



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA - SUBSECCIÓN B**

Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth

Bogotá D.C, tres (3) de septiembre de dos mil quince (2015)

Referencia:	Expediente n.º47440
Radicación:	110010326000201300078 00
Convocante:	Unión temporal Pomagalski-Termotécnica-Ingsas
Convocado:	Departamento de Santander
Naturaleza:	Recurso de anulación de laudo arbitral

Resuelve la Sala el recurso extraordinario de anulación interpuesto por el departamento de Santander en contra del laudo arbitral proferido el 10 de abril de 2013, por el tribunal de arbitramento designado para dirimir la controversia contractual surgida entre las partes.

SÍNTESIS DEL CASO

El tribunal de arbitramento que se constituyó para decidir las controversias contractuales surgidas entre el departamento de Santander y la unión temporal Pomagalski-Termotécnica-Ingsas con ocasión del contrato de obra n.º 0001686 del 2 de agosto de 2007, expidió el laudo arbitral en derecho y el mismo recayó sobre puntos que estaban sujetos a su decisión.

ANTECEDENTES

I. Lo que se demanda

1. El 26 de abril de 2013, la parte convocada departamento de Santander interpuso recurso extraordinario de anulación en contra del laudo arbitral proferido el 10 de abril del mismo año para dirimir las controversias contractuales suscitadas entre dicho departamento y la unión temporal Pomagalski-Termotécnica-Ingsas, con fundamento en las causales 6 y 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 (f. 279, c. ppl.).

II. Actuación procesal

2. Mediante escrito presentado el 8 de abril de 2010 ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bucaramanga –y corrección de la demanda del 16 de septiembre del mismo año-, la unión temporal Pomagalski-Termotécnica-Ingsas, conformada por las sociedades Ingenieros Acosta Silva Ingsas & Cía. S.C.A., Termotécnica Coindustrial S.A. y Pomagalski S.A., solicitó la integración de un tribunal de arbitramento para que decidiera en derecho las diferencias surgidas con ocasión del contrato de obra n.º 0001686 del 2 de agosto de 2007, celebrado con el departamento de Santander (f. 2 a 26 y 111¹, c. 1).

2.1. Las pretensiones de la demanda arbitral, que se transcriben a continuación, persiguen la declaratoria de incumplimiento contractual del departamento de Santander, la liquidación judicial del contrato y el restablecimiento del equilibrio económico del mismo, afectado por causas imputables a la entidad convocada, así como su condena a pagar las sumas de dinero necesarias para dicho restablecimiento:

DECLARACIONES:

- 1. Que se declare el incumplimiento del contrato de obra pública No. 001686 de 2007, por parte del Departamento de Santander, suscrito con UNIÓN*

¹ La demanda inicial fue modificada el 16 de septiembre de 2010.

TEMPORAL POMAGALSKI-TERMOTÉCNICA-INGSAS cuyos integrantes son: (...).

2. Que como consecuencia de la anterior declaración se proceda a la LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA No. 001686 del 2 de agosto de 2007 (...) cuyo objeto consistió en 'EL CONTRATISTA se obliga para con el DEPARTAMENTO a ejecutar bajo la modalidad de 'Llave en mano', las obras relacionadas con la 'CONSTRUCCIÓN, SUMINISTRO, MONTAJE Y PUESTA EN FUNCIONAMIENTO DE UN SISTEMA DE TRANSPORTE POR CABLE AÉREO (TELEFÉRICO) EN EL CAÑÓN DEL CHICAMOCHA-DEPARTAMENTO DE SANTANDER' (...)
3. Que en el evento que el contrato sea liquidado unilateralmente por parte del Departamento de Santander, se proceda por los Señores árbitros a revisar la liquidación frente a los valores que no hayan sido reconocidos y que son objeto del rompimiento de la ecuación contractual, que por este acto se pide el debido reconocimiento al numeral 3º del presente acápite.
4. Que así mismo, se reconozca el Equilibrio económico del contrato, generado por la alteración de las circunstancias iniciales al momento de celebrarse el mismo, por causas imputables al Departamento de Santander, en detrimento del patrimonio de mis poderdantes, lo que conllevó a:
 - Realizar REDISEÑOS a la línea del teleférico que inicialmente fue proyectada, de conformidad con lo señalado en los pliegos de condiciones (...).
 - Asumir CARGAS TRIBUTARIAS adicionales a las proyectadas y señaladas en los pliegos de condiciones (...) así como retenciones en exceso por contribuciones por movimientos financieros, que debieron ser asumidas por el contratista, por incumplimientos del Departamento (...).
 - Mayor permanencia en obra, lo que generó mayores costos administrativos (...).
 - Mora en el pago de las actas de recibo de obra y de anticipo del contrato (...).
 - Pago de servidumbre para acceso a la vía, obligación que era imputable al Departamento (...).
5. Que teniendo en cuenta las anteriores declaraciones, se profieran las siguientes

CONDENAS

1. Mayor valor descontado a la fecha por concepto de la Contribución Especial: (...) equivalente al 5% del valor total del contrato, el cual de acuerdo a lo ofertado y en atención al pliego de condiciones, aplica sólo

sobre el valor de la obra civil y no sobre el valor que corresponde al SUMINISTRO DEL TELEFÉRICO, es decir la suma de NUEVE MILLONES SETENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y SEIS EUROS (9.075.236,00), no dando lugar a que sobre esta suma se efectúe una retención por este concepto y el cual equivaldría a la suma de: 5% de 9.075.236 € = 453.761,80 Euros, valor que debe ser indexado al momento del fallo sobre el mismo tipo de moneda. Descuento que se hizo sobre el valor total a partir del Acta No. 12, los cuales deben ser reintegrados en EUROS, en atención a que este tipo de moneda fue el pactado para el pago del suministro del teleférico.

2. Sumado a la pretensión primera, se tiene que cuando se hizo la retención de esta contribución especial aplicada al anticipo en Junio, el cálculo teórico es:

5% del anticipo = 5% * 3.993.103,83 = 199.655,19 Euros de Contribución Especial aplicada al anticipo.

Sin embargo el Departamento de Santander hizo una conversión extraña a pesos con una tasa distinta de la tasa contractual y aplicaron una retención de 216.456,97 Euros en lugar del valor de 199.655,19 Euros.

Que el Anexo No. 3 de la propuesta técnica se presenta el valor del suministro en pesos ya que la tasa a aplicar es la vigente al momento del cierre del proceso y en este se estipuló: 'en atención a la tasa de cambio a fecha de cierre del proceso contractual'.

Por lo cual debe ser reintegrado al contratista la suma de DIEZ Y SEIS MIL OCHOCIENTOS UN EUROS CON SETENTA Y OCHO (16.801,78 Euros).

3. Por concepto de COSTOS FINANCIEROS, no proyectados y que tuvieron que ser asumidos por el contratista, por incumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato por parte del Departamento de Santander (...).

La suma de \$ 3.993.103,83 Euros*4/1000= 15.972,41 Euros asumidos por la UT, frente al 4 x 1000 por movimientos financieros, que corresponde al valor del anticipo (...).

4. Gastos administrativos por mayor permanencia en obra, correspondiente al periodo comprendido desde 17 de septiembre de 2008 a 2 de Diciembre de 2008 (...).

Por la suma de QUINIENTOS TREINTA Y TRES MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS CON SESENTA Y SIETE CENTAVOS (\$533.374.275.67) M/CTE, que corresponde a los mayores valores asumidos por el contratista, a lo inicialmente considerado, por causas imputables al Departamento (...).

5. Costos por rediseños de la línea del teleférico.

Por un valor aproximado de QUINIENTOS OCHENTA MILLONES DE PESOS (\$580.000.000) m/cte., que corresponde a los rediseños de la línea

del teleférico y cuyos valores se ajustan a la pactación (sic) de precios (...). Rediseños que corresponden a: i) Diseño de línea de teleférico, ii) Diseños finales electromecánicos estación Mesa de Los Santos, iii) Diseños finales electromecánicos estación Parque, iv) Diseños finales electromecánicos estación río.

6. *Costos por acceso-movimiento de tierra (...).*

Por un valor aproximado de TREINTA Y CINCO MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS VEINTICUATRO PESOS (\$35.642.624) m/cte., según comprobantes de pago anexos.

7. *Intereses moratorios, correspondiente al pago del acta de anticipo y actas de recibo de obra (...).*

De la No. 1 a la No. 30 correspondiente al contrato de obra No. 001686 del 2 de Agosto de 2007, que corresponde a las siguientes sumas aproximadas (...).

- Suma correspondiente a moratoria, por el incumplimiento, frente al plazo estipulado para el pago de las actas de recibo de obra de la No. 1 a la No. 30 así:*

SESENTA Y SIETE MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y TRES MIL QUINIENTOS OCHENTA Y NUEVE PESOS CON SETENTA Y CINCO CENTAVOS (\$67.333.589.75) que corresponde a las actas de recibo de obra civil y montaje e instalación.

SETENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y CINCO EUROS (\$72.655.00) EUROS, que corresponde a las actas de suministro de equipos desde el exterior, por parte de POMA.

- Por concepto de mora en el pago de anticipo, así:*

VEINTICUATRO MILLONES SEISCIENTOS DIEZ Y OCHO MIL SETECIENTOS VEINTIDOS PESOS CON SETENTA Y CINCO CENTAVOS (\$24.618.722.75), que corresponde al anticipo abonado a cuenta conjunta, según documentos que se allegan al expediente, mediante nueve abonos, sobre los cuales se generó un interés moratorio, respecto de tres abonos, que hacen parte del cuadro donde se calcula la moratoria (...).

2.2. Como sustento de sus pretensiones, la convocante adujo que:

2.2.1. El departamento de Santander abrió la licitación pública INF-OBR-07-37 para la construcción, suministro, montaje y puesta en funcionamiento de un sistema de transporte

por cable aéreo (teleférico) en el cañón del Chicamocha, cuyo pliego de condiciones fue objeto de aclaraciones mediante adendas, 1, 2 y 3, como resultado de las observaciones efectuadas al mismo. Entre las respuestas que se dieron a los proponentes, la entidad i) admitió que la tasa oficial de cambio que se tomara para preparar la propuesta fuera la establecida 15 días antes del día de su presentación; ii) dispuso, en relación con la contribución especial de la Ley 1106, que como el proyecto a contratar comprendía actividades conexas y complementarias tales como construcción, suministro, montaje y puesta en funcionamiento a todo costo de un teleférico, los descuentos de carácter tributario se realizarían de acuerdo con la facturación relacionada con obra civil, que tendría el descuento de la contribución especial y la relacionada con suministro o servicio, incluiría el impuesto al valor agregado.

2.2.2. Que la unión temporal Pomagalski-Termotécnica-Ingsas, preparó y presentó su oferta teniendo en cuenta el pliego de condiciones y sus modificaciones y aclaraciones, la cual fue aceptada en su totalidad por el departamento de Santander, procediendo las partes a celebrar el contrato de obra n.º 001686 del 2 de agosto de 2007 por valor estimado de \$ 33 995 181 353, cuya forma de pago fue “llave en mano”, contrato en realidad innominado porque comprendía además de la ejecución de una obra, el diseño y la instalación y montaje y tuvo dos alcances: la adquisición del teleférico aéreo tipo cabina y la construcción de las obras, previo diseño; en consecuencia, el contrato maneja por separado las actividades de suministro y construcción de las obras civiles -diseño y montaje-. El valor del contrato se pactó una parte en euros € \$ 9 075 236 –suministro de bienes y equipos del exterior- que sería girada directamente a la cuenta de Pomagalski en el exterior y otra en pesos \$ 10 608 520 524 –obras civiles, equipos de fabricación nacional, suministros complementarios no importados, montaje de equipos y acompañamiento al sistema del teleférico-. Se pactó la entrega de un anticipo dentro de los 30 días calendario siguientes a la legalización del contrato y previa suscripción del acta de iniciación por el 44% del valor correspondiente a los bienes adquiridos del exterior (€ \$ 3 993 103) y el 50% de la suma en pesos (\$ 5 304 260 262). El saldo, se pagaría mediante actas mensuales de avance de obra civil, entrega de equipos, instalación y montajes electromecánicos, etc., previo descuento del porcentaje de anticipo entregado, para efectos de su amortización, también dentro de los 30 días calendario siguientes a la presentación de la orden de pago con todos los requisitos exigidos en el contrato.

2.2.3. No obstante lo anterior, el departamento de Santander descontó, a partir del acta 12 de recibo, el 5% de la contribución especial sobre el valor total del contrato –costo que el proponente sólo tuvo en cuenta respecto del valor correspondiente a la obra civil, en consonancia con lo dispuesto por el artículo 6º de la Ley 1106 de 2006- y en lo que corresponde al anticipo, a una tasa de cambio que difiere de lo contemplado en la propuesta económica. Además, en contra de lo pactado en el contrato, el pago del anticipo de los equipos adquiridos del exterior se hizo en la cuenta de la unión temporal, con lo cual se debió hacer un segundo movimiento financiero ocasionando el descuento por concepto del gravamen del 4 x 1000, por valor de € \$ 15 972,41 –por el giro de € \$ 3 993 103,83.

2.2.4. El plazo del contrato fue adicionado en 2.5 meses –contrato adicional 1- y 44 días – contrato adicional 2-, por causa de i) la entrega tardía de los predios requeridos, ii) la acometida eléctrica para las pruebas y puesta a punto del sistema en las estaciones Río, Mesa y Parque, lo que produjo un atraso frente a la programación de 124 días y la necesidad de reprogramar las actividades.

