**SUSPENSIÓN DEL LAUDO – Operancia**

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 42 de la Ley 1563 de 2012, el cumplimiento de lo resuelto en el laudo puede suspenderse cuando así lo solicite la entidad pública condenada, en el momento de interponer el recurso de anulación, distinto a lo previsto en el artículo 34 de la Ley 794 de 2003, a cuyo tenor la ejecución de los laudos objeto de recurso se suspendía una vez ofrecida y prestada la caución, en las “condiciones y términos fijados por el tribunal, se entenderá que los efectos del laudo se encuentran suspendidos”. Además de que “[c]uando el recurrente sea una entidad pública no habrá lugar al otorgamiento de caución”. Derogadas estas por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012, cabe precisar –se destaca– “[l]a interposición y el trámite del recurso extraordinario de anulación no suspenden el cumplimiento de lo resuelto en el laudo, salvo cuando la entidad pública condenada solicite la suspensión” –art. 42–. Esto es, en el sub lite la suspensión del cumplimiento del laudo operó ipso iuris porque la entidad pública condenada lo solicitó con la interposición del recurso extraordinario de anulación y el despacho se pronunció en el sentido de verificar que la suspensión aconteció. Ello es así, porque, como resulta evidente, estas últimas disposiciones i) derogaron las facultades que la Ley 794 de 2003 confería al juez para fijar y aprobar la caución de la que pendía la suspensión del laudo y ii) dispusieron la suspensión del cumplimiento de lo resuelto a partir de la solicitud que con ese objeto presente la entidad pública condenada cuando interpone el recurso de anulación. En esas circunstancias, si bien la suspensión no se sujeta a la decisión del juez, ello no impide que se pronuncie en el sentido de verificar que la misma ocurrió en los términos de la ley. De ello da cuenta el auto de 22 de marzo de 2018, proferido conforme a lo previsto en el artículo 42 de la Ley 1563 de 2012 (fl. 702 cuaderno ppal.).

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN – Causales**

De conformidad con el ordenamiento, contra los laudos arbitrales procede el recurso de anulación, que deberá interponerse debidamente sustentado ante el Tribunal, dentro de los treinta (30) días siguientes a su notificación o la de la providencia que resuelva sobre su aclaración, corrección o adición, por las causales expresamente definidas en la ley, esto es por el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012…Ahora, conforme al artículo 43 *ibídem*, *“…cuando prospere cualquiera de las causales señaladas en los numerales 1 a 7 del artículo 41, se declarará la nulidad del laudo”* y en los demás casos, esto es por haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos al conocimiento de los árbitros, concedido más o pronunciarse sobre cuestiones ajenas, el juez del recurso adiciona o corrige. Esto último, sin la restricción del artículo 42, a cuyo tenor *“[l]a autoridad judicial competente en la anulación no se pronunciará sobre el fondo de la controversia, ni calificará o modificará los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral al adoptar el laudo”.* Se tiene, entonces, que las partes pueden confrontar ante el juez del contrato la decisión arbitral de las causales preestablecidas, las cuales, en general, propenden por garantizar el debido proceso, en orden a la prevalencia del ordenamiento constitucional, a cuyo tenor sus garantías han de estar presentes y no pueden ser soslayadas; para el efecto, la jurisdicción, derivada del pacto arbitral; la competencia regida por este mismo y las previsiones constitucionales y legales, en cuanto el carácter eminentemente dispositivo de la controversia, los principios de congruencia, legalidad, juez natural y acceso a la justicia, en cuanto los errores aritméticos y las decisiones contradictorias no dan lugar al cumplimiento de la decisión o la retardan o generan nuevos conflictos. A diferencia de la apelación, el recurso de anulación no da lugar a revisar el aspecto sustancial del laudo, ni reabrir el debate probatorio, salvo lo previsto en el numeral 9º del artículo 41 ya transcrito; sin que por esto se entienda la competencia del juez para enmendar aspectos sustantivos de la decisión…Conforme a la jurisprudencia reiterada de la Sala, el recurso extraordinario de anulación no puede utilizarse como si se tratara de una segunda instancia, razón por la cual no es admisible replantear el debate sobre la aplicación de la ley sustancial o la existencia de errores de hecho o de derecho en la valoración de las pruebas. A lo anterior se agrega que la competencia del juez del recurso de anulación se rige por el principio dispositivo, conforme al cual es el recurrente quien la delimita mediante la formulación y sustentación del recurso, con sujeción a las causales previstas en el ordenamiento. Sin perjuicio de las decisiones que de oficio corresponden al juez extraordinario para asegurar la prevalencia del orden imperativo, como en lo relativo a la caducidad, a la falta de competencia y a la nulidad absoluta.

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN – Causal 7 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 – Procedencia**

El fallo en conciencia se presenta cuando la sentencia proferida hace caso omiso del régimen jurídico que gobierna el convenio del marco contractual y de las pruebas aportada. Lo que no ocurre en el caso que ocupa la atención de la Sala, por cuanto el Tribunal de Arbitramento resolvió con fundamento en el ordenamiento, se apoyó en el acervo probatorio y fundamentó su decisión en las disposiciones legales y en los términos contractuales. Es de anotar, además, que en recientes pronunciamientos, sobre el fallo en conciencia, esta Sala ha sostenido que resolver en derecho no comporta prescindir de los valores y principios, en no pocos casos necesarios para proferir una decisión justa…De conformidad con reiterada jurisprudencia, el fallo en conciencia se presenta cuando el juez toma determinaciones basadas en su propio leal saber y entender, así las fundamente y razone con suficiencia, de manera que bien puede identificarse con el concepto de verdad sabida y buena fe guardada *(“ex aequo et bono”*). En cambio, en el fallo en derecho el juez se apoya en el ordenamiento, esto es, en el conjunto de normas sustanciales y procesales, así como en los principios que lo integran, que constituyen el marco de referencia en el que se ha de encuadrar su decisión. No importa para el efecto que determinados principios o valores emerjan de manera evidente, al punto que sustenten el fallo, en tanto la prevalencia de la conciencia y el orden justo. Procede sustentar en el ordenamiento, no en el arbitrio del Tribunal, con el que se habrá de fundamentar, eso sí, el fallo en conciencia. La Sección ha precisado que la causal de anulación en comento no comporta la posibilidad de confrontar las argumentaciones del Tribunal, esto es, se trata de abrir el debate que no ha sido previsto; es menester, en consecuencia que falencias de argumentación jurídica o de evidente e inexplicable desconocimiento probatorio así lo indiquen; sin perjuicio del claro mandato de los alcances jurídicos de la decisión. La equidad, por ejemplo, en cuanto valor constitucional que demanda una justificación razonable y proporcional, en el que las situaciones de las partes se consideran, evalúan y equilibran, bien puede fundamentar un fallo en derecho…En reiteradas sentencias de unificación, la Corte Constitucional pone de presente que las decisiones judiciales resuelven conflictos i) en conciencia, conforme a la íntima convicción de los árbitros, fundados en verdad sabida y buena fe guardada, sin dar cuenta de las razones; ii) en equidad, esto es, apoyadas en razones que no se sustentan en criterios de legalidad formal y iii) en derecho, cuyo fundamento se encuentra en el ordenamiento aplicado con criterios de equidad. Lo cuestionable es que el fallo se dicte en conciencia, cuando las partes habilitan a los árbitros para decidir en derecho. Cabe anotar que el ordenamiento no proscribe los fallos en conciencia o en equidad, pues, tal y como lo ha señalado la Corte Constitucional, al amparo del artículo 116 superior, los fallos en derecho o en equidad deben ser motivados. Por el contrario, se trata de criterios que procuran la revisión y tacha de los asuntos sustanciales en los que se funda la decisión, cuyo control es ajeno al recurso de anulación…Para la Sala, la causal prevista en el numeral 7º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 no tiene vocación de prosperidad, porque el laudo fue proferido en derecho. En efecto, el juez arbitral i) se ocupó de su propia competencia con fundamento en la cláusula compromisoria, ii) analizó el alcance y validez de las múltiples estipulaciones contractuales, a la luz de las disposiciones de la Ley 80 de 1993; iv) valoró las pruebas testimoniales, periciales y documentales y vi) concluyó, con el análisis de las excepciones y pretensiones, con fundamento en el ordenamiento jurídico y el acervo probatorio. En conclusión, la Sala considera que la motivación del laudo no da cuenta de un fallo en conciencia, sino de una decisión en derecho, razón por la cual el cargo resulta infundado y así habrá de declararse.

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN – Competencia**

Al juez de la anulación no le compete pronunciarse sobre la falta o indebida valoración de la prueba y la utilización de los principios lógicos o empíricos por parte de los árbitros. Como se dejó sentado en la sentencia de unificación SU–713 de 2015, la autorización constitucional para que los árbitros sean habilitados por el poder dispositivo y se sustraiga la controversia de la jurisdicción estatal, impone límites materiales al control judicial del laudo, de manera que los recursos en su contra son excepcionales, sujetos a que no se desvirtúe la presunción de acierto y legalidad con fundamento en errores en la aplicación del derecho, yerros fácticos, falta e indebida valoración de las pruebas, esto es que los recursos no constituyan instancias ordinarias de los asuntos excluidos de la jurisdicción estatal por las partes. Con fundamento en lo anterior, el ordenamiento limita el recurso extraordinario de anulación al control de la eficacia de la garantía fundamental del debido proceso –error in procedendo–, sin autorizar que por esta vía se revisen los aspectos sustanciales relativos a los errores in iudicando, de derecho o de hecho. En efecto, en dicho pronunciamiento unificado, la Corte Constitucional dejó sentado que la limitación de la competencia del juez de la anulación –se destaca–“…encuentra su razón de ser en que este recurso no puede usarse como mecanismo para desconocer o soslayar la voluntad de las partes de sustraer la controversia del conocimiento de la Jurisdicción. De esta manera, ante un eventual desacierto del tribunal de arbitramento en cuanto a la aplicación e interpretación de normas sustantivas o ante la falta o indebida valoración de la prueba o a una impropia utilización de los principios lógicos o empíricos del fallo, no será posible acudir al recurso extraordinario de anulación” (subrayas fuera de texto). En los términos de los artículos 42 y 107 de la Ley 1563 de 2012, contra un laudo arbitral solamente procederá el recurso de anulación por las causales allí previstas. En consecuencia, la autoridad judicial no se pronunciará sobre el fondo de la controversia ni calificará los criterios, valoraciones probatorias, motivaciones o interpretaciones expuestas por el Tribunal arbitral. Conforme con la jurisprudencia y la doctrina, los errores probatorios en los que se incurre en la decisión judicial tienen que ver con el fundamento fáctico y se comprenden en el ámbito de la violación indirecta de las normas sustantivas, razón suficiente para concluir que la falta de prueba de los fundamentos fácticos, si bien podría insinuar un error, este no es enjuiciable en sede extraordinaria de anulación y tampoco desdice del fallo en derecho, por la potísima razón que no es la violación indirecta de la norma lo que determina el fallo en conciencia, sino que la decisión se sostenga en la íntima convicción del fallador. La Sala observa que el fundamento del recurso está referido a la interpretación que dio el Tribunal sobre la institución del restablecimiento del equilibrio económico del contrato, por cuanto, a su parecer, al amparo de dicha figura no es dable reconocer intereses moratorios. El árbitro, por su parte, consideró su procedencia, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 5º de la Ley 80 de 1993. Es de advertir que el recurso de anulación no es una instancia más del proceso arbitral. Este es de única instancia y, por ello, no es viable invocar inconformidades propias de los recursos ordinarios tales como la apelación

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

Al tenor de las disposiciones de los artículos 42 y 43 de la Ley 1563 de 2012, cuando se declare infundado el recurso de anulación se condenará al recurrente al pago de las costas, que serán liquidadas en la misma sentencia. Así, mediante el acuerdo n.° 1887 de 26 de junio de 2003, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se establecieron las tarifas de Agencias en Derecho aplicables a los procesos judiciales y se señaló en relación con el recurso de anulación de laudos arbitrales una tarifa hasta de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Teniendo en cuenta los criterios establecidos en el numeral 3 del artículo 393 del Código de Procedimiento Civil y artículo 3 del acuerdo n.º 1887 de 2003, que los apoderados de las partes no actuaron ante esta Corporación[[1]](#footnote-1), lo cual no es óbice para la procedencia de las agencias en derecho[[2]](#footnote-2) y dado que no se presentó eventualidad extraordinaria alguna en el trámite propio del recurso, que hubiere dificultado el proceso con actuaciones adicionales ni se observan otros gastos, se fijará el equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Por consiguiente, como el salario mínimo legal mensual vigente para el año de 2018 es de $781 242, las agencias en derecho ascienden a la suma de $3 906 210, a favor de la parte convocante. Es de anotar, al respecto, que, en los términos del numeral 4º del artículo 393 del C.P.C., el solicitante tendrá que aguardar la liquidación para pronunciarse sobre el monto de las agencias en derecho. Es de advertir, además, que sólo podrá reclamarse la estimación de las agencias en derecho mediante objeción a la liquidación de costas (núm. 3º art. 393 ibídem)

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejera ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

Bogotá, D.C., catorce (14) de junio de dos mil dieciocho (2018)

**Radicación número: 11001-03-26-000-2017-00146-00(60045)**

**Actor: CONSORCIO HMV-DGP - HMV CONSULTORÍAS S.A.S. Y HMV INGENIEROS LTDA**

**Demandado: EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.**

**Referencia: RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO**

*Tema: Causal prevista en el numeral 7º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. Fallo en conciencia. Alcance y finalidad del recurso de anulación*

La Sala resuelve el recurso de anulación interpuesto por las Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P., contra el laudo de 14 de julio de 2017, proferido por el Tribunal de Arbitramento conformado a instancias del Consorcio HMV-DGP, integrado por las sociedades HMV Supervisión S.A.S. y HMV Ingenieros Ltda. En la decisión se dispuso:

*“PRIMERO: Declarar probadas (sic) la excepción interpuesta por EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P. denominada "Pago oportuno de las facturas" y declarar no probadas todas las restantes excepciones que interpuso frente a la demanda arbitral reformada promovida en su contra por el Consorcio HMV-DGP, en los términos y por las razones expuestas en la parte motiva.*

*SEGUNDO: Declarar que, por condiciones imprevistas, para el Consorcio HMV-DGP se dio una ruptura en el balance económico del contrato de consultoría No. ECP-C-074 de 2010, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.*

