario corriente sobre las sumas líquidas actualizadas (…).*

*PRETENSIÓN PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN TERCERA.- En subsidio de la pretensión TERCERA principal, solicito que se condene a Metrocali S.A. al pago actualizado o corregido monetariamente (…), de las sumas que resulten a su cargo desde la época en que debió hacerse el reconocimiento y/o pago hasta la fecha de la providencia que ponga fin al proceso, y que adicionalmente se ordene pagar intereses legales doblados sobre tal monto de perjuicios ya actualizado y para el mismo período (…).*

*CUARTA.- Que se condene a Metrocali S.A. a que en caso de que se interponga recurso de anulación contra el eventual laudo arbitral favorable a las pretensiones de esta demanda, se disponga que deben pagarse en favor del Consorcio CC, intereses moratorios desde el día siguiente al término establecido en el artículo 40 de la Ley 1563 de 2012, esto es, con independencia de la interposición de dicho recurso y de la fecha de ejecutoria de la eventual sentencia favorable que al efecto profiera la Sección Tercera del Consejo de Estado.*

*PRETENSIÓN PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN CUARTA.- Que se condene a Metrocali S.A. a que en caso de que se interponga recurso de anulación contra el eventual laudo arbitral favorable a las pretensiones de esta demanda, y se asuma que el término de ejecutoria del laudo sólo se produce con la ejecutoria de la eventual sentencia de anulación de la Sección Tercera del Consejo de Estado que desestime el recurso interpuesto, se disponga que el Consorcio CC tiene derecho al pago de intereses comerciales a partir del día siguiente al previsto en el Artículo 40 de la Ley 1563 de 2012 y hasta el día anterior a la ejecutoria de dicha sentencia, e intereses moratorios a partir del día siguiente a la ejecutoria de la sentencia (…).*

Como fundamento de sus pretensiones, la parte convocante expuso, en síntesis, que en virtud del contrato de préstamo N° 1659/OC-CO, el Banco Interamericano de Desarrollo le proporcionó al Gobierno Nacional los recursos requeridos para la cofinanciación del Sistema Integrado de Transporte Masivo de Cali.

Fungió como órgano ejecutor del crédito el Ministerio de Transporte, el cual obró por conducto de la sociedad Metro Cali S.A., empresa que, por consiguiente, abrió la Licitación Pública Internacional MC.5.8.7.01.09, adelantada de acuerdo con los pliegos de condiciones BID, al amparo del artículo 20 de la Ley 1150 de 2007.

El objeto de la licitación era el de contratar *“la revisión y ajuste de los diseños y construcción del corredor Centro Troncal Aguablanca y obras complementarias”*, del Sistema Integrado de Transporte Masivo de Pasajeros de Cali. En la convocatoria se definieron los alcances del proceso y se señaló que el plazo establecido para el contrato sería de 19 meses. En la selección resultó favorecido el consorcio CC, con quien se celebró, por consiguiente, el contrato de obra N° 5.4.7.08.09 del 21 de diciembre de 2009.

En comunicación de esa misma fecha -21 de diciembre de 2009-, pero posterior a la firma del contrato, el consorcio CC le manifestó a Metro Cali S.A. que, mientras la cláusula 47.1 de las *“Condiciones Generales del Contrato (CGC)”* preveía una fórmula de ajuste de precios como compensación por las fluctuaciones de los costos del contrato, el capítulo de *“Condiciones Especiales del Contrato (CEC)”* modificaba ese ítem, en cuanto establecía que el negocio jurídico celebrado no estaría sujeto a ajuste alguno. Al respecto, el consorcio manifestó en su misiva que, si bien la empresa estatal consideraba que las eventuales fluctuaciones de los costos serían cubiertas con un anticipo del 35% y que por ello no era necesario un ajuste posterior, lo cierto era que ese porcentaje destinado al anticipo no ponderaba ni cubría las posibles variaciones que afectaran los costos indirectos del contrato, razón por la cual solicitaba aplicar en las CEC la fórmula de ajuste prevista en las condiciones generales.

Pese a que Metro Cali S.A. no dio respuesta a esa comunicación, se dio inicio al ya celebrado contrato de obra N° 5.4.7.08.09 del 21 de diciembre de 2009, por el valor total de $129.944’328.752,01, y en el cual se acordó un plazo de ejecución de 19 meses.

En los hechos de la demanda también se refirió el contenido de las cláusulas del contrato, entre estas, las relativas a la distribución de los riesgos y aquellas en las cuales se establecieron los que se denominaron *“eventos compensables”* a favor del contratista, entre estos, la eventual demora en la entrega del sitio de la obra por parte de Metro Cali S.A. al consorcio ejecutor de las obras. Por otro lado, se recalcó que las Condiciones Especiales del Contrato (CEC) establecieron que no serían compensables las demoras causadas por otros contratistas, autoridades o empresas de servicios públicos.

De igual manera, la convocante mencionó las cláusulas referentes a las obligaciones y responsabilidades del contratista, el control de los costos y del precio del contrato teniendo en cuenta las cantidades de obra entregadas, la forma de pago y las Condiciones Especiales del Contrato –CEC-.

En cuanto a la forma de pago, se pactó la modalidad de precio global fijo para algunos ítems, tales como la complementación de estudios y diseños, las obras y estructuras viales como puentes y deprimidos, la construcción de estaciones de parada, la semaforización y la elaboración de planes de manejo ambiental, de tráfico y de gestión social, entre otras actividades (fl. 19, c.3). A su vez, se pagarían bajo la modalidad de precios unitarios las obras correspondientes a las redes de servicios públicos y habilitación de vías, todo lo cual se reconocería de acuerdo con la lista de cantidades y precios unitarios ofrecidos por el consorcio, multiplicados por las cantidades de obra realmente ejecutadas.

Señaló las modificaciones y adiciones del contrato, varias de las cuales obedecieron a la necesidad de ejecutar obras no previstas en el proyecto inicial. De conformidad con los hechos de la demanda, las partes suscribieron tres contratos adicionales y 24 actas de modificación, que en su mayoría incluyeron cláusulas de prórroga del negocio jurídico.

Entre tales acuerdos de voluntades, se refirió el Acta N° 6 de adición y prórroga del contrato, suscrita el 19 de octubre de 2011, por haberse advertido que el proyecto Troncal Aguablanca requería la construcción de los tramos 7T1 y 7T2, para garantizar la operatividad del sistema. Según el acta, las obras de empalme vial de los mencionados tramos habrían de abarcar un lapso de 11 meses, los cuales se adicionaron al plazo total de ejecución del contrato y comprendían la *“revisión de los diseños”* –que debían ser entregados por Metro Cali S.A.- y las etapas de preconstrucción y construcción. La revisión de los diseños y la construcción del empalme vial de los tramos 7T1 y 7T2 fue pactada definitivamente por las partes en el Contrato Adicional N° 2, suscrito el 24 de octubre de 2011.

El convocante, indicó las causas que, en su sentir, le ocasionaron perjuicios por mayor permanencia en la obra, menor productividad, obras ejecutadas y no pagadas, falta de reajustes del contrato y sobrecostos financieros.

Atribuyó la mayor permanencia en obra a las falencias encontradas en los diseños del empalme de los tramos 7T1 y 7T2, la ausencia de aprobación de los respectivos planos por parte de la empresa de servicios públicos EMCALI E.I.C.E. E.S.P. y la falta de disponibilidad predial para el indicado empalme, por oposición de propietarios y por la supuesta falta de gestión de Metro Cali S.A.

En cuanto a la menor productividad o *“afectación generalizada al normal desarrollo del contrato”*, la parte convocante señaló que había sido causada por el cambio de los diseños que Metro Cali S.A. tenía a su cargo para la construcción del deprimido de las Calles 25 y 26 con Carrera 18 de Cali. Sobre este punto manifestó que, si bien en un comienzo la entidad estatal contratante entregó los diseños previstos en el pliego de condiciones –por lo cual la única responsabilidad del consorcio era la revisión y ajuste de los mismos-, en la etapa de preconstrucción se detectó una interferencia en el trazado de la tubería de gas con el alineamiento del deprimido, circunstancia que, según la hoy convocante, obligó a Metro Cali S.A. a realizar el traslado de tales conductos. Por otro lado, el Fondo de Prevención Vial recomendó alargar la longitud de la vía subterránea, actividad que implicaba hacer cambios esenciales en los diseños estructurales y en las redes de servicios públicos.

Según la demanda, la adecuación de los diseños y el trámite de su aprobación ante las empresas de servicios públicos eran obligaciones de Metro Cali S.A., entidad que, sin embargo, no adelantó tales actividades oportunamente, afectando de esa manera el normal desarrollo de las obras, entre estas, la construcción de la estación de bombeo, prevista en el contrato, pero cuyos diseños debieron modificarse por el aumento de la longitud del deprimido.

El consorcio CC estimó los perjuicios por menor productividad en $2.388’839.526.

Al referir las obras ejecutadas y no pagadas, las clasificó en diferentes categorías e incluyó aquellas que, si bien fueron recibidas y reconocidas por el interventor, se pagaron bajo la modalidad de precios diferente a la pactada, sin el consentimiento del contratista. Señaló que la falta de pago de las obras que no se cubrieron con los abonos de la entidad contratante, tuvo lugar por falta de diligencia del ente estatal en la aprobación de precios para las actividades nuevas, así como por algunas anomalías en la preparación presupuestal de los recursos.

Acerca de los perjuicios alegados por falta de reajuste de los precios del contrato, la parte convocante manifestó que durante la ejecución del objeto contractual presentó varias propuestas para que se reconociera tal ajuste, dado que el plazo inicial del contrato era de 19 meses pero terminó ejecutándose en 55 meses, en los cuales transcurrieron períodos largos de prórrogas sin adición presupuestal.

Afirmó que, en virtud del Contrato Adicional N° 3, la interventoría y Metro Cali S.A. le reconocieron a título de reajuste la suma de $88’230.269 al pactar los precios unitarios de los ítems allí contenidos, no obstante lo cual, el consorcio se veía en la necesidad de solicitar en la demanda arbitral, *“el ajuste de precios faltante para el contrato”* (fl. 162, c.1).

En el juramento estimatorio de la demanda, los perjuicios supuestamente derivados de la falta de reajuste de precios fueron tasados en $3.484’609.476 (fl. 181, c.1).

Por último, en lo relativo a los sobrecostos financieros, adujo como causas la entrega tardía del anticipo correspondiente al contrato adicional N° 1 y las postergaciones de los pagos del contrato, especialmente por los atrasos que se presentaron en obras como el deprimido de las Calles 25 y 26, atribuibles a Metro Cali S.A.

Al respecto, señaló que esas circunstancias obligaron a los integrantes del consorcio a acudir a créditos para poder mantener el flujo de caja, obligaciones que, a su vez, generaron intereses y algunas sanciones por mora.

**1.3. La contestación de la demanda**

La entidad convocada, Metro Cali S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda, aceptó como ciertos algunos hechos y desestimó otros.

Señaló que la comunicación del 21 de diciembre de 2009, referida por el convocante, no reposaba en los archivos de la empresa estatal, no obstante lo cual, era claro que al celebrar y firmar el contrato, el consorcio CC aceptó tanto las condiciones generales como las especiales previstas en las cláusulas, contentivas de las reglas a las cuales se sometió el contratista, de manera libre y voluntaria.

Señaló que Metro Cali S.A. no había recibido la totalidad de las obras correspondientes al contrato N° 5.4.7.08.09 de 2009.

Propuso las excepciones de *“cumplimiento del contrato por parte de Metro Cali”, “Incumplimiento del convocante”, “Inexistencia de perjuicios por mayor permanencia”* y *“Cobro de lo no debido por supuestas obras ejecutadas y no pagadas, por supuestos costos financieros”.* De igual manera, negó la ocurrencia de una alteración del equilibrio económico del contrato, frente a lo cual subrayó que el contrato había sido objeto de varias prórrogas y adiciones pactadas y aceptadas por ambas partes, que dieron lugar a que el período de ejecución finalmente hubiera sido de 55 meses.

Por otro lado, manifestó que se oponía a la estimación de los perjuicios por no contar, según su dicho, con soporte probatorio, al tiempo que desestimó las pruebas aportadas por el consorcio CC. Adujo como prueba de tal *“oposición”*, el proyecto de acta de liquidación del contrato, documento que, según la entidad, arrojó como único saldo a favor del contratista la suma de $532’389.751,

**1.4. Demanda de reconvención**

El 24 de agosto de 2016, Metro Cali S.A. presentó demanda de reconvención en el proceso arbitral, contra el consorcio CC. La entidad convocada, demandante en reconvención, formuló las siguientes pretensiones:

*2.1. Que se declare que el DEMANDADO EN RECONVENCIÓN incumplió el contrato 5.4.7.08.09 de 2009.*

*2.2. Que como consecuencia del incumplimiento del contrato 5.4.7.08.09 de 2009, se profieran las siguientes condenas en contra del DEMANDADO EN RECONVENCIÓN:*

*2.2.1. Pagar a favor de la DEMANDANTE EN RECONVENCIÓN la suma de $740’884.911 por concepto de las inconsistencias constructivas detectadas.*

*2.2.2. Pagar a favor de la DEMANDANTE EN RECONVENCIÓN los demás daños y perjuicios que aparezcan acreditados en el proceso.*

*2.3. Que se realice la liquidación arbitral del contrato 5.4.7.08.09 de 2009.*

*2.4. Que en la liquidación arbitral del contrato 5.4.7.08.09 de 2009 se ordene:*

*2.4.1. Al DEMANDADO EN RECONVENCIÓN reembolsar y pagar a la DEMANDANTE EN RECONVENCIÓN la suma de $1.342’823.084 por concepto de menores cantidades de obra ejecutadas.*

*2.4.2. Al DEMANDADO EN RECONVENCIÓN devolver a la DEMANDANTE el reembolso de los recursos públicos antes indicados, debidamente indexados y con sus respectivos rendimientos financieros.*

*2.4.3. Que no se declare [a] paz y salvo al DEMANDADO EN RECONVENCIÓN, respecto de las obligaciones a su cargo.*

*2.4.4. Que como consecuencia de lo anterior se incluyan como obligaciones a cargo del DEMANDADO EN RECONVENCIÓN:*

*2.4.4.1. Reconocer y pagar al DEMANDANTE EN RECONVENCIÓN todos los daños y perjuicios futuros que le sean imputables al incumplimiento de las especificaciones constructivas pactadas.*

*2.4.4.2. Reconocer y pagar al DEMANDANTE EN RECONVENCIÓN la mayor onerosidad en que pueda incurrir en la explotación de la obra contratada.*

*2.4.4.3. Mantener indemne al DEMANDANTE EN RECONVENCIÓN de reclamaciones que terceros puedan formularse, imputables al incumplimiento de las especificaciones constructivas pactadas.*

*2.4.5. Se ordene descontar de los dineros que el DEMANDANTE EN RECONVENCIÓN adeude al DEMANDADO EN RECONVENCIÓN, las sumas que se reconozcan en beneficio del primero por parte del Tribunal Arbitral.*

*2.5. Que se condene al DEMANDADO EN RECONVENCIÓN en costas y agencias en derecho.*

Como sustento fáctico de sus pretensiones, Metro Cali S.A. reiteró lo referente a la celebración del contrato de obra N° 5.4.7.08.09 de 2009 y señaló que, al término de la ejecución del contrato, la entidad estatal no recibió la obra con las especificaciones acordadas por las partes.

Expuso las cláusulas contractuales que consideró como incumplidas por parte del consorcio CC y enunció las supuestas falencias en que incurrió el contratista, entre estas, irregularidades en las losas del pavimento, defectos constructivos en los muros del deprimido de las Calles 23 a 25, fisura de los pisos de algunos puentes peatonales, deficiencias en los materiales de los bolardos, entre otras anormalidades. De igual manera, refirió los perjuicios que, según su dicho, le fueron ocasionados a raíz de los alegados incumplimientos del consorcio, y que derivaron en quejas de la ciudadanía y las manifestaciones de la baja calidad de algunas obras.

**1.5. Contestación de la demanda de reconvención**

El consorcio CC contestó la demanda de reconvención y señaló, en su defensa, que no había incumplido ninguno de sus compromisos contractuales, argumento con el cual respondió a cada uno de los cargos expuestos por Metro Cali S.A., indicando las razones por las cuales concluía que los aspectos descritos por la entidad estatal no eran constitutivos de incumplimiento contractual.