2.2.5. La entidad incurrió en mora en el pago de las cuentas a favor del contratista, pues no las canceló dentro de los 30 días calendario pactados.

2.2.6. El recibo definitivo y a satisfacción, se produjo el 15 de diciembre de 2009 y a la fecha de la convocatoria del tribunal, no se había liquidado el contrato, pues la entidad envió un proyecto de liquidación el 20 de abril de 2010, frente al cual el contratista hizo una serie de observaciones relacionadas con el rompimiento del equilibrio económico y que corresponden a la pretensión 4ª de esta demanda, advirtiendo que las dejaría como salvedades, recibiendo el 25 de agosto de 2010 una comunicación del departamento en la que le solicita al contratista presentarse para notificarse de la resolución n.º 1686 de 2007, relacionada con el contrato 1686 de 2007, que a la fecha de la convocatoria, no se había notificado personalmente.

3. El departamento de Santander **contestó la demanda** y se opuso a las pretensiones, aceptó algunos hechos y negó otros. Propuso las excepciones de i) falta de competencia del tribunal de arbitramento, fundada en que la entidad liquidó unilateralmente el contrato mediante resolución n.º 012076 del 24 de agosto de 2010, por lo tanto resulta procedente su impugnación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y los árbitros no pueden pronunciarse sobre las pretensiones; y de ii) inexistencia del desequilibrio económico del contrato, ya que la contribución especial del 5% creada por la Ley 1106 de 06 recae sobre contratos de obra pública, como fue el celebrado por las partes y por lo tanto era su valor global el que se debía tener en cuenta para el cálculo de la misma; el costo financiero por el pago del 4x1000, era un costo que debía ser tenido en cuenta en la propuesta y no le es imputable a la entidad; en cuanto a los gastos administrativos por la mayor permanencia en obra, el contratista desde el principio presentó atrasos en su desarrollo y debió ser requerido por el personal insuficiente, por lo que no le es imputable a la entidad ese sobre costo; además, las partes suscribieron el acta de recepción final de obra del 15 de diciembre de 2009, en la cual declararon amortizado el anticipo y un saldo pendiente por pagar de \$ 530 122 344,29 + € \$ 453 761,80 que se cancelaron en su oportunidad, quedando las partes sin saldos pendientes a su favor, es decir que se declararon cumplidas en relación con el contrato; en cuanto a los rediseños que dice el contratista que tuvo que efectuar, lo que se hizo fue una determinación técnica del paso de la línea y además el contratista sabía que lo que se le entregaría eran unos diseños básicos, que en el contrato llave en mano podían ser modificados en el curso de su ejecución (f. 170, c. 1 y f. 1, c. 2).

4. El Tribunal de Arbitramento profirió el **laudo arbitral** en el cual acogió parcialmente las pretensiones de la convocante -las consideraciones de esta decisión, se analizarán al resolver los cargos en su contra- y dispuso (f. 202 a 258, c. ppl.):

Primero. Desestimar las objeciones por supuestos errores graves, formuladas por la apoderada de las convocantes contra el dictamen pericial técnico, en el área electro-mecánica.

Segundo. Desestimar las objeciones por supuestos errores graves, formuladas por la apoderada de la parte convocada contra el dictamen contable.

Tercero. Declarar no probadas las excepciones propuestas por la parte convocada, relativas a los siguientes conceptos: La falta de competencia del Tribunal para conocer de la presente controversia arbitral; la inexistencia del desequilibrio económico del contrato y la ausencia de oportunidad en los hechos que sustentan la reforma de la demanda.

Cuarto. En cuanto concierne a las pretensiones se profieren las siguientes decisiones:

1. Declarativas:

1.1. Se declara que el Departamento de Santander incumplió las obligaciones contractuales referidas en la parte motiva de este laudo, según lo expresado al analizar la primera pretensión.

1.2. No se procede a la liquidación del contrato en razón a que dicha operación fue realizada por el Departamento de Santander en forma unilateral.

1.3. En los términos contenidos en las decisiones de condena, se entiende ajustada la liquidación del contrato.

1.4. En lo atinente a la alteración del equilibrio económico del contrato, se adoptan las siguientes decisiones:

1.4.1. No se accede a reconocer desequilibrio de la ecuación financiera del contrato como consecuencia de los ajustes en el diseño de la línea del teleférico, alegado por la parte convocante y, como corolario de ello, se desestima la pretensión de la demanda, orientada a obtener compensaciones económicas por concepto de elaboración del diseño.

1.4.2. Se reconoce el desequilibrio económico del contrato generado por cargas tributarias adicionales impuestas a los convocantes como consecuencia de: mayores retenciones a las pactadas por concepto de la contribución del 5% a que se refiere el artículo 6 de la ley 1106 de 2006, al introducir como base de cálculo el valor de los suministros fabricados en el extranjero, contrariando lo que había expresado en la aclaración de los pliegos.

No se reconoce desequilibrio económico por virtud de la no consignación del anticipo en cuenta abierta en el extranjero, a favor del unionista Pomagalski.

1.4.3. Se reconoce desequilibrio económico del contrato, al no aplicar la tasa de cambio convenida por la conversión de los euros, al calcular la aplicación del 5%, a que se refiere la Ley 1106 de 2006.

1.4.4. Se reconoce desequilibrio económico causado por mayor permanencia del contratista en la obra, en razón a la demora en la entrega de predios y de fluido eléctrico para las subestaciones eléctricas.

1.4.5. Se reconoce desequilibrio económico del contrato, derivado de la mora en el pago de los anticipos y de las actas de recibo parcial de obra.

2. De condena.

2.1. Consecuentemente con lo expresado en la declaración 1.4.1 no se causa reconocimiento alguno por concepto de rediseño del alineamiento del teleférico.

2.2. En razón a las cargas tributarias adicionales impuestas al contratista, se condena al Departamento de Santander a reconocer y pagar a las sociedades convocantes, por la mayor retención aplicada al contratista por concepto de la contribución del 5% a la que se refiere el artículo 6 de ley 1106 de 2006, la suma de \$ 1.309.183.431, que corresponde a la cantidad de 508.198 euros según ejercicio de cálculo realizado por el perito contable, en cuyo valor quedó incorporado la corrección por la diferencia en la tasa de cambio aplicada por el Departamento al elaborar la referida liquidación.

2.3. Por concepto de gastos causados por la mayor permanencia del contratista en obra, la suma de \$ 191.825.302, que se distribuyen entre los unionistas ejecutores de obra civil, en función de las respectivas cuantías a cargo de cada uno de ellos:

- a) A favor de la sociedad Termotécnica la suma de \$ 114.913.862,23
- b) A favor de la sociedad Ingsas la cantidad de \$ 76.911.439,71.

2.4. Por concepto de intereses causados en razón a la mora en el pago de las cuentas de cobro relativas a los anticipos y por recibo parcial de obra, según la siguiente discriminación:

- a) Por concepto de anticipo:

A favor de las sociedades convocantes la suma de \$ 30.434.961.

- b) Por concepto de pago parcial de obra:

- a) A favor de Termotécnica la suma de \$ 53.296.205,06
- b) A favor de Ingsas la suma de \$ 21.311.774,46
- c) A favor de Pomagalski la suma de € 80.136,89.

Sexto. (sic) *En firme este laudo, protocolícese (...)*

5. Las partes presentaron solicitud de aclaración del laudo, así:

5.1. El departamento de Santander, pidió que se aclarara i) Si de conformidad con lo conceptuado por la DIAN, debe pagarse la contribución especial de seguridad ciudadana sobre las condenas impuestas por el tribunal de arbitramento y ii) Cuál fue la fecha que tuvo en cuenta el tribunal para realizar el cálculo del valor de la conversión de los euros a pesos, teniendo en cuenta que de acuerdo con el pliego de condiciones –numeral 2.11- los valores en moneda extranjera se convertirán a pesos colombianos con base en la tasa oficial de cambio del último día del mes anterior, suministrada por el Banco de la República y que el tribunal realizó una condena en euros que convierte finalmente en pesos pero sin señalar a qué fecha corresponde el valor del euro que se utilizó para esa conversión (f. 259, c. ppl.).

5.2. La parte convocante presentó solicitud de aclaración y complementación del laudo, así (f. 261, c. ppl):

5.2.1. Pidió que se aclarara: i) en todo el laudo, la parte resolutive inclusive, el nombre de las sociedades integrantes de la unión temporal Pomgalski-Termotécnica-Ingsas; ii) en el numeral 2.2, que el reconocimiento y pago es a la sociedad Pomagalski S.A., sociedad que suministró los equipos; iii) en lo relacionado con la mayor permanencia en obra, de qué fecha a qué fecha corresponde el periodo de los 44 días del adicional n.º 2 y que fuera la base para el reconocimiento de la condena, así como los valores contractuales que se tuvieron en cuenta para el reconocimiento, a qué fecha corresponden y en qué documento probatorio se encuentran contenidos.

5.2.2. Complementación: Pidió que se pronunciara sobre puntos que omitió resolver el laudo: i) indexación de la condena por concepto de los descuentos realizados por contribución especial del 5%, desde la fecha en que se produjo la retención sobre las actas del unionista Pomagalski S.A. y hasta la fecha del laudo; ii) la indexación de la condena por concepto de intereses moratorios, derivados del pago tardío de las actas de anticipo y de obra, hasta la fecha del laudo, pues la misma sólo se hizo hasta la fecha del dictamen pericial contable tenido en cuenta para el cálculo de las condenas; iii) indexación de la

condena por concepto de mayor permanencia en la obra –numeral 2.3-, ya que según el laudo es por el periodo del adicional 2, periodo que debe ser aclarado y complementado, para que a partir de esa fecha sea indexada la respectiva suma de dinero, a la fecha del laudo; iv) que se condene a la entidad demandada a pagar las condenas en los términos del artículo 177 del C.C.A. y v) que se condene al departamento al pago de las costas y las agencias en derecho.

6. El tribunal de arbitramento mediante auto del 19 de abril de 2013, resolvió las solicitudes de aclaración y complementación del laudo, en los siguientes términos (f. 274, c. 1):

Primero. Por las razones expuestas, declarar no procedentes las aclaraciones solicitadas por el convocado DEPARTAMENTO DE SANTANDER.

Segundo. En cuanto a la peticiones de aclaración solicitadas por la parte convocante, por encontrarlas procedentes se accede a ellas en los términos indicados en la parte motiva.

Tercero: en lo concerniente a las complementaciones solicitadas por la parte convocante, se toman las siguientes decisiones:

- A) *La indexación de los valores que deben ser restituidos a POMAGALSKI S.A. por indebida retención a título de contribución del 5% del artículo 6 de la ley 1106 de 2006, no se accede a ella, pero el Tribunal en ejercicio de las atribuciones que le confiere la ley, oficiosamente, mantiene la condena en euros pero solo por la cantidad de 453.761,80 euros, conforme a las explicaciones expuestas en la parte motiva.*
- B) *Con referencia a la solicitud de indexar los intereses moratorios hasta la fecha del laudo, el Tribunal ejerciendo su atribución legal de corrección, de manera oficiosa:*
- *En lo que concierne con la mora derivada del pago tardío de las actas de recibo parcial de obra, toma como base los valores de las cuentas pagadas en mora sin ajustar su capital, y el valor de los intereses se indexa hasta la fecha del laudo, por lo cual la cuantía de la condena a cargo del DEPARTAMENTO DE SANTANDER asciende a la cantidad de \$ 74.345.607,96 discriminados así:
A favor de TERMOTÉCNICA COINDUSTRIAL S.A., la suma de \$ 53.154.524,83

A favor de ACOSTA SILVA INGSAS & CIA. S.C.A., la suma de \$ 21.191.083,13.*
 - *En relación con los intereses de mora causados por el pago tardío de los anticipos, se condena al DEPARTAMENTO DE SANTANDER a reconocer y pagar a las sociedades demandantes la suma de \$ 30.092.419.*
- C) *Con referencia a la solicitud en cuanto a la condena por mayor permanencia en obra, se acepta la indexación en los*

términos a que se refiere la parte motiva y por tanto el valor único a pagar por el DEPARTAMENTO DE SANTANDER a favor de TERMOTÉCNICA COINDUSTRIAL S.A. es por la suma de \$ 124.020.784,20; a favor de ACOSTA SILVA INGSAS & CIA S.C.A. la suma de \$ 83.006.670,23.

Cuarto. Se accede a la aplicación del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo y sus adiciones contenidas en el artículo 60 de la ley 446 de 1998, para los efectos atinentes al pago de la condena.

Quinto: No se accede a la condena en costas por las razones expresadas en la parte motiva.

7. El 26 de abril de 2013, la parte convocada presentó **recurso extraordinario de anulación del laudo arbitral**, con fundamento en las causales 6 y 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998: 6. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo y 8. Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido, cuya fundamentación será analizada al resolver sobre cada uno de estos cargos (f. 279, c. ppl.).

8. La parte convocante, unión temporal Pomagalski-Termotécnica-Ingsas, presentó alegatos en los cuales solicitó que se declare infundado el recurso extraordinario de anulación interpuesto por el departamento de Santander en contra del laudo arbitral proferido el 10 de abril de 2013, por considerar que i) la no aplicación de las teorías de la imprevisión y del hecho del príncipe, como se plantea en el recurso, no significan que el laudo arbitral hubiese sido expedido en conciencia y no en derecho y lo que pretende la recurrente es que el *ad-quem* se adentre en el fondo de la decisión, por no compartir la valoración jurídica que en ésta efectuaron los árbitros y que ii) no es cierto que los árbitros se hubieran pronunciado sobre la legalidad del acto de liquidación unilateral del contrato pues no fue eso lo que se pidió, sino que se revisaran en esa liquidación los valores no reconocidos y que habían sido solicitados por los unionistas y en ese sentido se pronunció el tribunal de arbitramento, sobre los efectos económicos del acto, una materia que era transigible y por lo tanto tenían competencia para decidir; por otra parte, adujo que no es cierto que el tribunal de arbitramento se haya pronunciado sobre un conflicto de carácter tributario al decidir sobre qué impuestos de carácter nacional se aplican o no al contrato, sino que decidió sobre el incumplimiento de la entidad respecto de los términos del pliego de condiciones y las ofertas elaboradas con base en el mismo (f. 308, c. ppl.).