*TERCERO: Negar la pretensión segunda principal, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.*

*CUARTO: Declarar a favor del Consorcio HMV-DGP y a cargo de EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P., el reconocimiento y pago del mayor alcance de los trabajos, que pasaron de revisión, actualización y/o ajuste a formulación de Planes Maestros por la Cabera (sic) Municipal de Yacopi, Centro Poblado de Guadualito-Municipio de Yacopi y Cabera (sic) de Topaipi, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.*

*QUINTO: Declarar a favor del Consorcio HMV-DGP y a cargo de EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P., el reconocimiento y pago por concepto de la realización de plantas de tratamiento de agua potable y residuales (sic), en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.*

*SEXTO: Declarar a favor del Consorcio HMV-DGP y a cargo de EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P., el reconocimiento y pago por concepto de perforaciones no incluidas inicialmente, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.*

*SÉPTIMA: Condenar a EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P., a los siguientes reconocimientos y pagos a favor del Consorcio HMV-DGP: a. Por mayor alcance de los trabajos, que pasaron de revisión, actualización y/o ajuste a formulación de Planes Maestros la suma de $140.674.560. b. Por la realización de plantas de tratamiento de agua potable y residuales, la suma de $453.250.773 c. Por perforaciones no incluidas inicialmente la suma de $14.660.000.*

*OCTAVO: Ordenar que sobre la suma de las condenas decretadas en el anterior numeral se reconozcan intereses de mora, lo que arroja una cifra total a favor del Consorcio HMV-DGP y a cargo de EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P. de $812.251.876. Para un valor TOTAL que corresponde a la sumatoria de las condenas del numeral SÉPTIMO anterior, más los intereses moratorios por la suma de $1.420.837.209.*

*NOVENO: Declarar que no prospera ninguna de las restantes pretensiones de la demanda principal, promovida por el Consorcio HMV-DGP, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.*

*DÉCIMO: Declarar que no se condena en costas a ninguna de las partes, por lo que cada una de ellas asumirá los gastos del proceso.*

*UNDÉCIMO: Declarar causados los honorarios del árbitro y del secretario, por lo que se ordena realizar el pago del saldo en poder del Presidente del Tribunal. Procédase por la Presidencia del Tribunal a elaborar y presentarle a las partes la cuenta final de gastos, ordenando la restitución de las sumas remanentes, si a ello hubiere lugar.*

*DUODÉCIMO: Disponer que por Secretaria se expidan copias auténticas del presente laudo arbitral con destino a cada una de las partes con las constancias de ley y copia simple para el archivo del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá”.*

**I. ANTECEDENTES**

**1. La demanda**

**1.1. Pretensiones**

El 18 de noviembre de 2014, por conducto de apoderado judicial, las sociedades Diseño y Gerencia de Proyectos S.A.S. hoy HMV Supervisión S.A.S. y HMV Ingenieros Ltda., integrantes del Consorcio HMV-DGP, dirigieron al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá solicitud de convocatoria a Tribunal de Arbitramento, para que, con citación y audiencia de las Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P., se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

*“PETICIONES PRINCIPALES:*

*PRIMERA PRINCIPAL. Que se declare que por condiciones imprevistas para el Consorcio HMV-DGP se dio una ruptura en el balance económico del contrato de consultoría No. ECP-C-074 de 2010, siendo responsable las EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.*

*SEGUNDA PRINCIPAL. Como consecuencia de la declaratoria contenida en la pretensión primera principal, se condena a las EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P. al pago de la suma de DOS MIL CIENTO QUINCE MILLONES CUARENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS M/CTE ($2.115.047.888,oo) incluido IVA, cifra que incluye los costos reales asumidos de personal y costos directos e indirectos que tuvo el Consorcio HMV-DGP en toda la ejecución del contrato, descontando el valor del personal utilizado para la formulación del proyecto y plantas de tratamientos que se solicita en las subsiguientes pretensiones. Este valor se toma de los valores que la consultoría pagó realmente a su personal, o en su defecto la suma que resulte probada.*

*TERCERA PRINCIPAL. Como consecuencia de la declaratoria contenida en la pretensión primera principal, se haga el reconocimiento y pago del mayor alcance de los trabajos, que pasaron de revisión, actualización y/o ajuste a formulación de Planes Maestros por la Cabecera Municipal de Yacopi, Centro Poblado de Guadualito-Municipio de Yacopi y Cabecera de Topaipi, los cuales ascienden a la suma total de CIENTO NOVENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL SESENTA YSIETE PESOS M/CTE ($193.887.067,oo) incluido IVA, cifra que incluye los costos reales asumidos de personal utilizado y costos directos e indirectos para las formulaciones, o al valor que resulte probado dentro del proceso.*

*CUARTA PRINCIPAL. Como consecuencia de la declaratoria contenida en la pretensión primera principal, se haga el reconocimiento y pago de la suma adeudada por concepto de la realización de plantas de tratamiento de agua potable y residuales, por el valor de SEISCIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y ÚN PESOS M/CTE ($652.454.841,00) correspondiente al valor real asumido del personal, los costos directos e indirectos por $600.945.841,00 incluido IVA, y el pago efectivamente realizado al asesor en plantas por $51.509.000,oo; o la suma que resulte probada.*

*QUINTA PRINCIPAL. Como consecuencia de la declaratoria contenida en la pretensión primera principal, se haga el reconocimiento y pago de la suma real pagada por concepto de perforaciones no incluidas al consultor, la cual asciende al valor de DIEZ Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS PESOS M/CTE. ($17.283.600,oo), o el valor que resulte probado.*

*SEXTA PRINCIPAL. Sobre las condenas solicitadas en las pretensiones segunda a quinta principales se ordene el reconocimiento de intereses de mora. Subsidiariamente se solicita la actualización, desde el momento en que el consultor demandante asumió y/o pagó por cada uno de los aspectos a saber: mayores trabajos-retrabajos y mayor tiempo de trabajo, mayor alcance de los trabajos, ejecución de plantas de tratamiento y ejecución de geotecnia adicional, hasta la fecha que se produzca el pago por parte de la entidad.*

*SÉPTIMA PRINCIPAL. Se declare el Incumplimiento de EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P. con respecto al no trámite de la facturación en la fecha que se tenían completados los trabajos y por la demora en el pago de la facturación radicada y tramitada, así:*

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| ***No. Factura*** | ***Fecha de vencimiento*** | ***Fecha de pago*** | ***Tiempo que demoró el pago*** |
| *002* | *01/10/11* | *16/01/12* | *106 días* |
| *003* | *21/10/11* | *16/01/12* | *86 días* |
| *004* | *20/11/11* | *16/01/12* | *59 días* |
| *005* | *05/03/12* | *21/03/2012* | *16 días* |
| *006* | *24/08/12* |  | *Anulada por EPC* |
| *007* | *31/08/12* | *04/09/12* | *4 días* |
| *008* | *31/08/12* | *30/08/12* | *-* |
| *009* | *23/09/12* |  | *Anulada por EPC* |
| *010* | *02/10/12* |  | *Anulada por EPC* |
| *011* | *22/09/12* |  | *Anulada por EPC* |
| *012* | *17/11/12* |  | *Anulada por EPC* |
| *013* | *13/12/12 (real 23/09/2012)* | *12/12/12* | *79 días. Con esta se reemplazó factura 009 anulada* |
| *014* | *13/12/12 (real 23/09/2012)* | *30/11/12* | *68 días. Con esta se reemplazó factura 009 anulada* |
| *015* | *09/05/2014* |  | *Anulada por EPC* |
| *016* | *12/07/2014* |  | *Anulada por EPC* |
| *017* | *10/09/2014* |  | *Anulada por EPC* |
| *018* | *22/09/14 (real 09/05/2014)* | *05/09/2014* | *118 días. Con esta se reemplazó las facturas 15 y siguientes* |
| *019* | *22/08/14 (real 09/05/2014)* | *16/09/2014* | *129 días. Con esta se reemplazó facturas 15 y siguientes* |

*OCTAVA PRINCIPAL. En virtud de la declaración contenida en la pretensión séptima principal, se condene al pago de todos los intereses de mora causados desde la fecha en que se debían hacer los pagos de las facturas y hasta la fecha de pago efectiva.*

*NOVENA PRINCIPAL: Se condene en costas a la entidad demandada.*

*PETICIONES SUBSIDIARIAS DE LAS PRETENSIONES PRIMERA A SEXTA PRINCIPALES:*

*PRIMERA SUBSIDIARIA. De forma subsidiaria a la petición primera principal se solicita se declare el incumplimiento de EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A E.S.P. del Contrato de Consultoría No. EPC-C-074 de 2010.*

*SEGUNDA SUBSIDIARIA: Como consecuencia de la declaratoria contenida en la pretensión primera subsidiaria, se condene a EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P. al pago de la suma de DOS MIL CIENTO QUINCE MILLONES CUARENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS M/CTE ($2.115.047.888,oo) incluido IVA, cifra que incluye los costos reales de personal y costos directos e indirectos que tuvo el Consorcio HMV-DGP en toda la ejecución del contrato, descontando el valor del personal utilizado para la formulación de proyecto y plantas de tratamientos que se solicita en las subsiguientes pretensiones. Este valor se toma de los valores que la consultoría pagó realmente a su personal, o en su defecto la suma que resulte probada.*

*TERCERA SUBSIDIARIA. Como consecuencia de la declaratoria contenida en la pretensión primera subsidiaria, se haga el reconocimiento y pago del mayor alcance de los trabajos, que pasaron de revisión, actualización y/o ajuste a formulación de Planes Maestros por la Cabecera Municipal de Yacopi, Centro Poblado de Guadualito-Municipio de Yacopi y Cabecera de Topaipi, los cuales ascienden a la suma total de CIENTO NOVENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL SESENTA Y SIETE PESOS M/CTE ($193.887.067,oo) incluido IVA, cifra que incluye los costos reales de personal utilizado y costos directos e indirectos para las formulaciones, o al valor que resulte probado dentro del proceso.*

*CUARTA SUBSIDIARIA. Como consecuencia de la declaratoria contenida en la pretensión primera subsidiaria, se haga el reconocimiento y pago de la suma real pagada por el consultor por concepto de la realización de plantas de tratamiento de agua potable y residuales, por el valor de SEISCIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y UN PESOS M/CTE ($652.454.841,00) correspondiente al valor real del personal, los costos directos e indirectos por $600.945.841,00 incluido IVA, y el pago efectivamente realizado al asesor en plantas por $51.509.000,oo, o la suma que resulte probada.*

*QUINTA SUBSIDIARIA. Como consecuencia de la declaratoria contenida en la pretensión primera subsidiaria, se haga el reconocimiento y pago de la suma adeudada por concepto de perforaciones al consultor, la cual asciende al valor de DIEZ Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS PESOS M/CTE. ($17.283.600,oo), o el valor que resulte probado.*

*SEXTA SUBSIDIARIA. Sobre las condenas solicitadas en las pretensiones segunda a quinta subsidiarias se ordene el reconocimiento de intereses de mora. Subsidiariamente se solicita la actualización, desde el momento en que el consultor demandante asumió y/o pagó por cada uno de los aspectos a saber: mayores trabajos-retrabajos y mayor tiempo de trabajo, mayor alcance de los trabajos, ejecución de plantas de tratamiento y ejecución de geotecnia adicional, hasta la fecha que se produzca el pago por parte de la entidad.*

*NOTA. Las Pretensiones principales séptima a novena se reiteran como pretensiones adicionales a las pretensiones primera a sexta subsidiarias"* (fls. 404-407 cuaderno ppal. 1).

**1.2. Hechos**

La parte convocante pone de presente los hechos que se resumen a continuación, atinentes al proceso de selección, perfeccionamiento, ejecución y liquidación del contrato, así:

En cuanto a las reglas del proceso de selección y la celebración del contrato:

1. En el mes de mayo de 2010, la sociedad EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P. dio apertura al concurso de méritos n.º CM-PDA-001 de 2010, para contratar nueve consultorías, una por cada subzona geográfica definida en el pliego, con el objeto de realizar el *"AJUSTE, ACTUALIZACIÓN, TERMINACIÓN O FORMULACIÓN DE PLANES MAESTROS DE LOS SISTEMAS DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO EN ZONAS URBANAS Y CENTROS NUCLEADOS DEL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA"*. Para el efecto, se deberían *"Formular los planes maestros de acueducto y/o alcantarillado de los municipios vinculados al PDA en las respectivas zonas y subzonas, priorizando los estudios y diseños de las obras prioritarias para ejecutar en el primer quinquenio"*.

2. El pliego de condiciones dio cuenta del alcance de los trabajos por cada sitio de la Subzona 4, en atención a la formulación de los planes maestros para acueducto y alcantarillado; los trabajos de revisión y/o actualización de los mismos y la realización de estudios y diseños.

3. El Consorcio HMV-DGP, conformado por las sociedades DISEÑO Y GERENCIA DE PROYECTOS S.A.S. (Hoy HMV SUPERVISIÓN S.A.S.) y HMV INGENIEROS LTDA., presentó propuesta. Y, adelantado el proceso de selección, la entidad adjudicó nueve consultorías a diferentes proponentes. El CONSORCIO HMV-DGP resultó beneficiado con la decisión, respecto de la SUBZONA 4B.

4. El 2 de septiembre de 2010, las EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P. y el CONSORCIO HMV-DGP suscribieron el contrato de consultoría n.º EPC-C-074, con el objeto de realizar el *"AJUSTE, ACTUALIZACIÓN, TERMINACIÓN O FORMULACIÓN DE PLANES MAESTROS DE LOS SISTEMAS DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO EN ZONAS URBANAS Y CENTROS NUCLEADOS DEL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA SUBZONA 4B"*.

Adicionalmente, la entidad suscribió los contratos EPC-C-073-2010, EPC-C-075-2010, EPC-C-076-2010, EPC-C-077-2010, EPC-C-078-2010, EPC-C-079-2010, EPC-C-080-2010, EPC-C-081-2010, para las demás consultorías.