Propuso las excepciones de *“Cumplimiento del contrato de obra por parte del Consorcio CC”, “Falta de prueba de los perjuicios reclamados por Metro Cali S.A.”, “Improcedencia de reconocimiento de perjuicios inexistentes”, “Improcedencia de reconocimiento de perjuicios futuros eventuales”, “Imposibilidad de efectuar compensación entre sumas adeudadas por Metro Cali al Consorcio CC”* e *“Improcedencia de la condena en costas”.*

**2. El laudo impugnado y su aclaración**

2.1. En proveído del 7 de junio de 2018, el tribunal de arbitramento resolvió las pretensiones de las demandas principal y de reconvención, así como de las excepciones propuestas en las respectivas contestaciones, así:

*PRIMERO: Reconocer fundamento a la excepción formulada por Metro Cali S.A., bajo la denominación de ‘Inexistencia de perjuicios por mayor permanencia’ y reconocer fundamento parcial a la excepción rotulada ‘Cobro de lo no debido por supuestas obras ejecutadas y no pagadas, por supuestos sobrecostos financieros’.*

*SEGUNDO: Declarar que no están llamadas a prosperar con el alcance y propósito con que fueron formuladas, las demás excepciones de Metro Cali S.A., en especial las que se denominaron ‘Cumplimiento del Contrato por parte de Metro Cali’, ‘Incumplimiento del convocante’, ‘Inexistencia de desequilibrio del contrato’ y ‘Causas de alteración del equilibrio económico del Contrato’, todo de conformidad con las consideraciones ya referidas en la parte motiva del presente laudo.*

*TERCERO: Declarar que Metro Cali S.A. incumplió el Contrato de Obra Pública N° 5.4.7.08.09 de 2009, celebrado con el Consorcio CC por las razones y con el alcance expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*CUARTO: Declarar que durante la ejecución del Contrato de Obra Pública N° 5.4.7.08.09 de 2009, el Consorcio CC incurrió en sobrecostos y perjuicios, sin causa o hecho que le fuera imputable por concepto de menor productividad, obras ejecutadas y no pagadas, falta de reajustes del contrato y sobrecostos financieros, por las razones expuestas y con el alcance precisado en la parte motiva de esta providencia.*

*QUINTO: Declarar que Metro Cali S.A. debe pagar al Consorcio CC los sobrecostos y perjuicios en los que este incurrió de conformidad con lo dispuesto en el numeral décimo quinto de esta decisión, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

*SEXTO: Declarar que de conformidad con lo previsto en el numeral 2.24 del documento denominado ‘Políticas para la adquisición de bienes y obras financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo GN-2349-9 de marzo de 2011’, ‘por lo general, las disposiciones de ajustes de precios no son necesarias en los contratos simples, en los cuales el suministro de los bienes o la terminación de obras se completen en un período menor de dieciocho (18) meses, pero se deben incluir en los contratos que se ejecuten en un período mayor de dieciocho (18) meses.*

*SÉPTIMO: Declarar que el documento denominado ‘Políticas para la adquisición de bienes y obras financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo GN-2349-9 de marzo de 2011’ contiene los principios y normas que gobiernan las licitaciones y procesos de compra de bienes y obras en los que exista financiación del Banco Interamericano de Desarrollo – BID.*

*OCTAVO: Declarar que de conformidad con el numeral segundo de los considerandos de la minuta de Contrato de Obra Pública N° 5.4.7.08.09 de 2009, contenida en los pliegos de condiciones de la Licitación Pública Internacional N° MC-5.8.7.01.09, dicha licitación se adelantó mediante el procedimiento de pliegos de condiciones BID.*

*NOVENO: Declarar que el plazo inicial del Contrato de Obra Pública N° 5.4.7.08.09 de 2009 era de diecinueve (19) meses.*

*DÉCIMO: Declarar que el plazo final de ejecución del Contrato de Obra Pública N° 5.4.7.08.09 de 2009 fue de cincuenta y cinco (55) meses.*

*DÉCIMO PRIMERO: Anular, de manera oficiosa, por las razones expuestas y con el alcance precisado en la parte motiva de esta providencia, la Cláusula 47.1 de las Condiciones Especiales del Contrato de Obra Pública N° 5.4.7.08.09 de 2009.*

*DÉCIMO SEGUNDO: Declarar que el Consorcio CC debe ser compensado por la ocurrencia de eventos compensables, de conformidad con la cláusula 44.1 de las Condiciones Generales del Contrato.*

*DÉCIMO TERCERO: Declarar que el Consorcio CC cumplió con la obligación consignada en las Secciones 55 y 58 de las Condiciones Generales del Contrato, en cuanto a la presentación oportuna del Estado de Cuenta.*

*DÉCIMO CUARTO: Declarar que Metro Cali S.A. incumplió la obligación de emitir el Certificado de Defectos dentro de los 56 días siguientes a haber recibido el Estado de Cuenta por parte del Consorcio CC y la emisión del Certificado de Pago, prevista en las Secciones 55 y 58 de las Condiciones Generales del Contrato de Obra Pública N° 5.4.7.08.09 de 2009.*

*DÉCIMO QUINTO: Como consecuencia de las declaraciones que anteceden, condenar a Metro Cali S.A. a pagar al Consorcio CC las siguientes sumas de dinero, las cuales ya incluyen la correspondiente actualización, por los conceptos que a continuación se indican:*

*15.1. DOS MIL DOSCIENTOS SETENTA Y SEIS MILLONES SETENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS UN PESOS ($2.276’072.801) MDA. CTE., por concepto de la reclamación denominada ‘Menor productividad’.*

*15.2. DOCE MIL NOVECIENTOS UN MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS VEINTIÚN PESOS ($12.901’996.621) MDA. CTE., por concepto de la reclamación denominada ‘Falta de reajustes del contrato’.*

*15.3. NUEVE MIL NOVECIENTOS OCHENTA MILLONES SEISCIENTOS DIECIOCHO MIL DOSCIENTOS DIECISIETE PESOS CON VEINTIDÓS CENTAVOS ($9.980’618.217,22) MDA. CTE., por concepto de la reclamación denominada ‘Obras ejecutadas y no pagadas’.*

*DÉCIMO SEXTO: Denegar las pretensiones, cuarta principal de condena y su respectiva subsidiaria, formuladas mediante la demanda principal, encaminadas a que se disponga la causación de intereses en caso de que la parte convocada decidiera interponer recurso extraordinario de anulación en contra del Laudo o si llegare a asumir que durante el trámite del correspondiente recurso extraordinario no habría lugar al pago de las sumas de dinero ordenadas mediante el presente Laudo.*

*DÉCIMO SÉPTIMO: Denegar las demás pretensiones de la demanda del Consorcio CC, de conformidad con las razones y los fundamentos expuestos en la parte motiva del presente Laudo.*

*DÉCIMO OCTAVO: Reconocer fundamento parcial a la excepción propuesta por el Consorcio CC frente a la demanda de reconvención, denominada ‘Cumplimiento del Contrato de Obra por parte del Consorcio CC’, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente Laudo.*

*DÉCIMO NOVENO: Abstenerse de realizar pronunciamientos de fondo acerca de las excepciones formuladas por el Consorcio CC bajo la denominación de ‘Falta de prueba de los perjuicios reclamados por Metro Cali S.A.’, ‘Improcedencia de reconocimiento de perjuicios inexistentes’, ‘Improcedencia de reconocimiento de perjuicios futuros eventuales’, ‘Imposibilidad de efectuar compensación entre sumas adeudadas por Metro Cali al Consorcio CC’, ‘Improcedencia de condena en costas, ‘Indebida acumulación de pretensiones’, ‘Improcedencia de reparación de fisuras’ e ‘Imposibilidad de efectuar compensación entre sumas adeudadas al Consorcio CC (sic)’, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente laudo.*

*VIGÉSIMO: Declarar no próspera la excepción propuesta por el Consorcio CC con el alcance definido en su defensa, denominada ‘Falta de prueba de los perjuicios reclamados por Metro Cali S.A.’, de conformidad con lo expuesto al respecto en la parte motiva del presente Laudo.*

*VIGÉSIMO PRIMERO: Declarar el incumplimiento del Contrato por parte del Consorcio CC en cuanto corresponde a sus obligaciones relacionadas con las unidades de obra correspondientes a los bolardos.*

*VIGÉSIMO SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, condenar al Consorcio CC a pagarle a Metro Cali S.A. el valor de TRESCIENTOS VEINTIDÓS MILLONES SETECIENTOS DIECISÉIS MIL NOVECIENTOS DIEZ Y NUEVE (sic) PESOS ($322’716.919), moneda corriente.*

*VIGÉSIMO TERCERO: Denegar, de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte motiva del presente Laudo, las demás pretensiones de la demanda de reconvención presentada por Metro Cali S.A. contra el Consorcio CC.*

*VIGÉSIMO CUARTO: Declarar liquidado el Contrato de Obra Pública N° 5.4.7.08.09 de 2009, en los términos precisados en la parte motiva de esta providencia.*

*VIGÉSIMO QUINTO: Ordenar a Metro Cali S.A. dar cumplimiento al presente laudo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (…).*

Al referir los pormenores del trámite procesal y señalar el contenido de las demandas principal y de reconvención, el panel de árbitros expresó que la entidad convocada había *“formulado objeción”* contra el juramento estimatorio efectuado por el consorcio CC, y que este, a su vez, obrando como demandado en reconvención, *“objetó”* igualmente el juramento estimatorio realizado por Metro Cali S.A. en la aludida contrademanda.

En el análisis del asunto de fondo, el tribunal refirió los antecedentes del proyecto que dio origen al Sistema Integrado de Transporte Masivo de Pasajeros de Santiago de Cali –SITM- y del Contrato de Obra Pública N° 5.4.7.08.09 de 2009, al tiempo que destacó algunos componentes del documento denominado *“Políticas para la adquisición de bienes y obras financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo”*,expedido por ese organismo en enero de 2005 y adicionado posteriormente con varios documentos, entre estos el GN-2349-9 de marzo de 2011. Al respecto, concluyó que, en lo relativo a los eventos compensables y al ajuste de precios, las Condiciones Especiales del Contrato no se sometieron a dichas políticas del BID ni a las Condiciones Generales del negocio jurídico, como tampoco a la ley colombiana[[2]](#footnote-2), aunque las prórrogas y adiciones del contrato fueron acordadas por las partes con arreglo a los mismos acuerdos de voluntades, sin recibir objeción alguna por parte del BID.

Al examinar las pretensiones principales y de reconvención, el colegio arbitral señaló, en primer lugar, que no había lugar a declarar la ineficacia de pleno derecho de la cláusula 44(H) de las Condiciones Generales del Contrato –censurada en la demanda principal y relativa a la supuesta exclusión de la lista de eventos compensables, los actos de terceros que causaran demoras o sobrecostos al contratista-, puesto que la indicada estipulación contractual no tenía el alcance ni los efectos que la parte convocante le había atribuido, sino que dejaba a salvo el derecho que le asistía al consorcio de reclamar el reconocimiento de mayores costos o de los perjuicios generados por demoras que no le fueran imputables a este sino a terceros.

En lo atinente a las pretensiones de la parte convocante, referentes a la aplicabilidad en el contrato de obra, de las *“Políticas para la adquisición de bienes y obras financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo GN-2349-9 de marzo de 2011”* -particularmente en cuanto preveía la inclusión de mecanismos de ajustes de precios para contratos cuya ejecución se debiera adelantar en un lapso superior a los 18 meses[[3]](#footnote-3)-, el laudo expresó que había lugar a declarar de oficio la nulidad absoluta, por objeto ilícito, de la cláusula 47.1 de las Condiciones Especiales del Contrato de Obra Pública N° 5.4.7.08.09 de 2009, por haber dispuesto que el negocio jurídico no estaría sujeto a ajustes de precios.

Así, el tribunal consideró que esa especificación del contrato conminaba ilegítimamente al contratista a renunciar de manera anticipada al restablecimiento del equilibrio financiero del contrato y a la utilización de los mecanismos previstos en la ley para la revisión de precios, al tiempo que vulneraba la autonomía de la voluntad de las partes, todo ello considerado como contrario a la ley por la jurisprudencia del Consejo de Estado, a la luz de la normativa contenida en la Ley 80 de 1993 y en el Código Civil.

En virtud de lo anterior, concluyó que en el caso concreto había lugar a reconocer a favor del consorcio CC el reajuste de precios omitido durante la ejecución del contrato, aunque no de manera retroactiva a partir del *“día uno (1)”* del plazo contractual, sino a partir del mes 20, a fin de observar el principio de congruencia frente a las demás pretensiones de la demanda, en las que se solicitó dicho reajuste solo para el período que excediera a los 19 meses inicialmente pactados por las partes.

Señaló que la fórmula de reajuste de precios que debía aplicarse para liquidar el correspondiente perjuicio era la prevista en la cláusula 47.1 de las Condiciones Generales del Contrato[[4]](#footnote-4), puesto que fue acogida por las partes en las Actas 21 y 23 de 2013, correspondientes al mismo negocio jurídico y en las cuales pactaron la realización de unas obras a precios unitarios, recalcando que para su liquidación existía un *“acuerdo de reajuste de precios que se podrá emplear”*[[5]](#footnote-5) (fl. 220, c. ppal.).

Adicionalmente, para el tribunal, la fórmula de reajuste referida en la cláusula 47.1 de las Condiciones Generales del Contrato y la que fue utilizada en el dictamen pericial rendido en el proceso de arbitramento, eran coincidentes en cuanto a su estructura y operación, no obstante lo cual, resultaba procedente aplicar únicamente la fórmula establecida en el contrato celebrado por las partes, dado su carácter vinculante y la fecha de vigencia del índice de costos aplicado, que fue correcta en la fórmula contractual y no en la del dictamen pericial.

Agregó: (fl. 221, c.r.):

*… [E]n cuanto las partes del Contrato de Obra N° 5.4.7.08.09 de 2009 pactaron de manera expresa una fórmula de reajuste de precios a la altura de la cláusula 47.1 de las Condiciones Generales del Contrato –CGC-, en relación con la cual también convinieron unas modificaciones mediante el Acta N° 21 de diciembre 12 de 2013, estipulaciones contractuales estas de carácter vinculante según los precisos términos del artículo 1602 del Código Civil y acerca de las cuales no se advierte vicio alguno que pudiere afectar su eficacia, su existencia o su validez, el Tribunal considera que deben ser entonces esos acuerdos contractuales cuyos efectos deben tenerse en cuenta y aplicarse mediante el presente Laudo, sin que haya razón válida para dejarlos de lado y acoger, sin fundamento suficiente para ello, la fórmula de reajuste de precios que según su propia experiencia propuso el dictamen financiero (…).*

Hecha esa precisión, el panel de árbitros procedió a calcular el reajuste de precios de las obras ejecutadas a partir del 22 de julio de 2011 (mes 20 de duración del negocio) y hasta la terminación del contrato, teniendo en cuenta los ítems pactados bajo las modalidades de precios unitarios y precio global. Para las obras ejecutadas entre el 22 de julio de 2011 y el 11 de diciembre de 2013, empleó la fórmula referida, con índices vigentes al mes de octubre de 2009, fecha de presentación de las propuestas, tal y como estaba establecido en el pliego de condiciones y en el contrato. Para las obras posteriores al 12 de diciembre de 2013, tomó las variables introducidas por las partes en el Acta N° 21 de esa fecha, en la cual se establecieron cálculos de precios unitarios con base en índices vigentes en marzo de 2011.

Expuso (fls. 223 y 224, c. ppal.):

*… [P]ara las actividades por ejecutar a precios unitarios a partir del 12 DE DICIEMBRE DE 2013 y HASTA LA FINALIZACIÓN DEL CONTRATO, los reajustes de precios que la convocante tiene derecho a obtener deben calcularse con base en la misma fórmula pactada por las partes en la cláusula 47.1 de las Condiciones Generales del Contrato –CGC-, pero con las precisiones que acerca de algunas de sus variables realizaron las mismas partes, esto es, ‘tomando como base el mes de marzo de 2011 o el mes en que se pactó el precio unitario respectivo y mes final el mes de noviembre de 2013’ (…).*

*… [E]n la medida en que después de revisar exhaustivamente el expediente, el Tribunal no encontró elementos suficientes que permitan tener por acreditadas las fechas en que se habrían aprobado cada uno de los respectivos precios unitarios (…), e l Tribunal únicamente dispone entonces del índice correspondiente al mes de marzo de 2011, alternativa válidamente contemplada por las partes en el acuerdo contractual que plasmaron en el Acta N° 21 de diciembre 12 de 2013, para operar la correspondiente fórmula de reajuste de precios (…).*

En virtud de ello, el reajuste de precios que, según el laudo, se le debía reconocer al consorcio CC, comprendió las siguientes cantidades:

* La suma de $9.325’652.741 como valor actualizado del reajuste de precios para todas las actividades ejecutadas entre el 22 de julio de 2011 y el 12 de diciembre de 2013 (tanto las pactadas a precios unitarios como las fijadas a precio global).
* La suma de $3.060’493.574, como valor actualizado del reajuste de precios de las actividades pactadas a precio global y ejecutadas desde el 12 de diciembre de 2013 *“hasta la finalización del contrato”*.
* La suma de $604’080.575, como valor actualizado del reajuste de precios para las actividades pactadas a precios unitarios, ejecutadas desde el 12 de diciembre de 2013 *“hasta la finalización del contrato”,* aplicando la fórmula prevista en el contrato, con los índices fijados en el Acta N° 21 de 2013.

Obtenidos los anteriores montos, el tribunal señaló que se debía descontar de estos el valor de $88’230.269, toda vez que la parte convocante aceptó expresamente haber recibido esa cantidad como reconocimiento parcial del reajuste de precios (fl. 224, c. ppal). Se incluyó en cada una las sumas señaladas, valores correspondientes a lo pagado a los subcontratistas por *“mayor permanencia”*.

Por consiguiente y, tal como lo indicó en el numeral 15.2 de la parte resolutiva del laudo, el tribunal condenó a Metro Cali S.A. a pagar la suma de $12.901’996.621, a favor del consorcio CC, por concepto de *“la reclamación nominada ‘Falta de reajustes del contrato’”*.

Al examinar la pretensión de la demanda principal relativa a los perjuicios por *“mayor permanencia”* en la obra, se recalcó en el laudo el contenido de los contratos adicionales y de las actas en que se había pactado la prórroga del contrato y la adición de su valor, incluyendo en este la cobertura de los correspondientes costos. De manera particular se refirió que en el Acta N° 5 del 9 de octubre de 2011, se prorrogó el plazo del contrato y se precisó que dicha prórroga no sería objeto de adición ni de reclamaciones posteriores por mayor permanencia.

Después de describir las diferentes causas y contingencias que obligaron a las partes a suscribir todos esos acuerdos modificatorios y aditivos del contrato, el tribunal concluyó que las partes *“solventaron”* por mutuo acuerdo tales situaciones y adoptaron previsiones para ese propósito, incluyendo el incremento del valor del contrato y la fijación de AIU, sin que el contratista hubiera hecho salvedad alguna en esas oportunidades. En virtud de ello, denegó las pretensiones del consorcio CC, encaminadas al reconocimiento de costos por *“mayor permanencia”* en el lugar de las obras.

Con respecto a los sobrecostos y perjuicios que la parte convocante adujo como derivados de la *“menor productividad”*, el colegio arbitral partió por recalcar que, a la luz de las cláusulas 1.1 y 2.2 de las Condiciones Generales del Contrato de obra N° 5.4.7.08.09 de 2009, el objeto del mismo se podía dividir en dos grupos de actividades, las primeras, referentes a la revisión y ajuste de los diseños que Metro Cali S.A. le debía entregar al consorcio y, las segundas, consistentes en la construcción de las obras del proyecto.

En punto de ello y, en concreta referencia al componente de los diseños, el tribunal subrayó que, de conformidad con las indicadas cláusulas y con las definiciones que la Real Academia Española fijó para las palabras *“revisión”* y *“adecuación”*, resultaba claro que la obligación del consorcio se limitaba al examen y corrección –si esto último era del caso-, de los diseños previamente elaborados y entregados por Metro Cali S.A., pero que no era responsabilidad del contratista proceder a la confección de tales diseños, actividad que le correspondía enteramente a la entidad pública contratante.

Al dilucidar a la luz de lo anterior los hechos que el consorcio CC refirió como causas de la *“menor productividad”*, el tribunal tuvo por demostrado que, a raíz de la interferencia de la tubería de gas con el alineamiento del deprimido de las Calles 25 y 26, se evidenció la necesidad de que Metro Cali S.A. trasladara dicha tubería y de que se modificaran los diseños iniciales. Según las conclusiones del laudo, esa alteración en el desarrollo de las obras y en el cronograma del contrato surgió por las deficiencias en los diseños originales.

Indicó el colegio arbitral que, el Acta N° 4 del 30 de diciembre de 2010 estableció una prórroga del contrato en tres meses, desde el 9 de agosto hasta el 8 de noviembre de 2011, en vista de que se debían adelantar *“actividades no previstas”* en lo referente al paso subterráneo mencionado. Como consecuencia de ello –prosiguió el tribunal-, las partes celebraron el Contrato Adicional N° 1 del 30 de diciembre de 2010, por el cual se aumentó el valor del negocio jurídico y se reiteró la referida prórroga.

Adicionalmente, se señaló en el laudo:

*Con arreglo a la cláusula CGC 38.2, el objeto del Contrato Adicional N° 1 fue reconocer al Contratista el costo directo, los derechos, impuestos, gravámenes y gastos de administración ocasionados por las obras adicionales no previstas, en particular aquellas que tienen relación con la modificación a la vía subterránea localizada entre las Calles 23 y 26, así como los demás ajustes relacionados con el numeral 11 de las consideraciones del Acta N° 4. Sin embargo, de conformidad con la causa pretendi del Consorcio, la reclamación de la demanda se refiere a la menor productividad, que hace consistir en los mayores costos que tuvo que asumir por los pagos que debió efectuar a sus subcontratistas como consecuencia de las obras adicionales no previstas, en particular, por el retraso en la ejecución de tales obras, por circunstancias que no son del resorte del Consorcio.*

Bajo esa línea, el tribunal concluyó que la fuente de esa pretensión formulada por la parte convocante consistía en los pagos que debió hacerles a sus subcontratistas, merced a las transacciones que con estos había celebrado, ya que le habían hecho varias reclamaciones económicas, causadas, a su vez, por las demoras y atrasos en la obra.

