**RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN – Causal 5 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 – Procedencia**

Resulta necesario recordar que la finalidad del recurso de anulación no es la revisión de fondo de la decisión tomada por los árbitros para determinar si aplicaron bien o mal la normatividad legal en la resolución de los problemas jurídicos sometidos a su conocimiento, sino que se dirige a verificar que el proceso arbitral se haya adelantado en debida forma, para lo cual el legislador estableció taxativamente las causales por las que procede la anulación total o parcial de un laudo arbitral. No obstante, la jurisprudencia de esta Corporación, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 29 de la Constitución Política, que consagra el derecho fundamental al debido proceso, ha admitido que la causal relativa al decreto y práctica de las pruebas en el proceso arbitral –anteriormente, la 4ª del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, compilada en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 y hoy consagrada en el numeral 5º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012-, también era procedente en el caso de que la decisión se fundara en pruebas obtenidas con violación del debido proceso

**DECRETO DE PRUEBAS – Vigencia del Código General del Proceso**

En materia de arbitramento, rige la Ley 1563 del 12 de julio 2012, la cual de conformidad con su artículo 119, entró en vigencia el 12 de octubre de ese año, razón por la cual el proceso arbitral en el que se profirió el laudo que aquí se impugna, se rigió por esta normatividad, toda vez que la demanda que le dio inicio fue presentada el 12 de agosto de 2013. Ahora bien, dicho estatuto establece que cuando la controversia verse sobre contratos celebrados por una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, el proceso se regirá por las reglas señaladas en esa ley 1563, para el arbitraje institucional, que es el administrado por un centro de arbitraje –art. 2º-. Y en los capítulos II a IV, se regula el trámite del proceso arbitral desde su iniciación –art. 12- hasta la adopción del laudo arbitral y su aclaración, corrección o adición –arts. 38 y 39-. Se advierte que en su texto, la Ley 1563 de 2012 remite respecto de ciertos asuntos no regulados expresamente, a las normas del Código de Procedimiento Civil, como sucede con el inciso 2º del artículo 31, que establece que el tribunal y las partes tendrán, respecto de las pruebas, las mismas facultades y deberes previstos en el Código de Procedimiento Civil y las normas que lo modifiquen o complementen. Lo anterior se entiende porque si bien en la misma fecha de expedición del estatuto arbitral, también fue promulgado el Código General del Proceso, contenido en la Ley 1564 del 12 de julio de 2012, lo cierto es que su vigencia no se produjo de forma inmediata sino para algunas normas y respecto de las demás, se supeditó a circunstancias futuras, tal y como lo determinó el artículo 627 de la nueva codificación procesal. El nuevo Código General del Proceso, también estableció unas normas que resultan aplicables para la transición legislativa, como son los artículos 624 y 625…De acuerdo con las anteriores disposiciones, es claro que en aquellos procesos que se hallaran en curso cuando entró a regir el C.G.P., éste sería de aplicación inmediata. Y en materia probatoria, la excepción estaba dada por aquellas pruebas que ya se hubieren decretado con fundamento en el C.P.C., que, para su práctica, estarían sujetas a las disposiciones de este último código. Pero en tanto no hubiesen sido aún decretadas, esta actuación, así como su práctica, se surtiría con aplicación de las nuevas normas del C.G.P. Teniendo en cuenta la entrada en vigencia gradual que se estableció en el artículo 627 del Código General del Proceso, se tiene que la mayoría de las normas y entre ellas las relacionadas con las pruebas, entraron a regir el 1º de enero de 2014, tanto para los procesos adelantados por la jurisdicción contencioso administrativa como para la justicia arbitral, tal y como lo reconoció el Consejo de Estado en providencia de unificación jurisprudencial…Es claro entonces, que la regla general es la aplicación inmediata de las nuevas normas procesales apenas entran a regir, con las excepciones dadas por las actuaciones que ya se hubieren iniciado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 624 del C.G.P., que modificó el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, como bien lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación, específicamente para los procesos arbitrales…Dado que en el presente caso, para la fecha en la que se produjo el decreto de pruebas dentro del proceso arbitral -2 de noviembre de 2016, ya se encontraba vigente el Código General del Proceso, es evidente que, tanto para decretarlas como para practicarlas, resultaban aplicables sus normas. Sin embargo, hay dos circunstancias especiales que deben tenerse en cuenta en el presente caso: i) de un lado, que cuando se presentó la demanda, el código procesal que regía era el Código de Procedimiento Civil, puesto que aún no había entrado a regir la Ley 1564 de 2012, como ya se explicó; ii) y de otro lado, que el estatuto arbitral contiene normas propias en materia probatoria. En efecto, al momento de decretar las pruebas el tribunal de arbitramento, debió considerar que a pesar de que para ese momento ya estaba rigiendo el Código General del Proceso, que contiene una regulación muy distinta de la prueba pericial, al contemplar como regla general la aportación por las partes, de los dictámenes periciales que pretendan hacer valer dentro del proceso, lo cierto es que con la demanda –presentada en vigencia del Código de Procedimiento Civil- no se aportó dictamen pericial alguno sino que se pidió que se decretara para que fuera practicado durante el proceso. Así mismo, debía tener en cuenta lo establecido expresamente en el estatuto arbitral sobre este medio de prueba.

**PRUEBA PERICIAL – Decreto y práctica**

En relación con el decreto y práctica de la prueba pericial, que es respecto de la cual se predica la configuración de la causal 5ª alegada por la recurrente, se tiene que el estatuto arbitral la regula expresamente en el artículo 31, en el cual se establece que las partes tendrán, respecto de las pruebas, las mismas facultades y deberes previstos en el Código de Procedimiento Civil y las normas que lo modifiquen o complementen y agrega, en relación con la referida prueba… De conformidad con lo regulado en el estatuto arbitral, es evidente que en esta clase de procesos se conserva la figura del dictamen judicial, es decir aquel cuya práctica se pide en la demanda o su contestación y que es decretado y practicado dentro del proceso, en contraposición con el dictamen de parte, que regula el Código General del Proceso y que corresponde al presentado por las partes con la demanda o su contestación, para ser controvertido y valorado dentro del proceso. La norma habla de *“el perito”*, es decir que para los procesos arbitrales, esta prueba será realizada por un solo experto designado para ello -como igualmente lo establece el artículo 226 del C.G.P.-, que será remunerado en la forma establecida por el tribunal de arbitramento y deberá rendir su informe en el término que éste determine, debiéndose correr traslado del mismo a las partes por un término máximo de 10 días, dentro del cual se podrán pedir aclaraciones y complementaciones que el tribunal juzgará si son procedentes para someterlas a la respuesta del perito. De igual manera, dispone la norma la improcedencia de un trámite incidental para la objeción por error grave, aunque admite que durante el término de traslado del mismo, las partes presenten experticias para controvertirlo y si el tribunal lo considera necesario, puede convocar al perito y demás expertos a una audiencia en la que deberán responder las preguntas que les formulen las partes o los árbitros. Aparte de las anteriores disposiciones sobre la prueba pericial, los vacíos que se encuentren en su regulación, como ya quedó establecido, deben solventarse con la aplicación de la norma procesal que se encuentre vigente al momento de su decreto, que en el presente caso, se produjo cuando ya estaba vigente el Código General del Proceso, que regula esta prueba a partir del artículo 226, teniendo en cuenta así mismo, lo dispuesto en el artículo 12 del C.G.P., sobre la forma de subsanar vacíos y deficiencias del código.

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN – Causal 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 – Procedencia**

La causal 9ª de nulidad del laudo arbitral del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, reunió en una sola las que anteriormente estaban contempladas por separado en los numerales 8 y 9 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989: 8. Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido, y 9. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento. Estas causales de anulación del laudo arbitral están encaminadas a garantizar el principio de congruencia, en virtud del cual la decisión debe estar en perfecta consonancia con las pretensiones y excepciones propuestas por las partes en el proceso, de tal manera que falle dentro de los precisos límites que le han sido impuestos tanto en la demanda como en su contestación, evitando fallos *extra petita,* es decir que conceden algo que no se pidió, por fuera de las pretensiones aducidas, o *ultra petita,* cuando conceden más de lo pedido o *mínima o citra petita,* que se presenta cuando en el fallo se concede menos de lo pedido o no se resuelve lo que debió serlo…Se advierte que, tal y como ya se explicó, el presente proceso no se surte en virtud de un recurso de apelación, en cuya resolución le es dado al juez de segunda instancia revisar de fondo la decisión del *a-quo* para establecer si la misma fue acertada y por lo tanto debe ser confirmada, o si por el contrario resulta procedente su revocatoria por haber incurrido en errores *in judicando*, sino que se trata de un recurso extraordinario de anulación de un laudo arbitral, en el cual la función del juez es la de verificar que no se concretaron los defectos formales a los que hacen referencia las taxativas causales de anulación consagradas en la ley. En este caso, la recurrente adujo la causal 9ª en contra del laudo arbitral impugnado, por el defecto formal de *no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento*, defecto que, tal y como se acaba de analizar, independientemente de si la decisión fue o no jurídicamente correcta, no se presentó en los términos planteados en el recurso, razón por la cual este cargo no prospera.

**COSTAS PROCESALES – Recurso extraordinario de anulación – Procedencia**

El recurrente será condenado en costas, de conformidad con lo ordenado en el último inciso del artículo 43 de la Ley 1563 de 2012. Dado que no se produjeron gastos en la tramitación del proceso, se limitará la condena al pago de las agencias en derecho, en concordancia con lo dispuesto en el Acuerdo 1887 de 2003 del C.S.J *“por medio del cual se establecen las tarifas de agencias en derecho”* –arts. 5º y 6º, num. 1.12.2.3.-, de conformidad con el cual en el trámite del recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales se fijó como tarifa hasta 20 S.M.L.M.V. En el presente caso, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado de la entidad convocada en el presente proceso de anulación de laudo arbitral, se fija como agencias en derecho para ella la suma equivalente a 10 S.M.L.M.V.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH**

Bogotá D.C, veinte (20) de marzo de dos mil dieciocho (2018).

**Radicación número: 11001-03-26-000-2017-00161-00(60465)**

**Actor: VARGAS VELANDIA LTDA (HOY XIE S.A.) –EDIVIAL E.U (HOY EDIVIAL INGENIERÍA S.A.S)- SEVILLA MARTÍNEZ INGENIEROS C.A. SEMAICA, MIEMBROS DEL CONSORCIO KUMBRE.**

**Demandado: FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE**

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

Resuelve la Sala el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la parte convocante en contra del laudo arbitral proferido el 9 de agosto de 2017 por el tribunal de arbitramento constituido para dirimir la controversia contractual surgida entre las partes.

**SÍNTESIS DEL CASO**

La parte convocante no acreditó las causales que adujo al interponer el recurso de anulación en contra del laudo arbitral, consistentes en i) haberse negado el decreto de una prueba pedida oportunamente o haberse dejado de practicar una prueba decretada, sin fundamento legal, siempre y cuando se hubiere alegado la omisión oportunamente mediante el recurso de reposición y aquella pudiera tener incidencia en la decisión –numeral 5- y ii) haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento –numeral 9-, del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

**ANTECEDENTES**

**I. Lo que se demanda**

1. El 3 de octubre de 2017, el consorcio Kumbre, conformado por las sociedades Vargas Velandia Ltda. -hoy Xie S.A.-, Edivial E.U. -hoy Edivial Ingeniería S.A.S.- y Sevilla Martínez C.A. Semaica, interpusieron recurso extraordinario de anulación en contra del laudo arbitral proferido el 9 de agosto de 2017, por el tribunal de arbitramento constituido para dirimir la controversia contractual surgida entre dicho consorcio y el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE, con fundamento en las causales consagradas en los numerales 5º: *“Haberse negado el decreto de una prueba pedida oportunamente o haberse dejado de practicar una prueba decretada, sin fundamento legal, siempre y cuando se hubiere alegado la omisión oportunamente mediante el recurso de reposición y aquella pudiera tener incidencia en la decisión”* y 9º: *“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”,* del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 (f. 385 a 457, c. ppl.).

**II. Antecedentes**

2. Mediante escrito presentado el 12 de agosto de 2013 ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, las sociedades Vargas Velandia Ltda. -hoy Xie S.A.-, Edivial E.U. -hoy Edivial Ingeniería S.A.S.- y Sevilla Martínez C.A. Semaica, miembros del consorcio Kumbre, presentaron demanda arbitral en contra del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE[[1]](#footnote-1) (f. 7 a 147, c. 1).

2.1. Las pretensiones elevadas en la convocatoria al tribunal de arbitramento, fueron:

***2.1 PRETENSIONESDECLARATIVAS***

***2.1.1. PRETENSIÓN DECLARATIVA PRIMERA PRINCIPAL***

*Que se declare que* ***EL FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE,*** *incumplió, por ejecución tardía, el contrato 2071792 (convenio interadministrativo 150/05-195073) celebrado el 31 de Octubre de 2007, y sus adiciones y otrosíes, con las sociedades Convocantes que integraron el* ***CONSORCIO KUMBRE*** *(según acuerdo suscrito el 20 de junio de 2007), para la “CONSTRUCCIÓN DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE MEDIANA SEGURIDAD Y CARCELARIO EN FLORENCIA - CAQUETÁ, las obligaciones a su cargo, especialmente las siguientes:*

1. *Propias de la naturaleza del contrato de construcción de obras de infraestructura pública.*
2. *La Planeación debida del proyecto en todos sus aspectos de preparación, ejecución y control incluidos los aspectos previos a la apertura de la oferta de contrato, tales como técnicos, presupuestales, financieros, etc.*
3. *La entrega desde el inicio, completa y sin consistencias de los estudios, planos, diseños, y la definición de ítems y cantidades de obra requeridos para la ejecución del Contrato.*
4. *La entrega inicial al Contratista de los sitios o de las zonas de trabajos necesarios para la ubicación y construcción del establecimiento penitenciario de mediana seguridad y carcelario en Florencia, libres de toda perturbación para la destinación a que estaban sometidas.*
5. *La tramitación y aprobación oportunas de los precios unitarios de los ítems de las obras necesarias y de carácter prioritario según la ruta crítica en el proceso constructivo, para la ejecución del establecimiento penitenciario de mediana seguridad y carcelario objeto del contrato original y de sus modificaciones, adiciones, prórrogas y otrosíes.*
6. *El pago de la última acta de corte de obra recibida en los plazos señalados en el contrato, sus modificaciones, adiciones, prórrogas y otrosíes según la cláusula cuarta literal a) del contrato.*
7. *Las demás que se evidencien en el proceso.*

***2.1.2. PRETENSIÓN DECLARATIVA SEGUNDA PRINCIPAL***

*Que se declare que* ***EL FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE,*** *incumplió parcialmente, por inejecución, el contrato 2071792 (Convenio Interadministrativo de Gerencia Integral de Proyecto No. 150/05 MIJ-195073-FONADE), sus modificaciones, adiciones, prórrogas y otrosíes, celebrado el 31 de Octubre de 2007, con las sociedades convocantes que integraron el* ***CONSORCIO KUMBRE*** *(según acuerdo suscrito el 20 de junio de 2007), para realizar la construcción del establecimiento penitenciario de mediana seguridad y carcelario en Florencia-Caquetá, de las siguientes obligaciones a su cargo según el contrato.*

1. *El reconocimiento y el pago del valor total de las obras ejecutadas y recibidas, resultante del balance de estas obras frente a las obras facturadas y pagadas.*
2. *El acuerdo de precios y el consiguiente pago, de las cantidades de obras ejecutadas y/o entregadas a satisfacción.*
3. *Las demás que se evidencien en el proceso.*

***2.1.3. PRETENSIÓN DECLARATIVA TERCERA PRINCIPAL***

*Que se declare que el* ***FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE,*** *es responsable si se accede a las pretensiones 2.1.1 y 2.1.2, del incumplimiento parcial del contrato 2071792 (Convenio Interadministrativo de Gerencia Integral de Proyecto No. 150/05 MIJ-195073-FONADE) y sus adiciones y otrosíes, celebrado con las firmas convocantes integrantes del* ***CONSORCIO KUMBRE*** *suscrito entre las partes, para realizar la construcción del establecimiento penitenciario de mediana seguridad y carcelario en Florencia-Caquetá, de que tratan las peticiones precedentes, si a ellas se accede.*

***2.1.4. PRETENSIÓN DECLARATIVA CUARTA PRINCIPAL***

*Que se declare que las firmas convocantes integrantes del* ***CONSORCIO KUMBRE*** *debieron soportar cargas mayores del álea normal y riesgos extraordinarios y en exceso, de los normales y propios de un contrato conmutativo de derecho privado, en la ejecución del contrato 2071792 y sus modificaciones, adiciones, prórrogas y otrosíes (Convenio Interadministrativo de Gerencia Integral de Proyecto No. 150/05 MIJ-195073-FONADE) celebrado con las firmas integrantes del* ***CONSORCIO KUMBRE,*** *para realizar la construcción del establecimiento penitenciario de mediana seguridad y carcelario en Florencia-Caquetá, en parte por falencias de la contratante y en parte, con el fin de conjurar los inconvenientes soportados para entregar las obras objeto de contrato y sus modificaciones, adiciones, prórrogas y otrosíes, tales como:*

1. *La mayor onerosidad por la necesidad de utilizar en la obra equipos diferentes y muy superiores, dada la insuficiencia casi absoluta del equipo mínimo considerado por la Contratante en las Reglas de Participación, o Pliegos de Condiciones formulados por la convocada, para la Licitación u Oferta Pública de Contrato No. IPG1958-195073, en orden a la fijación del presupuesto del contrato.*
2. *La ejecución de las obras del contrato en condiciones de inseguridad, tanto para el personal como para los bienes del Consorcio, por razones de orden público.*
3. *La necesidad de adoptar medidas extraordinarias de emergencia, como trabajar en horas extras y feriados, y utilizar sistemas especiales de aceleración técnica de los procesos constructivos, para mitigar los efectos de los incumplimientos de la entidad contratante y así poder entregar el establecimiento penitenciario de mediana seguridad y carcelario en Florencia-Caquetá.*
4. *La necesidad de adoptar medidas de carácter administrativo, de equipamiento y técnicos en procesos constructivos onerosos y extraordinarios, (para mitigar los efectos de los incumplimientos de la entidad contratante) que permitieran garantizar la entrega de las obras.*
5. *La mayor onerosidad del proyecto causada por los desfases de la programación, y su necesaria reprogramación, generados no solo en los incumplimientos de la contratante, en las mayores cargas y exorbitantes riesgos afrontados, sino también en las acciones y/u omisiones de los demás sub-contratistas de FONADE que tuvieron injerencia en el Proyecto.*
6. *Las demás cargas y riesgos superiores al “álea normal” de la contratación que evidencien los hechos probados en el proceso.*
7. *La elaboración de los diseños y rediseños necesarios en medio de la ejecución del proyecto y de los inconvenientes propios de la negación de la contratante de sus responsabilidades respecto de la planeación.*
8. *La necesidad de financiar a la entidad por la falta de recursos y la espera de apropiación de los recursos necesarios para terminar la construcción del Centro Penitenciario de Florencia.*

***2.1.5. PRETENSIÓN DECLARATIVA QUINTA PRINCIPAL***

*Que se declare que el* ***FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE,*** *como beneficiario de las obras objeto del Contrato 2041792 (Convenio interadministrativo de Gerencia Integral de Proyecto No. 150/05 MIJ-195073-FONADE) y sus adiciones y otrosíes, celebrado con las firmas constituyentes del* ***CONSORCIO KUMBRE*** *suscrito entre las partes, para realizar la construcción del establecimiento penitenciario de mediana seguridad y carcelario en Florencia-Caquetá,* ***debe asumir la mayor onerosidad*** *que le ocasionaron al* ***CONSORCIO KUMBRE*** *las cargas y riesgos exorbitantes soportados, según la declaración precedente, si a ella se accede.*

