

## **TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO – Fallo en conciencia – Elementos**

El fallo en conciencia se presenta cuando la sentencia proferida hace caso omiso del régimen jurídico que gobierna el convenio del marco contractual y de las pruebas aportada. Lo que no ocurre en el caso que ocupa la atención de la Sala, por cuanto el Tribunal de Arbitramento resolvió con fundamento en el ordenamiento, se apoyó en el acervo probatorio y fundamentó su decisión en las disposiciones legales y en los términos contractuales. [...] el fallo en conciencia se presenta cuando el juez toma determinaciones siguiendo lo que le dicta su propio fuero interno, según su leal saber y entender, basado exclusivamente en el principio de la equidad, de manera que bien puede identificarse con el concepto de verdad sabida y buena fe guardada [«ex aequo et bono»]. En cambio, en el fallo en derecho el juez debe apoyarse en el ordenamiento jurídico, esto es, en el conjunto de normas sustanciales y procesales, así como en los principios que lo integran, que constituyen el marco de referencia en el que se ha de encuadrar su decisión. La Sección ha precisado que la causal de anulación en comento no conlleva -por parte del juez del recurso- la revisión de la argumentación jurídica elaborada por el Tribunal de Arbitramento. Además, para que se configure un fallo en conciencia, es necesario que dicha circunstancia sea evidente, ostensible y clara, por cuanto no resulta admisible que con esta causal se abra un debate propio de la segunda instancia. Un fallo en conciencia no es sólo aquel que no se ha constituido sobre normas jurídicas, sino que puede presentarse cuando se falla sin ningún soporte valorativo normativo de las pruebas respecto de los hechos que originan las pretensiones o las excepciones, esto es, con pretermisión de la totalidad de las pruebas que obran en el proceso. Es decir que, con base en esta causal no será posible verificar el fondo del fallo, ni menos aún modificar el valor probatorio que el juzgador le otorgó a cada una de las pruebas, en atención a los límites que la ley ha fijado a este recurso.

## **FALLOS ARBITRALES – Principio de congruencia – Decisión concordante con los hechos y las pretensiones formuladas**

Sobre el contenido de las causales 8ª y 9ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, la Sala ha señalado que son expresión de la garantía al principio de congruencia de los fallos, contenido en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil [modificado por el artículo 1º numeral 135 del Decreto 2282 de 1989], de acuerdo con el cual la decisión final de los árbitros debe resultar armónica, consonante y concordante con los hechos y las pretensiones formuladas en la demanda, y en las demás oportunidades procesales contempladas, y con las excepciones que resulten probadas o hubieren sido alegadas, cuando así lo requiera la ley, todo esto sometido a consideración por la voluntad de las partes en el proceso arbitral dentro de los límites previstos en el pacto arbitral [cláusula compromisoria o compromiso] celebrado por ellas, en la ley y en la Constitución Política, fuentes éstas que otorgan y enmarcan la competencia de los árbitros [...] los árbitros en los precisos términos y límites del pacto arbitral y la ley, están en la obligación de decidir y proveer sobre cada uno de los extremos del litigio bajo su conocimiento, para que el fallo garantice la debida correspondencia con lo que se pide en la demanda, los hechos en que se fundan esas pretensiones y las excepciones que aparecen probadas, so pena de que ante una omisión o extralimitación en la construcción del fallo de los asuntos susceptibles de resolver se incurra en las causales 8 y 9 de nulidad del artículo 163 del Decreto 1818 de 1993.

### **CONSEJO DE ESTADO**

#### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCIÓN TERCERA**

#### **SUBSECCIÓN B**

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

Bogotá, D. C., tres (3) de mayo de dos mil trece (2013)

**Radicación número: 11001-03-26-000-2012-00084-01(45739)**

**Actor: ECOVÍAS S.A.S. y CONCEP S.A.S.**

**Demandado: FONADE**

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

Resuelve la Sala el recurso de anulación interpuesto por el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo –FONADE-, contra el laudo arbitral de 26 de septiembre de 2012, proferido por el Tribunal de Arbitramento conformado a instancias del recurrente y de las sociedades ECOVÍAS S.A.S. y CONSTRUCCIONES CIVILES ESTUDIOS Y PROYECTOS S.A.S. –CONCEP S.A.S-, mediante el cual se dispuso:

*Primero.- Declarar que, en desarrollo del Contrato de Consultoría No. 2052012 de 18 de junio de 2005, se produjo una ruptura de la equivalencia económica del contrato, por causas imputables al Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

*Segundo.- En consecuencia, condenar al Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo –FONADE a pagar a ECOVÍAS S.A.S. y CONSTRUCCIONES CIVILES ESTUDIOS Y PROYECTOS S.A.S. –CONCEP S.A.S., dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, la suma de doscientos catorce millones doscientos cincuenta y siete mil quinientos treinta y cinco pesos (\$214 257 535), monto que incluye la actualización y los intereses de mora de acuerdo con la liquidación que obra en la parte motiva de esta providencia.*

*Tercero.- Por las razones expuestas en las consideraciones de este laudo, desestimar por falta de fundamento todas las excepciones propuestas por el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo –FONADE.*

*Cuarto.- Abstenerse de condenar en costas, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*Quinto.- Declarar causado el saldo final de los honorarios de los Árbitros y del Secretario. La Presidente del Tribunal efectuará los pagos correspondientes.*

*Sexto.- Ordenar que por Secretaria se expidan copias auténticas de este laudo con destino a cada una de las partes y copias simples para el Ministerio Público y el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.*

*Séptimo.- Disponer que, una vez esté en firme esta providencia, se protocolice el expediente en una de las notarías del Círculo de Bogotá.*

*Esta providencia quedó notificada en audiencia (fls. 611-612 cuaderno principal).*

Y, mediante auto de 10 de octubre del mismo año, el tribunal negó por improcedente la solicitud de aclaración y corrección presentada por las convocantes (fl. 618 cuaderno principal).

## I. ANTECEDENTES

### 1.1 La demanda

El 12 de julio de 2011, las sociedades ECOVÍAS LTDA. y CONSTRUCCIONES CIVILES, ESTUDIOS Y PROYECTOS S.A.S., CONCEP S.A.S., integrantes del denominado Consorcio Saneamiento Básico R-2005, por conducto de apoderado judicial, en ejercicio de la acción contractual consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo y de la cláusula compromisoria, solicitaron al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento, para que con citación y audiencia del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo –FONADE- se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

*1.1.- Que se declare en desarrollo del contrato de consultoría No. 2052012 de junio 18 de 2005, se produjo una situación de ruptura de la ecuación o equivalencia económica del contrato, por razones imputables íntegramente a la entidad pública contratante.*

*1.3<sup>1</sup>.- Que como consecuencia de dicho rompimiento, se condene al Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo –FONADE- a pagar a las sociedades que integran el consorcio, las sumas que resulten probadas por concepto de daño emergente y lucro cesante, correspondiente a los costos en que éstas incurrieron durante el plazo del contrato y el mayor tiempo en el que permanecieron prestando los servicios a su cargo, sin recibir remuneración alguna.*

*1.4.- Que se condene al Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo –FONADE- a pagar los intereses moratorios, la actualización de los dineros, los reajustes y demás conceptos tendientes a obtener la actualización de las sumas debidas, desde el momento en que debieron pagarse hasta la fecha en que efectivamente se realice el pago, así como los gastos y costas del proceso y los honorarios de abogado.*

La parte convocante puso de presente los hechos que se resumen a continuación:

-. Mediante documento suscrito por los representantes de las sociedades convocantes el 27 de abril de 2005, se constituyó el Consorcio Saneamiento Básico R-2005, con el fin de presentar propuesta en la invitación pública

---

<sup>1</sup> La Sala observa que en el acápite de pretensiones de la demanda no existe el numeral 1.2.

adelantada por el FONADE, para llevar a cabo la interventoría de varios proyectos que se ejecutarían en el departamento de Guaviare.

- El 18 de julio de 2005, la entidad pública y el consorcio suscribieron el contrato de consultoría n.º 2052012, cuyo objeto fue la *“interventoría técnica, administrativa y financiera para los proyectos que se ejecuten en virtud de los convenios de apoyo financiero suscritos entre el MAVDT, FONADE y los municipios beneficiarios del Grupo R-Guaviare”*, con un plazo de ejecución de doce (12) meses contados a partir del acta de inicio, esto es del 12 de diciembre del mismo año.

- El 27 del mes y año en mención, el consorcio interventor suscribió con el ejecutor del proyecto, el acta de inicio del convenio interadministrativo n.º 209, celebrado entre la alcaldía del municipio de San José del Guaviare y la Administración Cooperativa del Territorio Colombiano, para la construcción de las obras de optimización del acueducto, primera fase, cuyo plazo de ejecución fue pactado en nueve meses.

- Según las demandantes, durante la ejecución del convenio, las partes suscribieron nueve actas de prórroga del plazo contractual, en atención al *“retraso en la entrega de los planos definitivos de la planta de tratamiento y línea de conducción de agua cruda (...)”* y por cuanto *“(...) las falencias de la etapa precontractual encontradas por el contratistas en la etapa de ejecución retrasaron sustancialmente la programación de la obra al encontrar un proyecto diferente”*. En algunas se justificó por las lluvias que afectaron la zona y por los inconvenientes técnicos presentados en el proyecto. El total de las prórrogas fue de diecinueve (19) meses, es decir, que la ejecución del contrato se prolongó por un periodo de veintiocho (28) meses, *“(...) por ello, como el contrato de interventoría se suscribió cinco meses antes del acta de iniciación de los trabajos, mis representadas ejercieron realmente la labor de interventoría por espacio de 33 meses, cuando el plazo inicial era de 12”*, periodo durante el cual, según su versión, cumplió con la totalidad de las obligaciones previstas en el contrato.