9. El procurador quinto delegado ante esta Corporación, presentó concepto en el cual solicitó denegar la solicitud de nulidad del laudo arbitral impugnado, por considerar que no están llamadas a prosperar las causales de nulidad alegadas en el recurso, toda vez que i) el tribunal sí sustentó jurídicamente su decisión, aplicando la teoría del rompimiento de la ecuación financiera del contrato a partir del incumplimiento contractual, luego de valorar las pruebas allegadas al proceso, sin que sea objeto del recurso el análisis de lo acertado o desacertado de sus conclusiones; ii) de conformidad con la jurisprudencia constitucional y del Consejo de Estado, el tribunal de arbitramento sí podía decidir sobre el contenido económico del acto administrativo de liquidación unilateral y no se pronunció sobre su legalidad y validez ni adelantó una nueva liquidación del contrato y iii) el tribunal de arbitramento no desconoció normas de carácter tributario al decidir sobre la devolución de lo retenido por concepto de la contribución especial del 5% sobre contratos de obra pública, ya que lo que encontró fue que la entidad había inducido al contratista a omitir en su propuesta económica lo correspondiente al valor del impuesto respecto de los ítems que no constituían en estricto sentido obras civiles y luego procedió a deducir dicho valor de todas las cuentas presentadas por el contratista, concluyendo que al contratista le fueron impuestas cargas adicionales a las que se habían determinado inicialmente en el pliego de condiciones y la oferta, hecho que representaba una ruptura de la ecuación económica del contrato y daba lugar a su restablecimiento mediante la devolución de los mayores valores deducidos por el departamento, es decir que no se pronunció sobre la legalidad de la aplicación del tributo sino sobre los costos que debía o no asumir el contratista, de acuerdo con las condiciones financieras inicialmente pactadas (f. 330, c. ppl).

CONSIDERACIONES

I. Competencia

10. La Sala es competente para conocer y decidir el presente asunto, de acuerdo con lo previsto en el numeral 5 del artículo 36 de la Ley 446 de 1998, que reformó el artículo 128 del Código Contencioso Administrativo y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 1150 de 2007 que modificó el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 y que le atribuyó expresamente a la Sección Tercera del Consejo de Estado la competencia para conocer del recurso de anulación de los laudos arbitrales proferidos para dirimir controversias en torno a los contratos estatales, como quiera que el contrato 0001686 de 2007 celebrado con la



unión temporal Pomagalski-Termotécnica-Ingsas, respecto del cual se profirió el laudo arbitral impugnado, fue suscrito por el departamento de Santander como contratante.

11. Por otra parte, se observa que el laudo arbitral impugnado es del 10 de abril de 2013 y el recurso de anulación fue interpuesto en su contra el 26 de abril del mismo año, es decir en vigencia de la Ley 1563 del 12 de julio de 2012, *“Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”*, la cual entró a regir 3 meses después de su promulgación –art. 119-, no obstante lo cual el recurso extraordinario se rige por las normas vigentes al momento de la presentación de la demanda arbitral, que lo fue el 8 de abril de 2010, es decir por el Decreto compilatorio 1818 de 1998, tal y como lo estableció la Sala Plena de la Sección Tercera².

II. El problema jurídico

12. La Sala debe establecer si el laudo arbitral impugnado está incurso en las causales de anulación alegadas por el recurrente, para lo cual analizará i) si el fallo fue proferido en conciencia y ii) si el fallo recayó sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros, en la forma expuesta por el recurrente.

III. Análisis de la Sala

13. Antes de emprender el análisis de cada una de las causales aducidas en el recurso de anulación interpuesto por el departamento de Santander, en contra del laudo arbitral

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 6 de junio de 2013, expediente 45922, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en el cual se dijo que *“(…) los procesos arbitrales iniciados con antelación a 12 de octubre de 2012 seguirán rigiéndose por las normas procesales que sobre la materia prescribe el Decreto compilatorio 1818 de 1998, lo que incluye, entonces, el régimen de oportunidad, interposición, trámite y causales del recurso de anulación de laudo arbitral, y, en sentido contrario, sólo se aplicará la normativa del Estatuto Arbitraje Nacional e Internacional (Ley 1563 de 2012) para las demandas arbitrales interpuestas después del 12 de octubre de 2012”*.

proferido el 10 de abril de 2013 para dirimir las controversias surgidas entre las partes con ocasión de la ejecución del contrato de obra n.º 0001686 del 2 de agosto de 2007, procede la Sala a reiterar las generalidades en torno a la naturaleza de este mecanismo alternativo de solución de conflictos que es el arbitramento, la decisión que surge del mismo -laudo arbitral-, así como del recurso extraordinario que procede en su contra ante esta jurisdicción contencioso administrativa:

16. Al respecto, se observa que el recurso que procede en contra de los laudos arbitrales, es el extraordinario de anulación, que por esta misma naturaleza –no es un recurso ordinario- no constituye una nueva instancia en la que le sea dado al juez del recurso entrar a analizar las cuestiones de fondo para determinar la corrección o no de la decisión de los árbitros, es decir para resolver errores in iudicando, sino que está encaminado a corregir errores in procedendo, es decir defectos de forma que se presenten en la tramitación, puesto que su finalidad es la protección del debido proceso³.

17. Debe recordarse además, que el arbitramento es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al que pueden acudir las partes interesadas mediante la suscripción de un pacto arbitral⁴, en cuanto el artículo 116 de la Constitución

³ Es esta la regla general, puesto que algunas de las causales de anulación contempladas en la ley le permiten al juez del recurso conocer de asuntos de fondo, como cuando el tribunal de arbitramento dejó de decidir asuntos sobre los que debió pronunciarse. Así lo ha reconocido la jurisprudencia: “(...) El control excepcional del laudo por errores in iudicando aparece sólo en los eventos en que el legislador faculta al juez del recurso de anulación para que se pronuncie sobre el fondo o materia del asunto, como cuando se dan los supuestos para modificar el laudo a través de la corrección y/o la adición. En cambio, cuando se trata del control del laudo por errores de procedimiento el legislador sólo le da competencia al juez para anular la decisión arbitral, sacándola del ordenamiento jurídico; en tales eventos no tiene competencia para pronunciarse sobre los puntos sometidos por las partes a conocimiento de la justicia arbitral y decididos por ésta (...)”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de mayo de 2004, expediente 25156, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

⁴ [5] “El artículo 115 de la Ley 446 de 1998, compilado en el artículo 117 del Decreto 1818 de 1998, lo define así: “Pacto Arbitral. El artículo 2º del Decreto 2279 de 1989, quedará así: // “Artículo 2º. Por medio del pacto arbitral, que comprende la cláusula compromisoria y el compromiso, las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal Arbitral, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces.” La misma Ley 446, define estas dos modalidades del pacto arbitral en los siguientes términos: “Artículo 116.- El Decreto 2279 de 1989 tendrá un artículo nuevo del siguiente tenor: // “Artículo 2A. Se entenderá por cláusula compromisoria, el pacto contenido en un contrato o en documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan seguir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal Arbitral (...). // Artículo 117.- Compromiso. El artículo 3o. del Decreto 2279 de 1989, quedará así: // “Artículo 3º. El compromiso es un negocio jurídico, por medio del cual las partes involucradas en un conflicto presente y determinado, convienen resolverlo a través de un tribunal arbitral. El compromiso podrá estar contenido en cualquier documento como telegramas, télex, fax u otro medio semejante. // El documento en

Política autoriza invertir transitoriamente a los particulares de la función de administrar justicia, en la condición de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley, lo cual implica la sustracción del litigio del conocimiento de su juez natural para atribuirle su decisión a unos particulares, designados por las mismas partes o un tercero que ellas designen para tal fin.

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

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

(...) La potestad de los árbitros, a diferencia de la que es inherente a los jueces estatales, no es permanente ni genérica, sino que está limitada a las cuestiones comprometidas y a un tiempo determinado, fijado por las partes o, en defecto de pacto expreso, por la ley, durante el cual ha de expedirse la decisión. Su función está circunscrita, pues, a un plazo concreto que permita sustanciar el procedimiento arbitral hasta la emisión del laudo (...)⁵

19. De otra parte, es necesario tener en cuenta que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, reformado por el artículo 6º de la Ley 1285 de 2009,

donde conste el compromiso deberá contener: // a) El nombre y domicilio de las partes; // b) La indicación de las diferencias y conflictos que se someterán al arbitraje; // c) La indicación del proceso en curso cuando a ello hubiere lugar. En este caso las partes podrán ampliar o restringir las pretensiones aducidas en aquél."

⁵ [6] "Fernández Rozas, José Carlos, "Elementos configuradores de la justicia arbitral", en Revista Internacional de Arbitraje, Universidad Sergio Arboleda-Comité Colombiano de Arbitraje-Legis, 2009, p. 152 a 154".

*las entidades estatales no pueden pactar tribunales de arbitramento institucionales ni independientes, sólo legales (...)*⁶.

Las causales de anulación

Primera causal: numeral 6° del artículo 163 Decreto 1818 de 1998⁷:

14. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo. El recurrente manifestó que el laudo incurre en esta causal:

“(...) por haber fallado en conciencia y no en derecho al haber reconocido un desequilibrio contractual aplicando su propia conciencia y desconociendo las teorías de la imprevisión y del hecho del príncipe

(...) el laudo reconoció en favor del convocante un sinnúmero de prestaciones económicas a título de restablecimiento del rompimiento del equilibrio contractual, pero sin señalar cual fue el sustento jurídico para realizar tal condena, es decir si fue el hecho del príncipe o la teoría de la imprevisión.

Nótese que el laudo ni siquiera las menciona, analiza o siquiera se refiere a ellas de manera tangencial, sino que únicamente se le reconoce el restablecimiento del equilibrio contractual en base a su íntima concepción de lo injusto del actuar del Departamento de Santander.

a. Los descuentos de contrato y gastos financieros, eran hechos previsibles y determinables al momento del contrato y por tanto no pueden ser objeto de restablecimiento del equilibrio contractual por no hacer parte de lo que doctrinalmente se ha señalado como “teoría de la imprevisión” (...).

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de agosto de 2014, expediente 46557, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

⁷ El Decreto 1818 de 1998, es compilatorio de los mecanismos alternativos de solución de conflictos y entre ellos el arbitramento, regulado en el Decreto 2279 de 1989, en cuyo artículo 38 se consagraron las causales de anulación del laudo arbitral.

El reconocimiento que hace el tribunal de la suma por concepto del pago del 5% de contribución especial de seguridad ciudadana, no está amparado en la aplicación de ninguna de las formas o teorías que sustentan el reconocimiento del desequilibrio contractual, sino en su interno conocimiento de que esto es injusto.

b. Mayor permanencia en la obra no se trata de un hecho imprevisible por cuanto se señala que se debió a falta de alimentación eléctrica, negociación de predios, servidumbres de paso (...).

Es así que siendo claro que el pliego le trasladaba al contratista el riesgo derivado de la falta de fluido eléctrico y la demora en la entrega de los predios, no se presenta sustento jurídico que respalde la condena que por mayor permanencia en la obra realiza el Tribunal de Arbitramento, pues en este caso tampoco señaló si tal reconocimiento lo hacía en aplicación de la teoría de la imprevisión o la teoría del hecho del príncipe (...).

Debe tenerse en cuenta que el hecho de no señalar cuál de las dos modalidades de rompimiento del equilibrio contractual utilizó el Tribunal de Arbitramento para decretar las condenas es lo que hace absolutamente subjetivo el fallo (...).

15. Al respecto, debe advertirse que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 70 de la Ley 80 de 1993, cuando se trata de un laudo arbitral que se profiere para dirimir la controversia originada en un contrato estatal, el mismo debe ser en derecho. Y de conformidad con el artículo 1° del Decreto 2279 de 1989, modificado por el artículo 111 de la Ley 446 de 1998, el arbitraje en derecho “(...) es aquel en el cual los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente”. En consecuencia, de comprobarse que este requisito no se cumplió en el presente caso, resultaría procedente la anulación de la decisión impugnada.

16. Ahora bien, para que se pueda predicar que un laudo fue proferido en conciencia, se requiere la comprobación de que los árbitros al resolver, lo hicieron dejando de lado, de manera ostensible, las normas legales que debían aplicar, así como el acervo probatorio

obstante en el plenario, basando su decisión exclusivamente en su leal saber y entender, aplicando el sentido común y la verdad sabida y buena fe guardada. Sólo cuando el fallo omite, de manera evidente, el marco jurídico dentro del cual se debe decidir, podrá decirse que se está en presencia de un fallo en conciencia. Pero si el juez o árbitro resuelve fundado en el ordenamiento jurídico, con base en el análisis del material probatorio allegado oportunamente al proceso y de conformidad a las reglas de la sana crítica, ese pronunciamiento será en derecho.