Con fundamento en el dictamen pericial rendido en el proceso y en los documentos que a tal experticia se anexaron, se tuvo por acreditada la celebración de cuatro contratos de transacción entre el consorcio CC y sus subcontratistas, entre 2012 y 2015, y se estableció que esos contratos guardaban relación causal *“con el contrato materia de este laudo y, por lo tanto, con las obligaciones a cargo de la convocante”*.

En efecto, el tribunal señaló que el contrato de transacción N° 001 del 26 de enero de 2015, celebrado con la empresa Mayor Posso y Cía S.A.S. por la suma de $1.038’164.554, se derivaba de dos contratos privados de obra que el consorcio CC había suscrito con ese subcontratista, en 2010, para *“realizar las redes de acueducto y alcantarillado correspondientes al Tramo 1B”* y efectuar el movimiento de tierras y estructura vial del Tramo 7T1B.

A su vez, los otros tres contratos de transacción referidos en el laudo como soporte de los sobrecostos alegados por la parte convocante –y pactados por las sumas de $300’000.000, $470’000.000 y $156’000.000-, se tuvieron como derivados de tres contratos privados de obra, que a su vez fueron celebrados entre el consorcio CC y los subcontratistas GAIA S.A.S., Consorcio del Valle y Soletache Bachy Cimas S.A., para adelantar obras consistentes en la construcción de las redes de acueducto y alcantarillado en los tramos 1A y 2 del corredor Centro Troncal Aguablanca, así como el diseño y construcción de las estructuras viales para los deprimidos correspondientes al cruce de la Transversal 25 con Autopista Sur y al cruce de la Transversal 25 con Calle 25 de Cali.

Con fundamento en ello, el panel arbitral expuso:

*… [E]l Consorcio pagó a los subcontratistas indicados una suma total de $1.964’164.554, como resultado de las transacciones que celebró con ellos por los conceptos ya anotados, que corresponden a los desequilibrios económicos y a los mayores costos que tuvieron que asumir los subcontratistas y que le reclamaron al Consorcio.*

Seguidamente, al actualizar la suma referida, concluyó que se debía condenar a Metro Cali S.A. a pagar un total de $2.276’077.801 como valor final de los *“sobrecostos derivados de la menor productividad”*, consistentes en los pagos hechos a los subcontratistas del consorcio CC a título de transacción, debido a la demora en las obras, no imputable a este último.

Frente a la reclamación de la parte convocante por *“obras ejecutadas y no pagadas”*, examinó cada una de las categorías referidas en la demanda y las obras allí comprendidas[[6]](#footnote-6), algunas de las cuales reconoció como adeudadas por Metro Cali S.A., de manera que definió en cada caso el valor que se le debía pagar a la parte convocante, indicando que la suma establecida ya estaba actualizada a la fecha del laudo, aunque sin precisar la fórmula de actualización.

Como se indicó al exponer la parte resolutiva de la providencia impugnada, la entidad estatal fue condenada a pagar la suma total de $9.980’618.217,22 como valor indexado de los perjuicios por *“obras ejecutadas y no pagadas”*.

Finalmente, el tribunal analizó y resolvió cada una de las pretensiones de la demanda de reconvención, accediendo parcialmente a lo solicitado por Metro Cali S.A., en la forma señalada en el acápite resolutivo del laudo arbitral.

2.2. La entidad estatal convocada y demandante en reconvención solicitó la aclaración y corrección del laudo, en varios puntos.

En primer lugar, manifestó que el tribunal de arbitramento había incurrido en error al liquidar la condena por concepto de sobrecostos por menor productividad, puesto que incluyó en la misma lo pagado a los subcontratistas del Consorcio CC para cubrir los costos por *“mayor permanencia”*, pese a haberle denegado a la parte convocante la pretensión relativa a este concepto y resolver a favor de Metro Cali S.A. la excepción de *“Inexistencia de perjuicios por mayor permanencia”*.

En segundo término, solicitó que se aclarara la liquidación de las *“mayores cantidades de obra”*, en el sentido de precisar las obras incluidas en ese ítem, a efectos de verificar que no estuvieran repetidas en la liquidación de las *“obras ejecutadas y no pagadas”*, generando un posible doble cobro.

Como tercer aspecto para esclarecer y enmendar, la convocada volvió a referir la pretensión de pago de sobrecostos por *“menor productividad”*, respecto de la cual, en esta ocasión expuso (fl. 537):

*Dado que las causas de la menor productividad obedecen a hechos imprevistos durante la ejecución del contrato como lo son, solicitud de un tercero (Fondo de Prevención Vial) para modificar la geometría del deprimido de la Calle 23 (…), se solicita al Honorable Tribunal, corrección a la condena correspondiente al concepto de menor productividad, al no verse reflejado el valor de imprevistos de los costos indirectos, en donde se debe reconocer la diferencia entre el valor del laudo a favor del Consorcio menos el valor de los imprevistos calculados del pago realizado del contrato principal y cada uno de sus contratos adicionales.*

En el cuarto punto de la solicitud, la convocada señaló que debía aclararse y corregirse la fórmula aplicada por el tribunal de arbitramento para calcular los perjuicios derivados de la *“falta de reajustes [de precios] del contrato”*, puesto que dicho reajuste se estaba liquidando a partir del mes de julio de 2011, pero con un índice correspondiente a la época de presentación de las ofertas, esto es, octubre de 2009. En ese mismo sentido, solicitó que se indicaran las razones por las cuales no se había tenido en cuenta la afectación monetaria calculada por el perito en el numeral 22 del dictamen rendido en el proceso, cálculo que, adicionalmente, debió efectuarse con índices vigentes en las fechas de finalización de los términos pactados en el contrato y sus adicionales, y no desde octubre de 2009, como lo hizo el tribunal.

Metro Cali S.A. también solicitó corrección y complementación del laudo en lo referente a siete de las obras reconocidas como ejecutadas y no pagadas, respecto de las cuales reprochó la indexación de los montos reconocidos, la inclusión de ítems no solicitados por la parte convocante y la cobertura de obras no ejecutadas por el consorcio, entre otros aspectos.

Igualmente, solicitó aclarar lo relativo a las costas del proceso y, por último, al reconocimiento que se hizo a su favor respecto de las inconsistencias constructivas en los bolardos del espacio público, aspecto este solicitado en la demanda de reconvención y reconocido por el tribunal, aunque calculado –según la convocada- con base en un AIU inferior al del contrato principal.

2.4. El 19 de junio de 2018, el tribunal aclaró el numeral 15.1 del laudo arbitral, señalando que en este se encontraba incluido el valor de la actualización, a la fecha de expedición de la providencia, del rubro reconocido por concepto de obras ejecutadas, avaladas, reconocidas y no pagadas *“por falta de disponibilidad presupuestal”.*

Asimismo, corrigió el AIU utilizado para calcular los perjuicios reconocidos a Metro Cali S.A. por concepto de las inconsistencias constructivas en los bolardos del espacio público y modificó, de oficio, la liquidación de las costas.

En lo restante, denegó la solicitud de aclaración del laudo arbitral, por considerar que la misma no se encaminaba a despejar los puntos aducidos como dudosos, sino a que se modificara lo resuelto en la decisión.

En particular, señaló que los puntos expuestos por Metro Cali S.A. en cuanto a la inclusión de costos por *“mayor permanencia”* en el reconocimiento de perjuicios por *“menor productividad”*, no eran pasibles de corrección en los términos del artículo 286 del CGP, puesto que no se trataba de errores puramente aritméticos ni de conceptos o frases que ofrecieran *“verdadero motivo de duda”*, sino que, lejos de ser yerros del laudo, eran apreciaciones y discrepancias de la entidad convocada con lo resuelto por el tribunal, encaminadas a que este modificara su apreciación de las pruebas.

El panel arbitral también se pronunció sobre la solicitud de aclaración presentada por la parte convocante, la cual, sin embargo, no obra en el expediente allegado a esta Corporación[[7]](#footnote-7).

**3. Recurso de anulación**

Lo interpuso la parte convocada para controvertir el laudo con apoyo en las causales contempladas en el artículo 41 numerales 7 y 9 de la Ley 1563 de 2012[[8]](#footnote-8).

3.1. Estructuró el recurso de anulación exponiendo en primer lugar el fundamento de la causal 9, con los siguientes argumentos:

3.1.1. El consorcio CC solicitó en la demanda, entre otros conceptos, el reconocimiento y pago de la totalidad de los sobrecostos y perjuicios derivados de la falta de reajuste de precios del contrato y de otras causas. Toda vez que en el acápite de pretensiones no se señaló una suma específica por ese concepto, resultaba necesario remitirse al juramento estimatorio de la misma demanda, a fin de establecer el monto concreto, pretendido expresamente por la parte convocante como valor de los perjuicios alegados.

Expuso la recurrente que, al examinar el juramento estimatorio efectuado por el consorcio CC, se advertía que el perjuicio generado por la supuesta *“falta de reajustes”* había sido tasado en $3.484’609.476, mientras que el valor establecido por el tribunal al imponer la condena por ese concepto fue de $12.901’966.801, lo cual sobrepasaba en $9.417’357.322 la estimación juramentada de la convocante.

Asimismo, en criterio de la parte convocada, el tribunal no debió emplear la fórmula de ajuste prevista en la cláusula 47.1 de las Condiciones Generales del Contrato puesto que la misma disponía su aplicación únicamente cuando así se estipulara en las C.E.C. y, si bien se declaró la nulidad de la disposición de las C.E.C. que establecía la no aplicabilidad de dicha fórmula, lo cierto era que, según sus palabras, *“en ningún momento las partes pactaron la aplicación de la fórmula que el tribunal utilizó”*. En su sentir, ha debido emplearse la fórmula fijada en el dictamen pericial rendido en el proceso.

3.1.2. Igualmente, bajo la causal 9 prevista en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, la convocada señaló que el caso concreto se había fallado *ultra petita* en el punto referente a la condena por concepto de las obras *“ejecutadas y no pagadas”*.

En torno a este aspecto, manifestó que el límite impuesto en la demanda, al cual debía ceñirse el principio de congruencia, era la actualización o indexación a valor presente, de las sumas que resultaran a cargo de Metro Cali S.A. desde la época en que debieron reconocerse las mencionadas obras. Tal indexación podía efectuarse de acuerdo con el Índice de Precios al Consumidor (IPC) o con base en el Índice de Costos de Producción Pesada (ICCP), ejercicio que efectuó por su cuenta la entidad convocada sobre las sumas inicialmente pretendidas en la demanda, obteniendo montos inferiores a los establecidos por el tribunal, el cual, adicionalmente, no sustentó la metodología que siguió para efectuar la actualización.

Luego de plasmar en el recurso las indexaciones que, según su dicho, debieron efectuarse respecto de siete obras ejecutadas y no pagadas –que el censor tomó por vía de ejemplo-, refirió (fl. 599, c.r.):

*… [E]l Tribunal Arbitral (…) condenó a Metro Cali por valores que superan o exceden una indexación real y verdadera que refleje el valor de lo pedido en la actualidad al momento de aprobarse y proferirse el Laudo. Así, si se toma la indexación [de las siete obras aludidas en el recurso] con fundamento en el IPC, el Tribunal Arbitral excedió lo pedido en la demanda en $1.181’540.688 COP / MCTE, y si se toma la indexación con base en el ICCP, el Tribunal Arbitral excedió lo pedido en la demanda en $1.248’602.065 COP / MCTE.*

3.2. En cuanto a la causal 7 de anulación, prevista en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, la convocada esbozó los siguientes puntos de inconformidad:

3.2.1. Según la recurrente, el laudo desconoció el contenido del contrato principal, sus actas y sus contratos adicionales, así como las pruebas documentales de la demanda interpuesta por el consorcio CC y, aun las consideraciones expuestas por el propio tribunal en la misma providencia, al resolver la pretensión relativa al reconocimiento de costos por menor productividad. Lo anterior, por varias razones, la primera de estas, haber aceptado el panel arbitral que las obligaciones del contratista en materia de diseños era la revisión de estos y su ajuste en caso de que fuera necesario, para luego desconocer esta premisa en el mismo laudo y señalar, en forma contradictoria, que el consorcio CC había incurrido en sobrecostos por tener, precisamente, que reajustar algunos diseños durante la ejecución del contrato.

Expresó (fl. 603, c.r.):

*… [N]o podía el contratista alegar que la revisión y ajuste de los diseños y estudios, y las consecuencias que se derivaban de ello, le hubiera causado algún tipo de sobrecosto o perjuicio, pues era precisamente ese uno de los fines para los que se suscribió el contrato.*

La segunda razón por la cual la convocada consideró que se había dictado fallo en conciencia al disponerse la condena por sobrecostos derivados de la menor productividad, fue la circunstancia de haberse reconocido por este concepto, valores que ya habían sido aceptados y pagados por Metro Cali S.A. en las Actas 4 y 6 del contrato principal y en sus adicionales 1 y 2.

En este punto, recalcó que la indicada pretensión del consorcio convocante, referente a la *“menor productividad”*, surgió por los supuestos pagos efectuados a sus subcontratistas mediante contratos de transacción, derivados, a su vez, de los incrementos en los costos de las obras del deprimido de la Calle 25 con Carrera 18 de Cali. Según la entidad estatal recurrente, sobre estos conceptos las partes habían llegado a un acuerdo plasmado en el Acta Nº 4 y en el Contrato Adicional Nº 1, documentos en los cuales pactaron la prórroga del contrato principal y la adición de su valor, incluyendo en esta los costos directos, *“otro tipo de costos”* y un nuevo AIU.

Lo propio ocurrió con el Acta Nº 6 y el Contrato Adicional Nº 2, que contenían otra adición y otra prórroga, pactadas en razón de la necesidad de adelantar las obras del empalme vial de los tramos 7T1 y 7T2 del proyecto Troncal Aguablanca; pues en tales acuerdos de voluntades, también se incluyeron los costos directos e indirectos, así como un nuevo AIU.

Así entonces, en criterio de la entidad convocada, con las indicadas actas y contratos adicionales se reconocieron todos los costos de las obras nuevas que se previeron en tales documentos, costos que incluían los pagos hechos a los subcontratistas del consorcio CC, no obstante lo cual, el tribunal arbitral se alejó *“manifiestamente”* de lo probado y liquidó de manera *“superflua”* los sobrecostos de lo que la demandante denominó *“menor productividad”* y ordenó pagar por segunda vez un ítem que ya había sido cubierto por Metro Cali S.A. durante la ejecución del objeto contractual.

Como tercera razón de su argumento –en torno a haberse fallado en conciencia lo relativo a los sobrecostos derivados de la *“menor productividad”*-, señaló que el tribunal había desconocido la jurisprudencia aplicable, referente a la oportunidad preclusiva con la cual cuentan los contratistas para hacer reclamaciones o salvedades ante la entidad pública contratante. Citando varias providencias del Consejo de Estado, la parte recurrente afirmó que, si el tribunal hubiera aplicado tales posturas jurisprudenciales, obrantes como *“fuentes de derecho”*, habría concluido que sus reclamaciones eran extemporáneas, puesto que no fueron hechas cuando las partes suscribieron las actas de prórroga y adición del contrato y los contratos adicionales.

Por último, censuró que el tribunal hubiera incluido en la condena por sobrecostos generados por *“menor productividad”*, valores que habían sido solicitados por concepto de *“mayor permanencia en la obra”*, ítem este que fue denegado en el mismo laudo arbitral por haberse incluido en los incrementos de costos de administración, pactados por las partes en las diferentes modificaciones y adiciones del contrato.

3.2.2. La sociedad Metro Cali S.A. también consideró que la decisión contenida en el laudo había sido adoptada en conciencia, por haberse aplicado la cláusula 47.1 de las Condiciones Generales del Contrato –referente a la fórmula de reajuste de precios-. Al respecto, señaló que de conformidad con lo previsto en esa cláusula, la misma *“solo tendría aplicación cuando las partes expresamente lo pactasen”,* y si bien, la disposición de las Condiciones Especiales que vetaba su aplicación en el contrato fue anulada por el tribunal, lo cierto es que las partes no llegaron a pactar expresamente la aplicación de la fórmula de reajuste de precios contenida en la cláusula 47.1, mencionada.

En este punto, concluyó:

*... [L]os árbitros se apartaron del texto contractual para dar paso a su íntima convicción para reajustar los precios del contrato y, por consiguiente, con fundamento en jurisprudencia en la materia, se configuró en el Laudo emitido un fallo en conciencia (…).*

**4. Oposición de la convocante**

La parte convocante consorcio CC señaló que el laudo impugnado había sido proferido en derecho, por cuanto se fundamentó en el material probatorio aportado al proceso y, lejos de evidenciarse *“manifiestamente”* en la providencia una decisión en conciencia, era palmario que lo resuelto por el tribunal se sustentó en el pliego de condiciones, la oferta del consorcio y los documentos contractuales suscritos por las partes.

Sostuvo que los argumentos esgrimidos por la entidad recurrente solo se encaminaban a cuestionar la interpretación hecha por los árbitros en su proveído, el cual –reiteró- fue dictado en derecho.

A juicio del consorcio, el punto referente al reconocimiento de perjuicios por *“menor productividad”* fue debidamente sustentado por el tribunal, puesto que este analizó cada uno de los documentos modificatorios del contrato, en los cuales se incluyó el valor de los costos directos de las obras nuevas, pero no el de las reclamaciones económicas de los subcontratistas, producto –según sus palabras- del alegado incumplimiento de Metro Cali S.A., especialmente frente a su obligación de entregar en tiempo los estudios y diseños para la ejecución de las obras no previstas del proyecto.

Defendió la decisión contenida en el laudo, relativa a la aplicación de la fórmula de reajuste de precios prevista en la cláusula 47.1 de las Condiciones Generales del Contrato, subrayando que las razones esbozadas por el tribunal para emplear dicha fórmula, fueron de naturaleza jurídica y tuvieron expreso fundamento legal. En particular, recalcó que, una vez anulada la estipulación de las C.E.C. que impedía el uso de la comentada fórmula, no podía concluirse que no existiera una alternativa expresamente pactada o que no pudiera hacerse uso de la solución definida en las C.G.C., puesto que esto último sí podía llevarse a cabo, según se desprendía de los mecanismos de interpretación del contrato, establecidos en el numeral 2.3. del mismo.

En relación con los cargos formulados en el recurso de anulación por expedición de *fallo ultra petita,* la parte convocante consideró que era errónea la apreciación del recurrente sobre el alcance del juramento estimatorio, dado que este solo contenía una valoración de las pretensiones, solo a manera de estimado, pero no como limitante para el juez, en el momento de resolver sobre las pretensiones de la demanda. Agregó que, de conformidad con el Código General del Proceso y la jurisprudencia, el juramento estimatorio no buscaba delimitar los rubros solicitados en la demanda, sino que era una medida para evitar reclamos injustificados o exorbitantes.