5. De conformidad con el parágrafo de la cláusula primera del contrato, el alcance del objeto del contrato *"(...) involucra diferentes actividades que deberán ser determinadas por EPC y quien se designe para el seguimiento del contrato para cada proyecto en particular"*. Así mismo, se especificaron las siguientes actividades:

*"1). Compilación y estudio de la documentación existente relacionada con el desarrollo del sistema de acueducto y alcantarillado, y análisis de cada uno de los componentes del sistema, con el propósito de presentar un diagnóstico del estado físico y de funcionamiento del mismo y proponer la solución más racional. 2). Elaboración del estudio de alternativas de solución y factibilidad integral desde los puntos de vista técnico, económico, financiero, institucional y ambiental para la construcción, rehabilitación, optimización y/o ampliación de los componentes del sistema de acueducto y alcantarillado, de tal forma que le permita a Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P. seleccionar la solución más adecuada acorde con su capacidad financiera, técnica y operativa, que propicie la atención adecuada de los requerimientos actúales y futuros. 3). Elaboración de los diseños técnicos definitivos correspondientes a la solución recomendada por el Consultor y aceptada por Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P. 4). Elaboración del diseño del plan integral de ejecución del proyecto. 5). El consultor preparará el volumen de especificaciones técnicas de construcción, requerido para el control de calidad de la obra y medida y pago de la misma, esquemas generales de construcción y presupuesto detallado del proyecto que serán soporte para los pliegos de contratación. 6). Presentación y aprobación de los proyectos ante el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (MAVDT) con el propósito de obtener la viabilización, siguiendo el mecanismo de Ventanilla Única, conforme se establece en la Guía de Acceso, presentación y viabilización de proyectos del sector agua potable y saneamiento del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (MAVDT). 7). Las demás señaladas en el Anexo Técnico publicado con el pliego de condiciones".*

6. En la cláusula segunda el valor del contrato de la subzona 4B se convino en la suma de $4 290 775 057 incluido el IVA, pagaderos conforme la cláusula cuarta. Y, en plazo se acordó en seis (6) meses, contados a partir de la suscripción del acta de inicio –cláusula quinta-.

7. Las EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P. y la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA suscribieron el contrato EPC-l-088-2010, con el objeto de adelantar la interventoría de las nueve consultorías.

En cuanto a la ejecución del contrato:

-. El acta de inicio se suscribió el 25 de octubre de 2010. No obstante, por causas imputables a la administración, el plazo inicial resultó insuficiente, dando lugar a modificaciones, prórrogas y suspensiones, así:

El 1º de abril de 2011, las partes modificaron la cláusula cuarta relativa a la forma de pago. El 20 del mismo mes y año, la adición y prórroga n.º 1, por valor de $530 880 117 y por el término de cuatro (4) meses. Se adicionaron recursos para incluir dentro del alcance del contrato la elaboración de doce (12) Planes de Saneamiento y Manejo de Vertimientos, no incluidos dentro de los trabajos descritos en el alcance del objeto, los cuales, según consta en el documento, eran imprevisibles en los estudios iniciales.

El 24 de agosto de 2011, los contratantes suscribieron la prórroga n.º 2, por el término tres (3) meses y seis (6) días. El mismo día del mes de noviembre del año en mención, suspendieron el plazo hasta el 15 de diciembre de 2011. El acuerdo dio cuenta de la existencia de una consulta elevada por la contratante ante el Ministerio del Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo, necesaria para continuar con la ejecución de los proyectos, aún pendiente de absolver:

*"(..) el Ministerio de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial no ha resuelto la consulta presentada por EPC mediante oficio radicado el 15-sep-2011 bajo el No. 4120 E1-117647, con el cual se solicitó claridad respecto al procedimiento que se deberá seguir con los trámites para la viabilidad de los proyectos de acueducto y/o saneamiento básico, resultantes de diferentes consultorías y que no cuentan con Cierre financiero, se hace necesario suspender el presente contrato de consultoría, toda vez que el pago de los proyectos está condicionado a la obtención de la carta de viabilidad expedida por Ventanilla Única del MAVDT".*

El 9 de diciembre de 2011, las partes prorrogaron por segunda vez la suspensión, en espera de la respuesta del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo. El 15 y 23 del mismo mes y año y el 16 de enero de 2012, suspendieron de nuevo el plazo, por las mismas razones. Y, el 26 del mismo mes y año reiniciaron labores.

El 30 de enero de 2012, los contratantes prorrogaron el plazo en ciento veinte (120) días y el 31 de mayo siguiente por 1.5 meses y, al tiempo, modificaron nuevamente la forma de pago. El plazo venció el 15 de julio de 2012.

8. Durante la ejecución del contrato y una vez entregados los productos, el Consorcio HMV-DGP elevó sendas reclamaciones por desequilibrio económico, en razón de mayores tiempos, trabajos adicionales, retrabajos, no pago de facturas y cancelaciones tardías. La entidad guardó silencio; empero, en la audiencia de conciliación adelantada ante la Procuraduría Judicial, el 11 de diciembre de 2013, la entidad se negó al pago.

9. El Consorcio sostiene que por causas imputables a la contratante se vio obligado a permanecer mayor tiempo en ejecución, dando lugar a *“retrabajos”*, que aún no le han sido reconocidos, los cuales tuvieron que ver con la entrega de protocolos que modificaron las condiciones iniciales. Además, dio cuenta de que interventoría tardó en la revisión de los informes y diseños, en la medida en que tenía a su cargo nueve consultorías.

10. El Consorcio HMV-DGP cumplió con los plazos previstos en el cronograma y entregó los Informes de Diagnóstico de los sitios que le correspondían, entre el 12 de enero y el 14 de febrero de 2011, es decir, entre el tercer y cuarto mes de ejecución, al tiempo que trabajaba en las demás fases convenidas.

11. Transcurridos entre cuatro y seis meses del inicio del plazo, la interventoría entregó los "Protocolos" para la realización de los diagnósticos y de otros trabajos e insumos. Ello, con miras a brindar claridad sobre la forma como se debían desarrollar y entregar los productos de las nueve consultorías. No obstante, la entrega oportuna de los informes de diagnóstico elaborados por el consultor.

12. Como consecuencia de la implementación de dichos protocolos, el contratista se vio obligado a realizar cambios en los informes y demás trabajos de otras fases en ejecución y elaboración, dando lugar a mayores tiempos de trabajos y retrabajos.

13. Lo anterior, aunado a que las EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P. dispuso de una sola interventoría para nueve (9) consultorías, lo cual generó atrasos en la labor de revisión y aprobación de los trabajos entregados, además de no contar con el personal suficiente.

14. El consultor evidenció los inconvenientes presentados en la revisión, cambios en la dirección de la interventoría y exigencias adicionales, ajenas a los pliegos y el contrato, dando lugar a la causación de perjuicios.

15. A pocos días de vencer el plazo, por medio de la resolución n.º 0379 de 25 de junio de 2012, el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Turismo modificó las resoluciones números 813 de 2008, 0533 de 2011 y 0956 de 2011, que establecían los requisitos de presentación, viabilización y aprobación de los proyectos del sector de agua potable y saneamiento básico, tenidos en cuenta en la entrega de los informes y diseños. Los nuevos parámetros obligaron a realizar cambios en los presupuestos de los proyectos, en la medida en que se modificó el porcentaje de remuneración de los interventores y supervisores.

16. En cumplimiento de lo anterior, el 31 de mayo de 2012, las partes suscribieron la prórroga n.º 4 y el modificatorio n.º 2, con miras a ampliar el plazo y modificar la forma de pago. No obstante, la entidad no reconoció el mayor valor causado y las demoras atribuidas a los cambios contractuales.

17. El convocante alega que el mayor tiempo en los trabajos afectó el equilibrio económico del contrato, pues *“(..) no es lo mismo el valor de un contrato para pagar un personal por seis (6) meses de trabajo, que el valor de un contrato para pagar un personal por veinte (20) meses y veinte (20) días de trabajo, que fue el tiempo que finalmente tomó el contrato, incluidas las suspensiones, tiempo en el cual el Consultor debió pagar todos los conceptos salariales al personal”*.

18. El consultor elevó sendas solicitudes de adición de recursos, sin obtener respuesta.

19. En el mes de septiembre de 2013, el Consorcio HMV-DGP presentó solicitud de conciliación prejudicial, la cual fracasó.

20. Por último, el contratista sostiene que no contaba con los planes maestros de las zonas convenidas, a cargo de la entidad, tampoco se dispuso en el pliego el diseño de plantas de tratamiento para la Subzona 4B, en aquellos casos en que en el Plan Maestro definiera su ejecución en el primer quinquenio. De ello dio cuenta la interventoría; empero la entidad no lo reconoció. El consultor reclamó en oportunidad los mayores costos.

Puso de presente que entregó los productos dentro del plazo acordado, aprobados por la interventoría; sin embargo, la entidad no pagó la totalidad y canceló parcialmente luego de la liquidación bilateral, suscrita con observaciones y la presentación de la demanda arbitral, el 26 de febrero de 2015, previa presentación de la factura n.º 21.

21. El 15 de julio de 2012 venció el plazo y el 12 de mayo de 2014 las partes suscribieron el acta de terminación (fls. 1-89 y 354-440 cuaderno principal 1).

En cumplimiento de la orden arbitral, la convocante subsanó la demanda, en cuanto a la cuantía de los intereses de mora solicitados en las pretensiones, en razón del no pago oportuno de las facturas. Es así como, mediante juramento estimatorio y previa la relación de las fechas de vencimiento y pagos parciales de la facturación presentada por el Consorcio HMV-DGP, solicitó el pago de $3 401 725 771. Así mismo, adicionó la prueba documental (fls. 169-172 cuaderno principal 1).

La demanda se admitió mediante auto de 19 de febrero de 2015 (fls. 173-174 cuaderno principal 1).

El Consorcio reformó e integró la demanda (fls. 364-440 cuaderno principal 1). El escrito se admitió mediante auto de 22 de julio de 2015 (fls. 442-443 cuaderno principal 1).

**1.2. La defensa del convocado**

**1.2.1. Contestación[[3]](#footnote-3)**

La sociedad Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P[[4]](#footnote-4). se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó unos hechos, negó otros y se remitió a lo probado en el proceso. Defendió la legalidad de su actuación, conforme los postulados constitucionales y legales, al tiempo que negó el incumplimiento y desequilibrio económico alegado por el convocante. Puso de presente el acuerdo de las partes en las suspensiones y prórrogas, sin observaciones. De ahí la improcedencia de las súplicas. Alegó, además, incumplimiento del contratista y atribuyó a la interventoría mayores tiempos de ejecución y mora en el trámite del pago de las facturas. Señaló que *“(..) las salvedades que se plantean en el acta liquidatoria corresponden a situaciones que fueron consentidas por el contratista y que no reclamó y justificó oportunamente; a situaciones que involucran la decisión de la interventoría; a responsabilidad compartida entre el contratista y la interventoría y, en general a situaciones que se explican técnicamente y que no tienen trascendencia ni el alcance para imputar responsabilidad de Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. A. E.S.P. por incumplimiento de contrato”.*

La parte convocada afirmó que pagó lo que le correspondía, tal y como consta en el acta de liquidación bilateral y en la certificación expedida por el Director de Contabilidad de la empresa, por lo que las pretensiones indemnizatorias no tienen vocación de prosperidad.

En el mismo escrito, el ente territorial formuló las excepciones que denominó i) *“cumplimiento del contrato”*, en la medida en que los acuerdos de las partes, incluso el acta de liquidación final, dan cuenta de ello. Las observaciones tienen que ver con aspectos técnicos sin transcendencia; ii) *“pago”*, pues la entidad canceló las sumas adeudadas, en virtud de las prestaciones efectivamente ejecutadas; iii) *“indebida integración de la parte pasiva”*, comoquiera que las Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P. es gestora y mediadora del plan de aguas, por lo que *“los recursos que nutren el valor del contrato no provienen del presupuesto de las empresas sino de los entes territoriales y de la Nación”*; iv) *“ausencia de responsabilidad”*, toda vez que la actuación del contratista y la interventoría afectó los plazos convenidos y la entidad confió en la supervisión adelantada por la Universidad Nacional y v) *“ausencia de prueba de desequilibrio económico”*, pues no se demostraron situaciones imprevistas imputables a la administración y, además, el consorcio consintió en las modificaciones contractuales, necesarias para cumplir con el objeto y vi) la genérica (fls. 445-564 cuaderno).

**1.3. Alegatos de conclusión**

**1.3.1.** En audiencia, las partes y el representante del Ministerio Público alegaron de conclusión. El Consorcio HMV DGP reiteró los hechos e insistió en el incumplimiento de las Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P., también en el desequilibrio contractual. Alegó indefinición en el alcance de los trabajos y la entrega tardía de protocolos; demoras en la revisión y aprobación de los informes por parte de la interventoría; modificaciones unilaterales y suspensiones imputables a la convocada; cambios de personal en la entidad e interventoría, que a la postre afectaron los plazos convenidos. Así mismo, se opuso a la prosperidad de las excepciones y alegó oportunidad en la presentación de las reclamaciones sobre los perjuicios y sobrecostos causados. Por último, solicitó condenar en costas y agencias en derecho.

**1.3.2.** La sociedad Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P., por su parte, hizo un recuento del material probatorio y de la jurisprudencia atinente a los actos propios, relacionados con la suscripción de acuerdos sin salvedades. Insistió en la ausencia de pruebas sobre hechos imprevistos y sobrecostos por fuera de los riesgos propios de la ejecución. Dio cuenta, una vez más, en la injerencia de la interventoría ejercida por la Universidad Nacional en el tránsito normal de las labores. Alegó que el consorcio “asalta” la buena fe de la entidad, en la medida en que elevó una reclamación por desequilibrio económico, vencido el plazo. Por último, insistió en el pago de las prestaciones adeudadas y en la prosperidad de las excepciones.

**1.3.3.** La vista fiscal solicitó negar las pretensiones, en la medida en que no encontró probada la vulneración del principio de la buena fe contractual. Por el contrario, evidenció en cada una de las modificaciones un consentimiento exento de vicios (fls. 293-412 cuaderno principal 2).

**II. LAUDO ARBITRAL**

**2.1. Contenido de la decisión**

El 14 de julio de 2017, el Tribunal de Arbitramento conformado a instancias del Consorcio HMV-DGP, declaró probada parcialmente la excepción de pago y, al tiempo, reconoció la ruptura del equilibrio económico. En consecuencia, ordenó a las Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P. pagar las prestaciones ejecutadas en el marco del contrato, no previstas inicialmente, así como los intereses de mora causados (fls. 417-557 cuaderno ppal.).