***2.1.6. PRETENSIÓN DECLARATIVA SEXTA PRINCIPAL***

*Que se tengan como ineficaces o inexistentes todas las estipulaciones pre-contractuales y contractuales en las cuales el CONSORCIO KUMBRE, a instancias de la CONVOCADA, renunció directa o indirectamente, a presentar reclamaciones, acciones y demandas judiciales, o extrajudiciales contra FONADE en la celebración, desarrollo, ejecución y liquidación del contrato.*

***2.2. PRETENSIONES DE CONDENA***

***2.2.1 PRETENSIÓN PRINCIPAL PRIMERA DE CONDENA***

*Que como consecuencia de las declaraciones que se impetran en los numerales que anteceden, si a ellas se accede, se condene a FONADE a pagar, a favor de la parte convocante, todas las sumas que correspondan a título de reparación integral, comprendiendo los siguientes conceptos, pero sin limitarse, así:*

1. *El restablecimiento de la simetría o ecuación contractual financiera, incluyendo el pago de la última acta de corte de obra No. 38 incluyendo los respectivos ajustes de esta.*
2. *Los perjuicios financieros incluidos, sin limitarse a los siguientes:*
3. *Costos de oportunidad, b. Estrés financiero, c. Deterioro neto operacional, d. Incidencia de inversión en capital de trabajo, e. Intereses, etc., conforme a lo previsto por la ley que rige el contrato y a lo previsto en el contrato y las leyes aplicables del CCA y el código del comercio de la república de Colombia causados por la ejecución del contrato, sus modificaciones, sus adiciones, prórrogas y otrosíes.*
4. *Los mayores costos de administración causados durante todo el tiempo de ejecución del contrato, sus adiciones y otrosíes hasta la entrega final de las obras.*
5. *El pago correspondiente a los diseños o rediseños que le tocó realizar al Consorcio Kumbre debido a que los suministrados por la entidad estaban incompletos y con inconsistencias, en observancia del decreto 2090 de 1989.*
6. *El mayor valor de la utilidad esperada, durante el tiempo total de ejecución del contrato, sus adiciones y otrosíes hasta la entrega final de las obras.*
7. *Los mayores costos de los equipos generados por la mayor permanencia.*
8. *La reparación de todos los daños y perjuicios causados a cada una de las empresas contratistas en la etapa de ejecución del contrato, y durante todo el período posterior de su ejecución que se demuestren en el proceso, en su estructura comercial y empresarial, independientemente de los mayores y específicos costos del proyecto.*
9. *La mayor permanencia en obra como consecuencia de la planeación deficiente de la entidad contratante.*
10. *Por los intereses generados desde la fecha en que eran exigibles los pagos hasta la fecha en que queden ejecutoriados y en firme las sumas que queden probadas y se ordenen pagar.*
11. *Y por los demás conceptos relacionados, y por los valores que se encuentren probados por los señores árbitros aun cuando no se encuentren indicados expresamente en este escrito.*

*PARÁGRAFO. Las empresas convocantes estiman el valor mínimo de la reparación integral que se impetra, en la fecha de este escrito, en las siguientes sumas:*

*(…)*

*TOTAL (1+2+3+4+5) $21.956.006.772,55*

***2.2.2. PRETENSIÓN PRINCIPAL SEGUNDA DE CONDENA***

*Que toda suma que se disponga deba pagar la CONVOCADA a las empresas integrantes de la parte CONVOCANTE, en caso de recibo positivo de todas, o de parte, de las pretensiones, sea actualizada con el ICCP, o con el índice que estimen los señores árbitros y los intereses de mora, a la tasa máxima autorizada por la Superfinanciera de Colombia, desde la fecha en que debió hacerse el pago de las sumas de dinero y hasta la fecha en que se verifique el pago de la obligación.*

***2.2.2.1. PRETENSIÓN SUBSIDIARIA***

*Que toda suma que se disponga deba pagar la CONVOCADA a las empresas integrantes de la parte CONVOCANTE, sea actualizada a la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado.*

2.2. Como sustento de sus pretensiones, la convocante dio cuenta de la existencia del contrato de obra n.o 2071792 del 31 de octubre de 2007[[2]](#footnote-2), celebrado entre las partes para la “construcción del establecimiento penitenciario de mediana seguridad y carcelario en Florencia-Caquetá”, por valor inicial de $ 45 296 243 92,oo y con un plazo de 18 meses, de los cuales 14 eran para la ejecución y entrega final del contrato y los otros 4 para adelantar las labores correctivas que se requirieran, aunque el contrato fue objeto de múltiples adiciones, prórrogas y modificaciones y terminó ejecutándose en un plazo de 38,33 meses.

2.2.1. Una vez expirado el término contractual, el 11 de febrero de 2011, fue suscrita por las partes el acta de entrega y recibo final del contrato, pero el contratista reclamó a la entidad por la imposibilidad de cobrar el acta 38 de obra y por el no recibo de las obras realmente ejecutadas.

2.2.2. El contrato no fue liquidado, pues la entidad no atendió las observaciones que le hizo el contratista al proyecto de acta de liquidación que le envió la entidad el 9 de mayo de 2013.

2.2.3. La Contraloría General de la República hizo observaciones a la ejecución del contrato, encontrando que hubo modificaciones en las obras –ajustes a diseños, corrección de detalles y obras no previstas en el diseño original- que afectaron el cronograma de obra y generaron un incremento al valor total del contrato de un 55%, lo que denotaba la falta de planeación y precisión de los diseños inicialmente establecidos por el INPEC.

2.2.4. Hubo incumplimientos de FONADE por falta de planeación, que produjeron la entrega tardía de sitios de trabajo necesarios para el inicio de las labores por parte del contratista, desplazamiento de la ubicación de obras por desconocimiento del plan de manejo ambiental, obras hidráulicas adicionales, reubicación de vías y edificios, rellenos de gran volumen no contemplados, variación de diseños de redes de acueducto, cambios en los diseños de los viaductos, deficiencias en diseños de redes de voz y datos y sistema de seguridad, falencias en diseños hidrosanitarios, falta de diseño de las cimentaciones de edificaciones, etc., más problemas de orden público, que afectaron el programa de trabajo acordado y generaron suspensiones, prórrogas, gran cantidad de obras adicionales, elaboración de diseños nuevos, afectación del equilibrio económico del contrato, mayor permanencia en las obras y sobrecostos, así como utilidad dejada de recibir, que no le fueron reconocidos por FONADE, que además se negó a cancelar el saldo de la obra ejecutada, contenido en el acta final de obra n.o 38 y su acta de reajuste n.o 26 de mayores y menores cantidades de obra.

 2.2.5. A pesar de que el contratista cumplió con todos los requisitos para llevar a cabo la liquidación del contrato, ésta no se realizó, por razones imputables a la entidad.

2.2.6. La parte actora presentó juramento estimatorio sobre el monto de las pretensiones, que a su juicio ascendían a $ 21 956 006 772,55 (f. 328, c. 2).

3. El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE, presentó **contestación de la demanda** en la cual se opuso a las pretensiones, por considerar que carecían de soporte fáctico, legal, contractual y probatorio. Sostuvo que la entidad cumplió con sus obligaciones contractuales y siempre dispuso lo necesario para que el contratista pudiera ejecutar cabalmente el contrato 2071792. Que siendo un contrato gobernado por las reglas del derecho privado, las partes pactaron un precio inicial estimado de acuerdo con los ítems contratados, a precios unitarios, donde cada ítem remunera todo lo necesario para su ejecución, y no de reembolso de gastos, donde cualquier erogación que haga el contratista deba serle reintegrada. Que esas cargas y riesgos exorbitantes alegados en la demanda no estaban probados y que cuando suscribió los contratos adicionales, el contratista nada dijo en relación con los supuestos perjuicios, por lo que atentaba contra la buena fe una reclamación posterior en tal sentido, por una suma que calificó la convocada de irrazonable, desproporcionada e injustificada (f. 333 a 549, c. 2).

3.1. A continuación procedió a contestar cada uno de los hechos de la demanda, aceptando algunos como ciertos, negando total o parcialmente otros y calificando los demás como afirmaciones subjetivas de la parte convocante.

3.2. Propuso como excepciones de mérito i) la improcedencia de declarar la ineficacia o inexistencia de las estipulaciones precontractuales en las cuales el consorcio Kumbre renunció directa o indirectamente a presentar reclamaciones, acciones y demandas judiciales o extrajudiciales contra Fonade en la celebración, desarrollo, ejecución y liquidación del contrato; ii) inexistencia de salvedades por parte del contratista al momento de suscribir los documentos modificatorios del contrato de obra 2071792, respecto de los hechos o circunstancias que en la demanda se alegan como generadores del presunto daño o afectación económica; iii) inexistencia de obligación por parte de Fonade de pagar al contratista consorcio Kumbre utilidades o sumas de dinero diferentes a las establecidas en las reglas de participación, en la oferta y en el contrato de obra 2071792; iv) inexistencia de mayor permanencia en obra; v) inexistencia de obras ejecutadas y no pagadas en el marco del contrato de obra 2071792; vi) improcedencia de la aplicación de la teoría del equilibrio económico del contrato en el contrato de obra 2071792; vii) inexistencia de rompimiento del equilibrio económico del contrato; viii) violación a la obligación de mitigar sus propios daños; ix) inexistencia de obligación por parte de Fonade de pagar las pretensiones económicas del convocante y x) la excepción genérica.

4. El 9 de agosto de 2017, el Tribunal de Arbitramento profirió el **laudo arbitral** en el cual -las consideraciones de esta decisión, se analizarán al resolver los cargos en su contra- dispuso (f. 269 a 361, c. ppl.):

***PRIMERO.*** *Declarar probadas las excepciones No. 1, 2 y 3 denominadas: “1. IMPROCEDENCIA DE DECLARAR LA INEFICACIA O INEXISTENCIA DE LAS ESTIPULACIONES PRECONTRACTUALES Y CONTRACTUALES EN LAS CUALES EL CONSORCIO KUMBRE RENUNCIÓ DIRECTA O INDIRECTAMENTE A PRESENTAR RECLAMACIONES, ACCIONES Y DEMANDAS JUDICIALES O EXTRAJUDICIALES CONTRA FONADE EN LA CELEBRACIÓN, DESARROLLO, EJECUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO”. “2. INEXISTENCIA DE SALVEDADES POR PARTE DEL CONTRATISTA AL MOMENTO DE SUSCRIBIR LOS DOCUMENTOS MODIFICATORIOS DEL CONTRATO DE OBRA 2071792, RESPECTO DE LOS HECHOS O CIRCUNSTANCIAS QUE EN LA DEMANDA SE ALEGAN COMO GENERADORES DEL PRESUNTO DAÑO O AFECTACIÓN ECONÓMICA. VENIRE CONTRA FACTUM PROPIO NO VALET” y “3. INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN POR PARTE DE FONADE DE PAGAR AL CONTRATISTA CONSORCIO KUMBRE UTILIDADES O SUMAS DE DINERO DIFERENTES A LAS ESTABLECIDAS EN LAS REGLAS DE PARTICIPACIÓN, EN LA OFERTA Y EN EL CONTRATO DE OBRA 2071792”.*

***SEGUNDO:*** *Declarar probada la excepción No. 9 denominada: “INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN POR PARTE DE FONADE DE PAGAR LAS PRETENSIONES ECONÓMICAS DEL CONVOCANTE” sólo en lo relativo al pago de la última acta de corte de obra, pues en los demás aspectos se declara relevada del estudio como consecuencia de la prosperidad de las excepciones enunciadas en el numeral anterior.*

***TERCERO:*** *Como consecuencia de la prosperidad de las excepciones enunciadas en el numeral PRIMERO de esta parte resolutiva, se declaran relevadas de estudio las excepciones No. 4, 5, 6, 7 y 8 denominadas: “4. INEXISTENCIA DE MAYOR PERMANENCIA EN OBRA”, “5. EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA DE OBRAS EJECUTADAS Y NO PAGADAS EN EL MARCO DEL CONTRATO DE OBRA 2071792”, “6. EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO EN EL CONTRATO DE OBRA 2071792”, “7. INEXISTENCIA DE ROMPIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO DE OBRA 2071792” y “8. EXCEPCIÓN DE VIOLACIÓN A LA OBLIGACIÓN DE MITIGAR SUS PROPIOS DAÑOS”.*

***CUARTO.*** *Negar las pretensiones de la demanda.*

***QUINTO.*** *Condenar en costas del proceso a la parte convocante VARGAS VELANDIA LTDA – HOY XIE S.A., EDIVIAL INGENIERÍA S.A.S. Y SEVILLA Y MARTÍNEZ INGENIEROS C.A. SEMAICA, INTEGRANTES DEL CONSORCIO KUMBRE, a favor de la parte convocada FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE, en la suma de CIENTO OCHENTA Y DOS MILLONES TRESCIENTOS CINCO MIL NOVENTA Y OCHO PESOS ($182.305.098).*

***SEXTO.*** *Abstenerse de imponer a la parte convocante las sanciones previstas en el Artículo 206 del C.G.P. (…).*

5. La parte convocante presentó solicitud de aclaración y complementación del laudo arbitral, en relación con los siguientes puntos: i) La falta de concordancia entre la considerativa y la parte resolutiva del laudo arbitral respecto al reconocimiento de la operancia del fenómeno de la cosa juzgada frente al proceso arbitral de Fonade contra los integrantes del consorcio Kumbre, laudado el 8 de septiembre de 2015; ii) Teniendo en cuenta que en las pretensiones de la demanda y su reforma la parte convocante solicitó el pago del acta n.o 38, acta de reajustes y los respectivos intereses, se solicita al tribunal aclarar que para el pago de estos créditos no se requiere la liquidación del contrato; iii) por último, solicita la corrección del laudo, atendiendo lo pactado entre las partes en el último contrato modificatorio suscrito el 31 de marzo de 2010 (f. 364, c. ppl.).

6. El tribunal de arbitramento denegó la anterior solicitud mediante auto del 23 de agosto de 2017 –acta 37- (f. 372, c. ppl.).

6.1. Consideró que lo pedido en el primer punto, relativo a que el no pronunciamiento del tribunal sobre la cosa juzgada –que fue tratado en la parte considerativa del laudo en el punto del análisis de los aspectos procesales ocurridos en el trámite del proceso arbitral- era un aspecto de fondo, porque la decisión de no tener en cuenta la demanda de reconvención ni su contestación, podía cercenar el derecho de los integrantes del consorcio Kumbre a reclamar los derechos consignados en la contestación de dicha demanda de reconvención, concretamente el acta n.o 38, de reajustes e intereses, no era una aclaración sino una adición, pues busca que el tribunal incluya un aspecto que de acuerdo con la convocante debió tratarse no sólo en las consideraciones sino en la parte resolutiva del laudo. Al respecto, el tribunal consideró que en la parte resolutiva del fallo no había lugar a pronunciarse sobre la referida cosa juzgada, pues estos aspectos fueron objeto de decisión en el auto de asunción de competencia del 2 de noviembre de 2016, contra el cual no se presentó recurso alguno y por lo tanto la decisión de no pronunciarse sobre la demanda de reconvención y las respectivas excepciones de mérito quedó ejecutoriada en esa fecha. Por lo tanto, no había necesidad de que el tribunal se volviera a pronunciar sobre la existencia de la cosa juzgada.

6.2. Sobre el segundo punto, el tribunal adujo que la convocante expuso que el acta 38 correspondiente al reconocimiento de obras ejecutadas, no se constituía en el “último pago” al que se hacía referencia en la cláusula cuarta del contrato, pago que estaba sometido a su liquidación, señalando que este último pago en realidad correspondía a las reclamaciones pendientes por resolver que fueron objeto de este trámite arbitral, por lo que la convocante considera que debe procederse con el pago de la referida acta, de reajustes e intereses, quedando pendiente el último pago en caso de que en el presente trámite arbitral se accediera a las pretensiones. Al respecto, sostuvo el tribunal que la solicitud no apuntaba a esclarecer frases o conceptos concretos contenidos en la parte resolutiva del laudo, sino a formular nuevos argumentos para solicitar que se cambie el sentido del fallo, lo que es improcedente, pues en éste se manifestó claramente que uno de los requisitos para el pago del acta 38, de conformidad con la cláusula cuarta del contrato, era la liquidación del mismo y ésta no se cumplió.

6.3. Finalmente, sostuvo que en el último punto no se pidió propiamente una corrección del laudo por errores de cálculo, de copia o de transcripción, sino que se pretende que el tribunal vuelva a analizar los medios probatorios documentales, específicamente las cláusulas sexta y séptima del contrato modificatorio del 31 de marzo de 2010, de conformidad con las cuales las renuncias pactadas con anterioridad al mismo quedaron derogadas y Fonade se obligó a estudiar las reclamaciones que presentara el contratista incluso al momento de la liquidación contractual. Y al abstenerse el tribunal de considerar lo pactado allí por las partes, desconoce la realidad contractual, vulnerando los derechos de la parte convocante; en ese sentido, pidió que se corrigiera el laudo y se analizaran las pretensiones de la demanda conforme a la realidad procesal, considerando en su integridad el contrato modificatorio mencionado, lo cual, a juicio del tribunal, no es procedente en una solicitud de corrección del laudo.

7. El 7 de julio de 2017, la parte convocante –consorcio Kumbre- presentó **recurso extraordinario de anulación del laudo arbitral**, con fundamento en las causales enlistadas en los numerales 5: *haberse negado el decreto de una prueba pedida oportunamente o haberse dejado de practicar una prueba decretada, sin fundamento legal, siempre y cuando se hubiere alegado la omisión oportunamente mediante el recurso de reposición y aquella pudiera tener incidencia en la decisión”* y 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,* del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 (f. 385 a 457, c. ppl.; la sustentación se analizará al resolver la causal).

8. En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley 1563 de 2012, se corrió traslado del recurso a las partes y a la delegada del Ministerio Público (f. 458, c. ppl.).

8.1. El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE, **contestó la demanda** y se opuso a la pretensión anulatoria del laudo, por considerar que no se configuraron las causales alegadas y lo único que pretende la recurrente es reabrir el debate judicial, lo cual resulta ajeno a la naturaleza del recurso de anulación interpuesto (f. 353, c. ppl.; los argumentos de la entidad se expondrán al desarrollar la causal de anulación).

8.2. El Ministerio Público presentó **concepto**, en el cual consideró que el recurso de anulación debía declararse infundado (f. 460, c. ppl; los argumentos aducidos por la procuradora judicial se expondrán al desarrollar la causal).

9. Mediante auto del 13 de diciembre de 2017, se avocó el conocimiento del recurso extraordinario de anulación del laudo arbitral (f. 516, c. ppl).

**CONSIDERACIONES**

**I. Competencia**

10. La Sala es competente para conocer y decidir el presente asunto, de acuerdo con lo previsto en el numeral 7º del artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo[[3]](#footnote-3) y el artículo 46 de la Ley 1563 de 2012, en consonancia con lo establecido por el artículo 13 del Acuerdo n.° 58 de 1999, modificado por el Acuerdo n.° 55 de 2003 de esta Corporación, que le atribuyen a la Sección Tercera del Consejo de Estado la competencia para conocer del recurso de anulación de los laudos arbitrales proferidos para dirimir controversias en torno a los contratos estatales, como quiera que el contrato de obra n.o 2071792 del 31 de octubre de 2007, materia del laudo arbitral impugnado, fue celebrado por el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE, empresa industrial y comercial del Estado de carácter financiero, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.