Señaló, igualmente, que en las pretensiones se había solicitado expresamente el reconocimiento de los perjuicios que resultaran probados en el proceso, de suerte que la decisión del tribunal en el aspecto reprochado por la parte recurrente, no sobrepasó ni desbordó límite alguno.

De igual manera, adujo que si bien el artículo 206 del CGP le impedía al juez reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, la norma también preveía que podía prescindirse de esa regla cuando la parte contraria lo objetara. Bajo tal observación, señaló que el tribunal había advertido en el laudo que, tanto frente a la demanda principal como a la de reconvención, cada convocado *“objetó”* el juramento estimatorio de su contraparte, lo cual habilitaba al colegio arbitral para reconocer sumas superiores a las tasadas en cada libelo, bajo la indicada figura.

**5. Trámite del recurso de anulación**

5.1. Mediante auto del 18 de octubre de 2018 se admitió el recurso extraordinario de anulación y se ordenó notificar personalmente al Ministerio Público (fls. 601 y 602, c. ppal.). Asimismo, en providencia del 21 de enero de 2019 se decretó la suspensión provisional del laudo objeto de recurso (fls. 666 y 667).

5.2. El Ministerio Público guardó silencio.

**II. CONSIDERACIONES**

**1. Oportunidad del recurso**

El recurso de anulación fue interpuesto dentro de la oportunidad establecida por el artículo 40 de la Ley 1563 de 2012[[9]](#footnote-9), dado que este se presentó el 2 de agosto de 2018 y la notificación del auto que decidió las solicitudes de aclaración del laudo arbitral presentadas por ambas partes se produjo el 19 de junio de 2018, según consta en el acta 32 de esa fecha (fls. 555 al 583, c. ppal.).

En este punto es importante recordar el contenido del artículo 62 de la Ley 4 de 1913 que determina el cómputo de los plazos legales expresados en días: “*En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario (…)”.* A su vez, el artículo 118 del C.G.P. establece que, en los términos de días, no se toman en cuenta los de vacancia judicial *“ni aquellos en los que por cualquier circunstancia permanezca cerrado el juzgado”*.

**2. Régimen legal aplicable**

La Ley 1563 del 12 julio de 2012[[10]](#footnote-10) es el marco legal aplicable para la definición del recurso extraordinario de anulación en estudio, puesto que el proceso arbitral inició después de la expedición del referido estatuto[[11]](#footnote-11), razón por la cual, el recurso extraordinario de impugnación será resuelto con fundamento en lo establecido en ese ordenamiento.

Es del caso señalar que en providencia de unificación de jurisprudencia, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló que solo aquellas controversias dirimidas en sede arbitral, iniciadas antes de la vigencia de la Ley 1563 de 2012, es decir, en vigor del Decreto 1818 de 1998, continuarían rigiéndose por esta última normativa y, por consiguiente, a los recursos de anulación interpuestos contra laudos provenientes de esa clase de procesos, aunque fuesen formulados en vigencia del nuevo Estatuto de Arbitramento, no les resultaría aplicable la mencionada Ley 1563[[12]](#footnote-12).

**3. Jurisdicción y competencia**

La demanda arbitral que dio origen al proceso se presentó el 29 de febrero de 2016, esto es, en vigencia del CPACA y del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. Por tanto, la Sección Tercera del Consejo de Estado tiene jurisdicción y competencia para resolver el recurso extraordinario de anulación de conformidad con el numeral 7 y el parágrafo del artículo 104 del CPACA, en concordancia con el artículo 149.7 de la misma codificación[[13]](#footnote-13), y el artículo 46 de la Ley 1563 de 2012[[14]](#footnote-14), que determinan que esta Corporación conoce, en única instancia, de los recursos de anulación de laudos arbitrales originados en contratos estatales, sin importar la cuantía de las pretensiones y en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas.

Además, el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 –modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 2003– radicó en esta Sección la competencia para conocer de “*los procesos de nulidad de los laudos arbitrales originados en contratos estatales*”.

El contrato de obra pública N° 5.4.7.08.09 de 2009,que originó la controversia, fue suscrito por la empresa Metro Cali S.A., en su condición de sociedad anónima sujeta al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, de conformidad con el Acuerdo N° 16 del 27 de noviembre de 1998, acto mediante el cual el Concejo Municipal de Santiago de Cali dispuso su creación.

**4. El recurso extraordinario de anulación: naturaleza y características**

La Sección Tercera del Consejo de Estado en la jurisprudencia se ha referido a la naturaleza, las características y las particularidades que identifican esta clase de impugnaciones extraordinarias[[15]](#footnote-15), aspectos que se concretan de la siguiente manera:

i)El recurso de anulación de laudos arbitrales es de carácter excepcional, restrictivo y extraordinario, sin que constituya una instancia más dentro del correspondiente proceso.

ii) El recurso tiene como finalidad controvertir la decisión contenida en el laudo arbitral, en principio, por errores *in procedendo*, por lo cual a través de él no puede pretenderse atacar el laudo por cuestiones de mérito o de fondo, esto es, errores *in iudicando.* Ello significa que no le es dable al juez del laudo, examinar si el tribunal de arbitramento obró o no de acuerdo con el derecho sustancial, ni tampoco revivir un nuevo debate probatorio o entrar a considerar si hubo un yerro en la valoración de las pruebas o en las conclusiones a las cuales arribó el correspondiente tribunal, dado que el juez de la anulación no ha sido instituido como superior jerárquico o funcional del tribunal arbitral y, como consecuencia, no podrá intervenir en el juzgamiento del asunto de fondo, al punto de poder modificar las decisiones plasmadas en el laudo por el hecho de que no comparta sus criterios o razonamientos.

iii) Excepcionalmente, el juez de la anulación podrá corregir o adicionar el laudo, pero solo en aquellos específicos eventos en que prospere la causal de anulación por incongruencia, por no haberse decidido la totalidad de los asuntos sometidos al conocimiento de los árbitros o por haberse pronunciado sobre aspectos que no estuvieron sujetos a la decisión de los mismos, así como por haberse concedido más de lo pedido, de conformidad con la causal de anulación prevista en el numeral 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

iv)Los poderes del juez del recurso de anulación están restringidos por el denominado *“principio dispositivo”*, por cuya virtud debe limitarse exclusivamente a resolver sobre lo solicitado por el recurrente en la formulación y sustentación de su respectivo recurso; el objeto que con dicho recurso se persigue se debe encuadrar dentro de las precisas causales que la ley consagra[[16]](#footnote-16); como consecuencia, en principio, no le es permitido al juez de la anulación interpretar lo expresado por el recurrente para entender o deducir causales no invocadas y, menos aún, para pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del correspondiente recurso de anulación[[17]](#footnote-17).

v)El recurso de anulación procede contra laudos arbitrales debidamente ejecutoriados, como excepción al principio de intangibilidad de las sentencias en firme; “*tal excepcionalidad es pues, a la vez, fundamento y límite de los poderes del juez de la anulación, para enmarcar rígidamente el susodicho recurso extraordinario dentro del concepto de los eminentemente rogados*”[[18]](#footnote-18).

vi)Dado el carácter restrictivo que identifica el recurso extraordinario de anulación, su procedencia se encuentra condicionada a que se determinen y sustenten, debidamente, las causales que se invocan en forma expresa y que a la vez deben tener correspondencia con aquellas causales que de manera taxativa consagra la ley para ese efecto; por tanto, el juez de la anulación, en principio, debe rechazar de plano el recurso cuando las causales que se invoquen o propongan no correspondan a alguna de las señaladas expresamente en la ley –artículo 41 de la Ley 1563 de 2012–.

**5. Las causales de anulación invocadas en el recurso**

Como se anotó, las causales de anulación alegadas por la parte recurrente fueron las previstas en el artículo 41, numerales 7 y 9 de la Ley 1563 de 2012, esto es, *“[h]aberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”* y *“[h]aber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”*.

**5.1. Causal 7: fallo en conciencia**

El arbitraje en derecho constituye la regla general aplicable a la contratación estatal, de conformidad con el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, que preceptúa:

*En los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho*.

En el análisis de las causales de anulación –y concretamente en la causal por fallo en conciencia– ha de tenerse presente que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución Política[[19]](#footnote-19), al pactar la cláusula compromisoria, las partes del contrato estatal habilitan a los árbitros para resolver las eventuales controversias –previamente delimitadas y establecidas en el pacto arbitral– y, por ende, renuncian a someter tales conflictos al aparato jurisdiccional estatal, vale decir, se abstraen de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. De allí se desprende que la intervención de esta última jurisdicción, como juez de anulación, es restringida.

Acerca de la invocación del criterio de equidad, la Sala reitera su jurisprudencia:

*Ahora bien, en lo que a la equidad se refiere, cabe sostener que cuando el artículo 230 de la Constitución Política[[20]](#footnote-20) hace referencia a ella, en la actividad de administrar Justicia, está haciendo alusión a un principio fundamental que orienta la labor de los Jueces – y, en su caso de los árbitros- y a un criterio auxiliar que debe ser utilizado para llenar los vacíos legislativos. La equidad cobra fuerza en aquellos eventos en los cuales, por ejemplo, no existe regla concreta de derecho que resulte aplicable a un determinado asunto ‘pues en virtud del principio de la plenitud hermenéutica del orden jurídico, consagrado por el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, el juez debe acudir a los criterios auxiliares para decidir la controversia realizando los valores que comportan el fin último del derecho’[[21]](#footnote-21). Un caso de ejemplo acerca del criterio de equidad, se presenta a menudo en la definición de las fórmulas matemáticas a las que el Juez suele acudir para liquidar los perjuicios, en asuntos sobre los cuales no existe ley ni regla contractual que le defina las operaciones en orden a llegar a una cifra razonable y proporcionada con el daño o con el desequilibrio económico causado. Es evidente que no por ello podrá invocarse la configuración del fallo en equidad como causal de anulación del laudo arbitral, en la medida en que se integre esa formulación matemática a las normas legales y a los acuerdos contractuales, toda vez que no se configurará allí el apartamiento del derecho* *aplicable*.

*(…)*

*Por otra parte, en materia probatoria se advierte que, siendo el proceso arbitral de única instancia, la causal de anulación del laudo arbitral referida al fallo en conciencia o en equidad, no se puede estructurar rebatiendo el análisis de las pruebas que realizó el Tribunal de Arbitramento*[[22]](#footnote-22)*.*

De modo que el fallo en conciencia se identifica con la proposición “*ex equo et bono*” porque el panel arbitral, al margen de un parámetro normativo o legal, aplica criterios axiológicos como los de “*lo correcto o lo bueno*”, ateniéndose a su leal saber y entender.

En otros términos, la causal del fallo en conciencia o en equidad opera cuando el tribunal de arbitramento profiere el laudo apartándose del sistema jurídico, normativo o probatorio.

En este punto, la Sala reitera su jurisprudencia contenida en reciente pronunciamiento sobre la materia, oportunidad en la que, luego de un recorrido histórico sobre la causal de anulación, se sintetizó su contenido y alcance en los siguientes términos:

*La causal contemplada en el numeral 7 de la ley 1563 de 2012 conserva, en esencia, la estructura de la causal prevista en el derogado artículo 163 (numeral 6) del decreto 1818 de 1998, salvo que la nueva disposición hace distinción expresa entre el laudo proferido en conciencia del laudo proferido en equidad, distinción que surge como resultado del desarrollo jurisprudencial al que se ha hecho alusión.*

*Lo expuesto hasta este momento permite afirmar que el estado actual de la jurisprudencia en torno al fallo en conciencia y en equidad es el siguiente:*

*1.- El arbitraje en Colombia puede ser en derecho, técnico o en equidad, pero en materia de contratos estatales solo están permitidas las dos primeras modalidades enunciadas, de modo que el arbitramento en equidad está proscrito en conflictos de esta índole, no así en los conflictos que se suscitan entre particulares, porque así lo permite, de manera general, el inciso final del artículo 116 de la Constitución Política[[23]](#footnote-23).*

*2.- El laudo arbitral que se produce como resultado del arbitraje técnico está excluido del recurso extraordinario de anulación previsto en el ordenamiento jurídico; por tanto, la decisión que se adopta en ese tipo de arbitraje es definitiva.*

*3.- Existen diferencias entre el laudo en conciencia y el laudo en equidad y, desde luego, entre estas dos especies y el laudo en derecho.*

*La causal de anulación conocida como ‘Haberse fallado en conciencia o en equidad debiendo ser en derecho’ comprende, en materia de contratación estatal, tanto los laudos proferidos en conciencia, como los laudos en equidad.*

*El laudo en conciencia se estructura cuando los árbitros se apoyan exclusivamente en su íntima convicción del caso, no dan razones de su decisión o prescinden de toda consideración jurídica o probatoria y es en equidad cuando los árbitros inaplican la ley al caso concreto, porque consideran que ella es inicua o que conduce a una iniquidad o cuando buscan por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido.*

*4.- El laudo en conciencia está proscrito en el ordenamiento jurídico colombiano y el laudo en equidad está permitido cuando el conflicto objeto del arbitraje se traba entre particulares, de modo que uno y otro serán anulables bajo la aducción de la causal ‘Haberse fallado en conciencia o en equidad debiendo ser en derecho’, cuando se trate de conflictos derivados de contratos estatales.*

*5.- El laudo en derecho debe ser proferido con fundamento en el derecho positivo vigente, lo cual significa, por una parte, que no basta la simple referencia de una norma Constitucional o legal, para que se repute como tal, pues es necesario que la norma positiva esté hilada en la cadena argumentativa que sustenta la decisión y, por otra parte, supone que la norma debe estar vigente en el ordenamiento jurídico para que pueda tener la virtualidad de fundar la decisión.*

*6.- La decisión en derecho debe estar fundada en las pruebas aportadas al proceso, de manera que la decisión que se adopte con prescindencia de la prueba necesaria para fundar la decisión o con carencia absoluta y ostensible de juicio jurídico valorativo de la prueba es una decisión que solo responde a la íntima convicción del juzgador, luego es una decisión en conciencia[[24]](#footnote-24).*

Cabe destacar que, en lo que atañe específicamente a la configuración del fallo en conciencia por haberse prescindido de las pruebas, la causal tiene lugar cuando, en efecto, la decisión no se fundó en valoración alguna de los elementos probatorios allegados a la causa arbitral, determinantes para resolverla. En esa medida, solo cuando el laudo se aparta absolutamente de los elementos de prueba sin justificación alguna, u omite totalmente la valoración probatoria, surge la decisión o fallo en conciencia, vicio este que, por el contrario, no ocurre cuando los árbitros valoran las probanzas de manera distinta a la que consideran correcta las partes, o fundan la providencia en medios probatorios diferentes a los que el censor estima que debieron tenerse en cuenta.

Esto se explica porque el fallo en conciencia se caracteriza por contener una decisión sustentada únicamente en la convicción íntima y personal del juez, de suerte que, cuando este funda su proveído en las pruebas, aún de manera parcial o equivocada, el fallo es en derecho.

Más aun, la misma ley le impone al juez del recurso abstenerse de calificar el análisis de fondo de la controversia, lo cual le impide revisar los razonamientos jurídicos del tribunal de arbitramento para dilucidar si son o no errados. Así, el artículo 42, inciso 4, de la Ley 1563 de 2012, establece:

*La autoridad judicial competente en la anulación no se pronunciará sobre el fondo de la controversia, ni calificará o modificará los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral al adoptar el laudo*

Sobre este punto se ha pronunciado la Sección Tercera del Consejo de Estado, al señalar[[25]](#footnote-25):

*El fallo en conciencia (…) imparte solución al litigio de acuerdo con la convicción personal y el sentido común. Así, el juez sigue las determinaciones de su fuero interno, según su leal saber y entender, basado o no en el principio de la equidad (…).*

*La Sala ha precisado que (…)si el juez adquiere la certeza que requiere para otorgar el derecho disputado con apoyo en el acervo probatorio y en las reglas de la sana crítica, ese fallo será en derecho, así no hable del mérito que le da a determinado medio o al conjunto de todos[[26]](#footnote-26).*

*Por ello, esta causal no autoriza al juez del recurso de anulación para verificar el fondo del fallo, ni alterar el valor que el juzgador le otorgó a cada una de las pruebas. Los límites que la ley ha fijado a este recurso suponen la sanción de yerros in procedendo y no in iudicando[[27]](#footnote-27).*

*No es procedente analizar una violación indirecta a la norma sustancial por la existencia de errores de hecho o de derecho al valorar las pruebas, porque este aspecto es un error in iudicando sobre el cual no está edificado este recurso extraordinario (…).*

*… [S]e configura un fallo en conciencia cuando se decide sin pruebas de los hechos que originan las pretensiones o las excepciones, esto es, con pretermisión de la totalidad de las pruebas que obran en el proceso[[28]](#footnote-28).*

*La decisión equivocada no corresponde a un fallo en conciencia, ni el desacuerdo de las partes con las razones esgrimidas en el fallo hace procedente la causal, porque el juicio de anulación no supone una nueva instancia de discusión en relación con el fondo del asunto[[29]](#footnote-29).*

De igual manera, la jurisprudencia ha precisado[[30]](#footnote-30):

*No corresponde a esta causal de anulación, la deficiente valoración que de las pruebas realice el juzgador[[31]](#footnote-31), por cuanto ‘(n)o se trata pues, y eso está claro, de que el recurrente encubra sus divergencias sobre la manera como el tribunal estimó y valoró las pruebas del proceso, que le ha sido desfavorable, para deducir de allí que se está en presencia de un fallo en conciencia, cuando normalmente, en un caso como este, el juez suele expresar claramente, a lo largo de la motivación de la sentencia, las razones por las cuales los medios de prueba le han conducido a tomar una u otra posición, gracias a la libertad de valoración –sana crítica- que la ley procesal le confiere”[[32]](#footnote-32) (…).*

*La Sala, recientemente, analizó los criterios jurisprudenciales sobre el fallo en conciencia a la luz de la Ley 1563 de 2012 y al respecto, concluyó que se da la configuración del mismo en los siguientes términos (…).*

*‘… (d) Que el fallo no considere las pruebas.*

*Este criterio, al igual que el que exige que el arbitraje sea en derecho, es parte de la definición pacífica que ha construido la jurisprudencia sobre lo que es un laudo en conciencia, es decir, aquél que se profiere con total desprendimiento de los fundamentos jurídicos y probatorios.*

*En esta oportunidad, la Sala reiterará lo dicho por la Corporación, para lo cual remite al desarrollo que sobre este criterio se hizo, en el entendido que se exige del laudo su fundamentación en las pruebas legalmente aportadas al proceso. Luego, si no hay fundamento probatorio o sin justificación se desconoce o se aparta de las pruebas se estará frente a una decisión claramente subjetiva de los árbitros’.*

*Aquí vale recordar que ese ejercicio no puede de ninguna manera significar la revisión del fondo de la decisión o la calificación de la misma. Se trata de defectos evidentes, como lo son la ausencia de fundamentos probatorios o, como lo ha precisado la jurisprudencia, que aun cuando exista un análisis probatorio, el laudo se aparte por completo y sin justificación de lo que las pruebas señalan, es decir, un abandono absoluto del material probatorio[[33]](#footnote-33).*

Ahora bien, con fundamento en todo lo anterior y, a título meramente ilustrativo, se tiene que no procede fundar el recurso de anulación por la causal de fallo en conciencia en los siguientes eventos o hipótesis:

i) Cuando el tribunal de arbitramento se equivoca en la interpretación del derecho vigente. En este tipo de argumentos, el recurrente cuestiona la norma aplicada por el tribunal de arbitramento; acude a formular sus propias demostraciones acerca de cómo se interpreta la ley para el caso en cuestión y elabora las conclusiones a las que ha debido llegar el referido tribunal.

