



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C**

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

RADICACIÓN: 11001-03-26-000-2017-00122-00 (59913)

CONVOCANTE: UNIÓN TEMPORAL SEGUNDO CENTENARIO

CONVOCADO: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS

ASUNTO: RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL – SENTENCIA

Descriptor: Se declara infundado el recurso de anulación de laudo arbitral promovido por el Ministerio Público y el Instituto Nacional de Vías con apoyo en las causales 7°, 8° y 9° de la Ley 1563 de 2012. **Restrictor:** Naturaleza del recurso de anulación de laudos arbitrales; La anulación del laudo arbitral por haberse fallado en conciencia o equidad debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo; La anulación del laudo por contener disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de éstas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutive o influyan en ella y hubieran sido alegadas oportunamente ante el Tribunal arbitral. La anulación del laudo por haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento; Caso Concreto.

Procede la Sala a resolver el recurso de anulación interpuesto por el convocado Instituto Nacional de Vías – Invías contra el laudo arbitral dictado el 23 de mayo de 2017 y el auto aclaratorio de 2 de junio del mismo año dictados por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias originadas entre la Unión Temporal Segundo Centenario e Invías con ocasión del contrato de obra No. 3460 celebrado el 24 de diciembre de 2008.

ANTECEDENTES

1.- El 24 de diciembre de 2008 la Unión Temporal Segundo Centenario¹⁻² y el Instituto Nacional de Vías – Invías³ celebraron el Contrato No. 3460 de 2008 que tenía por objeto la elaboración de estudios y diseños, gestión social, predial y ambiental, construcción y operación del Proyecto Cruce de la Cordillera Central, Túneles del II Centenario – Túnel de la Línea y Segunda Calzada Calarcá – Cajamarca, pactándose la modalidad de precio global fijo por seiscientos veintinueve mil cincuenta y dos millones novecientos ochenta y nueve mil setecientos cuarenta y seos pesos (\$629.052.989.746).

¹ En adelante “la Unión Temporal”, “la UTSC” o “la convocante”

² Conformada por Condux S.A de C.V., Constructora Herreña Fronpeca Sucursal Colombia, Álvarez y Collins S.A., Constructora Carlos Collins S.A., Promotora Montecarlo Vías S.A., Túneles de Colombia S.A., Construirte S.A., Ingenieros Constructores Gayco S.A., Técnicas y Construcciones Civiles S.A Tecniciviles S.A., H & H Arquitectura S.A. y Miguel Camilo Castillo Baute.

³ En adelante “Invías”, “la convocada” o “recurrente”



2.- Las actividades a ser ejecutadas fueron establecidas en tres módulos, a saber: (i) Módulo 1 Túnel del II Centenario – Túnel de la Línea sentido Cajamarca – Calarcá, (ii) Módulo 2 Segunda Calzada del Tolima, (iii) Segunda Calzada del Quindío.

3.- La parte convocante destaca las siguientes cuestiones relativas al mencionado contrato: (a) el valor total del contrato ascendía a \$649.244.338.224 a precios de 2008 más una provisión para ajustes por \$53.682.962.036, siendo el presupuesto oficial de contratación de \$703.000.000.000; (b) durante la etapa de iniciación del contrato el contratista tendría que desarrollar y entregar los estudios y diseños definitivos del Túnel del II Centenario y realizar entregas parciales de los referidos estudios y diseños, con el objeto de que la interventoría pudiera efectuar el seguimiento al cumplimiento de las especificaciones y requerimientos, (c) el contratista tendría plena autonomía para definir la metodología de diseño y de construcción de las obras del contrato, siendo uno de tales estudios y diseños el relativo a la impermeabilización y revestimiento definitivo del túnel.

4.- Pone de presente el convocante que el Apéndice B.2 del contrato enseña que el revestimiento del túnel debía construirse en concreto convencional o concreto lanzado, siendo ello una opción dada a escogencia del contratista en cuanto al diseño definitivo del túnel, lo que resulta coherente con el hecho de que el contratista contaba con la información recogida del túnel piloto y tenía bajo su responsabilidad la elaboración de los estudios y diseños definitivos del contrato.

5.- Cuenta la UTSC que en desarrollo de la etapa de iniciación en marzo de 2010 remitió a la interventoría el diseño estructural definitivo de impermeabilización y revestimiento definitivo del túnel, indicando que esto último se llevaría a cabo en concreto lanzado, sin que se recibieran objeciones por cuenta de la interventoría o el Invías. Por lo cual la UTSC adquirió y puso en obra los materiales demandados para llevar a cabo el mencionado revestimiento.

6.- Sin embargo, en septiembre de 2012 la Interventoría, a instancias de Invías, solicitó a la Unión Temporal presentar una propuesta para adelantar el revestimiento en concreto hidráulico, esto es, la opción distinta a la elegida por el contratistas. Así, entre el periodo que va de finales de septiembre de ese año hasta mayo de 2014 la UTSC no inició obras de revestimiento en razón a que ni Invías ni la Interventoría tomaron una decisión sobre la modalidad de revestimiento a ser ejecutada, pese a que desde marzo de 2010 la Unión Temporal, en ejercicio de la opción establecida en el apéndice B.2 del contrato ya había elegido el concreto lanzado como revestimiento.



7.- Sin embargo, en el citado periodo la Unión Temporal puso de presente a Invías que no tendría objeción en acometer el revestimiento en la otra modalidad referida siempre que se considerara que esa actividad demandaría de 15 meses, contados desde el momento de su aprobación, como del correspondiente reconocimiento económico, pues ello no formaba parte del alcance del contrato pues, como se dijo, Invías había previsto desde la etapa contractual que el contratista podía ejecutar el revestimiento en cualquiera de las modalidades glosadas. Se anota, además, que la Interventoría inclusive manifestó que llevar a cabo el revestimiento en concreto hidráulico implicaba una revisión de la condición económica del contrato.