El árbitro, antes de abordar el fondo del asunto, dio cuenta de la compatibilidad de las pretensiones principales y subsidiarias, en atención a lo dispuesto en los artículos 88 del Código General del Proceso y 165 de la Ley 1437 de 2011. Procedió a analizar la figura del desequilibrio económico, en los términos de los artículos 3, 5, 27 y 28 de la Ley 80 de 1993 y de conformidad con posturas jurisprudenciales sobre la materia, así como el incumplimiento contractual que contempla la legislación civil y comercial. Precisó que el desequilibrio tiene que ver con hechos que sobrepasan de manera excepcional los riesgos propios de la ejecución y el incumplimiento con la falta de realización, parcial o total, de las prestaciones a cargo de una o ambas partes. Acto seguido, delimitó la controversia, en atención a las pretensiones y los fundamentos de hecho, así:

*“En lo que hace al caso concreto, la parte demandante pretende el pago de los valores correspondientes a reconocimiento del rompimiento económico del Contrato No. 074 de 2010, como consecuencia de condiciones que califica como imprevisibles y que en su concepto no le son imputables, en esencia, que incluyan los costos reales adicionales asumidos de personal y costos directos e indirectos que tuvo el Consorcio HMV-DGP en toda la ejecución del contrato, derivados del mayor alcance de los trabajos, que pasaron de revisión, actualización y/o ajuste a formulación de Planes Maestros por la Cabera (sic) Municipal de Yacopi, Centro Poblado de Guadualito-Municipio de Yacopi y Cabecera de Topaipí, así como la realización de plantas de tratamiento de agua potable y residuales, perforaciones (geotecnia) no incluidas en el contrato inicial, los intereses y actualizaciones que correspondan.*

*Descendidas estas circunstancias, se puede avanzar en sí, en efecto, se presentaron circunstancias posteriores a la celebración del contrato de consultoría firmado por la EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P. y el CONSORCIO HMV-DGP, que hayan alterado el equilibrio económico del mismo”.*

El árbitro puso de presente que el equilibrio financiero del contrato debe originarse por causas sobrevinientes, imprevisibles y no imputables a quien resulte afectado, además de la presentación oportuna de las reclamaciones a que haya lugar. Recogió diversos pronunciamientos de la Sala, atinentes al deber de dejar constancias en el acta de liquidación final, con miras a la prosperidad de un litigio. Esto, en la medida en que la ausencia de salvedades conduciría a desestimar las súplicas.

Precisado lo anterior, el árbitro abordó los aspectos objeto de controversia.

El Tribunal encontró pruebas suficientes sobre la realización de trabajos adicionales de geotecnia, previa constatación de la salvedad en el acta de liquidación bilateral. Para el efecto, destacó la prueba testimonial y pericial recaudada y los informes de interventoría. De ahí que ordenara su reconocimiento.

Lo mismo aconteció respecto de la ejecución de las labores realizadas en las plantas de tratamiento de agua potable –PTAP y PTAR-, de conformidad con las declaraciones de los funcionarios a cargo de la interventoría y la experticia, previa verificación de la observación que sobre el punto consta en la liquidación.

En cuanto al mayor alcance de los trabajos previstos inicialmente, el árbitro consideró que la entidad modificó la formulación de los planes maestros en las cabeceras de los municipios de Yacopi y Topaipí y el Centro Poblado de Guadualito, dando lugar a la causación de mayores gastos. De ello dio cuenta la interventoría, el dictamen pericial y el acta de liquidación.

En lo atinente a la mayor permanencia en los trabajos, el Tribunal puso de presente las salvedades de las partes en la liquidación, en las que se atribuyeron mutuamente responsabilidades. Destacó que las causas que dieron origen a la ampliación de los plazos fueron consentidas, por lo que no procedía realizar ningún reconocimiento. Al respecto, sostuvo:

*“Ahora bien, para el Tribunal es de mérito resaltar que en expediente se acredita que las causas y motivos por los que se realizaron las distintas modificaciones al contrato fueron acordadas y celebradas de consuno. Aún más, también es de destacar que la circunstancia de que el contrato haya superado los seis (6) meses inicialmente pactados no puede atribuirse a circunstancias ajenas a la parte convocante.*

*Sobre el particular, el Tribunal encuentra de recibo según lo probado que para la convocante era conocida que la entrega de los productos en el marco del contrato EPC-C-074 de 2010 requería, para ser aceptada, del aval y aprobación de la interventoría, lo que podría hacer previsible una adecuación previa a tal realidad contractual.*

*Adicionalmente, la interventoría del contrato encontró falencias en los informes presentados por la consultoría, por lo que requirió sucesivas correcciones. Lo anterior, como es natural, demoró significativamente los periodos contractuales, situación que no puede ser imputada, o por lo menos no de manera exclusiva, a las Empresas Públicas de Cundinamarca.*

*En las siguientes piezas procesales se evidencia el dicho de la interventoría en el sentido de señalar que las deficiencias en los productos afectaron la fluidez en la revisión, y generó reprocesos y desgaste.*

*Consta por ejemplo en el oficio CEGG-EPCPM-GRAL-12-1140 de EPC, radicado en las oficinas del Consorcio el 14 de Diciembre de 2012, constancias de las demoras Imprevistas soportadas en la posición de la interventoría, que ellas tuvieron como causa entre otras inconsistencias o falencias de los productos a entregar por parte del consultor que dieron lugar a la devolución de los productos.*

*Así las cosas, conforme al soporte probatorio, la responsabilidad en los motivos de esa mayor permanencia en los trabajos de consultoría fue de las partes, en lo que hace del contratista consultor que presentó informes para revisión que requirieron correcciones y trajeron como consecuencia el atraso en la aprobación de los productos.*

*No obstante, más allá de eso, los costos que tuvo que asumir el consorcio le eran previsibles toda vez que las suspensiones y prórrogas al contrato fueron de su conocimiento y aceptación al momento de producirse las mismas.*

*En razón de ello, frente a los gastos que pudo ocasionar la mayor permanencia de personal en la ejecución del contrato de consultoría, producto, entre otros aspectos de suspensiones y prorrogas que hicieron que el plazo del contrato superara ampliamente los seis meses inicialmente pactados, debe tenerse en cuenta la oportunidad de las reclamaciones en materia contractual, particularmente en lo que se refiere a salvedades, que en este acápite indudablemente podrían haber tenido mejor oportunidad en la suscripción de las prórrogas, por una sencilla razón, y es que para el momento del acta de liquidación bilateral dicho hecho ya habría concurrido.*

*Aunque independientemente de esa discusión, es claro que no se predica en este ítem el desequilibrio, toda vez que se prescinde de un elemento fundamental para su concurrencia, y es la exoneración de imputabilidad en cuanto al acto que lo originó.*

*En consecuencia, el término adicional para una mayor permanencia en la obra no solo es imputable a la entidad, ya que dicho lapso fue producto de la responsabilidad de ambas partes.*

*Sabido es, como ya se dijo arriba, que el restablecimiento debe tratarse de un hecho ajeno a las partes. El desequilibrio financiero del contrato como la alteración de sus condiciones de ejecución no deben ser imputables a la conducta del contratista. Debe tratarse de eventos por completo externos, por lo que la culpa, los errores de comportamiento previos o presentes en la ejecución del contrato no tendrían esa virtualidad y no pueden, en consecuencia, generar el reconocimiento del derecho a la compensación de sus efectos en la economía o en el equilibrio del contrato.*

*En conclusión, las anteriores consideraciones hacen improcedente la prosperidad de esta pretensión”.*

En relación con los intereses de mora, el árbitro ordenó su reconocimiento en cuanto a la pretensión sexta principal, esto es, por *“mayores trabajos-retrabajos, mayor tiempo de trabajo y mayor alcance y la ejecución de labores en las plantas de tratamiento y geotecnia adicional”* y desestimó la actualización solicitada subsidiariamente. Se destaca:

*“2.2.1.5. Pretensiones principales de condena*

*En cuanto a la pretensión sexta principal,* ***ligada a las condenas solicitadas en las pretensiones segunda a quinta principales, y relacionada con que se ordene el reconocimiento de intereses de mora*** *y frente a las cuales subsidiariamente se solicita la actualización, desde el momento en que el Consultor demandante asumió y/o pagó por cada uno de los aspectos a saber: mayores trabajos-retrabajos y mayor tiempo de trabajo, mayor alcance de los trabajos, ejecución de plantas de tratamiento y ejecución de geotecnia adicional, hasta la fecha que se produzca el pago por parte de la entidad, se decidirá lo siguiente.*

*Toda vez que de conformidad con el numeral 1 del artículo 5º de la ley 80 de 1993, el restablecimiento de la ecuación financiera debe conducir a un "punto de no pérdida" al contratista afectado, se decretará la procedencia de esta pretensión de condena en cuanto a lo que hace al pedimento principal de reconocimiento de interés de mora no así a la actualización que en todo caso fue pedida subsidiariamente”.*

Y, en cuanto a la omisión de tramitar la facturación en la fecha en que fueron entregados los trabajos, el árbitro evidenció que *“parte de las demoras que se presentaron en la ejecución contractual resultaron imputables a la demandante”*, por lo que el retraso de toda la dinámica contractual encontró tropiezos en su ejecución lo que, desde luego, también afectó la gestión y el pago. Anotó que *“la demora de algunos ciclos contractuales no puede ser imputada, o por lo menos no de manera exclusiva, a las Empresas Públicas de Cundinamarca, se hace improcedente la prosperidad de esta pretensión”*.

Ahora, el Tribunal negó la pretensión relativa al incumplimiento contractual, por la mora en el pago de las facturas, en cuanto las partes consintieron en la modificación de los plazos. Se sostuvo:

*“La pretensión entonces se contrae a que se declare el incumplimiento de la demandada por la supuesta demora en el trámite y/o pago de facturación radicada por el CONSORCIO HMV-DGP, lo que habría generado un incumplimiento contractual.*

*Tal y como se ilustró anticipadamente, el incumplimiento se identifica con las modalidades que este puede asumir, así: no haber cumplido, haberse cumplido imperfectamente o haberse retardado el cumplimiento.*

*Concurren en esas hipótesis varias situaciones de regla contractual, la falta de cumplimiento o el cumplimiento tardío. Por consiguiente, bien distinguibles son estos dos claros fenómenos independientes: la pasividad del deudor o el retardo en el cumplimiento.*

*El incumplimiento se tipifica o materializa pues, con la constatación de que el deudor no desplegó la conducta comprometida, ora porque su ejecución no se dio, ora por que no obró diligentemente y su actuación resulta extemporánea.*

*En todo caso, otro elemento fundamental es que quien alega el incumplimiento debe estar librado de haberlo cometido o haber participado en su estructuración.*

*Como hecho cierto, conviene advertir que, como ya se vio con ocasión del análisis de otra de las pretensiones, en particular la referente al desequilibrio económico por mayor permanencia, parte de las demoras que se presentaron en la ejecución contractual resultaron imputables a la demandante. En dicha medida el retraso de toda la dinámica contractual encontró tropiezos en todo su desarrollo, lo que, desde luego, también afectó el tema de facturación.*

*En conclusión, en la medida que, como arriba se reseñó ampliamente, la demora de algunos ciclos contractuales no puede ser imputada, o por lo menos no de manera exclusiva, a las Empresas Públicas de Cundinamarca, se hace improcedente la prosperidad de esta pretensión”.*

De esta forma, el árbitro accedió a las pretensiones principales y negó las subsidiarias:

*“En la medida que prosperaron las pretensiones principales relacionadas con la existencia de condiciones imprevistas para el CONSORCIO HMV-DGP que le generaron un desbalance económico relacionados con un mayor alcance de trabajos y retrabajos (a saber: cambio de revisión y/o ajuste a formulación de planes maestros, diseño de plantas de tratamiento y geotecnia adicional), y el incumplimiento de EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P. por la demora en el trámite y/o pago de facturación radicada por el CONSORCIO HMV-DGP, no resulta de mérito el decreto de las pretensiones subsidiarias sobre este particular que solo prosperarían en virtud del fracaso de las primeras.*

*Lo anterior conduciría a estudiar aquí exclusiva y subsidiariamente lo que no fue objeto de decreto favorable en cuanto a las pretensiones principales, que se circunscribe a la mayor permanencia de la consultoría”.*

Por último, el Tribunal se pronunció sobre las excepciones formuladas por las Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P. así:

*“3. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS EXCEPCIONES PLANTEADAS EN LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA*

*En la respectiva contestación a la demanda se plasmaron excepciones cuya gran mayoría no fueron refrendadas en las alegaciones de parte. A pesar de ello el Tribunal considera importante pronunciarse frente a todas ellas, y por supuesto las que fueron ratificadas precisamente en los alegatos.*

*3.1. Excepción cumplimiento del contrato*

*Contrario a lo manifestado en la aludida contestación, las EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P. tampoco cumplieron cabalmente con las obligaciones a su cargo, lo que, entre otras cosas, derivó en el constado desequilibrio económico que se analizó más arriba. Al respecto el Tribunal advierte como prueba fundamental sobre dicha realidad obrante en el expediente, varias peticiones y reclamaciones presentadas por la consultoría dentro de la gestión contractual. Por lo anterior, no prospera la excepción y así será declarado en la parte resolutiva.*

*3.2. Excepción de pago*

*En primer lugar, cumplir lo dispuesto por una norma, se conoce con el nombre de "pago". Así, el Código Civil colombiano, en el artículo 1626, dispone que "el pago efectivo es la prestación que se debe" y, en el artículo artículo 1625 numeral 1, establece que la obligación se extingue por el pago. En este orden de ideas, debemos entender que la palabra "pago" designa la ejecución de la obligación que, a su vez, la extingue.*

*Ahora bien, cuando se trata de "pago parcial" o "pago tardío" el régimen jurídico es un poco distinto. En efecto, el pago parcial se refiere al cumplimiento en sólo una parte de lo debido y, por consiguiente, no extingue la obligación en lo restante e implica incumplimiento, con las consecuencias jurídicas que éste conlleva. El pago tardío, aunque extingue la obligación, constituye un incumplimiento y, como tal, se encuentra sancionado por la ley, principalmente, a través de la indemnización de perjuicios.*

*La demandada sostiene al respecto que pagó el total de los servicios prestados por el CONSORCIO HMV-DGP, y que además lo hizo dentro de los tiempos y plazos pactados.*