En este evento, el laudo objeto de recurso refiere y analiza las normas jurídicas aplicables a la materia del debate, no obstante lo cual, el recurrente aduce o esgrime sus propios planteamientos en torno a la tesis jurídica que, en su criterio, debió plasmarse en la providencia, y que se orienta a refutar las consideraciones del laudo arbitral que no lo favorecen. En tales casos, no está llamado a prosperar el recurso de anulación que aduce la pretendida expedición de fallo en conciencia, toda vez que no contiene los supuestos de dicha causal sino que se encamina, en realidad, a la búsqueda de una segunda instancia, con miras a desvirtuar el análisis de fondo. En suma, el juez del recurso de anulación no puede declararlo fundado cuando se sustente sobre argumentos y planteamientos que modifican, enmiendan o rectifican las interpretaciones que el tribunal arbitral haya efectuado con fundamento en disposiciones del ordenamiento jurídico.

Cabe advertir que la jurisprudencia ha expuesto que el fallo en conciencia solo se puede entender configurado por el alejamiento manifiesto del derecho vigente o la absoluta prescindencia de la normativa jurídica que gobierna el caso concreto, razón por la cual, la anulación del laudo impugnado no se puede fundar en un alegado defecto en la interpretación de la ley[[34]](#footnote-34).

ii) Cuando el tribunal arbitral funda el laudo en la equidad, como criterio auxiliar para llenar los vacíos legales. Al respecto, esta Corporación ha advertido que el criterio de la equidad es un elemento de interpretación que se puede emplear por la justicia arbitral, aun en el marco del arbitramento en derecho, sin que por ello sea procedente la anulación del laudo.

iii) Cuando el tribunal de arbitramento interpreta de manera incorrecta el contrato sometido a la controversia. En estos casos, con fundamento en el propio ordenamiento –particularmente en el Código Civil- se ha precisado que las cláusulas pactadas constituyen derecho o ley para las partes, de suerte que, al interpretarse y aplicarse tales cláusulas a la solución del conflicto en el proceso arbitral, aun si tal ejercicio se realiza en un sentido diferente al que las partes le pretendieron dar, no es posible invocar la causal de fallo en conciencia para solicitar la anulación del laudo[[35]](#footnote-35).

iv) Por último, si las pruebas fueron apreciadas o valoradas en forma distinta a la que invocaron las partes. En efecto, la Sala reitera que el recurso de anulación no es una instancia para rebatir o cuestionar la valoración de las pruebas. Solo es posible invocar la causal de fallo en conciencia cuando es inexistente el sustento probatorio o cuando se desconoce en forma manifiesta e injustificada la prueba que sea indispensable para fallar, dado que la decisión debe fundarse en las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso. Por tanto, únicamente el laudo proferido *“sin consideración a prueba alguna”* ha sido aceptado como susceptible de cuestionamiento por fallo en conciencia, porque se entiende que en estos eventos la decisión está fundamentada única y exclusivamente en conciencia o en el fuero interno de los árbitros, desligado del sistema o del orden jurídico y normativo[[36]](#footnote-36).

Adicional a lo anterior, cabe resaltar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha trazado la misma senda en materia de anulación de laudos arbitrales por la causal referente a la adopción de fallo en conciencia. Al respecto, ese máximo Tribunal ha subrayado que la limitación de la competencia de la autoridad jurisdiccional únicamente al examen de errores *in procedendo*, se fundamenta en que el recurso de anulación no puede ser empleado para desconocer lo pactado por las partes, al prever que el eventual conflicto solo sea resuelto por la vía del arbitramento, razón por la cual, los posibles desaciertos del colegio de árbitros en la interpretación de las normas jurídicas o las falencias en la valoración de las pruebas no hacen procedente el uso del aludido mecanismo extraordinario.

Destacó la Corte[[37]](#footnote-37):

*La restricción del juez de anulación para pronunciarse sobre errores in iudicando, encuentra su razón de ser en que este recurso no puede usarse como mecanismo para desconocer o soslayar la voluntad de las partes de sustraer la controversia del conocimiento de la Jurisdicción. De esta manera, ante un eventual desacierto del tribunal de arbitramento en cuanto a la aplicación e interpretación de normas sustantivas o ante la falta o indebida  valoración de la prueba o a una impropia utilización de los principios  lógicos o empíricos del fallo, no será posible acudir al recurso extraordinario de anulación.*

**5.2. Causal 9: haberse concedido más de lo pedido (fallo *ultra petita*)**

Como un desarrollo del principio procesal de congruencia –que dicta que la sentencia debe guardar consonancia con los hechos y pretensiones de la demanda, así como con las excepciones que aparezcan probadas de conformidad con la ley-*,* el ordenamiento prevé la prohibición de proferir condena contra el demandado por causa diferente a la invocada en la demanda –*fallo extra petita-*, en cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en ella –*sentencia ultra petita-*, o dejar de resolver cuestiones sometidas a la decisión judicial o arbitral –*fallo citra o infra petita-.*

Tales reglas se encuentran contenidas en el artículo 281 del Código General del Proceso, normativa que, adicionalmente, advierte que *“si lo pretendido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último”*, lo cual cierra el camino a la posibilidad de que la condena impuesta en el fallo de mérito pueda sobrepasar las cantidades solicitadas en el libelo.

En lo que respecta al laudo arbitral, el artículo 1, inciso 3, de la Ley 1563 de 2012 señala que este constituye *“la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje”*. Por tanto, el laudo debe sujetarse igualmente al principio de congruencia, puesto que se trata de una providencia que pone fin a un litigio delimitado por las pretensiones y hechos de la demanda, así como por las excepciones propuestas por la parte convocada.

Es en razón de lo anterior que el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 establece -concretamente en el numeral 9- la posibilidad de solicitar la anulación del laudo por haber resuelto aspectos no sometidos a controversia en el proceso arbitral, haber concedido más de lo pedido en la demanda o no haberse pronunciado sobre cuestiones sujetas al arbitramento, vicios estos que afectan en forma directa el principio de congruencia que, se reitera, debe ser atendido en toda sentencia y, de igual manera, en el laudo arbitral[[38]](#footnote-38).

Así las cosas, en atención al principio de congruencia, el juez está obligado a observar los límites definidos por las partes en las pretensiones y excepciones –en el marco de la ley y dejando a salvo los supuestos en que esté autorizado para resolver de oficio-, lo cual resulta de tal importancia en el adecuado ejercicio de la actividad jurisdiccional, que su inobservancia es sancionada por la ley procesal como un vicio que afecta la validez de la decisión, ya que el principio de congruencia también se encuentra íntimamente ligado al debido proceso[[39]](#footnote-39).

En ese sentido, el juez del recurso de anulación contra el laudo arbitral, en el que se ha invocado la causal referente a la violación del principio de congruencia, debe *“verificar, formalmente, que el laudo se ajuste estrictamente a las peticiones de las partes, sin entrar a evaluar los motivos de la decisión”*[[40]](#footnote-40).

Sobre la forma como debe examinarse la ocurrencia de la indicada causal en sede del recurso de anulación del laudo, la jurisprudencia también ha referido[[41]](#footnote-41):

*… [El principio de congruencia] se desconoce cuando el juez profiere una decisión que va más allá de lo solicitado (fallo ultra petita) o cuando decide sobre puntos no incluidos en el litigio (fallo extra petita) o cuando se concede menos de lo pedido (fallo citra o infra petita); ‘(…) también se presenta incongruencia cuando se decide con base en causa petendi distinta a la invocada por las partes; y, d) cuando el pacto compromisorio se refiere a controversias que no son transigibles por orden constitucional y legal’[[42]](#footnote-42).*

*De acuerdo con lo anterior, la congruencia hace necesaria una comparación entre lo pedido por las partes y lo decidido por el tribunal, es decir que para establecer la existencia del vicio que atenta contra tal principio, se debe examinar la decisión contenida en el laudo arbitral, pues ‘[p]ara detectar la presencia del vicio de la incongruencia es imperioso comparar lo decidido con lo litigado por las partes, entendiéndose por lo decidido a la parte de la sentencia verdaderamente vinculante,**o sea la resolutiva, teniendo en cuenta que esta causal**no autoriza ni puede autorizar a entrar en el examen de las consideraciones que han servido al juzgador como motivos determinantes del fallo’[[43]](#footnote-43), limitación que encuentra su explicación en la naturaleza misma y la finalidad que se persigue con el recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales.*

**5.2.1. El juramento estimatorio como límite para fallar**

Ahora bien, siendo así que el juez –o el colegio de árbitros- se encuentra impedido para fallar por fuera de los límites trazados por las partes, es palmario que a ellos debe remitirse el sentenciador al abordar y resolver la controversia. Tales límites se encuentran primordialmente, como se anotó, en las pretensiones y hechos de la demanda y en las excepciones del demandado, pero también, por virtud de la ley, en el requisito procesal del juramento estimatorio.

Tal figura se encuentra prevista en el artículo 206 del Código General del Proceso, norma que le impone al demandante que solicita el reconocimiento de indemnización, compensación o pago de frutos o mejoras, estimar razonadamente su pretensión bajo juramento, con discriminación de cada concepto.

La misma disposición establece que el juramento estimatorio hace prueba del monto de la pretensión, mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. A su vez, sobre tal objeción, establece la norma:

*Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.*

*Formulada la objeción, el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.*

Así entonces, el juramento estimatorio constituye un medio de prueba que, como tal, solo puede desvirtuarse mediante la objeción que especifique el rubro o los rubros que se consideran equivocados o mal estimados. Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que, al establecerse en el artículo 206 del CGP un procedimiento para la aplicación y objeción del juramento estimatorio, *“se garantiza el derecho de defensa y el debido proceso”*[[44]](#footnote-44).

De la norma comentada también se desprende que el juramento estimatorio constituye, como igualmente se observó con anterioridad, un límite que no puede ser sobrepasado por el juez en el momento de resolver sobre la cuantía de la pretensión correspondiente. Indica el mismo artículo:

*El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento.*

Sobre esta figura, la Corte Constitucional ha expuesto:

*La legislación procesal civil en Colombia consagra el juramento como uno de los medios de prueba que buscan definir obligaciones o establecer hechos controvertidos[[45]](#footnote-45). En nuestra legislación se distinguen diversos tipos de juramento: el estimatorio que ‘ocurre cuando una parte o la ley defiere a la declaración juramentada de la otra, la decisión sobre la existencia o las modalidades de uno o varios hechos discutidos en el proceso’ y el decisorio que ‘se presenta cuando la ley acepta como prueba el juramento de la parte beneficiada por tal acto, para fijar el monto o valor de una prestación exigida al adversario u otra circunstancia que debe ser objeto del proceso, mientras esta no pruebe lo contrario’[[46]](#footnote-46).*

*En el del juramento estimatorio (art. 211 C.P.C.), la ley defiere al acreedor la facultad de estimar en dinero el derecho demandado (…).*

*[E]l anteproyecto del Código General del Proceso elaborado por el Instituto de Derecho Procesal menciona las modificaciones realizadas al juramento estimatorio y señala que éstas obligan a obrar sensatamente en la determinación del monto de la reclamación y de la inexactitud: ‘Se le da entidad al juramento estimatorio, que obliga a quien demanda solicitando el reconocimiento de mejoras, frutos, etc., a que obre con sensatez en el monto de la reclamación que hace y a la persona contra la cual se hace valer el juramento, a que especifique razonadamente la inexactitud que le atribuya a la estimación’[[47]](#footnote-47).*

Acerca del carácter limitativo que el juramento estimatorio entraña para resolver sobre las pretensiones indemnizatorias, la Corte Constitucional también ha señalado[[48]](#footnote-48):

*Los incisos segundo, cuarto y quinto de la norma [se refiere al artículo 206 del CGP] consagran el procedimiento aplicable al juramento estimatorio: otorga cinco (5) días para aportar o solicitar pruebas (…) impide el reconocimiento de una suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete y; señala que el juramento estimatorio no será aplicable a la determinación de daños extrapatrimoniales ni cuando el que reclame sea incapaz.*

*Estos incisos se refieren a aspectos de procedimiento y por ello no afectan el derecho a la administración de justicia, sino que por el contrario, otorgan garantías a las partes (…). De otro lado, la limitación de la condena a lo estimado en el juramento estimatorio es una consecuencia de la seriedad y lealtad que caracterizan a la administración de justicia y a los principios constitucionales de economía, celeridad, eficacia y buena fe que se predican del ejercicio legítimo de la actividad jurisdiccional, los cuales se hacen extensivos, sin excepción a todos los sujetos que integran la relación jurídico- procesal.*

Ahora, conviene precisar que, a la luz de lo que establece con meridiana claridad el artículo 206 del CGP, el juramento estimatorio constituye prueba del *´”monto”*, valor o cuantía del perjuicio, pero no de la ocurrencia del daño, la cual debe demostrarse con los restantes medios de prueba previstos en la legislación procesal.

Al respecto, vale la pena señalar lo que sobre este punto ha expuesto la jurisprudencia de esta Corporación[[49]](#footnote-49):

*… [E]n la sentencia SC876-2018, de 23 de marzo de 2018, proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (…), se expuso que el juramento estimatorio no relevaba a los actores de acreditar el perjuicio alegado. Al efecto se precisó lo siguiente:*

*‘… Además, aunque en la demanda se hizo el juramento estimatorio, tal acto no relevaba a los actores de acreditar la existencia del perjuicio, la prueba del incumplimiento y del menoscabo derivado del mismo era necesaria para la estimación de las pretensiones. Incluso, el parágrafo del artículo 206 del Código General del Proceso establece una sanción al litigante “…en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicio…”, ello con el condicionamiento establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-157 de 2013’ (…).*

*La sociedad Serviport S.A. considera que el Tribunal de Arbitramento incurrió en un defecto fáctico al momento de resolver en el laudo arbitral las pretensiones 1.5, 2.1, 2.2 y 2.3, por cuanto desconoció el contenido del juramento estimatorio efectuado en la demanda y el valor probatorio de dicho juramento para acreditar no solo el monto del daño sino el daño mismo (…).*

*En criterio de la Sala, los argumentos del actor en relación con la configuración del defecto fáctico no resultan procedentes, por cuanto (…) la Corte Constitucional, en la sentencia C-157 de 2013, declaró la exequibilidad del parágrafo único demandado bajo el entendido de que tal sanción –por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa de la misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte.*

*Por tanto, se reitera que, de conformidad con tal argumentación de la Corte Constitucional, quien alegue la ocurrencia de perjuicios, a partir de los cuales demande una indemnización, debe demostrarlos por medios distintos del juramento estimatorio porque de conformidad con lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso ‘incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen’.*

Ahora bien, sobre la relación existente entre el juramento estimatorio y el principio de congruencia, un sector de la doctrina ha considerado que lo pretendido por el legislador al establecer dicha institución, es que la cuantía de la prestación reclamada se determine desde la presentación de la demanda, aun al margen de que las pretensiones de la parte actora se encaminen a que se condene *“a la suma que resulte probada en el proceso”*, lo cual no prevalece sobre la estimación juramentada, ya que el inciso 5 del artículo 206 del C.G.P. señala que son *“ineficaces las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento”*[[50]](#footnote-50)*.* A partir de ello, concluye:

*Con base en lo anterior, los valores determinados en el juramento estimatorio se convierten o constituyen en uno de los extremos de la aplicación del principio de congruencia, en el sentido de que el juez no podrá fallar extra petita ni ultra petita, no por mayores cantidades de las previstas en el juramento estimatorio ni por otras razones*[[51]](#footnote-51).

El juramento estimatorio comporta, entonces, el límite máximo para la parte demandante y para el juez, respecto de la fijación del valor de los perjuicios, de suerte que no se puede otorgar indemnización que sobrepase tal barrera, salvo si se ha formulado objeción en los términos ya expuestos. En contrapartida, si lo que ocurre en el proceso es que se prueba como monto de los perjuicios una suma menor a la estimada bajo juramento en la demanda, la norma prevé como sanción para el demandante el pago del 10% de la diferencia, cuando el valor probado exceda en un 50% al fijado en el juramento estimatorio[[52]](#footnote-52).

Ahora, sin perjuicio de todo lo anterior, debe tenerse en cuenta que, de conformidad con el artículo 206, incisos sexto y séptimo, del CGP, el juramento estimatorio no es aplicable para la cuantificación de daños extrapatrimoniales ni para indemnizaciones, compensaciones, frutos o mejoras reclamados por un incapaz.

Por otro lado, en cuanto a la aplicación del juramento estimatorio en el proceso arbitral, de conformidad con el artículo 12 de la Ley 1563 de 2012, la demanda respectiva debe reunir los requisitos exigidos en el estatuto procesal civil, hoy contenido en el Código General del Proceso[[53]](#footnote-53), cuyo artículo 82, a su vez, establece como uno de los requisitos de la demanda la presentación del juramento estimatorio *“cuando sea necesario”* (numeral 7), vale decir, cuando se *“pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras”*, como lo impone el artículo 206 del CGP.

Por tanto, es palmario que, en materia de requisitos, admisión, inadmisión y rechazo de la demanda, el estatuto de arbitraje remite únicamente al Código General del Proceso, el cual prevé la obligación de presentar juramento estimatorio cuando se dan los presupuestos del artículo 206 *ibídem*.

Así las cosas en todo proceso arbitral en que se pretenda la indemnización de perjuicios, tiene aplicabilidad el juramento estimatorio, por ser este un requisito establecido en la Ley 1563 de 2012, por vía de remisión al Código General del Proceso, que el estatuto de arbitraje estableció sin excluir los asuntos en que sea parte el Estado.

En esa medida, cuando una entidad estatal suscribe un pacto arbitral, se somete junto con su contraparte a las reglas establecidas en la Ley 1563 de 2012 y a las pautas procesales allí fijadas, incluidas las que establecen la aplicación de las reglas del CGP, en particular el juramento estimatorio, aunque no puede dejarse de lado que, en esta específica materia, la parte contraria a la que lo formula puede objetarlo e incluso desvirtuarlo con los mecanismos probatorios previstos en el ordenamiento.

**6. Caso concreto**

**6.1. Problema jurídico**

En el presente caso, le corresponde a la Sala establecer si el tribunal de arbitramento omitió valorar las pruebas allegadas a la actuación y necesarias para decidir y, si con esa alegada omisión adoptó un fallo en conciencia.

Asimismo, deberá dilucidarse si el laudo recurrido contiene condenas *ultra petita* por concepto de los perjuicios derivados de la *“falta de reajustes”* del precio del contrato y de las obras que se alegaron como ejecutadas y no pagadas por la entidad estatal contratante.