8.- Ya en mayo de 2014 Invías, apoyado en un informe de la Interventoría relativo a las especiales condiciones del túnel, ordenó a la UTSC revestir el túnel en concreto hidráulico, sin establecer precio alguno e ignorando las solicitudes que en tal sentido había elevado el contratista.

9.- Con fundamento en lo anterior el convocante pretende, a la luz de la demanda reformada integralmente el 10 de junio de 2015⁴, se acojan por parte del Tribunal las siguientes pretensiones:

“Primera:

Que se declare que, por la forma en que el Instituto Nacional de Vías – Invías redactó el contrato No. 3460 de 2008, la forma en que lo celebró y ejecutó, y las facultades que tiene, el Instituto Nacional de Vías – Invías detenta una posición dominante en el mismo.

Segunda:

Que se declare que, durante la ejecución del Contrato No. 3460 de 2008, el Instituto Nacional de Vías – Invías incurrió en una conducta abusiva de su posición dominante contractual, lo que impidió y/u obstaculizó la normal y oportuna ejecución del citado contrato por parte de la unión Temporal Segundo Centenario de conformidad con lo que se probará en este proceso, violando el deber de buena fe contractual, el deber de mejores esfuerzos y el deber de colaboración.

Tercera:

Que se declare que, durante la ejecución del Contrato No. 3460 de 2008, el Instituto Nacional de Vías – Invías actuó en contra de sus propios actos.

Cuarta:

Que se declare que, de conformidad con lo previsto en los documentos del Contrato No. 3460 de 2008, en particular, la especificación prevista en el numeral 6.14 del Apéndice B.2 del mismo, la cual establece que “El revestimiento definitivo deberá construirse de concreto convencional o concreto lanzado”, la unión temporal Segundo Centenario, dada su calidad de diseñador de las obras del referido contrato, tenía la facultad de escoger entre las opciones que el Instituto Nacional de Vías – Invías consignó en el citado numeral 6.14 en relación con el diseño del revestimiento definitivo del Túnel de la Línea.

Quinta:

⁴ Fls 323-405, cdno 2 principal.



Que se declare que, de conformidad con la comunicación UTSC-0071-10 del 04 de marzo de 2010, la Unión Temporal Segundo Centenario, en ejercicio de la facultad que tenía de escoger entre las opciones que el Instituto Nacional de Vías – Invías consignó en el numeral 6.14 del Apéndice Técnico B.2 del Contrato No. 3460 de 2008, escogió adelantar el revestimiento definitivo del Túnel de la Línea en concreto lanzado.

Sexta:

Que se declare que la interventoría no formuló objeción o comentario alguno en relación con los estudios y diseños definitivos que le entregó la Unión Temporal Segundo Centenario respecto del revestimiento definitivo del Túnel de la Línea, conforme se evidencia en la comunicación 998-CCC-0157-09-IDE-03 de abril de 2010.

Séptima:

Que se declare que con la presentación de los diseños que se hace referencia en la pretensión quinta, se daba por cumplida la obligación de la Unión Temporal Segundo Centenario en lo referente al diseño definitivo del revestimiento del Túnel de la Línea.

Octava:

Que se declare que, con posterioridad al cumplimiento de la obligación de que trata la anterior pretensión, la Interventoría recomendó al Instituto Nacional de Vías – Invías, por causas no atribuibles a la Unión Temporal Segundo Centenario, modificar el diseño definitivo previsto por la Unión Temporal Segundo Centenario para realizar el revestimiento definitivo del Túnel de la Línea.

Novena:

Que se declare que la Interventoría en el considerando No. 8 de la modificación No. 5 del 31 de octubre de 2012, la cual fue suscrita por el Instituto Nacional de Vías – Invías, manifestó: “que por su parte la Interventoría ha recomendado que por las condiciones particulares y especiales que presenta el túnel, para garantizar la seguridad del mismo y las condiciones de ventilación, el revestimiento final se construiría en concreto hidráulico lo cual, implicaría una revisión de la condición económica del contrato”

Décima:

Que se declare que la Unión Temporal Segundo Centenario en el considerando No. 9 de la Modificación No. 5 del 31 de octubre de 2012, la cual fue suscrita por el Instituto Nacional de Vías – Invías, consignó: “que el contratista manifestó que se encuentra de acuerdo con la alternativa técnica propuesta en la cláusula No. 8, pero considera que debe ser reconocida (sic) por fuera del alcance contractual”.

Décima primera:

Que se declare que el Instituto Nacional de Vías – Invías, a través de la comunicación SGT-GGP 21215 del 2 de mayo de 2013, manifestó: “De conformidad con el informe técnico elaborado por la firma interventoría del contrato, denominado “Túnel Segundo Centenario: Construcción de la solera – sobre excavaciones y comportamiento de la excavación a largo plazo”, del cual usted recibió copia, se concluye que para garantizar la estabilidad geotécnica y estructural, durante la vida útil de los túneles, la solución constructiva para ello es la de revestimiento en concreto hidráulico, y con el fin de dar garantía de seguridad y servicio a los usuarios. Por lo tanto, le solicitamos proceder conforme a lo anterior y presentar el programa de actividades para incluir el revestimiento en las metas, conforme el anexo 1 de la modificación 5 del contrato” (Negritas y subrayas fuera de texto).

Décima Segunda:

Que se declare que, en virtud de la declaración de la pretensión anterior, el Instituto Nacional de Vías – Invías, por causas no imputables a la Unión Temporal Segundo Centenario, durante la ejecución del Contrato No. 3460 de 2008 impuso a dicha Unión



Temporal una modificación sustancial respecto de los diseños definitivos elaborado por la citada Unión Temporal para el revestimiento definitivo del Túnel de la Línea, sin efectuarle reconocimiento alguno por concepto de la referida modificación, haciendo mucho más onerosa la ejecución del Contrato No. 3460 de 2008 para la Unión Temporal Segundo Centenario.