17. En el presente caso, el recurrente afirma que el laudo fue en conciencia porque los árbitros no fundaron su decisión en las teorías del rompimiento del equilibrio económico del contrato de la *imprevisión* y del *hecho del príncipe*, porque ni las nombraron ni las condenas proferidas corresponden con su aplicación precisa a los eventos que resolvieron.

18. Al respecto, se observa que la obligación de restablecer la ecuación contractual surgida en el momento del nacimiento del negocio jurídico, tiene su origen en la ley y así fue reconocido en el laudo arbitral, en el que se consideró que la teoría del equilibrio económico del contrato:

(...) tiene como punto de partida la naturaleza conmutativa del contrato estatal, lo que implica una relación de equivalencia entre los derechos y obligaciones que conceden y asumen las partes en forma recíproca. Entonces, cuando se rompe esa ecuación, bien porque se disminuyen los derechos o porque se aumentan las obligaciones, el legislador ordena su restablecimiento.

*En ese ámbito contractual el principio *sunt servanda* –artículos 1618 y 1624 del Código Civil- cede ante el postulado del *rebus sic stantibus* (...).*

*Se ha entendido que la contingencia de un desequilibrio económico del contrato puede acaecer por diversas causales, cuyos requisitos y efectos pueden contener matices diferenciales. En efecto, el referido desequilibrio puede derivarse: i) del incumplimiento contractual; ii) del ejercicio del *ius variandi* por parte de la administración; iii) por el llamado *hecho del príncipe* iv) por la ocurrencia de eventos que quedan cobijados bajo la teoría de la *imprevisión*.*

19. No obstante, los árbitros consideraron que las pretensiones se fundaron principalmente en el incumplimiento contractual de la entidad convocada, que fue el origen de la afectación del equilibrio económico del contrato celebrado por las partes y en consecuencia, estimaron:

Como quiera que el tema propuesto en la demanda está fundamentado en la primera causal enunciada, vale decir, en la configurada por el incumplimiento contractual, el ejercicio de valoración jurídica que le compete al tribunal para dilucidar el asunto que nos ocupa, estará circunscrito específicamente a la ocurrencia o no de eventuales expresiones de incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo del Departamento y su potencial incidencia sobre el supuesto desequilibrio contractual.

A partir del contrato, como fuente primigenia de obligaciones, en la responsabilidad contractual, es necesario la ocurrencia de los siguientes elementos estructurantes: el incumplimiento de una obligación contractual, la generación de un daño y el nexo causal entre ellos.

El incumplimiento de una o más obligaciones puede asumir cualquiera de las manifestaciones que lo materializan: la ausencia total de la prestación, el cumplimiento imperfecto o defectuoso o el cumplimiento tardío.

La existencia del daño es elemento relevante en la estructura de toda responsabilidad civil –bien sea contractual o extracontractual- pues el concepto de resarcimiento implica la existencia de un daño. Ahora bien, este concepto está cimentado en dos elementos sustanciales: el carácter personal del daño y la certeza de este. El primero significa que quien reclama el perjuicio sea quien ha recibido el detrimento en su patrimonio, es decir, que guarde perfecta consonancia con la institución procesal de la legitimación en la causa por activa. La connotación cierta del daño implica la necesidad de probar su existencia y la magnitud y cuantificación del mismo.

En razón a que esta pretensión está atada a las decisiones que se adopten sobre las otras peticiones, congruente con los pronunciamientos que se harán respecto de algunas de ellas, se precisa su prosperidad porque ciertamente el Departamento incurrió en comportamientos contractuales que configuraron incumplimiento de algunas de sus obligaciones.

20. A continuación, en el laudo se analiza uno por uno los hechos alegados por la convocante como eventos de incumplimiento contractual del departamento de Santander que se tradujo en la afectación del equilibrio económico del contrato, para lo cual tuvo en cuenta no sólo los elementos de prueba obrantes en el proceso –documentales, testimoniales y periciales-, sino las disposiciones y estipulaciones que rigieron la relación contractual entre las partes, contenidas en el pliego de condiciones y el contrato, así como los acuerdos y modificaciones que efectuaron, antes y durante su ejecución.

21. Es así como en relación con la reclamación por la realización de rediseños de la línea del teleférico, el tribunal encontró que no tenía vocación de prosperidad, puesto que esa modificación se produjo por acuerdo de las partes antes de suscribir el contrato, por lo que la misma quedó incluida en el mismo, con toda la fuerza vinculante que el negocio jurídico despliega; es decir que *“los ajustes de diseño quedaron involucrados en el objeto contractual y por el precio pactado, máxime cuando la remuneración del contrato quedó establecida por un precio global fijo, bajo la modalidad ‘llave en mano’”*, consideración que a juicio del tribunal es suficiente para desestimar el pretendido desequilibrio contractual por esta causa.

22. Luego procedió a estudiar la modalidad de pago del contrato de obra pública denominada “llave en mano” y las disposiciones del pliego de condiciones que se refieren a ella, concluyendo que en el presente caso, a pesar de que el celebrado por las partes implicaba así mismo el suministro de bienes, correspondía a la definición legal de contrato de obra pública según el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que al ser llave en mano, implicaba el reconocimiento de una suma global única por la entrega del producto final: un sistema de transporte aéreo por cable en perfectas condiciones de funcionamiento, sin lugar a reajustes del precio, en el que se hallaba incluido todo lo concerniente a la elaboración de los diseños que fueran necesarios para la construcción de la obra, lo cual, a juicio de los árbitros, no era óbice para que se pudieran desagregar los valores específicos de los grandes capítulos del objeto contractual, como el suministro de equipos de fabricación extranjera, las obras civiles y suministros locales e instalación y puesta en operación del sistema.

23. En relación con la imposición al contratista de cargas tributarias adicionales, el laudo arbitral se refirió a la contribución especial consagrada en el artículo 6 de la Ley 1106 de 2006 y que fue específicamente enunciada en el pliego de condiciones como una obligación fiscal a cargo del contratista; así mismo, aludió a la respuesta que la entidad dio a los proponentes cuando éstos preguntaron qué valor se tendría en cuenta como base para liquidar la referida contribución, a lo cual aquella manifestó que, como el proyecto comprendía varias actividades conexas y complementarias tales como construcción, suministro, montaje y puesta en funcionamiento a todo costo de un teleférico, *“(...) se puede concluir que los descuentos de carácter tributario se realizarán de acuerdo a la facturación que presente el contratista, es decir, la facturación relacionada con obra civil tendrá el descuento de la Contribución Especial prevista por la ley 1106 y la facturación relacionada con suministro o servicio incluirá el impuesto al Valor Agregado”*, a pesar de lo cual, según se registró en el dictamen pericial tenido en cuenta por los árbitros, la entidad aplicó los descuentos de la contribución especial al valor total, es decir a la sumatoria que arrojaba la obra civil y la causada por los suministros, lo que llevó al tribunal a considerar que si bien el contrato celebrado fue de obra pública y por lo tanto estaba sujeto a la medida impositiva, lo cierto es que era deber del departamento elaborar el pliego de condiciones en consonancia con la norma legal y lo que hizo fue contrariar abiertamente, ya en la ejecución del contrato, lo que había expresado en el oficio aclaratorio del pliego, desconociendo con ello la carga de claridad y precisión que recae sobre la entidad en su confección.

24. Por lo tanto, *“(...) la regla que finalmente quedó enunciada en el pliego de condiciones no guarda concordancia con el contenido normativo expresado en la ley 1106 de 2006, pero la rectificación del criterio expuesto en el pliego no puede ser a expensas del equilibrio económico del contrato, porque la directriz de la licitación fue determinante para la estructuración de la oferta económica. El proponente, después contratista, se atuvo a las orientaciones impartidas por la entidad contratante, las que, a posteriori, no son susceptibles de variación porque generan desequilibrio económico”* y en el proceso, se probó con la prueba pericial que la unión temporal convocante, en su propuesta, calculó el valor de la contribución especial en función del valor de la obra civil, aplicando la regla que al respecto se estableció en el oficio del 27 de junio de 2007, con el que la entidad

respondió la pregunta de los proponentes en torno a esta materia, propuesta que fue integralmente aceptada por el departamento sin salvedad alguna. En consecuencia, consideró el tribunal de arbitramento que el departamento debía devolver a la convocante el valor por concepto del suministro efectuado por el unionista Pomagalski.

25. Sobre los costos financieros equivalentes al 4x1000 sobre el valor del anticipo del unionista Pomagalski, al omitir su consignación en cuenta localizada en el extranjero, los árbitros encontraron que según lo estipulado en el contrato y más concretamente en el otrosí n.º 3, el giro directo a esa cuenta solo aplicaba respecto al pago de las actas de recibo parcial de los bienes y equipos que aquella sociedad debía entregar, mientras que el anticipo debía manejarse en una cuenta bancaria conjunta abierta a nombre del departamento y el contratista, por lo tanto esta reclamación era improcedente.

26. Respecto de la mayor permanencia en obra y sus consecuentes costos administrativos, el laudo alude a las pruebas que corroboran que efectivamente hubo demoras en la entrega de algunos terrenos requeridos para la construcción de la obra y del fluido eléctrico para alimentar las subestaciones del proyecto, que fueron las causas generadoras de las prórrogas del plazo del contrato en 44 días, por lo que tuvo en cuenta la valoración efectuada por el perito técnico respecto los costos administrativos que de allí se derivaron para la unión temporal contratista.

27. En cuanto a los costos por acceso y movimiento de tierra, los árbitros consideraron que según el contrato –cláusula séptima, numeral 2, literal d-, el departamento estaba obligado a garantizar las servidumbres de paso, entendidas como el permiso para acceder a un determinado lugar, pero ello no incluía la obligación de construcción y mantenimiento de las vías de acceso, que le correspondían al contratista, dada la modalidad llave en mano del contrato celebrado por las partes. Y en relación con el supuesto valor que pagó el contratista por dichas servidumbres, los árbitros no lo encontraron probado en el proceso.

28. El laudo se ocupó de la reclamación por la mora en el pago de las actas de recibo de obra y del anticipo y con fundamento en la prueba pericial contable practicada, constató que

efectivamente el departamento incurrió en la referida mora, al haber excedido los 30 días pactados para los pagos y de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, consideró procedente el reconocimiento de intereses moratorios, *“(...) porque en efecto corresponde a la consecuencia derivada del incumplimiento en el pago de una obligación dineraria, cuya sanción corresponde a la aplicación de los respectivos intereses moratorios, tal como lo previene el art. 1617 del C.C., y conforme a la regulación del art. 4 de la ley 80 de 1993 y del art. 1 del Decreto 769 de 1994”*.

29. De acuerdo con lo anterior, para la Sala no cabe duda alguna de que el fallo proferido por el tribunal de arbitramento fue en derecho, puesto que se fundó en las normas legales aplicables y en el acervo probatorio obrante en el proceso. En consecuencia, esta causal no tiene vocación de prosperidad.

Segunda causal: Numeral 8° del 163 del Decreto 1818 de 1998: Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido.

30. El recurrente considera que se configura esta causal, toda vez que el tribunal de arbitramento carecía de competencia material, ya que el contrato fue liquidado unilateralmente y por lo tanto, no podía pronunciarse sobre la legalidad de actos administrativos que gozan de la presunción de legalidad. Sostuvo que la Corte Constitucional ha señalado que los tribunales de arbitramento *“no tienen competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos de liquidación de los contratos pues estos son hechos no susceptibles de transacción y gozan de una presunción de legalidad que solo puede ser desvirtuada por la jurisdicción administrativa”*, agregando que dentro de las condenas se solicitaron pagos no reconocidos en el acto administrativo de liquidación unilateral del contrato y *“reconocerlos sería tachar de ilegal la resolución, aspecto que le está vedado al Tribunal de Arbitramento”*.

31. Por otra parte, en el recurso se adujo que el tribunal de arbitramento no podía pronunciarse sobre la aplicación o no de impuestos de carácter nacional, ordenando

la devolución de los pagos que se realizaron por concepto de la contribución especial de la Ley 1106 de 2006, *“pues el artículo 59 de la Ley 23 de 1991, norma subrogada por el artículo 70 de la Ley 446 de 1998, y que a su turno fue incorporada en el artículo 56 del Decreto 1818 de 1998 (...) dispone que los asuntos tributarios no pueden ser materia de ninguno de los mecanismos alternativos de solución de conflictos”*.

El principio de congruencia

32. La causal aducida por el recurrente, es una manifestación del principio de congruencia de las sentencias⁸, el cual se desconoce cuando el juez profiere una decisión que va más allá de lo solicitado (fallo *ultra petita*) o cuando decide sobre puntos no incluidos en el litigio (fallo *extra petita*) o cuando se concede menos de lo pedido (fallo *citra* o *infra petita*); *“(...) también se presenta incongruencia cuando se decide con base en “causa petendi” distinta a la invocada por las partes; y, d) cuando el pacto compromisorio se refiere a controversias que no son transigibles por orden constitucional y legal”*⁹.

33. De acuerdo con lo anterior, la congruencia hace necesaria una comparación entre lo pedido por las partes y lo decidido por el tribunal, es decir que para establecer la existencia del vicio que atenta contra tal principio, se debe examinar la decisión contenida en el laudo arbitral, pues *“Para detectar la presencia del vicio de la incongruencia es imperioso comparar lo decidido con lo litigado por las partes, entendiéndose por lo decidido a la parte*

⁸ El artículo 305 del C.P.C., lo consagra en los siguientes términos: *“Congruencia. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. // No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta. // Si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último. // En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión, y cuando éste no proceda, antes de que entre el expediente al despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio.”*

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de junio de 2006, expediente 32398, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

de la sentencia verdaderamente vinculante, **o sea la resolutive, teniendo en cuenta que esta causal** no autoriza ni puede autorizar a entrar en el examen de las consideraciones que han servido al juzgador como motivos determinantes del fallo¹⁰, limitación que encuentra su explicación en la naturaleza misma y la finalidad que se persigue con el recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales,

“(...) el cual apunta a verificar que desde el punto de vista formal se haya dado cumplimiento a las normas que regulan el proceso arbitral y ha sido instituido precisamente, como mecanismo que garantice el debido proceso en los trámites arbitrales. En consecuencia, apunta a corregir errores in procedendo, no errores in judicando, lo que le impide al juez del recurso entrar a analizar las consideraciones de fondo y sustantivas que tuvo en cuenta el tribunal de arbitramento para decidir”¹¹.