**6.2. Argumentos del recurso y análisis de la Sala**

**6.2.1. De la causal de *“fallo* *ultra petita respecto de la revisión de precios”***

La entidad convocada –que hoy impugna el laudo arbitral- estructuró su recurso invocando en primer término la causal de fallo *ultra petita*, la cual, en su sentir, se configuró por haberse impuesto, en la providencia censurada, una condena por concepto de *“falta de reajustes del contrato”,* superior a la que se había indicado en el juramento estimatorio de la demanda de arbitramento.

Reprochó, adicionalmente, que el tribunal arbitral hubiera aplicado a ese respecto la fórmula prevista en el numeral 47.1 de las Condiciones Generales del Contrato, pese a que esa cláusula establecía expresamente que la indicada fórmula solo sería empleada si las partes así lo acordaban en las Condiciones Especiales del Contrato, supuesto que no aconteció. En su lugar –según la parte recurrente-, se debió aplicar la fórmula presentada en el dictamen financiero rendido en el proceso arbitral.

**6.2.1.1 Análisis de la Sala**

En el numeral 15.2 de la parte resolutiva, el laudo arbitral impugnado impuso una condena *ultra petita* por concepto de *“falta de reajustes del contrato”*, toda vez que, en ese rubro, ordenó el pago de $12.901’996.621, pese a que en el juramento estimatorio de la demanda se había tasado dicho ítem en la suma de $3.484’609.476 (fl. 181, c. 1).

Como se señaló de manera precedente, el juramento estimatorio exigido en el artículo 206 del Código General del Proceso constituye, por disposición de esa misma norma, medio de prueba del monto de los perjuicios solicitados y un límite o tope máximo de la pretensión que no puede ser sobrepasado por el juez, en la medida en que se le impide reconocer *“suma superior a la indicada en el juramento estimatorio”*, salvo en lo relativo a los perjuicios causados después de la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete.

A su vez, la objeción al juramento estimatorio tiene unos requisitos igualmente dispuestos en el comentado artículo 206 del CGP, consistentes en especificar de manera razonada la inexactitud que se le atribuya a la estimación. Sin tal especificación, la norma advierte que no es posible tener en cuenta la objeción. En contrapartida, la objeción debidamente formulada da lugar a que el juez corra traslado de la misma a la parte que presentó el juramento estimatorio, por el término de cinco días, para que allegue las pruebas pertinentes. Es esa objeción, así tramitada, la que abre el paso para que el juez pueda resolver sobre la pretensión aun por encima de lo tasado en el juramento. Sobre esta materia, la doctrina ha puntualizado:

*La objeción se hace por escrito, en el mismo proceso, incidente o petición especial, y debe cumplir con los requisitos que establece la última parte del inciso primero del artículo 206 del CGP, que indica la necesidad de: afirmar que se presenta objeción al juramento estimatorio; y especificar razonadamente la inexactitud que se atribuye a la estimación, es decir, referirse a cada rubro, partida o concepto del juramento estimatorio, afirmando por qué dicha cifra es inexacta (…).*

*Tanto quien presenta el juramento estimatorio, como quien lo objeta, actúan sobre la hipótesis de que habrá condena, si no hay condena, el juramento estimatorio no tiene importancia alguna, pero si hay condena ya se sabe cuál es su monto.*

*Si la objeción no se presenta con el cumplimiento de los requisitos establecidos, es decir, ‘especificando razonadamente la inexactitud que se le atribuye a la estimación’ (…), el juez no la podrá tener en cuenta. En este caso el juramento estimatorio seguirá siendo prueba del valor de la prestación, siempre y cuando haya sido presentado en debida forma.*

*Presentada la objeción, el juez de inmediato concede a la parte que presentó el juramento el término de cinco días para que aporte o solicite las pruebas pertinentes sobre el valor de la pretensiones, indemnización, mejoras, frutos o compensación. El juez deberá previamente verificar si la objeción se presentó en debida forma, si es así, concede el término a quien presentó el juramento para que aporte o presente las pruebas pertinentes; pero si la objeción no cumple los requisitos legales, debe abstenerse de conceder el término, porque no puede haber dos medios probatorios sobre el valor de las pretensiones, pues como ya se dijo, el juramento estimatorio es prueba única si no es objetado o rechazado*[[54]](#footnote-54).

En el presente caso, se advierte que el juramento estimatorio presentado con la demanda de arbitramento no fue objetado por la entidad estatal convocada, la cual solo manifestó que se oponía a tal estimación por cuanto las pretensiones allí enunciadas carecían de *“título jurídico”* que permitiera acceder a ellas, por no estar probadas.

En su contestación, la parte convocada adujo que la prueba de tal *“oposición”* consistía en el proyecto de acta de liquidación del contrato, que arrojó como único saldo a favor del contratista la suma de $532’389.751, pero se abstuvo de dar aplicación al artículo 206 del C.G.P., en cuanto a la necesidad de precisar y especificar en forma razonada la inexactitud de la estimación, para lo cual era menester precisar, rubro por rubro, el yerro en la tasación de su cuantía, sin que fuera suficiente –para tener tal planteamiento como una objeción- alegar que no se había demostrado el derecho del cual se derivaba cada perjuicio allí cuantificado.

Aunado a ello, el tribunal de arbitramento no le impartió a esa manifestación de la entidad el trámite de una objeción, puesto que no corrió el traslado previsto en el artículo 206, inciso segundo, del C.G.P. Por tanto, mal podía considerarse en el laudo que el juramento estimatorio presentado por el consorcio CC había sido *“objetado”* por la convocada, razón por la cual, dicho juramento mantuvo su condición de única prueba del monto de las pretensiones y de suma máxima solicitada por la convocante, en los términos ya explicados.

En esa medida, la reclamación de los perjuicios derivados de la alegada *“falta de reajustes del contrato”* solo podía resolverse con fundamento en lo tasado por el consorcio CC en el numeral 5.6.4. del juramento estimatorio, en el cual, como ya se señaló, fue calculado el valor de dicho rubro en $3.484’609.476.

Con base en lo hasta aquí señalado, se concluye que prospera la causal de anulación de *“fallo ultra petita respecto de la revisión de precios”*, invocada por Metro Cali S.A., hoy recurrente.

Por consiguiente, en los términos del artículo 43 de la Ley 1563 de 2012, se corregirá el numeral 15.2 de la parte resolutiva del laudo arbitral impugnado, en el sentido de fijar como monto de la condena allí impuesta, únicamente el que se señaló en el numeral 5.6.4 del juramento estimatorio de la demanda principal, debidamente actualizado.

En este punto cabe precisar que, si bien es claro que la causal alegada está llamada a prosperar, no hay lugar a acoger los argumentos esbozados por la parte recurrente, en cuanto a que el tribunal ha debido aplicar, según su dicho, la fórmula de reajuste que fue utilizada en el dictamen financiero rendido en el proceso de arbitramento, y no la fórmula prevista en el artículo 41.7 de las Condiciones Generales del Contrato de Obra N° 5.4.7.08.09 de 2009. Tal planteamiento no es pasible de pronunciamiento por parte de la Sala, puesto que no encuadra en el supuesto de la causal de nulidad por fallo *ultra petita,* sino que se encamina a cuestionar el análisis de fondo que, a la luz del contrato y de otros soportes de carácter jurídico, efectuó el panel arbitral para concluir que la fórmula procedente era la prevista por las partes en el documento contractual.

Dado que este aspecto escapa del margen de competencia del juez del recurso de anulación, no se tendrá en cuenta para efectos de corregir el numeral 15.2 del laudo arbitral objeto de recurso, corrección que, se reitera, se limitará a indicar como valor de la condena por concepto de *“falta de reajuste del contrato”* –con la correspondiente actualización-, el que se indicó en el juramento estimatorio de la demanda principal, el cual no fue objetado.

Ahora bien, en el laudo arbitral se señaló que la parte convocante había reconocido expresamente que, durante la ejecución del contrato, recibió de la entidad estatal la suma de $88’230.269 por concepto de ajuste de precios. En efecto, en el numeral 5.6.4.2.2 de los hechos de la demanda, el consorcio CC expresó que Metro Cali S.A. y la interventoría habían reconocido como saldo a favor del contratista la indicada suma de dinero, como ajuste a los precios referidos en *“la Adición N° 3”* (fl. 162, c.1). Sin embargo, la Sala no descontará esa cantidad de la condena por *“falta de reajuste del contrato”*, toda vez que, como se desprende de la misma demanda, el valor tasado por ese concepto en el juramento estimatorio ya había tenido en cuenta el pago previo de los $88’230.269, lo cual se hace palmario si se tiene en cuenta que en los mismos hechos de la demanda, la parte convocante precisó que su reclamación se encaminaba al pago del *“reajuste de precios faltante”*, reflejado, de contera, en la aludida estimación (fl. 162, c.1).

Finalmente, se precisa que la actualización del valor imputado al reajuste de precios reclamado por la parte convocante se efectuará a partir de la fecha de presentación de la demanda -29 de febrero de 2016-, momento en el cual, la cantidad tasada por el consorcio CC en el juramento estimatorio correspondió a la cuantía que consideró vigente para esa época (fl. 180, c.1).

Por consiguiente, la suma de $3.484’609.476, estimado bajo juramento como valor del perjuicio causado por *“falta de reajustes del contrato”*, se actualizará a la fecha del presente fallo, así:

 Índice final – enero 2019 (100,60)

VA = VH ----------------------------------------------------------

 Índice inicial – febrero de 2016 (90,33)

VA = $3.484’609.476 x 100,60

 ----------

 90,33

VA = $3.880’789.475

 Valor actualizado del perjuicio que se derivó

 de la *“falta de reajustes del contrato”*: ------------------- $3.880’789.475

**6.2.2. De la causal de *“fallo ultra petita respecto de la indexación de las condenas por obras ejecutadas y no pagadas”***

La parte convocada señaló que la indexación de la condena impuesta por obras ejecutadas y no pagadas había sobrepasado el límite fijado por el consorcio CC en la demanda arbitral, puesto que allí solicitó la convocante, el *“pago actualizado o corregido monetariamente”* de las sumas que resultaran a cargo de Metro Cali S.A., de suerte que, según la recurrente, el margen de decisión en el laudo estaba trazado únicamente por la indexación del valor solicitado en la demanda.

La entidad estatal esbozó ese planteamiento en los siguientes términos:

*Así las cosas, el límite establecido para respetar el principio de congruencia en este punto era actualizar o indexar a valor presente las sumas en que Metro Cali resultara condenado. Cualquier condena o resolución del Tribunal Arbitral que superara su valor, atentaría contra el principio de congruencia. Sin embargo, respecto de las reclamaciones por obras ejecutadas y no pagadas, el Tribunal condenó a Metro Cali a valores que no corresponden a los solicitados o a los probados con su debida indexación.*

Asimismo, señaló que en el laudo se le había condenado *“a pagar valores que realmente no reflejan el valor solicitado”* por la parte convocante y que los montos concedidos excedían de manera considerable *“a los solicitados por el Consorcio CC”* (fl. 598, c.r.).

Para la parte convocada, la indexación de las sumas solicitadas en la demanda arbitral se debía efectuar con base en el Índice de Precios al Consumidor (IPC) o en el Índice de Costos de Producción Pesada (ICCP), operación que, en cualquiera de estos casos y, según los cálculos de la misma recurrente, arrojaba sumas inferiores a las indicadas por el tribunal en el laudo arbitral.

Reprochó, asimismo, que se hubiera condenado a la entidad estatal a pagar valores que superaran *“una indexación real y verdadera”* que reflejara, en sentir de la convocada, *“el valor de lo pedido en la actualidad al momento de proferirse el laudo”* y, a manera de ejemplo, efectuó su propio cálculo de indexación sobre siete de las obras aducidas como ejecutadas y no pagadas, lo cual, bajo el IPC, le arrojó un total de $1.181’540.688, mientras que el tribunal, en su criterio, excedió esa suma, por cuanto la actualización efectuada en el laudo daba un total de $1.248’602.065.

**6.2.2.1. Análisis de la Sala**

La condena impuesta en el numeral 15.3 del laudo impugnado, referente a la indemnización de perjuicios por obras ejecutadas y no pagadas, es *ultra petita,* por cuanto rebasa los valores solicitados por ese concepto, en el juramento estimatorio de la demanda arbitral. Por consiguiente, se anulará y se corregirá la indicada disposición, aunque deben hacerse algunas precisiones respecto de algunos de los argumentos que en este punto esbozó la entidad convocada, en el recurso de anulación.

En efecto, se precisa en primer término que el análisis del cargo de nulidad por decisión *ultra petita* no puede circunscribirse al examen de la fórmula o método de actualización que empleó el tribunal de arbitramento para establecer el valor indexado del perjuicio, aspecto que la convocada cuestiona en su recurso pero que escapa de la órbita competencial del juez de la anulación, especialmente frente a la causal invocada. Así, la entidad recurrente manifiesta que el límite plasmado en la demanda para la pretensión mencionada es *“la debida indexación”* de las sumas solicitadas en la demanda, y que el tribunal efectuó concesiones por encima de tal margen, ya que la actualización que realizó la convocada con base en el IPC y en el ICCP arrojaba valores inferiores a los fijados en el laudo, sin que los árbitros explicaran, además, el método utilizado. No obstante, el hecho de que se aplique una u otra fórmula de actualización no es, por sí mismo, demostrativo de la configuración de fallo *ultra petita*, como tampoco lo es la simple discrepancia del censor con la fórmula usada, las variables aplicadas y/o las cifras obtenidas.

Aunado a lo anterior, vale la pena subrayar que tampoco prueba la ocurrencia del fallo *ultra petita* el hecho de que el panel arbitral no hubiera especificado las variables ni la metodología utilizada para calcular la indexación, circunstancia que, al margen de que sea o no un yerro del tribunal, no encuadra *per se* en los supuestos de la causal contemplada en el artículo 41, numeral 9 de la Ley 1563 de 2012.

En segundo lugar, se tiene que tampoco es *ultra petita* la condena que se impone por montos superiores a los que obtuvo el impugnante en sus propios cálculos plasmados en el recurso, sino aquella que sobrepase los límites trazados en las pretensiones de la demanda y en la cuantía que allí se señale –como en esa misma causal lo señaló el recurrente-, dejando a salvo, naturalmente, la indexación que corresponda desde la presentación de la demanda hasta la fecha del laudo.

Resulta imprecisa la afirmación de la parte recurrente, según la cual, el límite establecido para respetar el principio de congruencia *“era actualizar o indexar a valor presente las sumas a que Metro Cali resultara condenado”* y que lo que sobrepasara este margen comportaba un fallo ultra petita. Tal planteamiento no es acertado, pues la pretensión de que se reconozca la indexación no refleja en sí misma una suma o cantidad máxima que no pueda ser excedida en el fallo ni un límite cuantificable que permita establecer cuál es el margen definitivo para no proferir un fallo *ultra petita.* Aunado a ello, no se probó que el tribunal hubiera hecho un ejercicio adicional a la simple actualización en el momento de resolver sobre la condena por el valor de las obras ejecutadas y no pagadas, de manera que tampoco podría concluirse –si tal discusión fuera posible- que el panel arbitral hubiera rebasado cualitativamente la pretensión mencionada, vale decir, que en lugar de actualizar, hubiera hecho otros cálculos u operaciones no pedidos en la demanda, respecto de esa categoría de perjuicio, derivando ello en el reconocimiento de sumas superiores a las reclamadas por la parte convocante.

Ahora bien, en cuanto al alegado exceso concedido en la indicada condena, sobre la suma solicitada en la demanda e indexada en el laudo, se advierte que, en efecto, el monto reconocido en el numeral 15.3 de la providencia recurrida supera el total de la tasación hecha por el consorcio C.C. en el juramento estimatorio, respecto de los ítems relativos a las obras ejecutadas y no pagadas, aun tomando su indexación.

Así, la parte actora subdividió el indicado rubro en las siguientes categorías, asignándoles en el juramento estimatorio los valores que se señalan a continuación (fl. 181, c.1):

|  |  |
| --- | --- |
| GRUPO DE OBRAS EJECUTADAS Y NO PAGADAS | VALOR ASIGNADO EN EL JURAMENTO ESTIMATORIO |
| *Actividades pagadas en una cantidad inferior a la ejecutada (…) remuneradas por precios unitarios.* | $2.868’005.736 |
| *Actividades pagadas en una cantidad inferior a la ejecutada (…), remuneradas por precio global.* | $386’515.776 |
| *Actividades pagadas en una cantidad inferior a la ejecutada – obra ordenada y parcialmente remunerada.* | $3.109’809.537 |
| *Actividades pagadas en una cantidad inferior a la ejecutada – obra ordenada y no remunerada.* | Sin valor indicado |
| *Obra ejecutada, avalada y reconocida y no pagada por falta de disponibilidad presupuestal.* | $2.640’337.121 |
| TOTAL | $9.004’668.170 |

Al actualizar la suma total señalada, desde la fecha de presentación de la demanda (29 de febrero de 2016) hasta la expedición del laudo arbitral (7 de junio de 2018), se obtiene la suma de $9.899’851.610, con base en la siguiente fórmula:

 Índice final – junio de 2018 (99,31)

VA = VH ----------------------------------------------------------

 Índice inicial – febrero de 2016 (90,33)

VA = $9.004’668.170 x 100,60

 ----------

 90,33

VA = $9.899’851.610

El valor final obtenido con la anterior actualización –valor que correspondería a la tasación hecha en el juramento estimatorio, indexada-, es inferior a la condena impuesta en el numeral 15.3 del laudo arbitral del 7 de junio de 2018, la cual fue de $9.980’618.217,22, cantidad que, por consiguiente, excedió en $80’766.607,22 lo pretendido por la parte convocante.

Por tanto, se declarará próspera la causal de anulación de *“fallo ultra petita”*, respecto del numeral 15.3 del laudo impugnado, acápite que deberá corregirse con la indicación del valor actualizado del perjuicio correspondiente a las obras ejecutadas y no pagadas, tasado en el juramento estimatorio y actualizado a la fecha del laudo arbitral, en los términos anteriormente indicados.

**6.2.3. De la causal de *“fallo en conciencia por el reconocimiento de perjuicios y sobrecostos derivados de la menor productividad”.***

Para explicar el indicado cargo, la parte recurrente refirió que el consorcio CC había solicitado en la demanda el reconocimiento de sobrecostos derivados de lo que denominó *“menor productividad”*, representados en los supuestos gastos extraordinarios en que debió incurrir por el cambio de diseños de la vía subterránea de la Calle 25 con Carrera 18 de Cali y el traslado de tubería en ese mismo tramo de la obra.

Al respecto, la entidad convocada señaló que los mencionados sobrecostos se habían hecho consistir en los pagos efectuados por la convocante a sus subcontratistas y que, si bien el tribunal de arbitramento aceptó que las reclamaciones del consorcio por la prórroga y las obras adicionales ocasionadas por las contingencias del deprimido de la Calle 25 ya habían sido objeto de adición, también concluyó que las actas y contratos adicionales en los que se incrementó el valor pactado no incluyeron los rubros específicos reclamados en la demanda.

En este punto, reprochó, en primer lugar, que el colegio de árbitros hubiera condenado a Metro Cali S.A. por los sobrecostos derivados del cambio de diseños de la vía subterránea de la Calle 25, pese a que en el mismo laudo había concluido que la entidad estatal solo tenía a su cargo la elaboración de los diseños iniciales, mientras que era el contratista el obligado contractualmente a revisar y ajustar esos diseños, lo cual incluía, en su sentir, los cambios que fueran necesarios durante la ejecución de la obra. En torno a este aspecto, consideró que el tribunal *“se alejó consicentemente (sic) y con fundamento exclusivo en su íntima convicción, del texto contractual”* y del artículo 1602 del Código Civil.