Décima tercera:

Que se declare que, durante la ejecución del Contrato No. 3460 de 2008, el Instituto Nacional de Vías – Invías incurrió en excesiva demora, superior a dos años, en tomar la decisión y comunicarle a la Unión Temporal Segundo Centenario la modificación del diseño elaborado por dicha Unión Temporal respecto del revestimiento definitivo del Túnel de la Línea, lo cual modificó las condiciones en que la Unión Temporal previó ejecutar el mencionado contrato, haciendo más onerosa su ejecución, e impidió y/u obstaculizó la normal y oportuna ejecución del mismo por parte de la señalada Unión Temporal.

Décima cuarta:

Que se declare que el Instituto Nacional de Vías – Invías, a través de la comunicación SGT-GGP 27923 de 4 de junio de 2013, manifestó: “En cuanto a la solicitud de realizar un otrosí con el fin de pactar el valor estimado por usted de \$128.289.011.469 y ampliar el plazo de ejecución, ésta deberá fundamentarse, de acuerdo con los parámetros y requisitos pactados en el contrato 3460 de 2008 (...)” (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Décima quinta:

Que se declare que, no obstante lo anteriormente manifestado el 4 de junio de 2013 por parte del Instituto Nacional de Vías – Invías, EN EL Considerando No. 19 de la modificación No. 7 del 27 de septiembre de 2013, se consignó: “El contratista mediante comunicación UTSC-28-13 solicitó el reconocimiento por el mayor costo por la solución en concreto hidráulico en relación con el concreto lanzado. A lo cual el Invías mediante escrito SGT-GGP 27923 manifestó que procediera con el revestimiento en concreto hidráulico y en cuanto a mayor valor que no era procedente su reconocimiento” (Negrillas fuera de texto).

Décima sexta:

Que se declare que la manifestación del 27 de septiembre de 2013 del Instituto Nacional de Vías – Invías de que trata la pretensión anterior, no corresponde a la verdad, pues en la comunicación SGT-GGP 27923 de 4 de junio de 2013 a la que se hace referencia en la pretensión décima cuarta, el Instituto Nacional de Vías – Invías, lejos de negar el aludido reconocimiento, se limitó a solicitarle a la Unión Temporal Segundo Centenario que fundamentara su solicitud de reconocimiento, incurriendo así el Invías en una falsa motivación en el Considerando No. 19 de la modificación No. 7.

Décima séptima:

Que se declare que, en razón de la conducta desplegada por el Instituto Nacional de Vías – Invías, según las declaraciones contenidas en las pretensiones Novena, décima, Décima Primera y Décima Cuarta de esta Reforma de la Demanda Arbitral, la Unión Temporal Segundo Centenario, con base en el principio de confianza legítima, la buena fe y la lealtad contractual, tenía la convicción de que la alternativa técnica impuesta por el Instituto Nacional de Vías – Invías mediante comunicación SGT-GGP 21215 del 2 de mayo de 2013, sería “(...) reconocidas (sic) por fuera del alcance contractual” (Considerando No. 9 del Modificadorio No. 5, negrilla y subraya fuera de texto).

Décima octava:

Que se declare que el Instituto Nacional de Vías – Invías debe reconocer a la Unión Temporal Segundo Centenario la diferencia existente entre el precio de la ejecución de la actividad de revestimiento definitivo en concreto “Hidráulico” o Convencional y las actividad de revestimiento definitivo en concreto “lanzado” escogido y diseñado por la Unión Temporal Segundo Centenario, incluyendo el valor correspondiente a todas las modificaciones que



tuvo que hacer la citada Unión Temporal con ocasión del cambio en el sistema constructivo ordenado por el Instituto Nacional de Vías – Invías en relación con el revestimiento definitivo del Túnel de la Línea.

Subsidiaria a la décima octava:

Que se declare que, como consecuencia de la imposición del Instituto Nacional de Vías – Invías a la Unión Temporal Segundo Centenario de construir el revestimiento definitivo del Túnel de la Línea en concreto hidráulico, sin fijarle ni pagarle el precio correspondiente al valor diferencial de esta actividad impuesta respecto de la actividad de revestir dicho Túnel en concreto lanzado, se rompió el equilibrio económico del Contrato No. 3460 de 2008 en perjuicio de la Unión Temporal Segundo Centenario, el cual debe ser restablecido por el Instituto Nacional de Vías – Invías, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.

Décima novena:

Que, en virtud de la declaración de la pretensión décima octava, el Honorable Tribunal Arbitral, con fundamento en lo que se pruebe en el proceso, determine o fije el precio, calculado a precios del mes de septiembre de 2008, que debe reconocer y pagar el Instituto Nacional de Vías – Invías a la Unión Temporal Segundo Centenario, por concepto de la diferencia existente entre el precio por metro lineal de la ejecución del revestimiento definitivo en concreto hidráulico o convencional y el precio por metro lineal de la ejecución del revestimiento definitivo en concreto lanzado, precio que deberá ser actualizado mes a mes con el índice de costos de la construcción pesada –ICCP- a la fecha calculada y ordenada por el laudo arbitral.

Vigésima:

Que se declare que el Instituto Nacional de Vías debe pagarle a la Unión Temporal Segundo Centenario el precio determinado por el Honorable Tribunal Arbitral como consecuencia de la pretensión anterior, calculado a precios de septiembre de 2008, aplicado a los metros lineales que haya revestido la Unión Temporal Segundo Centenario del Túnel de la Línea, a la fecha calculada y ordenada por el laudo arbitral, precio que deberá ser actualizado mes a mes con el índice de costos de la construcción pesada – ICCP- a la fecha calculada y ordenada por el laudo arbitral.