- En los términos de la demanda, desde el 26 de enero de 2006 el consorcio interventor informó a FONADE sobre la falta de detalles de los diseños de red y de planos, entre otros aspectos necesarios para llevar a buen término la ejecución de los trabajos. Y el 23 de marzo siguiente, dio cuenta de haber solicitado al

municipio de San José de Guaviare que informara a las aseguradoras sobre el incumplimiento del contratista, petición ésta que fue reiterada los días 24 de noviembre y 13 de febrero de 2007.

El mismo 23 de marzo de 1996, las demandantes conminaron al contratista de la obra al cumplimiento, *“haciéndole saber que el proyecto tenía para esa fecha un atraso de 3 meses”*.

-. La parte actora sostiene que el 1º de diciembre de 2006, el consorcio interventor dio cuenta al FONADE del estado del contrato de obra y de los retrasos que éste presentaba. En la misma comunicación, solicitó el reconocimiento de la mayor permanencia en obra de la interventoría, *“pues a esa fecha, las labores que venían desarrollando, excedían la remuneración que se había pactado en el contrato”*.

-. Según las demandantes, el 12 del mes y año en mención se cumplió el plazo de ejecución del contrato de consultoría y *“(…) para esa fecha estaba en vigencia la prórroga número 2 del contrato de obra, que había sido suscrita el 27 de octubre y cuyo término de 2 meses concluía el 27 de diciembre de 2006”*.

-. En los términos de la demanda, el 1º de abril de 2007, el FONADE solicitó al consorcio la prórroga de las pólizas de cumplimiento y de responsabilidad civil hasta el 13 de octubre de 2007, lo que en efecto se dio el día 17 siguiente y el 10 del mismo mes y año, mediante oficio CI0464, la interventoría informó a FONADE que *“habían transcurrido 15 meses de ejecución de un contrato que estaba técnica y económicamente pactado a 9 meses”*, a la vez que puso de presente un desequilibrio económico.

-. Según la parte actora, el 15 de mayo siguiente, mediante oficio 0654, el consorcio interventor realizó con detalle un recuento de los informes mensuales presentados en virtud de la gestión de supervisión realizada al contrato de obra, dando cuenta, al mismo tiempo, de las comunicaciones enviadas al contratista, al municipio de San José del Guaviare y al FONADE, en las que se informaba sobre los retrasos en los trabajos y los reiterados incumplimientos, sin obtener respuesta.

- Las demandantes afirmaron que el 27 de junio de 2007, mediante oficio n.º 510-2-6370, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial remitió a FONADE un plan financiero que incluía el reconocimiento del periodo ejecutado entre los meses de diciembre de 2006 a octubre de 2007, por valor de \$116 671 800. Aseguraron, que mediante oficios de 18 de marzo, 4 y 28 de abril de 2008 solicitaron información al fondo sobre el otrosí que debía suscribirse, *“de acuerdo a lo establecido con esta entidad para el reconocimiento de la mayor permanencia en obra”*.

En los términos de la demanda, transcurridos 28 meses, esto es el 30 de abril de 2008, el representante legal del contratista de obra, el contratante y el Consorcio Saneamiento Básico R-2005, en calidad de interventor de las obras, suscribieron el acta de terminación del contrato de obra n.º 209 de 2005 y el 15 de mayo siguiente el acta de entrega y recibo final del mismo.

- Mediante oficio CI-253/003-09/0260 de 5 de marzo de 2009, el consorcio solicitó al FONADE respuesta a la petición de reconocimiento económico aprobado por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo territorial, en razón de la mayor permanencia en obra, con el fin de liquidar el contrato de consultoría. La petición fue reiterada los días 10 de marzo, el 6 de agosto y 27 de octubre del mismo año.

- En versión de las convocantes, el 31 de diciembre de 2009 suscribieron las actas de entrega y recibo final del contrato de interventoría y el acta de terminación del mismo, *“las cuales fueron remitidas a FONADE el 21 de enero de 2010 mediante oficio No. CI-253/001-10/0060”*, sin que la entidad haya reconocido los costos derivados de la mayor permanencia en obra.

- Ante la negativa de la entidad, la parte actora solicitó el trámite conciliatorio ante la Procuraduría 49 Judicial II Administrativa de la ciudad de Villavicencio, empero no se logró ningún acuerdo. Aseguró que, el 15 de marzo de 2011, mediante comunicación n.º 20112330072581, FONADE solicitó al consorcio la actualización de las pólizas del contrato de consultoría, lo cual se hizo en la misma fecha y se adjuntó con la comunicación el acta de liquidación del contrato.

- Según la parte actora, el contrato de consultoría continúa sin ser liquidado y sin reconocer los mayores valores causados (fls. 3-12 cuaderno 1).

## 1.2 La defensa del demandado

El 28 de octubre de 2011, instalado el Tribunal de Arbitramento, la demanda fue admitida. El 16 de noviembre del mismo año, el libelo fue notificado al Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo. En el escrito de contestación, la entidad se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó unos hechos, negó otros y formuló excepciones. Alegó el incumplimiento del consorcio interventor, comoquiera que, ante el evidente atraso de las obras, no adoptó ninguna medida efectiva para evitar su parálisis y solo a pocos días del vencimiento del contrato de obra n.º 209 de 2005, conceptuó sobre la inconveniencia de su prórroga. Sostuvo que no es cierto que FONADE y el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo hayan aprobado un reconocimiento económico por la mayor permanencia en obra, distinto al valor pactado en el contrato de consultoría n.º 2052012, al tiempo que adujo que la entidad no suscribió las actas de entrega y recibo final y de terminación del mismo.

En el mismo escrito de contestación, el Fondo Nacional de Proyectos de Desarrollo –FONADE- formuló las excepciones de caducidad, renuncia del derecho a reclamar, ausencia de valor probatorio de ciertos documentos allegados por la parte demandante, contrato no cumplido, falta de estructuración de la pretensión declarativa, compensación, desproporción de los perjuicios estimados en la demanda y ausencia o inexistencia de intereses.

Sobre la caducidad, la entidad puso de presente que el plazo del contrato de consultoría venció el 11 de diciembre de 2006 y transcurrido el término de cuatro meses para liquidarlo, el plazo corrió hasta el 12 de abril de 2007, razón por la cual la demandante contaba hasta el 12 de abril de 2009 para presentar la demanda y, al hacerlo el 12 de julio de 2001, fue extemporánea.

En relación con la excepción de *“renuncia del derecho a reclamar”*, el fondo alegó que en la cláusula 2.3 del contrato de consultoría n.º 2052012 las sociedades demandantes renunciaron expresamente a efectuar cualquier tipo de reclamación económica, en caso de que el plazo de ejecución del proyecto se extendiera *“un poco más de lo estimado”*, sin que le fuera permitido al juez interpretar la manifestación inequívoca de su voluntad.

Agrega la parte convocada que *“(...) las presuntas actas de entrega y recibo final del contrato de servicios de consultoría No. 2052012 y el acta de terminación del mismo contrato que fueron allegados al proceso por la parte demandante no pueden ser reputados como documentos auténticos ni mucho menos que se les atribuya plenos efectos probatorios, en la medida que muchos de ellos no fueron debidamente suscritos por el funcionario de FONADE competente”*. Por tal razón, la entidad *“no reconoce ni acepta los documentos que la parte demandante pretende hacer valer en su contra”*.

Sobre la excepción de contrato no cumplido, el fondo sostuvo que fue el Consorcio Saneamiento Básico R-2005 quien incumplió con las obligaciones a su cargo, en la medida en que no realizó una supervisión oportuna y diligente de las obras.

La entidad alegó, por otro lado, la falta de estructuración de la pretensión declarativa, fundada en que *“los hechos aducidos para sustentarla no cumplen a cabalidad con los requisitos exigidos de manera perentoria por la ley”*. Así mismo, solicitó que, en el evento en que se llegare a condenar a FONADE al pago de alguna suma de dinero, se ordenará compensar con los valores que, *“sin importar la fuente o concepto”*, el Consorcio Saneamiento Básico R-2005 le pudiere adeudar.

En cuanto a la desproporción de los perjuicios estimados en la demanda, la entidad sostuvo que los mismos deberán ser acreditados por la parte actora, al tiempo que controvierte el dictamen pericial aportado por las convocantes, comoquiera que *“parte de la base de la existencia de un pago mensual, el cual de la simple lectura del contrato y de los pliegos se evidencia que no existe”*, aunado a que *“la cifra estimada en dicho documento excede en una suma superior a un 200% la suma total del contrato”*.

Por último, la parte convocada alegó la improcedencia del reconocimiento de intereses, en la medida en que *“la declaración de la existencia de la obligación dependerá exclusivamente de la ejecutoria de la providencia que ponga fin al proceso”* (fls. 228-266 cuaderno 1).

### **1.3 Alegatos de conclusión**

#### **1.3.1 Convocante**



Las sociedades ECOVÍAS LTDA y CONCEP S.A.S. alegan que los retrasos en los trabajos contratados “(...) fueron ocasionados por el deficiente esquema de contratación utilizado por FONADE y por la demora en la adopción de decisiones que hubiesen podido prevenir unos costos menores”, sin que fueran atendidos los requerimientos de la interventoría en relación con los incumplimientos reiterados del contratista. Insisten en que la mayor permanencia en la obra generó mayores costos, los cuales deben ser reconocidos y pagados.

La parte actora se opuso a la prosperidad de las excepciones formuladas por la parte convocada, en la medida en que carecen de fundamento y soporte probatorio (fls. 401-424 cuaderno 1).

### **1.3.2 Convocado**

El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo –FONADE- reiteró los argumentos que sustentaron cada una de las excepciones formuladas en la contestación de la demanda y, además, alegó la *“falta de perfeccionamiento de la reasignación de recursos y de la modificación del plan financiero del contrato de servicios de consultoría No. 2052012”*, *“la ausencia de estructuración de la teoría de imprevisión”*, *“la ausencia de contradicción del dictamen pericial allegado al proceso por la parte demandante”* y *“la exclusión del principio del equilibrio económico del contrato”*, en razón de que el régimen jurídico aplicable al mismo corresponde al derecho privado y no al contenido en el Estatuto de Contratación (fls. 425-496 cuaderno 1).