*Como se advirtió anticipadamente, las demoras en el avance de los servicios fueron imputables a ambas partes y, por consiguiente, respecto de las facturas pagadas, mal podría el Tribunal reconocer mora por pago tardío. Pero además, lo que fue objeto principal de debate ante este Tribunal, fue el desequilibrio económico del contrato, lo cual obliga a solo decretar la satisfacción de los pagos hasta que se concurra con la obligación de llevar al contratista a punto de no pérdida. Así las cosas, los recursos desembolsados a la fecha por parte de a favor del Consultor se circunscriben a parte del alcance de los trabajos indicados en el pliego de condiciones, mas no a los tiempos que finalmente demoraron los trabajos por hechos, en su mayoría no imputables a la consultoría, lo que genera pagos pendientes a su cargo. Por lo anterior, no prospera la excepción y así será declarado en la parte resolutiva.*

*3.3. Indebida integración de la parte pasiva*

*Es de resaltar que el fenómeno jurídico principal que aquí se debatía corresponde a la verificación o no, de la configuración de un desequilibrio económico contractual, evento que atañe, fundamentalmente, a la entidad contratante y a su contratista. Por lo anterior, no prospera la excepción y así será declarado en la parte resolutiva.*

*3.4. Ausencia de responsabilidad de Empresas Públicas de Cundinamarca*

*Dentro de esta excepción, la convocada antepone la supuesta responsabilidad de los hechos objeto de la demanda a la interventoría, sin embargo, como está visto, el debate concernía más directamente la eventual concurrencia del fenómeno de desequilibrio contractual, aspecto que esencialmente ata la entidad contratante y a su contratista. Por lo anterior, no prospera la excepción y así será declarado en la parte resolutiva.*

*3.5. Ausencia de prueba de desequilibrio económico*

*Tal como quedó demostrado anticipadamente, pero con algunas limitaciones que acogieron parcialmente los racionamientos de la demandada y del Ministerio Público, se encontró acreditado el rompimiento del equilibrio económico del contrato en contra del consorcio demandante, razón por la cual no procederá en su plenitud esta excepción.*

*3.6. Las actividades adicionales o el mayor alcance del contrato deben ser autorizadas por la entidad contratante*

*La convocada sostiene al respecto en sus alegatos finales que las actividades adicionales no fueron aprobadas debidamente por el representante legal de EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P., lo que ha hecho inviable el mayor alcance del contrato EPC-C-074-2010.*

*Al respecto el Tribunal tiene claro que, según la prueba recaudada en este caso, las mayores cantidades de obra o las obras y/o actividades adicionales, fueron necesarias para la consecución del objeto del contrato inicial; a lo que se suma que tampoco obra elemento de juicio alguno que permita inferir que el beneficiario de tales actividades no fuera la entidad pública contratante ni que ella hubiere aludido que aquéllas no estaban ligadas a la tarea contratada, razón por la cual no procederá en su plenitud esta excepción.*

*3.7. Alcance del principio de planeación en la contratación estatal*

*Alude la demandante que el Consorcio HMD DGP tuvo la oportunidad para negociar y pactar las condiciones del contrato, desde la etapa misma de la convocatoria pública y a partir de su deber de planear las futuras condiciones del mismo. No obstante, como tantas veces aquí se ha dicho, lo que es objeto de pronunciamiento fue precisamente las circunstancias "imprevisibles" que configuraron el desequilibrio económico, razón por la cual no procederá en su plenitud esta excepción.*

*3.8. Pago oportuno de las facturas*

*La convocada manifiesta que sí existió el pago oportuno de facturas y atribuye cualquier demora a la culpa de la consultoría.*

*Al respecto el Tribunal ya se pronunció en extenso sobre la concurrencia de culpas en algunos de ciclos contractuales al negar la pretensión ligada al reconocimiento de intereses por la demora en el pago de facturas, razón por la cual se ratifica en este apartado lo allá dicho y lo que hace que se haya decretado inviable la pretensión y se procedente la excepción en su objetivo aunque acogiendo parcialmente su argumentación”.*

En consecuencia, el Tribunal ordenó a las Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P. pagar al Consorcio HMV-DGP las sumas adeudadas por el mayor alcance de los trabajos y retrabajos, a saber: cambio de revisión y/o ajuste a formulación de planes maestros, diseño de plantas y geotécnica adicional, así:

*4. CUANTIFICACIÓN DE LA CONDENA*

*Para proceder al cumplimiento de este ítem, el Tribunal Arbitral tendrá en cuenta exclusivamente las cifras puestas de presente en el peritaje que no fue objetado por las partes. Así, de conformidad con el dictamen, y en especial según el reporte de las tablas ubicadas en las páginas 13 a 15 de su aclaración y complementación, los sobrecostos en que incurrió el CONSORCIO HMV-DGP por cada uno de los efectos generados dentro del contrato, una vez analizada su favorabilidad, son los siguientes:*

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| *CONCEPTO RECLAMACIÓN* | *VALOR SOBRECOSTOS* | *INTERESES DE MORA* | *VALOR CON INTERESES DE MORA* |
| *Diseño plantas de tratamiento* | *$453.250.773* | *$604.933.722* | *$1.058.184.496* |
| *Modificación alcance de actualización a formulación* | *$140.674.560* | *$187.752.102* | *$328.426.662* |
| *Diseño por Geotecnia* | *$14.660.000* | *$19.566.052* | *$34.226.052* |

La decisión fue objeto de recurso de reconsideración, con fines de aclaración y corrección. Esto, por cuanto se reconoció el desequilibrio económico, a pesar de que los trabajos adicionales no contaron con la autorización de la entidad. Las partes tampoco adelantaron gestiones para modificar el contenido obligacional. Solicitó, además, señalar la causal de desequilibrio y analizar cada uno de los elementos que la estructuran. Requirió aclarar *“(..) el por qué se imponen intereses moratorios sobre la condena cuando, teniendo en cuenta que el restablecimiento económico es compensatorio, más no indemnizatorio, a más que la entidad jamás ha incurrido en mora”*. Por último, solicitó precisar que *“la mala fe de la convocada se encuentra probada”* (fls. 561-576 cuaderno ppal.).

En audiencia de 27 de julio de 2017, el Tribunal negó la petición de aclaración y corrección del laudo, en la medida en que la recurrente pretendía modificar las razones de fondo que se tuvieron en cuenta para decidir, al tiempo que precisó que el *“recurso de reconsideración”* no estaba previsto en el trámite arbitral (fls. 577-585 cuaderno ppal.).

**III. RECURSO DE ANULACIÓN**

**1. Argumentos del recurrente**

Inconforme, la sociedad Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P. interpone recurso de anulación. Realiza un recuento de la demanda, de la contestación y de la actuación adelantada ante el Tribunal. Transcribe nuevamente los hechos e insiste en la prosperidad de las pretensiones. Seguidamente, invoca la causal n.º 7 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, relativa al fallo de conciencia o equidad, debiendo ser en derecho. Los argumentos, en síntesis, reiteraron los esgrimidos en el *“recurso de reconsideración”*. Adujo que i) *“la providencia recurrida no reconoce la figura del rompimiento del equilibrio económico del contrato como compensatoria sino como indemnizatoria, lo que sin mayor disertación resuelve en equidad el presente asunto”*; ii) *“la providencia no tiene en cuenta la sentencia de unificación de 19 de noviembre de 2012, exp. 24897[[5]](#footnote-5), en contravía de lo dispuesto en el artículo 10 del CPACA”*, relativa a la buena fe contractual y iii) *“la providencia objeto del recurso no reconoce la oportunidad del reclamo cuando se pretenda restablecer el equilibrio económico del contrato”*.

A continuación, los apartes pertinentes del recurso:

*“En el caso en estudio es evidente que se trata de un laudo en conciencia, en la medida que el Tribunal de arbitramento aunque profirió una decisión con base en un régimen jurídico, habiendo hecho todo su análisis previo a su decisión concluyendo el rompimiento del equilibrio económico, esta figura para el caso no presenta todos los presupuestos legales, que por vía jurisprudencial se han establecido, de un lado, a conciencia del árbitro establece el pago de unos interés de mora; cuando en derecho, el restablecimiento de la ecuación del contrato apunta a que el particular encuentre satisfecho un punto de no perdida, más no la obtención de su eventual utilidad o por defecto el reconocimiento de perjuicios como equivocadamente se finco en el laudo arbitral que se comenta; pues visto esta por el Consejo de Estado, que probado un quebrantamiento de las cargas por uno de los extremos contractuales, el mismo se restablece a título de COMPENSACIÓN, más no por vía INDEMNIZATORIA.*

*(..)*

*Pese a lo arriba expuesto, se observa como el Numeral Octavo del resuelve del laudo arbitral , impone en contra de mi prohijada, el reconocimiento de unos intereses de mora, con una consideración en el laudo por demás contradictoria, pues el mismo tribunal subraya que en virtud del numeral 1o del artículo 5° de la ley 80 de 1.993, "el restablecimiento de la ecuación financiera debe conducir a un "punto de no perdida" , sin embargo renglón seguido decreta en cuanto a las condenas, unos intereses por mora.*

*(..)*

*Es flagrante que el Tribunal Arbitral falló en conciencia, pues con la mera probanza que se ejecutaron unas actividades de más o por fuera del marco del negocio jurídico convenido , reconoce un pago por quebranto de la ecuación económica del contrato; a pesar que la buena fe se haya asaltada por el particular contratista, siendo necesario precisar que si bien las partes en un contrato estatal pueden acordar interpretar sus cláusulas con sujeción a las reglas previstas en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil con el fin de materializar el objeto del negocio cuyo fin último se trasluce en el interés general, dicha prerrogativa sin embargo no puede ser ejercida por el contratista de forma unilateral y arbitraria, como para el caso sub-examine se pretende.*

*Más aún, frente al mayor alcance de los trabajos (formulación de planes maestros cuando no habían sido pactados en el contrato); inclusión de plantas de tratamiento, trabajos de geotecnia, no se encuentran demostradas las órdenes impartidas por el representante legal de la entidad pública por fuera del pacto o contrato inicial, bien a la firma contratista, bien al interventor; que dé cuenta de la ejecución de actividades con mayor alcance al inicialmente pactado.*

*(..)*

*La entidad pública demanda pone de presente la inexistencia de un acuerdo entre las partes sobre el mayor alcance del Contrato de Consultoría EPC-C-074-2010, lo que aún mas evidencia el laudo arbitral proferido en conciencia.*

*Se encuentra debidamente demostrado que el mentado contrato, pese a que fue adicionado en una oportunidad, no comprende las actividades de mayor alcance que se pretende por la convocante, pues, acorde con la jurisprudencia en materia de contratación pública, como se pasa a exponer, todas aquellas modificaciones que llegasen a alterar el presupuesto, deben ser aprobadas en forma directa por el ente contratante. De suerte que la actora no podía dar por establecida la adición de valor o su modificación y así mismo proceder a ejecutar actividades adicionales de consultoría por encima del valor convenido.*

*(..)*

*En ese sentido, se advierte que el representante legal de EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P. es el único legalmente capaz de comprometer presupuestalmente a la entidad y por ende ordenar el gasto, de un lado, y del otro, de pactar acuerdos, negocios o contratos conforme al marco legal vigente, lo que de tajo acarrea la inoponibilidad que por mayores alcances del contrato haya reconocido eventualmente quien fungía como interventor del contrato de consultoría.*

*De hecho en el expediente no hay prueba de que el representante legal de EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P, gerente o por quien éste hubiese delegado dicha facultad en forma expresa, hubiese aprobado esos trabajos, por lo que NO es posible en DERECHO que se tenga como probado el mayor alcance del contrato EPC-C-074-2010, a título de restablecimiento del equilibrio económico del mismo.*

*(..)*

*No se puede desconocer por la instancia arbitral que en el plenario NO obra ninguna prueba, ninguna, que permita establecer con certeza que mi prohijada autorizó los mayores alcances de la consultoría que se trata. V.Gr. Formulación de Planes Maestros, Diseños a detalle de Plantas de Tratamiento, Trabajos Adicionales de Geotecnia-, y en consecuencia que, tenga la obligación no sólo de su reconocimiento, sino además la de su pago.*

*LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, fungió siempre como interventor del contrato de consultoría que se trata, y los funcionarios adscritos a EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA que conocieron del iter contractual, apenas lo hicieron en calidad de supervisores de aquella persona jurídica, por lo que en uno u otro caso adelantaron una labor de mera verificación y control de las acciones, o servicios, pero nunca les estaba dado introducir modificación alguna en los términos de la consultoría en cuestión.*

*(..)*

*Es regla general que en tratándose de negocios jurídicos con el Estado, todo debe ser escrito y suscrito por las partes, de ahí que no sea válido que quien ejerza labores de interventor, autorice o no por fuera de lo pactado en un contrato o convención, teniendo en cuenta que todo lo descrito allí esta soportado en los documentos precontractuales, entre los que bien se puede contar, para el caso en concreto, los pre-pliegos y los pliegos definitivos del proceso de selección objetiva del contratista.*

*(..)*

*En el presente caso, EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P., y el CONSORCIO HMV-DGP, acordaron por vía contractual unas actividades singulares y específicas, lo cual inadmite que sin mayor reparo, EL CONSORCIO por su cuenta y riesgo hubiese ejecutado "actividades adicionales".*

*(..)*

*De otra parte sea de agregar como otro elemento de juicio que conocidas las actividades adicionales, la obligación primigenia del contratista y el interventor era formalizar la solicitud ante la contratante, para llevar a efecto la modificación del contrato inicial y/o la suscripción del contrato adicional, a falta de medio de prueba, ello jamás se cumplió. Agregándose que no bastaba para el caso en concreto si quiera, la mera solicitud prenotada y el silencio de la entidad pública para que se entienda admisible el mayor alcance del contrato bajo examen, conforme lo ha expuesto la máxima corporación en lo contencioso administrativo:*

*(..)*

*Aplicadas estas ideas al caso concreto, se observa con claridad no sólo que el presunto mayor alcance otorgado al Contrato EPC-C-074-2010, se adelantaron por cuenta y riesgo del CONSORCIO HMC-DGP, sin que haya recibido aval, solicitud o requerimiento alguno por parte del representante legal de EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.; sino que además NO se está ante una mayor ejecución de una actividad propia y necesaria de lo inicialmente pactado, pues se trata de un objeto contractual autónomo, que requería su propio proceso de selección. De tal manera, que mal haría indemnizarse eventos como este, por cuanto era necesario que mediara contrato escrito.*

*(..)*

*Visto lo anterior se observa, que los factores incidentes para la ampliación en los términos contractuales no son atribuibles inequívocamente a EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. ESP, y aún en el entendido que así fuere, no es dable considerar de un lado, el mero transcurso del tiempo como generador inquebrantable del rompimiento del equilibrio económico del contrato, tal y como se ha subrayado por el Consejo de Estado: " (...) el solo transcurso del tiempo por sí mismo no genera ruptura del equilibrio económico del contrato, por cuanto se requiere acreditar los mayores costos en los cuales el contratista incurrió, producto de la mayor permanencia", sino además que se encuentra probado con las documentales arriba citadas y las que hacen constar las suspensiones y reinicios junto con sus prorrogas; que no hubo ningún reparo por parte del CONSORCIO HMV DGP, no sólo en convenir con los tiempos de ejecución mayores a lo inicialmente pactado, sino además en mantener o asentir en la contraprestación económica que de ello se deriva. En ninguno de los documentos que se relacionan existe salvedad alguna, que si quiera permitan entrever un reclamo por rompimiento de la ecuación económica del Contrato EPC-C-074 del año 2.010; más aún cuando es señalado por la misma convocante en el acta de liquidación suscrita el dos (2) de enero del 2015, que frente a una solicitud ante la entidad pública, NO se obtuvo respuesta de la misma.*

*(..)*

*Visto lo anterior, si bien en un acta de liquidación, como la que se trata para el caso sub-examine es dable consignar, los acuerdos, conciliaciones y salvedades, que de hecho corresponde a un balance definitivo o corte de cuentas; también lo es, que cuando se reclama restablecer la ecuación económica del contrato, existen oportunidades de carácter preclusivo, que no sólo salvaguardan el principio de la buena fe propio del contrato estatal, sino además confiere seguridad jurídica a los extremos del negocio jurídico”.*

En consecuencia, la recurrente solicita anular el laudo para, en su lugar, negar las súplicas (fls. 587-655 cuaderno ppal.).

