**RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN – Causales – Carga de concreción en las causales invocadas**

El artículo 40 de la Ley 1563 de 2012 indica los presupuestos procesales del recurso extraordinario de anulación del laudo arbitral y el artículo 41 ibídem enumera las causales en que se puede fundar el recurso, de manera taxativa. La aludida ley de arbitraje enmarca la labor del Juez del recurso de anulación dentro de los límites precisos que ella le fija, lo cual, en el caso concreto que ahora ocupa la atención de la Sala, lleva a observar que, como regla general, en el trámite procesal del recurso extraordinario de anulación del laudo arbitral, la competencia del juez está acotada a dos actuaciones: la admisión del recurso y la sentencia, la cual se debe expedir de plano. En el momento procesal en que le corresponde dictar la sentencia del recurso de anulación del laudo arbitral, la tarea de la Sala consiste en cotejar la causal invocada, de acuerdo con su definición legal, con el contenido del laudo arbitral que se examina, pasando necesariamente, en ese razonamiento, por verificar la ocurrencia o no de las precisas razones en que se fundó la parte que interpuso el recurso extraordinario de anulación, sin que se pueda pronunciar sobre el fondo de la controversia, ni calificar o modificar los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral al adoptar el laudo…Por ello, se verificará que la causal invocada y la argumentación que el recurrente sostenga para su procedencia se ciña a la naturaleza del recurso extraordinario, en el que está vedado, tal y como lo refiere el artículo 42 de la Ley 1563 de 2012, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o calificar o modificar los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral en el laudo…Por lo anterior, se verificarán los requisitos exigidos para cada cargo, y se estudiará cada causal alegada, comparando con el contenido del laudo para verificar si se materializó el error *in procedendo*, sin que se pueda entrar al análisis del asunto de fondo o revivir el debate probatorio…Como se hizo referencia *ut supra 3.1.4.1. § A* y *B,* las reglas consagradas en esta causal exigen que el Tribunal de arbitramento haya negado una prueba pedida oportunamente o haya dejado de practicar una prueba decretada, en ambos casos, sin fundamento legal. Adicionalmente, es requisito que durante el trámite arbitral, si se presenta alguno de los dos supuestos mencionados, se interponga el recurso de reposición a la decisión que haya negado alguna prueba o al auto de cierre del período probatorio, cuando se ha de dejado de practicar alguna prueba decretada. Por ello, se descarta por improcedente toda la argumentación expresada por el recurrente referida a demostrar que el Tribunal no tuvo en cuenta pruebas practicadas, específicamente relacionadas con unos testimonios, pues dicho supuesto no está contemplado en la causal 5 bajo estudio y escapa a su alcance…

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

Procede la causal cuando: A. El Tribunal de arbitramento haya negado una prueba pedida oportunamente sin fundamento legal. B. El Tribunal de arbitramento haya dejado de practicar una prueba decretada sin fundamento legal. C. La omisión se hubiere alegado oportunamente mediante el recurso de reposición. D. La prueba omitida (ya sea su decreto o su práctica) pudiera tener incidencia en la decisión. En lo que se concierne al literal C., la norma se refiere, en los supuestos planteados, a que el recurso de reposición deberá interponerse en contra del auto que niega el decreto de una prueba, o en contra del auto que cierra la etapa probatoria en los eventos en los que aún no se han practicado pruebas decretadas. En tal sentido, la regla fijada exige constatar si se interpuso o no el recurso de reposición en contra del auto que negó una prueba o en contra del auto que ordenó el cierre de la etapa probatoria. Tales reglas serán las que se confrontarán con los argumentos expuestos en la causal y la comparación con lo decidido en el laudo arbitral.

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

En tal sentido, para configurar esta causal se requiere demostrar que la decisión del Tribunal *i)* prescindió detoda motivación; de toda pruebayde toda consideración jurídica y ii) cuando esto aparezca de manifiesto en el laudo…para que se configure la causal de fallo en conciencia era deber del recurrente demostrar que la decisión del Tribunal careció de todo sustento probatorio y jurídico. La parte no solo malinterpretó dicha carga argumental, entendiendo que carecer de sustento probatorio y jurídico era equivalente a justificar posturas que no compartía, sino que, bajo la lógica propia de un alegato de instancia, hizo referencia a los argumentos expuestos por el Tribunal, de índole jurídica y probatoria que no compartía, siendo ello contradictorio respecto de la propia causal invocada. No es propio de la finalidad del recurso extraordinario de anulación entrar a revisar el fondo del asunto, lo cual ha sido decantado por la jurisprudencia, no solamente de esta Corporación, sino también por la Corte Constitucional, que en la sentencia SU 556 de 2016 reafirmó los límites del juez de anulación…Para la Sala, basta con una simple lectura exploratoria del laudo para verificar que contiene un riguroso análisis probatorio para fundamentar la decisión.

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

La causal 9 respecto de la acusación de ser un fallo citra petita se resuelve a la luz de la normativa procesal contenida en el artículo 282 del CGP, al comparar lo pretendido y lo excepcionado con lo resuelto en el respectivo laudo arbitral…Tampoco prospera el cargo propuesto en la causal 9, por cuanto…de la comparación de la parte resolutiva de la decisión y del petitum de la demanda, se advierte que el fallo no fue citra petita, pues el Tribunal se refirió a todas las pretensiones, no solamente a las del Banco de la República en calidad de convocante del tribunal de arbitramento, sino que también resolvió en derecho las pretensiones de la demanda de reconvención presentadas por la sociedad O&M en calidad de convocada. Así mismo, se pronunció sobre las excepciones de una y otra, incluyendo el análisis de las que debía valorar de oficio, tal y como se mostró en el cuadro precedente.

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

De conformidad con el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, procede la condena en costas a cargo de la parte a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso que haya interpuesto, de acuerdo con lo previsto en artículos 365 y 366 del Código General del Proceso (CGP). Según lo consagrado en el artículo 361 del CGP, las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho. El artículo 365 del Código General del Proceso, en el numeral 1, dispone que se condenará en costas a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de anulación que haya propuesto. En tal sentido, el recurrente está obligado al pago de costas. La liquidación de las costas se realizará por la Secretaría del Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá en los términos de artículo 366 del CGP e incluirá los gastos judiciales realizados por el Banco de la República correspondientes a las actuaciones autorizadas por la ley – siempre que aparezcan comprobados – y las agencias en derecho que se fijarán a continuación. El artículo 366 del Código General del Proceso, numeral 4, establece que para su fijación deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Dado que la parte convocante tuvo no solo que contestar el recurso extraordinario de anulación, sino actuar a lo largo del trámite del mismo la Sala reconocerá la suma máxima establecida en el acuerdo señalado. En ese sentido, de acuerdo con lo previsto en el artículo 5 del Acuerdo n.º PSAA16–10554 de 2016, la sala fijará las tarifas de agencias en derecho; para ello, se advierte que se entienden causadas por la actuación que tuvo que desplegar la parte convocante frente al recurso de anulación interpuesto por la sociedad Obras y Montajes S.A.S. de conformidad con la complejidad y la duración de la actuación que adelantó la parte vencedora dentro del respectivo recurso. Teniendo en cuenta que en este proceso se presentó un recurso extenso (96 páginas), con tres causales de anulación, que conllevó a la respectiva contestación y actuación de la convocante (debidamente acreditada en el proceso) la Sala fija esta tarifa en la suma equivalente a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO (E)**

Bogotá D.C., tres (3) de diciembre de dos mil dieciocho (2018)

**Radicación número: 11001-03-26-000-2018-00031-00(61082)**

**Actor: BANCO DE LA REPÚBLICA**

**Demandado: OBRAS Y MONTAJES S.A.S.**

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

**Temas: CAUSAL 5 DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL / OMISIÓN DECRETO DE PRUEBAS SIN FUNDAMENTO LEGAL / OMISIÓN PRÁCTICA DE PRUEBA DECRETADA SIN FUNDAMENTO LEGAL / EJERCICIO OPORTUNO DEL RECURSO DE REPOSICIÓN – Requisitos de la causal.** Procede la causal cuando el Tribunal de arbitramento haya negado una prueba pedida oportunamente sin fundamento legal o haya dejado de practicar una prueba decretada sin fundamento legal. En ambos casos, es necesario que *i)* la omisión se hubiere alegado oportunamente mediante el recurso de reposición y *ii)* argumentar la razón por la cual la prueba omitida pudiera tener incidencia en la decisión. **CAUSAL 7 DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL / FALLO EN CONCIENCIA** Los fallos en conciencia en Colombia están proscritos para los tribunales de arbitramento de la contratación pública, en tanto que ellos prescinden de toda motivación y de las pruebas, pues los árbitros se apoyan en su íntima convicción, por lo que no dan razones de su decisión o prescinden de toda consideración jurídica o probatoria. **CAUSAL 9 DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL / FALLO CITRA PETITA** La causal 9 respecto de la acusación de ser un fallo citra petita se resuelve a la luz de la nueva normativa procesal, artículo 282 del CGP, comparando lo pretendido y lo excepcionado, con lo resuelto en el respectivo laudo arbitral.

Decide la Sala el recurso extraordinario de anulación interpuesto por Obras y Montajes S.A.S., contra el laudo arbitral de 30 de noviembre de 2017, proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias entre el Banco de la República, como parte convocante, y la sociedad Obras y Montajes S.A.S., como parte convocada -y demandante en reconvención-, laudo en el cual se resolvió (se transcribe de forma literal)[[1]](#footnote-1):

“***A. sobre las pretensiones de la demanda:***

*“1.* ***Acoger*** *la Primera Pretensión Principal y, en consecuencia,* ***declarar*** *que el Contrato 0135-01051400 del 25 de julio de 2014 celebrado entre el* ***Banco de la República*** *y* ***Obras y Montajes S.A.S.*** *terminó el 10 de diciembre de 2014 por vencimiento del plazo pactado*.