### **1.3.3 Intervención del Ministerio Público**

En concepto de la vista fiscal el fallo tiene que ser inhibitorio, comoquiera que los perjuicios causados a la parte actora debían ser objeto de reclamación por la *actio de in rem verso* y por la vía de la acción contractual, razón por la cual el Tribunal de Arbitramento, a su parecer, no tiene competencia para pronunciarse sobre la controversia planteada –se destaca-:

*Consideramos que el Consorcio siguió desarrollando la labor de interventoría sin contrato y con la falsa creencia de una posterior legalización de sus actividades y como se demostró en el desarrollo del proceso sufrió un daño el cual debe ser necesariamente indemnizado, pero no compartimos la vía utilizada para reclamar*

*este daño, considerando que la acción incoada debe ser la denominada actio in rem verso, aceptada en nuestro desarrollo jurisprudencial y que se utilizaba para evitar el enriquecimiento sin causa, en este caso de una entidad estatal, pero ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, teniendo en cuenta que la justicia arbitral carece de competencia para pronunciarse sobre temas que por ley escapan a la órbita contractual (fls. 497-519 cuaderno 1).*

## **II. LAUDO ARBITRAL**

### **2.1 Contenido de la decisión**

El 26 de septiembre de 2012 el tribunal profirió el laudo arbitral. Declaró el rompimiento del equilibrio contractual por causas imputables a la entidad pública contratante –FONADE- y, en consecuencia, condenó al pago de \$214 257 535, representado en el saldo del valor adeudado del contrato, por concepto de mayor permanencia en obra.

Para abordar el estudio de la pretensión de declaratoria de desequilibrio –distinguida con el número 1.1.-, el tribunal estableció que el contrato de consultoría n.º 2052012, suscrito por las partes el 18 de junio de 2005, es *“un típico contrato estatal”*, en la medida en que la entidad convocada es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, de carácter financiero, que hace parte de la rama ejecutiva del poder público, empero no se rige por el Estatuto Contractual sino por las normas del derecho privado y las normas civiles y comerciales, sin que ello implique desconocer las disposiciones que gobiernan la función administrativa.

En relación con el fondo del asunto, los árbitros consideraron que la extensión del plazo del contrato de obra, objeto de supervisión, se realizó bajo premisas que hicieron necesario ampliarlo, dando lugar a que las obligaciones del interventor también se extendieran en el tiempo, *“[e]ste hecho implicó, en la práctica, el despliegue del ejercicio mensual del Consorcio supervisor hasta el 31 de diciembre de 2009, según consta en el Acta No. 01 de Terminación del Contrato de Interventoría, firmada tanto por el FONADE como por el Consorcio”*.

El Tribunal encontró acreditado que el contratista interventor desplegó una intensa actividad encaminada no solo a cumplir su objetivo de supervisión frente al contrato de obra, sino a acompañar su desarrollo, *“estando presente de manera bien importante incluso después de la finalización del contrato de obra a supervisar”*. Destacó que no obstante la presencia de serias faltas en la planeación y ejecución de las obras y la descoordinación entre los diferentes

agentes públicos involucrados, el contrato de obra finalmente se cumplió, entregó y canceló, mediante acta de entrega y recibo final suscrita el 15 de mayo de 2008, anotando que *“(..) el de interventoría le sobrevivió por más de 18 meses en los que el contratista ejecutó labores de acompañamiento a la entidad y desplegó una actividad que queda evidenciada en la documentación que consta en el expediente arbitral”*.

El Tribunal evidenció, además, la conducta descuidada y omisiva de FONADE frente a su contratista de obra, pues *“(..) no permitió definir aspectos absolutamente fundamentales como el de la autorización de las prórrogas y la legalización de los recursos adicionales por él solicitados”*.

Sobre el cumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo del consorcio interventor, durante la ampliación del plazo, sin que mediara escrito alguno, los árbitros señalaron:

*Como ya se indicó con anterioridad, es diáfano para el Tribunal que en este caso se trabajó y se desarrolló parte del trabajo, sin la formalización documental de las mayores labores y su permanencia en obra, circunstancia ésta que no admite discusión. No obstante lo dicho, se hace necesario indicar que el Consorcio Interventor, a pesar de la no formalización documental, desarrolló las tareas de interventoría y se mostró atento a pedir que la administración suscribiera los contratos adicionales de rigor. Su conducta pues, no fue omisiva ni negligente y sí se advierte silencio de los destinatarios frente a las diversas solicitudes del contratista, no solamente en lo que hace relación con la formalización de sus tareas, sino con las permanentes peticiones de desbalance de su economía, buscando la preservación de la equivalencia o proporcionalidad entre las prestaciones mutuas. Todo lo anterior unido al hecho de que la administración recibió el contrato como cumplido a satisfacción.*

*Así las cosas, es criterio del Tribunal que no se hace posible sostener, en el caso presente, que la inexistencia de contratos adicionales por la inactividad de la administración pueda tener como consecuencia que al contratista de buena fe no se le cancelen los trabajos realizados, que sirvieron a los propósitos contratados, so pena de encontrarse frente, entre otras figuras, a un enriquecimiento sin causa. La omisión de la formalidad de un documento escrito no puede dar pie para que la administración desconozca el pago de un trabajo realizado por el contratista, circunstancia esta que de darse lo perjudicaría patrimonialmente, enriqueciendo el haber del Estado sin razón alguna para ello.*

En mérito de lo expuesto, el tribunal i) desestimó la argumentación de la parte convocada, en lo que hace referencia a la falta de legalización de las prórrogas y adiciones, máxime cuando aparece suscrita por los contratantes un acta de recibo y satisfacción, en la que se indica que el contrato terminó el 31 de diciembre de

2009, anotando que *“Nadie puede ir contra los actos propios”* y ii) resolvió que *“la pretensión distinguida con el número 1.1 está llamada a prosperar”*.

En relación con las pretensiones de condena –identificadas con los números 1.3 y 1.4-, los árbitros trajeron a colación el dictamen pericial aportado por la parte convocante con la demanda arbitral y remitido a la convocada con el traslado de la misma. Revisado el contenido de la experticia, el tribunal determinó que no tenía la firmeza, la precisión y la calidad exigida por el artículo 241 del C.P.C. para que fuera tenida en cuenta en la valoración de los perjuicios, comoquiera que i) el cálculo se realizó hasta el 30 de abril de 2008, fecha de terminación del contrato de obra y no hasta el 31 de diciembre de 2009, momento en que culminó la interventoría y ii) desconoció *“(...) que los pagos estaban sujetos al avance físico de la obra (..) pasándose por alto su incidencia al momento de concluir un valor fijo mensual que multiplicó, sin mayor análisis, por los 16 meses adicionales, para dar como resultado \$238.026.666,67, cifra que por supuesto no está debidamente soportada”*.

No obstante lo anterior y ante la poca credibilidad que ofrecía la experticia aportada con la demanda, el tribunal destacó la existencia del oficio de 18 de diciembre de 2009, en el que *“(...) se colige con claridad que la suma de \$116.671.800 fue aprobada por las entidades estatales involucradas en el contrato y adicionalmente fue aportada por el Ministerio a FONADE, como suma final en la que se incluía la totalidad de los costos, utilidades, IVA y cualquier otra obligación tributaria para el interventor”*. En estos términos, concluyó que el reconocimiento realizado por la parte convocada constituía plena prueba, no solo de la aprobación de su monto, sino de la autorización de su pago, el que debería, según el documento, ser incluido posteriormente en la liquidación, a fin de que se cancelara como saldo al valor inicial del contrato.

En consecuencia, el Tribunal actualizó la suma en mención y liquidó intereses moratorios a la tasa máxima moratoria comercial, dando como resultado la cantidad de \$214 257 535.

Precisado lo anterior, los árbitros procedieron a resolver las excepciones propuestas por la entidad pública convocada –FONADE-.

Consideró el Tribunal, además, infundada la excepción de caducidad, pues “(..) si se cuentan los términos, en el peor de los eventos, desde la fecha del Acta No. 1 de Terminación del Contrato de Interventoría y del Acta de Entrega y recibo final del contrato, en las que se deja claro y sentado que la finalización del mismo se produjo el 31 de diciembre de 2009, la acción caducaría el 31 de diciembre de 2011 y la demanda se presentó, como aparece en la probanza, el 12 de julio de ese año, sin entrar a contar los 4 meses para la liquidación a que hace referencia el acta de entrega y recibo final, liquidación de común acuerdo que nunca se firmó”.

En relación con la excepción denominada “*renuncia del derecho a reclamar*”, fundada en que el interventor “*renunció expresamente a efectuar cualquier tipo de reclamación económica en caso de que el plazo de ejecución del proyecto se extendiera un poco más de lo estimado*”, los árbitros precisaron que la cláusula del contrato que así lo consagraba debía ser interpretada de acuerdo con su contenido literal, pues “(..) de conformidad con el *Diccionario de uso del Español de María Moliner*, el concepto de “*un poco*” expresa una pequeña cantidad o un número pequeño”, empero “(..) en ningún caso podría entenderse como más del doble, en este caso, del tiempo estimado de duración del proyecto, como pretende la convocada (..), con el objeto de no dar cumplimiento a sus obligaciones contractuales y, en particular, al pago del contratista, cuya permanencia en la obra –en todo caso- no le es imputable”.

En cuanto a la “*ausencia de valor probatorio de los documentos allegados por la parte demandante*”, el tribunal anotó que fue la misma convocada la que aportó copias autenticadas de los documentos que manifestó desconocer, en su escrito de contestación, aunado al hecho de que quien aparece firmando varios documentos que obran en el expediente, obró en representación de FONADE, los cuales, además, no fueron tachados de falsos. Por tanto, desestimó la excepción formulada.

Los árbitros encontraron, por otra parte, que las excepciones denominadas “*contrato no cumplido*”, “*falta de estructuración de la pretensión declarativa formulada por la parte demandante*”, “*compensación*” y “*ausencia o inexistencia de intereses*”, carecían de soporte probatorio, pues simplemente se limitaban a realizar afirmaciones sin ningún sustento.