34. Las causales de anulación de los laudos arbitrales, conducen, en principio, a la declaratoria de nulidad de la decisión, salvo en aquellos eventos en los cuales, por disposición legal, resulta procedente que el juez del recurso extraordinario proceda a corregir el laudo¹², como cuando se vulnera el principio de congruencia por no haber decidido los árbitros sobre todos los asuntos sujetos al arbitramento, caso en el cual,

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de junio de 2002, expediente 21040, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de octubre de 2013, expediente 43440, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

¹² El inciso 2º del artículo 40 del Decreto 2279 de 1989 -modificado por el artículo 129 de la Ley 446 de 1998-, dispuso que “*Cuando prospere cualquiera de las causales señaladas en los numerales 1º, 2º, 4º, 5º y 6º del artículo 38 del presente decreto, declarará la nulidad del laudo. En los demás casos se corregirá o adicionará*”. A su turno, el artículo 38 mencionado en la norma, establece que son causales de anulación del laudo: 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. Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido. 9. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.

comprobado el defecto por el juez del recurso, éste debe proceder a resolver lo que aquellos hubieren dejado sin solución en el respectivo laudo.

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

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

De tal manera que, el juez arbitral está en el deber de decidir, en primer término, las cuestiones que le han sido planteadas en el proceso por las partes, pero sus determinaciones no se limitan exclusivamente a estos extremos, puesto que en virtud del marco legal de su competencia, existen otros asuntos que por mandato de la ley está llamado a resolver, así no hayan sido materia de la demanda o de la contestación, es decir, así no sean cuestiones propuestas expresamente por las partes; se trata entonces, del ejercicio de facultades oficiosas que le han sido atribuidas directamente por el ordenamiento jurídico, en su calidad de juez, aunque la misma sea temporal¹³.

36. Significa lo anterior, que la competencia del juez arbitral para decidir no es absoluta sino que se encuentra limitada por varios aspectos que marcan los límites dentro de los cuales debe resolver la controversia sometida a su conocimiento, los cuales están dados, en primer lugar, por la limitación impuesta a este mecanismo alternativo de solución de controversias, en cuanto sólo procede respecto de aquellas materias que sean transigibles¹⁴; en segundo lugar, el tribunal de arbitramento se halla limitado en su decisión al contenido de la respectiva cláusula compromisoria o en el compromiso que suscribieron las partes, documentos en los cuales ellas delimitan de manera clara y precisa la materia que fue su voluntad excluir de la decisión del juez natural del contrato y en tercer lugar, el

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de marzo de 2007, expediente 32399, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

¹⁴ El artículo 111 de la Ley 446 de 1998, que modificó el artículo 1º del Decreto 2279 de 1989, definió el arbitraje en los siguientes términos: “*El arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral (...)*”.

marco de acción del juez arbitral también se ve limitado por las concretas pretensiones aducidas en la demanda arbitral así como las excepciones propuestas en su contestación.

37. Ahora bien, para establecer si en el presente caso los árbitros se pronunciaron sobre asuntos que no les correspondía decidir, como lo sostuvo el recurrente, resulta necesario recordar, en primer lugar, el contenido de la cláusula compromisoria pactada por las partes en el respectivo contrato, la cual fue del siguiente tenor:

CLÁUSULA COMPROMISORIA: *Toda controversia o diferencia relativa a este contrato, a su ejecución, desarrollo, terminación, liquidación, cumplimiento de cualquiera de las obligaciones señaladas en el mismo, se resolverán por un Tribunal de Arbitramento ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bucaramanga, y se sujetará a lo dispuesto por la ley 80 de 1993, decreto 2279 de 1989, decreto 2561 de 1991, Ley 446 de 1998, decreto 1818 de 1998 y demás disposiciones legales que le sean aplicables, los reglamentos, adicionen o modifiquen y de acuerdo con las siguientes reglas: a) El Tribunal estará integrado por tres árbitros, dos (2) designados por cada una de las partes y el tercero por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bucaramanga; b) El Tribunal funcionará en la ciudad de Bucaramanga, en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio y c) El Tribunal decidirá en Derecho.*

38. De acuerdo con sus términos, se advierte que la voluntad de las partes fue deferir a los árbitros la solución de cualquier diferencia, es decir, de toda controversia que se suscitara con ocasión del contrato celebrado, por lo cual, desde el punto de vista de los posibles litigios que se podían derivar del negocio jurídico, no existía, en cuanto al querer de las partes, ninguna limitación para someterlos a la decisión del tribunal de arbitramento.

39. En aplicación de la cláusula compromisoria, la unión temporal Pomagalski-Termotécnica-Ingsas presentó demanda arbitral en contra del departamento de Santander, cuyas pretensiones, como ya se vio, apuntan a obtener la declaratoria de incumplimiento del contrato celebrado por las partes y como consecuencia del mismo, el rompimiento del equilibrio económico del contrato, con la consecuente indemnización de perjuicios a favor de la parte convocante –ver párrafo 2.1-.

El acto administrativo de liquidación unilateral

40. Observa la Sala que la solicitud de convocatoria del tribunal de arbitramento fue presentada por la unión temporal demandante el 8 de abril de 2010, ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bucaramanga –párrafo 2-; dicha solicitud, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 13 del Decreto 2651 de 1991 – adoptado como legislación permanente por el artículo 162 de la Ley 446 de 1998 e incorporado en el artículo 123 del estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, Decreto 1818 de 1998-, “(...) *deberá reunir todos los requisitos exigidos por la ley para la demanda y se dirigirá al centro de arbitraje (...)*”, es decir que constituye, para estos procesos, el libelo introductorio contentivo de las pretensiones que se aducen en contra de la parte demandada en el proceso arbitral, o dicho en otras palabras, es la demanda misma¹⁵. En ella se pidió, entre otras cosas, que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento del contrato, se procediera a su liquidación.

41. La solicitud de convocatoria presentada por la unión temporal Pomagalski-Termotécnica-Ingsas ante Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bucaramanga, le fue comunicada el 23 de abril de 2010 al gobernador del departamento de Santander, a quien se le informó de la reunión que se llevaría a cabo el 10 de mayo de 2010, con el fin de efectuar la designación de árbitros, para lo que era requisito indispensable la presencia de las partes o en su defecto, del apoderado con facultad expresa para nombrar árbitros (f. 44, c. 1).

42. El 10 de junio de 2010, se llevó a cabo en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bucaramanga, la diligencia de designación de árbitros, con la participación de los apoderados de la parte convocante y el departamento de Santander, efectuándose a continuación la comunicación a los árbitros designados, su aceptación del cargo y la fijación de fecha para la audiencia de instalación del tribunal de arbitramento, el 18 de agosto de 2010, que fue postergada para el 2 de septiembre del mismo año, fecha en la cual se llevó a cabo en presencia de los apoderados de las partes, se profirió auto

¹⁵ Actualmente, la Ley 1563 de 2012, “*Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones*”, establece en su artículo 12 que “*El proceso arbitral comenzará con la presentación de la demanda, que deberá reunir todos los requisitos exigidos por el Código de Procedimiento Civil, acompañada del pacto arbitral y dirigida al centro de arbitraje acordado por las partes (...)*”.

admisorio de la demanda, se ordenó su notificación a la parte convocada y correrle traslado de la misma, para lo cual en el acto le fueron entregados copia de ésta y sus anexos (f. 69, f. 73 a 87 y f. 100, c. 1).

43. El 24 de agosto de 2010, el secretario de transporte e infraestructura del departamento de Santander expidió la resolución n.º 012076 del 24 de agosto de 2010, por medio de la cual liquidó unilateralmente el contrato de obra n.º 1686 de 2007, el cual fue notificado mediante edicto, lo que significa que el acto administrativo fue proferido antes de la notificación de la demanda a la entidad convocada y por lo tanto, ésta tenía competencia para su expedición¹⁶ (f. 195, c. 1 y f. 274, c. 2).

44. El 16 de septiembre de 2010, la parte convocante presentó reforma de la demanda inicial, en la cual incluyó la siguiente pretensión, que tal y como se puede constatar, no apunta a que se declare la nulidad de acto administrativo alguno:

Que en el evento que el contrato sea liquidado unilateralmente por parte del Departamento de Santander, se proceda por los Señores árbitros a revisar la liquidación frente a los valores que no hayan sido reconocidos y que son objeto del rompimiento de la ecuación contractual, que por este acto se pide el debido reconocimiento al numeral 3º del presente acápite.

45. En la primera audiencia de trámite, los árbitros resolvieron sobre su competencia, teniendo en cuenta para ello la excepción propuesta por la parte convocada fundada en que el departamento, ante el fallido intento de llevar a cabo la liquidación de común acuerdo,

¹⁶ La jurisprudencia de esta Corporación ha manifestado en forma reiterada que aún cuando haya sido demandada, la entidad estatal puede proceder a la liquidación unilateral del contrato una vez vencido el término para llevarla a cabo de común acuerdo sin que ello haya sido posible, hasta antes de la notificación del auto admisorio de la demanda en la que se pida que se liquide judicialmente el contrato, pues en tal caso, perderá su competencia para ello: “(...) La Administración puede en el tiempo liquidar unilateralmente, aunque vencieron los plazos a que aludió la jurisprudencia para realizar la liquidación bilateral o unilateral, hasta antes de que se le notifique la admisión de la demanda, en la cual se pretende que el juez se pronuncie sobre la liquidación del contrato; hecho a partir del cual se le da certeza a la Administración de que el asunto se volvió judicial (principio de publicidad), siempre y cuando dicha notificación se haga dentro del término de prescripción o caducidad, según el caso (...)”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de junio de 2000, expediente 12723, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

procedió a hacerlo en forma unilateral, a través de un acto administrativo frente al cual tiene incidencia la controversia suscitada, lo que implicaría involucrar un juicio sobre su legalidad y el tribunal carece de competencia para ello. Al respecto, con base en diferentes pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado sobre el punto, los árbitros consideraron (f. 6, c. 3):

Desde la perspectiva jurisprudencial en comento –tanto a nivel de Corte Constitucional como del Consejo de Estado- para el tribunal no existe duda alguna sobre la viabilidad del proceso arbitral que nos ocupa, en lo que concierne a su competencia, por las siguientes consideraciones:

- *No obstante la amplitud de los nuevos criterios expuestos por el Consejo de Estado, en el sentido de que los demás actos administrativos diferentes a los consagrados en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 pueden ser examinados por la justicia arbitral, se precisa que en las pretensiones de la demanda referidas en este proceso, no se pide pronunciamiento alguno sobre la validez del acto administrativo de liquidación unilateral del contrato.*
- *Los asuntos objeto de la controversia son de contenido económico y, consecuentemente, susceptibles de arbitraje.*
- *La circunstancia de que se hubiese liquidado unilateralmente el contrato por parte del Departamento no enerva la competencia del tribunal para decidir sobre la controversia económica propuesta en la presente Litis.*

46. Como ya se vio, en la parte resolutive del laudo arbitral, en relación con la liquidación del contrato, se resolvió:

1. Declarativas:

- 1.1. Se declara que el Departamento de Santander incumplió las obligaciones contractuales referidas en la parte motiva de este laudo, según lo expresado al analizar la primera pretensión.*
- 1.2. No se procede a la liquidación del contrato en razón a que dicha operación fue realizada por el Departamento de Santander en forma unilateral.*
- 1.3. En los términos contenidos en las decisiones de condena, se entiende ajustada la liquidación del contrato.*

47. En la parte motiva del laudo, al referirse al tema de su competencia, los árbitros reiteraron lo manifestado en la primera audiencia de trámite y agregaron que *“No es objeto del litigio que nos ocupa establecer la legalidad del acto administrativo por medio del cual el Departamento liquidó unilateralmente el contrato; razón suficiente para que el Tribunal se abstenga de formular pronunciamiento alguno a ese respecto”* (f. 228, c. ppl).

48. Es evidente entonces, que el tribunal de arbitramento, en el laudo arbitral impugnado, no se pronunció sobre la validez de la resolución n.º 012076 del 24 de agosto de 2010, por medio de la cual el departamento de Santander liquidó unilateralmente el contrato de obra n.º 1686 de 2007, pues no declaró su nulidad en la parte resolutive de la decisión, al contrario, reconoció su existencia al negar la pretensión tendiente a que el contrato fuera liquidado por el tribunal, toda vez que el mismo ya lo había sido, de manera unilateral por la parte convocada.

49. No obstante lo anterior, la recurrente afirmó, al sustentar la causal consistente en haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros (f. 289 y sgtes., c. ppl.):

Debe tenerse en cuenta que como base fundamental de la declaratoria de cualquier condena en contra del departamento está la decisión de liquidar el contrato contenida en la Resolución de liquidación unilateral que fue notificada en fijación de edicto fijado (sic) el 3 de septiembre de 2010, la cual escapa de la órbita del tribunal de arbitramento toda vez que el contrato desde hace más de dos años se encuentra liquidado, pues la Gobernación de Santander ya había proferido el acto administrativo de liquidación unilateral del contrato No. 01686 de Agosto 2 de 2007, la cual fue debidamente notificada a la UNIÓN TEMPORAL POMAGALSKI-TERMOTÉCNICA-INGSAS en forma personal y la cual se encuentra en firme, ya que nadie a (sic) controvertido su legalidad.