**II. El problema jurídico**

11. La Sala debe establecer si el laudo arbitral impugnado, esto es, el proferido el 9 de agosto de 2017 para dirimir las controversias surgidas entre la convocante, consorcio Kumbre, conformado por las sociedades Vargas Velandia Ltda. -hoy Xie S.A.-, Edivial E.U. -hoy Edivial Ingeniería S.A.S.- y Sevilla Martínez C.A. Semaica y el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE, con ocasión del contrato de obra n.o 2071792 del 31 de octubre de 2007, está incurso en las causales de anulación alegadas y sustentadas por el recurrente –numerales 7 y 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, es decir que deberá establecer i) si se dejaron de decretar pruebas oportunamente solicitadas o se dejaron de practicar, en ambos casos sin fundamento legal y de haber sido así, si tales omisiones tienen incidencia en la decisión y el interesado las alegó oportunamente mediante el recurso de reposición; y ii) si el tribunal de arbitramento dejó de decidir sobre cuestiones sujetas al arbitramento.

**III. Análisis de la Sala**

12. Antes de emprender el estudio de la causal invocada y sustentada en el recurso de anulación interpuesto por la parte convocante en contra del laudo arbitral proferido el 9 de agosto de 2017 para dirimir las controversias surgidas entre las partes con ocasión de la ejecución del contrato de obra pública n.o 2071792 del 31 de octubre de 2007,procede la Sala a reiterar las generalidades en torno a la naturaleza del arbitramento como mecanismo alternativo de solución de conflictos, la decisión que surge del mismo -laudo arbitral-, así como del recurso extraordinario que procede en su contra ante esta jurisdicción contencioso administrativa:

*16. Al respecto, se observa que el recurso que procede en contra de los laudos arbitrales, es el extraordinario de anulación, que por esta misma naturaleza –no es un recurso ordinario- no constituye una nueva instancia en la que le sea dado al juez del recurso entrar a analizar las cuestiones de fondo para determinar la corrección o no de la decisión de los árbitros, es decir para resolver errores in judicando, sino que está encaminado a corregir errores in procedendo, es decir defectos de forma que se presenten en la tramitación, puesto que su finalidad es la protección del debido proceso[[4]](#footnote-4).*

*17. Debe recordarse además, que el arbitramento es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al que pueden acudir las partes interesadas mediante la suscripción de un pacto arbitral[[5]](#footnote-5), en cuanto el artículo 116 de la Constitución Política autoriza investir transitoriamente a los particulares de la función de administrar justicia, en la condición de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley, lo cual implica la sustracción del litigio del conocimiento de su juez natural para atribuirle su decisión a unos particulares, designados por las mismas partes o un tercero que ellas designen para tal fin.*

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

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

*(…) La potestad de los árbitros, a diferencia de la que es inherente a los jueces estatales, no es permanente ni genérica, sino que está limitada a las cuestiones comprometidas y a un tiempo determinado, fijado por las partes o, en defecto de pacto expreso, por la ley, durante el cual ha de expedirse la decisión. Su función está circunscrita, pues, a un plazo concreto que permita sustanciar el procedimiento arbitral hasta la emisión del laudo (…)[[6]](#footnote-6)*

*19. De otra parte, es necesario tener en cuenta que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, reformado por el artículo 6º de la Ley 1285 de 2009, las entidades estatales no pueden pactar tribunales de arbitramento institucionales ni independientes, sólo legales (…)*[[7]](#footnote-7)*.*

13. En el presente caso, el tribunal de arbitramento se constituyó en virtud de la cláusula compromisoria contenida en el contrato 2071792 del 31 de octubre de 2007, del siguiente tenor:

*CLÁUSULA VIGÉSIMA QUINTA – CLÁUSULA COMPROMISORIA. Si surgieren divergencias de cualquier índole entre el contratista y FONADE, relacionadas o derivadas de la celebración, ejecución, cumplimiento, terminación y liquidación del Contrato, que no puedan ser resueltas de común acuerdo por las partes, tales controversias serán dirimidas por un tribunal de arbitramento, que se regirá por las siguientes reglas:*

1. *Estará integrado por tres árbitros designados de mutuo acuerdo por las partes. En el evento en que no se logre acuerdo entre las partes para la designación de uno o varios de los árbitros, los mismos serán escogidos de la lista de árbitros de la Cámara de Comercio de Bogotá conforme al procedimiento determinado por dicha Entidad.*
2. *La remuneración total de cada árbitro equivaldrá, como máximo a seis (6) meses de salario básico del representante legal de FONADE del momento en el cual se presente la solicitud de composición del Tribunal. La remuneración del secretario del Tribunal será la mitad de la remuneración de un (1) árbitro.*
3. *El tribunal de arbitramento se regirá por las leyes vigentes al momento de su instalación.*
4. *El tribunal de arbitramento funcionará en Bogotá D.C., en la sede del centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C.*
5. *Las decisiones se tomarán en derecho.*

*PARÁGRAFO PRIMERO. Excepcionalmente cuando se trate de controversias de carácter técnico el desacuerdo se someterá a un arbitraje de acuerdo con las normas de la Sociedad Colombiana de Ingenieros. En caso de desacuerdo entre las partes con el resultado de la decisión, estas pueden acudir a la cláusula compromisoria general.*

*PARÁGRAFO SEGUNDO. Las obligaciones de las partes contenidas en este contrato no se suspenden por el hecho de que se presenten diferencias o controversias, inclusive durante el tiempo en que se están resolviendo.*

**El recurso de anulación**

14. En su escrito de impugnación, la recurrente hizo un recuento de los antecedentes procesales relevantes –demanda, contestación, trámite arbitral, laudo arbitral, solicitud de aclaración y auto que la resolvió- y sustentó las causales de anulación aducidas, que corresponden a los numerales 5 y 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, en los siguientes términos:

**Causal 5ª: *Haberse negado el decreto de una prueba pedida oportunamente o haberse dejado de practicar una prueba decretada, sin fundamento legal, siempre y cuando se hubiere alegado la omisión oportunamente mediante el recurso de reposición y aquella pudiera tener incidencia en la decisión.***

15. La recurrente considera que esta causal se configuró en el laudo impugnado, por cuanto los árbitros, en la aplicación de la Ley 1564 de 2012, para efectos del agotamiento y trámite del debate probatorio, desconocieron expresamente las reglas de tránsito de legislación contenidas en el artículo 625 num. 1º literal a) de la referida ley, Código General del Proceso, pues la demanda arbitral se presentó el 12 de agosto de 2013, cuando aún estaba rigiendo el Código de Procedimiento Civil y el auto de pruebas es del 2 de noviembre de 2016, fecha para la cual si bien ya había entrado a regir el nuevo C.G.P., por expreso mandato de su artículo 625, al no haberse *“proferido auto que decreta pruebas, el proceso se seguirá tramitando conforme a la legislación anterior hasta que el juez las decrete, inclusive”.*

16. Y que además de constituir una violación directa de la ley, con esta determinación se violaron los derechos de defensa, debido proceso, igualdad y acceso a la justicia de la convocante, pues al pedir en su demanda la prueba pericial, consideró las facultades conferidas por el artículo 233 del C.P.C., que i) permite la presentación de un segundo dictamen pericial en el incidente de objeciones, posibilidad que es coartada por los árbitros al aplicar el C.G.P.; además, le era más favorable el C.P.C., porque éste ii) establece que en los procesos de mayor cuantía la peritación se hará por dos peritos, a menos que las partes de consuno soliciten que se rinda por uno sólo –art. 234- y iii) permite a las partes solicitar la extensión del dictamen, desde su decreto hasta la diligencia de posesión de los peritos –art. 236-; al negar a la parte convocante la práctica del dictamen pericial al amparo del C.P.C., norma aplicable al caso, y ordenar su práctica conforme al C.G.P., cercenó el derecho de la convocante a la defensa y al debido proceso; ésta interpuso recurso de reposición en contra del decreto de la prueba pericial, el cual le fue negado por el tribunal de arbitramento, por estimarlo improcedente. En consecuencia, pide que se declare la nulidad del laudo arbitral y se proceda conforme a la ley.

17. En relación con esta causal, **la entidad convocada**, en la contestación de la demanda, sostuvo que de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, la entrada en vigencia del C.G.P. fue gradual en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y por lo tanto, se podía concluir que la norma procesal aplicable al decreto de pruebas en el desarrollo de los procesos arbitrales es la vigente al momento en que se profiere el auto respectivo, regla que fue la aplicada por el tribunal de arbitramento en el presente caso, pues al momento de decretar las pruebas, las normas vigentes eran las del C.G.P. y no las del C.P.C. Por otra parte, la denegación de las pretensiones no obedeció a la ausencia de pruebas que dieran crédito a su dicho, sino a la ausencia de salvedades formuladas en los otrosíes del contrato y lo que se evidencia es que la recurrente pretende revivir un debate ya surtido en sede arbitral, lo cual resulta ajeno a la naturaleza del recurso de anulación de laudos arbitrales (f. 353, c. ppl.).

18.1. Agregó la convocada, que para la prosperidad de la causal 5ª de anulación, se deben reunir varios supuestos: i) la prueba debió haber sido oportunamente solicitada, ii) la omisión en el decreto o en la práctica de la prueba debe incidir en la decisión, iii) el interesado debió reclamar esas omisiones en la forma y tiempo debidos y iv) lo omitido debió ser producto de una decisión sin fundamento legal; en el presente caso, no concurrían al menos 2 de los referidos supuestos, toda vez que de un lado, la negación del dictamen pericial solicitado por el recurrente se encuentra debidamente fundamentada y además, la prueba que pretende hacer valer el consorcio Kumbre no tiene ninguna incidencia en la decisión adoptada por el tribunal de arbitramento.

18.2. La decisión de negar las pretensiones atinentes a los supuestos incumplimientos y mayores costos reclamados por la convocante, obedeció a que ésta guardó silencio y no dejó expresas salvedades, constancias o reclamaciones al momento de suscribir las diversas adiciones, prórrogas y modificaciones contractuales respecto de los supuestos perjuicios que venía sufriendo el contratista. Es decir, que esa denegatoria obedeció al *“designio volitivo contenido en los diferentes documentos suscritos durante la ejecución contractual, en los que el hoy recurrente mostró su aquiescencia frente a las condiciones allí estipuladas, y en los que de manera expresa o tácita el Consorcio Kumbre renunció a realizar cualquier tipo de reclamación adicional al interés negocial contenido en cada uno de dichos negocios jurídicos”.*

18.3. Así mismo, en cuanto al acta de corte de obra n.º 38, se negaron las pretensiones por cuanto no se habían cumplido todos los requisitos pactados por las partes en la cláusula cuarta del contrato a efectos de que surgiera dicha obligación, lo que evidencia que la prueba negada en debida forma, no tiene ninguna incidencia ni sería relevante en la resolución del laudo arbitral, por lo que desde este punto de vista, la causal tampoco tiene vocación de prosperidad.

19. Por su parte, **el Ministerio Público** manifestó que para la fecha en la que se decretó la práctica de pruebas –primera audiencia de trámite, del 2 de noviembre de 2016-, ya estaba rigiendo el Código General del Proceso, norma que modificó el Código de Procedimiento Civil y por lo tanto, la determinación adoptada por el tribunal de arbitramento lo fue conforme a la ley vigente y no era aplicable la norma de transición establecida en el artículo 625 del C.G.P., porque el procedimiento arbitral se encuentra regulado en forma especial en la Ley 1563 de 2012, que sólo otorga la posibilidad de acudir al estatuto procesal civil en materia probatoria. Por ello, no se puede afirmar que al consorcio Kumbre se le desconocieron las reglas de tránsito de legislación y mucho menos el artículo 236 del C.P.C., norma que permitía hasta el año 2015, la extensión del peritaje desde la notificación del auto que lo decrete hasta la diligencia de posesión de los peritos, pues para la fecha en que se decretaron las pruebas, esta norma ya no se encontraba vigente. En consecuencia, no se puede afirmar que se le vulneraron los derechos de defensa y debido proceso. Por otra parte, no se evidenciaba que las aludidas omisiones tuvieran incidencia en la decisión, ni que injustificadamente se hubiera negado la práctica de la prueba solicitada, máxime cuando la petición fue extemporánea y en caso de haberse pedido oportunamente, la denegatoria está legalmente justificada y dicha prueba no resulta relevante para la decisión.

**Consideraciones de la Sala:**

20. Sobre esta causal, que coincide en lo esencial con la que en su momento estaba consagrada en el numeral 4º del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989[[8]](#footnote-8), ha dicho la jurisprudencia de la Sala:

*35. Como se desprende de los términos de la causal, para que la misma proceda es necesario que se reúnan tres requisitos: i) que sin fundamento legal, se hayan dejado de decretar pruebas oportunamente pedidas o de practicar diligencias necesarias para evacuarlas; ii) que las omisiones tengan incidencia en la decisión y iii) que el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos. En consecuencia, no resulta predicable esta causal de anulación de los laudos arbitrales cuando el recurrente considera que el juez se abstuvo, injustificadamente, de decretar pruebas de oficio, pues se refiere exclusivamente a las pedidas por las partes; tampoco procede, cuando las que dejó de decretar el tribunal fueron pedidas de manera extemporánea o cuando a pesar de haberlo sido oportunamente, la denegatoria está legalmente justificada; de la misma manera, el recurso no podrá prosperar cuando la prueba que se echa de menos no resulta relevante para la decisión, es decir que su presencia no habría significado una diferencia respecto a lo decidido en el laudo arbitral, como tampoco saldrá avante la impugnación de la decisión con base en esta causal, si el recurrente no reclamó por la falta de decreto de la prueba o la falta de su práctica, en las oportunidades procesalmente dispuestas para ello[[9]](#footnote-9).*

21. Ahora bien, resulta necesario recordar que la finalidad del recurso de anulación no es la revisión de fondo de la decisión tomada por los árbitros para determinar si aplicaron bien o mal la normatividad legal en la resolución de los problemas jurídicos sometidos a su conocimiento, sino que se dirige a verificar que el proceso arbitral se haya adelantado en debida forma, para lo cual el legislador estableció taxativamente las causales por las que procede la anulación total o parcial de un laudo arbitral.

22. No obstante, la jurisprudencia de esta Corporación, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 29 de la Constitución Política, que consagra el derecho fundamental al debido proceso, ha admitido que la causal relativa al decreto y práctica de las pruebas en el proceso arbitral –anteriormente, la 4ª del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, compilada en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 y hoy consagrada en el numeral 5º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012-, también era procedente en el caso de que la decisión se fundara en pruebas obtenidas con violación del debido proceso[[10]](#footnote-10).

 **El caso concreto**

23. Observa la Sala que si bien la forma como la recurrente planteó la causal no es muy clara, porque no define concretamente si lo alegado es que el tribunal dejó de decretar una prueba oportunamente pedida o si dejó de practicar una que había sido decretada, ya que su fundamentación se centra en afirmar la errónea aplicación de las normas del C.G.P., en el decreto de las pruebas y no del C.P.C., lo que a su juicio constituyó una violación directa de la ley, aparentemente lo que echa de menos es el decreto de la prueba pericial en la forma querida por la convocante. Concretamente, en el recurso se afirmó (f. 442 a 444, c. ppl.):

*Se invoca como causal de anulación la prevista en el numeral 5 del Art. 41 del Estatuto Arbitral, con ocasión a la aplicación por parte de los Honorables Árbitros de la Ley 1564 de 2012 para efectos del agotamiento y trámite del debate probatorio, desconociendo expresamente las reglas de tránsito de legislación contenidas en el Artículo 625 numeral 1) literal a) de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso.*

*Establece el Art. 625 C.G.P.:*

***“Artículo 625. Tránsito de Legislación.*** *Los procesos en curso al entrar a regir este código, se someterán a las siguientes reglas de tránsito de legislación:*

1. *Para los procesos ordinarios y abreviados:*
2. ***Si no se hubiese proferido el auto que decreta pruebas, el proceso se seguirá tramitando conforme a la legislación anterior hasta que el juez las decrete, inclusive.***

*En el auto que las ordene, también convocará a la audiencia de instrucción y juzgamiento de que trata el presente código. A partir del auto que decrete pruebas se tramitará con base en la nueva legislación.*

*…” (Resaltado fuera de texto).*

*En el caso en estudio, la demanda arbitral se radicó ante la Cámara de Comercio de Bogotá el* ***12 de agosto de 2013,*** *fecha para la cual se encontraba vigente el Código de Procedimiento Civil.*

*El Auto de Decreto de Pruebas fue proferido por los Honorables Árbitros el* ***2 de Noviembre de 2016.*** *Si bien para esta fecha ya había entrado en vigencia el Código General del Proceso, por expreso mandato del Art. 625 del C.G.P., al NO haberse “****proferido el auto que decreta pruebas, el proceso se seguirá tramitando conforme a la legislación anterior hasta que el juez las decrete, inclusive”.***

*En consecuencia, al decidir los Honorables Árbitros aplicar el Código General del Proceso incurren en una violación directa de la ley.*

*La anterior decisión de los Honorables Árbitros, además de desconocer un mandato legal (Art. 625 C.G.P), perjudicó los intereses de mi cliente, Consorcio Kumbre y violó sus derechos a la defensa, al debido proceso, a la igualdad y al acceso a la justicia, por las razones que a continuación expongo:*

*Al momento de elaboración de la demanda arbitral, el apoderado de Consorcio Kumbre aplicó respecto al Régimen Probatorio las normas contenidas en la Sección Tercera del C.P.C., Arts. 174 y ss. del C.P.C.*

*En efecto el apoderado de la Parte Convocante, Consorcio Kumbre, en la fecha de radicación de la demanda y por ende, al momento de solicitar la prueba pericial que pretendía hacer valer en el proceso arbitral, consideró las facultades conferidas por el Código General del Proceso* (sic) *en los Arts. 233 y ss del C.P.C.*

*El Art. 233 del C.P.C., permite la presentación de un segundo dictamen pericial:*

***“Art. 233 C.P.C. Procedencia de la peritación.*** *La peritación es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos.*

***Sobre un mismo punto no se podrá decretar en el curso del proceso, sino un dictamen pericial, salvo en el incidente de objeciones al mismo, en que podrá decretarse otro.*** *Tampoco se decretará el dictamen cuando exista uno que verse sobre los mismos puntos, practicado fuera del proceso con audiencia de las partes. Con todo, cuando el tribunal o el juez considere que el dictamen no es suficiente, ordenará de oficio la práctica de otro con distintos peritos, si se trata de una prueba necesaria para su decisión.*

***…****”*

*Es así entonces que conforme a la norma vigente al momento de radicación de la demanda arbitral, esto es, el Código de Procedimiento Civil, era permitido y procesalmente viable la presentación de un segundo experticio en el incidente de objeciones, posibilidad que es coartada al aplicar por los Señores Árbitros el Código General del Proceso.*

*El art. 234 C.P.C., señala que en procesos de mayor cuantía el experticio será rendido por 2 peritos, a menos que las partes soliciten que sea elaborado por 1 perito.*

*“****Art. 234 C.P.C.*** *Modificado por el art. 24, Ley 794 de 2003.* ***Número de peritos. En los procesos de mayor cuantía la peritación se hará por dos peritos;*** *en caso de desacuerdo se designará un tercero. Sin embargo, las partes de consuno, dentro de la ejecutoria del auto que decrete la peritación, podrán solicitar que ésta se rinda por un solo perito.*

*En los procesos de menor y mínima cuantía, el dictamen será de un solo perito”.*