Sobre la excepción de *“desproporción de los perjuicios estimados en la demanda”*, el tribunal precisó que *“no constituye una excepción en sentido jurídico sino una alegación de parte”*, aunado a que la experticia aportada por la parte convocante con la demanda, fue debidamente entregada a FONADE para que ejerciera su derecho de defensa y contradicción, por tanto, concluyó que la misma era prueba válida para el proceso.

Por último, los árbitros declararon infundada la tacha del testimonio del señor Álvaro Ernesto Narváez Fuentes, realizada por la parte convocante en audiencia, en la medida en que la práctica de la prueba fue realizada en razón de su petición y, además, sustentó sus alegaciones en las manifestaciones del deponente, *“actitud ésta que para el tribunal es incongruente con su propio planteamiento de tacha”*.

En razón de la prosperidad de las pretensiones objeto de la demanda, el tribunal se abstuvo de imponer condena en costas (fls. 526-612 cuaderno principal).

## **2.2 Aclaración y corrección del laudo**

La parte convocante solicitó aclaración y corrección del laudo, fundada en que i) la liquidación realizada por el tribunal no tuvo en cuenta que la suma reconocida *“se refiere a un término que es seis meses inferior al real”*, pues, en su sentir debía realizarse durante el periodo comprendido entre los meses de octubre de 2007 y abril de 2008, fecha en la que se extendió la permanencia de la obra y ii) los intereses de mora debían calcularse a *“la tasa de interés máxima permitida por la ley”* (fls. 613-614 cuaderno principal).

Mediante auto de 10 de octubre de 2012, el Tribunal de Arbitramento negó por improcedente la solicitud, en la medida en que la petición no tenía que ver con errores aritméticos, sino con apreciaciones distintas respecto de la decisión adoptada, a la vez que supone una valoración probatoria diferente que no resulta procedente después de emitida la providencia (fls. 615-618 cuaderno principal). La decisión se notificó en audiencia.

## **III. RECURSO DE ANULACIÓN**

Oportunamente el Fondo Nacional de Proyectos de Desarrollo –FONADE- presentó recurso de anulación contra el laudo proferido el 26 de septiembre de 2012, para que se revoque y, en su lugar, se denieguen las súplicas de la demanda. Para el efecto, invocó las causales consagradas en los numerales 6 y 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, a cuyo tenor se lee:

*Artículo 163. Son causales de anulación del laudo las siguientes:*

*6.- Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.*

*(..)*

*8.- Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido (fls. 619-621 cuaderno principal).*

En el escrito de sustentación, la entidad pública dividió su argumentación en cinco puntos a saber: i) *“la acción impetrada por la parte demandante estaba caducada”*; ii) *“la inexistencia jurídica de la reasignación de recursos y de la modificación del plan financiero del contrato de servicios de consultoría No. 2052012”*; iii) *“el tribunal de arbitramento mutó la acción contractual en una acción in rem verso desconociendo con ello la voluntad de las partes consignada en la cláusula compromisoria”*; iv) *“el tribunal de arbitramento falló en equidad con fundamento en el principio de enriquecimiento sin justa causa”* y v) *“la renuncia del derecho a reclamar hecha por el Consorcio Saneamiento Básico R-2005”*.

En relación con la caducidad de la acción, el recurrente puso de presente que el plazo del contrato de consultoría n.º 2052012 terminó el 11 de diciembre de 2006 y que sumado al término pactado por las partes para liquidarlo, esto es cuatro meses siguientes a su vencimiento, el plazo se corría al 12 de abril de 2007, por lo que la acción habría caducado el 12 de abril de 2009. Por tanto, a su parecer, la demanda presentada el 12 de julio de 2011, lo fue extemporáneamente.

La entidad pública sostuvo, además, que el contrato de consultoría *“es inexistente a la luz del artículo 898 del Código de Comercio”*, en la medida en que la reasignación de recursos y la modificación del plan financiero que soportaba dicha contratación *“nunca se perfeccionó ni legalizó”*.

Sobre la mutación de la acción, el FONADE puso de presente que la inexistencia de la reasignación de recursos, que, en su sentir, deviene en la inexistencia del negocio jurídico, impedía que la convocante acudiera a la acción contractual, pues la vía procesal idónea lo era la *actio de in rem verso* por el enriquecimiento sin causa atribuido a la entidad y, en esta medida, el Tribunal de Arbitramento no estaba facultado para fallar como lo hizo –se destaca–:

*Bajo esta óptica, resulta absolutamente claro e inobjetable que la parte demandante debía reclamar los presuntos perjuicios sufridos con ocasión de la presunta ejecución de ciertas actividades que no estaban cobijadas jurídicamente por la existencia de un contrato válido, existente y eficaz, por medio de la acción autónoma de enriquecimiento sin justa causa.*

(..)

*Dentro de este contexto, resulta a todas luces inadmisibile que el tribunal haya apelado a un razonamiento de equidad y justicia, propio de la acción de enriquecimiento sin justa causa, para enderezar y subsanar los defectos sustantivos y adjetivos y, en consecuencia, condenar a FONADE por unos presuntos perjuicios extracontractuales causados a la parte demandante.*

*Esto desconoce, sin duda alguna, el carácter contractual, rogado y restrictivo del pacto arbitral, por medio del cual únicamente se pueden ventilar controversias suscitadas con ocasión de la celebración, ejecución o liquidación de un contrato estatal, y no, como ocurrió en el caso concreto, el reconocimiento y condena por perjuicios presuntamente irrogados al margen de una relación contractual existente, válida y eficaz en los términos exigidos por el ordenamiento jurídico-positivo.*

*Así las cosas, el Tribunal de Arbitramento desconoció la voluntad clara y expresa de las partes vertida dentro de la cláusula compromisoria que, por demás, constituye la fuente y origen de su competencia jurisdiccional...*

Fundado en el anterior razonamiento, el recurrente invocó la causal de anulación prevista en el numeral 6º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998. Al respecto, manifestó:

*(..) el Tribunal de Arbitramento se apartó del ordenamiento jurídico positivo vigente para decidir que, a pesar de encontrar debidamente probado dentro del expediente procesal que las actividades extracontractuales que la parte demandante había ejecutado a favor de FONADE nunca fueron debidamente legalizadas y protocolizadas de conformidad con lo exigido por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y eran, por tanto, inexistentes para el mundo del derecho, había lugar a condenar a FONADE por razones de justicia y equidad.*

Por último, en cuanto a la renuncia del derecho a reclamar, la entidad pública adujo que de una simple lectura de la cláusula 2.3, relativa a las condiciones



especiales del contrato de consultoría n.º 2052012, se desprende que el Consorcio Saneamiento Básico R-2005 renunció expresamente a efectuar cualquier tipo de reclamación económica en caso de que el plazo de ejecución del proyecto se extendiera *“un poco más de lo estimado”*, constituyéndose, a su parecer, en una manifestación de voluntad libre y espontánea de disposición del derecho, *“que es por tanto ley para las partes, en los términos del artículos 1602 del C.C.”*.

En este orden de ideas, el recurrente consideró que *“(.) el Tribunal de Arbitramento se pronunció sobre un asunto respecto del cual la parte demandante había renunciado a su derecho a reclamar judicialmente, configurando, por tanto, la causal prevista en el numeral 8º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998”* (fls. 640-669 cuaderno principal).

### **3.1 Intervención del Ministerio Público**

La vista fiscal considera que el laudo arbitral proferido el 26 de septiembre de 2012 no se encuentra inmerso en las causales de anulación previstas en los numerales 6º y 8º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, comoquiera que i) *“no fue emitido conforme a la íntima convicción de los árbitros, sino que corresponde a una decisión ponderadas y emitida en derecho”*, basado en las pruebas oportuna y legalmente allegadas al proceso y ii) *“(.) la renuncia a reclamar que invoca la convocada para afirmar que el tribunal no podía pronunciarse sobre la mayor permanencia en obra, no se ajusta a las condiciones que permitían su aplicación, ya que la prolongación del contrato no fue por “un poco más del tiempo estimado”, sino a una exagerada ampliación del plazo contractual”* (fls. 670-682 cuaderno principal).

## **IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **4.1 Competencia**

Esta Sala es competente para conocer del recurso extraordinario de anulación interpuesto por la parte convocada contra el laudo arbitral de 26 de septiembre de 2012, proferido por el Tribunal de Arbitramento conformado para resolver las controversias surgidas entre las sociedades ECOVÍAS S.A.S. y CONSTRUCCIONES CIVILES, ESTUDIOS Y PROYECTOS S.A.S. –CONCEP

S.A.S.- y el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo –FONADE-, por cuanto fue emitido para dirimir un conflicto surgido con ocasión del “*Contrato de Servicios de Consultoría*” n.º 20052012, en el que una de las partes, FONADE<sup>2</sup>, es una entidad pública.

## **4.2 La controversia arbitral**

El 18 de julio de 2005, las sociedades ECOVÍAS S.A.S. y CONSTRUCCIONES CIVILES, ESTUDIOS Y PROYECTOS S.A.S. –CONCEP S.A.S.-, como integrantes del Consorcio Saneamiento Básico R-2005 y el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo –FONADE- celebraron el Contrato de Servicios de Consultoría n.º 20052012, cuyo objeto fue la “*Interventoría Técnica, Administrativa, Financiera para los Proyectos que se ejecuten en virtud de los Convenios de Apoyo Financiero, suscritos entre el MAVDT, FONADE y los Municipios beneficiarios del Grupo R Guaviare*”.

Las partes acordaron un plazo de ejecución de doce (12) meses y un valor de \$207 083 200 (fls. 475-494 cuaderno de pruebas 1).