**2. Intervención del Ministerio Público**

La vista fiscal solicita declarar infundado el recurso de anulación interpuesto por las Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P. Considera que la causal invocada no está llamada a prosperar, en la medida en que la decisión fue en derecho y no en conciencia. Anota que, no obstante en la decisión se presentaron algunas falencias en el análisis probatorio, no es *“razón suficiente para considerar que el fallo se dio en conciencia, toda vez que, según lo ha dicho el Consejo de Estado, la falta de motivación no configura un fallo en conciencia”* (fls. 681-690 cuaderno ppal.).

**IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**4.1. Competencia**

Esta Sala es competente para conocer del recurso extraordinario de anulación interpuesto por la sociedad Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P., contra el laudo arbitral de 14 de julio de 2017, proferido por el Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir las controversias surgidas con ocasión del contrato de consultoría n.º 074 de 2010, suscrito con el Consorcio HMV-DGP.

**4.2. La controversia arbitral**

El 2 de septiembre de 2010, las Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P. y el Consorcio HMV DGP suscribieron el contrato de de consultoría n.º 074 de 2010, el cual tuvo por objeto el *“ajuste, actualización, terminación o formulación de planes maestros de los sistemas de acueducto y alcantarillado en zonas urbanas y centros nucleados del departamento de Cundinamarca Subzona 4B”*[[6]](#footnote-6).

Las partes acordaron un plazo de ejecución de seis (6) meses, contados a partir de la suscripción del acta de inicio. El valor se fijó en la suma de $4 290 775 056 incluido IVA –cláusulas cuarta y quinta-.

La controversia arbitral tuvo que ver con el desequilibrio económico que se generó en el marco del contrato, el cual, en sentir del convocante, no estaba obligado a asumir.

Se observa que la demanda consta de pretensiones principales y subsidiarias. Las primeras tienen que ver con que se declare que *"(..) existieron unas condiciones imprevistas para el CONSORCIO HMV-DGP durante la ejecución del Contrato No. de 2010, que le generaron un desbalance económico representado en una serie de sobrecostos que deben ser reconocidos y sufragados por EMPRESAS PUBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P., relacionados con un mayor alcance de trabajos y retrabajos (a saber: cambio de revisión y/o ajuste a formulación de planes maestros, diseño de plantas de tratamiento y geotecnia adicional), y una mayor permanencia de la consultoría; y que también se declare el incumplimiento de EMPRESAS PUBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P. por la demora en el trámite y/o pago de facturación radicada por el CONSORCIO HMV-DGP, con el consecuente reconocimiento de intereses moratorios. Frente a todas las solicitudes de condena, se solicitó se ordene y condene al reconocimiento y pago de intereses moratorios, o en su defecto la respectiva actualización por parte de la entidad convocada".*

Y, las pretensiones subsidiarias estuvieron encaminadas a que se *"(..) declare que EMPRESAS PUBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P. incumplió el contrato EPC-C-074 de 2010, y que como consecuencia de ello, se condene a ésta a reconocer y pagar unos sobrecostos que se generaron para el CONSORCIO HMV-DGP, representados en un mayor alcance de trabajos y retrabajos (a saber: cambio de revisión y/o ajuste a formulación de planes maestros, diseño de plantas de tratamiento y geotecnia adicional) y una mayor permanencia de la consultoría; y demoras de EMPRESAS PUBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P. en el trámite y/o pago de facturación radicada por el CONSORCIO HMV-DGP. Frente a todas las solicitudes de condena se solicitó también se ordene y condene al reconocimiento y pago de intereses moratorios o en su defecto a la respectiva indexación".*

En ese orden, la controversia puesta a consideración del Tribunal se centró en:

a. El reconocimiento del rompimiento del equilibrio económico del contrato de consultoría n.º 074 de 2010, como consecuencia de condiciones imprevisibles no imputables al contratista, que incluya los costos reales adicionales por concepto de mayor permanencia del personal, más los costos directos e indirectos.

b. El reconocimiento y pago del mayor alcance de los trabajos, en la medida en que inicialmente consistieron en la revisión, actualización y/o ajuste y luego fueron modificados para adelantar la formulación de Planes Maestros para las Cabeceras Municipales de Yacopi, Centro Poblado de Guadualito y Topaipí.

c. El reconocimiento y pago de los diseños de las plantas de tratamiento de agua potable y residuales.

d. El reconocimiento y pago de las perforaciones no incluidas en el contrato inicial.

e. El reconocimiento de los intereses de mora y/o actualizaciones a que haya lugar.

f. El incumplimiento de las Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P., por no tramitar la facturación en la fecha que se completaron los trabajos y, además, por la mora en el pago de las facturas radicadas.

La parte convocada, por su parte, alegó la excepción de pago, el incumplimiento del contratista, la ausencia de prueba del desequilibrio económico y la suscripción de acuerdos sin salvedades.

* 1. **La cláusula compromisoria**

En el *sub lite*, en la cláusula vigésima primera del contrato de consultoría n.º 074 de 2010, relativa a la solución de controversias, las partes acordaron someter las diferencias a la decisión de un Tribunal de Arbitramento, así:

*“Los conflictos que sucedan dentro del desarrollo del objeto contractual se solucionarán mediante los mecanismos de conciliación y transacción establecidos por la normatividad vigente y si estos llegaren a fracasar, a través de* ***un tribunal de arbitramento que decidirá en derecho y estará conformado por un árbitro único****. La designación, requerimiento, constitución y funcionamiento del tribunal se regirá por las normas vigentes sobre la materia”* (subrayas fuera de texto)*.*

**4.4. Suspensión del cumplimiento de lo resuelto en el laudo**

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 42 de la Ley 1563 de 2012, el cumplimiento de lo resuelto en el laudo puede suspenderse cuando así lo solicite la entidad pública condenada, en el momento de interponer el recurso de anulación, distinto a lo previsto en el artículo 34 de la Ley 794 de 2003, a cuyo tenor la ejecución de los laudos objeto de recurso se suspendía una vez ofrecida y prestada la caución, en las *“condiciones y términos fijados por el tribunal, se entenderá que los efectos del laudo se encuentran suspendidos”*. Además de que *“[c]uando el recurrente sea una entidad pública no habrá lugar al otorgamiento de caución”.* Derogadas estas por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012, cabe precisar –se destaca- *“[l]a interposición y el trámite del recurso extraordinario de anulación no suspenden el cumplimiento de lo resuelto en el laudo,* ***salvo cuando la entidad pública condenada solicite la suspensión****”* –art. 42-. Esto es, en el *sub lite* la suspensión del cumplimiento del laudo operó *ipso iuris* porque la entidad pública condenada lo solicitó con la interposición del recurso extraordinario de anulación y el despacho se pronunció en el sentido de verificar que la suspensión aconteció. Ello es así, porque, como resulta evidente, estas últimas disposiciones i) derogaron las facultades que la Ley 794 de 2003 confería al juez para fijar y aprobar la caución de la que pendía la suspensión del laudo y ii) dispusieron la suspensión del cumplimiento de lo resuelto a partir de la solicitud que con ese objeto presente la entidad pública condenada cuando interpone el recurso de anulación. En esas circunstancias, si bien la suspensión no se sujeta a la decisión del juez, ello no impide que se pronuncie en el sentido de verificar que la misma ocurrió en los términos de la ley. De ello da cuenta el auto de 22 de marzo de 2018, proferido conforme a lo previsto en el artículo 42 de la Ley 1563 de 2012 (fl. 702 cuaderno ppal.).

**4.5. Análisis del caso**

**4.5.1. Alcance de la decisión**

De conformidad con el ordenamiento, contra los laudos arbitrales procede el recurso de anulación, que deberá interponerse debidamente sustentado ante el Tribunal, dentro de los treinta (30) días siguientes a su notificación o la de la providencia que resuelva sobre su aclaración, corrección o adición, por las causales expresamente definidas en la ley, esto es por el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012[[7]](#footnote-7):

*“Artículo 41. Causales del recurso de anulación. Son causales del recurso de anulación:*

*1. La inexistencia, invalidez o inoponibilidad del pacto arbitral.*

*2. La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia.*

*3. No haberse constituido el tribunal en forma legal.*

*4. Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación, o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no se hubiere saneado la nulidad.*

*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.*

*6. Haberse proferido el laudo o la decisión sobre su aclaración, adición o corrección después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral.*

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

*8. Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutiva o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral.*

*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.*

*Las causales 1, 2 y 3 sólo podrán invocarse si el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia.*

*La causal 6 no podrá ser alegada en anulación por la parte que no la hizo valer oportunamente ante el tribunal de arbitramento, una vez expirado el término.”*

Ahora, conforme al artículo 43 *ibídem*, *“…cuando prospere cualquiera de las causales señaladas en los numerales 1 a 7 del artículo 41, se declarará la nulidad del laudo”* y en los demás casos, esto es por haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos al conocimiento de los árbitros, concedido más o pronunciarse sobre cuestiones ajenas, el juez del recurso adiciona o corrige. Esto último, sin la restricción del artículo 42, a cuyo tenor *“[l]a autoridad judicial competente en la anulación no se pronunciará sobre el fondo de la controversia, ni calificará o modificará los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral al adoptar el laudo”.*

Se tiene, entonces, que las partes pueden confrontar ante el juez del contrato la decisión arbitral de las causales preestablecidas, las cuales, en general, propenden por garantizar el debido proceso, en orden a la prevalencia del ordenamiento constitucional, a cuyo tenor sus garantías han de estar presentes y no pueden ser soslayadas; para el efecto, la jurisdicción, derivada del pacto arbitral; la competencia regida por este mismo y las previsiones constitucionales y legales, en cuanto el carácter eminentemente dispositivo de la controversia, los principios de congruencia, legalidad, juez natural y acceso a la justicia, en cuanto los errores aritméticos y las decisiones contradictorias no dan lugar al cumplimiento de la decisión o la retardan o generan nuevos conflictos.

A diferencia de la apelación, el recurso de anulación no da lugar a revisar el aspecto sustancial del laudo, ni reabrir el debate probatorio, salvo lo previsto en el numeral 9º del artículo 41 ya transcrito; sin que por esto se entienda la competencia del juez para enmendar aspectos sustantivos de la decisión.

La Sala en este punto en particular ha sostenido:

*“a) El recurso de anulación de laudos ataca la decisión arbitral por errores in procedendo en que haya podido incurrir el Tribunal de Arbitramento, y excluye de su órbita los errores in judicando, lo cual implica que no puede impugnarse el laudo en cuanto a cuestiones de mérito. Por ello carecen de técnica los cargos formulados contra un laudo, que tiendan a establecer si el Tribunal arbitral obró o no conforme al derecho sustancial al resolver sobre las pretensiones propuestas”*[[8]](#footnote-8)*.*

Conforme a la jurisprudencia reiterada de la Sala[[9]](#footnote-9), el recurso extraordinario de anulación no puede utilizarse como si se tratara de una segunda instancia, razón por la cual no es admisible replantear el debate sobre la aplicación de la ley sustancial o la existencia de errores de hecho o de derecho en la valoración de las pruebas.

A lo anterior se agrega que la competencia del juez del recurso de anulación se rige por el principio dispositivo, conforme al cual es el recurrente quien la delimita mediante la formulación y sustentación del recurso, con sujeción a las causales previstas en el ordenamiento. Sin perjuicio de las decisiones que de oficio corresponden al juez extraordinario para asegurar la prevalencia del orden imperativo, como en lo relativo a la caducidad, a la falta de competencia y a la nulidad absoluta.

**4.5.1. Cargos de anulación**

Ahora, corresponde a la Sala resolver sobre la procedencia de la causal prevista en el numeral 7º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, invocada por las Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P.

**Cargo único: se falló en conciencia, debiendo ser en derecho (núm. 7°, art. 41, Ley 1563 de 2012)**

El fallo en conciencia se presenta cuando la sentencia proferida hace caso omiso del régimen jurídico que gobierna el convenio del marco contractual y de las pruebas aportada. Lo que no ocurre en el caso que ocupa la atención de la Sala, por cuanto el Tribunal de Arbitramento resolvió con fundamento en el ordenamiento, se apoyó en el acervo probatorio y fundamentó su decisión en las disposiciones legales y en los términos contractuales.