*En cuanto al cuestionario dirigido a los peritos el Art. 236 C.P.C. faculta a las partes para solicitar la extensión del dictamen, desde su decreto hasta la diligencia de posesión de los peritos:*

*“****Art. 236.*** *Petición, decreto de la prueba y posesión de los peritos. Para la petición, el decreto de la prueba y la posesión de los peritos, se observarán las siguientes reglas: …*

1. ***Desde la notificación del auto que decrete el peritaje, hasta la diligencia de posesión de los peritos y durante ésta, las partes podrán pedir que el dictamen se extienda a otros puntos relacionados con las cuestiones sobre las cuales se decretó;*** *y el juez lo ordenará de plano si lo considera procedente, por auto que no tendrá recurso alguno.*

*…”*

*Es claro entonces que en el caso en estudio resulta más benévolo y beneficioso para la parte convocante, Consorcio Kumbre, la aplicación de las normas previstas en el Código de Procedimiento Civil, norma procesal aplicable por expreso mandato del Art. 625 del C.G.P., frente al Código General del Proceso.*

*En la demanda arbitral formulada por el Consorcio Kumbre contra FONADE, el apoderado de la parte convocante solicitó como prueba la práctica de dictamen pericial, siendo aplicable para el decreto de la prueba solicitada el Art. 236 del C.P.C., norma que permite la extensión al peritaje desde la notificación del auto que decrete el peritaje hasta la diligencia de posesión de los peritos, oportunidad procesal en la que nos encontrábamos el 2 de Noviembre de 2016.*

*Incurrió el panel arbitral en la causal de Anulación No. 5 del Art. 41 del Estatuto Arbitral que se invoca, por cuanto al negar a la parte convocante la práctica del dictamen pericial al amparo del Código de Procedimiento Civil, norma aplicable al caso, y ordenó* (sic) *su práctica con fundamento en el Código General del Proceso, cercenó el derecho de mi poderdante a la defensa y al debido proceso.*

*La suscrita apoderada en audiencia realizada el* ***2 de Noviembre de 2016,*** *interpuso contra el decreto de esta prueba recurso de reposición, por los mismos argumentos esbozados en este escrito, habiendo el panel arbitral negado el recurso por estimarlo improcedente. Ver Acta No. 16.*

*La decisión adoptada por el panel arbitral, además de desconocer los Arts. 625 y 236 del C.G.P., vulnera los derechos del CONSORCIO KUMBRE a la defensa, al debido proceso, y de acceso a la justicia.*

*Por lo anterior se solicita al Honorable Consejo de Estado, declarar la nulidad del laudo arbitral objeto del recurso de anulación y se proceda conforme a la ley.*

No obstante, lo que se puede dilucidar al estudiar el trámite del decreto y práctica de las pruebas en el proceso arbitral, es que la convocante pretendió modificar extemporáneamente la prueba pericial pedida en la demanda y su reforma, para que fuera practicada conjuntamente con un ingeniero o arquitecto y además, que el perito designado para rendir el dictamen por ella solicitado, resolviera preguntas que no tenían que ver con la materia contable, como lo había pedido en su demanda. Y el tribunal de arbitramento no lo permitió, con fundamento en las normas procesales aplicables, tal y como se desprende del siguiente recorrido:

24. En la demanda -y su reforma presentada el 10 de octubre de 2014-, la parte convocante pidió que se decretara un dictamen pericial en los siguientes términos (f. 300, c. 2):

***4.3. DICTÁMENES***

*Solicito a los Honorables Árbitros que se decrete y practique un dictamen pericial con intervención de perito contador público experto, para que con base en los documentos contables de mi poderdante CONSORCIO KUMBRE y todos los demás que sean necesarios que obren en sus archivos o en el de terceros o en el expediente para determinar el valor de gastos y/o costos adicionales en que debió incurrir el CONSORCIO KUMBRE por concepto de formaleta.*

*Así mismo respetuosamente solicito una inspección a los libros de Consorcio Kumbre con el fin de establecer los costos adicionales en los que incurrió el contratista relacionados con la maquinaria.*

25. Mediante memorial presentado el 28 de octubre de 2016, la convocante solicitó a los árbitros que *“(…) se sirvan decretar como extensión al dictamen pericial relacionado en el acápite de pruebas de la reforma a la demanda el cuestionario que obra a continuación, el que deberá ser absuelto por perito contable debidamente asesorado por ingeniero o arquitecto experimentado en obras de infraestructura similares a la que motiva el presente Tribunal de Arbitramento”.* Y en el cuestionario adjunto, efectuó preguntas relacionadas con la extensión de las obras realmente ejecutadas frente a las inicialmente contratadas, si la obra estuvo debidamente planeada por la entidad contratante, si se presentaron eventos imprevistos y ajenos al contratista que variaron las condiciones iniciales de contratación, si se produjeron sobrecostos, las causas de los mismos y de qué magnitud fueron, si hubo obras ejecutadas por el contratista y no reconocidas por la entidad, etc. (f. 30 a 41, c. 4).

26. Mediante auto del 2 de noviembre de 2016, el tribunal de arbitramento decretó las pruebas pedidas por las partes, entre ellas el dictamen pericial con intervención de perito contador público que había solicitado la convocante, designando como tal a la sociedad Integra Auditores Consultores S.A., “*para que con base en los documentos contables del Consorcio Kumbre que obren en sus archivos, o en los de terceros o en el expediente, (i) determine el valor de los gastos y/o costos adicionales en que debió incurrir el Consorcio Kumbre por concepto de formaleta, y (ii) establezca los costos adicionales en que incurrió el contratista relacionados con la maquinaria”,* agregando que (f. 66 y sgtes., c. 4):

*En cuanto al cuestionario allegado por la apoderada de la parte convocante mediante memorial de fecha veintiocho (28) de octubre de dos mil dieciséis (2016), el Tribunal en su oportunidad procesal calificará la procedencia de dichas preguntas.*

*Así mismo, precisa el Tribunal que no se decretará la participación de perito “ingeniero o arquitecto experimentado en obras de infraestructura” para la práctica del dictamen pericial, como se solicita (…), toda vez que, de una parte, la prueba solicitada oportunamente no incluía aspectos técnicos, ni la participación de un perito técnico, y, de otra, el artículo 226 del Código General del Proceso prevé que “todo dictamen será practicado por un perito”.*

27. La parte convocante interpuso recurso de reposición contra el anterior auto, que fue confirmado por el tribunal, al considerar que (f. 73, c. 4):

*En realidad la prueba pericial fue decretada, eso sí el Tribunal aclara que precisamente se designó una firma con muy amplia y reconocida experiencia en el área contable y financiera de proyectos de infraestructura, lo cual implica que tiene la capacidad y competencia suficiente para resolver el cuestionario que se le propone, razón más que suficiente para confirmar la providencia. Además tiene la posibilidad de asesorarse de los profesionales que estime pertinente para rendir su concepto.*

*De otro lado en relación con el tema de los oficios, ciertamente cuando se presentó la demanda que ha dado lugar al presente trámite arbitral no había sido adoptado el artículo 173 del Código General del Proceso y por ello la prueba se mantiene tal como se decretó.*

*Finalmente como lo dice la agente del Ministerio Público estando en vigencia el Código General del Proceso al momento de decretar estas pruebas, este es el estatuto que habrá de aplicarse.*

28. Por auto del 21 de noviembre de 2016, el tribunal procedió a calificar los cuestionarios presentados por las partes y en relación con el formulado por la convocante, delimitó el objeto del dictamen pericial a las preguntas de contenido contable y eliminó aquellas de contenido técnico, relacionando a continuación las que sí deberían ser absueltas por el perito (f. 113, c. 4).

29. La convocante interpuso recurso de reposición en contra de la anterior decisión, que el tribunal confirmó en su integridad, para lo cual manifestó que, oídas las razones de la recurrente sobre la aplicación del Código de Procedimiento Civil, rechazaría de plano sus oposiciones, en la medida en que la parte convocada (sic) ya había interpuesto un recurso por idéntica causa contra providencia anterior y el tribunal la había resuelto. En cuanto a la delimitación del cuestionario, el tribunal encontró que la prueba fue pedida como un dictamen contable y así mismo fue decretada, por lo que no era dable que la parte solicitante de la prueba, por vía de la adición del cuestionario, cambiara la naturaleza de la misma, de un dictamen contable a un dictamen técnico (f. 115, c. 4).

30. El 13 de marzo de 2017, fue presentado el respectivo dictamen pericial por la firma designada para realizarlo y dentro del término del traslado del mismo, las partes presentaron solicitud de aclaración y complementación; además, la convocante solicitó al tribunal, que en virtud de lo contemplado en los artículos 227 y 228 del C.G.P., le concediera un término de 60 días hábiles para allegar un nuevo dictamen pericial para controvertir la experticia rendida, para lo cual se le concedieron mediante auto del 3 de abril de 2017, 10 días hábiles, de conformidad con lo dispuesto en el referido artículo 227 (f. 206, 213, 222 y 236, c. 4).

31. El 12 de abril de 2017 la convocante presentó recurso de reposición contra esta decisión y pidió que, en aras de garantizar el debido proceso y el efectivo derecho de defensa, dado que el artículo 228 del C.G.P. establece que la parte contra la cual se aduzca un dictamen pericial puede solicitar la comparecencia del perito a la audiencia, aportar otro o realizar ambas actuaciones, se le concediera el término solicitado de 60 días hábiles, que era el requerido por la Sociedad Colombiana de Ingenieros para rendir el nuevo dictamen (f. 245, c. 4).

32. La anterior petición le fue denegada a la convocante mediante auto del 27 de abril de 2017, con fundamento en el artículo 31 del estatuto arbitral y el artículo 227 del C.G.P., por considerar el tribunal que el plazo otorgado de 10 días hábiles era más que suficiente y garantista, si se tenía en cuenta que la contradicción sólo podía referirse a los aspectos del informe pericial contable elaborado por la firma perito y no podía incluir nuevos aspectos sobre los que no hubiera recaído dicho dictamen (f. 257, c. 4).

33. La convocante pidió aclaración de la anterior decisión, para que se resolviera su petición de que la contabilización del término para rendir el nuevo dictamen se hiciera a partir de la fecha en que la parte convocante tuviera conocimiento del dictamen presentado por la firma Integra Auditores Consultores S.A., con las aclaraciones y complementaciones requeridas por las partes, la cual le fue denegada mediante auto del 3 de mayo de 2017, por no corresponder a la explicación de frases o conceptos contenidos en el auto en cuestión, que ofrecieran motivo de duda y por lo tanto ameritaran ser aclarados; y que al otorgar el plazo de los 10 días, quedaba más que claro que éstos, como ocurre en todos los casos, se contaban a partir de la notificación de dicha providencia por medio de la cual se estaba resolviendo el recurso –inciso 4º de artículo 118 del C.G.P.- (f. 266 y 269, c. 4).

34. El 5 de mayo siguiente, la firma encargada de efectuar el peritazgo entregó el informe complementario, del cual se corrió traslado a las partes. El 18 de mayo, la convocante descorrió el traslado del dictamen pericial contable complementario, sin aportar el dictamen contradictorio anunciado, pero con fundamento en lo dispuesto por el estatuto arbitral y el C.G.P., solicitó que se fijara audiencia para oír al perito y para formularle los interrogantes que aquella estimara pertinentes, la cual fue ordenada por el tribunal mediante auto del 26 de mayo de 2017 y llevada a cabo los días 9 y 12 de junio del mismo año. En ella, tanto las partes como el tribunal y el Ministerio Público, formularon preguntas que fueron respondidas por aquel (f. 275, 281, 338, 355 y 361, c. 4).

35. De acuerdo con el trámite procesal relacionado, para la Sala es claro que el tribunal de arbitramento decretó y practicó la prueba pedida por la parte convocante en la demanda y su reforma, y que la inconformidad que surge y se plantea a través del recurso extraordinario interpuesto en contra del laudo arbitral con fundamento en la causal 5ª del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, proviene del hecho de que el tribunal de arbitramento no le permitió modificar la forma como la prueba fue originalmente pedida, para lo cual sostiene la recurrente, que se debieron aplicar las normas del Código de Procedimiento Civil, que contenían esa posibilidad.

36. La Sala considera que la solicitud de la convocante dirigida a que la prueba pericial fuera practicada también por un arquitecto estuvo bien denegada, como lo estuvo la petición de incluir, en el cuestionario que debía absolver el perito contador designado, preguntas de índole técnica, por las razones que se explican a continuación.

37. En materia de arbitramento, rige la Ley 1563 del 12 de julio 2012, la cual de conformidad con su artículo 119, entró en vigencia el 12 de octubre de ese año[[11]](#footnote-11), razón por la cual el proceso arbitral en el que se profirió el laudo que aquí se impugna, se rigió por esta normatividad, toda vez que la demanda que le dio inicio fue presentada el 12 de agosto de 2013.

38. Ahora bien, dicho estatuto establece que cuando la controversia verse sobre contratos celebrados por una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, el proceso se regirá por las reglas señaladas en esa ley 1563, para el arbitraje institucional, que es el administrado por un centro de arbitraje –art. 2º-. Y en los capítulos II a IV, se regula el trámite del proceso arbitral desde su iniciación –art. 12- hasta la adopción del laudo arbitral y su aclaración, corrección o adición –arts. 38 y 39-.

39. Se advierte que en su texto, la Ley 1563 de 2012 remite respecto de ciertos asuntos no regulados expresamente, a las normas del Código de Procedimiento Civil, como sucede con el inciso 2º del artículo 31, que establece que el tribunal y las partes tendrán, respecto de las pruebas, las mismas facultades y deberes previstos en el Código de Procedimiento Civil y las normas que lo modifiquen o complementen.

40. Lo anterior se entiende porque si bien en la misma fecha de expedición del estatuto arbitral, también fue promulgado el Código General del Proceso, contenido en la Ley 1564 del 12 de julio de 2012, lo cierto es que su vigencia no se produjo de forma inmediata sino para algunas normas y respecto de las demás, se supeditó a circunstancias futuras, tal y como lo determinó el artículo 627 de la nueva codificación procesal[[12]](#footnote-12).

41. El nuevo Código General del Proceso, también estableció unas normas que resultan aplicables para la transición legislativa, como son los artículos 624 y 625, del siguiente tenor:

***Artículo 624.*** *Modifíquese el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, el cual quedará así:*

*"Artículo 40. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.*

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

*La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad"* (Las subrayas son de la Sala)*[[13]](#footnote-13).*

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

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

*1. Para los procesos ordinarios y abreviados:*

*a) Si no se hubiese proferido el auto que decreta pruebas, el proceso se seguirá tramitando conforme a la legislación anterior hasta que el juez las decrete, inclusive.*

*En el auto en que las ordene, también convocará a la audiencia de instrucción y juzgamiento de que trata el presente código. A partir del auto que decrete pruebas se tramitará con base en la nueva legislación.*

*b) Si ya se hubiese proferido el auto que decrete pruebas, estas se practicarán conforme a la legislación anterior. Concluida la etapa probatoria, se convocará a la audiencia de instrucción y juzgamiento de que trata el presente código, únicamente para efectos de alegatos y sentencia. A partir del auto que convoca la audiencia, el proceso se tramitará con base en la nueva legislación.*

*c) Si en el proceso se hubiere surtido la etapa de alegatos y estuviere pendiente de fallo, el juez lo dictará con fundamento en la legislación anterior. Proferida la sentencia, el proceso se tramitará conforme a la nueva legislación.*

*2. Para los procesos verbales de mayor y menor cuantía: (…)*

*3. Para los procesos verbales sumarios: (…)*

*4. Para los procesos ejecutivos: (…)*

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

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

*7.  El  desistimiento tácito previsto en el artículo 317 será aplicable a los procesos en curso, pero los plazos previstos en sus dos numerales se contarán a partir de la promulgación de esta ley.*

*8. Las reglas sobre competencia previstas en este código, no alteran la competencia de los jueces para conocer de los asuntos respecto de los cuales ya se hubiere presentado la demanda. Por tanto, el régimen de cuantías no cambia la competencia que ya se hubiere fijado por ese factor.*

*Sin embargo, los procesos de responsabilidad médica que actualmente tramitan los jueces laborales, serán remitidos a los jueces civiles competentes, en el estado en que se encuentren.*

*9. (Eliminado por el art. 15, Decreto Nacional 1736 de 2012). La  prórroga del plazo de duración del proceso prevista en el artículo 121 de este Código, será aplicable, por decisión del juez o magistrado, a los procesos en curso al momento de promulgarse este código* (se subraya)*.*

42. De acuerdo con las anteriores disposiciones, es claro que en aquellos procesos que se hallaran en curso cuando entró a regir el C.G.P., éste sería de aplicación inmediata. Y en materia probatoria, la excepción estaba dada por aquellas pruebas que ya se hubieren decretado con fundamento en el C.P.C., que, para su práctica, estarían sujetas a las disposiciones de este último código. Pero en tanto no hubiesen sido aún decretadas, esta actuación, así como su práctica, se surtiría con aplicación de las nuevas normas del C.G.P.

43. Teniendo en cuenta la entrada en vigencia gradual que se estableció en el artículo 627 del Código General del Proceso, se tiene que la mayoría de las normas y entre ellas las relacionadas con las pruebas, entraron a regir el 1º de enero de 2014, tanto para los procesos adelantados por la jurisdicción contencioso administrativa como para la justicia arbitral, tal y como lo reconoció el Consejo de Estado en providencia de unificación jurisprudencial, al manifestar:

*En consecuencia, la Sala unifica su jurisprudencia en relación con la entrada en vigencia de la ley 1564 de 2012, para señalar que su aplicación plena en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, así como en materia arbitral relacionada con temas estatales, es a partir del 1º de enero de 2014, salvo las situaciones que se gobiernen por la norma de transición que se explicará en el acápite a continuación, las cuales se resolverán con la norma vigente al momento en que inició el respectivo trámite[[14]](#footnote-14).*

44. Es claro entonces, que la regla general es la aplicación inmediata de las nuevas normas procesales apenas entran a regir, con las excepciones dadas por las actuaciones que ya se hubieren iniciado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 624 del C.G.P., que modificó el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, como bien lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación, específicamente para los procesos arbitrales:

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

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

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

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

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

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

*Ahora bien, en cuanto se refiere a la prueba, advierte la Sala que la ley procesal aplicable, de acuerdo con lo que establece el Código General del Proceso, se fija en la fecha en que se decreta la respectiva prueba, cobija todas las diligencias para su práctica, la cual incluye, de manera importante, a las actuaciones referidas a la contradicción de esa misma prueba, en aras de la preservación de la regla de equidad entre las partes[[15]](#footnote-15) y de los principios del debido proceso[[16]](#footnote-16).*

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

*En otras palabras, observa la Sala que el sentido literal y lógico en que la norma del artículo 625 del Código General del Proceso produce algún efecto útil indica que la práctica de la prueba decretada se rige por la ley vigente a la fecha en que se decretó la respectiva prueba[[17]](#footnote-17).[[18]](#footnote-18)*

45. Dado que en el presente caso, para la fecha en la que se produjo el decreto de pruebas dentro del proceso arbitral -2 de noviembre de 2016-, ya se encontraba vigente el Código General del Proceso, es evidente que, tanto para decretarlas como para practicarlas, resultaban aplicables sus normas.

46. Sin embargo, hay dos circunstancias especiales que deben tenerse en cuenta en el presente caso: i) de un lado, que cuando se presentó la demanda, el código procesal que regía era el Código de Procedimiento Civil, puesto que aún no había entrado a regir la Ley 1564 de 2012, como ya se explicó; ii) y de otro lado, que el estatuto arbitral contiene normas propias en materia probatoria.