No puede el Tribunal de Arbitramento atribuirse la competencia para determinar la legalidad de un acto administrativo que no ha sido demandado, que es palabras más, palabras menos, es (sic) lo que pretende la UNIÓN TEMPORAL POMAGALSKI-TERMOTÉCNICA-INGSAS cuando en su reforma de demanda solicita “que en el evento que el contrato sea liquidado unilateralmente por parte

del Departamento de Santander, se proceda por los Señores Árbitros a revisar la liquidación frente a los valores que no hayan sido reconocidos y que son objeto del rompimiento del equilibrio contractual”.

El hecho de que el Tribunal de arbitramento reconozca valores diferentes a los expresamente reconocidos en la liquidación unilateral del contrato, no es otra cosa que señalar que el mismo está falsamente motivado, que existió equivocación y por tanto el acto administrativo está viciado.

No es de recibo que se aplique una sentencia del Consejo de Estado que contraría abiertamente el sentir del (sic) Corte Constitucional en sentencia de Constitucionalidad.

La Corte Constitucional ha señalado que los Tribunales de Arbitramento no tienen competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos de liquidación de los contratos pues estos son hechos no susceptibles de transacción y gozan de una presunción de legalidad que solo puede ser desvirtuada por la jurisdicción administrativa.

(...)

Teniendo en cuenta que dentro de las condenas se están solicitando pagos no reconocidos en el acto administrativo de liquidación unilateral del contrato, que goza de presunción de legalidad, reconocerlos sería tachar de ilegal la resolución, aspecto que le está vedado al Tribunal de Arbitramento (...).

50. Está claro, como ya se dijo, que en el laudo arbitral cuestionado, no se decidió sobre la legalidad del acto administrativo de liquidación unilateral y al contrario, se reconoció su existencia y la imposibilidad, por lo tanto, de proceder a efectuar una nueva liquidación. Por otra parte, en relación con las facultades de la justicia arbitral frente a los actos administrativos involucrados en la controversia que le ha sido planteada al tribunal de arbitramento, se observa que inicialmente, la jurisprudencia del Consejo de Estado fue enfática en afirmar la falta de competencia absoluta de los árbitros para conocer y decidir sobre la validez de cualquier clase de actos administrativos, afirmando que se trata de una función que le fue atribuida exclusivamente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuya principal labor es precisamente la del control de la legalidad de las

actuaciones de la administración pública y que por lo tanto, los particulares que han sido investidos temporalmente de la función de administrar justicia en un caso específico, toda vez que sólo pueden decidir controversias que recaigan sobre materias respecto de las cuales las partes tienen capacidad de disposición, es decir cuestiones transigibles, no pueden resolver sobre ese aspecto, ya que la legalidad de las decisiones administrativas no es algo sobre lo cual las partes puedan transigir¹⁷.

51. Los artículos 71 y 72¹⁸ de la Ley 80 de 1993, fueron demandados ante la Corte Constitucional, por considerar el demandante que eran violatorios de los artículos 29, 116, 236, 237 y 238 de la Constitución, por permitir que los particulares, investidos de la condición de árbitros, se pronuncien sobre los actos administrativos contractuales, cuando ésta es una competencia exclusiva de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que es la única que puede decidir sobre *“todo lo referente a los actos administrativos, en sus efectos jurídicos y sus efectos económicos”*. La Corte Constitucional, en esa ocasión, manifestó¹⁹:

4. La contratación administrativa. La resolución de los conflictos surgidos en torno a los contratos celebrados entre el Estado y los particulares.

¹⁷ Al respecto, se puede consultar: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de febrero de 2000, expediente 16394, C.P. Germán Rodríguez Villamizar, en la que se sostuvo: *“(...) la jurisdicción contencioso administrativa está instituida, entre otras cosas, para el juzgamiento de la legalidad de los actos de la administración, aspecto este en el cual, sin duda, se encuentra comprometido el ejercicio del poder público, que no resulta transigible ni puede estar sujeto a la voluntad de las partes en un contrato”*. Posición que fue reiterada en sentencia del 8 de junio de 2000, expediente 16973, C.P. Alier E. Hernández Enríquez, en la que se sostuvo la imposibilidad de atribuir a los árbitros el conocimiento de los actos administrativos involucrados en la controversia, manifestando: *“La cláusula general de competencia atribuida por la Constitución Política y la ley al juez administrativo, respecto del juzgamiento de la legalidad de los actos administrativos, es intransferible, indelegable, improrrogable e innegociable, porque es una regla imperativa de orden público, que emana del poder soberano del Estado. Un acuerdo en contrario estaría viciado de nulidad absoluta por existir objeto ilícito”*, concluyendo que de conformidad con la Ley 80 de 1993, *“los actos administrativos que se produzcan en ejercicio de la actividad contractual solamente pueden ser impugnados judicialmente ante su juez natural, esto es, ante el juez contencioso administrativo”*.

¹⁸ Relativos a la cláusula compromisoria y el compromiso en la contratación estatal.

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-1436 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

(...) Los límites al pronunciamiento arbitral, en este caso, están determinados entonces, por la naturaleza misma del arbitramento y las prescripciones legales sobre la materia, según las cuales, éste sólo es posible en relación con asuntos de carácter transigible.

La pregunta que surge, entonces, es si los árbitros, en estos casos, pueden pronunciarse también, frente a las divergencias que surjan entre las partes en relación con los actos administrativos que dicta la administración con ocasión de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación del contrato, teniendo en cuenta que si bien el Estado en materia contractual se rige por los principios de la contratación entre particulares, con preeminencia de la autonomía de la voluntad y la igualdad entre las partes contratantes, también se rige por disposiciones extrañas a la contratación particular, las cuales buscan la conservación y prevalencia del interés general, como la satisfacción de las necesidades de la comunidad, implícitas en los contratos estatales.

(...) Al hablar de “disposiciones extrañas a la contratación particular”, se hace referencia específicamente a las llamadas cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común, a través de las cuales a la entidad pública contratante se le reconoce una serie de prerrogativas que no ostentan los particulares, y que tienen como fundamento la prevalencia no sólo del interés general sino de los fines estatales. Estos interés y fines permiten a la administración hacer uso de ciertos poderes de Estado (...). Poderes de carácter excepcional a los cuales recurre la administración en su calidad de tal, a efectos de declarar la caducidad del contrato; su terminación; su modificación e interpretación unilateral, como medidas extremas que debe adoptar después de agotar otros mecanismos para la debida ejecución del contrato, y cuya finalidad es la de evitar no sólo la paralización de éste, sino para hacer viable la continua y adecuada prestación del servicio que estos pueden comportar, en atención al interés público implícito en ellos.

En este orden de ideas, las cláusulas excepcionales a los contratos administrativos, como medidas que adopta la administración y manifestación de su poder, sólo pueden ser objeto de examen por parte de la jurisdicción contenciosa y no por particulares investidos temporalmente de la facultad de administrar justicia, pues si bien los mencionados actos a través de los cuales estas cláusulas se hacen aplicables, tienen implicaciones de carácter patrimonial tanto para el contratista particular como para el Estado, asunto éste que no se puede desconocer y que sería la base para que los árbitros pudieran pronunciarse, estas implicaciones son consecuencia del ejercicio por parte del Estado de sus atribuciones y, por consiguiente, el análisis sobre éstas, sólo es procedente si se ha determinado la legalidad del acto correspondiente, asunto éste que es de competencia exclusiva de los jueces e indelegable en los

particulares, dado que la determinación adoptada en esta clase de actos, es expresión directa de la autoridad del Estado y como tal, únicamente los jueces, en su condición de administradores permanentes de justicia, tienen la función de establecer si el acto correspondiente se ajusta a los parámetros legales, analizando, específicamente, si las motivaciones expuestas en él, tienen como sustento real, la prevalencia del interés público y el cumplimiento de los fines estatales, aspectos estos que son el fundamento del ejercicio de las facultades excepcionales reconocidas al Estado-contratista. Este análisis, entonces, no puede quedar librado a los particulares, pues a éstos no se les puede transferir la competencia de decidir sobre las cuestiones que tocan con funciones de carácter estatal, atribución ésta, exclusiva de los jueces.

Por consiguiente, y como manifestación del poder público del Estado, el examen en relación con el ejercicio de las cláusulas exorbitantes por parte de la administración, no puede quedar librado a los particulares. Por otra parte, las consecuencias patrimoniales que se pueden derivar de aplicación de estas cláusulas, no pueden ser fundamento suficiente para que se considere procedente la derogación de la jurisdicción contenciosa administrativa. Las consideraciones de tipo económico no pueden justificar una separación de competencias entre la jurisdicción contenciosa y los árbitros, que permita a estos últimos pronunciarse sobre el aspecto económico de la decisión unilateral de la administración, dejando en cabeza de la jurisdicción contenciosa el pronunciamiento sobre la validez del acto respectivo. La unidad de jurisdicción en este punto debe prevalecer, como manifestación no sólo de un poder que es indelegable, sino en la seguridad jurídica que debe darse a los asociados.

Significa lo anterior que cuando la materia sujeta a decisión de los árbitros, se refiera exclusivamente a discusiones de carácter patrimonial que tengan como causa un acto administrativo, éstos podrán pronunciarse, como jueces de carácter transitorio. Más, en ningún caso la investidura de árbitros les otorga competencia para fallar sobre la legalidad de actos administrativos como los que declaran la caducidad de un contrato estatal, o su terminación unilateral, su modificación unilateral o la interpretación unilateral, pues, en todas estas hipótesis, el Estado actúa en ejercicio de una función pública, en defensa del interés general que, por ser de orden público, no puede ser objeto de disponibilidad sino que, en caso de controversia, ella ha de ser definida por la jurisdicción contenciosa administrativa, que, como se sabe, es el juez natural de la legalidad de los actos de la administración, conforme a lo dispuesto por los artículos 236, 237 y 238 de la Carta Política. Tal es la orientación, entre otras, de las sentencias de 15 de marzo de 1992 y 17 de junio de 1997, proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

(...) En virtud de lo dicho, esta Corporación habrá de declarar exequibles los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993, bajo el entendido que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la

celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales. (La Sala subraya).

52. En posterior oportunidad, el máximo tribunal constitucional, manifestó²⁰:

3.1.4. En la presente providencia, la Corte reiterará la doctrina constitucional plasmada en la sentencia C-1436 de 2000, que se acaba de reseñar, en especial la distinción trazada por la Corte entre el control de la validez de los actos administrativos dictados con ocasión de la actividad contractual del Estado, por una parte, y la resolución de las controversias exclusivamente económicas que surjan entre las partes contractuales -sea con motivo de tales actos administrativos o por causa de otras circunstancias propias de la celebración, desarrollo, ejecución y liquidación de los contratos administrativos-, por otra. Es perfectamente factible que para la resolución de estas controversias exclusivamente económicas, los tribunales arbitrales no examinen la legalidad ni cuestionen en absoluto la validez de los actos administrativos; si la disputa es económica, los aspectos centrales de su resolución tienen que ver con asuntos como la existencia, el contenido, los alcances y las condiciones de la obligación pecuniaria objeto de controversia; en otros términos, si existe una deuda contractual, y cómo se ha de cuantificar. No es necesario efectuar

²⁰ Corte Constitucional, sentencia SU-174 del 14 de marzo de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Sentencia de unificación, proferida por la Corte con ocasión de lo decidido mediante auto 100 del 22 de marzo de 2006, en el cual declaró la nulidad de la sentencia T-481 de 2005 de la Sala Primera de Revisión de esa corporación, en la que se decidió favorablemente la tutela impetrada por el Gobernador del departamento del Valle del Cauca contra el tribunal de arbitramento que profirió el 24 de abril de 2003 el laudo arbitral que dirimió las controversias económicas suscitadas entre CISA y el departamento del Valle del Cauca, con ocasión del contrato de concesión GM-95-04-017, y contra la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, quien profirió la sentencia 25021 del 11 de marzo de 2004, C.P. Ricardo Hoyos Duque, mediante la cual se declaró infundado el recurso de anulación presentado por la Gobernación del Valle del Cauca contra el referido laudo arbitral - en la sentencia T-481 de 2005, la Sala Primera de Revisión decidió anular el laudo arbitral proferido el 24 de abril de 2003 por el Tribunal de Arbitramento convocado el 27 de abril de 2001 por CISA, en el que se resolvieron diversas controversias económicas entre esta sociedad y la Gobernación del Valle, entorno a la deuda pendiente existente entre ellas, con ocasión de la liquidación del contrato de concesión GM-95-04-017, terminado de mutuo acuerdo-. Uno de los argumentos que tuvo en cuenta la Corte para anular la sentencia T-481 de 2005, es que en ésta se afirmó que el acto administrativo de liquidación unilateral gozaba de la presunción de legalidad y la jurisdicción contencioso administrativa era la competente para conocer de la validez y de los efectos económicos del mismo, ante lo cual la Corte manifestó: “(...) se debe reiterar lo señalado frente al argumento identificado con el literal b-2. El Tribunal de Arbitramento denegó de manera expresa, en el numeral sexto de la parte resolutive del laudo, la pretensión relativa a la liquidación del contrato de concesión GM 95-04-0017. // El Tribunal de Arbitramento se limitó a pronunciarse sobre la controversia económica, que es precisamente el objeto característico de los procesos arbitrales. El laudo mismo se negó a reliquidar el contrato y circunscribió su decisión a dirimir el desacuerdo económico”.