Vigésima primera:

Que se declare que el Instituto Nacional de vías – Invías debe pagarle a la Unión Temporal Segundo Centenario el precio determinado por el Honorable Tribunal Arbitral como consecuencia de la pretensión décima novena, aplicado a los metros lineales del Túnel de la Línea que revista dicha Unión temporal con posterioridad a la fecha calculada y ordenada por el laudo arbitral, y que, asimismo, le ordene al Instituto Nacional de Vías – Invías actualizar mes a mes dicho precio con el índice de costos de la construcción pesada –ICCP-.

Vigésima segunda:

Declare que el Instituto Nacional de Vías – Invías debe reconocer la diferencia entre el precio de ejecución del revestimiento “Hidráulico” o Convencional y el revestimiento en concreto lanzado escogido y diseñado por el contratista de acuerdo a los derechos y obligaciones contractuales.

Vigésima tercera:

Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene al Instituto Nacional de Vías – Invías a reconocerle y pagarle a la Unión Temporal Segundo Centenario el precio determinado por el Honorable Tribunal como consecuencia de la pretensión décima novena, precio que se aplicará a los metros lineales del Túnel de la Línea que haya revestido la Unión Temporal Segundo Centenario a la fecha calculada y ordenada por el laudo arbitral, actualizado mes a mes con el índice de costos de la construcción pesada –ICCP- a la fecha calculada y ordenada por el laudo arbitral.



Vigésima cuarta:

Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene al Instituto Nacional de Vías – Invías a reconocerle y pagarle a la Unión Temporal Segundo Centenario el precio determinado por el Honorable Tribunal como consecuencia de la pretensión décima novena, previo que se aplicará a los metros lineales del Túnel de la Línea que revista dicha Unión Temporal con posterioridad a la fecha calculada y ordenada por el laudo arbitral, con la correspondiente actualización mes a mes de dicho precio con el índice de costos de la construcción pesada –ICP- al momento de su pago.

Vigésima quinta:

Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene al Instituto Nacional de Vías – Invías a reconocerle y pagarle a la Unión Temporal Segundo Centenario, las sumas a las que, de acuerdo con lo que se pruebe en el proceso, haya lugar para la indemnización integral del daño sufrido por ésta a causa de tener que ejecutar, por razones ajenas a su responsabilidad, el revestimiento definitivo del Túnel de la Línea en concreto hidráulico y no en concreto lanzado, sin recibir precio alguno por concepto de esta actividad.

Subsidiaria de la pretensión vigésima quinta:

Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene al Instituto Nacional de vías – Invías a reconocerle y pagarle a la Unión Temporal Segundo Centenario, de acuerdo con lo que se pruebe en el proceso, la indemnización actualizada del daño antijurídico que soportó la Unión Temporal Segundo Centenario a causa de tener que ejecutar, por razones ajenas a su responsabilidad, el revestimiento definitivo del Túnel de la Línea en concreto hidráulico y no en concreto lanzado, sin recibir precio alguno por esta actividad.

Vigésima sexta:

Que se condene al Instituto Nacional de Vías – Invías a pagar a la Unión Temporal Segundo Centenario los intereses remuneratorios de la Ley 80 de 1993 más actualización, sobre todas las sumas a las que resulte condenado el Instituto Nacional de Vías – Invías, a partir de: (i) la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena y hasta la fecha en que se profiera el laudo arbitral, o (ii) desde la fecha de notificación del auto admisorio de la demanda a la parte convocada, entendiéndose este como el requerimiento en mora, o (iii) desde cuando el Tribunal Arbitral considere que éstos se deben causar, conforme a lo que se pruebe en el proceso.

Vigésima séptima:

Que se condene al Instituto Nacional de Vías – Invías a pagar a la Unión Temporal Segundo Centenario los intereses moratorios a la tasa del interés bancario corriente para créditos ordinarios certificada por la Superintendencia Financiera, sobre todas las sumas a las que resulte condenado el Instituto Nacional de Vías – Invías, a partir de la fecha de la notificación de la Demanda Arbitral, entendiéndose esta como requerimiento en mora en los términos del artículo 90 del Código de Procedimiento civil y hasta la fecha en que se profiera el laudo arbitral.

Vigésima octava:

Que, en caso de mora en el pago de las sumas a las cuales resulte condenado el Instituto Nacional de Vías – Invías, se ordene al Instituto Nacional de Vías – Invías a pagar intereses moratorios a la más alta tasa aplicable legalmente.

Vigésima novena:

Que se condene al Instituto Nacional de Vías – Invías a pagar las costas que se generen como consecuencia de este proceso, así como las agencias en derecho.”



10.- Instalado el Tribunal⁵, admitida y notificada la demanda reformada como consta en el auto No. 17 de 16 de junio de 2015⁶ el 3 de agosto de 2015 el Instituto Nacional de Vías – Invías contestó la demanda arbitral propuesta⁷. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, aceptó como ciertos algunos de los hechos presentados, negó y precisó otros. Formuló las excepciones de ‘El cumplimiento total del contrato por parte del Invías’, ‘El riesgo del diseño asumido por el contratista y la obligación de revestimiento del túnel en concreto convencional’, ‘la ausencia de prueba del incumplimiento de las obligaciones contractuales del Invías’ y ‘los riesgos asumidos por el contratista y el alcance del contrato “a precio global fijo”’.