47. En efecto, al momento de decretar las pruebas el tribunal de arbitramento, debió considerar que a pesar de que para ese momento ya estaba rigiendo el Código General del Proceso, que contiene una regulación muy distinta de la prueba pericial, al contemplar como regla general la aportación por las partes, de los dictámenes periciales que pretendan hacer valer dentro del proceso[[19]](#footnote-19), lo cierto es que con la demanda –presentada en vigencia del Código de Procedimiento Civil- no se aportó dictamen pericial alguno sino que se pidió que se decretara para que fuera practicado durante el proceso. Así mismo, debía tener en cuenta lo establecido expresamente en el estatuto arbitral sobre este medio de prueba.

48. En relación con el decreto y práctica de la prueba pericial, que es respecto de la cual se predica la configuración de la causal 5ª alegada por la recurrente, se tiene que el estatuto arbitral la regula expresamente en el artículo 31, en el cual se establece que las partes tendrán, respecto de las pruebas, las mismas facultades y deberes previstos en el Código de Procedimiento Civil y las normas que lo modifiquen o complementen y agrega, en relación con la referida prueba:

*En la audiencia de posesión del perito, el tribunal fijará prudencialmente la sumas que deberán consignar a buena cuenta de los honorarios de aquel, tanto la parte que solicitó la prueba, como la que formuló preguntas adicionales dentro del término que al efecto le señale el tribunal, so pena de que se entienda desistida la prueba respecto de la parte que no hizo la consignación. El tribunal fijará en su oportunidad los honorarios del perito e indicará qué parte o partes deberán cancelarlos y en qué proporción, y dispondrá el reembolso a que hubiere lugar.*

*El perito rendirá la experticia en el término que prudencialmente le señale el tribunal. Presentado el dictamen, de él se correrá traslado a las partes por un término de hasta diez (10) días, dentro del cual aquellas podrán solicitar aclaraciones o complementaciones, que si el tribunal estimare procedentes, habrá de atender el perito en informe que será puesto en conocimiento de las partes por el mismo término.*

*En ningún caso habrá lugar a trámite especial de objeción del dictamen por error grave. Dentro del término de su traslado, o del de sus aclaraciones o complementaciones, las partes podrán presentar experticias para controvertirlo. Adicionalmente, el tribunal, si lo considera necesario, convocará a una audiencia a la que deberán concurrir obligatoriamente el perito y los demás expertos, que podrán ser interrogados por el tribunal y por las partes.*

*Los honorarios definitivos del perito se fijarán luego de concluida esta audiencia si a ella se hubiere convocado; en caso contrario, una vez surtido el traslado del dictamen pericial, sus aclaraciones o complementaciones.*

49. De conformidad con lo regulado en el estatuto arbitral, es evidente que en esta clase de procesos se conserva la figura del dictamen judicial, es decir aquel cuya práctica se pide en la demanda o su contestación y que es decretado y practicado dentro del proceso, en contraposición con el dictamen de parte, que regula el Código General del Proceso y que corresponde al presentado por las partes con la demanda o su contestación, para ser controvertido y valorado dentro del proceso[[20]](#footnote-20).

50. La norma habla de *“el perito”*, es decir que para los procesos arbitrales, esta prueba será realizada por un solo experto designado para ello –como igualmente lo establece el artículo 226 del C.G.P.[[21]](#footnote-21)-, que será remunerado en la forma establecida por el tribunal de arbitramento y deberá rendir su informe en el término que éste determine, debiéndose correr traslado del mismo a las partes por un término máximo de 10 días, dentro del cual se podrán pedir aclaraciones y complementaciones que el tribunal juzgará si son procedentes para someterlas a la respuesta del perito. De igual manera, dispone la norma la improcedencia de un trámite incidental para la objeción por error grave, aunque admite que durante el término de traslado del mismo, las partes presenten experticias para controvertirlo y si el tribunal lo considera necesario, puede convocar al perito y demás expertos a una audiencia en la que deberán responder las preguntas que les formulen las partes o los árbitros.

51. Aparte de las anteriores disposiciones sobre la prueba pericial, los vacíos que se encuentren en su regulación, como ya quedó establecido, deben solventarse con la aplicación de la norma procesal que se encuentre vigente al momento de su decreto, que en el presente caso, se produjo cuando ya estaba vigente el Código General del Proceso, que regula esta prueba a partir del artículo 226, teniendo en cuenta así mismo, lo dispuesto en el artículo 12 del C.G.P., sobre la forma de subsanar vacíos y deficiencias del código[[22]](#footnote-22).

52. Por lo expuesto, no le asiste razón a la recurrente cuando reclama que de manera ilegal, el tribunal de arbitramento se negó a decretar la prueba pedida por la parte convocante, pues el dictamen pericial fue decretado en la forma solicitada en la demanda y en la reforma de la misma y lo que realmente negó el tribunal, fue designar un segundo perito técnico, porque no se había pedido en la demanda y porque para llevar a cabo el peritazgo decretado, legalmente sólo podía designarse un perito y no dos.

53. La convocante pretendió la modificación del dictamen pericial por fuera de la oportunidad procesal para pedir la prueba, que lo era la demanda o su corrección –artículos 82 y 93[[23]](#footnote-23), C.G.P.-; pretensión que resultaba improcedente, pues tal y como lo dispone el estatuto procesal, para que sean apreciadas por el juez, las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados para ello por el código –art. 173[[24]](#footnote-24)-; en el presente caso, luego de presentar la reforma de la demanda inicial, la convocante pretendió que se designara un perito técnico al cual formular una serie de preguntas y cuestiones de esa índole sobre las obras ejecutadas en virtud del contrato objeto de la controversia y esa fue la razón por la cual el tribunal de arbitramento consideró improcedentes las preguntas de esa naturaleza, contenidas en el cuestionario que formuló la convocante para ser absuelto por el perito contador.

54. Se reitera que la demanda inicial fue presentada el 12 de agosto de 2013 y tal y como lo autoriza el artículo 22 de la Ley 1563 de 2012, fue reformada el 10 de octubre de 2014, momento en el que la convocante bien pudo modificar la forma de pedir la prueba pericial solicitando un dictamen técnico además del contable, pero no lo hizo. Y no es el recurso extraordinario de anulación del laudo, el mecanismo idóneo para tratar de subsanar esa omisión.

55. Es claro entonces, que si bien se dio la denegación por parte del tribunal de arbitramento de una prueba pedida extemporáneamente por la convocante –porque eso fue lo que hizo, al pedir la designación de un arquitecto experimentado en obras como la del contrato que fue objeto de la controversia para que se absolvieran preguntas de índole técnica sobre su ejecución-, lo cierto es que la misma estuvo justificada y soportada en las normas procesales aplicables, con lo cual no se cumplió el requisito de la causal de anulación, que exige para su configuración, que la negativa a decretar o practicar una prueba sea *“sin fundamento legal”[[25]](#footnote-25).*

56. Aparte de lo anterior y como si no fuera suficiente para desestimar el cargo, observa la Sala que, tal y como lo manifestaron la parte convocada y el Ministerio Público, habría que llegar a la misma conclusión de improcedencia de la causal, puesto que según lo establece la norma que la consagra, también es requisito *sine qua non* para su configuración, que la prueba faltante pudiera tener incidencia en la decisión y este requisito no se da en el *sub-lite.* Como lo ha dicho la jurisprudencia:

*Quiere esto decir, que sólo en la medida en que la prueba que se echa de menos hubiera podido tener una seria influencia en la decisión final, al punto de que ésta pudo ser distinta si el hecho objeto de la prueba se hubiera acreditado, será admisible esta causal; es decir que si los hechos que se quedaron sin una verificación probatoria resultan ser inocuos para el proceso, no es procedente la impugnación del laudo con este cargo; así que para su configuración, el hecho de la negativa o falta de práctica de una prueba en el proceso, por sí solo, no es suficiente sino que se requiere que se trate de la prueba de un hecho decisivo para los resultados del proceso[[26]](#footnote-26).*

57. En efecto, aún si mediara la prueba técnica –dictamen de arquitecto- que la parte convocante echa de menos en el proceso arbitral, se advierte que la decisión tomada en el laudo arbitral no habría variado, en la medida en que la denegatoria de las pretensiones elevadas en la demanda se produjo no por la falta de pruebas sobre los hechos alegados por la parte convocante en relación con los perjuicios que dijo haber sufrido con ocasión de la ejecución de las obras objeto del contrato materia de la controversia, sino en virtud de la existencia de múltiples acuerdos de voluntades suscritos por las partes a lo largo de la ejecución contractual, tendientes a superar las situaciones que se fueron presentando, tales como contratos adicionales, suspensiones, etc., en los cuales la contratista no dejó observación o salvedad alguna relacionada con las reclamaciones económicas que ahora aduce en contra de la entidad contratante, motivo que el tribunal de arbitramento consideró suficiente para la no prosperidad de sus pretensiones. Al respecto, se lee en el laudo:

*En otras palabras, para el Tribunal es claro que en las diversas modificaciones contractuales analizadas, las partes adoptaron las medidas económicas necesarias para atender los mayores costos que pudieran haber sido generados por los defectos en los diseños, por los inconvenientes en la entrega de las zonas de trabajo por parte de Fonade, por los efectos en el plazo de ejecución y en la forma de ejecutar los trabajos derivados de la eventual falta de planeación, por los trabajos adicionales que debió ejecutar el Consorcio Kumbre y por las situaciones de orden público que afectaron la ejecución del Contrato, esto es, para atender la totalidad de situaciones que venían afectando la normal ejecución de las obligaciones contractuales.*

*Además, en cada una de las modificaciones contractuales que fueron objeto de análisis por parte del Tribunal, en algunos casos el Consorcio Kumbre dejó expresa manifestación unilateral de que la correspondiente adición, prórroga o modificación contractual resultaba suficiente para atender los efectos económicos desfavorables que los inconvenientes derivados de las supuestas faltas en la planeación (problemas en los diseños entregados, falta de disposición oportuna de los predios, necesidad de disponer de equipos adicionales y de pagar horas extras y feriados, reprogramaciones de la obra y elaboración de diseños adicionales), le podían generar y, en otros, las partes dejaron constancia de común acuerdo en el sentido de que la adición respectiva resultaba suficiente para cubrir todos los costos y gastos derivados de la misma, sin que fuera necesario adicionar mayores valores al Contrato.*

*Así, con dichos pactos y manifestaciones unilaterales, el Consorcio Kumbre, desde el 11 de agosto de 2008 hasta el 1º de febrero de 2011 fue progresivamente reconociendo que los perjuicios que podrían haberse causado como efecto de los diversos problemas en la planeación contractual fueron completamente remunerados con las adiciones, los balances de cantidades de obra y las prórrogas pactadas. Por ello, en criterio del Tribunal, las renuncias pactadas y el reconocimiento expreso por parte del Consorcio Kumbre en el sentido de que las adiciones, balances y prórrogas eran medidas contractuales suficientes para cubrir los supuestos perjuicios sufridos y los mayores costos en que incurrió el Consorcio durante la ejecución del Contrato, resultan suficientes para negar las pretensiones relacionadas con los supuestos perjuicios derivados de la mala planeación contractual, de los defectos en los diseños entregados, de los inconvenientes en la puesta a disposición de los terrenos para la ejecución de las obras, de los efectos negativos en el plazo de ejecución y en la forma de ejecutar los trabajos por la falta de planeación y, de los trabajos adicionales que debieron ser ejecutados por esos defectos de planeación.*

*Se trata de la aplicación, pura y simple, del principio del* pacta sunt servanda *y de la* lex contractus *que se desprenden del artículo 1602 del Código Civil, de acuerdo con el cual,* “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. *Así, si las partes estipularon los mecanismos de mitigación de los efectos nocivos de los mencionados presuntos defectos de planeación, dicho pacto no puede ser desconocido en sede judicial, pues lo cierto es que el mismo resulta vinculante para ellas.*

*Similar afirmación puede hacerse en relación con lo expresado por el Consorcio Kumbre en el sentido de que existió un supuesto incumplimiento de Fonade en la tramitación y aprobación oportunas de los precios unitarios de los ítems de obras necesarios y de carácter prioritario según la ruta crítica en el proceso constructivo, así como en el reconocimiento y pago de las obras y los trabajos adicionales supuestamente ejecutados por el contratista (…).*

*De la misma manera, respecto de las situaciones de orden público que ocurrieron durante la ejecución del Contrato y que supuestamente generaron que el Consorcio Kumbre incurriera en mayores costos a los inicialmente previstos (…).*

*Igualmente, el Tribunal considera relevante destacar que, de acuerdo con los artículos 83 de la Constitución Política, 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, los contratos deben ser ejecutados dando cumplimiento al principio de la buena fe, principio que tiene múltiples expresiones en la ejecución contractual, dentro de las cuales el Tribunal destaca que no resulta válido aceptar la ejecución de una conducta contractual con desconocimiento de los actos propios:* venire contra factum proprium non valet (…).

*En ese marco, para el Tribunal, constituyen un desconocimiento de la doctrina del acto propio y del principio de la buena fe, las pretensiones del Consorcio Kumbre que tienen como objetivo desconocer los efectos de los pactos respecto de los supuestos perjuicios derivados de la eventual mala planeación contractual, de los defectos en los diseños entregados, de los inconvenientes en la puesta a disposición de los terrenos para la ejecución de las obras, del trámite que se dio a la aprobación de los precios de los nuevos ítems unitarios, de la falta de reconocimiento de las obras y trabajos adicionales, de los mayores costos en la construcción derivados de la falta de planeación (horas extras y feriados, mayores diseños, equipos adicionales) y de las situaciones de orden público ajenas a las partes, así como las renuncias a la reclamación de perjuicios adicionales, razón complementaria para negar dichas pretensiones.*

*Finalmente, quiere el Tribunal destacar que, en desarrollo de ese mismo principio de la buena fe, la jurisprudencia administrativa ha considerado que cuando se celebran adiciones, prórrogas, modificaciones contractuales, las partes se encuentran en el deber de expresar las reservas o salvedades en relación con los perjuicios que no son resarcidos con ocasión de la suscripción de la correspondiente modificación contractual, de tal manera que en ausencia de dicha salvedad o reserva, no hay lugar al resarcimiento de los perjuicios reclamados ante el juez (…).*

*La aplicación de la anterior posición jurisprudencial al caso concreto corrobora la conclusión obtenida antes en el sentido de que las pretensiones analizadas deben ser negadas. En efecto, observa el Tribunal que el Consorcio Kumbre, al suscribir las diversas adiciones, prórrogas y modificaciones contractuales, guardó silencio y no dejó expresas salvedades, constancias o reclamaciones respecto de los supuestos perjuicios que venía sufriendo durante la ejecución contractual, motivo por el cual no procede ahora, en sede judicial, pretender una indemnización de perjuicios, pues ello implica una violación al principio de la buena fe que impide obtener indemnización en sede judicial de los mencionados perjuicios.*

58. De acuerdo con las anteriores consideraciones del tribunal de arbitramento, se advierte que la decisión denegatoria de las pretensiones, dadas las razones que esgrimió el laudo arbitral para ello, no habría variado así obrara en el proceso un dictamen técnico que corroborara las afirmaciones de la convocante sobre la existencia y extensión de los incumplimientos imputados a la entidad, la deficiente planeación de su parte, o la ocurrencia de hechos no imputables al contratista que le representaron sobrecostos en la ejecución de las obras, pues todas estas fueron cuestiones que a juicio del tribunal de arbitramento, quedaron zanjadas en las múltiples adiciones, prórrogas y modificaciones contractuales, en las que o bien el contratista renunció expresamente a cualquier reclamación, o guardó silencio sobre las que pudiera tener, conduciendo en todo caso a la conclusión de que no podía ir en contra de sus propios actos y desconocer esos acuerdos previos.

59. En cuanto a la pretensión relacionada con el pago de la última acta de corte de obra -acta 38-, el Tribunal de Arbitramento consideró que de acuerdo con lo pactado en el contrato, dicho pago estaba condicionado al cumplimiento de una serie de requisitos, entre los cuales se hallaba la liquidación del contrato y como ésta no se había producido, resultaba improcedente acceder a dicha pretensión, pues no había surgido la obligación de pago a cargo de la entidad. Es claro entonces, que tampoco en relación con esta pretensión, lo decidido –al margen de que sea o no jurídicamente correcto- habría variado porque se hubiera practicado la prueba que la recurrente echa de menos.

60. Como conclusión de lo expuesto, el cargo fundado en la causal 5ª del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, no está llamado a prosperar.

**Causal 9ª: *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.***

61. En el recurso de anulación, la convocante hizo un recuento de la demanda presentada ante el tribunal de arbitramento, en el cual mencionó que (f. 424, c. ppl.):

*(…) en atención a los múltiples requerimientos de restablecimiento del equilibrio económico efectuados por el CONSORCIO KUMBRE y como requisito para la continuidad de las obras, las partes suscribieron contrato modificatorio del 31 de marzo de 2010 en el que consta:*

*“****Cláusula Sexta.-*** *En el evento de que el contratista formule reclamaciones al FONADE, derivadas de la ejecución del contrato número 2071792, la entidad la resolverá durante la vigencia del mencionado contrato, es decir, durante el plazo previsto para la ejecución de las obras o, a más tardar, en la liquidación del mismo contrato. La presente estipulación no constituye cláusula compromisoria, ni, mucho menos, una captación* (sic) *de los reclamos de el contratista”.*

*Acto seguido consta en la cláusula Séptima:*

*“****Cláusula Séptima.-*** *Continúan vigente las cláusulas del contrato número 2071792 y de sus modificaciones* ***que no contravengan las estipulaciones del presente documento****”.*

61.1. En relación con la causal 9ª, adujo que se concretó en el laudo, por cuanto en la pretensión declarativa sexta principal, se pidió que se tuvieran como ineficaces o inexistentes todas las estipulaciones precontractuales y contractuales en las cuales el consorcio Kumbre, a instancias de la convocada, renunció directa o indirectamente a presentar reclamaciones, acciones y demandas judiciales o extrajudiciales contra Fonade en la celebración, desarrollo, ejecución y liquidación del contrato, sustentando esta pretensión en la jurisprudencia que sostiene que en los casos en los que los contratistas acepten cláusulas contrarias a sus intereses por imposición o presión de la entidad contratante, tales cláusulas deberán tenerse como no escritas, por cuanto desconocen el principio de la buena fe que rige toda actuación pública y en especial el contrato estatal e implican abuso del derecho, figura consagrada en el artículo 830 del Código de Comercio.

61.2. Por lo anterior, el tribunal de arbitramento ha debido pronunciarse de fondo, pues debió analizar la referida norma del derecho privado, que rige el contrato en estudio.

61.3. Invocó las argumentaciones contenidas en la demanda arbitral sobre i) el derecho que le asiste al contratista a presentar reclamaciones y a exigir el restablecimiento del equilibrio económico del contrato y transcribió apartes de dicha demanda y de jurisprudencia de esta Corporación que soportaba esta reclamación; y ii) sobre el abuso del derecho en el ejercicio de facultades emanadas de la contratación en que incurrió la entidad convocada, tema sobre el cual plasmó apartes de sentencias de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

61.4. Observó que en el debate probatorio, los testigos se refirieron a la manera en que Fonade presionó al contratista para suscribir los contratos modificatorios u otrosíes, con el desembolso de los recursos pendientes, que le eran indispensables para equilibrar sus arcas, afectadas por el desequilibrio financiero del contrato, por razones imputables a la entidad.