*“2.* ***Acoger*** *la Segunda Pretensión Principal y, en consecuencia,* ***declarar*** *que* ***Obras y Montajes S.A.S.*** *incumplió el Contrato 0135-01051400 del 25 de julio de 2014, tanto con relación a la ejecución de las obras contratadas, como con referencia a las obligaciones contraídas para su cumplido desarrollo.*

*“3.* ***Denegar*** *la Tercera Pretensión Principal.*

*“4.* ***Acoger*** *la Primera Pretensión Subsidiaria de la Tercera Pretensión Principal y, en consecuencia,* ***declarar*** *que* ***Obras y Montajes S.A.S.*** *estaba obligada a pagarle al* ***Banco de la República*** *como* ***única*** *indemnización la cantidad de* ***$138’465.000****, correspondiente a la cláusula penal estipulada en la § 11 del Contrato 0135-01051400 del 25 de julio de 2014.*

*“5.* ***Acoger*** *la Segunda Pretensión Subsidiaria de la Tercera Pretensión Principal y, en consecuencia,* ***declarar*** *que el* ***Banco de la República****, en ejercicio de la § 11 del Contrato 0135-01051400 del 25 de julio de 2014 y a la terminación del mismo, estaba autorizado para descontar del saldo pendiente el valor de la cláusula penal pactada, esto es,* ***$138’.465.000****.*

*“6.* ***Acoger*** *la Tercera Pretensión Subsidiaria de la Tercera Pretensión Principal y, en consecuencia,* ***declarar*** *que como consecuencia del descuento efectuado al tenor de la § 11 del Contrato 0135-01051400 del 25 de julio de 2014, el* ***Banco de la República*** *recibió de* ***Obras y Montajes S.A.S.*** *el pago de la totalidad de los perjuicios causados por su incumplimiento contractual.*

*“7.* ***Denegar*** *la Cuarta Pretensión Principal.*

*“8.* ***Acoger*** *la Quinta Pretensión Principal y, en consecuencia,* ***aprobar*** *la liquidación final del Contrato 0135-01051400 de 25 de julio de 2014 en la forma y por el monto indicado en la comunicación SGG-SC-14314 cursada el 3 de julio de 2015 por el* ***Banco de la República*** *a* ***Obras y Montajes S.A.S.****, valga decir:*

|  |  |
| --- | --- |
| *Descripción* | *Valor $* |
|  |  |
| *Costos Directos: Valor obra ejecutada* | *307.442.100* |
| * *Administración (10%)* | *30.744.210* |
| * *Imprevistos (10%)* | *30.744.210* |
| * *Utilidad (5%)* | *15.372.105* |
| ***Valor obra ejecutada antes de I.V.A.*** | ***384.302.625*** |
| *I.V.A. sobre utilidad* | *2.459.537* |
| ***Valor obra ejecutada incluido I.V.A.*** | ***386.762.162*** |
| ***Menos*** *valor de salvamento* | *-27.000.000* |
| ***Menos*** *valor cláusula penal contractual* | *-138.465.000* |
| ***Valor total antes de descuentos y retenciones de ley*** | ***221.297.162*** |
| *Valor neto después de descuentos y retenciones* | *211.820.258* |

“***B. Sobre las pretensiones de la Reconvención:***

***Denegar*** *las Pretensiones de la Reconvención, tanto principales como subsidiarias.*

“***C. Sobre las Excepciones:***

*1. En cuanto a las Excepciones de la Convocada:*

*a.* ***Declarar*** *no probadas las Excepciones marcadas con los Nos. 1.1, 1.2, 1.3, 1.4, 1.5, 1.6, 2.1, 2.2, 3.1, 3.2, 4.1, 4.2, 4.4 y 5.*

*b.* ***Declarar*** *probada la Excepción No. 4.3 y, en consecuencia,* ***declarar*** *que el* ***Banco de la República*** *no puede incluir en la liquidación del Contrato 0135-01051400 del 25 de julio de 2014 monto de perjuicios diferente de la cantidad de* ***$138.465.000****, correspondiente a la cláusula penal estipulada en la § 11 del referido Contrato.*

*2. En cuanto a las Excepciones de la Convocante y de la ANDJE:*

***Estar*** *a lo consignado en la* ***§E.2 del capítulo VI*** *de este Laudo sobre no necesidad de ocuparse de las Excepciones de la Convocante y de la ANDJE, debido a lo resuelto con relación a las Pretensiones de la Reconvención.*

“***D. Sobre los juramentos estimatorios:***

***Estar*** *a lo consignado en la* ***§ F del capítulo VI*** *de este Laudo y, por consiguiente,* ***abstenerse*** *de sancionar tanto al* ***Banco de la República*** *como a* ***Obras y Montajes S.A.S.*** *en los términos del artículo 206 del C.G.P.*

“***E. Sobre costas del Proceso:***

***Estar*** *a lo consignado en la* ***§ H del capítulo VI*** *de este Laudo y, por tanto,* ***abstenerse*** *de imponer condena en costas.*

“***F. Sobre pago de la liquidación del Contrato 0135-01051400 del 25 de julio de 2014:***

*1.* ***Disponer*** *que:*

*a. En caso de que a la fecha de este Laudo* ***Obras y Montajes S.A.S.*** *no haya reclamado, o de cualquier otra forma hecho efectivo, el cheque o pago de la cantidad de* ***$211.820.258****, correspondiente al saldo neto resultante a su favor con motivo de la liquidación del Contrato 0135-01051400 del 25 de julio de 2014* ***(§ A (8) supra)****, el* ***Banco de la República*** *deberá pagarle a* ***Obras y Montajes S.A.S.*** *el monto antes mencionado dentro de los* ***diez (10) días*** *siguientes a la ejecutoria de este Laudo.*

*b. En caso de que el* ***Banco de la República*** *deba efectuar el pago de la cantidad de* ***$211.820.258*** *según lo establecido en el literal (a) precedente, la misma deberá ser indexada con base en el I.P.C. aplicable, a partir del* ***3 de julio de 2015.***

*c. En caso de mora del* ***banco de la República*** *en el pago de la cantidad de* ***$ 211.820.258*** *y su correspondiente indexación (de ser requerido que lo haga), se causarán intereses de mora a su cargo y en favor de* ***Obras y Montajes S.A.S.*** *a partir de la fecha indicada en el literal (a) precedente y hasta cuando se efectué* (sic) *la totalidad del pago adeudado.*

“***G. Sobre aspectos administrativos:***

*1.* ***Ordenar*** *la liquidación final de las cuentas de este Proceso y, si a ello hubiere lugar, la devolución al* ***Banco de la República****, por una parte, y a* ***Obras y Montajes S.A.S.****, por la otra parte, y en idéntica proporción (50 - 50), de las sumas no utilizadas de la partida “Gastos de Secretaría, Varios y Otros”.*

*2.* ***Ordenar*** *la expedición de copias auténticas de este Laudo, con las constancias de ley y con destino a cada una de las Partes.*

*3.* ***Remitir*** *el expediente de este Proceso al Centro de Arbitraje, para que proceda al archivo del mismo de conformidad con el artículo 47 de la Ley 1563*”*.*

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

**1. El procedimiento arbitral**

Con fundamento en la cláusula compromisoria pactada en el contrato 0135-01051400,[[2]](#footnote-2) celebrado el 25 de julio de 2014 entre el Banco de la República y Obras y Montajes S.A.S., se integró el Tribunal de arbitramento para conocer de la demanda instaurada por la entidad pública contratante en contra del contratista mencionado (se transcribe la cláusula en forma literal):

*“****Cláusula compromisoria:*** *Las partes acuerdan someter a la decisión de un tribunal de arbitramento cualquier diferencia, controversia o conflicto que surja entre ellas en relación con la celebración, ejecución o terminación de este contrato, que no haya podido ser resuelta por ellas de común acuerdo dentro de los treinta (30) días comunes siguientes al momento en que la controversia o diferencia haya sido planteada por cualquiera de las partes a la otra por escrito. El tribunal de arbitramento tendrá su sede en Bogotá D.C., actuará bajo la administración del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, fallará en derecho y estará conformado por un (1) árbitro, si la controversia no tuviere valor, o éste fuere inferior o igual a cuatrocientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (400 S.M.L.M.V.), caso en el cual el árbitro será designado de común acuerdo por las partes, de las listas de árbitros inscritos en la Cámara de Comercio de Bogotá. Si las partes no se ponen de acuerdo para su nombramiento en un plazo de treinta (30) días comunes, la designación será hecha por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, de una lista de diez (10) abogados que las partes elaboren de común acuerdo, tomados de la relación de árbitros inscritos en esa Entidad. Cuando el valor de la controversia exceda de cuatrocientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (400 S.M.L.M.V.), el tribunal estará integrado por tres (3) árbitros, quienes serán designados así: Dos (2) de ellos, de común acuerdo por las partes, entre aquellos inscritos en la Cámara de Comercio de Bogotá, y el tercero (3º), por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, de una lista de diez (10) abogados que las partes elaboren de común acuerdo, tomados de la relación de árbitros inscritos en dicha Entidad. En cualquiera de los eventos anteriores, si las partes, dentro de los treinta (30) días comunes al inicio del respectivo trámite, no pudieren escoger los árbitros que deben designar de común acuerdo o cualquiera de ellos, y/o no pudieren elaborar la lista de nombres entre los cuales la Cámara de Comercio debe elegir al árbitro cuyo nombramiento le corresponda, el árbitro o los árbitros respectivos serán designados por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, de su lista de árbitros de primer nivel (“lista A”). En todos los casos, los árbitros designados deberán sujetarse a las tarifas de gastos y honorarios establecidas por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.*

“***PARÁGRAFO:*** *Se excluye de la cláusula compromisoria la acción ejecutiva con la que se pretenda exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente contrato.”[[3]](#footnote-3)*

**1.1. Hechos**

En el laudo arbitral se sintetizaron los hechos de la siguiente manera (se transcribe de forma literal)[[4]](#footnote-4):

“*a. El 31 de marzo de 2014, el Banco envió la carta masiva No. DI-07324 a diferentes firmas, entre ellas O&M, invitándolas a presentar oferta para la demolición del edificio de la sucursal del Banco en la ciudad de Manizales.*

*“b. El 30 de abril de 2014, O&M presentó oferta para desarrollar la obra por un valor de $666.755.880.*

*“c. Mediante comunicación del 25 de junio de 2014, el Banco aceptó la oferta de O&M.*

*“d. El 25 de julio de 2014, el Banco y O&M celebraron contrato, cuyo objeto era la ejecución de las obras necesarias para la demolición del edificio de la sucursal del Banco en la ciudad de Manizales, para lo cual se pactó un plazo de cuatro (4) meses.*

*“e. El Banco ejerció la supervisión del cumplimiento del Contrato, a través de la Interventoría prevista en la § 9 del mismo.*

*“f. En la § 11 del Contrato se pactó una cláusula penal en favor del Banco por un 20% del valor total del mismo.*

*“g. Durante la ejecución del Contrato se presentaron discrepancias entre las Partes en relación con el incumplimiento alegado por el Banco respecto de varias obras o actividades a cargo de O&M, del cronograma de actividades y de la gestión administrativa a cargo de esta.*

*“h. Igualmente, durante la ejecución del Contrato se presentaron discrepancias entre las Partes en relación con el incumplimiento alegado por O&M sobre la obligación del Banco de suministrarle la información idónea y necesaria para que aquella hubiera podido presentar su oferta adecuadamente y determinar en forma correcta el valor real del objeto del Contrato.*

*“i. Al decir de O&M, el incumplimiento del Banco consistió en la presentación intencional o dolosa de una información que no correspondía con la realidad del inmueble materia de la demolición y, adicionalmente, en el incumplimiento de sus deberes de información, planeación, lealtad y buena fe y colaboración, así como en la falta de pago del anticipo acordado y de las actas parciales del Contrato.*

*“j. Mediante comunicación del 10 de diciembre de 2014, la Interventoría le recomendó al Banco hacer efectivas las sanciones contractuales y legales por el incumplimiento de O&M.*

*“k. Mediante comunicación del 30 de diciembre de 2014, el Banco, siguiendo la recomendación de la Interventoría, declaró el incumplimiento del Contrato por parte de O&M.*

*“l. El 10 de febrero de 2015, el banco le presentó a O&M el acta de liquidación final del contrato, en la cual se hacía efectiva la cláusula penal pactada.*

*“m. La declaratoria de incumplimiento y la liquidación del Contrato hechas por el Banco, incluyendo la aplicación de la cláusula penal por incumplimiento, generó otra discrepancia con O&M”.*

**1.2. Lo que pretendió el Banco de la República como convocante**

El Banco de la República pretendió la declaratoria del vencimiento del plazo del contrato con fecha 10 de diciembre de 2014 y elincumplimiento del objeto principal del contrato, así como de las obligaciones previas para su desarrollo.