11.- El Tribunal, una vez surtidos los trámites propios del procedimiento arbitral y aceptado el desistimiento de mutuo acuerdo de la demanda de reconvención propuesta por Invías⁸, profirió el 23 de mayo de 2017 el correspondiente laudo en el que adoptó las siguientes disposiciones en su parte resolutive:

“Primero.- Declarar que prospera parcialmente la excepción denominada “El riesgo del diseño asumido por el contratista y la obligación de revestimiento del túnel en concreto convencional.

Segundo.- Negar las demás excepciones formuladas por la parte convocada.

Tercero.- Declarar que el Instituto Nacional de Vías – Invías detenta una posición dominante en el contrato 3460 de 2008.

Cuarto.- Declarar que la interventoría no formuló objeción o comentario alguno en relación con los estudios y diseños definitivos que le entregó la Unión Temporal Segundo Centenario respecto del revestimiento definitivo del Túnel de la Línea.

Quinto.- Declarar que con posterioridad al cumplimiento de la obligación de entrega de los estudios y diseños definitivos, la Interventoría recomendó al Instituto Nacional de Vías – Invías, por causas no atribuibles a la Unión Temporal Segundo Centenario modificar el diseño definitivo previsto por ésta para realizar el revestimiento definitivo del Túnel de la Línea.

Sexto.- Declarar que la Interventoría en el Considerando No. 8 de la Modificación No. 5 del 31 de octubre de 2012 al Contrato No. 3460, manifestó: “Que por su parte la Interventoría ha recomendado que por las condiciones particulares y especiales que presenta el túnel, para garantizar la seguridad del mismo y las condiciones de ventilación, el revestimiento final se construirá en el concreto hidráulico lo cual implicaría una revisión de la condición económica del contrato”.

Séptimo.- Declarar que la Unión Temporal Segundo Centenario, en el Considerando No. 9 de la Modificación No. 5 del 31 de octubre de 2012 al Contrato No. 3460, consignó: “Que el contratista manifestó que se encuentra de acuerdo con la alternativa técnica propuesta en la cláusula No. 8, pero considera que debe ser reconocidas (sic) por fuera del alcance contractual”.

⁵ Cfr. Acta No. 1 de 9 de julio de 2014. Fl 201-202, cdno 1 principal.

⁶ Fls 408-409, cdno 2 principal.

⁷ Fls 421-486, cdno 2 principal.

⁸ Cfr. Fls 01-44 cdno 2 principal, Fl 244 c2 principal y Fl 256 cdno 3 principal.



Octavo.- Declarar que Instituto Nacional de Vías – Invías, a través de la comunicación SGT:GGP 21215 de 2 de mayo de 2013, manifestó: “De conformidad con el informe técnico elaborado por la firma interventora del contrato, denominado “Túnel Segundo Centenario”: Construcción de la solera – sobre excavaciones y comportamiento para la excavación a largo plazo”, del cual usted recibió copia, se concluye que para garantizar la estabilidad geotécnica y estructural, durante la vida útil de los túneles, la solución constructiva para ello es la de revestimiento en concreto hidráulico, y con el fin de dar garantía de seguridad y servicio a los usuarios. Por lo tanto, le solicitamos proceder conforme a lo anterior y presentar el programa de actividades para incluir el revestimiento en las metas, conforme el anexo 1 de la modificación 5 del contrato”.

Noveno.- Declarar que el Instituto Nacional de Vías – Invías, a través de la comunicación SGT:GGP 27923 del 4 de junio de 2013, manifestó: “En cuanto a la solicitud de realizar un otrosí con el fin de pactar el valor estimado por usted de \$128.289.011.469 y ampliar el plazo de ejecución, esta deberá fundamentarse, de acuerdo con los parámetros y requisitos pactados en el contrato 3460 de 2008.

Décimo.- Declarar que en el Considerando No. 19 de la Modificación No. 7 del 27 de septiembre de 2013 al Contrato No. 3460, se consignó: “El contratista mediante comunicación UTSC-228-13 solicitó el reconocimiento por el mayor costo por la solución en concreto hidráulico en relación con el concreto lanzado. A lo cual Invías mediante escrito SGT:GGP 27923 manifestó que procediera con el revestimiento en contrato (sic) hidráulico y en cuanto a mayor valor que no era procedente su reconocimiento”.

Undécimo.- Declarar que como consecuencia de la orden impartida por del (sic) Instituto Nacional de Vías – Invías a la Unión Temporal Segundo Centenario de construir el revestimiento definitivo del Túnel de la Línea en concreto hidráulico, sin fijarle ni pagarle el precio correspondiente al valor diferencial respecto de la actividad de revestir dicho Túnel en concreto lanzado, se rompió el equilibrio económico del contrato No. 3460 de 2008 en perjuicio de la Unión Temporal Segundo Centenario.

Duodécimo.- Condenar al Instituto Nacional de Vías – Invías a pagar a la Unión Temporal Segundo Centenario, la suma de Treinta mil novecientos cuarenta y seis millones novecientos sesenta y nueve mil trescientos setenta y siete pesos (\$30.946.969.377) por concepto de la diferencia existente entre el precio por metro lineal de la ejecución del revestimiento definitivo en concreto hidráulico o convencional y el precio por metro lineal de la ejecución del revestimiento definitivo en concreto lanzado en una extensión de 2.630 metros lineales.

Decimotercero.- Condenar al Instituto Nacional de Vías – Invías a pagar a la Unión Temporal Segundo Centenario la suma de dieciséis mil veintinueve millones setecientos diecinueve mil cuatrocientos cuarenta y nueve pesos (\$16.299.719.449) a título de actualización con el IPC, de la suma a que se refiere el numeral anterior, desde septiembre de 2008 hasta la fecha de este laudo.

Decimocuarto.- Condenar al Instituto Nacional de Vías – Invías a pagar a la Unión Temporal Segundo Centenario la suma de Mil cuatrocientos treinta millones quinientos cuarenta y ocho mil trescientos un pesos (\$1.430.548.301) por intereses moratorios de conformidad con lo indicado en la parte motiva de este laudo.