53. Por su parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado, que durante varios años fue constante en la negativa de reconocer competencia a la justicia arbitral para conocer de la legalidad de todos los actos administrativos proferidos por la entidad contratante²¹, ha evolucionado de manera coincidente con las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional, principalmente en las sentencias C-1436 de 2000 y SU-174 del 2007, en torno a las facultades de los árbitros frente a los actos administrativos involucrados en las controversias contractuales sometidas a su decisión, en el sentido de considerar que, en definitiva, aquellos carecen de competencia para decidir sobre los actos administrativos mediante los cuales la entidad estatal ejerce alguna de las facultades excepcionales consagradas expresamente como tales en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, mientras que les está permitido el conocimiento de otras decisiones unilaterales tomadas por la administración en el ámbito de un contrato estatal. Así, en sentencia del 10 de junio de 2009, en la que se modificó la jurisprudencia de la Sección, dijo la Sala²²:

En tanto dicha decisión se encuentra acompañada de los efectos propios de la cosa juzgada constitucional, naturalmente resulta de obligatorio acatamiento para esta Corporación, en razón a lo dispuesto en el artículo 243 de la Constitución Política.

²¹ Al respecto se pueden consultar: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias del 23 de agosto de 2001, expediente 19090, C.P. María Elena Giraldo Gómez; del 7 de febrero de 2002, expediente 21704, C.P. María Elena Giraldo Gómez; del 4 de julio de 2002, expediente 21217, C.P. Alier E. Hernández Enríquez; del 9 de octubre de 2003, expediente 16718, C.P. Germán Rodríguez Villamizar; del 11 de marzo de 2004, expediente 25021, C.P. María Elena Giraldo Gómez; del 14 de abril de 2005, expediente 25489, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; del 28 de abril de 2005, expediente 25811, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; del 29 de agosto de 2007, expediente 15469, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; del 27 de marzo de 2008, expediente 33645, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; del 15 de octubre de 2008, expediente 35483, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; del 3 de diciembre de 2008, expediente 34302.

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de junio de 2009, expediente 36252, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Esta posición jurisprudencial fue reiterada en sentencia de la Subsección C del 22 de octubre de 2012, expediente 39942, C.P. Enrique Gil Botero; en auto de la Subsección A, del 27 de febrero de 2013, expediente 20521, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera y en sentencia de la misma subsección, del 26 de julio de 2013, expediente 27595, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Sin embargo, advierte la Sala que el condicionamiento al cual sujetó la Corte Constitucional la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, esto es en cuanto se entienda que esas normas legales no facultan a los árbitros “para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales”, estuvo fundado en y limitado a la precisa comprensión que al momento de adoptar tal decisión tuvo la Corte respecto de los aludidos “poderes excepcionales” que en materia de contratación le han sido atribuidos a las Entidades del Estado, asunto que integra la ratio decidendi del fallo.

(...) Con base en tales presupuestos concluye la Sala que la ratio decidendi del pronunciamiento de exequibilidad condicionada contenido en la sentencia C-1436 de 2000 se encuentra en la precisión que hizo el máximo Tribunal Constitucional al señalar **que los particulares investidos de funciones jurisdiccionales transitorias no pueden pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales que comportan el ejercicio de cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común por parte del Estado.**

Ahora bien, para lograr la mejor comprensión acerca del condicionamiento que la Corte Constitucional impuso a la exequibilidad de los referidos artículos 70 y 71 de la Ley 80 y con el fin de cumplir, acatar y respetar la mencionada sentencia de constitucionalidad C-1436 de 2000 en sus verdaderos sentido y alcance, se impone indagar y clarificar qué fue exactamente lo que la Corte Constitucional entendió por tales “actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales”.

Y al efectuar el examen detallado y cuidadoso de la Sentencia C-1436 de 2000, la Sala encuentra que el condicionamiento que se ha venido mencionando fue establecido por la Corte Constitucional sobre la base de considerar que los aludidos actos administrativos –cuyo examen no puede ser sometido al conocimiento de los árbitros– son precisamente los que profieren las entidades estatales contratantes en ejercicio de las facultades o potestades que consagra de manera expresa el hoy vigente artículo 14 de la Ley 80 de 1993²³, es decir: **a)**

²³ [56] “**ARTICULO 14. DE LOS MEDIOS QUE PUEDEN UTILIZAR LAS ENTIDADES ESTATALES PARA EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL.** Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato: // 1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2o. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado. En los actos en que se ejercite algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse

interpretación unilateral del contrato; **b)** modificación unilateral del contrato; **c)** terminación unilateral del contrato; **d)** sometimiento a las leyes nacionales; **e)** caducidad y **f)** reversión, conjunto de prerrogativas éstas que la Corte Constitucional identificó como los poderes excepcionales y a las cuales limitó, a la vez, el sentido de esa noción genérica para los efectos del fallo en cuestión.

(...) se impone concluir que los demás actos administrativos contractuales –es decir aquellos que están excluidos del conjunto de las facultades que de manera expresa recoge el hoy vigente artículo 14 de la Ley 80 de 1993, conjunto al cual la Corte Constitucional circunscribió en esa ocasión la noción de “poderes excepcionales”–, los demás actos administrativos contractuales –se repite– sí pueden ser sometidos al estudio, al examen, al conocimiento y a la decisión de los árbitros, en la medida en que no se encuentran cobijados por los alcances de la sentencia de la Corte Constitucional y en relación con los mismos tampoco la Constitución o la Ley establecen restricción alguna al respecto.

(...) A partir de lo expuesto y con base en las argumentaciones que aquí se han desarrollado, la Sala modifica la tesis que ha venido sosteniendo jurisprudencialmente para sostener entonces que con excepción de los actos administrativos que sean proferidos en ejercicio de los poderes excepcionales previstos de manera expresa en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 –a los cuales la Corte Constitucional circunscribió el condicionamiento del cual hizo pender la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993–, todos los demás actos administrativos contractuales que expidan las entidades del Estado –independientemente de que en la concepción de la mayoría de esta Corporación, según ya se explicó ampliamente, esos otros actos administrativos contractuales también puedan considerarse como especies del género de los poderes o cláusulas excepcionales o exorbitantes– bien pueden ser sometidos al conocimiento de la denominada justicia arbitral en procura de obtener los pronunciamientos a que haya lugar sobre la validez y los efectos de los mismos.

al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial. Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta ley. // 2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra.// En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión. Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios. En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignen expresamente. // (...).” (Subrayas fuera del texto)”.

Naturalmente esta conclusión tiene que aparejarse con la anotación adicional, que le resulta inescindible, de que al ejercer las funciones judiciales que en relación con los actos administrativos contractuales distintos de los previstos en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, les autorizan la Constitución Política y las normas legales vigentes, los árbitros debidamente habilitados para ello por las partes no podrán, en evento alguno, suspender provisionalmente los efectos de tales actos administrativos contractuales, puesto que, de conformidad con los dictados del artículo 238 de la Carta, esa competencia la reservó el Constituyente de 1991 a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de la cual no forman parte los jueces particulares (árbitros). (Negrillas y subrayas son del texto original).

54. Y en la misma providencia, al referirse al caso concreto que estaba decidiendo, recurso de anulación de laudo arbitral en el que se alegó la misma causal que aquí se estudia y con base en argumentos similares, relacionados con la falta de competencia de los árbitros para decidir sobre el acto administrativo de liquidación unilateral del contrato, dijo la Sala:

No obstante que el Tribunal de Arbitramento se abstuvo, de manera expresa, de efectuar pronunciamientos en relación con las pretensiones que le pudieran llevar a avocar el conocimiento de las decisiones que adoptó el INCODER al liquidar unilateralmente el contrato, lo cierto es que cuando en el laudo se efectuaron los reconocimientos económicos de que da cuenta la parte resolutive del mismo, dentro de los cuales se encuentran unos reintegros que en definitiva alteran el corte final de cuentas contenido en la respectiva liquidación, de manera tácita la respectiva liquidación resultó materialmente alterada y en últimas se modificó, sin embargo tal proceder de los árbitros en modo alguno puede ser objeto de reproche en tanto que, se reitera, según el criterio expuesto anteriormente por esta Sala dentro de esta misma providencia, el Tribunal de Arbitramento sí podía conocer válidamente de cualquier pretensión relativa a dicha liquidación, puesto que no se estaba frente al ejercicio de una de las precisas potestades excepcionales previstas expresamente en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, las cuales –bueno es reiterarlo– son las únicas de esa estirpe que quedaron excluidas del conocimiento de la justicia arbitral por virtud del condicionamiento al cual la Corte Constitucional sujetó la exequibilidad de los artículos 70 y 71 del Estatuto de Contratación Estatal en la referida sentencia C-1436 de 2000, más allá de que la mayoría de la Sala considere que la facultad de liquidación unilateral del contrato forme parte del género de los poderes excepcionales que en materia de contratación tienen a su disposición las entidades estatales contratantes.

55. De acuerdo con lo anterior, en el presente caso no se puede afirmar que en el laudo arbitral cuestionado se decidió sobre asuntos que no son de competencia del tribunal de arbitramento, cuando resolvió sobre el incumplimiento contractual en que incurrió el departamento de Santander y que se tradujo en la afectación del equilibrio económico del contrato, condenando a la entidad convocada a indemnizar los perjuicios ocasionados con dicho incumplimiento, así esta condena corresponda a rubros que no fueron incluidos por la entidad estatal en la liquidación unilateral del contrato, puesto que de un lado, no se trata de un acto administrativo en el que se hubiera ejercido una de las facultades excepcionales consagradas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y de otro lado, dentro de las pretensiones aducidas en la demanda por la parte convocante, se hallaba la revisión de los reconocimientos efectuados en dicha liquidación. En consecuencia, el cargo fundado en este hecho, no tiene vocación de prosperidad.

El cargo fundado en haberse pronunciado sobre un asunto tributario

56. El recurrente también sostuvo la configuración de la causal 8ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros, con base en los siguientes argumentos:

Debe tenerse en cuenta que dentro del presente proceso arbitral se ha determinado con claridad que el contrato materia del laudo es esencialmente OBRA PÚBLICA tal y como lo acepta el mismo tribunal (...).

Es así que siendo un contrato de obra debe darse aplicación al artículo 6 de la ley 1106 de 2006 (...).

Es así que siendo claro que el contrato celebrado es de obra pública no podía el Tribunal de arbitramento proceder a reconocer la devolución de los pagos que se realizaron por concepto de aplicación de una norma de carácter nacional, pues el artículo 59 de la Ley 23 de 1991, norma subrogada por el artículo 70 de la Ley 446 de 1998, y que a su turno fue incorporada en el artículo 56 del Decreto 1818 de 1998 (Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos) dispone que los asuntos tributarios no pueden ser materia de ninguno de los mecanismos alternativos de solución de conflictos (...).

Es así que este aspecto tributario escapaba del ámbito de aplicación del Tribunal de arbitramento, pues no puede decirse que un pliego pueda disponer que impuestos aplica o no aplica, ya que al pliego de condiciones se le entienden incorporadas las normas vigentes al momento de su realización.

57. En relación con este cargo, se observa que las pretensiones de la convocante apuntaron a que se declarara el incumplimiento contractual del departamento de Santander y como consecuencia de esta declaratoria, la declaración, así mismo, de que se rompió el equilibrio económico del contrato por varias circunstancias imputables a la entidad, entre ellas (f. 113, c. 1):

. Asumir CARGAS TRIBUTARIAS adicionales a las proyectadas y señaladas en los pliegos de condiciones, cambiando las condiciones contractuales, así como retenciones en exceso por contribuciones por movimientos financieros, que debieron ser asumidas por el contratista, por incumplimientos del Departamento, frente a los compromisos contractuales, en el pago del anticipo y actas parciales, con relación al UNIONISTA POMAGALSKI.

Lo anterior, de conformidad con lo señalado en:

Oficio de fecha 29 de Junio de 2007, en el cual el Departamento de Santander, dio respuesta a las observaciones planteadas POR ESCRITO respecto a la Licitación Pública Internacional INF-OBR-07-037, con el fin de dar una debida claridad y alcance a los mismos, para efectos de presentar la OFERTA, respuesta sobre la que se resalta: “La Secretaría de Transporte e Infraestructura de la Gobernación de Santander, mediante el presente documento da respuesta a las observaciones planteadas por escrito, respecto a la licitación pública internacional INF-OBR-07-037. Las observaciones fueron las siguientes:

“1. Solicitud de modificación del ítem 2.11 del pliego en el sentido de que la tasa oficial de cambio que se tome para preparar la propuesta sea la establecida quince días antes del día de presentación de la propuesta.

RESPUESTA: Como quiera que el último día del mes anterior a la presentación de la propuesta es el 30 de junio de 2007, y la fecha de presentación de la misma es el día 04 de julio del año en curso, la Oficina Gestora considera viable tal observación.

1. (sic) ¿Para efectos de la contribución especial prevista en el artículo 6 de la Ley 1106 de 2006 se debe tomar el valor total del contrato o tan solo las obras civiles?

RESPUESTA:

Según se establece del artículo 6 de la ley 1106 “Todas las personas naturales o jurídicas que suscriban contratos de obra pública, con entidades de derecho público o celebren contratos de adición al valor de los existentes deberán pagar a favor de la Nación, Departamento o Municipio, según el nivel al cual pertenezca la entidad pública contratante una contribución equivalente al cinco por ciento (5%) del valor total del correspondiente contrato o de la respectiva adición (...).