Como consecuencia de las declaratorias anteriores, pidió como pretensión principallacondena por perjuicios causados por sobre costos en la ejecución de las obras no ejecutadas y sobre costos en el contrato de interventoría; en caso de no prosperar, como pretensión subsidiaria pidió que se obligara a pagar la cláusula penal a la sociedad Obras y Montajes S.A.S. a título de perjuicios, así como otras declaraciones asociadas al reconocimiento de perjuicios. También solicitó que se aprobara la liquidación final del contrato. Finalmente, propuso algunas pretensiones subsidiarias relacionadas con declaraciones de incumplimiento de las obligaciones contractuales y su consecuente reconocimiento de perjuicios a título de condena[[5]](#footnote-5).

**1.3. Oposición de Obras y Montajes S.A.S. como convocada y demandante en reconvención**

La sociedad convocada se opuso a la totalidad de las pretensiones del Banco de la República, propuso 15 excepciones y formuló demanda de reconvención. Las excepciones estaban encaminadas a probar que la conducta del Banco generó el incumplimiento; también que, si hubo falta de cumplimiento, este fue menor, y si se causó algún perjuicio al Banco, este se limitó a lo indicado en la cláusula penal.

Adicionalmente, presentó demanda de reconvención con la pretensión de obtener la declaratoria de nulidad del contrato por dolo del Banco de la República y los correspondientes perjuicios por dicha conducta. Así mismo, planteó diversas pretensiones subsidiarias sobre incumplimiento del deber de información del Banco, la ruptura del equilibrio contractual y la validez del acta de liquidación acordada el 11 de diciembre de 2014[[6]](#footnote-6). El contenido de lo pretendido en la demanda de reconvención fue sintetizado en el laudo en los siguientes términos (se transcribe de forma literal):

1. “*De manera principal, se solicita declarar la nulidad relativa del contrato por dolo, para lo cual se afirma que el Banco –de manera intencional- ocultó información a los proponentes, añadiendo que la información entregada era incompleta y falsa en el sentido de que no correspondía a lo que realmente se encontró en la obra.*
2. *De manera subsidiaria se solicita declarar que el Banco incumplió sus deberes de información, planeación, lealtad, buena fe y colaboración.*
3. *De manera subsidiaria –en segundo lugar-, se solicita declarar que el Banco incumplió sus deberes relativos a mantener el equilibrio financiero del contrato.*
4. *Finalmente, a través del tercer grupo de pretensiones subsidiarias se persigue la declaratoria de validez de la liquidación del contrato que, según O & M, derivó en la obligación del Banco de pagarle a la convocada $240.367.957*”.

**1.4. Oposición de la convocante a la demanda de reconvención**

El Banco de la República y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, previo trámite para su intervención, se opusieron a todas las pretensiones de la convocada y formularon las siguientes excepciones:

*“cumplimiento del Banco de la República de todas las obligaciones en la etapa precontractual y contractual; cumplimiento de los requisitos para la validez del contrato; incapacidad técnica del demandante para ejecutar la obra; incapacidad administrativa del demandante para ejecutar la obra; falta de diligencia del contratista; inexistencia de error en la información suficiente para ofertar y ejecutar la obra; inexistencia de nexo causal; culpa exclusiva del demandante; inexistencia del equilibrio económico del contrato; buena fe del Banco de la República en todas las actuaciones y contrato no cumplido”*[[7]](#footnote-7).

**1.5. Aspectos procesales relevantes para la decisión**

Luego de la primera audiencia de trámite, la cual inició el 13 de marzo de 2017 y el 16 de ese mismo mes y año continuó y terminó, el Tribunal Arbitral se declaró competente para conocer y resolver la demanda, la reconvención, y las excepciones formuladas por las partes.

Mediante auto n.º 13 de 16 de marzo de 2017, el Tribunal Arbitral resolvió sobre las pruebas pedidas por las partes, en el que decretó las documentales aportadas “*en la demanda inicial, en la demanda, en la solicitud de pruebas adicionales sobre las excepciones de la convocada, en la reconvención, en la contestación de la demanda, en la objeción al juramento estimatorio y en la solicitud de pruebas adicionales sobre las excepciones de la convocante y de la ANDJE*”. También decretó el interrogatorio de parte del representante legal de la convocada, el informe escrito bajo juramento del representante legal de la convocante y los testimonios solicitados por la convocante (11 en total) y la convocada (8 en total).

Así mismo, se decretó la exhibición de documentos a cargo de la convocante, los dictámenes de parte, la comparecencia de los peritos para los interrogatorios sobre los dictámenes aportados y la inspección judicial anticipada con intervención de perito, aportada por la convocante dentro de la oportunidad legal correspondiente.

La decisión sobre el decreto de la inspección judicial solicitada por la convocada fue aplazada, mientras se practicaban las restantes pruebas.

Luego de practicadas la totalidad de las pruebas decretadas y que fueron referidas una a una por el Tribunal Arbitral, en los folios 300 a 304 del cuaderno principal, mediante auto n.º 25 de 17 de julio de 2017[[8]](#footnote-8), se decretó el cierre del periodo probatorio del arbitraje, sin que hubiera objeción por las partes, etapa en la que realizó control de legalidad de lo actuado y no encontró vicio alguno en la etapa probatoria[[9]](#footnote-9).

Mediante auto n.º 26 de 17 de julio de 2017 se fijó como fecha para llevar a cabo la audiencia de alegatos de conclusión el 31 de agosto de 2017.

Luego de que las partes expusieran sus alegatos de conclusión, mediante auto n.º 27 de 31 de agosto de 2017 se fijó audiencia para proferir el laudo.

**1.6. El laudo arbitral**

El laudo arbitral fue proferido el 30 de noviembre de 2017, dentro de los seis (6) meses contados a partir de la primera audiencia de trámite, la cual finalizó el 16 de marzo de 2017. Una vez descontadas las suspensiones del proceso por solicitud de partes, el término para proferir la decisión vencía el 7 de marzo de 2018, por lo que fue proferida dentro del término regulado en los artículos 10 y 11 de la Ley 1563 de 2012.

**2. El recurso de anulación**

**2.1. Oportunidad en la presentación del recurso**

La convocada interpuso y sustentó el recurso extraordinario de anulación contra el laudo arbitral mediante escrito radicado el 1 de febrero de 2018 ante la Cámara de Comercio.

El artículo 40 de la Ley 1563 de 2012 establece que el recurso extraordinario de anulación deberá interponerse debidamente sustentado, ante el tribunal arbitral dentro de los 30 días siguientes a su notificación o la de la providencia que resuelva sobre su aclaración, corrección o adición.

El 18 de diciembre de 2017 se llevó a cabo audiencia para pronunciarse respecto de la solicitud de aclaración del laudo arbitral, la cual se notificó en estrados.

Así las cosas, los 30 días consagrados para interponer el recurso extraordinario de anulación se vencían el 1 de febrero de 2018, razón por la cual, se concluye, fue presentado oportunamente.

**2.2. Cargos presentados**

En el recurso extraordinario de anulación, la sociedad convocada invocó las siguientes causales de anulación, de acuerdo con el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, así: *i) “cargos por la causal 5ª: el tribunal dejó de practicar y no tuvo en cuenta pruebas decretadas”; ii) “cargos por la causal 7ª: el tribunal falló en conciencia debiendo fallar en derecho”; iii) “cargos por la causal 9ª: el tribunal profirió un laudo infra petita”.*

Al resolver cada uno de los cargos, se mostrará la causal, los argumentos de la parte recurrente, los argumentos de defensa[[10]](#footnote-10), el concepto del Ministerio Público[[11]](#footnote-11) y la postura de la Sala.

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

Advirtiendo que el trámite procesal adelantado no presenta causal de nulidad y que se encuentra en estado de dictar sentencia, la Sala procederá a las consideraciones, para decidir sobre el recurso extraordinario de anulación en el caso concreto.

Para tal efecto, la Sala adelantará el siguiente orden de razonamiento: 1) jurisdicción y competencia del Consejo de Estado; 2) anotación preliminar sobre la carga de concreción en las causales invocadas y la limitación del recurso extraordinario de anulación como una nueva instancia del laudo arbitral; 3) las causales invocadas[[12]](#footnote-12), análisis y la solución del caso concreto y 4) costas.

**1. Jurisdicción y competencia**

El Consejo de Estado es competente para conocer del recurso de anulación del laudo arbitral, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 1563 de 2012, que dispone:

*“Para conocer del recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales, será competente la Sala Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial del lugar en donde hubiese funcionado el tribunal de arbitraje.*

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

*“Cuando se trate de recurso de anulación y revisión de laudo (sic) arbitrales* ***en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, será competente la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado***”(énfasis de la Sala).

En el recurso que ahora se conoce, la controversia versa sobre un laudo arbitral proferido en relación con un contrato en el que fue parte el Banco de la República, entidad pública de naturaleza especial, sujeto a un régimen legal propio, de acuerdo con el artículo 371 de la Constitución Política de Colombia, de manera que la jurisdicción y competencia para conocer del recurso corresponde a la Sección Tercera del Consejo de Estado, por razón del criterio orgánico o subjetivo señalado en la ley de arbitraje.

**2. Anotación preliminar sobre la carga de concreción en las causales invocadas y la limitación del recurso extraordinario de anulación como una nueva instancia del laudo arbitral**

El artículo 40 de la Ley 1563 de 2012 indica los presupuestos procesales del recurso extraordinario de anulación del laudo arbitral y el artículo 41 ibídem enumera las causales en que se puede fundar el recurso, de manera taxativa.

La aludida ley de arbitraje enmarca la labor del Juez del recurso de anulación dentro de los límites precisos que ella le fija, lo cual, en el caso concreto que ahora ocupa la atención de la Sala, lleva a observar que, como regla general, en el trámite procesal del recurso extraordinario de anulación del laudo arbitral, la competencia del juez está acotada a dos actuaciones: la admisión del recurso y la sentencia, la cual se debe expedir de plano.

En el momento procesal en que le corresponde dictar la sentencia del recurso de anulación del laudo arbitral, la tarea de la Sala consiste en cotejar la causal invocada, de acuerdo con su definición legal, con el contenido del laudo arbitral que se examina, pasando necesariamente, en ese razonamiento, por verificar la ocurrencia o no de las precisas razones en que se fundó la parte que interpuso el recurso extraordinario de anulación, sin que se pueda pronunciar sobre el fondo de la controversia, ni calificar o modificar los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral al adoptar el laudo.

En tal sentido, en varias decisiones de la Sección Tercera, entre ellas, la de 21 de julio de 2016, radicado 55477, en la controversia entre Matepotrancas y Daniel Fernando Reyes Reyes contra el Instituto Financiero de Casanare se sostuvo que “*la naturaleza extraordinaria y excepcional del recurso de anulación de laudo arbitral, así como su finalidad primordial tendiente a proteger la garantía fundamental al debido proceso, hacen que éste sólo sea procedente por vicios procedimentales o* in procedendo, *mas no de juzgamiento o* in iudicando *y con fundamento en las causales expresa y taxativamente señaladas en la ley”*.