Decimoquinto.- Las sumas a que se condenó en este laudo devengarán, desde su ejecutoria, intereses moratorios a una tasa equivalente al DTF durante los primeros 10 meses. Vencido ese término los intereses corresponderán al interés moratorio a la tasa comercial (numeral 4 artículo 195 del CPACA).

Decimosexto.- Para efectos del pago de la condena contenida en esta providencia, téngase en cuenta la cesión de derechos litigiosos de la Unión Temporal Segundo Centenario a favor de la sociedad Asesores Jurídicos Integrales Limitada.

Decimoséptimo.- Negar las demás pretensiones de la demanda.



Decimooctavo.- Ordenar al Instituto Nacional de Vías Invías reembolsar a la Unión Temporal Segundo Centenario la suma de dos mil doscientos millones novecientos tres mil setecientos cinco pesos con cincuenta y nueve centavos (\$2.200.903.705,59) por concepto de pago de los gastos del proceso, cantidad que incluye los intereses de mora liquidados hasta la fecha del laudo.

Decimonoveno.- Sin condena en costas.

Vigésimo.- Declarar causados los honorarios de los árbitros y del secretario, por lo que se realizará el pago del saldo en poder de la presidente del Tribunal, quien procederá a rendir cuentas a las partes de las sumas puestas a su disposición para los gastos de funcionamiento del Tribunal.

Vigésimo primero.- Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas de la presente providencia con destino a las partes con las constancias de ley y copia simple para el archivo del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Vigésimo segundo.- Disponer que una vez esté en firme esta providencia se archive el expediente en el centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.”

12.- En sendos memoriales de 31 de mayo de 2017⁹ ambas partes elevaron solicitudes de aclaración y complementación del laudo arbitral, las que fueron desestimadas por el Tribunal en auto No. 60 dictado el 2 de junio de 2017¹⁰.

13.- El Instituto Nacional de Vías – Invías¹¹ en escrito del 18 de julio de 2017 formuló recurso de anulación contra el laudo arbitral al amparo de las causales 7° y 9° del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. En esa misma fecha el Agente del Ministerio Público¹² propuso recurso de anulación con apoyo en las causales 7°, 8° y 9° de la misma norma. Por Secretaría del Tribunal¹³ se corrió traslado de tales impugnaciones por el término de quince (15) días que transcurrieron entre el 22 de julio y el 14 de agosto de 2017. En memorial de 10 agosto de la misma anualidad¹⁴ la Unión Temporal Segundo Centenario presentó escrito de oposición a los recursos interpuestos.

14.- El 22 de agosto se remitieron las diligencias a esta Corporación, en proveído de 12 de septiembre¹⁵ se avocó conocimiento de los recursos de anulación, se negó la solicitud de suspensión de ejecución del laudo arbitral y se ordenó notificar esa decisión a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

LOS RECURSOS DE ANULACIÓN

El Instituto Nacional de Vías y el Ministerio Público piden se anule el laudo arbitral proferido el 23 de mayo de 2017 con fundamento en las siguientes causales y razones:

⁹ Fls 466-480 y 485-493, cdno Consejo de Estado.

¹⁰ Fls 495-506, cdno Consejo de Estado.

¹¹ Fls 507-524, cdno Consejo de Estado.

¹² Fls 535-543, cdno Consejo de Estado.

¹³ Fl 544, cdno Consejo de Estado.

¹⁴ Fls 547-552 cdno Consejo de Estado.

¹⁵ Fls 557-563, cdno del Consejo de Estado.



Cargos formulados por el Invías.

1) Causal 9° del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, esto es, *“Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”*.

El Invías fundó dos de sus cargos al amparo de esta causal de anulación. Pasa la Sala exponer cada uno de ellos.

Laudo concedió más de lo pedido en cuanto a los metros lineales del revestimiento de concreto del túnel. En sentir de la parte recurrente la Unión Temporal aspiró a que se reconociera el mayor valor del revestimiento que reportaba la implementación del concreto convencional o hidráulico respecto del concreto lanzado y, conforme a ello, el Tribunal consideró que existía una diferencia de precios entre tales métodos constructivos a razón de \$11.771.384 por metro lineal.

Sin embargo, precisa, a los fines de determinar el monto de condena a favor de la Unión Temporal el Tribunal consideró que esa diferencia de precios debía aplicarse sobre 34.70 metros lineales, siendo tal cosa imprecisa, pues el revestimiento tenía un perímetro de 22,2 metros lineales y explica ello el censor en el hecho de que el espacio correspondiente al pavimento del túnel no hace parte del revestimiento, pues así no lo evidencian los pliegos del proceso de contratación, la oferta de la UTSC, los planos ni los dictámenes del contencioso arbitral.

Entonces, el reproche se concentra en haberse concedido 12,50 metros lineales de concreto de más (resultantes de la diferencia que hay entre los 34,70 metros lineales reconocidos por el Tribunal y los 22,20 que el censor juzga como correctos) a lo largo de 2630 metros lineales. Deja claro en recurrente que su reproche no se enfoca en el precio reconocido sino *“el factor multiplicador de dicho precio en la medida en que debía aplicarse al contorno de 22,20 metros lineales que constituyen la obra de revestimiento, y no a los 34,70 metros lineales concedidos”*.

Laudo concedió más de lo pedido en cuanto al índice de actualización de precios aplicado a la condena. Explica el Invías que en el Contrato de Obra No. 3460 de 2008 como en las pretensiones de la demanda arbitral se pactó y pretendió, respectivamente, como índice actualizador de precios el ICCP –Índice de Costos de la Construcción Pesada-, no obstante el Tribunal se apartó de ese pedimento y actualizó la condena conforme al IPC –Índice de Precios al Consumidor- con lo que no solo concedió algo distinto a lo pedido sino



un incremento económico de la condena, sin razón.