Es de anotar, además, que en recientes pronunciamientos, sobre el fallo en conciencia, esta Sala ha sostenido que resolver en derecho no comporta prescindir de los valores y principios, en no pocos casos necesarios para proferir una decisión justa. Particularmente sobre la equidad como criterio orientador de las decisiones jurisdiccionales, se sostuvo[[10]](#footnote-10):

*“Ahora bien, lo anterior no significa ni mucho menos que el fallo en derecho excluya el concepto de equidad[[11]](#footnote-11), o lo que es igual, que un fallo que acuda además del derecho positivo al criterio de equidad comporte que sea en conciencia, en tanto una conclusión semejante repugna con el concepto de justicia y con ello con la finalidad de su administración, amén de ser una interpretación alejada de los postulados de la Constitución Política.*

*El derecho y la ley no pueden confundirse. La ley no es el único origen del derecho. Como advertía el profesor Francisco Herrera Jaramillo, con excepción de la escuela normativista (liderada por Isidoro de Sevilla y contemporáneamente por Kelsen), la filosofía del derecho distingue en forma clara el derecho y la ley. Y ello es así porque “ius y lex no se corresponden y [tampoco] se confunden”[[12]](#footnote-12)*

*La legislación si bien en un sistema de derecho como el nuestro, inscrito en la tradición romano germánica, es la más importante fuente formal del derecho, según lo pregona el artículo 230 superior, no es la única y en auxilio de ella el texto fundamental reconoce la existencia de otros criterios: la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina.*

*(..)*

*De otro lado, administrar justicia no es un simple juego formal en el que el juez ha de resolver mediante las simples conexiones de unas leyes con otras, por el contrario, es un intento de hacer pasar precisamente el valor superior de la justicia en el proceso de aplicación legal[[13]](#footnote-13). Lo equitativo, entonces, es el derecho adaptado o adecuado a las relaciones de hecho; se ha de aplicar, pues, el derecho justo, bien porque una investigación exacta de la sustancia del derecho positivo le permita al juez satisfacer las aspiraciones de equidad con los medios propios del derecho, ora también cuando el propio derecho positivo confía al juez la ponderación de las circunstancias del caso específico y, por lo mismo, el hallazgo de la decisión.[[14]](#footnote-14)*

*Ahora, recurrir a la equidad no supone mengua en la seguridad jurídica, pues la armonía que debe existir en todo sistema, impide al intérprete dictar una resolución contraria a los textos legales.[[15]](#footnote-15) El orden jurídico no se agota o resume en una serie de normas de general observancia, por ello al ser las resoluciones judiciales aplicación de normas de carácter general, se impone en ocasiones la aplicación del criterio de equidad.”*

De conformidad con reiterada jurisprudencia, el **fallo en conciencia** se presenta cuando el juez toma determinaciones basadas en su propio leal saber y entender, así las fundamente y razone con suficiencia, de manera que bien puede identificarse con el concepto de verdad sabida y buena fe guardada *(“ex aequo et bono”*)[[16]](#footnote-16). En cambio, en el **fallo en derecho** el juez se apoya en el ordenamiento, esto es, en el conjunto de normas sustanciales y procesales, así como en los principios que lo integran, que constituyen el marco de referencia en el que se ha de encuadrar su decisión[[17]](#footnote-17). No importa para el efecto que determinados principios o valores emerjan de manera evidente, al punto que sustenten el fallo, en tanto la prevalencia de la conciencia y el orden justo. Procede sustentar en el ordenamiento, no en el arbitrio del Tribunal, con el que se habrá de fundamentar, eso sí, el fallo en conciencia.

La Sección ha precisado que la causal de anulación en comento no comporta la posibilidad de confrontar las argumentaciones del Tribunal, esto es, se trata de abrir el debate que no ha sido previsto; es menester, en consecuencia que falencias de argumentación jurídica o de evidente e inexplicable desconocimiento probatorio así lo indiquen; sin perjuicio del claro mandato de los alcances jurídicos de la decisión.

La equidad, por ejemplo, en cuanto valor constitucional que demanda una justificación razonable y proporcional, en el que las situaciones de las partes se consideran, evalúan y equilibran, bien puede fundamentar un fallo en derecho.

Sobre la aplicación del principio de equidad, la Corporación ha reiterado[[18]](#footnote-18):

*“Ahora bien, lo anterior no significa ni mucho menos que el fallo en derecho excluya el concepto de equidad*[[19]](#footnote-19)*, o lo que es igual, que un fallo que acuda además del derecho positivo al criterio de equidad comporte que sea en conciencia, en tanto una conclusión semejante repugna con el concepto de justicia y con ello con la finalidad de su administración, amén de ser una interpretación alejada de los postulados de la Constitución Política.*

*El derecho y la ley no pueden confundirse. La ley no es el único origen del derecho. Como advertía el profesor Francisco Herrera Jaramillo, con excepción de la escuela normativista (liderada por Isidoro de Sevilla y contemporáneamente por Kelsen), la filosofía del derecho distingue en forma clara el derecho y la ley. Y ello es así porque “ius y lex no se corresponden y [tampoco] se confunden”*[[20]](#footnote-20)*.*

*La legislación si bien en un sistema de derecho como el nuestro, inscrito en la tradición romano germánica, es la más importante fuente formal del derecho, según lo pregona el artículo 230 superior, no es la única y en auxilio de ella el texto fundamental reconoce la existencia de otros criterios: la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina (…).*

*De otro lado, administrar justicia no es un simple juego formal en el que el juez ha de resolver mediante las simples conexiones de unas leyes con otras, por el contrario, es un intento de hacer pasar precisamente el valor superior de la justicia en el proceso de aplicación legal[[21]](#footnote-21). Lo equitativo, entonces, es el derecho adaptado o adecuado a las relaciones de hecho; se ha de aplicar, pues, el derecho justo, bien porque una investigación exacta de la sustancia del derecho positivo le permita al juez satisfacer las aspiraciones de equidad con los medios propios del derecho, ora también cuando el propio derecho positivo confía al juez la ponderación de las circunstancias del caso específico y, por lo mismo, el hallazgo de la decisión*[[22]](#footnote-22)*.*

*Ahora, recurrir a la equidad no supone mengua en la seguridad jurídica, pues la armonía que debe existir en todo sistema, impide al intérprete dictar una resolución contraria a los textos legales*[[23]](#footnote-23)*. El orden jurídico no se agota o resume en una serie de normas de general observancia, por ello al ser las resoluciones judiciales aplicación de normas de carácter general, se impone en ocasiones la aplicación del criterio de equidad.”*

Con base en los criterios jurisprudenciales citados, la Sala procederá a resolver los argumentos que sustentan la causal invocada.

**a. Respecto a la decisión de pago de interés de mora sobre las condenas decretadas en el laudo -numeral 8 de la parte resolutiva-**

En el recurso se afirma que el árbitro fundó el reconocimiento de intereses moratorios sin atender su naturaleza indemnizatoria, improcedente en casos de restablecimiento del equilibrio económico, reproche que, antes que al fallo en conciencia, se dirige a cuestionar la decisión de fondo, ajena al control del juez de la anulación. Asimismo, la Sala observa que la convicción que se endilga al árbitro se sostiene en la inconformidad de la parte recurrente con el alcance que en el laudo se dio a la figura del equilibrio económico.

En la pretensión sexta principal de la demanda arbitral se solicita que *"Sobre las condenas solicitadas en las pretensiones segunda a quinta principales se ordene el reconocimiento de intereses de mora. Subsidiariamente se solicita la actualización, desde el momento en que el Consultor demandante asumió y/o pago por cada uno de los aspectos a saber: mayores trabajos-retrabajos y mayor tiempo de trabajo, mayor alcance de los trabajos, ejecución de plantas de tratamiento y ejecución de geotecnia adicional, hasta la fecha que se produzca el pago por parte de la entidad".*

El Tribunal acogió la pretensión sexta principal y decidió *"ordenar que sobre la suma de las condenas decretadas en el anterior numeral se reconozcan intereses de mora, lo que arroja una cifra total a favor del Consorcio HMV-DGP y a cargo de EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P. de $812.251.876. Para un valor TOTAL que corresponde a la sumatoria de las condenas del numeral SÉPTIMO anterior, más los intereses moratorios porta suma de $1.420.837.209"*.

En torno a esta decisión, se tiene que en el numeral 2.2.1.5 del laudo, el Tribunal resolvió:

*"2.2.1.5. Pretensiones principales de condena*

*En cuanto a la pretensión sexta principal, ligada a las condenas solicitadas en las pretensiones segunda a quinta principales y relacionada con que se ordene el reconocimiento de intereses de mora y frente a las cuales subsidiariamente se solicita la actualización, desde el momento en que el consultor demandante asumió y/o pagó por cada uno de los aspectos a saber: mayores trabajos-retrabajos y mayor tiempo de trabajo, mayor alcance de los trabajos, ejecución de plantas de tratamiento y ejecución de geotecnia adicional, hasta la fecha que se produzca el pago por parte de la entidad, se decidirá lo siguiente:*

*Toda vez que de conformidad con el numeral 1º del artículo 5º de la Ley 80 de 1993, el restablecimiento de la ecuación financiera debe conducir a un "punto de no pérdida" al contratista afectado, se decretará la procedencia de esta pretensión de condena, en cuanto a lo que hace al pedimento principal de reconocimiento de interés de mora no así a la actualización que en todo caso fue pedida subsidiariamente"* (Subrayado fuera de texto).

De acuerdo con lo anterior, en la cuantificación de la condena, el árbitro dispuso:

*4. CUANTIFICACIÓN DE LA CONDENA*

*Para proceder al cumplimiento de este ítem, el Tribunal Arbitral tendrá en cuenta exclusivamente las cifras puestas de presente en el peritaje que no fue objetado por las partes. Así, de conformidad con el dictamen, y en especial según el reporte de las tablas ubicadas en las páginas 13 a 15 de su aclaración y complementación, los sobrecostos en que incurrió el CONSORCIO HMV-DGP por cada uno de los efectos generados dentro del contrato, una vez analizada su favorabilidad, son los siguientes:*

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| *CONCEPTO RECLAMACIÓN* | *VALOR SOBRECOSTOS* | *INTERESES DE MORA* | *VALOR CON INTERESES DE MORA* |
| *Diseño plantas de tratamiento* | *$453.250.773* | *$604.933.722* | *$1.058.184.496* |
| *Modificación alcance de actualización a formulación* | *$140.674.560* | *$187.752.102* | *$328.426.662* |
| *Diseño por Geotecnia* | *$14.660.000* | *$19.566.052* | *$34.226.052* |

Se observa entonces que el laudo, para la decisión en comento, cuenta con sustento normativo, en la medida en que hizo referencia a la aplicación del numeral 1º del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 y le brindó un alcance conforme a un criterio jurídico. Esto, por cuanto la norma dispone que los contratistas tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que se les restablezca el equilibrio económico a un punto de no pérdida. La disposición en comento es del siguiente tenor:

*“Artículo 5º. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONTRATISTAS. Para la realización de los fines de que trata el* [*artículo 3º*](http://www.mincomunicaciones.gov.co/normas/#art3) *de esta ley, los contratistas:  
  
1o. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.  
  
En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato”.*

De ahí que la decisión en conciencia alegada por la recurrente no aparece de manera manifiesta en el laudo, tal y como lo exige el texto de la causal 7 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

En reiteradas sentencias de unificación, la Corte Constitucional[[24]](#footnote-24) pone de presente que las decisiones judiciales resuelven conflictos i) en conciencia, conforme a la íntima convicción de los árbitros, fundados en verdad sabida y buena fe guardada, sin dar cuenta de las razones; ii) en equidad, esto es, apoyadas en razones que no se sustentan en criterios de legalidad formal y iii) en derecho, cuyo fundamento se encuentra en el ordenamiento aplicado con criterios de equidad. Lo cuestionable es que el fallo se dicte en conciencia, cuando las partes habilitan a los árbitros para decidir en derecho.

Cabe anotar que **el ordenamiento no proscribe los fallos en conciencia** **o en equidad**, pues, tal y como lo ha señalado la Corte Constitucional, al amparo del artículo 116 superior, los fallos en derecho o en equidad deben ser motivados. Por el contrario, se trata de criterios que procuran la revisión y tacha de los asuntos sustanciales en los que se funda la decisión, cuyo control es ajeno al recurso de anulación.

Al juez de la anulación no le compete pronunciarse sobre la falta o indebida valoración de la prueba y la utilización de los principios lógicos o empíricos por parte de los árbitros.

Como se dejó sentado en la sentencia de unificación SU-713 de 2015, la autorización constitucional para que los árbitros sean habilitados por el poder dispositivo y se sustraiga la controversia de la jurisdicción estatal, impone límites materiales al control judicial del laudo, de manera que los recursos en su contra son excepcionales, sujetos a que no se desvirtúe la presunción de acierto y legalidad con fundamento en errores en la aplicación del derecho, yerros fácticos, falta e indebida valoración de las pruebas, esto es que los recursos no constituyan instancias ordinarias de los asuntos excluidos de la jurisdicción estatal por las partes.

Con fundamento en lo anterior, el ordenamiento limita el recurso extraordinario de anulación al control de la eficacia de la garantía fundamental del debido proceso –*error in procedendo*-, sin autorizar que por esta vía se revisen los aspectos sustanciales relativos a los *errores in iudicando*, de derecho o de hecho.

En efecto, en dicho pronunciamiento unificado, la Corte Constitucional dejó sentado que la limitación de la competencia del juez de la anulación -se destaca-*“…encuentra su razón de ser en que este recurso* ***no puede usarse como mecanismo para desconocer o soslayar la voluntad de las partes de sustraer la controversia del conocimiento de la Jurisdicción****. De esta manera, ante un eventual desacierto del tribunal de arbitramento en cuanto a la aplicación e interpretación de normas sustantivas o* ***ante la falta o indebida valoración de la prueba o a una impropia utilización de los principios lógicos o empíricos del fallo, no será posible acudir al recurso extraordinario de anulación***” (subrayas fuera de texto).

En los términos de los artículos 42 y 107 de la Ley 1563 de 2012, contra un laudo arbitral solamente procederá el recurso de anulación por las causales allí previstas. En consecuencia, la autoridad judicial no se pronunciará sobre el fondo de la controversia ni calificará los criterios, valoraciones probatorias, motivaciones o interpretaciones expuestas por el Tribunal arbitral.