Por ello, se verificará que la causal invocada y la argumentación que el recurrente sostenga para su procedencia se ciña a la naturaleza del recurso extraordinario, en el que está vedado, tal y como lo refiere el artículo 42 de la Ley 1563 de 2012, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o calificar o modificar los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral en el laudo.

Por tal razón, en la misma decisión referida, se expresó que “*se torna a todas luces improcedente que en sede de anulación el juez contencioso administrativo aborde nuevamente el estudio y análisis del asunto de fondo, reviva el debate probatorio efectuado en el curso del trámite arbitral, o cuestione los razonamientos jurídicos o la valoración probatoria utilizada por el juez arbitral para adoptar su decisión”.*

Por lo anterior, se verificarán los requisitos exigidos para cada cargo, y se estudiará cada causal alegada, comparando con el contenido del laudo para verificar si se materializó el error *in procedendo*, sin que se pueda entrar al análisis del asunto de fondo o revivir el debate probatorio.

**3. Las causales invocadas, análisis y la solución del caso concreto**

**3.1. Causal 5: “*Haberse negado el decreto de una prueba pedida oportunamente o haberse dejado de practicar una prueba decretada, sin fundamento legal*”**

**3.1.1. Argumentos de la parte recurrente que sustentan la causal en la demanda**

Sostuvo la recurrente que el Tribunal Arbitral dejó de practicar pruebas decretadas y que no tuvo en cuenta algunas pruebas en su decisión.

Expuso que “*la exhibición de documentos decretada por el Tribunal fue practicada parcialmente*”, en tanto el banco no exhibió la totalidad de documentos solicitados en dicha prueba, ante lo cual la convocada solicitó que se diera aplicación al artículo 267 del Código General del Proceso (en adelante, CGP) en el sentido de tenerse por ciertos los hechos que se pretendían probar con la exhibición aducida, lo cual, aseguró, no fue tenido en cuenta por el Tribunal.

Según la recurrente, de haberse practicado la prueba, esta hubiera podido tener incidencia en el laudo, pues aseveró que “*de haberse tenido por probados los hechos que derivaban de la exhibición, el laudo muy probablemente se habría fallado en un sentido diferente*”[[13]](#footnote-13), dado que en ellos se demostraba, en su criterio, el dolo y la falta al deber de información alegados por Obras y Montajes S.A.S. y, en tal sentido, que la ejecución del contrato era imposible con los precios inicialmente pactados, con lo cual se demostraba la ruptura del equilibrio contractual.

Adujo, adicionalmente, que con la exhibición de documentos se demostraba el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del Banco de la República, entre otros, el no pago del anticipo pactado[[14]](#footnote-14), en aplicación del artículo 267 del CGP.

Agregó que se abstuvo de interponer recurso de reposición frente al auto n.° 025 que decretó el cierre probatorio, en atención a que en el numeral 5 de la misma providencia se indicó que la solicitud de tener por confesados los hechos objeto de la exhibición sería considerada en el laudo[[15]](#footnote-15), lo cual le creó una confianza legítima, “*consistente en que dicha confesión iba a ser tenida en cuenta, o que por lo menos se iba a analizar en el laudo*”[[16]](#footnote-16).

También adujo el recurrente que la inspección judicial conexa a la exhibición de documentos antes mencionada fue decretada, pero no practicada. Manifestó que el Tribunal Arbitral aplazó la decisión sobre su práctica mediante auto n.° 13 de 16 de marzo de 2017.

Adicionalmente, sostuvo que en auto n.° 25 de 17 de julio de 2017 el Tribunal Arbitral no solo cerró la etapa probatoria, sino que prescindió de la práctica de la inspección judicial en los siguientes términos:

“*Numeral* *7*:

*Prescindir de la inspección judicial solicitada como prueba por la Convocada, cuya decisión sobre su práctica se encontraba aplazada, por considerarse innecesaria en virtud de las demás pruebas que se han practicado dentro del proceso”.*

Indicó que, ante dicha decisión, Obras y Montajes S.A.S. no realizó ninguna manifestación, toda vez que esperaba que el Tribunal tuviera en consideración las consecuencias derivadas de la no exhibición y con ello daba por descontado que se entenderían probados los hechos que pretendía demostrar tanto con la exhibición de documentos como con la inspección judicial.

Finalmente, hizo referencia a que el Tribunal Arbitral no tuvo en cuenta algunas pruebas testimoniales decretadas y practicadas, entre ellas, las declaraciones de algunos testigos y argumentó el porqué, a su juicio, dicha omisión configura la causal alegada[[17]](#footnote-17).

**3.1.2. Argumentos de defensa en lo que atañe a la causal 5**

En lo que atañe a la exhibición de documentos, consideró la convocante que “*en el expediente obra el auto de pruebas donde se decretó la anotada exhibición, así como constancia del acta en la cual se registró la práctica de la exhibición de documentos y, por la otra, no se observa que se haya invocado recurso alguno*”[[18]](#footnote-18).

Agregó que, incluso si, en gracia de discusión, no se hubiese practicado la prueba, el escrito no logró demostrar los efectos que la confesión podría haber tenido sobre la conclusión del Tribunal, porque el artículo 197 del CGP dispone que “*toda confesión admite prueba en contrario*”. Con fundamento en lo anterior, entendiendo que no existe tarifa legal de la prueba, consideró que la confesión no constituía una camisa de fuerza para los árbitros en la valoración probatoria, máxime cuando el laudo valoró todas las pruebas aportadas y de todas ellas derivó su convencimiento.

En lo que respecta a la inspección judicial, hizo referencia a que dicha diligencia se haría sobre la misma información entregada en la exhibición de documentos presentada en 14 carpetas que el Banco de la República tenía en su poder, razón por la cual dicha prueba no aportaría más información que la entregada. En tal sentido, consideró que el Tribunal le dio aplicación al artículo 236 del CGP, según el cual el juez puede negar la inspección judicial cuando considera que es innecesaria en virtud de otras pruebas que obran en el proceso, o que tales hechos se prueben con el dictamen pericial, razones por las que el Tribunal de Arbitramento dejó de practicar la diligencia mencionada.

En lo que concierne a la afirmación de la parte recurrente consistente en que el Tribunal Arbitral no tuvo en cuenta pruebas practicadas, insistió en que tal afirmación pretende revivir un debate probatorio vedado en el recurso bajo estudio; no obstante, manifestó que dicha apreciación era contraria a la realidad, puesto que el Tribunal de Arbitramento realizó un estudio en conjunto de las pruebas y así lo plasmó en la decisión, por ejemplo, en el numeral 123 del laudo.

Concluyó que la parte recurrente pretendió en realidad una revisión de la valoración probatoria que hicieron los árbitros al material probatorio del proceso y así lograr una revisión de fondo del laudo, como si se tratara de una segunda instancia.

**3.1.3. Concepto del Ministerio Público en lo que respecta a la causal 5**

Manifestó que ninguno de los requisitos se cumplió para encontrarla demostrada, en la medida en que el mismo apoderado de la convocada aceptó que todas las pruebas solicitadas fueron decretadas y practicadas en el trámite arbitral, sin que se evidencie actuación arbitraria o sin fundamento desde la perspectiva probatoria.

Sostuvo que la inconformidad de la recurrente radica en la valoración probatoria que hizo el Tribunal, al no considerar confesados los hechos que pretendía probar, en virtud de la exhibición incompleta de documentos a la que hizo referencia en el recurso extraordinario, aspecto que está vedado al juez de la anulación.

Agregó que tampoco se configuró el requisito consistente en que la parte haga uso del recurso de reposición en el momento procesal oportuno dentro del trámite arbitral, pues el recurrente reconoció que no interpuso el recurso de reposición durante el trámite, ni contra el auto n.° 25 que cerró la etapa probatoria, etapas preclusivas a las que se refiere la exigencia normativa, por cuanto aquel decidió esperar la decisión del laudo, y que sólo lo interpuso contra el auto que decidió no complementar dicha decisión.

Finalmente, aseguró que la valoración probatoria que hizo el Tribunal en el laudo arbitral tuvo en cuenta individual y en conjunto el acervo probatorio obrante en el proceso: en tal sentido, en folio 107 afirma que se valoró la conducta procesal de las partes, incluyendo en el folio 44 lo relacionado con la tacha del testimonio rendido por Sandra Janeth Hernández, por lo que las afirmaciones del recurrente no se ajustan a la realidad de la decisión impugnada.

**3.1.4. Postura de la Sala en lo que respecta a la causal 5**

**3.1.4.1. Requisitos de la causal 5 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012:**

La causal está consagrada en la Ley de la siguiente manera:

*“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*”*.*

De su lectura podemos extraer las siguientes reglas, que se deben entender como requisitos para que proceda la causal, siempre y cuando se configuren los literales A, B, C y D siguientes.

Procede la causal cuando:

A. El Tribunal de arbitramento haya negado una prueba pedida oportunamente sin fundamento legal.

B. El Tribunal de arbitramento haya dejado de practicar una prueba decretada sin fundamento legal.

C. La omisión se hubiere alegado oportunamente mediante el recurso de reposición.

D. La prueba omitida (ya sea su decreto o su práctica) pudiera tener incidencia en la decisión.

En lo que se concierne al literal C., la norma se refiere, en los supuestos planteados, a que el recurso de reposición deberá interponerse en contra del auto que niega el decreto de una prueba, o en contra del auto que cierra la etapa probatoria en los eventos en los que aún no se han practicado pruebas decretadas.

En tal sentido, la regla fijada exige constatar si se interpuso o no el recurso de reposición en contra del auto que negó una prueba o en contra del auto que ordenó el cierre de la etapa probatoria.

Tales reglas serán las que se confrontarán con los argumentos expuestos en la causal y la comparación con lo decidido en el laudo arbitral.

**3.1.4.2. El caso concreto con respecto a la causal 5**

Como se hizo referencia *ut supra 3.1.4.1. § A* y *B,* las reglas consagradas en esta causal exigen que el Tribunal de arbitramento haya negado una prueba pedida oportunamente o haya dejado de practicar una prueba decretada, en ambos casos, sin fundamento legal.

Adicionalmente, es requisito que durante el trámite arbitral, si se presenta alguno de los dos supuestos mencionados, se interponga el recurso de reposición a la decisión que haya negado alguna prueba o al auto de cierre del período probatorio, cuando se ha de dejado de practicar alguna prueba decretada.

Por ello, se descarta por improcedente toda la argumentación expresada por el recurrente referida a demostrar que el Tribunal no tuvo en cuenta pruebas practicadas, específicamente relacionadas con unos testimonios, pues dicho supuesto no está contemplado en la causal 5 bajo estudio y escapa a su alcance.

En lo que se refiere a la exigencia de haber interpuesto el recurso de reposición, se constata que el mismo no fue solicitado por el recurrente, específicamente en contra del auto n.º 025 de 17 de julio de 2017 que cerró el periodo probatorio[[19]](#footnote-19) (en la medida en que el Tribunal Arbitral decretó todas las pruebas solicitadas), razón por la cual la causal 5 alegada no se configuró y, como consecuencia, el cargo no prospera.