## **4.3 La cláusula compromisoria**

En la cláusula 8.2 del contrato de servicios de consultoría n.º 2052012 de 18 de julio de 2005, las partes convinieron someter las diferencias surgidas con ocasión de su ejecución, a la decisión de un Tribunal de Arbitramento, integrado por tres miembros designados por la Cámara de Comercio de Bogotá, así:

*Solución de controversias: Toda diferencia, controversia o reclamación que surja de este Contrato o en relación con el mismo, o con su incumplimiento, rescisión o invalidez, deberá solucionarse mediante arbitraje en derecho ante un Tribunal de Arbitramento conformado por tres (3) árbitros que se escogerán así: el Contratante escogerá a uno (1), el Contratista escogerá a uno (1) y los dos árbitros escogerán de común acuerdo a uno (1). Este arbitraje se tramitará ante la Cámara de Comercio de Bogotá D.C. (fl. 494 cuaderno de pruebas 1).*

---

<sup>2</sup> En los términos del Decreto 288 de 2004, por medio del cual se modificaron los numerales 1º y 2º del artículo 286 del Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo –FONADE- “(..) es una empresa industrial y comercial del Estado, de carácter financiero, dotada de personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa y vinculada al Departamento Nacional de Planeación y vigilada por la Superintendencia Bancaria. Tendrá su domicilio en la ciudad de Bogotá”.

## 4.4 Análisis del caso

### 4.4.1 Cuestión previa-alcance de la decisión

En este punto, la Sala debe precisar el alcance de las causales 6º y 8º del artículo 163 Decreto n.º 1818 de 1998, invocadas por la parte recurrente y para el efecto, corresponde precisar que la Ley 1150 de 2007 modificó el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 y que el decreto en mención compiló las causales de anulación, así:

*“Artículo 22. Del recurso de anulación contra los laudos arbitrales. El artículo 72 de la Ley 80 de 1993, quedará así:*

*“Artículo 72. Del recurso de anulación contra el laudo arbitral. Contra el laudo arbitral procede el recurso de anulación. Este deberá interponerse por escrito presentado ante el Tribunal de Arbitramento dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente.*

*El recurso se surtirá ante la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.*

*Son causales de anulación del laudo las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989<sup>3</sup> o las normas que lo modifiquen, deroguen o sustituyan”.*

---

<sup>3</sup> El artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, compilado en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1993, es del siguiente contenido:

*“Son causales de anulación del laudo las siguientes:*

- 1. La nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita. Los demás motivos de nulidad absoluta o relativa sólo podrán invocarse cuando hayan sido alegados en el proceso arbitral y no se hayan saneado o convalidado en el transcurso del mismo.*
- 2. No haberse constituido el Tribunal de Arbitramento en forma legal, siempre que esta causal haya sido alegada de modo expreso en la primera audiencia de trámite.*
- (..)*
- 4. Cuando sin fundamento legal se dejaren de decretar pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos.*
- 5. Haberse proferido el laudo después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral o su prórroga.*
- 6. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.*
- 7. Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento.*
- 8. Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido y,*
- 9. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento (artículo 38 Decreto 2279 de 1989)”.*

Se tiene entonces que el recurso de anulación fue concebido para proteger las garantías procesales en los estrictos términos de la ley, para el efecto, la violación del principio de la congruencia, los errores aritméticos o las decisiones contradictorias. A diferencia de la apelación, el recurso de anulación no da lugar a revisar el aspecto sustancial del laudo, ni permite reabrir el debate probatorio. Sobre el particular, la Sala ha sostenido:

*a) El recurso de anulación de laudos ataca la decisión arbitral por errores improcedendo en que haya podido incurrir el Tribunal de Arbitramento, y excluye de su órbita los errores in iudicando, lo cual implica que no puede impugnarse el laudo en cuanto a cuestiones de mérito. Por ello carecen de técnica los cargos formulados contra un laudo, que tiendan a establecer si el Tribunal arbitral obró o no conforme al derecho sustancial al resolver sobre las pretensiones propuestas<sup>4</sup>.*

En armonía con lo expuesto<sup>5</sup>, al recurso extraordinario de anulación no puede acudirse para controvertir la decisión, razón por la cual no resulta admisible acudir ante el juez contencioso para replantear la controversia resuelta por el tribunal sus aspectos fácticos o jurídicos, de ahí que nada tiene que decirse en esta sede sobre determinaciones del tribunal relacionados con la aplicación de la ley sustancial, así se llegasen a advertir errores en la apreciación de los hechos, al igual que en el derecho aplicable e incluso en los elementos probatorios en que se funda la decisión.

A lo anterior se agrega que la competencia del juez del recurso de anulación se rige por el “*principio dispositivo*”, conforme al cual el recurrente delimita la competencia, mediante la formulación y sustentación del recurso, con sujeción a las causales previstas en el ordenamiento.

#### **4.4.2 Causales de anulación**

El Fondo Nacional de Proyectos de Desarrollo –FONADE- presentó recurso de anulación contra el laudo proferido el 26 de septiembre de 2012, para que se revoque y, en su lugar, se denieguen las súplicas de la demanda. Para el efecto, invocó las causales consagradas en los numerales 6º y 8º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, a cuyo tenor se lee:

---

<sup>4</sup> Sentencia de octubre 24 de 1996, exp. 11632, M.P. Juan de Dios Montes Hernández.

<sup>5</sup> Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 8 de junio de 2006, exp. 29476 y de 8 de junio de 2006, exp. 32398, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Artículo 163. Son causales de anulación del laudo las siguientes:

6.- *Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.*

(..)

8.- *Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido (fls. 619-621 cuaderno principal).*

En el escrito de sustentación, la entidad pública dividió su argumentación en cinco puntos a saber: i) *“la acción impetrada por la parte demandante estaba caducada”*; ii) *“la inexistencia jurídica de la reasignación de recursos y de la modificación del plan financiero del contrato de servicios de consultoría No. 2052012”*; iii) *“el tribunal de arbitramento mutó la acción contractual en una acción in rem verso desconociendo con ello la voluntad de las partes consignada en la cláusula compromisoria”*; iv) *“el tribunal de arbitramento falló en equidad con fundamento en el principio de enriquecimiento sin justa causa”* y v) *“la renuncia del derecho a reclamar hecha por el Consorcio Saneamiento Básico R-2005”*.

Al respecto, la Sala debe anotar que sobre la caducidad de la acción, no realizará ningún pronunciamiento, en la medida en que los argumentos expuestos no tienen relación con las causales de anulación esgrimidas por el convocado.

Los demás aspectos alegados en el recurso, que, en síntesis dan cuenta de la ejecución de prestaciones por fuera del plazo contractual y sin que medie la formalidad del escrito y la disponibilidad presupuestal, constituyen el fundamento de los cargos sobre los cuales recaerá la decisión.

FONADE pone de presente que la inexistencia de la reasignación de recursos, que, en su sentir, deviene en la inexistencia del negocio jurídico, impedía que la convocante acudiera a la acción contractual, en la medida en que las prestaciones ejecutadas de buena fe no estaban amparadas por escrito o contrato alguno y, por tal razón, los perjuicios alegados por la parte actora debieron reclamarse mediante la *actio de in rem verso*, pues el asunto obedecía a un enriquecimiento sin causa, lo que, de suyo, impedía que el Tribunal de Arbitramento se pronunciara al respecto, por falta de competencia. Según el recurrente, *“[e]sto desconoce, sin duda alguna, el carácter contractual, rogado y restrictivo del pacto arbitral, por medio del cual únicamente se pueden ventilar controversias suscitadas con ocasión de la celebración, ejecución o liquidación de un contrato estatal, y no,*

*como ocurrió en el caso concreto, el reconocimiento y condena por perjuicios presuntamente irrogados al margen de una relación contractual existente, válida y eficaz en los términos exigidos por el ordenamiento jurídico-positivo” y, por tanto, “el Tribunal de Arbitramento desconoció la voluntad clara y expresa de las partes vertida dentro de la cláusula compromisoria que, por demás, constituye la fuente y origen de su competencia jurisdiccional...”.*

Fundado en el anterior razonamiento, el fondo invoca la causal de anulación prevista en el numeral 6º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

La entidad pública arguye, por otro lado, que de una simple lectura de la cláusula 2.3, relativa a las condiciones especiales del contrato de consultoría n.º 2052012, se desprende que el Consorcio Saneamiento Básico R-2005 renunció expresamente a efectuar cualquier tipo de reclamación económica en caso de que el plazo de ejecución del proyecto se extendiera *“un poco más de lo estimado”*, constituyéndose, a su parecer, en una manifestación de voluntad libre y espontánea de disposición del derecho, *“que es por tanto ley para las partes, en los términos del artículos 1602 del C.C.”*. De esta forma, el recurrente considera que *“(..) el Tribunal de Arbitramento se pronunció sobre un asunto respecto del cual la parte demandante había renunciado a su derecho a reclamar judicialmente, configurando, por tanto, la causal prevista en el numeral 8º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998”* (fls. 640-669 cuaderno principal).

Precisado lo anterior y en el marco de la argumentación expuesta, la Sala procederá a analizar las causales de anulación formuladas por el Fondo Nacional de Proyectos de Desarrollo –FONADE-.

#### **4.4.2.1 Primera causal: *“Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”* (Causal 6 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998)**

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

Es de anotar, además, que en recientes pronunciamientos, sobre el fallo en conciencia, esta Sala ha sostenido que resolver en derecho no comporta prescindir de los valores y principios, en no pocos casos necesarios para proferir una decisión justa. Particularmente sobre la equidad como criterio orientador de las decisiones jurisdiccionales, se sostuvo<sup>6</sup>:

*Ahora bien, lo anterior no significa ni mucho menos que el fallo en derecho excluya el concepto de equidad<sup>7</sup>, o lo que es igual, que un fallo que acuda además del derecho positivo al criterio de equidad comporte que sea en conciencia, en tanto una conclusión semejante repugna con el concepto de justicia y con ello con la finalidad de su administración, amén de ser una interpretación alejada de los postulados de la Constitución Política.*

*El derecho y la ley no pueden confundirse. La ley no es el único origen del derecho. Como advertía el profesor Francisco Herrera Jaramillo, con excepción de la escuela normativista (liderada por Isidoro de Sevilla y contemporáneamente por Kelsen), la filosofía del derecho distingue en forma clara el derecho y la ley. Y ello es así porque "ius y lex no se corresponden y [tampoco] se confunden"<sup>8</sup>*

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

(..)