Como segundo aspecto de censura, reiteró que el laudo arbitral otorgó indemnización por sobrecostos que ya habían sido reconocidos y pagados por Metro Cali S.A. en varios acuerdos de voluntades celebrados durante el término de ejecución, concretamente, las Actas 4 y 6 y los Contratos Adicionales 1 y 2 -cuyo contenido transcribió parcialmente en su recurso y sobre los cuales recalcó que las partes habían acordado adicionar el valor del contrato e incluir en ese incremento varias categorías de costos y un nuevo AIU-. En esa medida, consideró que el tribunal se había apartado de las pruebas obrantes en el proceso y había adoptado su decisión solo con base en su *“leal saber y entender”*.

En tercer lugar, adujo que el laudo había sido proferido sin consideración a la jurisprudencia aplicable, referente al plazo u oportunidad que tienen los contratistas para hacer reclamaciones económicas o formular salvedades ante la entidad pública contratante. Afirmó que, de haberse dado aplicación a lo que ha señalado el Consejo de Estado sobre esa materia, en el laudo se habría concluido que las reclamaciones del consorcio CC eran extemporáneas, porque no las efectuó cuando suscribió las actas de prórroga y adición del contrato y los contratos adicionales.

Como cuarto y último punto de inconformidad dentro de la misma causal de *“fallo en conciencia por el reconocimiento de perjuicios y sobrecostos derivados de la menor productividad”*, recriminó que el tribunal hubiera incluido en la condena por los mencionados sobrecostos, sumas que el consorcio CC había solicitado como gastos causados por *“mayor permanencia en la obra”*, concepto que, a su vez, fue denegado en el mismo laudo arbitral, precisamente porque ya estaban incluidos en las actas y contratos adicionales en los que se pactaron los incrementos de costos de administración.

**6.2.3.1. Análisis de la Sala**

La entidad estatal recurrente, bajo la égida del fallo en conciencia, pretende reabrir el debate de fondo y cuestionar la hermenéutica del tribunal de arbitramento en relación con el régimen legal, contenido y alcance de las obligaciones contractuales.

En efecto, advierte la Sala que el laudo objeto de recurso no fue proferido en conciencia, por cuanto no se dictó al margen del ordenamiento jurídico, ni con prescindencia de las normas que regulaban la materia sometida a controversia, como tampoco se fundamentó en razonamientos que reflejaran el mero parecer de los árbitros o que dejaran por fuera la valoración jurídica y fáctica de las pruebas aportadas al trámite.

En lo referente al planteamiento del recurrente, según el cual, el tribunal desconoció el texto del contrato en cuanto se estipuló como obligación del consorcio CC no solo la revisión sino también el ajuste de los diseños cuando ello fuera del caso, se advierte que al pronunciarse sobre este punto, el panel arbitral acudió a las probanzas allegadas a la actuación, y con base en estas concluyó que las contingencias del deprimido de la Calle 25, que hicieron forzosa la adición y prórroga del contrato, se produjeron por fallas en los diseños iniciales, razón por la cual concluyó que le correspondía a Metro Cali S.A. cubrir los sobrecostos derivados de tales circunstancias –y que no se incluyeron, a su juicio, en las adiciones y prórrogas del negocio jurídico-.

Tal conclusión es, naturalmente, adversa a Metro Cali S.A., entidad que hoy en su recurso expone un criterio diferente al aplicado por el tribunal –esto es, que la responsabilidad por lo acontecido debía recaer en el consorcio, por ser el responsable del ajuste y eventual modificación de los diseños-, lo cual no significa que el panel de árbitros hubiera adoptado un fallo en conciencia al señalar que las interferencias y anomalías del deprimido de la Calle 25 ocurrieron por deficiencias en los diseños que en un comienzo entregó la entidad estatal, pues este análisis fue estructurado en el laudo sobre la base probatoria suministrada por las partes durante la actuación.

En efecto, al pronunciarse sobre este aspecto, los árbitros enunciaron el texto del contrato, así como las comunicaciones, oficios y demás documentos suscritos por las partes, el interventor y otras entidades durante la ejecución del contrato, en los que se evidenciaron los hallazgos de interferencias en la zona del deprimido de la Calle 25 y la necesidad de modificar sus diseños y de ejecutar obras no previstas en el clausulado inicial. Con base en tales elementos de prueba, aludidos y analizados en el laudo, el tribunal arribó a la conclusión plasmada en la misma providencia, cual fue, se reitera, la de que esas nuevas circunstancias que hicieron más oneroso y prolongado el contrato se causaron por ser irregulares los diseños iniciales del proyecto.

Por tanto, mal puede señalarse que el tribunal desconoció las obligaciones que recaían sobre el consorcio en materia de ajuste de los diseños, y mucho menos que el panel arbitral hubiera prescindido totalmente de las pruebas para decidir ese punto de la controversia, pues lo que ocurrió fue que en el laudo se efectuó un análisis probatorio con orientaciones y conclusiones que no se acompasaron con el criterio e interés de la parte convocada, lo cual, en manera alguna es configurativo del vicio de fallo en conciencia por cuanto este, se reitera, solo se produce cuando es manifiesta en el laudo la total prescindencia del ordenamiento jurídico y de las pruebas obrantes en la causa, necesarias para resolver.

La misma conclusión puede exponerse frente al segundo punto de reproche de la parte convocada, relativo a que el tribunal, supuestamente, se aferró a su exclusivo criterio al reconocer sobrecostos por *“menor productividad”* pese a que estos ya habían sido, a su vez, reconocidos y pagados por Metro Cali S.A. en virtud de las Actas 4 y 6 y los Contratos Adicionales 1 y 2.

Al respecto, la Sala advierte que en el laudo arbitral sí se expusieron las adiciones del valor del contrato, pactadas por las partes en las mencionadas actas y contratos adicionales, pero sobre esta cuestión la providencia indicó que, en ninguno de tales acuerdos de voluntades se incluyeron los sobrecostos ahora reclamados por la parte convocante, consistentes en los pagos hechos a los subcontratistas del consorcio por cuenta de la prolongación del contrato y de las obras. Esta conclusión, como la anteriormente analizada, es diferente a la que el censor del laudo consideró correcta, lo cual, se reitera, no entraña ni comporta la adopción de fallo en conciencia.

En efecto, el panel arbitral afirmó en el laudo:

*Con arreglo a la cláusula CGC 38.2, el objeto del Contrato Adicional N° 1 fue reconocer al Contratista el costo directo, los derechos, impuestos, gravámenes y gastos de administración ocasionados por las obras adicionales no previstas, en particular aquellas que tienen relación con la modificación a la vía subterránea localizada entre las Calles 23 y 26, así como los demás ajustes relacionados con el numeral 11 de las consideraciones del Acta N° 4. Sin embargo, de conformidad con la causa pretendi del Consorcio, la reclamación de la demanda se refiere a la menor productividad, que hace consistir en los mayores costos que tuvo que asumir por los pagos que debió efectuar a sus subcontratistas como consecuencia de las obras adicionales no previstas, en particular, por el retraso en la ejecución de tales obras, por circunstancias que no son del resorte del Consorcio.*

Luego, fue con fundamento en varias probanzas como se esbozó en la providencia una determinada conclusión, de ahí que no haya lugar a señalar que lo decidido en este punto por el tribunal hubiera sido *en conciencia,* pues los árbitros no prescindieron de la valoración probatoria echada de menos por el recurrente, sino que decidieron de forma distinta a la pretendida por este, aspecto que no hace parte del examen que le corresponde hacer a la Sala en sede del recurso de anulación, menos aún frente a la causal prevista en el artículo 41, numeral 7, de la Ley 1563 de 2012, pues, como lo subraya la jurisprudencia, la causal de anulación de *“fallo en conciencia”* no se puede declarar rebatiendo el análisis probatorio hecho por el tribunal, puesto que solo hay decisión *“en conciencia”* cuando el juez se apoya exclusivamente en su íntima convicción y prescinde de toda consideración jurídica y probatoria.

El tercer aspecto reprochado por la parte recurrente dentro de esta misma causal, se refiere a que el panel arbitral omitió aplicar la jurisprudencia referente a la *“oportunidad preclusiva”* que tienen los contratistas para hacer reclamaciones económicas o formular salvedades ante la entidad pública contratante.

Este punto de censura no es configurativo del fallo en conciencia ni se enmarca en la aludida causal, puesto que la circunstancia de que en el laudo se prescinda de determinado criterio jurisprudencial o se omita el mismo no da lugar a que la decisión sea en conciencia, si esta se ha fundamentado en determinadas normas y en una valoración probatoria concreta, lo cual aconteció en el caso *sub lite,* como se viene de exponer. Por lo demás, el debate en torno a la oportunidad para las reclamaciones de los contratistas y la aplicabilidad de la jurisprudencia referida por la entidad recurrente corresponde al fondo de la controversia, lo cual escapa del margen competencial del juez del recurso extraordinario de anulación, quien solo debe examinar los errores *in procedendo* de que adolezca el laudo arbitral impugnado, y no los eventuales errores *in judicando*, como anteriormente se advirtió.

Finalmente, en lo que atañe a la inclusión en la condena por sobrecostos derivados de la *“menor productividad”*, de valores reclamados por concepto de *“mayor permanencia en obra”*, habiéndose denegado estos en el mismo laudo al resolverse sobre este último concepto, encuentra la Sala que este punto de censura invocado en el recurso tampoco encuadra en los presupuestos de la causal invocada, puesto que no refiere ni revela la expedición de un laudo en conciencia fundado en el simple entendimiento personal de los árbitros o carente absolutamente de sustrato jurídico, sino que censura otra clase de vicios o fallas[[55]](#footnote-55) no alegadas ni especificadas en el recurso aquí analizado, de suerte que no resulta procedente abordar en la presente instancia, tal exposición de la entidad estatal.

**6.2.4. De la causal *“fallo en conciencia por la aplicación de la Cláusula 47.1 de las Condiciones Generales del Contrato (CGC)”.***

Bajo la premisa de que el fallo en conciencia también se configura cuando el juez *“se aparta de las disposiciones del contrato”* (fl. 613 c.r), la sociedad Metro Cali S.A. consideró que el indicado vicio había quedado manifiesto en el laudo al aplicarse en este la cláusula 47.1 de las Condiciones Generales del Contrato de Obra N° 5.4.7.08.09 de 2009 –contentiva de la fórmula de reajuste de precios-.

Así, la parte recurrente cuestionó ese ejercicio analítico del tribunal, exponiendo que la propia cláusula 47.1 de las CGC establecía su aplicabilidad únicamente cuando las partes así lo pactaran expresamente en las Condiciones Especiales del Contrato (CEC), lo cual no ocurrió en el caso concreto, ni aun después de quedar anulada la cláusula 47.1 de las CEC, que establecía la no sujeción del contrato a ninguna fórmula de reajuste.

Afirmó (fl. 613, c.r.):

*… [T]ratándose de la reclamación por la falta de reajuste de precios del contrato, el Tribunal Arbitral, una vez que declaró oficiosamente la nulidad de la cláusula 47.1 de las Condiciones Especiales del Contrato (…), decidió remitirse a las Condiciones Generales del Contrato para dar aplicación a lo dispuesto en la cláusula 47.1, siendo que del texto de dicha disposición se desprende que solo podía tener aplicación cuando las partes expresamente lo pactasen (…).*

*El mismo texto contractual subraya que lo dispuesto en esa cláusula solo tendría aplicación ‘si así se estipula en las CEC’. Es claro que en las Condiciones Generales del Contrato no existía un pacto en ese sentido (…).*

En razón de lo anterior, concluyó que el panel de árbitros se había apartado del texto del contrato *“para dar paso a su íntima convicción”* en el momento de liquidar el reajuste de los precios del contrato, circunstancia que, según su dicho, dio lugar a la adopción de fallo en conciencia.

**6.2.4.1. Análisis de la Sala**

Nuevamente pretende la parte recurrente, por la vía de invocar el *“fallo en conciencia”*, controvertir los razonamientos de fondo planteados en el laudo.

Al exponer el motivo por el cual cuantificaría la condena por concepto de reajuste de precios del contrato aplicando la fórmula prevista en la cláusula 47.1 de las CGC, el tribunal explicó que la misma había sido acogida por las partes en las Actas 21 y 23 del contrato, en las cuales pactaron la realización de obras a precios unitarios, sujetos a reajustes con base en lo previamente acordado. De igual manera, señaló que la indicada fórmula estipulada contractualmente contenía índices correctamente aplicados, desde el punto de vista de la fecha de su vigencia, lo que no acontecía con la fórmula utilizada en el dictamen pericial rendido en el proceso.

Vale la pena referir, adicionalmente lo expresado por el tribunal, en cuanto expuso: (fl. 221, c.r.):

*… [E]n cuanto las partes del Contrato de Obra N° 5.4.7.08.09 de 2009 pactaron de manera expresa una fórmula de reajuste de precios a la altura de la cláusula 47.1 de las Condiciones Generales del Contrato –CGC-, en relación con la cual también convinieron unas modificaciones mediante el Acta N° 21 de diciembre 12 de 2013, estipulaciones contractuales estas de carácter vinculante según los precisos términos del artículo 1602 del Código Civil y acerca de las cuales no se advierte vicio alguno que pudiere afectar su eficacia, su existencia o su validez, el Tribunal considera que deben ser entonces esos acuerdos contractuales cuyos efectos deben tenerse en cuenta y aplicarse mediante el presente Laudo, sin que haya razón válida para dejarlos de lado y acoger, sin fundamento suficiente para ello, la fórmula de reajuste de precios que según su propia experiencia propuso el dictamen financiero (…).*

Salta a la vista que, en este punto de crítica esbozado por el recurrente, tampoco hubo lugar a un proveído dictado en conciencia, pues su adopción no se hizo al margen del ordenamiento jurídico ni con prescindencia total de las pruebas, sino con base en estas, previamente valoradas. Para optar por la fórmula de reajuste hoy reprochada por la entidad, el tribunal no solo tuvo en cuenta el texto del contrato sino también el dictamen financiero rendido en el proceso y las actas 21 y 23 de 2013, en las cuales las partes aplicaron justamente la fórmula acordada previamente, esto es, la contenida en la cláusula N° 47.1 de las Condiciones Generales del Contrato.

Por tanto, se trata de una decisión que el tribunal adoptó en derecho y no bajo su exclusiva e íntima convicción -como lo pretendió aducir la parte convocada- puesto que se fundamentó en las probanzas del proceso. Cosa distinta es que las conclusiones del tribunal sobre la aplicabilidad de la fórmula –sustentadas, se reitera, sobre las pruebas e incluso sobre una norma jurídica: el artículo 1602 del Código Civil- no se acompasen con el criterio jurídico de la parte convocada, afectada con lo resuelto, cuestión esta que, como ya se ha dicho, no entraña un fallo en conciencia ni es pasible de examen en sede del recurso extraordinario de anulación.

Como lo ha reiterado la jurisprudencia, una decisión equivocada no se equipara ni se identifica con un fallo dictado en conciencia, ni el desacuerdo de una de las partes con los razonamientos hechos en el laudo hace procedente la indicada causal, puesto que el recurso de anulación no se previó como forma de apertura de una nueva instancia de discusión sobre el fondo de la controversia[[56]](#footnote-56).

Vale la pena referir lo que, en torno a este último aspecto, ha expuesto la Sección Tercera de esta Corporación:

*La decisión equivocada no se identifica con la decisión en conciencia, de manera que la causal de anulación citada no puede justificar la revisión de la argumentación jurídica elaborada por el Tribunal de Arbitramento, por parte del juez del recurso. De otra manera, so pretexto de su interposición, se abriría paso para desconocer la convención celebrada por las partes, en el sentido de no acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa, sometiendo la controversia a la decisión de árbitros, que deben fallar en única instancia. De allí que, como se ha expresado, el recurso de anulación no dé lugar al trámite de una nueva instancia; que, además, las causales previstas para su interposición estén dirigidas a corregir errores in procedendo y, sólo de manera excepcional, errores in judicando, y que, en este último caso, como también se ha dicho, los límites del juez estén claramente definidos en la ley[[57]](#footnote-57).*

Luego, el fallo no es en conciencia por el hecho de que la interpretación normativa y el análisis jurídico que contiene sean equivocados desde el punto de vista sustancial, ni porque se valoren las pruebas en forma distinta a la estimada como correcta por el censor. En caso de que estos eventos puedan ser, ocasionalmente, configurativos de algún vicio, este no sería el de fallo en conciencia, sino que se trataría de un yerro *in judicando,* referente al debate de fondo y a la adecuada aplicación del derecho sustancial, aspectos estos que, precisamente, por no entrañar *errores in procedendo*, no son susceptibles de examen en sede del recurso extraordinario de anulación del laudo arbitral.

Ahora, a la luz de todo lo anterior, para la Sala es del caso recalcar que, cuando el juez del recurso de anulación concluye que no se configuró la causal invocada por el impugnante, no está manifestando que se encuentra de acuerdo con la decisión de fondo adoptada en el laudo: únicamente está señalando que el error *in procedendo* acusado en el recurso no se cometió en la providencia reprochada, razonamiento este para el cual el juez no necesita –ni debe- adentrarse en el fondo del debate ni esbozar consideraciones sobre la forma como debió interpretarse y aplicarse la ley sustancial.

En consonancia con todo lo anterior, resulta claro que la causal invocada en este punto por el recurrente carece de vocación para prosperar, pues, se reitera, no es procedente invocar la causal de fallo en conciencia cuando el tribunal de arbitramento examina las pruebas o aplica el derecho de manera equivocada, ni cuando lo que se cuestiona es la valoración probatoria efectuada en el laudo. Aunque el recurrente exponga su propio análisis sobre cómo considera que debió interpretarse el contenido del contrato aducido como prueba en el caso concreto y cuáles fueron las conclusiones que, en su criterio, han debido adoptarse, estas consideraciones no encuadran en la causal aludida, puesto que recaen sobre un fallo que, en todo caso, se fundó en el ordenamiento jurídico, en reglas de derecho y en el mismo material probatorio. En esa medida –una vez más lo advierte la Sala- no hay lugar a acoger el recurso de anulación ni se puede declarar fundado, cuando la censura se encaminó a modificar o enmendar las interpretaciones que el tribunal arbitral efectuó con base en las pruebas y en disposiciones del ordenamiento jurídico.

**7. Conclusiones**

Así las cosas, se concluye que el tribunal de arbitramento incurrió en fallo *ultra petita,* en los numerales 15.2 y 15.3 del acápite resolutivo del laudo impugnado, puesto que en ellos impuso condena en contra de Metro Cali S.A. y a favor del consorcio CC, por sumas superiores a las señaladas por la parte convocante en el juramento estimatorio. Por consiguiente, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 43, inciso primero, de la Ley 1563 de 2012, se corregirán los indicados numerales, señalándose en ellos las sumas que corresponden a las de la estimación juramentada de la parte convocante, debidamente actualizadas.