Es importante aclarar que la parte recurrente no puede alegar ‘*la confianza legítima*’ sustentado en que la prueba sería analizada para justificar la falta del recurso[[20]](#footnote-20), pues en ningún momento se alteraron súbitamente las reglas del procedimiento aplicable al trámite arbitral y, en realidad, sucedió que el recurrente creó una expectativa sin fundamento legal alguno, la cual basó en su propia valoración del proceso sometido al tribunal de arbitramento.

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

**3.2.1. Argumentos de la parte recurrente que sustentan la causal en la demanda**

Adujo que el Tribunal Arbitral falló en conciencia debiendo fallar en derecho, en la medida en que *i)* prescindió de cualquier consideración jurídica en torno a las consecuencias procesales derivadas de la conducta del Banco de la República y la tacha de parcialidad de la testigo Sandra Hernández; *ii)* se apartó manifiestamente del marco jurídico aplicable al objeto contractual del contrato suscrito y permitió que el Banco de la República aportara dos peritajes técnicos sobre el mismo objeto, lo cual, a su juicio, estaba prohibido; *iii)* soslayó la valoración de dos pruebas necesarias para resolver el laudo, entre ellas, las confesiones expresas proferidas por el Banco de la República y los testimonios de Miguel Luna y Manuel Hadder Ceballos, todo lo cual conllevó a que, en su criterio, los árbitros fallaran según su íntima convicción, quienes “*acomodaron su argumentación legal para llegar a un resultado que consideraban justo*”[[21]](#footnote-21).

**3.2.2. Argumentos de defensa en lo que respecta a la causal 7**

Consideró que la argumentación de la parte recurrente para demostrar la causal está fundada en consideraciones subjetivas, con la que pretendió abrir el debate sobre la valoración probatoria que realizó el Tribunal, sin que pueda sostenerse que el laudo carece absolutamente y ostensiblemente del juicio valorativo de las pruebas. Simplemente, que no fueron valoradas como pretendió la parte convocada.

Mencionó la convocante que el laudo arbitral está proferido bajo el sistema de la sana crítica, basado en criterios técnicos de los peritos que aclararon los hechos en los que se fundaron las pretensiones de la demanda.

Sostuvo el Banco de la República que, en realidad, el recurrente construyó el cargo bajo su propia convicción y valoración probatoria, pero no logró demostrar en qué sentido los árbitros profirieron el fallo sin efectuar razonamientos de orden jurídico, o tomando determinaciones siguiendo su propia conciencia, que se tradujera en una decisión que se identificara con el concepto de verdad sabida y buena fe guardada.

**3.2.3. Concepto del Ministerio Público en lo que concierne a la causal 7**

Insistió en que no le asiste razón al apoderado de la convocada, toda vez que ninguna de sus afirmaciones son ciertas: el Tribunal sí consideró la conducta procesal de las partes, resolvió la tacha del testimonio de Sandra Janeth Hernández y tuvo en cuenta los medios probatorios para analizar la controversia puesta a su consideración para concluir que la convocada incumplió sus obligaciones contractuales y las consecuencias que de ello se derivaban con base en las normas relevantes al caso, por lo que concluyó que el Tribunal Arbitral expidió un fallo en derecho y, por ello, se debe negar dicha causal. Resaltó que (se transcribe de forma literal):

“*Lo que realmente pretend[ió] el recurrente [fue]* reabrir *el debate probatorio por esta vía, por ello reiter[ó] que los árbitros prescindieron de toda valoración de una prueba necesaria para su decisión* (…) *pero olvid[ó] (…) que el juez de anulación no es superior jerárquico del Tribunal de Arbitramento y, en consecuencia, no podrá intervenir en el Juzgamiento del asunto de fondo para modificar sus decisiones, por no compartir sus razonamientos o criterios”*[[22]](#footnote-22).

**3.2.4. Postura de la Sala en lo que concierne a la causal 7**

**3.2.4.1. Requisitos de la causal 7 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012:**

La causal 7 fue consagrada en los siguientes términos:

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

La Corte Constitucional en sentencia SU 173 de 2015 hizo referencia a los fallos en conciencia, así (se transcribe de forma literal):

*“El recurso extraordinario de anulación no es otra cosa que un mecanismo restrictivo, extraordinario y excepcional, que se limita  a cuestionar asuntos de  forma -errores in procedendo-, que comprometen la ritualidad de la actuación procesal, esto es la forma de los actos, su estructura externa, su modo ordinario de realizarse, los cuales se presentan cuando el juez, ya sea por error propio o de las partes, se desvía o aparta de los medios señalados por el derecho procesal para la dirección del juicio, al punto que con ese apartamiento se disminuyen las garantías del contradictorio o se priva a las partes de una defensa plena de sus derechos.*

*“(…) De acuerdo con la jurisprudencia uniforme de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el fallo en equidad o en conciencia se caracteriza porque el juez dicta la providencia sin efectuar razonamientos de orden jurídico, prescindiendo del ordenamiento positivo y de acuerdo con su íntima convicción en relación con el deber ser y la solución recta y justa del litigio, luego de examinar los hechos y de valorar bajo su libre criterio y el sentido común las circunstancias de tiempo, modo y lugar que dieron lugar a la controversia, de manera que bien puede identificarse con el concepto de verdad sabida y buena fe guardada (‘ex aequo et bono)”.*

En anteriores oportunidades, como es el caso de la decisión del 17 de agosto de 2017, la Sección Tercera, Subsección A, del Consejo de Estado refirió lo que significa un fallo en derecho, así (se transcribe de forma literal):

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

*“6.-* ***La decisión en derecho debe estar fundada en las pruebas aportadas al proceso, de manera que la decisión que se adopte con prescindencia de la prueba necesaria para fundar la decisión o con carencia absoluta y ostensible de juicio jurídico valorativo de la prueba es una decisión que solo responde a la íntima convicción del juzgador, luego es una decisión en conciencia****”*[[23]](#footnote-23)(destaca la Sala).

Adicionalmente, en decisión de 27 de noviembre de 2017, la misma Corporación[[24]](#footnote-24) hizo referencia al alcance de esta causal, en la que concluyó lo siguiente[[25]](#footnote-25):

“(…) *Los fallos en equidad, sea que los profieran los jueces o sea que los emitan los árbitros en los casos que proceden, no quedan exentos de estar motivados ni de fundamentarse en las pruebas oportuna y legalmente allegadas al proceso.*

*“Luego, la gran conclusión es que los fallos en conciencia están proscritos en nuestro sistema jurídico y que se podrá acudir a la equidad como criterio único si la ley o las partes facultan al juzgador para ello. Pero, ¿Qué es lo que caracteriza a un fallo en equidad?*

*“A juicio de la Sala nada mejor que los dos postulados que atrás se mencionaron para determinar si se rotula con la equidad a una decisión. En efecto, la providencia será en equidad cuando: a) El juez o el árbitro inaplica la ley al caso concreto porque considera que ella es inicua o que conduce a una iniquidad; b) El juez o el árbitro busca por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido.*

*“Pero, se repite, ninguna de estas hipótesis supone que el juzgador prescinda de la motivación o de las pruebas porque entonces ya no sería en equidad sino en conciencia y las decisiones de ésta naturaleza están proscritas de nuestro sistema jurídico tal como se deduce de los artículos 29, 116 y 230 superiores.*

*“Corolario de todo lo que hasta aquí se ha expuesto en este aparte es que la causal de anulación prevista en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 se configura cuando: a) El laudo es en conciencia, esto es, cuando los árbitros se apoyan en su íntima convicción y por lo tanto no dan razones de su decisión o prescinden de toda consideración jurídica o probatoria; b) Debiendo ser el laudo en derecho, los árbitros inaplican la ley al caso concreto porque consideran que ella es inicua o que conduce a una iniquidad o también cuando buscan por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido.*

*“Se configura la causal en el primer caso porque si se sanciona con anulación el laudo en equidad cuando ha debido ser en derecho, lo que significa que en ciertos casos está permitido, con mayor razón debe ser fulminado con la sanción aquel que está proscrito en todos los casos por apoyarse en la íntima convicción del juzgador, no dar motivación alguna y prescindir de toda consideración jurídica o probatoria. Se estructura la causal en el segundo caso porque todo juzgador debe someterse al imperio de la ley y sólo podrá acudir a la equidad si la misma ley o las partes lo facultan para ello, de donde se concluye que si no está autorizado y falla buscando por fuera del ámbito legal la solución o inaplicando la ley por considerarla inicua o que conduce a una iniquidad, su decisión es ilegal*”.

En dicha decisión se aclaró que los fallos en conciencia en Colombia están proscritos para los tribunales arbitrales en la contratación pública, toda vez que ellos prescinden de toda motivación y de las pruebas, en la medida en que los árbitros se apoyan en su íntima convicción y, por tanto, no dan razones de su decisión o prescinden de toda consideración jurídica o probatoria.

En tal sentido, para configurar esta causal se requiere demostrar que la decisión del Tribunal *i)* prescindió detoda motivación; de toda pruebayde toda consideración jurídica y ii) cuando esto aparezca de manifiesto en el laudo.

En relación con la exigencia de que el fallo en conciencia se manifieste en el laudo, expuso la Corte Constitucional, en la misma sentencia SU 173 de 2015.

*“Adicionalmente, encuentra la Corporación que tampoco quedó satisfecho uno de los presupuestos establecidos por el ordenamiento para permitir la prosperidad del motivo alegado por los solicitantes de la anulación. Si se revisa la disposición, ella indica que la circunstancia del fallo en conciencia debe aparecer****de manifiesto en el laudo****. Para la Sala, esta exigencia no se hace presente en el proveído censurado. Por el contrario, los ingentes esfuerzos en la revisión del acervo probatorio y, el copioso cuestionamiento a la lectura que de la normatividad del contrato hizo el grupo de árbitros, ponen de presente lo poco patente y claro de la condición de “manifiesto” que le atribuyeron los accionantes del recurso y la Sección Tercera al laudo”.*

Tal será el marco de comparación entre el argumento de la causal expuesta por el recurrente y el contenido del laudo arbitral.

**3.2.4.2. El caso concreto en lo que concierne a la causal 7**

No prospera este cargo, dado que, para que se configure la causal de fallo en conciencia era deber del recurrente demostrar que la decisión del Tribunal careció de todo sustento probatorio y jurídico.

La parte no solo malinterpretó dicha carga argumental, entendiendo que carecer de sustento probatorio y jurídico era equivalente a justificar posturas que no compartía, sino que, bajo la lógica propia de un alegato de instancia, hizo referencia a los argumentos expuestos por el Tribunal, de índole jurídica y probatoria que no compartía, siendo ello contradictorio respecto de la propia causal invocada.