*De otro lado, administrar justicia no es un simple juego formal en el que el juez ha de resolver mediante las simples conexiones de unas leyes con otras, por el contrario, es un intento de hacer pasar precisamente el valor superior de la justicia en el proceso de aplicación legal<sup>9</sup>. Lo equitativo, entonces, es el derecho adaptado o adecuado a las relaciones de hecho; se ha de aplicar, pues, el derecho justo, bien porque una investigación exacta de la sustancia del derecho positivo le permita al juez satisfacer las aspiraciones de equidad con los medios propios del derecho, ora también cuando el propio derecho positivo confía al juez la ponderación de las circunstancias del caso específico y, por lo mismo, el hallazgo de la decisión.<sup>10</sup>*

*Ahora, recurrir a la equidad no supone mengua en la seguridad jurídica, pues la armonía que debe existir en todo sistema, impide al intérprete dictar una resolución contraria a los textos legales.<sup>11</sup> El orden jurídico no se agota o resume*

---

<sup>6</sup> Sentencia 31 de enero de 2011, exp. 37598, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>7</sup> Expediente 35896, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>8</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho, Cuadernos Civitas, Madrid, 1996, p. 93. Este connotado tratadista cuestiona así el dogma central del positivismo.

<sup>9</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit. p. 99 y ss.

<sup>10</sup> WINDSCHEID, Bernhard, Tratado de Derecho Civil Alemán, Tomo I. Vol. I, Traducción de HINESTROSA, Fernando, Universidad Externado de Colombia, 1976, Págs. 99 a 102.

<sup>11</sup> "La equidad encierra los principios generales del derecho a que deben atenerse los tribunales cuando no tienen disposición ni costumbre obligatoria y sirve del mismo modo para interpretar los contratos, sin que nunca pueda prevalecer contra las leyes ni contra

*en una serie de normas de general observancia, por ello al ser las resoluciones judiciales aplicación de normas de carácter general, se impone en ocasiones la aplicación del criterio de equidad.”*

De conformidad con reiterada jurisprudencia, el fallo en conciencia se presenta cuando el juez toma determinaciones siguiendo lo que le dicta su propio fuero interno, según su leal saber y entender, basado exclusivamente en el principio de la equidad, de manera que bien puede identificarse con el concepto de verdad sabida y buena fe guardada (“*ex aequo et bono*”)<sup>12</sup>. En cambio, en el **fallo en derecho** el juez debe apoyarse en el ordenamiento jurídico, esto es, en el conjunto de normas sustanciales y procesales, así como en los principios que lo integran, que constituyen el marco de referencia en el que se ha de encuadrar su decisión<sup>13</sup>.

La Sección ha precisado que la causal de anulación en comento no conlleva -por parte del juez del recurso- la revisión de la argumentación jurídica elaborada por el Tribunal de Arbitramento. Además, para que se configure un fallo en conciencia, es necesario que dicha circunstancia sea evidente, ostensible y clara, por cuanto no resulta admisible que con esta causal se abra un debate propio de la segunda instancia. Un fallo en conciencia no es sólo aquel que no se ha constituido sobre normas jurídicas, sino que puede presentarse cuando se falla sin ningún soporte valorativo normativo de las pruebas respecto de los hechos que originan las pretensiones o las excepciones, esto es, con pretermisión de la totalidad de las pruebas que obran en el proceso. Es decir que, con base en esta causal no será posible verificar el fondo del fallo, ni menos aún modificar el valor probatorio que el juzgador le otorgó a cada una de las pruebas, en atención a los límites que la ley ha fijado a este recurso<sup>14</sup>.

---

*las convenciones. (...) [L]a ley sólo le da al juez una orientación general, señalando los conceptos y los criterios que el juez debe investigar y estimar a cada caso concreto. De esta suerte, somete por ejemplo la solución de una cuestión a su arbitrio equitativo o a la equidad, o sea, a la consideración prudente y acomodaticia al caso, y en particular la ponderación de prestaciones, valores, ventajas e inconvenientes que concurren en él.”* Cfr. Diccionario de Derecho Privado, Editorial Labor S.A. Barcelona, 1961, Págs. 1799 y 1800.

<sup>12</sup> C.P. María Elena Giraldo Gómez, sentencia de 27 de abril de 1999, exp.15623, C.P. Daniel Suárez Hernández y sentencia de 16 de abril de 2000, exp. 18411, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

<sup>13</sup> Sentencia de 18 de febrero de 2010, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, exp. 37513.

<sup>14</sup> Sentencias de 28 de noviembre de 2002, exp. 22191; de 5 de julio de 2006, exp. 31887 C.P. Alier Eduardo Hernández Henríquez; de 18 de junio de 2008, exp. 34543; de 18 de junio de 2008, exp. 34543, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.



En el presente asunto, la Sala coincide con el Ministerio Público en sus apreciaciones según las cuales este cargo no está llamado a prosperar, pues, *contrario sensu* de lo esgrimido por el recurrente, la sola lectura del laudo arbitral acusado, permite concluir que el mismo se profirió en derecho y no en conciencia, toda vez que la decisión estuvo sustentada, tanto en normas jurídicas como en la valoración correspondiente del acervo probatorio.

En efecto, el tribunal, luego de realizar un recuento de las actuaciones surtidas en el proceso arbitral, comenzó por analizar el régimen jurídico aplicable al contrato de consultoría n.º 20052012, así como la naturaleza jurídica de la entidad pública contratante –FONADE-, para luego adentrarse en el estudio de cada una de las pretensiones formuladas por la parte actora.

Así, en primer lugar el Tribunal analizó la pretensión identificada con el número 1.1., relativa a la declaratoria de rompimiento del equilibrio contractual, frente a la cual, de conformidad con las pruebas allegadas por las partes en las oportunidades dispuestas para ello, encontró acreditado que el contratista ejecutó prestaciones de buena fe y en cumplimiento del objeto contratado, las cuales fueron recibidas a satisfacción por la entidad pública, quien, además, resultó beneficiada.

En la decisión arbitral se analizó a fondo el contenido y alcance del acta n.º 1 de entrega y recibo final del contrato de interventoría. Al respecto, los árbitros establecieron que fue suscrita por el supervisor del FONADE y por el director de la interventoría del consorcio convocante, en la que, además, las partes dejaron constancia de que, pese a que el plazo del contrato era de doce meses, había vencido el 31 de diciembre de 2009.

De igual forma, en el laudo los árbitros describieron las prórrogas de las que fue objeto el contrato y la duración de cada una de ellas, indicando que, no obstante el contrato de obra y el de interventoría transcurrieron en forma paralela, el primero terminó el 15 de mayo de 2008, mientras que el segundo lo fue el 31 de diciembre de 2009.

También, el Tribunal destacó las distintas comunicaciones y/o oficios que la firma interventora dirigió al FONADE para obtener el pago de la mayor permanencia en

obra, al tiempo que puso de presente la pasividad de la entidad contratante en atenderlas. Del contenido del laudo se destacan los siguientes apartes:

(..)

*De las piezas probatorias que han sido estudiadas, puede observarse claramente que el contratista interventor, desplegó una intensa actividad encaminada no solamente a cumplir su objetivo de supervisión frente al contrato de obra, sino a acompañar su desarrollo, estando presente de manera bien importante incluso después de la finalización del contrato de obra a supervisar, hasta el día 31 de diciembre de 2009, según da cuenta el acta No. 1 de terminación tantas veces citada.*

*De las comunicaciones que se han referenciado es palpable, sin mayor dificultad, que con posterioridad al mes de abril de 2008, fecha de terminación del contrato de obra 209/05, existen innumerables y reiteradas comunicaciones dirigidas por el consorcio a FONADE e incluso a la alcaldía de San José del Guaviare y a otras autoridades, solicitando la adición y legalización de su contrato, así como la liquidación, tanto del contrato de obra como del propio.*

(..)

*Aunque en el caso sub examine se evidencian, a todo lo largo y ancho del desarrollo de la obra, serias faltas en la planeación del negocio por desarrollarse y especialmente en su ejecución, así como una descoordinación entre los diferentes agentes públicos involucrados, también queda claro que el contrato de obra finalmente se cumplió, entregó y canceló, mediante acta de entrega y recibo final, suscrita el 15 de mayo de 2008 y que el de interventoría le sobrevivió por más de 18 meses en los que el contratista ejecutó labores de acompañamiento a la entidad y desplegó una actividad que queda evidenciada en la documentación que consta en el expediente arbitral.*

(..)

*El acervo contiene diversas comunicaciones en las que el interventor recomienda la no prórroga del contrato de obra y la notificación a la aseguradora del incumplimiento de su contratista. Como por ejemplo se tiene el oficio 1298 del 21 de septiembre de 2006, enviado al Alcalde de San José del Guaviare por el Dr. Cogollo Ponce, mediante el cual se permite "...recomendar que no se prorrogue el contrato al contratista y se le dé aviso a la aseguradora del incumplimiento del mismo".*

En este sentido, los árbitros determinaron que, según las probanzas, "(..) se trabajó y se desarrolló parte del trabajo, sin la formalización documental de las mayores labores y su permanencia en obra, circunstancia ésta que no admite discusión. No obstante lo dicho, se hace necesario indicar que el Consorcio Interventor, a pesar de la no formalización documental, desarrolló las tareas de interventoría y se mostró atento a pedir que la administración suscribiera los contratos adicionales de rigor. Su conducta pues, no fue omisiva ni negligente y sí se advierte silencio de los destinatarios frente a las diversas solicitudes del

*contratista, no solamente en lo que hace relación con la formalización de sus tareas, sino con las permanentes peticiones de desbalance de su economía, buscando la preservación de la equivalencia o proporcionalidad entre las prestaciones mutuas. Todo lo anterior unido al hecho de que la administración recibió el contrato como cumplido a satisfacción". Por tanto, concluyeron que no era posible sostener que "(.) la inexistencia de contratos adicionales por la inactividad de la administración pueda tener como consecuencia que al contratista de buena fe no se le cancelen los trabajos realizados, que sirvieron a los propósitos contratados".*

Precisado lo anterior, el Tribunal encontró demostrado el desequilibrio económico del contrato de consultoría n.º 20052012 y, por tanto, resolvió favorablemente la pretensión 1.1.