61.5. Además consideró que los árbitros erraron al negar todas las pretensiones de la demanda acogiéndose a una premisa inexistente, pues desconocieron lo pactado por las partes en el contrato modificatorio del 31 de marzo de 2010, cláusulas 6ª y 7ª, de conformidad con las cuales estaba vigente el análisis de una reclamación formulada por el contratista sobre todo el desarrollo del contrato, no sólo en relación con el otrosí, sino en general, respecto de todas las reclamaciones que pudieran haber surgido durante todo el término de ejecución del contrato y no como lo entendieron los árbitros, sobre lo sucedido en los 8 días anteriores a la firma del citado contrato modificatorio. Por lo tanto, las renuncias que hubieran podido existir con anterioridad a este último, quedaron expresamente derogadas, sin efecto alguno, obligándose Fonade a estudiar las reclamaciones presentadas por el contratista sin salvedad alguna, incluso al momento de la liquidación contractual, que aún no había operado, ya que según la cláusula 7ª del contrato modificatorio, continuaban vigentes las cláusulas del contrato 2071792 y de sus modificaciones, que no contravinieran las estipulaciones de aquel.

61.6. Al abstenerse de considerar lo establecido por voluntad bilateral de las partes en el otrosí del 31 de marzo de 2010, los árbitros desconocieron la realidad normativa contractual, vulnerando con ello los derechos sustanciales y procesales de la parte convocante, por lo cual reitera su solicitud de anulación del laudo arbitral, porque el tribunal de arbitramento no decidió sobre todas las cuestiones sujetas al arbitramento, al no resolver todas las pretensiones de la demanda. Sostuvo:

*En el laudo objeto de recurso de Anulación, los Señores Árbitros se pronunciaron respecto a la excepción formulada por la parte Convocada, “improcedencia de declarar la ineficacia o inexistencia de las estipulaciones precontractuales y contractuales en las cuales el consorcio kumbre renunció directa o indirectamente a presentar reclamaciones, acciones y demandas judiciales; inexistencia de salvedades por parte del contratista al momento de suscribir los documentos modificatorios del contrato de obra 2071792, respecto de los hechos o circunstancias que en la demanda se alegan como generadores del presunto daño o afectación económica. Venire contra factum, propio no valet”, para lo cual NO tuvieron en cuenta la Pretensión Declarativa Sexta Principal ni los Fundamentos de Derecho y jurisprudencia relacionada invocados por la parte convocante.*

*La negativa del panel arbitral tribunal* (sic) *para considerar los efectos de este otrosí y negar la pretensión respectiva, sobre ineficacia de renuncia a reclamaciones, constituye un defecto fáctico o vía de hecho del laudo, que genera su nulidad constitucional por violación al derecho al debido proceso y porque constituye una denegación de justicia.*

*Claramente el* ***panel arbitral se abstuvo de decidir sobre cuestiones sujetas al arbitramento*** (las negrillas son del texto original)*.*

62. El **Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE,** frente a esta causal, manifestó que la misma se configura cuando se da un quebrantamiento del principio de congruencia, reflejado en el hecho de que en el laudo no se evidencie pronunciamiento alguno acerca del contenido de la demanda o sobre su contestación, pero no se configura “*porque los árbitros interpreten o valoren de manera distinta a la pretendida por una de las partes y adopten determinaciones que no avengan* (sic) *a su postura de defensa sustantiva y procesal, en virtud del ámbito de competencia asignado a todo fallador que trae como consecuencia un margen de maniobra para arribar a la decisión definitiva sin que ello implique desbordamiento del marco del litigio”.* Y en el presente caso, no se puso de manifiesto en el recurso alguna incongruencia entre lo pedido en la demanda y lo resuelto por el tribunal, sino que se hizo un juicio en torno a la interpretación que realizaron los árbitros para negar las pretensiones. Los argumentos formulados en el recurso se estructuran sobre presuntos vicios *in judicando* y no *in procedendo,* que se proponen en forma similar a un recurso de apelación, pues se dirigen a atacar las conclusiones jurídicas del laudo, lo cual es ajeno al recurso de anulación, que no constituye una segunda instancia.

63. La **Procuraduría Primera Judicial II Administrativa,** en su concepto consideró que esta causal tampoco estaba llamada a prosperar, pues el laudo arbitral no dejó de decidir sobre cuestiones sujetas al arbitramento, ya que se pronunció sobre cada una de las pretensiones y excepciones propuestas, incluso en relación con el otrosí del mes de marzo de 2010, al declarar probada la excepción de “*improcedencia de declarar la ineficacia o inexistencia de las estipulaciones precontractuales y contractuales en las cuales el consorcio Kumbre renunció directa o indirectamente a presentar reclamaciones, acciones, demandas judiciales o extrajudiciales contra Fonade en la celebración, desarrollo, ejecución y liquidación del contrato”*, razón por la cual denegó la pretensión declarativa sexta principal.

63.1. Explicó la delegada del Ministerio Público, que tuvo razón el tribunal de arbitramento al tener en consideración las múltiples actuaciones bilaterales –adiciones, otrosíes, suspensiones- en las que participó el contratista sin dejar constancia de reclamaciones por concepto de sobre costos o rompimiento del equilibrio económico del contrato, pues en virtud del principio de la buena fe objetiva, las partes del contrato no podían ir en contra de sus propios actos, concluyendo que, *“*[e]*n consecuencia, si las solicitudes, reclamaciones o salvedades fundadas en la alteración del equilibrio económico no se hacen al momento de suscribir las suspensiones, otrosíes, entre otros, que por tal motivo se convinieren, cualquier solicitud, reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual”.*

63.2. Agregó que el hecho de que en el otrosí de marzo de 2010 se hubiere contemplado que en el evento de que el contratista formulara reclamaciones a Fonade derivadas de la ejecución del contrato, la entidad las resolvería durante la vigencia del mismo o a más tardar en su liquidación, no significaba una aceptación de los reclamos formulados por el contratista, los que además no fueron acreditados o probados en el expediente que se adelantó con ocasión del trámite arbitral. En consecuencia, pidió que se declarara infundado el recurso de anulación formulado en contra del laudo.

**Consideraciones de la Sala:**

64. La causal 9ª de nulidad del laudo arbitral del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, reunió en una sola las que anteriormente estaban contempladas por separado en los numerales 8 y 9 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989: 8. Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido, y 9. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.

65. Estas causales de anulación del laudo arbitral están encaminadas a garantizar el principio de congruencia, en virtud del cual la decisión debe estar en perfecta consonancia con las pretensiones y excepciones propuestas por las partes en el proceso, de tal manera que falle dentro de los precisos límites que le han sido impuestos tanto en la demanda como en su contestación, evitando fallos *extra petita,* es decir que conceden algo que no se pidió, por fuera de las pretensiones aducidas, o *ultra petita,* cuando conceden más de lo pedido o *mínima o citra petita,* que se presenta cuando en el fallo se concede menos de lo pedido o no se resuelve lo que debió serlo. Como lo ha manifestado la Sala:

*57. Toda sentencia judicial –y el laudo se equipara a estas- está sujeta al cumplimiento del principio de congruencia, consagrado en el artículo 281 del Código General del Proceso, norma según la cual la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley; y en consecuencia, dispone que no podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta; y si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último.*

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

*59. De acuerdo con lo anterior, la congruencia hace necesaria una comparación entre lo pedido por las partes y lo decidido por el tribunal, es decir que para establecer la existencia del vicio que atenta contra tal principio, se debe examinar la decisión contenida en el laudo arbitral, pues “Para detectar la presencia del vicio de la incongruencia es imperioso comparar lo decidido con lo litigado por las partes, entendiéndose por lo decidido a la parte de la sentencia verdaderamente vinculante,* ***o sea la resolutiva, teniendo en cuenta que esta causal*** *no autoriza ni puede autorizar a entrar en el examen de las consideraciones que han servido al juzgador como motivos determinantes del fallo”[[27]](#footnote-27), limitación que encuentra su explicación en la naturaleza misma del recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales y la finalidad que con él se persigue, teniendo en cuenta que este medio de impugnación “(…) apunta a verificar que desde el punto de vista formal se haya dado cumplimiento a las normas que regulan el proceso arbitral y ha sido instituido precisamente, como mecanismo que garantice el debido proceso en los trámites arbitrales. En consecuencia, apunta a corregir errores in procedendo, no errores in judicando, lo que le impide al juez del recurso entrar a analizar las consideraciones de fondo y sustantivas que tuvo en cuenta el tribunal de arbitramento para decidir”[[28]](#footnote-28).*

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

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

*De tal manera que, el juez arbitral está en el deber de decidir, en primer término, las cuestiones que le han sido planteadas en el proceso por las partes, pero sus determinaciones no se limitan exclusivamente a estos extremos, puesto que en virtud del marco legal de su competencia, existen otros asuntos que por mandato de la ley está llamado a resolver, así no hayan sido materia de la demanda o de la contestación, es decir, así no sean cuestiones propuestas expresamente por las partes; se trata entonces, del ejercicio de facultades oficiosas que le han sido atribuidas directamente por el ordenamiento jurídico, en su calidad de juez, aunque la misma sea temporal[[29]](#footnote-29).*

*61. Significa lo anterior, que los árbitros deben respetar el principio de congruencia frente a las intervenciones procesales de las partes, que se hallen enmarcadas dentro del pacto arbitral en virtud del cual fueron habilitados los árbitros y adquirieron competencia para decidir, teniendo en cuenta que dicho principio no se desconoce ni se vulnera cuando el juez toma decisiones oficiosas que le son impuestas por el legislador*[[30]](#footnote-30)*.*

66. En el presente caso, la recurrente adujo que la causal alegada se configuró, porque el tribunal de arbitramento dejó de decidir sobre cuestiones sujetas al arbitramento, ya que no resolvió todas las pretensiones de la demanda, porque al declarar probada la excepción propuesta por la parte convocada en relación con la *“improcedencia de declarar la ineficacia o inexistencia de las estipulaciones precontractuales y contractuales en las cuales el consorcio kumbre renunció directa o indirectamente a presentar reclamaciones”,* notuvo en cuenta la pretensión declarativa sexta principal y dejó de estudiar los fundamentos de derecho y la jurisprudencia relacionada en la demanda. La convocante manifiesta, refiriéndose a la causal 9ª y a la pretensión declarativa sexta principal:

*Sustento la referida pretensión en los fundamentos de derecho con la cita de diversa jurisprudencia, en la que las altas cortes claramente han considerado que en los casos en los que los contratistas accedan y/o acepten cláusulas contrarias a sus intereses por imposición, presión, de la entidad contratante valiéndose éstas de su evidente posición dominante, tales cláusulas y declaraciones deberán tenerse por no escritas, por cuanto desconocen el principio de la Buena Fe que rige toda actuación pública y privada y, en especial, el Contrato Estatal; e implican Abuso del Derecho.*

67. Fonade, en la **contestación de la demanda,** manifestó que la recurrente alegó esta causal del recurso, porque supuestamente el tribunal no resolvió lo que en derecho correspondía, ya que desconoció lo pactado en el modificatorio del 31 de marzo de 2010, en donde se pactó: ***“****Cláusula Séptima.- Continúan vigentes las cláusulas del contrato número 2071792 y de sus modificaciones que no contravengan las estipulaciones del presente documento”.*

67.1.Agregó que sobre el anterior documento, la apoderada del consorcio Kumbre pretende imponer una interpretación subjetiva, en el sentido de señalar que a través de dicha convención, todas las modificaciones del contrato en otrosíes o adiciones anteriores que contravinieran el derecho a presentar una reclamación del contratista quedaron sin vigencia, se volvieron ineficaces y por lo tanto no podían ser consideradas por el tribunal de arbitramento para negar todas las pretensiones de la demanda, pero lo cierto es, según la convocada, que la causal alegada en el recurso de anulación, no se configura porque los árbitros interpreten o valoren de manera distinta a la pretendida por una de las partes y adopten determinaciones que coincidan con su postura. Sostuvo:

*Así las cosas, se concluye que los argumentos esbozados por la recurrente carecen de virtualidad para estructurar la causal de anulación invocada, pues simplemente reduce el ataque a las consideraciones vertidas por los árbitros para negar las pretensiones de contenido económico; pero, con tal afirmación implícitamente está aceptando que el Tribunal decidió dichas pretensiones, solo que de forma negativa.*

*En efecto, nótese como el impugnante con el recurso pretende sacar avante su personal apreciación e interpretación jurídica de la manera como debieron ser resueltas las pretensiones económicas por el Tribunal de Arbitramento, por cuanto no comparte la decisión que resolvió el problema jurídico, lo cual resulta inaceptable pues se sustenta en presuntas violaciones directas e indirectas a la ley sustancial.*

*Así las cosas, se evidencia de manera clara que la única intención de la hoy recurrente es abrir un debate judicial, que resulta ajeno a la naturaleza jurídica del recurso de anulación interpuesto (…)”.*

67.2. Y señaló que con ese debate, además, la convocante pretendía desconocer la jurisprudencia pacífica del Consejo de Estado, relacionada con la buena fe y la lealtad con la que deben obrar las partes del contrato y que implica que al suscribir contratos adicionales, modificaciones, prórrogas, etc., se deben manifestar las reclamaciones económicas que se tengan en ese momento, las observaciones o salvedades por incumplimientos previos a la fecha de celebración del contrato modificatorio, adicional o una suspensión. Y por consiguiente, el silencio en torno a los mismos, tiene por efecto el finiquito de los asuntos pendientes para las partes, que no podrán discutir posteriormente por hechos anteriores, por cuanto no les es lícito venir contra sus propios actos: *venire contra factum proprium non valet.*

68. El **Ministerio Público,** por su parte, estimó que si bien el consorcio Kumbre invocó el derecho que le asiste a presentar reclamaciones y exigir el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, no se encontró probatoriamente que la parte interesada, en el desarrollo del contrato, hubiera dejado expresa salvedad en relación con los puntos específicos de inconformidad al momento de suscribir las modificaciones, adiciones, etc.. por lo que *“… si las partes, habida cuenta del acaecimiento de circunstancias que pueden alterar o han alterado ese equilibrio económico, llegan a acuerdos tales como suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales,* ***otrosíes****, etc.,* ***al momento de suscribir tales acuerdos en razón de tales circunstancias es que deben presentar las solicitudes, reclamaciones o salvedades por incumplimiento del contrato, por su variación o por las circunstancias sobrevinientes, imprevistas*** *y no imputables a ninguna de las partes”* y si ello no sucede, *“(…)* ***cualquier solicitud, reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual”*** (las subrayas y negrillas son del texto original).

68.1. En el presente caso, la delegada del Ministerio Público encontró que a lo largo de la ejecución del contrato se presentaron situaciones que condujeron a la suscripción de contratos adicionales y prórrogas que se celebraron para el reconocimiento y pago de mayores cantidades de obra y de ítems no previstos a solicitud del contratista y la interventoría, ante los inconvenientes y reformas que por diversas causas fueron efectuadas y que modificaron el desarrollo normal del contrato.

68.2. Y que al suscribir los modificatorios y otrosíes del contrato, *“se dejó constancia de que el contratista en forma expresa manifestaba que la presente adición cubría los gastos y costos en que debía incurrir para ejecutar las actividades objeto del otrosí modificatorio y en ninguno de los documentos que hacen parte integral del contrato se realizó la salvedad del supuesto desequilibrio por sobrecostos que plantea en su demanda la parte actora o de los perjuicios causados por la prórroga del plazo del contrato, máxime cuando el mismo contratista en varias oportunidades fue quien la solicitó; motivo por el cual es improcedente su pretensión”.*

68.3. En relación con la cláusula sexta del otrosí de marzo de 2010, sostuvo que allí sólo se estableció que en caso de que el contratista formulara reclamaciones a Fonade derivadas de la ejecución del contrato, la entidad las resolvería durante la vigencia del mismo o a más tardar en su liquidación, sin que dicha cláusula constituyera una aceptación de los reclamos formulados por el contratista.

68.4. Y concluyó que al revisar el laudo arbitral, se evidenciaba que el mismo sí se pronunció sobre las pretensiones de la demanda y las excepciones propuestas por la parte convocada, en especial en lo que tiene que ver con el contenido del otrosí suscrito en marzo de 2010 por las partes. Por lo tanto, concluyó que esta causal no se configuró.

**Consideraciones de la Sala:**

69. Al respecto, se observa que la pretensión declarativa sexta principal de la demanda, sobre la cual la recurrente afirma que el tribunal de arbitramento no se pronunció, fue:

***2.1.6. PRETENSIÓN DECLARATIVA SEXTA PRINCIPAL***

*Que se tengan como ineficaces o inexistentes todas las estipulaciones pre-contractuales y contractuales en las cuales el CONSORCIO KUMBRE, a instancias de la CONVOCADA, renunció directa o indirectamente, a presentar reclamaciones, acciones y demandas judiciales, o extrajudiciales contra FONADE en la celebración, desarrollo, ejecución y liquidación del contrato.*

70. No obstante, en la demanda no se identifican e individualizan los acuerdos de voluntad contentivos de las estipulaciones respecto de las cuales pide que se tengan como ineficaces o inexistentes ni se advierte argumento alguno tendiente a dar sustento a esta pretensión. Simplemente en el capítulo de fundamentos de derecho, la convocante se limitó a hacer citas doctrinales y jurisprudenciales sobre los principios de economía, responsabilidad y buena fe en la contratación pública, la planeación en la contratación estatal, la buena fe contractual, las obligaciones y circunstancias contractuales más allá del álea normal, el plazo y la buena fe contractuales, de las cláusulas penales y multas, del desequilibrio contractual y la conmutatividad de los contratos, de la naturaleza del contrato de obra, del derecho del contratista a exigir su restablecimiento, la mayor permanencia en obra-obra adicional o mayor cantidad de obra, el abuso del derecho en el ejercicio de facultades emanadas de la contratación, el abuso del contratante, la interpretación auténtica del contrato, la interpretación en favor del deudor y la revisión de precios.

71. Pero no hay ninguna explicación del porqué el tribunal de arbitramento debía acceder a la pretensión de tener como ineficaces o inexistentes las estipulaciones en las cuales la contratista renunció directa o indirectamente a efectuar reclamaciones, incoar acciones o presentar demandas judiciales o extrajudiciales contra la entidad contratante, en virtud de la celebración, desarrollo, ejecución y liquidación del contrato.

72. Se observa que en la contestación de la demanda arbitral, Fonade propuso como excepción de mérito la de “*improcedencia de declarar la ineficacia o inexistencia de las estipulaciones precontractuales y contractuales en las cuales el consorcio Kumbre renunció directa o indirectamente a presentar reclamaciones, acciones y demandas judiciales o extrajudiciales contra Fonade en la celebración, desarrollo, ejecución y liquidación del contrato”,* refiriéndose específicamente a la pretensión declarativa sexta principal de la demanda (f. 469, c. 2).

73. Explicó que tanto en los términos de referencia del proceso de selección como en el contrato suscrito por las partes, se estableció claramente la obligación del contratista –parágrafo 4º de la cláusula segunda- de manifestar por escrito al momento de la suscripción de las modificaciones, adiciones, aclaraciones, prórrogas, otrosíes, actas y demás documentos que se suscribieran durante la ejecución del contrato, si tales modificaciones le generaban un mayor valor, sobrecostos, entre otros, pues en caso de que el contratista suscribiera dichos documentos sin la manifestación referida, se entendería que cumpliría lo acordado sin que hubiera lugar a pago adicional alguno, regla que la convocante aceptó cuando presentó la oferta y suscribió el contrato, por lo que era inadmisible que ahora pretendiera desconocer el efecto jurídico del incumplimiento de sus obligaciones contractuales y de su silencio, lo que dejaba sin fundamento las reclamaciones de su demanda.