No es propio de la finalidad del recurso extraordinario de anulación entrar a revisar el fondo del asunto, lo cual ha sido decantado por la jurisprudencia, no solamente de esta Corporación, sino también por la Corte Constitucional, que en la sentencia SU 556 de 2016 reafirmó los límites del juez de anulación así:

*“El recurso de anulación es un instrumento de impugnación de errores in procedendo; es decir, atinentes al aspecto procesal de la decisión arbitral, y constituye un exceso por parte del juez de anulación que proceda a identificar y controlar además errores in iudicando; es decir, atinentes a la adjudicación sustancial de derechos y obligaciones jurídicas de carácter sustantivo*”[[26]](#footnote-26).

Para la Sala, basta con una simple lectura exploratoria del laudo para verificar que contiene un riguroso análisis probatorio para fundamentar la decisión, como pasa a verse en los siguientes apartes:

En cuanto al análisis probatorio en el laudo se afirmó (se transcribe de forma literal):

* *“En el acta de inicio, que tiene como fecha el 11 de agosto d de 2014* (cita cuaderno de pruebas 2 folio 21)*, se indica como fecha de entrega los trabajos materia del contrato el 10 de diciembre del mismo año*[[27]](#footnote-27).
* *“De acuerdo con los peritos y demás ingenieros preguntados al respecto* (cita testimonios obrantes en el cuaderno de pruebas 8), para determinar la capacidad portante de la estructura se requería el diagnóstico del edificio (…)[[28]](#footnote-28).
* *“La revisión de la prueba documental que obra en el proceso muestra, en efecto, que repetidamente, tanto por escrito, como en comités de obra, se le solicitó a O & M entregar estudios y protocolos* (…)[[29]](#footnote-29).
* *“El perito designado por la convocada afirma que para el izaje de la maquinaria no era necesario entregar estudios, por cuanto estos solo se exigían para la subida de cargas en general, a través de un protocolo*[[30]](#footnote-30)*.*
* *“Con este marco de referencia, la evidencia aportada al proceso muestra lo siguiente:* (…)[[31]](#footnote-31).
* *“Con relación a la documentación reseñada y, particularmente con referencia a la comunicación del 3 de julio de 2015, cursada por el Banco a O & M, el tribunal observa lo siguiente:* (…)[[32]](#footnote-32).
* *“El tribunal, una vez analizadas las argumentaciones de las partes y examinadas las pruebas allegadas al proceso, considera que el aspecto medular del debate, sobre el cuales gravitan las pretensiones de la reconvención, así como las excepciones formuladas frente a aquellas* (…)”[[33]](#footnote-33).

Lo anterior demuestra que el laudo contiene análisis y valoración del universo probatorio aportado por ambas partes, sin que en esta decisión se estudie el resultado de dicho análisis, pues está vedado a la Sala.

En relación con el a análisis jurídico en el laudo se sostuvo lo siguiente (se transcribe de forma literal):

* *Por consiguiente, va de suyo que, al margen de establecerse o no incumplimiento del contrato (tema de la segunda pretensión principal de la demanda) lo cierto es que el vínculo Banco de la República-O&M* ***cesó*** *a la expiración del plazo convenido y, por ende, debe acogerse -como en efecto se hará- la primera pretensión principal formulada por la convocante*[[34]](#footnote-34).
* *Las razones expuestas conducen al tribunal a concluir que las demoras que se presentaron en la subida y puesta en marcha de la maquinaria ofrecida por O&M para la demolición de elementos en altura fueron causadas por su comportamiento omisivo y negligente, y debe, en consecuencia, asumir las secuelas adversas de su conducta, configurativa del incumplimiento que pregona el banco en la pretensión bajo análisis*[[35]](#footnote-35).
* *Establecido a partir de la evaluación precedente que O&M incurrió en incumplimiento del contrato, procede el tribunal a ocuparse del monto de la reparación a su cargo, para lo cual señala lo que sigue*[[36]](#footnote-36).
* *Lo anterior implica, a la luz del atrás citado artículo 1600 del C.C., que el Banco ejerció su prerrogativa de optar entre la indemnización o la pena (cláusula penal), inclinándose por la última*”[[37]](#footnote-37).

Lo anterior demuestra que el laudo contiene un análisis basado en normas y en conceptos jurídicos (v.gr. incumplimiento, plazo, omisión, negligencia, reparación, indemnización y cláusula penal, entre otros), tal y como se exige en un fallo en derecho.

Finalmente, frente a los argumentos de la causal de fallo en conciencia que se citan: i) admisibilidad de dos peritajes y *ii)* pretermisión de un par de testimonios, la Sala considera que no encajan en la causal alegada, pues, *en primer lugar*, como ya se demostró, la decisión arbitral fue vastamente fundamentada en pruebas, valoradas en conjunto y argumentos jurídicos, lo que descarta un fallo en conciencia a la luz de la jurisprudencia vigente y, *en segundo lugar*, entrar a determinar si se trataba de pruebas que cambiarían o no la decisión, implica hacer un ejercicio de valoración de las mismas, lo que está prohibido al juez del recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral. El recurrente pretende alegar una causal propia del recurso extraordinario de casación (violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho, por falso juicio de existencia, por pretermisión de prueba), causal que no existe en el recurso extraordinario de anulación y que, por tanto, le resulta ajena, al punto de que entrar a valorar estos argumentos desnaturaliza el presente recurso extraordinario.

En conclusión, esta Sala constata, tras la observación del laudo, que no resulta acertado afirmar, bajo ningún punto de vista, que la decisión arbitral fue fallada en conciencia, pues, por el contrario, se trató de una decisión justificada probatoria y jurídicamente, lo que significa que fue en derecho.

**3.3. Causal 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*”**

**3.3.1. Argumentos de la parte recurrente que sustentan la causal en la demanda**

Sostuvo que el Tribunal Arbitral profirió un laudo *citra petita* por cuanto no decidió sobre cuestiones sujetas al arbitramento, lo cual, a su juicio, se aplica cuando el fallador no resuelve pretensiones, excepciones, hechos u otras cuestiones, vulnerando por ello el principio de congruencia.

Para fundamentar su postura, sostuvo que el Tribunal Arbitral no se pronunció sobre pretensiones y hechos que le fueron planteados en la demanda de reconvención por parte de Obras y Montajes S.A.S. como, por ejemplo, la declaración de incumplimiento por el no pago de las obligaciones dinerarias que estaban a cargo del Banco de la República, referidas al anticipo por labores de demolición y al pago de actas parciales.

También consideró que el fallo fue *citra petita* en tanto que el Tribunal no se pronunció sobre la reticencia del Banco de la República en relación con la exhibición de documentos decretada[[38]](#footnote-38), con la que demostraba el dolo de su conducta, y sostuvo que, en dicho sentido, su análisis fue parcial y dejó de considerar hechos relevantes de la *causa petendi*, entre ellos, que el convocante realizó maniobras engañosas al entregar información errónea que no se correspondía con la realidad de la obra y también fue reticente con la información vital para su ejecución.

Agregó que el Tribunal no se pronunció sobre el deber contractual de información que era el fundamento de la primera pretensión subsidiaria de Obras y Montajes S.A.S., ni sobre la mitigación del daño y la autonomía técnica de la convocada, como fundamento de la cuarta pretensión subsidiaria, o sobre los hechos que configuraban el rompimiento del equilibrio económico del contrato.

Así mismo, en criterio del recurrente, se configuró la causal 9, toda vez que el Tribunal Arbitral no se pronunció sobre excepciones y hechos planteados por Obras y Montajes S.A.S. en la contestación a la reforma de la demanda, entre ellas, la 1.4 referida al “*incumplimiento esencial del banco en su deber de colaboración frente a alternativas viables para el desarrollo en plazo razonable de la verdadera obra*”. Tampoco resolvió la excepción 4.2, referida a la reducción o inaplicación de la cláusula penal, ni la 2.2 sobre el cumplimiento de la convocada de su deber de diligencia y buena fe en la etapa contractual, y la 3.1, relativa al incumplimiento menor de la recurrente, ante la cual el Tribunal solo resolvió parcialmente.

Finalmente, el recurrente manifestó que la causal 9 también se configuró, en la medida en que el Tribunal no resolvió de fondo sobre la tacha de parcialidad de Sandra Janeth Hernández, y no se pronunció sobre la confesión ficta por la renuencia del Banco a exhibir los documentos ordenados por el Tribunal, y por no tener en cuenta el informe completo que rindió bajo juramento el representante legal de la convocante, lo cual configura un fallo *citra petita*.

Como consecuencia de los anteriores argumentos, solicitó declarar fundado el recurso extraordinario y anular en su integridad el laudo arbitral. Como consecuencia de la prosperidad de esta causal, pidió complementar el referido laudo arbitral.

**3.3.2. Argumentos de defensa frente a la causal 9**

Planteó que el cargo no está llamado a prosperar, toda vez que de la lectura del laudo, ninguna de las afirmaciones planteadas por el recurrente están acordes con él, y no puede afirmarse que falló *infra* o *citra petita*.

En lo que concierne al anticipo, en el numeral 75 del laudo se trató dicho tema, en tanto el Tribunal hizo referencia al debate planteado, no obstante que el cargo nuevamente se fundamenta en atacar la valoración probatoria que aquel hiciera.

En los numerales 161 a 183 el Tribunal estudió detenidamente la pretensión subsidiaria relacionada con el incumplimiento al deber de información.

En el numeral 219 se abordó lo relacionado con la conducta omisiva del Banco de la República para mitigar los perjuicios y el incumplimiento del contrato, así como los demás puntos planteados por el recurrente, para lo cual menciona el numeral 79 y siguientes del laudo.

Respecto del desequilibrio económico, arguyó que “*basta leer el numeral 228 del laudo para verificar que hubo un estudio profundo*” de dicha institución jurídica.

En cuanto a las excepciones que supuestamente no resolvió el Tribunal, dijo el Banco de la República que la excepción 1.4) – “*incumplimiento esencial del banco de su deber de colaboración frente a alternativas viables para el desarrollo en plazo razonable de la verdadera obra” -* fue materia de estudio a partir del numeral 219 en adelante. Sobre la misma temática se puede revisar el numeral 90 y siguientes del laudo, los cuales fueron recogidos en el numeral 243.

Adicionalmente, sostuvo que el Tribunal, al abordar el estudio de las pretensiones y excepciones, halló correspondencia entre las mismas, por las que las estudió de manera integral, razón por la que consideró que todos los puntos fueron resueltos.

En cuanto a la excepción 4.2, - “*inaplicación o reducción del monto de la cláusula penal” -* fue resuelta en los numerales 107 a 118 y 252 del laudo.

La excepción 2.2 –“*cumplimiento de O&M de su deber de diligencia y buena fe en la etapa precontractual”* – fue abordada en el numeral 249, en concordancia con el numeral 71 y siguientes.

La excepción 3.1 – “*los supuestos incumplimientos de O&M fueron menores y no causaron perjuicio alguno al banco”* – fue resuelta en el literal b del numeral 251 en concordancia, nuevamente, con el numeral 71 y siguientes.

También, la tacha del testimonio de Sandra Janeth Hernández lo resolvió en el numeral 50 del laudo y lo concerniente a la exhibición de documentos fue resuelto en el auto n.° 25 de 17 de julio de 2017.

En los anteriores términos consideró que se debe denegar el cargo concerniente a la causal 5, dado que no se configuró.