PARÁGRAFO 2º. Los socios, copartícipes y asociados de los consorcios y uniones temporales, que celebren los contratos a que se refiere el inciso anterior, responderán solidariamente por el pago de la contribución del cinco por ciento (5%), a prorrata de sus aportes o de su participación.

Como el proyecto denominado: “CONSTRUCCIÓN, SUMINISTRO, MONTAJE Y PUESTA EN FUNCIONAMIENTO DE UN SISTEMA DE TRANSPORTE POR CABLE AÉREO (TELEFÉRICO) EN EL CAÑÓN DEL CHICAMOCHA-DEPARTAMENTO DE SANTANDER”, es un proyecto que comprende actividades conexas y complementarias tales como la construcción, el suministro, el montaje y la puesta en funcionamiento, a todo costo de un teleférico se puede concluir que los descuentos de carácter tributario se realizarán de acuerdo a la facturación que presente el contratista, es decir, la facturación relacionada con la obra civil tendrá el descuento de la Contribución Especial prevista por la ley 1106 y la facturación relacionada con suministro o servicio incluirá el Impuesto al Valor Agregado.

(...) Que en atención a las aclaraciones y precisiones que dio el DEPARTAMENTO DE SANTANDER, sobre el 5% de la contribución especial, el contratista al diligenciar el Formulario No. 3 VALOR DE LA PROPUESTA, discrimina en tres (3) folios anexos el valor de la misma y en lo que corresponde a la CONTRIBUCIÓN, determina al numeral tercero folio 1 (AZ 1- pestaña “propuesta”) cual rubro afectó, PROPUESTA que fue aprobada en su totalidad por el DEPARTAMENTO DE SANTANDER y la cual es parte integral del contrato y obliga a las partes involucradas en el negocio jurídico (Las subrayas son del texto original).

58. En el capítulo de “condenas”, la convocante añadió la siguiente pretensión (f. 115, c. 1):

1. Mayor valor descontado a la fecha por concepto de la Contribución Especial: (VER AZ No. 4- pestaña comprobantes de egreso actas de recibo parcial)-equivalente al 5% del valor total del contrato, el cual de acuerdo a lo ofertado y en atención al pliego de condiciones, aplica sólo sobre el valor de la obra civil, y no sobre el valor que corresponde al SUMINISTRO DEL TELEFÉRICO, es decir la suma de NUEVE MILLONES SETENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y SEIS EUROS (9.075.236,00), no dando lugar a que sobre esta suma se efectúe una retención por este concepto y el cual equivaldría a la suma de 5% de 9.075.236€ = 453.761,80 Euros, valor que debe ser indexado, al momento del fallo sobre el mismo tipo de moneda. Descuento que se hizo sobre el valor total a partir del Acta No. 12, los cuales deben ser reintegrados en EUROS, en atención a que este tipo de moneda fue el pactado para el pago del

2. Sumado a la condena primera, se tiene que cuando se hizo la retención de esta contribución especial aplicada al anticipo en Junio, el cálculo teórico es:

$5\% \text{ del anticipo} = 5\% \times 3.993.103,83 = 199.655,19 \text{ Euros de Contribución Especial aplicada al anticipo.}$

Sin embargo el Departamento de Santander hizo una conversión extraña a pesos con una tasa distinta de la tasa contractual y aplicaron una retención de 216.456,97 Euros en lugar del valor de 199.655,19 Euros.

Que el Anexo No. 3 de la propuesta técnica se presenta el valor del suministro en pesos ya que la tasa a aplicar es la vigente al momento del cierre del proceso y en este se estipuló: “en atención a la tasa de cambio a fecha de cierre del proceso contractual”.

Por lo cual debe ser reintegrado al contratista la suma de DIEZ Y SEIS MIL OCHOCIENTOS UN EUROS CON SETENTA Y OCHO (16.801,78 Euros).

59. Por su parte, sobre esta pretensión, el tribunal de arbitramento encontró acreditado en el proceso que efectivamente, el departamento de Santander había respondido a los proponentes que pidieron aclaración del pliego de condiciones, que sólo la facturación relacionada con la obra civil, tendría el descuento de la contribución especial prevista por la Ley 1106, no obstante lo cual, según el dictamen pericial contable, la entidad contratante decidió aplicar dicha contribución al valor total, es decir a la sumatoria que arrojaba la obra civil y la causada por los suministros.

60. Los árbitros consideraron que el contrato celebrado por las partes era de obra pública y que “la circunstancia accesorio y concurrente de un suministro no desvirtúa esa naturaleza”, por lo cual, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 6º de la Ley 1106 de 2006, el porcentaje del 5% de la contribución allí consagrada debía recaer sobre su valor total, “siendo evidente que ello implica acumular lo que se causa por obra civil a lo que se genera por concepto de suministros”.

61. Sin embargo, también estimaron que esta circunstancia debió ser tenida en cuenta por el departamento de Santander al elaborar el pliego de condiciones, ya que “el ejercicio de evaluación jurídica para reflejar en el pliego de condiciones criterios que guarden consonancia con el ordenamiento legal, es una obligación inexcusable que pesa sobre la responsabilidad de la entidad contratante, en razón a lo cual, el Departamento ha debido realizar esa tarea al configurar ese documento y no durante la ejecución del contrato,

contrariando abiertamente lo que había expresado en el oficio aclaratorio del pliego, máxime cuando la carga de claridad y precisión recae sobre él”.

62. El laudo arbitral agregó que *“El autocontrol de legalidad frente a un negocio jurídico perfeccionado no puede conducir a la alteración de las condiciones económicas bajo las cuales se celebró el contrato, porque eso implica, inexorablemente, alteración de su ecuación financiera y, en razón a ello, la obligación correlativa de restablecer el equilibrio económico afectado”.*

63. Es decir que los árbitros consideraron que el oficio del 29 de junio de 2007, en el que la entidad dio respuesta a las observaciones de los oferentes al pliego de condiciones, pasó a ser parte de éste y del negocio jurídico que se concretó con ocasión de la adjudicación de la respectiva licitación, por lo que dicho concepto tuvo proyección en las obligaciones de las partes del contrato, de adoptar un comportamiento leal en el perfeccionamiento, desarrollo y extinción de las relaciones jurídicas. Por lo tanto, *“[a]bstenerse de considerar la proyección e incidencia de esta respuesta para los fines de la decisión que corresponde al Tribunal, no sería cosa diferente que contravenir la regla de acuerdo con la cual resulta inadmisibles contradecir la propia manifestación de la administración pública que se conoce como abstenerse de actuar de manera que implique un “venire contra factum proprium”.*

64. En otras palabras, el laudo arbitral consideró que si bien la regla finalmente enunciada en el pliego de condiciones no guarda concordancia con lo dispuesto por la Ley 1106 de 2006, *“la rectificación del criterio expuesto en el pliego no puede ser a expensas del equilibrio económico del contrato, porque la directriz de la licitación fue determinante para la estructuración de la oferta económica”.*

65. Es así como se concluye que, con base en esa directriz impartida por la entidad, el convocante en su oferta calculó la contribución del 5% sobre el valor de la obra civil, *“propuesta que fue integralmente aceptada por el Departamento sin salvedad alguna”,* verificación que condujo a que el tribunal de arbitramento accediera a la pretensión tendiente a obtener el restablecimiento del equilibrio económico del contrato afectado por esta circunstancia, ordenando al departamento de Santander la devolución de lo retenido por concepto del componente de los suministros realizados por el unionista Pomagalski, *“cuyo valor fue calculado por el perito contable en la suma de 508.031 euros, valor que incluye también el error de cálculo al liquidar este concepto, que corresponde a una de las*



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

pretensiones económicas formuladas en la demanda”.

66. De acuerdo con lo anterior, para la Sala es claro que el laudo arbitral no se pronunció sobre un asunto tributario para el que tenía vedada la competencia; todo lo contrario, reconoció la obligatoriedad de la norma legal que estableció la contribución especial del 5% sobre los contratos de obra pública. En el litigio decidido, no medió un acto administrativo de esa naturaleza sobre el que se hubiera pronunciado el tribunal²⁴, sino que éste resolvió, en el ámbito de una controversia contractual suscitada entre las partes de un contrato estatal, sobre la obligación de la administración de respetar los términos del pliego de condiciones, que en tanto ley del contrato, se tornaron obligatorios tanto para los oferentes como para la misma entidad, puesto que lo contrario implicaba la afectación del equilibrio económico del contrato, por una causa imputable al departamento de Santander, que indujo a los proponentes a elaborar sus ofertas económicas sobre un supuesto que dispuso la entidad al aclarar el pliego, para, posteriormente, desconocer su propia determinación

²⁴ De acuerdo con la jurisprudencia de la Corporación, son asuntos tributarios aquellos en los que se discuten las sanciones originadas en el incumplimiento de obligaciones propias de los mecanismos de recaudo y control de los tributos internos y externos; los actos administrativos mediante los cuales se incluye a una entidad como sujeto pasivo de la tasa de control fiscal y los que asignan la cuota de fiscalización a su cargo; los actos administrativos que se expiden en los procesos de cobro coactivo de las obligaciones tributarias, como aquel mediante el cual se resuelven las excepciones propuestas contra el mandamiento de pago; los actos administrativos mediante los cuales la DIAN formula liquidación oficial de corrección respecto de una declaración de importación; los actos administrativos mediante los cuales la DIAN modifica la liquidación privada del impuesto de renta; los actos administrativos contentivos de sanciones impuestas con ocasión del incumplimiento de los deberes tributarios formales; los actos administrativos en los que se liquida oficialmente el impuesto de registro; el acto administrativo mediante el cual se efectúa la liquidación oficial de revisión y se modifican oficialmente las declaraciones de importación presentadas; los actos administrativos que deniegan la solicitud de corrección de la declaración privada del impuesto sobre las ventas; liquidaciones oficiales, resoluciones que impongan sanciones u ordenen el reintegro de sumas devueltas y demás actos producidos, en relación con los impuestos administrados por la DIAN, etc. Ver: Sección Cuarta: auto del 11 de junio de 2015, expediente 19711, C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez; auto del 5 de marzo de 2015, expediente 20776, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia; auto del 12 de diciembre de 2014, expediente 20184, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas; auto del 30 de octubre de 2014, expediente 19567, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez; auto del 23 de octubre de 2014, expediente 20818, C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez; auto del 29 de mayo de 2014, expediente 19898, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas; auto del 21 de mayo de 2014, expediente 20855, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez; auto del 6 de noviembre de 2013, expediente 20224, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas; auto del 1º de octubre de 2013, expediente 20246, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez; auto del 5 de septiembre de 2013, expediente 19643, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia; auto del 1º de agosto de 2013, expediente 19734, C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez; auto del 28 de febrero de 2013, expediente 19554, C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez; sentencia del 16 de septiembre de 2010, expediente 16802, C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez; auto del 31 de mayo de 2010, expediente 17858, C.P. William Giraldo Giraldo; auto del 29 de julio de 2006, expediente 14162, C.P. Héctor J. Romero Díaz.

67. Es decir que lo decidido en el laudo arbitral, se corresponde con la obligatoriedad que el pliego de condiciones proyecta no sólo respecto del procedimiento de selección sino sobre el contrato finalmente adjudicado y celebrado, tal y como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado. La controversia resuelta por el tribunal de arbitramento, giró en torno a las deducciones que de los pagos debidos al contratista, efectuó la entidad a título de retención de la contribución especial, que no se correspondieron con las anunciadas en la etapa precontractual y que condujeron a la formación de las propuestas, es decir que no se cuestionó en la demanda ni el laudo decidió, sobre la existencia y obligatoriedad de esa norma legal impositiva, sino sobre la actuación de la entidad, que como parte contratante, desconoció los términos de adjudicación y celebración del respectivo contrato, afectando económicamente a su contratista. En consecuencia, la Sala concluye que este cargo tampoco se configuró y debe ser desestimado.

Conclusión

68. De acuerdo con lo expuesto, para la Sala es claro que las causales de anulación del laudo arbitral alegadas en el recurso no tienen vocación de prosperidad y por lo tanto, el mismo se declarará infundado y el recurrente será condenado en costas, de conformidad con lo ordenado en el artículo 40 del Decreto 2279 de 1989, modificado por la Ley 446 de 1998 y compilado en el inciso tercero del artículo 165 del Decreto 1818 de 1998, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 392 y 393 del Código de Procedimiento Civil y el Acuerdo 1887 de 2003 del C.S.J. *“por medio del cual se establecen las tarifas de agencias en derecho”* –arts. 5º y 6º, num. 1.12.2.3.-, fijándose las mismas en la suma equivalente a 10 S.M.L.V.

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

FALLA

PRIMERO: Declárase infundado el recurso extraordinario de anulación interpuesto en contra del laudo arbitral proferido el 10 de abril de 2012, por el tribunal de arbitramento designado para dirimir la controversia contractual surgida entre el departamento de Santander y la unión temporal Pomagalski-Termoeléctrica-Ingsas, con ocasión del contrato de obra pública n.º 001686 del 2 de agosto de 2007.

SEGUNDO: Condénase en costas al recurrente departamento de Santander y por consiguiente al pago a favor de la convocante unión temporal Pomagalski-Termoeléctrica-Ingsas, la suma equivalente a 10 S.M.L.V.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

Presidenta de la Sala

DANILO ROJAS BETANCOURTH

Magistrado



RAMIRO PAZOS GUERRERO

Magistrado