74. Sostuvo que además de lo anterior, la convocante no demostró la existencia de algún vicio del consentimiento que hubiera afectado la validez de sus propias manifestaciones de voluntad y que la demanda estuvo mal formulada, pues ni siquiera identificó cuáles eran esos negocios jurídicos respecto de los cuales pidió que se declarara la ineficacia o inexistencia de sus estipulaciones, pretendiendo trasladar esa carga al tribunal, lo que conllevaba una violación del derecho al debido proceso y de defensa de Fonade, que no puede defenderse sobre situaciones identificadas y precisas, sino que debe hacerlo sobre especulaciones del convocante. Y agregó que la ineficacia requiere de una norma que expresamente haga esa calificación respecto de una determinada estipulación, para que proceda la aplicación de la premisa jurídica alegada por la convocante, sobre todo cuando en la demanda no se hizo un mínimo esfuerzo por precisar cuáles eran las disposiciones contractuales que se consideraban como ineficaces o inexistentes.

75. En el laudo arbitral, como ya se dijo, en el numeral primero de la parte resolutiva se decidió declarar probada la excepción n.o 1, denominada *“improcedencia de declarar la ineficacia o inexistencia de las estipulaciones precontractuales y contractuales en las cuales el consorcio kumbre renunció directa o indirectamente a presentar reclamaciones, acciones y demandas judiciales o extrajudiciales contra fonade en la celebración, desarrollo, ejecución y liquidación del contrato”* y en el numeral cuarto, decidió *“negar las pretensiones de la demanda”.*

76. En el capítulo V de las consideraciones del laudo, éste efectuó el *“análisis de la pretensión relacionada con la ineficacia o inexistencia de las estipulaciones mediante las cuales el consorcio Kumbre renunció a presentar reclamaciones contra Fonade respecto de la celebración o ejecución y liquidación del contrato (Pretensión Declarativa Sexta Principal)”,* para lo cual empezó por resumir las posiciones de las partes y del Ministerio Público. A continuación, luego de reiterar que la convocante no precisó cuáles eran los documentos contractuales a los que se refería su pretensión, procedió a enunciar aquellos que encontró en el expediente -12[[31]](#footnote-31)- y que contenían estipulaciones semejantes a las que eran objeto de la pretensión declarativa sexta principal y de la excepción formulada por la parte convocada en su contra.

77. En seguida, se refirió a la facultad de las partes para establecer cláusulas de renuncia a la reclamación judicial o extrajudicial en relación con un contrato, tema que estudió con base en las normas legales, la jurisprudencia y la doctrina:

*Para el análisis del tema, en primer lugar, debe recordarse que, de acuerdo con la conclusión expuesta en el punto IV de las consideraciones de este laudo arbitral, el Contrato de Obra 2071792 no se encuentra sometido al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sino que se rige por el derecho privado (…) el Manual de Contratación de Fonade (…) y los principios constitucionales consagrados en los artículos 209 (…) y 267 de la Carta Política (…).*

1. *El principio de la autonomía de la voluntad y la libertad en la determinación del contenido del contrato*

*Para analizar el tema de la validez de las cláusulas que estipulan las partes sobre la renuncia a presentar reclamaciones judiciales o extrajudiciales, es necesario señalar, en primer lugar, que en virtud del principio de la autonomía de la voluntad consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, las partes gozan de libertad para regular sus relaciones jurídicas, lo cual constituye un primer fundamento para afirmar que ellas pueden renunciar a derechos o reclamaciones provenientes de un negocio jurídico específico.*

*(…)*

*En ese orden de ideas, de acuerdo con el mencionado principio, las partes están facultadas para establecer y reformar el contenido de las estipulaciones contractuales. Es así como una de las expresiones concretas de la autonomía de la voluntad es, precisamente, la libertad contractual, la cual incluye, entre otras, la libertad en la determinación del contenido del contrato (…).*

*De acuerdo con lo anterior, en ejercicio de la autonomía de la voluntad reconocida a las partes de un contrato, estas tienen la posibilidad de determinar libremente el contenido de las cláusulas o estipulaciones contractuales según la forma que mejor satisfaga sus necesidades, con los límites derivados de las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres. Precisamente por ello, en principio, las partes tienen la posibilidad de incluir dentro de un contrato estipulaciones relativas a la renuncia a la reclamación de derechos derivados del mismo (…).*

1. *La validez de las cláusulas de renuncia a derechos contractuales en el derecho privado*

*Como bien lo ha destacado la doctrina,* “dentro del poder dispositivo del particular se encuentra su legitimación para despojarse de los derechos que posee, no simplemente para transmitirlos a otro sujeto, sino también haciendo dejación de ellos sin destinatario concreto”. *El poder dispositivo al que se refiere la doctrina se concreta en la posibilidad de hacer uso de la autonomía de la voluntad para renunciar a los derechos de los cuales se es titular.*

*Desde el punto de vista del derecho positivo, el artículo 15 del Código Civil prevé que las partes dentro de un negocio jurídico específico pueden renunciar a los derechos conferidos (…).*

*De acuerdo con la anterior norma y en desarrollo del postulado de la autonomía de la voluntad, en principio, puede afirmarse que las partes se encuentran facultadas para estipular en los negocios jurídicos –contrato, contrato adicional, contrato modificatorio, prórroga, otrosí, etc.-, la renuncia a presentar reclamaciones judiciales o extrajudiciales surgidas de aquellos negocios jurídicos, siempre y cuando no esté prohibido estipular dicha renuncia.*

*Ahora bien, en cuanto a la prohibición de estipular una renuncia a derechos contractuales, recuerda el Tribunal que, en el ámbito del derecho privado, es un presupuesto básico el que puedan ser objeto de negociación todos los derechos transigibles, esto es, los derechos disponibles por el titular, a menos que se encuentre expresamente prohibido por la ley pactar la renuncia a futuras reclamaciones.*

*(…) Frente a ese régimen general de responsabilidad por incumplimiento contractual, destaca el Tribunal que el mismo artículo 1616 del Código Civil señala en su inciso final que* “las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas”, *lo cual se traduce en que el régimen legal de responsabilidad contractual no es de orden público, sino que se trata de reglas que tienen un carácter apenas supletivo. De igual manera, el artículo 1604 del mismo Código Civil señala* “todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes”, *ratificando el carácter meramente dispositivo del régimen legal de responsabilidad contractual.*

*En consecuencia, es perfectamente válido que las partes incluyan cláusulas de limitación, de extensión, de renuncia y, en general, regulación de la responsabilidad contractual derivada del incumplimiento del contrato. Al respecto, la doctrina ha expresado la existencia de esta posibilidad (…).*

*Igualmente, ha dicho la doctrina, con base en el principio de la autonomía de la voluntad, que* “las cláusulas de limitación y exoneración de responsabilidad son válidas en Colombia, y en consecuencia las partes pueden pactar cláusulas mediante las cuales se aligera o elimina la carga indemnizatoria del deudor responsable”.

*(…) En ese sentido puede afirmarse, entonces, que* “por regla general, toda cláusula modificativa de la responsabilidad contractual se presume válida”. *La validez de estas cláusulas descansa no solo en que las mismas no están prohibidas por los ordenamientos jurídicos, sino especialmente en que constituyen una expresión del postulado de la autonomía de la voluntad y, particularmente en el derecho colombiano, en las normas analizadas (artículos 1604 y 1616 del Código Civil).*

1. *Las excepciones a la posibilidad de renunciar a los derechos contractuales*

*(…) las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres constituyen un límite a la validez de las estipulaciones en virtud de las cuales se hagan renuncias a la reclamación de perjuicios derivados de la celebración o ejecución de un contrato. Igualmente, como parte de los límites al ejercicio de la autonomía de la voluntad, la correspondiente cláusula debe obedecer a la expresión libre de la voluntad de las partes, esto es, que no debe estar afectada por un vicio del consentimiento.*

 *(…) En resumen, los límites a la validez de las cláusulas que implican la renuncia a derechos contractuales se encuentran en: (a) la existencia de normas imperativas que prohíban expresamente la renuncia; (b) el orden público y las buenas costumbres como límites generales a la autonomía de la voluntad; (c) que el pacto no esté afectado por un vicio del consentimiento; (d) que la estipulación solo mire el interés individual del renunciante, sin que se afecten los intereses de la parte que no renuncia, y (e) cuando la lesión al derecho de crédito provenga del incumplimiento doloso del deudor.*

1. *La renuncia a los derechos de reclamación en los contratos de las entidades estatales a los cuales se les aplica el derecho privado*

*Destaca el Tribunal que el Consejo de Estado se ha pronunciado sobre la validez y la posibilidad de aplicación que tienen las cláusulas sobre la renuncia a presentar reclamaciones judiciales o extrajudiciales surgidas de un contrato estatal sometido al régimen privado, así: (…).*

*Con base en el anterior marco legal, jurisprudencial y doctrinal, concluye el Tribunal que, al igual que lo que ocurre en el régimen general del derecho privado, es válido estipular en un contrato estatal sometido al derecho privado la renuncia a las reclamaciones judiciales o extrajudiciales surgidas de la celebración y ejecución de dicho contrato. Por lo tanto, respecto de dicha renuncia a las reclamaciones futuras realizadas por las partes, no es razonable que el contratista, después de finalizado el contrato, normal o anormalmente, pretenda demandar al contratante por hechos que hacen parte de dicha renuncia. (…) toda vez que “*no es lícito a las partes venir contra sus propios actos, o sea “venire contra factum proprium non valet”, que se sustenta en la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas”.

*Aplicado lo anterior a la pretensión analizada en este punto, observa el Tribunal que las diferentes cláusulas a través de las cuales el Consorcio Kumbre renunció, directa o indirectamente, a los perjuicios derivados de la celebración de modificaciones contractuales relacionadas con cambios en la forma de pago, la adición de los valores contractuales, la extensión del plazo de ejecución del contrato, la adición de ítems de obra y/o la adición de actividades de obra, resultan válidas de acuerdo con el principio general de validez de esa clase de estipulaciones.*

*Además, no advierte el Tribunal que con la celebración de tales modificaciones contractuales y, particularmente, con la renuncia a las reclamaciones derivadas de las mismas, se haya vulnerado alguno de los cinco límites analizados antes, así: (a) no existe norma legal imperativa que, directa o indirectamente, prohíba dichos pactos; (b) no se evidencia violación del orden público o de las buenas costumbres en dichas estipulaciones; (c) tampoco se evidencia prueba de que existan vicios del consentimiento del Consorcio Kumbre o de Fonade; (d) las estipulaciones sólo miran el interés individual del Consorcio Kumbre y no existe prueba de que afecten los intereses de Fonade, y (e) no existe prueba de que los perjuicios reclamados obedezcan a un incumplimiento doloso de parte de Fonade.*

*Igualmente, el Tribunal destaca que, dada la ausencia de fundamentos específicos de la pretensión presentada por el Consorcio Kumbre, no existen más elementos que permitan al Tribunal llegar a una conclusión diferente en cuanto a la validez, en general, de las estipulaciones que se analizan en el presente acápite.*

***C. Conclusión del Tribunal sobre las pretensiones y excepciones analizadas***

*Con base en las anteriores consideraciones, el Tribunal declarará probada la excepción denominada* “1. Improcedencia de declarar la ineficacia o inexistencia de las estipulaciones precontractuales y contractuales en las cuales el Consorcio Kumbre renunció directa o indirectamente a presentar reclamaciones, acciones, demandas judiciales o extrajudiciales contra Fonade en la celebración, desarrollo, ejecución y liquidación del Contrato”, *y, en consecuencia, negará la pretensión declarativa sexta principal.*

*A su vez, como consecuencia de la anterior conclusión general, el Tribunal analizará las demás pretensiones de la demanda y las excepciones planteadas por Fonade a la luz de las renuncias convenidas en los respectivos documentos contractuales, sin perjuicio de las situaciones particulares que puedan resultar del análisis de las demás pretensiones y de los hechos probados respecto de cada una de ellas.*

78. Los apartes del laudo arbitral transcritos, a juicio de la Sala, son demostrativos de que en él no se dejó de resolver la pretensión declarativa sexta principal de la demanda, la cual, en el numeral cuarto de la parte resolutiva del laudo, fue negada junto con las demás pretensiones y dicha denegatoria estuvo suficientemente motivada, como quedó visto.

79. Y aunque en el recurso la convocante adujo que la aceptación por parte del contratista, de las cláusulas de renuncia a reclamación contenidas en los diversos negocios jurídicos suscritos –adiciones, otrosíes, prórrogas, etc.- se hizo bajo presiones e imposiciones de la entidad contratante valiéndose de su posición dominante, lo cierto es que ese hecho no fue planteado en su demanda arbitral, en la que no se dio cuenta de cuáles fueron los actos de presión o constreñimiento a los que fue sometido el contratista para inducirlo a suscribir los distintos documentos contractuales en los que se plasmó su renuncia a efectuar futuras reclamaciones o aquellos en los que hizo la manifestación de que lo acordado resultaba suficiente para atender los efectos económicos desfavorables derivados de los diferentes inconvenientes que se presentaron a lo largo de la ejecución contractual.

80. Ahora bien, en relación con el contrato modificatorio suscrito el 31 de marzo de 2010, se observa que en la demanda arbitral se hizo mención al mismo dentro del relato histórico de las incidencias en la ejecución del contrato, en los siguientes términos (f. 253, c.2):

*(…) De acuerdo a esto[[32]](#footnote-32), se elaboró el modificatorio del 31 de marzo de 2010 donde solo se prorrogó el plazo para la ejecución de las obras en tres (3) meses, teniendo como plazo total del contrato a 3 de Julio de 2010 incluyendo el periodo para la ejecución de las acciones correctivas y la puesta en funcionamiento del proyecto. Así mismo se adicionó el contrato por un valor de $ 8.399.999.994, con el fin de ejecutar las mayores cantidades de obra y las actividades adicionales no previstas que surgieron en ese período, desconociendo así la evaluación económica hecha por el contratista. Es necesario precisar que ni el plazo ni la adición dada en dicho modificatorio fueron de acuerdo a lo solicitado por el Consorcio en el oficio mencionado, faltando aún recursos para ejecutar la totalidad de las obras.*

*En este modificatorio queda además incluido:* ***“(…) CLÁUSULA SEXTA: en el evento de que EL CONTRATISTA formule reclamaciones a FONADE, derivadas de la ejecución del contrato n° 2071792, la Entidad las resolverá durante la vigencia del mencionado contrato, es decir durante el plazo previsto para la ejecución de las obras o, a más tardar, a la liquidación del mismo contrato. La presente estipulación no constituye cláusula compromisoria ni, mucho menos, una aceptación de los reclamos del CONTRATISTA (…)”*** (las negrillas son del texto original).

81. Al respecto, se observa que el laudo arbitral, al estudiar los acuerdos de voluntades en los cuales se contemplaban estipulaciones que constituían renuncia a reclamaciones posteriores o manifestaciones de conformidad con las condiciones de su suscripción, se refirió precisamente a este otrosí, al manifestar –pie de página 28-:

*g. Documento modificatorio del Contrato 2071792 sin título, suscrito por las partes el 31 de marzo de 2010, en el cual dejaron establecido: “Cláusula Tercera: (…) Parágrafo Primero:* ***EL CONTRATISTA manifiesta expresamente que la presente adición cubre todos los gastos y costos en que debe incurrir para ejecutar las actividades objeto de esta adición”*** *(…).*

82. Es claro entonces, que los árbitros sí tuvieron en consideración el referido contrato modificatorio, sólo que, a su juicio, también en éste el contratista manifestó su conformidad con lo pactado y en consecuencia, hacía parte de aquellas estipulaciones respecto de las cuales en la demanda arbitral se pidió que se declararan ineficaces o inexistentes.

83. No obstante, la recurrente pretendió dar a las cláusulas sexta y séptima del contrato modificatorio del 31 de marzo de 2010, un alcance que las mismas no tienen, consistente en entender que mediante las mismas, las partes restaron toda validez a las cláusulas de los múltiples acuerdos de voluntades que a lo largo del contrato se suscribieron por las partes y que contenían la renuncia expresa del contratista a efectuar futuras reclamaciones o su conformidad con el acuerdo que se estaba realizando, como suficiente para cubrir los costos y gastos que de él se desprendían. Y pretendió además, que el tribunal de arbitramento debía hacer la misma lectura y en consecuencia, interpretar las referidas estipulaciones en la misma forma planteada en el recurso de anulación. Y que no haberlo hecho, representó dejar de resolver cuestiones que estaban sujetas a su decisión.

84. Se observa entonces, que en realidad la inconformidad de la recurrente no proviene de la no resolución de un asunto sometido a la decisión de los árbitros, como lo fue la mencionada pretensión declarativa sexta principal, que de hecho sí fue resuelta, sino de la forma como ésta fue decidida y de los argumentos que se esgrimieron en el laudo como soporte de su denegatoria, los cuales la recurrente no comparte, pues considera que debieron primar sus consideraciones personales sobre la aplicación del principio de la buena fe y del no abuso del derecho y con base en esa interpretación, que considera la correcta, debieron los árbitros declarar la ineficacia o inexistencia de las renuncias contenidas en diversos acuerdos de voluntades suscritos por las partes, para proceder a continuación a estudiar las reclamaciones económicas de la demanda arbitral.

85. Se advierte que, tal y como ya se explicó, el presente proceso no se surte en virtud de un recurso de apelación, en cuya resolución le es dado al juez de segunda instancia revisar de fondo la decisión del *a-quo* para establecer si la misma fue acertada y por lo tanto debe ser confirmada, o si por el contrario resulta procedente su revocatoria por haber incurrido en errores *in judicando*, sino que se trata de un recurso extraordinario de anulación de un laudo arbitral, en el cual la función del juez es la de verificar que no se concretaron los defectos formales a los que hacen referencia las taxativas causales de anulación consagradas en la ley.

86. En este caso, la recurrente adujo la causal 9ª en contra del laudo arbitral impugnado, por el defecto formal de *no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento*, defecto que, tal y como se acaba de analizar, independientemente de si la decisión fue o no jurídicamente correcta, no se presentó en los términos planteados en el recurso, razón por la cual este cargo no prospera.

**Conclusión**

87. De acuerdo con lo expuesto, las causales de anulación alegadas en el recurso extraordinario interpuesto por la parte convocante en contra del laudo arbitral proferido el 9 de agosto de 2017 por el tribunal de arbitramento constituido para dirimir las controversias contractuales suscitadas entre las partes con ocasión de la ejecución del contrato de obra n.o 2071792 del 31 de octubre de 2007, no tiene vocación de prosperidad y por lo tanto, el mismo se declarará infundado y el recurrente será condenado en costas, de conformidad con lo ordenado en el último inciso del artículo 43 de la Ley 1563 de 2012. Dado que no se produjeron gastos en la tramitación del proceso, se limitará la condena al pago de las agencias en derecho, en concordancia con lo dispuesto en el Acuerdo 1887 de 2003 del C.S.J *“por medio del cual se establecen las tarifas de agencias en derecho”* –arts. 5º y 6º, num. 1.12.2.3.-, de conformidad con el cual en el trámite del recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales se fijó como tarifa hasta 20 S.M.L.M.V.

88. En el presente caso, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado de la entidad convocada en el presente proceso de anulación de laudo arbitral, se fija como agencias en derecho para ella la suma equivalente a 10 S.M.L.M.V.