Expone, para mayor abundamiento, que mientras la condena efectivamente decretada por el panel arbitral con apoyo del IPC ascendió a \$42.976.688.826; tal cifra sería de \$41.261.790.290, de haberse considerado el ICCP, esto es, un rubro de \$1.714.898.536 adicionales, todo lo cual hace que el laudo sea “*extra petita*” en este ítem.

2) Causal 7° del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, esto es, “*Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo*”.

El recurrente fundó dos de los cargos de anulación con apoyo en esta causal. Pasa a exponerse cada uno de ellos.

Laudo en conciencia y no en derecho acerca del revestimiento reconocido respecto del pavimento del túnel. Sostiene el Invías que el Tribunal no realizó un análisis jurídico ni probatorio detallado para incluir dentro de la actividad de revestimiento en concreto el pavimento del suelo del túnel, siendo que la prueba técnica, testimonial y cualquier otro medio de prueba son claros en determinar que el pavimento no hace parte del revestimiento del túnel.

Como el Tribunal incluyó dentro del cálculo global del precio de revestimiento el segmento correspondiente al pavimento y en ninguna parte ello quedó probado, se sigue que el laudo se dictó en conciencia y no en derecho.

Laudo en conciencia y no en derecho acerca del ajuste de precios aplicado a la condena del Tribunal. Afirma el recurrente que el hecho de haber aplicado el ICCP como índice actualizador de condena tornan al laudo “*en conciencia*” y sostiene que si la apreciación del Tribunal era que aquella actualización no procedía hacerla conforme al ICCP, como lo pidió la UTSC, lo procedente era denegarla y no corregirla de manera indirecta y de oficio como al efecto ocurrió.

Cargos formulados por el Ministerio Público.

3) Causal 7° del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, esto es, “*Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo*”.

El recurrente fundó cuatro de los cargos de anulación con apoyo en esta causal. Pasa a



exponerse cada uno de ellos.

Laudo en conciencia y no en derecho en cuanto hace al establecimiento de la diferencia de valor entre revestimiento en concreto hidráulico y concreto lanzado. Advierte el Ministerio Público que en el numeral 7.3 de la parte considerativa del laudo el Tribunal, pese a enunciar el deber de apreciar todas las pruebas recaudadas a efectos de determinar la diferencia de valores entre uno y otro método constructivo, se limitó a analizar el dictamen del perito Ernesto Escobar allegado por la parte demandante dejando de lado el mandato legal que le impone el artículo 241 del Código General del Proceso de apreciarlo conforme a los demás elementos probatorios que obren en el proceso.

Así, se duele la Vista Fiscal que el Tribunal no hiciera valoración alguna del dictamen pericial presentado por la Asociación Colombiana de Túneles y Obras Subterráneas ACTOS que se pronunció sobre este específico punto señalando que acorde a la evaluación de ocho proyectos recientes que incluyen lanzado de concreto neumático y colocación de concreto convencional, se obtuvo “*un factor de 0.9 en relación con el precio por metro cúbico de concreto lanzado/precio por metro cúbico de concreto convencional*”.

Laudo en conciencia y no en derecho al acoger sin análisis ni crítica el dictamen pericial de Ernesto Escobar para determinar el precio del concreto. El Ministerio Público pone de presente la carencia de fundamento probatorio que respalde la necesidad de recomponer el precio del concreto como lo hizo el perito. Trae a cuento el Ministerio Público un pasaje del dictamen pericial de ACTOS donde refiere que en un contrato “*llave en mano*” el contratista debe prever todos los riesgos constructivos siendo el factor más importante el de las sobreexcavaciones, de ahí que sea usual que el proponente al asumir el riesgo del concreto adicional presente una oferta más costosa; por ello el concreto adicional debe ser colocado a costa del contratista.

Laudo en conciencia y no en derecho al aceptar sin justificación que en el precio del revestimiento se incluya el costo del pavimento. Alega el censor que al momento de establecerse la diferencia de valor entre el revestimiento en concreto hidráulico y en concreto lanzado se incluyó como elemento de costo el pavimento a razón de \$1.947.552 por metro cúbico a lo largo del túnel.

No obstante el acervo probatorio muestra que el pavimento del túnel no hace parte del revestimiento, como se evidencia en la Carpa 01 – Bases de información de los estudios previos, donde se discrimina el precio asignado para el revestimiento y aparte el del pavimento incluido dentro del concepto de misceláneos; el dictamen pericial y el



documento “respuestas a solicitudes del Tribunal” de Actos donde se sostiene que la interventoría no considera el pavimento como parte del revestimiento; los apéndices A y B del contrato donde se definen los alcaldes del proyecto y las especificaciones y normas técnicas; el Volumen VI de diseños del túnel “Estudios de impermeabilización, revestimiento y drenaje” donde se establece que el revestimiento es del túnel en bóveda y paredes y en la Versión 0.2 del Volumen VI “Estudio de impermeabilización, revestimiento y drenaje” donde se reitera tal cosa.

Laudo en conciencia y no en derecho al apartarse sin justificación de las pruebas que evidencian que el precio fue presupuestado, pactado y pagado para la actividad de revestimiento definitivo del túnel. Sostiene el recurrente que el laudo determinó, conforme al dictamen rendido por el perito Ernesto Escobar, que el valor del revestimiento en concreto lanzado era de \$4.899.579 por metro lineal; no obstante, sostiene que el abundante acervo probatorio permite evidenciar que la actividad de revestimiento del túnel fue presupuestada, pactada y pagada por Invias a razón de \$5.084.881 por metro lineal, cifra que con los incrementos porcentuales por efectos de administración, imprevistos, utilidad, riesgos y ajustes arroja \$6.941.879 por metro lineal.