Acto seguido, el Tribunal procedió a analizar las súplicas de condena, distinguidas con los números 1.3 y 1.4. Para el efecto, entró a valorar las pruebas que al respecto reposaban en la actuación, esto es el dictamen pericial aportado por la convocante con la demanda. Luego de estudiar en detalle las conclusiones de los peritos y los fundamentos de las mismas, concluyó que la experticia no gozaba de la claridad y de la veracidad exigida en la ley, para establecer con certeza la causación y estimación de los perjuicios reclamados por la parte actora.

No obstante lo anterior, los árbitros encontraron que la prueba documental que obraba en el expediente, permitía establecer el monto de los daños irrogados a las sociedades ECOVÍAS S.A.S. y CONCEPT S.A.S., en la medida en que la entidad pública reconoció la ejecución de las prestaciones por mayor permanencia en obra y las estimó en la suma de \$116 671 800, cantidad que a la que también se refirió el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

Luego, el Tribunal procedió a actualizar la suma referida y a liquidar los intereses moratorios causados, dando como resultado el valor de \$214 257 535, a favor de la parte convocante.

Por último, los árbitros resolvieron las excepciones propuestas por el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo –FONADE-, declarando unas infundadas y otras no probadas.

Con fundamento en las consideraciones que preceden y a las que –in extenso- se plasmaron en el acápite pertinente, los árbitros resolvieron declarar el rompimiento del equilibrio contractual y, por tanto, reconocer a favor del contratista interventor los perjuicios causados, en la cuantía acreditada en el proceso.

Conforme a lo anterior, no puede afirmarse que el laudo adolece de motivación o que no fue basado en las pruebas oportuna y legalmente allegadas al proceso, ya que, en primer término, estudió las documentales que daban cuenta de la ejecución del contrato, seguidamente estudió la manera en que las partes afrontaron sus obligaciones contractuales, las normas civiles y comerciales que consagraban y amparaban la buena fe contractual y sustentó su posición en diversos pronunciamientos jurisprudenciales.

Todo parece indicar que la discrepancia del recurrente estriba en que no acepta la solución que en derecho fue adoptada por los árbitros, lo que lo lleva a cuestionar las conclusiones jurídicas y la valoración de las pruebas consignadas en el laudo, asunto que escapa a la finalidad prevista para el recurso de anulación.

En conclusión, para la Sala las consideraciones y motivación del laudo no son indicativas de un fallo en conciencia, sino de una decisión en derecho, esto es sometida a disposiciones jurídicas y con fundamento en el material probatorio, razón por la cual este cargo carece de fundamento y no prospera.

**4.4.2.2 Segunda causal: “*Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido*” (Causal 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998)**

A juicio de la convocada, el tribunal resolvió sobre puntos no sometidos a su decisión, en tanto las pretensiones de la parte actora debieron ser objeto de una *actio de in rem verso* y no una contractual y, además, a su parecer, las convocantes renunciaron a su derecho a reclamar las prestaciones ejecutadas por la mayor permanencia en obra.

Al respecto, la Sala debe precisar que la causal invocada, en principio, se configura cuando los árbitros se pronuncian sobre cuestiones no sujetas al arbitramento, es decir, al margen de la demanda, bien porque lo decidido no comprende, excede o se ubica por fuera del petitum del libelo.

Sobre el contenido de las causales 8ª y 9ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, la Sala ha señalado que son expresión de la garantía al principio de congruencia de los fallos, contenido en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil (modificado por el artículo 1º numeral 135 del Decreto 2282 de 1989), de acuerdo con el cual la decisión final de los árbitros debe resultar armónica, consonante y concordante con los hechos y las pretensiones formuladas en la demanda, y en las demás oportunidades procesales contempladas, y con las excepciones que resulten probadas o hubieren sido alegadas, cuando así lo requiera la ley, todo esto sometido a consideración por la voluntad de las partes en el proceso arbitral dentro de los límites previstos en el pacto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso) celebrado por ellas, en la ley y en la Constitución Política, fuentes éstas que otorgan y enmarcan la competencia de los árbitros<sup>15</sup>. En estos términos, la Sala ha precisado:

(..)

*En efecto, el principio de congruencia implica que en la decisión de los árbitros que ponga fin a un litigio debe existir una adecuación o perfecta simetría entre lo pedido y lo resuelto, de manera que puede verse afectada cuando el juez concede más allá de lo pedido (ultra petita); o cuando concede puntos no sometidos al litigio (extra petita), o cuando deja de pronunciarse sobre cuestiones sujetas al proceso (infra o citra petita), quebrantos a esa regla de atribución por exceso o por defecto, que se encuentran tipificadas como hechos pasibles para la invocación de la nulidad del laudo arbitral en los términos de los numerales 8 y 9 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.*

*Así, con la causal del numeral 9 de la disposición antes citada, se sanciona la violación del principio de congruencia cuando el laudo omite pronunciarse sobre el contenido de la demanda -pretensiones y causa petendi- o sobre la contestación de la misma -excepciones propuestas por el demandado-, o de la demanda de reconvencción y su respuesta, enmarcadas dentro del objeto del pacto arbitral, la ley y la Constitución Política, que fijan el ámbito de la competencia de los árbitros para pronunciarse válidamente.*

*Por tal motivo, la incongruencia de las providencias judiciales se debe buscar a través de una comparación de la relación jurídico procesal y lo resuelto por el fallador, análisis que de arrojar la carencia de pronunciamiento sobre una o varias de las cuestiones que debía el juez arbitral decidir, determina la configuración del supuesto consagrado en la causal que se estudia y apareja, como atrás se señaló, que el juez deba anular el laudo y entrar a proferir fallo en relación con los puntos omitidos (inciso segundo del artículo 165 ibídem).*

*En virtud de la filosofía del recurso de anulación de laudos, edificado por errores in procedendo y no in iudicando, el análisis de este vicio de construcción formal de la providencia debe realizarse de manera objetiva, es decir, verificar que formal y*

---

<sup>15</sup> Sentencia de 18 de febrero de 2010, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, exp. 37513.

*objetivamente el fallo se ajuste a las peticiones de las partes, independientemente de si éste es acertado o erróneo, para concluir si efectivamente se presentó o no una omisión de decidir algún extremo de la litis, pero no resulta dable, por la naturaleza de la causal que se estudia, examinar las consideraciones y los motivos determinantes que ha tenido el juzgador en su decisión*<sup>16</sup>.

En conclusión, los árbitros en los precisos términos y límites del pacto arbitral y la ley, están en la obligación de decidir y proveer sobre cada uno de los extremos del litigio bajo su conocimiento, para que el fallo garantice la debida correspondencia con lo que se pide en la demanda, los hechos en que se fundan esas pretensiones y las excepciones que aparecen probadas, so pena de que ante una omisión o extralimitación en la construcción del fallo de los asuntos susceptibles de resolver se incurra en las causales 8 y 9 de nulidad del artículo 163 del Decreto 1818 de 1993.

En el *sub lite*, la Sala considera que no se configura la causal invocada por el recurrente por los motivos que a continuación se exponen:

Observa la Sala que para sustentar este cargo, la entidad convocada controvierte el análisis jurídico realizado por los árbitros para acceder a las pretensiones, relacionas con la forma en que se interpretó no solo el contrato sino los demás elementos de prueba allegados al proceso y con base en los cuales se encontró acreditado el desequilibrio económico alegado por la parte actora, en la medida en que no se realizaron los pagos que correspondía por la ejecución del mismo, de conformidad con lo pactado por las partes.

A juicio de la Sala el tribunal resolvió en consonancia con los hechos y pretensiones y resolvió las excepciones propuestas, lo que de suyo descarta la incongruencia endilgada a la decisión.

La controversia sobre la que recayó el laudo era pasible de ser analizada dentro de los límites establecidos en el laudo arbitral, pues en el mismo quedó claramente establecido que el tribunal que se conformara debía conocer toda diferencia, controversia o reclamación que surgiera del contrato, en relación con el mismo, o con su incumplimiento, rescisión o invalidez.

---

<sup>16</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 6 de diciembre de 1993, exp. 4046.

La mayor permanencia en la obra se originó en el marco de la ejecución del contrato de consultoría n.º 20052012 y, conforme al pacto arbitral, la controversia debía ser analizada y decidida por el Tribunal de Arbitramento, como en efecto se hizo.

Lo que ocurre, según se desprende de la sustentación del recurso, es que la parte convocada no quedó satisfecha o conforme con la decisión y la valoración probatoria, ante lo cual es importante precisar que si la decisión adoptada en el laudo no fue favorable a sus intereses, no es una actuación que viole el principio de congruencia, por cuanto comporta un pronunciamiento sobre la pretensión como resultado del debate procesal y con observancia de las formas propias del juicio arbitral, que, por lo mismo, excluye la prosperidad de la causal invocada<sup>17</sup>.

Adicionalmente, la Sala al verificar la relación jurídico procesal y lo resuelto por el fallador en el laudo arbitral, para determinar si existe congruencia entre lo pedido y lo resuelto, advierte que la decisión está acorde con los planteamientos expuestos en la demanda arbitral.