**3.3.3. Concepto del Ministerio Público frente a la causal 9**

Consideró que el laudo arbitral no está incurso en esta causal, ya que al realizar la comparación entre lo pretendido en la demanda reconvención y lo excepcionado, con lo resuelto en aquel, se evidencia que todas las cuestiones sujetas al tribunal arbitral fueron atendidas. Así se expresó (se transcribe de forma literal):

*“En efecto el panel arbitral partió de la identificación de la temática propuesta en las pretensiones principales y en los tres grupos de pretensiones subsidiarias de la demanda de reconvención, y de la postura del Banco en sus excepciones, posteriormente analizó los temas relativos a la nulidad relativa del contrato, el cumplimiento de las obligaciones de información, planeación, lealtad, buena fe y colaboración del Banco, el equilibrio financiero y la liquidación del contrato, para puntualizar en el análisis de las pruebas allegadas y su valoración, concluyendo que no existía ninguna prueba directa, ni indicio, de las conductas endilgadas al Banco, por lo tanto, señaló que no prosperaban las pretensiones de anular el contrato; particularmente dijo el laudo recurrido a folio 81, que el estudio de las pretensiones de la demanda de reconvención, frente a los hechos que la fundamentación, el material probatorio valorado y la normatividad analizada, le permitieron al Tribunal decidir que debían denegarlas, esto es, que tanto en la parte motiva como en la parte resolutiva, fueron aludidas y resueltas.”*[[39]](#footnote-39)

De igual forma, hizo referencia a que el Tribunal también resolvió los otros asuntos a los que aludió el recurrente: la tacha de parcialidad del testimonio de Sandra Janeth Hernández, así como el mérito de las pruebas allegadas al proceso, por lo que decidió la totalidad de las cuestiones sujetas a arbitramento.

**3.3.4. Postura de la Sala frente a la causal 9**

**3.3.4.1. Requisitos de la causal 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012:**

Esta causal está consagrada en los siguientes términos:

*“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”.*

Con respecto a esta causal, esta Corporación, en decisión[[40]](#footnote-40) de 21 de julio de 2016, radicado 55477, expresó lo siguiente:

*“En conclusión ésta primera parte de la causal que ahora se revisa en vigencia del nuevo Estatuto arbitral sólo podrá configurarse por un fallo extra petita cuando el juez arbitral se pronuncie sobre aspectos o puntos que no han sido solicitados en la demanda y por un fallo ultra petita, cuando el juez arbitral condena por más de lo pedido en la demanda, pues las demás hipótesis se entenderán incorporadas y deberán alegarse bajo el imperio de la causal del numeral 2º de la ley 1563 de 2012”.*

Agregó la misma Sala, respecto de la parte final de la causal, la cual fue alegada por el recurrente en ese caso, lo siguiente (se transcribe de forma literal):

*“Por su parte el numeral 9º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, preveía como causal de anulación, ‘No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento’.*

*“Sobre éste* *aparte de la causal que ahora se examina se había señalado que ésta se configura cuando el juez incurre en un fallo denominado por la jurisprudencia y la doctrina como fallo citra petita consistente en que el juez arbitral no resuelve todas las pretensiones que se le presentan en la demanda o no se pronuncia sobre las excepciones propuestas por el demandado o sobre aquellas que se encuentren debidamente probadas y no deban ser alegadas.*

*“También respecto de ésta última hipótesis se había señalado que el árbitro en su calidad de juez transitorio tenía y tiene la obligación de reconocer oficiosamente las excepciones de fondo que encuentre demostradas con excepción de las de prescripción, compensación y nulidad relativa que deben siempre alegarse en la contestación de la demanda, tal como lo preceptuaba el artículo 306 del C. P. C. y hoy el artículo 282 del Código General del Proceso.*

*“Sin embargo, el inciso segundo del artículo 306 del C. P. C. y hoy el inciso tercero del artículo 282 del código General del Proceso, preveía y ahora prevé que* ***si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones puede abstenerse de examinar las restantes.***

*“****Así las cosas,*** *se entendió y ahora se entiende que* ***para efectos de establecer si se ha incurrido en el yerro a que se refiere esta causal es suficiente comparar lo pretendido y lo excepcionado, o lo uno o lo otro, con lo resuelto en el respectivo laudo arbitral***”***.***

En síntesis, la causal 9 respecto de la acusación de ser un fallo *citra petita* se resuelve a la luz de la normativa procesal contenida en el artículo 282 del CGP, al comparar lo pretendido y lo excepcionado con lo resuelto en el respectivo laudo arbitral.

**3.3.4.2. El caso concreto frente a la causal 9**

Tampoco prospera el cargo propuesto en la causal 9, por cuanto, al comparar el fallo transcrito *ut supra* con las pretensiones y las excepciones, la demanda de reconvención y las excepciones a la demanda de reconvención, se evidencia que el Tribunal se pronunció respecto de las pretensiones de la demanda, acogió la primera y la segunda pretensión principal, denegó la tercera pretensión principal, acogió la primera, la segunda y la tercera pretensión subsidiaria de la tercera pretensión principal, denegó la cuarta pretensión principal, acogió la quinta pretensión principal, denegó las pretensiones de la reconvención, tanto principales como subsidiarias, declaró no probadas las excepciones de la convocada, salvo la excepción 4.3., en tal sentido limitó el monto de los perjuicios a la cláusula penal estipulada en el § 11 del contrato.

En lo que atañe a las excepciones del convocante y de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado resolvió sobre la necesidad de no ocuparse de dichas excepciones. Se abstuvo de sancionar por la negativa de las pretensiones ante la falta de la demostración de los perjuicios, en los términos del artículo 206 del CGP y tampoco impuso condenas en costas. También reguló aspectos relacionados con el pago de la liquidación del contrato y aspectos administrativos.

En lo que se relaciona con lo pretendido en la demanda de reconvención, a continuación se presenta un cuadro comparativo en el que se constata que el tribunal de arbitramento también se pronunció sobre ellas y sobre las excepciones propuestas (se transcribe de manera literal):

|  |  |
| --- | --- |
| **Pretensiones de la demanda de reconvención** | **Decisión del laudo arbitral** |
| ***DEMANDA DE RECONVENCIÓN O&M***  ***I. PRETENSIONES[[41]](#footnote-41)***  ***II.PRETENSIONES PRINCIPALES***  *a) Declarativas*  *i) Que se declare que el Banco de la República incurrió en dolo al inducir al error al contratista.*  *ii) Que se declare nulo el contrato suscrito con el Banco de la República y el Contratista, en razón al vicio de nulidad relativa del que adolece.*  *iii) Que se declaren las restituciones mutuas a que haya lugar.*  *iv) Que se declare que Obras y Montajes S.A.S. sufrió como consecuencia del actuar doloso del Banco de la República, los perjuicios detallados en el juramento y estimados en $1.979.168.288 (mil novecientos setenta y nueve millones ciento sesenta y ocho mil doscientos ochenta y ocho pesos m/cte).*  *b) Condenatorias*  *i) Que se condene al Banco de la República a pagar a Obras y Montajes S.A.S. la suma de $1.979.168.288, por concepto de los perjuicios derivados de su actuar doloso.*  ***III. PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS***  *a) Declarativas*  *i) Que se declare que el Banco de la República incumplió su deber de información.*  *ii) Que se declare que el Banco de la República incumplió su deber de planeación.*  *iii) Que se declare que el Banco de la República, por medio de las acciones de la Interventoría incumplió su deber de Lealtad y Buena Fe.*  *iv) Que se declare que el Banco de la República incumplió su deber de colaboración.*  *v) Que se declare que Obras y Montajes S.A.S. sufrió como consecuencia de los incumplimientos del Banco de la República, los perjuicios detallados en el juramento y estimados en $1.979.168.288*  *b) Condenatorias*  *i) Que se condene al Banco de la República a pagar a Obras y Montajes S.A.S. la suma de $1.979.168.288, por concepto de los perjuicios derivados de su incumplimiento*  ***IV. SEGUNDO GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS***  *a) Declarativas*  *i) Que se declare que se rompió el equilibrio contractual del contrato suscrito entre el Banco de la República y la empresa Obras y Montajes S.A.S.*  *ii) Que se declare que el contratista cumplió las obligaciones que le establece el contrato en esta circunstancia.*  *iii) Que se declare que el Banco de la República incumplió las obligaciones que le establece el contrato en esta circunstancia.*  *iv) Que se declare que Obras y Montajes S.A.S. sufrió como consecuencia de los incumplimientos del Banco de la República, los perjuicios detallados en el juramento y estimados en $1.979.168.288.*  *b) Condenatorias*  *i) Que se condene al Banco de la República a pagar a Obras y Montajes S.A.S. la suma de $1.979.168.288, por concepto de los perjuicios derivados de su incumplimiento*  ***V. TERCER GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS***  *a) Declarativas*  *i) Que se declare la validez del acta de liquidación del contrato por $452.188.214,60 acordada el 11 de diciembre de 2014, por Obras y Montajes S.A.S y por el Banco de la República.*  *ii) Que se declare que el Banco de la República incumplió sus obligaciones emanadas del acta de liquidación del contrato.*  *iii) Que se declare que Obras y Montajes S.A.S. sufrió, como consecuencia del incumplimiento del Banco de la República, los perjuicios detallados en el juramento y estimados en $240’367.957 (considerando el abono en cuenta realizado por el Banco de la República el 31 de agosto de 2015), más lo intereses moratorios causados desde el 11 de diciembre de 2014.*  *b) Pretensiones condenatorias*  *i) Que se condene al Banco de la República a pagar a Obras y Montajes S.A.S. la suma de $240’367.957 por concepto del saldo final acordado en el acta de liquidación del contrato.*  *ii) Que se condene al Banco de la República a pagar a Obras y Montajes S.A.S. el valor de los intereses moratorios del valor indicado en la pretensión anterior, causados desde el 11 de diciembre de 2014 hasta el momento en que se realice el pago efectivo.* | “***B. Sobre las pretensiones de la Reconvención:***  ***Denegar*** *las Pretensiones de la Reconvención, tanto principales como subsidiarias.*  “***D. Sobre los juramentos estimatorios:***  ***Estar*** *a lo consignado en la* ***§ F del capítulo VI*** *de este Laudo y, por consiguiente,* ***abstenerse*** *de sancionar tanto al* ***Banco de la República*** *como a* ***Obras y Montajes S.A.S.*** *en los términos del artículo 206 del C.G.P.* |
| ***EXCEPCIONES DE LA CONVOCANTE Y DE LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN***  *PRIMERA EXCEPCIÓN: CUMPLIMIENTO DEL BANCO DE LA REPÚBLICA DE TODAS LAS OBLIGACIONES EN LA ETAPA PRECONTRACTUAL Y CONTRACTUAL.*  *SEGUNDA EXCEPCIÓN: CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS PARA LA VALIDEZ DEL CONTRATO.*  *TERCERA EXCEPCIÓN: INCAPACIDAD TÉCNICA DEL DEMANDANTE PARA EJECUTAR LA OBRA.*  *CUARTA EXCEPCIÓN: INCAPACIDAD ADMINISTRATIVA DEL DEMANDANTE PARA EJECUTAR LA OBRA.*  *QUINTA EXCEPCIÓN: FALTA DE DILIGENCIA DEL CONTRATISTA.*  *SEXTA EXCEPCIÓN: INEXISTENCIA DE ERROR EN LA INFORMACIÓN SUFICIENTE PARA OFERTAR Y EJECUTAR LA OBRA*  *SÉPTIMA EXCEPCIÓN: INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL*  *OCTABA EXCEPCIÓN: CULPA EXCLUSIVA DEL DEMANDANTE*  *NOVENA EXCEPCIÓN: INEXISTENCIA DE DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO.*  *DÉCIMA EXCEPCIÓN: BUENA FE DEL BANCO DE LA REPÚBLICA EN TODAS LAS ACTUACIONES.*  *UNDÉCIMA EXCEPCIÓN: CONTRATO NO CUMPLIDO.*  *DUODÉCIMA EXCEPCIÓN: LA GENÉRICA* | *2. En cuanto a las Excepciones de la Convocante y de la ANDJE:*  ***Estar*** *a lo consignado en la* ***§E.2 del capítulo VI*** *de este Laudo sobre no necesidad de ocuparse de las Excepciones de la Convocante y de la ANDJE, debido a lo resuelto con relación a las Pretensiones de la Reconvención.* |