De otro lado, en lo que atañe a la causal 7 de anulación de laudo arbitral, consistente en haberse proferido *“fallo en conciencia”* (art. 41, numeral 7, Ley 1563 de 2012), se concluye que no está llamada a prosperar en ninguno de los casos expuestos en el *sub lite* por el recurrente, toda vez que las decisiones cuestionadas por la parte convocada fueron adoptadas en derecho, dado que se fundamentaron en pautas jurídicas aplicables y en la valoración probatoria que el panel arbitral efectuó al proferir el laudo.

En este punto se reitera –y la Sala lo recalca- que, ni las conclusiones que de manera precedente se han esbozado ni la decisión que se adoptará en esta sentencia, en el sentido de declarar infundado el recurso extraordinario de anulación en lo referente a la causal de fallo en conciencia, se orientan en manera alguna a señalar que se comparte la decisión de fondo contenida en el laudo impugnado, pues, se reitera, la competencia del juez de lo contencioso administrativo, en sede del recurso de anulación del laudo arbitral, está limitada en forma diáfana y, exclusivamente, al examen de los yerros *in procedendo* que invoque la parte recurrente, con fundamento en las causales de anulación que taxativamente se enuncian en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. Por tanto, la no prosperidad del recurso en los indicados puntos de reproche no implica ni entraña una aquiescencia, acuerdo o conformidad de la Sala con lo resuelto por el tribunal de arbitramento, sino que solo pone de manifiesto que la causal de anulación invocada por el recurrente no se configuró.

Por consiguiente, al margen de que existan o no discrepancias con las conclusiones del panel arbitral en relación con los mencionados puntos de debate, lo cierto es que los árbitros no incurrieron en la causal de fallo en conciencia, porque estudiaron el contenido y alcance del contrato a la luz del Código Civil y de otras normas del ordenamiento, además de acudir a las pruebas allegadas por ambas partes.

De allí que la causal alegada no tiene vocación de prosperar, porque ello supondría o equivaldría a ponderar el grado de acierto de los argumentos de fondo del tribunal.

**8. Costas**

El inciso final del artículo 43 de la Ley 1563 de 2012 dispone que *“[S]i el recurso no prospera se condenará en costas al recurrente, salvo que dicho recurso haya sido presentado por el Ministerio Público”*. A su vez, de conformidad con lo normado en el artículo 42 de la misma ley, en la sentencia que resuelve el recurso de anulación *“se liquidarán las condenas y costas a que hubiere lugar”*.

No obstante lo señalado en las indicadas disposiciones, debe tenerse en cuenta que la Ley 1563 de 2012 nada dispuso en materia de costas para cuando el recurso prosperara de manera parcial, como aconteció en el presente caso, razón por la cual, teniendo en cuenta que en el *sub judice* sí prosperó el recurso de anulación, aun cuando solo lo hizo parcialmente no hay lugar a condenar en costas, ya que el supuesto legal para la imposición de las mismas es únicamente la no prosperidad del recurso de anulación, evento que, se reitera, no tuvo lugar en el presente caso, puesto que prosperaron dos de los cuatro cargos formulados por la parte convocada.

Por lo demás, se evidencia que si bien el recurso se fundó en más de una causal de anulación, la impugnación fue controvertida por la parte convocante en una sola oportunidad, de suerte que no se advierte la causación de costas adicionales o excesivas por razón de los cargos que no prosperaron, sino que el impulso procesal y las actuaciones de las partes cobijaron indistintamente los puntos en que prosperó el recurso y aquellos que no fueron acogidos por la Sala.

Por tanto, no se impondrán costas en el presente asunto.

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

**FALLA:**

**PRIMERO: DECLÁRASE PARCIALMENTE FUNDADO** el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la parte convocada contra el laudo arbitral del 7 de junio de 2018, por haberse dictado fallo *ultra petita* en los numerales 15.2 y 15.3 de la parte resolutiva de dicha providencia.

**SEGUNDO: CORRÍJANSE** los numerales 15.2 y 15.3 del laudo arbitral proferido el 7 de junio de 2018, los cuales quedarán así:

*15.2. TRES MIL OCHOCIENTOS OCHENTA MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS ($3.880’789.475) MDA. CTE., por concepto de la reclamación denominada ‘Falta de reajustes del contrato’.*

*15.3. NUEVE MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL SEISCIENTOS DIEZ PESOS ($9.899’851.610) MDA. CTE., por concepto de la reclamación denominada ‘Obras ejecutadas y no pagadas’.*

**TERCERO: DECLARAR INFUNDADO**, en lo demás, el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la parte convocada contra el laudo arbitral del 7 de junio de 2018.

**CUARTO: LEVANTAR** la suspensión de la ejecución del laudo arbitral decretada mediante auto del 21 de enero de 2019.

**QUINTO:** Sin condena en costas.

**SEXTO:** En firme esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARÍA ADRIANA MARÍN**

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. Integrado por las sociedades Construcciones Civiles -Conciviles S.A.- y Conconcreto S.A. (fls. 7 al 10, anexo 4). [↑](#footnote-ref-1)
2. Fl. 91, cuaderno del recurso de anulación. [↑](#footnote-ref-2)
3. Pretensiones sexta a décima segunda de la demanda principal (fls. 8 del c.1 y 190 del c. del recurso de anulación). [↑](#footnote-ref-3)
4. Excluida luego en la cláusula 47.1 de las Condiciones Especiales del Contrato, cuya nulidad fue declarada por el tribunal. [↑](#footnote-ref-4)
5. Extracto de la transcripción parcial del Acta N° 21, hecha en el laudo arbitral. [↑](#footnote-ref-5)
6. Fueron las siguientes: i) Las que *“eran necesarias y procedentes para el cumplimiento del objeto contractual”,*  ii) las que *“fueron reconocidas como ejecutadas por la interventoría pero que tienen una controversia asociada”*, iii) las que *“deben reconocerse por precios unitarios y que el interventor considera incluidas en el precio global”*, iv) las *“pagadas a un precio unitario definido por el interventor sin el acuerdo expreso del consorcio CC”*, v) las que fueron *“pagadas en una cantidad inferior a la ejecutada (…), remuneradas a precios unitarios”*, vi) las que fueron *“pagadas en una cantidad inferior a la ejecutada (…), remuneradas a precio global”*, vii) obras ordenadas y parcialmente remuneradas y, viii) *“obra ejecutada, avalada y reconocida y no pagada por falta de disponibilidad presupuestal”*. [↑](#footnote-ref-6)
7. En informe del 4 de septiembre de 2018, la Secretaría de la Sección Tercera del Consejo de Estado hizo constar que *“el laudo ya venía desglosado”* (fl. 654, c. ppal). [↑](#footnote-ref-7)
8. “*Son causales del recurso de anulación*:

*“7. Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo (…).*

*“…9. Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento*”. [↑](#footnote-ref-8)
9. “*Artículo 40. Recurso extraordinario de anulación. Contra el laudo arbitral procede el recurso extraordinario de anulación, que deberá interponerse debidamente sustentado, ante el tribunal arbitral, con indicación de las causales invocadas, dentro de los treinta (30) días siguientes a su notificación o la de la providencia que resuelva sobre su aclaración, corrección o adición. Por secretaría del tribunal se correrá traslado a la otra parte por quince (15) días sin necesidad de auto que lo ordene. Vencido aquel, dentro de los cinco (5) días siguientes, el secretario del tribunal enviará los escritos presentados junto con el expediente a la autoridad judicial competente para conocer del recurso*”. [↑](#footnote-ref-9)
10. Al respecto, el inciso primero del artículo 119 de la Ley 1563 prevé: “*A****rtículo 119.*** Vigencia. *Esta ley regula íntegramente la materia de arbitraje, y empezará a regir tres (3) meses después de su promulgación. Esta ley sólo se aplicará a los procesos arbitrales que se promuevan después de su entrada en vigencia*”. [↑](#footnote-ref-10)
11. La demanda arbitral se presentó el 29 de febrero de 2016. [↑](#footnote-ref-11)
12. Consejo de Estado, Sección Tercera –Sala Plena– auto del 6 de junio de 2013, exp. 45.922, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-12)
13. “Artículo 104. *De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo*. *La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.*

*Igualmente conocerá de los siguientes procesos:*

*“(…) 7. Los recursos extraordinarios contra laudos arbitrales que definan conflictos relativos a contratos celebrados por entidades públicas o por particulares en ejercicio de funciones propias del Estado”.*

“*Artículo 149.* *Competencia del Consejo de Estado en única instancia. Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos:*

*“(…) 7. Del recurso de anulación contra laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos celebrados por una entidad pública, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia. Contra la sentencia que resuelva este recurso sólo procederá el recurso de revisión.*

“(…) *Parágrafo. Para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%”*. [↑](#footnote-ref-13)
14. “*Artículo 46*. *Competencia. Para conocer del recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales, será competente la Sala Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial del lugar en donde hubiese funcionado el tribunal de arbitraje.*

*“Será competente para conocer del recurso extraordinario de revisión de laudos arbitrales la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.*

*“Cuando se trate de recurso de anulación y revisión de laudo arbitrales en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, será competente la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado*”. [↑](#footnote-ref-14)
15. Reiteración jurisprudencial: al respecto pueden consultarse las sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 4 de diciembre de 2006, exp. 32.871; de 26 de marzo de 2008, exp. 34.071; de 13 de agosto de 2008, exp. 34.594; de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379, entre muchas otras. [↑](#footnote-ref-15)
16. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de agosto de 1994, exp. 6550 y de 16 de junio de 1994, exp. 6751, M.P. Juan de Dios Montes, reiteradas por esta Subsección en sentencia de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379, M.P. Hernán Andrade Rincón. [↑](#footnote-ref-16)
17. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, exp. 32.871, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, reiterada por esta Subsección en sentencia de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379, M.P. Hernán Andrade Rincón. [↑](#footnote-ref-17)
18. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 15 de mayo de 1992, exp. 5326, posición reiterada por esta Subsección en sentencia de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379, M.P. Hernán Andrade Rincón. [↑](#footnote-ref-18)
19. *“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.* [↑](#footnote-ref-19)
20. Cita original de la sentencia: *“Artículo 230 C.P.**Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.*

*“La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.* [↑](#footnote-ref-20)
21. Cita original de la sentencia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón (E), 27 de mayo de 2015, radicación número: 11001-03-26-000-2014-00190-00 (52930), actor: CONSORCIO L&M, demandado: Instituto de Desarrollo Urbano, referencia: recurso extraordinario de anulación*.* [↑](#footnote-ref-21)
22. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, sentencia de 21 de septiembre de 2016, exp. 56.728, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico. [↑](#footnote-ref-22)
23. Nota original de la cita: “*Artículo 116.- (…)*

*“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley*” (subraya fuera del texto). [↑](#footnote-ref-23)
24. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 17 de agosto de 2017, exp. 56.347, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. [↑](#footnote-ref-24)
25. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 9 de abril de 2018, exp. N° 59270. C.P. Guillermo Sánchez Luque. [↑](#footnote-ref-25)
26. Nota transcrita: *“Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 3 de abril de 1992, Rad. 6.695 (fundamento jurídico b)”.* [↑](#footnote-ref-26)
27. Nota transcrita: *“Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 27 de julio de 2000, Rad. 17.591 (fundamento jurídico consideraciones); y de 16 de junio de 2008, Rad. 34.543 (fundamento jurídico 3.1.2)”*. [↑](#footnote-ref-27)
28. Nota transcrita: *“Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 5 de julio de 2006, Rad. 31.887 (fundamento jurídico 3.1)”.* [↑](#footnote-ref-28)
29. Nota transcrita: *“Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de noviembre de 2002, Rad 22.191 (fundamento jurídico c)*”. [↑](#footnote-ref-29)
30. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 20 de marzo de 2018, exp. N° 11001-03-26-000-2017-00113-00(59836). C.P. Danilo Rojas Betancourth. En el mismo sentido, véase la sentencia proferida el 3 de diciembre de 2018, exp. N° 61082, en la cual se indicó: *“[L]os fallos en conciencia en Colombia están proscritos para los tribunales arbitrales en la contratación pública, toda vez que ellos prescinden de toda motivación y de las pruebas, en la medida en que los árbitros se apoyan en su íntima convicción y, por tanto, no dan razones de su decisión o prescinden de toda consideración jurídica o probatoria. En tal sentido, para configurar esta causal se requiere demostrar que la decisión del Tribunal i) prescindió de toda motivación; de toda prueba y de toda consideración jurídica y ii) cuando esto aparezca de manifiesto en el laudo”* (Consejera ponente: Marta Nubia Velásquez Rico -E-). [↑](#footnote-ref-30)
31. Nota transcrita: *“Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de mayo de 2000, expediente 17797, C.P. María Elena Giraldo Gómez”.* [↑](#footnote-ref-31)
32. Nota transcrita: *“Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 18 de enero de 2012, C.P. Enrique Gil Botero”.* [↑](#footnote-ref-32)
33. Nota transcrita: *“Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 26 de abril de 2017, expediente 55852, C.P. Ramiro Pazos Guerrero”.* [↑](#footnote-ref-33)
34. Véase al respecto, la sentencia proferida por la Sección Tercera – Subsección A del Consejo de Estado, el 24 de mayo de 2017, expediente N° 110010322600020160015200 (58.675). C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. [↑](#footnote-ref-34)
35. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de julio 6 de 2005, exp. 28.990, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez:

*“De hecho, para que se pueda hablar de un fallo en conciencia, la decisión judicial arbitral debe adolecer de toda referencia al régimen jurídico aplicable a la controversia contractual, de manera que sea posible sostener que, efectivamente, al margen del derecho, la decisión ha partido del fuero interno de los árbitros, sin justificación normativa alguna”.* [↑](#footnote-ref-35)
36. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 29 de noviembre de 2012, exp. 39332, M.P. Hernán Andrade Rincón: *“No obstante lo anterior, como ya en otras oportunidades lo ha señalado esta Corporación, el fallo en conciencia no sólo se configura cuando el juez prescinde de las normas jurídicas vigentes y aplicables al caso, sino que también se presenta cuando, a pesar de haber hecho referencia a ellas, resuelve sin explicar las razones probatorias que dan lugar a su decisión, es decir, apoyándose en el principio de verdad sabida y buena fe guardada (…). Si bien el Tribunal de Arbitramento a partir de normas jurídicas vigentes y aplicables al caso elaboró el concepto de Pérdida Generalizada de Producción - PGP - y la definió ‘como aquella conducta contraria a la buena fe del propietario o de su representante en obra, que haciendo un uso abusivo de sus prerrogativas contractuales y legales, afecta significativamente al rendimiento y a la utilidad que la obra genera para el constructor’, lo cierto es que no se observa en el texto del laudo cuáles habrían sido las pruebas específicas que a juicio del Tribunal constituyeron la mala fe de la entidad demandada y que, por tanto, dieran lugar a concluir que ésta incurrió en las conductas descritas en el concepto de la PGP”.* [↑](#footnote-ref-36)
37. Sentencia SU-173 del 16 de abril de 2015. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [↑](#footnote-ref-37)
38. Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado: *“El principio de congruencia resulta aún más estricto cuando se trata de laudos arbitrales, toda vez que en estos casos las facultades del juez arbitral devienen de la voluntad de las partes materializada en la cláusula compromisoria o el compromiso, facultades que quedan totalmente restringidas a lo convenido por las partes. La incongruencia puede presentarse de tres formas: i) cuando en el fallo el juez otorga más de lo pedido (plus petita o ultra petita); ii) cuando el fallo concede algo distinto a lo pedido (extra petita) y iii) cuando se deja de resolver sobre lo pedido (citra petita). La causal que ahora se invoca, alude al último de los supuestos indicados”* (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 29 de octubre de 2014, exp. N° 50478. C.P. (E) Hernán Andrade Rincón)*.* [↑](#footnote-ref-38)
39. Ver, entre otras, las sentencias T-592 del 18 de mayo de 2000, T-450 del 4 de mayo de 2001 y SU-072 del 5 de julio de 2018, proferidas por la Corte Constitucional. [↑](#footnote-ref-39)
40. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 9 de julio de 2018, exp. N° 11001-03-26-000-2017-00 058-00(59216) A. C.P. Guillermo Sánchez Luque. [↑](#footnote-ref-40)
41. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 2 de mayo de 2016, exp. N° 11001-03-26-000-2015-00141-00(55307). C.P. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-41)
42. Nota transcrita: *“Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de junio de 2006, expediente 32398, C.P. Ruth Stella Correa Palacio”*. [↑](#footnote-ref-42)
43. Nota transcrita: *“Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de junio de 2002, expediente 21040, C.P. María Elena Giraldo Gómez”.* [↑](#footnote-ref-43)
44. Sentencia C-279 del 15 de mayo de 2013. [↑](#footnote-ref-44)
45. Nota transcrita: *“Sentencia de la Corte Constitucional C-472 de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell”.* [↑](#footnote-ref-45)
46. Nota transcrita: *“DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. Tomo II. Sexta edición. Editorial Temis. Bogotá, 2012. Pág. 2”.* [↑](#footnote-ref-46)
47. Nota transcrita: *“*[*http://www.icdp.org.co/esp/descargas/cgp/ExposicionMotivos.pdf*](http://www.icdp.org.co/esp/descargas/cgp/ExposicionMotivos.pdf)*, pág. 3”*. [↑](#footnote-ref-47)
48. Corte Constitucional. Sentencia C-279 del 15 de mayo de 2013. [↑](#footnote-ref-48)
49. Consejo de Estado – Sección Primera. Sentencia de fecha 12 de julio de 2018, exp. N° 11001-03-15-000-2018-00688-00(AC). C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés. [↑](#footnote-ref-49)
50. HERNÁNDEZ MAHECHA, Héctor. *El juramento estimatorio como medio probatorio.* En: *Reflexiones Jurídicas y Socioeconómicas Contemporáneas.* Universidad Santiago de Cali, colección Aéquitas, Cali 2016. Disponible en el enlace http://derecho.usc.edu.co/files/ Publicaciones/Aequitas\_2016.pdf (consultado por última vez el 23 de enero de 2019). [↑](#footnote-ref-50)
51. Ibídem. [↑](#footnote-ref-51)
52. Artículo 206, inciso cuarto, del CGP: *“Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) la que resulte probada, se condenara a quien la hizo, a pagar a la otra parte una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia”*. [↑](#footnote-ref-52)
53. Ley 1564 de 2012. [↑](#footnote-ref-53)
54. HERNÁNDEZ MAHECHA, Héctor. *El juramento estimatorio como medio probatorio.* En: *Reflexiones Jurídicas y Socioeconómicas Contemporáneas.* Universidad Santiago de Cali, colección Aéquitas, Cali 2016. Disponible en el enlace http://derecho.usc.edu.co/files/ Publicaciones/Aequitas\_2016.pdf (consultado por última vez el 23 de enero de 2019). [↑](#footnote-ref-54)
55. Como la contenida en el artículo 41, numeral 8 de la Ley 1563 de 2012: *“Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras (…), siempre que estén comprendidas en la parte resolutiva o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral”*. [↑](#footnote-ref-55)
56. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de noviembre de 2002, Rad 22.191 [fundamento jurídico c]. [↑](#footnote-ref-56)
57. Consejo de Estado - Sección Tercera. Sentencia de 28 de noviembre de 2002, exp. 22.191. [↑](#footnote-ref-57)