En efecto, en la demanda la convocante solicitó:

*1.1.- Que se declare en desarrollo del contrato de consultoría No. 2052012 de junio 18 de 2005, se produjo una situación de ruptura de la ecuación o equivalencia económica del contrato, por razones imputables íntegramente a la entidad pública contratante.*

*1.3<sup>18</sup>.- Que como consecuencia de dicho rompimiento, se condene al Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo –FONADE- a pagar a las sociedades que integran el consorcio, las sumas que resulten probadas por concepto de daño emergente y lucro cesante, correspondiente a los costos en que éstas incurrieron durante el plazo del contrato y el mayor tiempo en el que permanecieron prestando los servicios a su cargo, sin recibir remuneración alguna.*

---

<sup>17</sup> “...Distinto de no decidir un extremo de la litis -ha dicho la Corte- es resolverlo en forma adversa al peticionario. En el primer caso el fallo sería incongruente y, en consecuencia, podría ser atacado en casación con base en la causal segunda; en el otro no, puesto que el fallo adverso implica un pronunciamiento del sentenciador sobre la pretensión de la parte (...) De lo contrario se llegaría a la conclusión de que el fallo sólo sería congruente cuando fuera favorable a las pretensiones del demandante, lo que a todas luces es *inaceptable*”. Corte Suprema de Justicia, Sentencia de fecha 22 de enero de 1980 (G.J. t CLXVI pág. 9).

<sup>18</sup> La Sala observa que en el acápite de pretensiones de la demanda no existe el numeral 1.2.

1.4.- Que se condene al Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo –FONADE- a pagar los intereses moratorios, la actualización de los dineros, los reajustes y demás conceptos tendientes a obtener la actualización de las sumas debidas, desde el momento en que debieron pagarse hasta la fecha en que efectivamente se realice el pago, así como los gastos y costas del proceso y los honorarios de abogado.

Y, el tribunal, sin desviarse del problema jurídico resultante de los hechos materia de la controversia, resolvió sobre cada una de tales pretensiones, al declarar la ruptura de la equivalencia económica del contrato, por causas imputables a la entidad pública y, en consecuencia, dispuso el restablecimiento del mismo condenando al pago de \$214 257 535, por concepto de perjuicios causados y efectivamente acreditados por el contratista, parte actora en el presente asunto.

La parte resolutive del laudo es del siguiente contenido:

*Primero.- Declarar que, en desarrollo del Contrato de Consultoría No. 2052012 de 18 de junio de 2005, se produjo una ruptura de la equivalencia económica del contrato, por causas imputables al Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

*Segundo.- En consecuencia, condenar al Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo –FONADE a pagar a ECOVÍAS S.A.S. y CONSTRUCCIONES CIVILES ESTUDIOS Y PROYECTOS S.A.S. –CONCEP S.A.S., dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, la suma de doscientos catorce millones doscientos cincuenta y siete mil quinientos treinta y cinco pesos (\$214 257 535), monto que incluye la actualización y los intereses de mora de acuerdo con la liquidación que obra en la parte motiva de esta providencia.*

*Tercero.- Por las razones expuestas en las consideraciones de este laudo, desestimar por falta de fundamento todas las excepciones propuestas por el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo –FONADE.*

*Cuarto.- Abstenerse de condenar en costas, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*Quinto.- Declarar causado el saldo final de los honorarios de los Árbitros y del Secretario. La Presidente del Tribunal efectuará los pagos correspondientes.*

*Sexto.- Ordenar que por Secretaria se expidan copias auténticas de este laudo con destino a cada una de las partes y copias simples para el Ministerio Público y el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.*

*Séptimo.- Disponer que, una vez esté en firme esta providencia, se protocolice el expediente en una de las notarías del Círculo de Bogotá.*

*Esta providencia quedó notificada en audiencia (fls. 611-612 cuaderno principal).*



Como se observa, realizada la comparación entre las pretensiones de la demanda y lo resuelto en el laudo arbitral, la Sala no observa un fallo incongruente, por cuanto esas súplicas fueron objeto de análisis y pronunciamiento por parte de los árbitros en el fallo.

Cabe anotar que en la demanda arbitral no se planteó como pretensión que se declarara el enriquecimiento sin causa de la entidad pública convocada, razón por la cual mal hubiera procedido el tribunal en pronunciarse sobre aspectos que no hacían parte del debate procesal. La Sala considera que las pretensiones siempre estuvieron encaminadas al análisis de la actividad contractual de las partes, en relación con la ejecución y cumplimiento del contrato de consultoría, en virtud del cual el contratista ejecutó prestaciones, por concepto de mayor permanencia en obra, sin que la entidad haya extendido por escrito su reconocimiento, no obstante haberlas recibido a satisfacción y beneficiarse de ellas; de manera que la discusión que plantea el actor con la demanda no deviene entonces de un *'enriquecimiento sin causa'*, sino de una controversia estrictamente contractual – contenida en un contrato estatal-, máxime si se tiene presente que la condición indispensable para que se abra paso a la *actio de in rem verso* debe consistir en la ausencia total de causa que pudiere servir de justificación o al menos de explicación al enriquecimiento que se pretende reprochar a la entidad pública demandada, asunto que de modo alguno se verifica en el presente caso, en el cual, muy por el contrario, si existe una causa evidente, jurídica, cual es el contrato estatal celebrado entre las partes, acerca de cuya ejecución giran realmente las controversias expuestas en la causa *petendi* de la demanda, esto es el desequilibrio contractual. Como ya se vio, en el *petitum* no se incluyó pretensión alguna que pudiere permitirle al juez efectuar pronunciamientos, declaraciones y menos proferir condenas distintas a las planteadas en el libelo.

Es de anotar que le corresponde al demandante, al momento de presentación de la demanda, señalar e individualizar no solo los hechos, sino las pretensiones - según lo dispuesto en los artículos 136 y siguientes del Código Contencioso Administrativo-, que aspira le sean reconocidas en el trámite del respectivo proceso judicial y, en este marco, los árbitros deben pronunciarse, ni menos ni más.

Así las cosas, resulta completamente claro que el daño cuya *"indemnización"* pretende la parte actora deviene de una controversia contractual, derivada de

negativa del ente demandado en reconocer y pagar los costos en los que incurrió el consorcio interventor, en razón de la mayor permanencia en obra, sin que tal negación pueda ni deba entenderse como un enriquecimiento sin causa, pues tal controversia se derivó de un contrato estatal, frente al cual debe ejercerse la acción contractual, como en efecto ocurrió en el *sub lite*.

En síntesis, de la transcripción de las pretensiones de la demanda, de la parte resolutive del laudo proferido y de lo expresado en precedencia, fluye con claridad que se resolvieron los asuntos o cuestiones que se sometieron a consideración del tribunal, de manera que no encuentra la Sala que se haya vulnerado el principio de congruencia en el fallo arbitral por un vicio *citra, infra o extra petita*, en la medida en que los árbitros efectivamente explicaron las razones jurídicas por las cuales no accedían a las pretensiones y a otras formuladas por la convocante.

En cuanto a la renuncia a reclamar que invoca la parte convocada para afirmar que el tribunal no podía pronunciarse sobre la mayor permanencia en obra, la Sala comparte la apreciación de la vista fiscal, en la medida en que lo esgrimido por la entidad no se ajusta a las condiciones que permitían su aplicación, ya que la prolongación del contrato no fue por "*un poco más del tiempo estimado*", sino que en realidad correspondía a más del doble del plazo inicial. Además, tal y como fue considerado por el tribunal, la demora en la ejecución contractual no puede entenderse en perjuicio de las garantías legales y contractuales que tiene el contratista de reclamar cuando considera que le asiste derecho a hacerlo, de lo contrario, una cláusula que lo restrinja sería ineficaz.

Con fundamento en las consideraciones que preceden, en el presente asunto está demostrado que el Juez arbitral hizo un estudio omnicompreensivo del contrato, de las pretensiones y de los hechos de la demanda y, se pronunció sobre los distintos aspectos, incluidas las excepciones propuestas frente a la demanda principal, lo que impone concluir que su decisión abarcó por completo la litis en cuanto se pronunció sobre cada uno de los puntos sometidos a su decisión. Cosa distinta es que el resultado no fuera favorable a las expectativas de la convocada, lo cual no significa que se hubiera incurrido en la causal invocada contenida en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998. Tampoco se vislumbra contradicción interna, de modo que el fallo no adolece de incongruencia por falta de pronunciamiento de alguno de los puntos de la cuestión litigiosa o por contracción en algunos de los puntos contenidos en la parte resolutive.

En síntesis, el Tribunal de Arbitramento no excedió el pacto arbitral, no siendo viable, por la naturaleza extraordinaria del recurso de anulación del laudo arbitral, evaluar la manera como interpretó el contrato, la demanda y decidió las pretensiones de la convocada y determinar si lo hizo correcta o erradamente, dado que esta causal no autoriza realizar un examen o calificación de las consideraciones que han servido al juzgador como motivos determinantes de su fallo.

Por lo expuesto, este cargo contra el laudo arbitral no prospera.

Establecido que ninguno de los dos cargos prospera, porque los árbitros actuaron conforme lo determinan las reglas que les asignan competencia y fallaron en derecho, el recurso se declarará infundado.

Conforme la previsión contenida en el artículo 165 del Decreto 1818 de 1998, se condenará en costas y se liquidarán las agencias en derecho.

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

## **RESUELVE**

**PRIMERO.- DECLARAR INFUNDADO** el recurso extraordinario de anulación interpuesto por el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo –FONADE-, contra el laudo arbitral de 26 de septiembre de 2012, proferido por el Tribunal de Arbitramento, conformado a instancias del recurrente y de las sociedades ECOVÍAS S.A.S. y CONSTRUCCIONES CIVILES ESTUDIOS Y PROYECTOS S.A.S. –CONCEP S.A.S-.

**SEGUNDO.- CONDENAR** en costas a la parte recurrente, esto es, al Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo –FONADE- en el 10 % del valor de las pretensiones, las cuales serán liquidadas por la Secretaría de esta Sección.

**TERCERO.- FIJAR** agencias en derecho la suma de VEINTE MILLONES DE PESOS (\$20 000 000,00 m/cte) a favor de la parte convocante.

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

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,**

**DANILO ROJAS BETANCOURTH**  
Presidente de la Subsección

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**  
Magistrada