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

**F A L L A**

**PRIMERO:** Declárase infundado el recurso extraordinario de anulación interpuesto en contra del laudo arbitral proferido el 9 de agosto de 2017, por el tribunal de arbitramento designado para dirimir la controversia contractual surgida entre el Consorcio Kumbre, conformado por las sociedades Vargas Velandia Ltda. -hoy Xie S.A.-, Edivial E.U. -hoy Edivial Ingeniería S.A.S.- y Sevilla Martínez C.A. Semaica y el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE, con ocasión del contrato de obra n.o 2071792 del 31 de octubre de 2007.

**SEGUNDO:** Condénase en costas a la parte recurrente, Consorcio Kumbre, conformado por las sociedades Vargas Velandia Ltda. -hoy Xie S.A.-, Edivial E.U. -hoy Edivial Ingeniería S.A.S.- y Sevilla Martínez C.A. Semaica y por consiguiente al pago a favor de la entidad convocada Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE, de la suma equivalente a 10 S.M.L.M.V.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO**

**Presidenta de la Subsección**

**Aclaró voto**

**DANILO ROJAS BETANCOURTH**

**Magistrado**

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**

**Magistrado**

**Ausente con excusa**

1. La demanda fue modificada el 10 de octubre de 2014 (f. 152 a 327, c. 2). [↑](#footnote-ref-1)
2. El contrato fue adjudicado en la “Propuesta Pública de Contrato No. IPG 1968-195073” de mayo de 2007, que adelantó FONADE en cumplimiento de lo acordado en el Convenio Interadministrativo n.o150/05-195073 celebrado entre esta entidad y el Ministerio del Interior y de Justicia, cuyo objeto fue aunar esfuerzos para ejecutar la construcción y dotación de infraestructura penitenciaria y carcelaria del orden nacional. [↑](#footnote-ref-2)
3. *“Artículo 149. El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus secciones, subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos: // (…) 7. Del recurso de anulación contra laudo arbitral proferidos en conflictos originados en contratos celebrados por una entidad pública, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia. Contra la sentencia que resuelva este recurso sólo procederá el recurso de revisión”.* [↑](#footnote-ref-3)
4. Es esta la regla general, puesto que algunas de las causales de anulación contempladas en la ley le permiten al juez del recurso conocer de asuntos de fondo, como cuando el tribunal de arbitramento dejó de decidir cuestiones sobre las que debió pronunciarse. Así lo ha reconocido la jurisprudencia: *“(…) El control excepcional del laudo por errores in iudicando aparece sólo en los eventos en que el legislador faculta al juez del recurso de anulación para que se pronuncie sobre el fondo o materia del asunto, como cuando se dan los supuestos para modificar el laudo a través de la corrección y/o la adición. En cambio, cuando se trata del control del laudo por errores de procedimiento el legislador sólo le da competencia al juez para anular la decisión arbitral, sacándola del ordenamiento jurídico; en tales eventos no tiene competencia para pronunciarse sobre los puntos sometidos por las partes a conocimiento de la justicia arbitral y decididos por ésta (…)”.* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de mayo de 2004, expediente 25156, C.P. María Elena Giraldo Gómez. [↑](#footnote-ref-4)
5. Actualmente, el artículo 3º de la Ley 1563 de 2012 establece que *“El pacto arbitral es un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas. // El pacto arbitral implica la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El pacto arbitral puede consistir en un compromiso o en una cláusula compromisoria (…)”*  [↑](#footnote-ref-5)
6. [6] *“Fernández Rozas, José Carlos, “Elementos configuradores de la justicia arbitral”, en Revista Internacional de Arbitraje, Universidad Sergio Arboleda-Comité Colombiano de Arbitraje-Legis, 2009, p. 152 a 154”*. [↑](#footnote-ref-6)
7. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de agosto de 2014, expediente 46557, C.P. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-7)
8. Decía dicho numeral: *“Cuando sin fundamento legal se dejaren de decretar pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos”.* [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 26 de junio de 2015, expediente 37261, C.P. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 28 de enero de 2009, expediente 34239, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-10)
11. “***Artículo 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. // Los procesos arbitrales en curso a la entrada en vigencia de esta ley seguirán rigiéndose hasta su culminación por las normas anteriores”*. [↑](#footnote-ref-11)
12. ***Artículo******627. Vigencia.*** *La vigencia de las disposiciones establecidas en esta ley se regirá por las siguientes reglas: // 1. Corregido por el art. 18, Decreto Nacional 1736 de 2012. Los  artículos 24, (30 numeral 8 y parágrafo), 31 numeral 2, 33 numeral 2, 206, 467, 610 a 627 entrarán a regir a partir de la promulgación de esta ley. // 2. La prórroga del plazo de duración del proceso prevista en el artículo 121 de este código, será aplicable, por decisión de juez o magistrado, a los procesos en curso, al momento de promulgarse esta ley. // 3. El Consejo Superior de la Judicatura dispondrá lo necesario para que los expedientes de procesos o asuntos en los que no se haya producido actuación alguna en los últimos dos (2) años anteriores a la promulgación de este código, no sean registrados dentro del inventario de procesos en trámite. En consecuencia, estos procesos o asuntos no podrán, en ningún caso, ser considerados para efectos de análisis de carga de trabajo, o congestión judicial. // 4. Los artículos 17 numeral 1, 18 numeral 1, 20 numeral 1, 25, 30 numeral 8 y parágrafo, 31 numeral 6 y parágrafo, 32 numeral 5 y parágrafo, 94, 95, 317, 351, 398, 487 parágrafo, 531 a 576 y 590 entrarán a regir a partir del primero (1º) de octubre de dos mil doce (2012).*

*5. A partir del primero (1º) de julio de dos mil trece (2013) corresponderá a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura la expedición de las licencias provisionales y temporales previstas en el Decreto 196 de 1971, así como la aprobación para la constitución de consultorios jurídicos prevista en el artículo 30 de dicho Decreto. // 6. Los demás artículos de la presente ley entrarán en vigencia a partir del primero (1º) de enero de dos mil catorce (2014), en forma gradual, en la medida en que se hayan ejecutado los programas de formación de funcionarios y empleados y se disponga de la infraestructura física y tecnológica, del número de despachos judiciales requeridos al día, y de los demás elementos necesarios para el funcionamiento del proceso oral y por audiencias, según lo determine el Consejo Superior de la Judicatura, y en un plazo máximo de tres (3) años, al final del cual esta ley entrará en vigencia en todos los distritos judiciales del país”.* [↑](#footnote-ref-12)
13. Sobre esta disposición, dijo la jurisprudencia del Consejo de Estado: *“De la norma trascrita se pueden extraer dos conclusiones generales: a) que las normas procesales prevalecen sobre las anteriores desde su entrada en vigencia, y b) que no obstante la regla general anterior, existen unas excepciones que permiten aplicar la norma derogada –pero vigente al momento de la actuación, petición o solicitud– de manera ultraactiva para resolver: (i) los recursos interpuestos, (ii) la práctica de pruebas decretadas, (iii) las audiencias convocadas, (iv) las diligencias iniciadas, (v) los términos que hubieren comenzado a correr, (vi) los incidentes en curso, y (vii) las notificaciones que se estén surtiendo”.* Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 25 de junio de 2014, expediente 49299, C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-13)
14. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 25 de junio de 2014, expediente 49299, C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-14)
15. [19] *“C.G.P. “Artículo 4°. Igualdad de las partes.**El juez debe hacer uso de los poderes que este código le otorga para lograr la igualdad real de las partes”.* [↑](#footnote-ref-15)
16. [20] *“C.G.P.” Artículo 14. Debido proceso.**El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones previstas en este código. Es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso”* [↑](#footnote-ref-16)
17. [21] *“El Código de Procedimiento Civil, contenía una disposición similar, en la medida que se refirió en forma concreta a* ***la práctica*** *de la prueba decretada: // C.P.C. “Artículo 699. Vigencia. (…) En los procesos iniciados antes, los recursos interpuestos,* ***la práctica de las pruebas decretadas****, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo,* ***se regirán por las leyes vigentes cuando*** *se interpuso el recurso,* ***se decretaron las pruebas****, empezó a correr el término, se promovió el incidente o principió a surtirse la notificación”.* [↑](#footnote-ref-17)
18. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 1º de agosto de 2016, expediente 56494, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. [↑](#footnote-ref-18)
19. *“El CGP optó por la vía de establecer como única modalidad de prueba pericial el dictamen de parte, con lo cual, a partir de la vigencia de este ordenamiento, las partes deberán aportar sus dictámenes y no podrán limitarse a solicitar la designación de un perito, cuyo dictamen estaba sometido al trámite de la aclaración y objeción, que son regulaciones que, por ende, desaparecen del CGP.”.* Bermúdez Muños, Martín,  *“Del dictamen judicial al dictamen de parte”,* Legis Editores S.A., 2ª ed., 2016, p. 203. *“Con la modificación del CGP que se comenta, cada parte si precisa de un dictamen pericial debe acudir a los expertos técnicos, científicos o artísticos, en busca de que se emita el mismo respecto de determinados aspectos que requieren de esta prueba y como tal se aporta al proceso dentro de las oportunidades aptas para solicitar pruebas y excepcionalmente, solicitando un plazo adicional para hacerlo”.* López Blanco, Hernán Fabio, *“Código General del Proceso, Pruebas”,* Dupré Editores Ltda., 2017, p. 355. [↑](#footnote-ref-19)
20. Refiriéndose al contenido del artículo 31 de la Ley 1563 de 2012, ha dicho la doctrina: *“A nuestro modo de ver, la definición que resulta acorde con el tenor literal de la norma y con los propósitos buscados por la reforma del Estatuto Arbitral consiste en considerar que aquí se optó por (i) el sistema del* perito judicial *para la petición y el decreto de la prueba; y (ii) por el sistema del* dictamen de parte *para su contradicción”* Bermúdez Muñoz, Martín, *“Del dictamen judicial al dictamen de parte”,* Legis Editores, 2ª ed., 2016, p. 224. [↑](#footnote-ref-20)
21. El inciso 2º de esta norma dispone que *“Sobre un mismo hecho o materia cada sujeto procesal sólo podrá presentar un dictamen pericial. Todo dictamen se rendirá por un perito”.* [↑](#footnote-ref-21)
22. *“Art. 12.- Cualquier vacío en las disposiciones del presente Código se llenará con las normas que regulen casos análogos. A falta de éstas, el juez determinará la forma de realizar los actos procesales con observancia de los principios constitucionales y los generales del derecho procesal, procurando hacer efectivo el derecho sustancial”.* [↑](#footnote-ref-22)
23. La norma establece que la demanda se puede corregir, aclarar o reformar en cualquier momento desde su presentación y hasta antes del señalamiento de la audiencia inicial y que en virtud de la reforma de la demanda, se pueden pedir o allegar nuevas pruebas. Así mismo, el Código de Procedimiento Civil, establecía en su artículo 89 la posibilidad de reformar por una vez la demanda después de notificado el auto admisorio a los demandados, para, entre otras cosas, pedir nuevas pruebas. [↑](#footnote-ref-23)
24. La misma disposición se encontraba en el artículo 183 del C.P.C. [↑](#footnote-ref-24)
25. *“También hay fundamento legal cuando el medio de prueba no fue solicitado oportunamente. En sentencia del 22 de agosto de 2002 la Sección Tercera del Consejo de Estado concluyó que el tribunal arbitral tuvo fundamento legal para negar un dictamen pericial solicitado por el Ministerio Público, “ya que la oportunidad para pedir pruebas había vencido”. En ese sentido, podría considerarse que las expresiones “oportunamente solicitadas” y “pedida oportunamente”, contenidas, respectivamente, en el numeral 4 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 y en el numeral 5 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, son innecesarias. Si un medio de prueba no se solicita en las oportunidades de ley, la decisión de negarlo tiene un fundamento legal”.* Corchuelo Uribe, Daniela, *“Recurso de Anulación de Laudos Arbitrales”,* Universidad Externado de Colombia, 1ª ed., 2016, p. 193. La sentencia a la que hace referencia, es la del 22 de agosto de 2002, expediente 22193, C.P. Ricardo Hoyos Duque. [↑](#footnote-ref-25)
26. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de julio de 2005, expediente 29399, C.P. Ramiro Saavedra Becerra. [↑](#footnote-ref-26)
27. [30] “*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-27)
28. [31] *“Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de octubre de 2013, expediente 43440, C.P. Danilo Rojas Betancourth”*. [↑](#footnote-ref-28)
29. [32] “*Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de marzo de 2007, expediente 32399, C.P. Ramiro Saavedra Becerra”.* [↑](#footnote-ref-29)
30. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 2 de mayo de 2016, expediente 53162, C.P. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-30)
31. *“a. Documento denominado “DOCUMENTO CONTRACTUAL MODIFICATORIO No. 2 AL CONTRATO No. 2071792”, de 11 de agosto de 2008, en el cual se pactó lo siguiente: “Cláusula Primera: (…) Parágrafo:* ***Las partes de común acuerdo manifestamos que la presente modificación, no genera costos adicionales a los inicialmente contratados, y por lo tanto no se requiere adicionar el valor del contrato No. 2071792”*** *(…). // b. Documento denominado “DOCUMENTO CONTRACTUAL MODIFICATORIO No. 3- ACLARACIÓN, ADICIÓN Y PRÓRROGA DEL CONTRATO No. 2071792” de 2 de febrero de 2009, en el cual las partes dejaron establecido: Cláusula Primera: (…) Parágrafo Tercero:* ***El contratista manifiesta expresamente que la presente adición, cubre todos los gastos y costos en que debe incurrir para ejecutarla****. Cláusula Quinta:**(…) Parágrafo Cuarto:* ***El contratista deberá manifestar expresamente y por escrito al momento de la suscripción de las modificaciones, adiciones, aclaraciones, prórrogas, otrosí, actas y demás documentos que se suscriban en la ejecución del contrato, si tales modificaciones, ajustes o correcciones generan mayor valor***  *(…). // c. Documento Denominado “DOCUMENTO CONTRACTUAL MODIFICATORIO No. 4 AL CONTRATO No. 2071792”, suscrito por las partes el 23 de julio de 2009, en el cual, además de que en la consideración 10 expresaron que “las modificaciones solicitadas por el contratista no implican variación del valor del contrato”, igualmente pactaron: “Cláusula Cuarta:* ***Las partes de común acuerdo, manifestamos que la presente modificación, no genera costos adicionales a los inicialmente contratados, y, por lo tanto, no se requiere adicionar el valor del contrato No. 2071792”***(…)*. d. Documento denominado “DOCUMENTO CONTRACTUAL MODIFICATORIO No.5 AL CONTRATO No. 2071792”, suscrito por las partes el 28 de agosto de 2009, en el cual las partes estipularon: “Cláusula Primera: (…) Parágrafo:* ***EL CONTRATISTA manifiesta expresamente que la presente adición cubre todos los gastos y costos en que debe incurrir para ejecutar mayores cantidades de obra y los ítems no previstos objeto de esta modificación”*** *(…). e) Documento denominado “MODIFICACIÓN DEL CONTRATO No. 2071792 CELEBRADO ENTRE FONADE Y EL CONSORCIO KUMBRE”, suscrito el 30 de octubre de 2009, en el cual las partes dejaron establecido: “Cláusula Primera: (…) Parágrafo:* ***Las modificaciones previstas en la presente cláusula no varían el valor del contrato*** *, el cual se mantiene en la suma de CINCUENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y TRES MIL NOVENTA Y DOS PESOS ($54.486.943.092.oo), incluidos los correspondientes ajustes, estimados en la suma de MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y UN MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS (1.171.375.338.oo)” (…). f. Documento denominado: “MODIFICACIÓN AL CONTRATO No. 2071792 CELEBRADO ENTRE FONADE Y EL CONSORCIO KUMBRE”, suscrito el 3 de diciembre de 2009, en el cual las partes estipularon: “Cláusula Segunda: (…) Parágrafo:* ***Las modificaciones previstas en la presente cláusula no varían el valor del contrato,*** *el cual se mantiene en la suma de CINCUENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y TRES MIL NOVENTA Y DOS PESOS ($54.486.943.092.oo), incluidos los correspondientes ajustes, estimados en la suma de MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y UN MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS (1.171.375.338.oo)” (…). g. Documento modificatorio del Contrato 2071792 sin título, suscrito por las partes el 31 de marzo de 2010, en el cual dejaron establecido: “Cláusula Tercera: (…) Parágrafo Primero:* ***EL CONTRATISTA manifiesta expresamente que la presente adición cubre todos los gastos y costos en que debe incurrir para ejecutar las actividades objeto de esta adición”*** *(…). h. Documento denominado “Prórroga y Adición Contrato No. 2071792”, suscrito por las partes el 30 de junio de 2010, en el cual las partes convinieron: “Cláusula Tercera: (…) Parágrafo Segundo:* ***EL CONTRATISTA manifiesta expresamente que la presente adición cubre todos los gastos y costos en que debe incurrir para ejecutar las actividades objeto de esta adición****” (…). i. Documento denominado “Prórroga y Adición Contrato No. 2071792”, suscrito por las partes el 30 de julio de 2010, en el cual las partes convinieron: “Cláusula Tercera: (…) Parágrafo Primero:* ***EL CONTRATISTA manifiesta expresamente que la presente adición cubre todos los gastos y costos en que debe incurrir para ejecutar las actividades objeto de esta adición”*** *(…). j. Documento denominado “Modificación contrato de obra No. 2071792”, suscrito por las partes el 31 de agosto de 2010, en el cual las partes convinieron: “Cláusula Primera: (…) Parágrafo:* ***EL CONTRATISTA manifiesta expresamente que la presente prórroga no le genera gastos, ni costos, adicionales a los previstos en el valor del contrato No. 2071792 y en sus respectivas modificaciones****” (…). k. Documento denominado “Modificación contrato de obra No. 2071792”, suscrito por las partes el 15 de octubre de 2010, en el cual las partes convinieron: “Cláusula Segunda: (…) Parágrafo Segundo:* ***EL CONTRATISTA manifiesta expresamente que la presente adición cubre todos los gastos y costos en que debe incurrir para ejecutar las actividades objeto de esta adición”*** *(…). l. Documento denominado “Modificación al contrato de obra No. 2071792”, suscrito el 20 de diciembre de 2010, en el cual las partes convinieron: “Cláusula Primera: (…) Parágrafo:* ***Las modificaciones previstas en la presente cláusula no varían el valor del contrato,*** *el cual se mantiene en la suma de SESENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y TRES MIL SETENTA Y CINCO PESOS CON SESENTA Y CUATRO CENTAVOS M/L ($67.386.943.075.64.oo)* (sic)*, incluidos los correspondientes ajustes, estimados en la suma de TRES MIL CINCUENTA Y UN MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS (3.051.375.338.oo)* (…). *m. Documento denominado: “Modificación al contrato de obra No. 2071792”, suscrito por las partes el 1º de febrero de 2011, en el cual las partes convinieron: “Cláusula Primera: (…) Parágrafo:* ***Las modificaciones previstas en la presente cláusula no varían el valor del contrato,*** *el cual se mantiene en la suma de SESENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y TRES MIL SETENTA Y CINCO PESOS CON SESENTA Y CUATRO CENTAVOS M/L ($67.386.943.075.64.oo)* (sic)*, incluidos los correspondientes ajustes, estimados en la suma de TRES MIL CINCUENTA Y UN MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS (3.051.375.338.oo)”.*  [↑](#footnote-ref-31)
32. Se refiere a la solicitud que elevó el 26 de marzo de 2010, para que se realizara una adición presupuestal y una ampliación del plazo de ejecución de las obras, así como el reconocimiento económico por las circunstancias que afectaron gravemente el equilibrio económico del contrato. [↑](#footnote-ref-32)