Conforme con la jurisprudencia y la doctrina, los errores probatorios en los que se incurre en la decisión judicial tienen que ver con el fundamento fáctico y se comprenden en el ámbito de la violación indirecta de las normas sustantivas[[25]](#footnote-25), razón suficiente para concluir que la falta de prueba de los fundamentos fácticos, si bien podría insinuar un error, este no es enjuiciable en sede extraordinaria de anulación y tampoco desdice del fallo en derecho, por la potísima razón que no es la violación indirecta de la norma lo que determina el fallo en conciencia, sino que la decisión se sostenga en la íntima convicción del fallador.

La Sala observa que el fundamento del recurso está referido a la interpretación que dio el Tribunal sobre la institución del restablecimiento del equilibrio económico del contrato, por cuanto, a su parecer, al amparo de dicha figura no es dable reconocer intereses moratorios. El árbitro, por su parte, consideró su procedencia, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 5º de la Ley 80 de 1993.

Es de advertir que el recurso de anulación no es una instancia más del proceso arbitral. Este es de única instancia y, por ello, no es viable invocar inconformidades propias de los recursos ordinarios tales como la apelación.

**b. Respecto a la decisión de reconocer pagos por prestaciones que constituyeron un mayor alcance del contrato EPC-C-074-2010, a título de restablecimiento del equilibrio económico**

En los numerales los numerales 2 a 7 de la parte resolutiva del laudo, el Tribunal reconoció pagos por las prestaciones que constituyeron un mayor alcance del contrato EPC-C-074-2010, a título de restablecimiento del equilibrio económico.

Para ello, en el numeral 2.2.1. *“PROCEDIBILIDAD DEL RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO”*, de la parte considerativa, el árbitro realizó un análisis legal y jurisprudencial en torno a la institución y determinó su aplicación al caso concreto.

La recurrente controvierte la decisión de fondo del Tribunal, pues considera que no es dable reconocer prestaciones por fuera del contrato, con miras a restablecer del equilibrio económico, lo que, como se ha señalado, en sede de anulación, deviene en improcedente.

Para la Sala, la causal prevista en el numeral 7º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 no tiene vocación de prosperidad, porque el laudo fue proferido en derecho. En efecto, el juez arbitral i) se ocupó de su propia competencia con fundamento en la cláusula compromisoria, ii) analizó el alcance y validez de las múltiples estipulaciones contractuales, a la luz de las disposiciones de la Ley 80 de 1993; iv) valoró las pruebas testimoniales, periciales y documentales y vi) concluyó, con el análisis de las excepciones y pretensiones, con fundamento en el ordenamiento jurídico y el acervo probatorio.

En conclusión, la Sala considera que la motivación del laudo no da cuenta de un fallo en conciencia, sino de una decisión en derecho, razón por la cual el cargo resulta infundado y así habrá de declararse.

1. **Condena en costas y fijación de agencias en derecho**

Al tenor de las disposiciones de los artículos 42 y 43 de la Ley 1563 de 2012, cuando se declare infundado el recurso de anulación se condenará al recurrente al pago de las costas, que serán liquidadas en la misma sentencia. Así, mediante el acuerdo n.° 1887 de 26 de junio de 2003, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se establecieron las tarifas de Agencias en Derecho aplicables a los procesos judiciales y se señaló en relación con el recurso de anulación de laudos arbitrales una tarifa hasta de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes[[26]](#footnote-26).

# Teniendo en cuenta los criterios establecidos en el numeral 3 del artículo 393 del Código de Procedimiento Civil y artículo 3 del acuerdo n.º 1887 de 2003, que los apoderados de las partes no actuaron ante esta Corporación[[27]](#footnote-27), lo cual no es óbice para la procedencia de las agencias en derecho[[28]](#footnote-28) y dado que no se presentó eventualidad extraordinaria alguna en el trámite propio del recurso, que hubiere dificultado el proceso con actuaciones adicionales ni se observan otros gastos, se fijará el equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

# Por consiguiente, como el salario mínimo legal mensual vigente para el año de 2018 es de $781 242, las agencias en derecho ascienden a la suma de $3 906 210, a favor de la parte convocante.

Es de anotar, al respecto, que, en los términos del numeral 4º del artículo 393 del C.P.C., el solicitante tendrá que aguardar la liquidación para pronunciarse sobre el monto de las agencias en derecho. Es de advertir, además, que sólo podrá reclamarse la estimación de las agencias en derecho mediante objeción a la liquidación de costas (núm. 3º art. 393 ibídem).

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 de Colombia y por autoridad de la ley,

### F A L L A

**PRIMERO.- DECLARAR INFUNDADO** el recurso extraordinario de anulación interpuesto por las Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P., contra el laudo arbitral de 14 de julio de 2017, proferido por el Tribunal de Arbitramento, conformado a instancias del Consorcio HMV-DGP.

**SEGUNDO.-** **CONDENAR** en costas a la parte recurrente, las cuales serán liquidadas por la Secretaría de esta Sección.

**TERCERO.- FIJAR** agencias en derecho en el equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, esto es la suma de TRES MILLONES NOVECIENTOS SEIS MIL DOSCIENTOS DIEZ PESOS MCTE ($3 906 210), a favor de la convocante.

**CUARTO.-** En firme esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de Arbitramento a través de su Secretaría.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

**Presidenta de la Subsección**

**Aclara el voto**

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**

**Magistrado**

**Aclara el voto**

1. El mismo acuerdo prescribe: *“****Artículo tercero.- Criterios.*** *El funcionario judicial, para aplicar gradualmente las tarifas establecidas hasta los máximos previstos en este Acuerdo, tendrá en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, autorizada por la ley, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables. Las tarifas por porcentaje se aplicarán inversamente al valor de las pretensiones”*. [↑](#footnote-ref-1)
2. El numeral 2 del artículo 393 dispone que la liquidación de costas incluirá las agencias en derecho *“que fije el magistrado ponente o el juez, aunque se litigue sin apoderado”.* [↑](#footnote-ref-2)
3. La parte convocada contestó oportunamente y en similares términos la demanda inicial y su reforma integral (fls. 184-284 y 445-564 cuaderno principal 1). [↑](#footnote-ref-3)
4. La sociedad Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P. tiene como objeto principal *“la prestación en el ámbito nacional e internacional de servicios públicos domiciliarios tales como acueducto, alcantarillado, aseo, energía, gas domiciliario, entre otros y servicios públicos no domiciliarios y sus actividades complementarias e inherentes a los mismos. Así mismo, podrá desempeñar el papel de gestora o el rol que su junta directiva determine en el plan departamental de aguas del departamento de Cundinamarca y en todos los departamentos de la república de Colombia”*.

   Según el certificado de existencia y representación de la Cámara de Comercio de Bogotá, el Gobernador del Cundinamarca funge como representante legal de la sociedad Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P.y ocupa el primer renglón en la junta directiva. La asamblea de accionistas está conformada por el secretario de hacienda y de ambiente y el gerente de Licores de Cundinamarca (fls. 96-100 cuaderno ppal. 1). [↑](#footnote-ref-4)
5. Es de anotar que la sentencia en mención hace referencia al principio de buena fe en los siguientes términos:

   *“[…] la buena fe subjetiva es un estado de convencimiento o creencia de estar actuando conforme a derecho, que es propia de las situaciones posesorias, y que resulta impropia en materia de las distintas fases negociales pues en estas lo relevante no es la creencia o el convencimiento del sujeto sino su efectivo y real comportamiento ajustado al ordenamiento y a los postulados de la lealtad y la corrección, en lo que se conoce como buena fe objetiva.*

   *Y es que esta buena fe objetiva que debe imperar en el contrato tiene sus fundamentos en un régimen jurídico que no es estrictamente positivo, sino que se funda también en los principios y valores que se derivan del ordenamiento jurídico superior ya que persiguen preservar el interés general, los recursos públicos, el sistema democrático y participativo, la libertad de empresa y la iniciativa privada mediante la observancia de los principios de planeación, transparencia y selección objetiva, entre otros, de tal manera que todo se traduzca en seguridad jurídica para los asociados.*

   *Así que entonces, la buena fe objetiva “que consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia”, es la fundamental y relevante en materia negocial y “por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho, esto es la buena fe subjetiva, sino, se repite, el comportamiento que propende por la pronta y plena ejecución del acuerdo contractual”, cuestión esta que desde luego también depende del cumplimiento de las solemnidades que la ley exige para la formación del negocio.*

   *Y esto que se viene sosteniendo encuentra un mayor reforzamiento si se tiene en cuenta además que esa buena fe objetiva, que es inherente a todas las fases negociales, supone la integración en cada una de ellas de las normas imperativas correspondientes, tal como claramente se desprende de lo preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción similar al artículo 1603 del Código Civil, que prevé que los contratos deben “celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.”*

   *Por consiguiente la creencia o convicción de estar actuando conforme lo dispone el ordenamiento jurídico en manera alguna enerva los mandatos imperativos de la ley para edificar una justificación para su elusión y mucho menos cuando la misma ley dispone que un error en materia de derecho ”constituye una presunción de mala fe que, no admite prueba en contrario”.* [↑](#footnote-ref-5)
6. El contrato se suscribió en el marco del concurso público n.º CM-PDA-001 de 2010 (fl. 432 cuaderno ppal.). [↑](#footnote-ref-6)
7. Los artículos 70 a 72 de la Ley 80 de 1993 fueron derogados acorde con el artículo 119 de la Ley 1563 de 2012. [↑](#footnote-ref-7)
8. *[ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de octubre 24 de 1996, Radicación 11632.]* [↑](#footnote-ref-8)
9. Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 8 de junio de 2006, exp. 29476 y de 8 de junio de 2006, exp. 32398, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-9)
10. Sentencia 31 de enero de 2011, exp. 37598, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-10)
11. Expediente 35896, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-11)
12. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho, Cuadernos Civitas, Madrid, 1996, p. 93. Este connotado tratadista cuestiona así el dogma central del positivismo. [↑](#footnote-ref-12)
13. GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit. p. 99 y ss. [↑](#footnote-ref-13)
14. WINDSCHEID, Bernhard, Tratado de Derecho Civil Alemán, Tomo I. Vol. I, Traducción de HINESTROSA, Fernando, Universidad Externado de Colombia, 1976, Págs. 99 a 102. [↑](#footnote-ref-14)
15. *“La equidad encierra los principios generales del derecho a que deben atenerse los tribunales cuando no tienen disposición ni costumbre obligatoria y sirve del mismo modo para interpretar los contratos, sin que nunca pueda prevalecer contra las leyes ni contra las convenciones. (…) [L]a ley sólo le da al juez una orientación general, señalando los conceptos y los criterios que el juez debe investigar y estimar a cada caso concreto. De esta suerte, somete por ejemplo la solución de una cuestión a su arbitrio equitativo o a la equidad, o sea, a la consideración prudente y acomodaticia al caso, y en particular la ponderación de prestaciones, valores, ventajas e inconvenientes que concurren en él.”* Cfr. Diccionario de Derecho Privado, Editorial Labor S.A. Barcelona, 1961, Págs. 1799 y 1800. [↑](#footnote-ref-15)
16. C.P. María Elena Giraldo Gómez, sentencia de 27 de abril de 1999, exp.15623, C.P. Daniel Suárez Hernández y sentencia de 16 de abril de 2000, exp. 18411, C.P. María Elena Giraldo Gómez. [↑](#footnote-ref-16)
17. Sentencia de 18 de febrero de 2010, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, exp. 37513. [↑](#footnote-ref-17)
18. *[ Cfr., Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 12 de mayo de 2011, radicación 11001-03-26-000-2009-00118-00 (37787), entre otras.]* [↑](#footnote-ref-18)
19. *[ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 8 de julio de 2009, exp. 35.896.]*  [↑](#footnote-ref-19)
20. *[ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho, Cuadernos Civitas, Madrid, 1996, p. 93. Este connotado tratadista cuestiona así el dogma central del positivismo.]* [↑](#footnote-ref-20)
21. *[ GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit. p. 99 y ss.]* [↑](#footnote-ref-21)
22. *[ WINDSCHEID, Bernhard, Tratado de Derecho Civil Alemán, Tomo I. Vol. I, Traducción de HINESTROSA, Fernando, Universidad Externado de Colombia, 1976, Págs. 99 a 102.]* [↑](#footnote-ref-22)
23. *[ “La equidad encierra los principios generales del derecho a que deben atenerse los Tribunales cuando no tienen disposición ni costumbre obligatoria y sirve del mismo modo para interpretar los contratos, sin que nunca pueda prevalecer contra las leyes ni contra las convenciones. (…) [L]a ley sólo le da al juez una orientación general, señalando los conceptos y los criterios que el juez debe investigar y estimar a cada caso concreto. De esta suerte, somete por ejemplo la solución de una cuestión a su arbitrio equitativo o a la equidad, o sea, a la consideración prudente y acomodaticia al caso, y en particular la ponderación de prestaciones, valores, ventajas e inconvenientes que concurren en él”. Cfr. DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO, Editorial Labor S.A. Barcelona, 1961, Págs. 1799 y 1800.]* [↑](#footnote-ref-23)
24. Cfr., Corte Constitucional, Sentencias SU873 de 2002 y SU-713 de 2015. [↑](#footnote-ref-24)
25. Cfr., Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, entre otras, sentencias del sentencia del 23 de mayo de 1997, ponente Esteban Jaramillo Schloss; del 7 de marzo 1997, ponente José Fernando Ramírez Gómez y del 23 de abril de 1998, ponente Rafael Romero Sierra; Corte Constitucional, sentencia C-1065 de 2000 y PIERO CALAMANDREI, *La casación civil*, Madrid, 1945, citado por la Corte. [↑](#footnote-ref-25)
26. Numeral 1.12.2.3 del acuerdo 1887 de 26 de junio de 2003 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. El artículo quinto ibídem dispone: *“****Analogía.*** *Los asuntos no contemplados en este acuerdo se regirán por las tarifas establecidas para asuntos similares, incluyendo los asuntos que conocen las autoridades administrativas en ejercicio de funciones judiciales”.* [↑](#footnote-ref-26)
27. El mismo acuerdo prescribe: *“****Artículo tercero.- Criterios.*** *El funcionario judicial, para aplicar gradualmente las tarifas establecidas hasta los máximos previstos en este Acuerdo, tendrá en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, autorizada por la ley, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables. Las tarifas por porcentaje se aplicarán inversamente al valor de las pretensiones”*. [↑](#footnote-ref-27)
28. El numeral 2 del artículo 393 dispone que la liquidación de costas incluirá las agencias en derecho *“que fije el magistrado ponente o el juez, aunque se litigue sin apoderado”.* [↑](#footnote-ref-28)