En el laudo arbitral el tribunal advirtió que se pronunciaría sobre la demanda de reconvención en los siguientes términos (se transcribe de forma literal):

“*Por la misma forma como se planteó en el proceso, valga decir, la notoria simetría entre las excepciones de la convocada y las pretensiones de la reconvención y, desde luego, por la propia interrelación de los hechos y argumentaciones presentados y aducidos en este arbitraje, la evaluación del tribunal sobre el incumplimiento de O&M, tendrá un grado de reflejo y, desde luego, de efecto, en lo que se consignará más adelante en el análisis de las pretensiones de la reconvención*”[[42]](#footnote-42).

En efecto, se puede constatar que el tribunal, en la parte resolutiva del laudo arbitral, se pronunció respecto de las pretensiones de la demanda de reconvención, de tal forma que lo planteado por la recurrente, sociedad O&M, resulta contrario a lo acreditado en este trámite.

Es de aclarar que el tribunal no solamente se pronunció en la parte resolutiva sobre lo pedido en la demanda de reconvención en lo que respecta a *i)* “el *dolo del Banco de la República[[43]](#footnote-43)*”, ii) “*el incumplimiento de los deberes de información, planeación, lealtad y buena fe por parte del Banco de la República[[44]](#footnote-44)*”, a la “*ruptura del equilibrio contractual*[[45]](#footnote-45)” y a “*la validez del acta de liquidación del contrato*[[46]](#footnote-46)”, sino que en la parte motiva de laudo analizó cada una de ellas y evidenció su improcedencia.

Con la metodología “reflejo” - referido *ut supra*- que anunció el tribunal de arbitramento en el laudo, no era necesario que se pronunciara específicamente sobre asuntos como los que echa de menos la recurrente, toda vez que el tribunal encontró probado que el Banco de la República cumplió con todas sus obligaciones y por sustracción de materia quedaron descartadas las pretensiones de la demanda de reconvención.

En síntesis, de la comparación de la parte resolutiva de la decisión y del *petitum* de la demanda, se advierte que el fallo no fue *citra petita*, pues el Tribunal se refirió a todas las pretensiones, no solamente a las del Banco de la República en calidad de convocante del tribunal de arbitramento, sino que también resolvió en derecho las pretensiones de la demanda de reconvención presentadas por la sociedad O&M en calidad de convocada. Así mismo, se pronunció sobre las excepciones de una y otra, incluyendo el análisis de las que debía valorar de oficio, tal y como se mostró en el cuadro precedente.

**4. Costas**

De conformidad con el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo[[47]](#footnote-47), procede la condena en costas a cargo de la parte a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso que haya interpuesto, de acuerdo con lo previsto en artículos 365 y 366 del Código General del Proceso (CGP).

Según lo consagrado en el artículo 361 del CGP, las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho.

El artículo 365 del Código General del Proceso, en el numeral 1, dispone que se condenará en costas a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de anulación que haya propuesto. En tal sentido, el recurrente está obligado al pago de costas.

La liquidación de las costas se realizará por la Secretaría del Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá en los términos de artículo 366 del CGP[[48]](#footnote-48) e incluirá los gastos judiciales realizados por el Banco de la República correspondientes a las actuaciones autorizadas por la ley – siempre que aparezcan comprobados – y las agencias en derecho que se fijarán a continuación.

El artículo 366 del Código General del Proceso, numeral 4, establece que para su fijación deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Dado que la parte convocante tuvo no solo que contestar el recurso extraordinario de anulación, sino actuar a lo largo del trámite del mismo la Sala reconocerá la suma máxima establecida en el acuerdo señalado.

En ese sentido, de acuerdo con lo previsto en el artículo 5 del Acuerdo n.º PSAA16-10554 de 2016[[49]](#footnote-49), la sala fijará las tarifas de agencias en derecho; para ello, se advierte que se entienden causadas por la actuación que tuvo que desplegar la parte convocante frente al recurso de anulación interpuesto por la sociedad Obras y Montajes S.A.S. de conformidad con la complejidad y la duración de la actuación que adelantó la parte vencedora dentro del respectivo recurso. Teniendo en cuenta que en este proceso se presentó un recurso extenso (96 páginas), con tres causales de anulación, que conllevó a la respectiva contestación y actuación de la convocante (debidamente acreditada en el proceso) la Sala fija esta tarifa en la suma equivalente a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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

**F A L L A**

**PRIMERO: DECLARAR INFUNDADO**el recurso de anulación propuesto contra el laudo de 30 de noviembre de 2017 proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido con el fin de dirimir las controversias originadas entre el Banco de la República y la sociedad Obras y Montajes S.A.S.

**SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS** a Obras y Montajes S.A.S., liquídense por secretaría de la Sección Tercera del Consejo de Estado e inclúyanse, por concepto de agencias en derecho, la suma equivalente a veinte (20) salarios mínimos mensuales legales vigentes a la fecha de la presente providencia.

**TERCERO:**Por secretaría de la Sección Tercera de esta Corporación se expedirán copias auténticas para ambas partes.

**CUARTO:** Una vez se encuentre en firme esta decisión, la Secretaría de la Sección Tercera de esta Corporación devolverá al Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá el expediente original, el cual remitió en carácter de préstamo y dejará copia del mismo para que haga parte del presente proceso.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**

**MARÍA ADRIANA MARÍN**

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

1. Folios 393-397 cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-1)
2. Cláusula vigesimosexta del contrato 0135-01051400. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folio 8 cuaderno de pruebas n.º 2. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 308-309 cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folios 311-314 cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 314-319 cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folios 320-321 cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folios 67-68 cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folios 304 y 323 cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-9)
10. De manera general, luego de referir que el recurso de anulación no es una nueva instancia y que en él no se puede plantear una discusión sobre la interpretación que el Tribunal le dio a las pruebas practicadas, consideró que la parte recurrente, a pesar de que invocó causales de anulación previstas en la ley, pretendió en realidad una revisión de la valoración probatoria que hicieron los árbitros al material probatorio del proceso y así lograr una revisión de fondo del laudo, como si se tratara de una segunda instancia. [↑](#footnote-ref-10)
11. El Ministerio Público mediante documento n.° 012 de 2018 conceptuó en el sentido de denegar el recurso extraordinario de anulación, toda vez que consideró que ninguno de los argumentos del recurrente configuró alguna de las causales alegadas. [↑](#footnote-ref-11)
12. 1) “*Haberse negado el decreto de una prueba pedida oportunamente o haberse dejado de practicar una prueba decretada, sin fundamento legal”*; 2) “*Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho*” y 3) “*Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”.* [↑](#footnote-ref-12)
13. Folio 485 cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-13)
14. Folio 488 cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-14)
15. Folio 489 cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-15)
16. Folio 491 cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-16)
17. Folios 498-501 cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-17)
18. Folio 583 cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-18)
19. Se confirma que el Tribunal Arbitral fundamentó su decisión de prescindir de la inspección judicial solicitada por la convocada mediante auto n.° 25 de 17 de julio de 2017, con fundamento en el artículo 236 del CGP. En dicho auto también consideró cerrada la etapa de instrucción. [↑](#footnote-ref-19)
20. La parte recurrente reconoció que no consideró necesario interponer el recurso de reposición, al confiar en que el Tribunal le daría razón a sus peticiones y excepciones, específicamente, esperó que encontrara acreditados algunos hechos en aplicación de las consecuencias establecidas en el artículo 267 del CGP. [↑](#footnote-ref-20)
21. Folios 503-504 cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-21)
22. Folio 578 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-22)
23. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente. Carlos Alberto Zambrano, sentencia de 17 de agosto de 2017, radicación¸110010326000201600030 00 (56347) Convocante: Conhydra S.A. ESP, convocado: municipio de Turbo - Aguas de Urabá S.A. E.S.P., recurso de anulación laudo arbitral. [↑](#footnote-ref-23)
24. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 27 de noviembre de 2017, radicado 11001-03-26-000-2017-00122-00 (59913), C.P. Jaime Orlando Santofimio. [↑](#footnote-ref-24)
25. Si bien esta providencia analizó el numeral 6 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, las consideraciones expuestas para aquella normativa resultan aplicables a la causal 7 contenida en la Ley 1563 de 2012, por contener los mismos presupuestos. [↑](#footnote-ref-25)
26. Cita de la sentencia SU 556 DE 2016. “*Por ese motivo, en la sentencia SU-173 de 2015 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. SV Luis Guillermo Guerrero Pérez), la Corte consideró que había un defecto orgánico por cuanto el fallo que resolvió un recurso de anulación se había adentrado hasta evaluar los asuntos sustanciales del laudo arbitral, lo cual constituía un ‘un juicio por errores in iudicando’, con lo cual el Juez de anulación se transformó en un Juez de Segunda Instancia, excediendo con ello las competencias propias de la anulación adjudicándose otras que para el caso no le están atribuidas por la Ley*”. [↑](#footnote-ref-26)
27. Folio 329 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-27)
28. Folio 335 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-28)
29. Folio 337 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-29)
30. Folio 339 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-30)
31. Folio 343 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-31)
32. Folio 345 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-32)
33. Folio 348 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-33)
34. Folio 330 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-34)
35. Folio 339 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-35)
36. Folio 341 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-36)
37. Folio 346 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-37)
38. Alegó el recurrente que el Banco de la República realizó la exhibición parcialmente. [↑](#footnote-ref-38)
39. Folio 581 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-39)
40. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 21 de julio de 2016, radicado 11001-03-26-000-2015-00148-00 (55.477), C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-40)
41. Folios 385-387 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-41)
42. Folio 332 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-42)
43. Folio 349 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-43)
44. Folio 361 y siguientes del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-44)
45. Folio 377 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-45)
46. Folio 380 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-46)
47. “*Artículo 188 C.P.A.C.A. Condena en costas****.****Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.* [↑](#footnote-ref-47)
48. A cuyo tenor: “*Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obedecimiento a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas (…)”.* [↑](#footnote-ref-48)
49. Numeral 9. Recursos extraordinarios: entre 1 y 20 S.M.M.L.V. [↑](#footnote-ref-49)