Memora el censor que conforme a los estudios previos el valor asignado para el revestimiento fue de \$5.084.488 por M² arrojando un valor total del túnel de \$302.043.801.220; en la propuesta presentada por la UTSC el valor asignado al módulo 1, relativo al túnel, fue de \$334.002.473.731 y la Resolución de adjudicación No. 06860 de 6 de diciembre de 2008 adjudicó el contrato por un valor del módulo 1 de \$334.002.473.731 y un valor total del proyecto de \$629.052.989.746, mismo valor del contrato de obra No. 3460 de 2008 celebrado entre las partes.

En ese orden de ideas, consideró el Ministerio Público que no existe una justificación para que el Tribunal no tuviera en cuenta el precio fijado para establecer la diferencia en valor entre la actividad de revestimiento en concreto hidráulico y lanzado; pues el Tribunal acogió el dictamen pericial rendido por Ernesto Escobar sin hacer una valoración en conjunto ni conforme a la sana crítica.

4) Causal 8° del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, esto es, “*Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutive o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el Tribunal arbitral*”.

Laudo contiene disposiciones contradicción y/o error que influye en la parte resolutive al



no haber tenido en cuenta, para establecer la diferencia de valor en los costos directos del revestimiento en concreto hidráulico y lanzado, lo que en otros pasajes del laudo reconoció como el precio presupuestado por Invías.

Recuerda el Ministerio Público que el Tribunal condenó al Invías al pago de la diferencia entre el precio por metro lineal de la ejecución del revestimiento definitivo en concreto hidráulico y concreto lanzado por un valor de \$30.946.969.377, para lo cual se apoyó en los dictámenes periciales traídos por la convocante que fijaron un valor para el concreto lanzado de \$4.899.579 y para el concreto hidráulico de \$14.095.973, lo que arroja una diferencia tasada en \$11.771.384 sumado el AIU del contratista, por metro cuadrado del túnel. Empero lo opugnado por la Vista Fiscal es que en otros pasajes de la providencia arbitral se reconoció que el valor presupuestado por el Invías para la actividad de revestimiento era de \$5.084.881 por metro, lo que se corresponde con los estudios previos del contrato y el dictamen pericial rendido por ACTOS.

Por consiguiente, sostiene, que pese a estar acreditado por el Tribunal que el valor del revestimiento pactado y pagado fue de \$5.084.881 metro lineal, el que sumado imprevistos, utilidad, riesgos y ajustes asciende a \$6.941.879 metro lineal, el panel arbitral al momento de establecer la diferencia decidió tomar como valor la suma de \$4.899.579. De ahí que la condena fuera por \$30.946.969.377, debiendo ser de \$18.815.267.220. Todo lo cual repercute en los numerales decimotercero a décimo quinto del laudo.

Laudo contiene disposiciones contradictorias y/o error que influye en la parte resolutive al declarar a la vez la prosperidad parcial de la excepción “el riesgo del diseño asumido por el contratista y la obligación de revestimiento del túnel en concreto convencional” y la prosperidad total de la pretensión de rompimiento del equilibrio económico del contrato.

El Interviniente censura como contradictorio el laudo arbitral en sus puntos resolutivos primero y undécimo, por cuanto de una parte declaró parcialmente próspera la excepción promovida por el Invías en el sentido de que se declarara que el riesgo del diseño era asumido por el contratista como también la obligación de revestir el túnel en concreto convencional, pero al tiempo acogió la pretensión de rompimiento del equilibrio económico del contrato; siendo que una y otra se contraponen, esto es, la prosperidad de una enerva la otra, de ahí que la única solución lógica y compatible hubiera sido la prosperidad parcial de ambos extremos.

Agrega el censor que esa contradicción se extiende a las disposiciones de condena contenidas en los numerales duodécimo y siguientes de la parte resolutive, toda vez que



en el monto de condena no se ve reflejado la incidencia o efecto de la prosperidad parcial de la excepción parcialmente acogida en el numeral primero del fallo *“generando incertidumbre y duda en los usuarios de justicia que acudieron a este medio judicial a obtener una solución a su conflicto”*. Señala, en conclusión, que la citada contradicción es un obstáculo para concretar los efectos de la cosa juzgada del laudo *“resultando imposible la aplicación simultánea de las dos decisiones en cita”* e inocuo dentro del fallo la prosperidad parcial de la excepción ya mentada.

5) Causal 9° del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, esto es, *“Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”*.

Considera, finalmente, el Ministerio Público que el laudo está incurso en este vicio de anulación toda vez que al momento de establecer la diferencia en valor entre la actividad de revestimiento en concreto hidráulico y lanzado se incluyó el pavimento del túnel a razón de \$1.947.552 por cada metro cúbico a lo largo del túnel, sin embargo –sostiene- de la demanda y su contestación no se desprende que ese costo se encuentre comprendido dentro de la actividad de revestimiento que suscitó la controversia. En sentido contrario, existe sustento probatorio que evidencia que el pavimento del túnel no hace parte de la actividad de revestimiento. Por tal razón, el fallo está inmerso en un vicio *in procedendo* al otorgar algo fuera de lo pedido, esto es, un fallo *extra petita*.

ESCRITO DE OPOSICIÓN

La convocante Unión Temporal Segundo Centenario presentó memorial de oposición a los recursos de anulación. Alegó, en general, que la decisión a la que llegó el panel arbitral se ajustó a derecho y que los cargos promovidos perseguían que el Juez de la Anulación se inmiscuyera las razones jurídicas y/o probatorias consideradas por el decisor colegiado, lo que conduce a su improsperidad.

En cuanto hace al cargo consistente en haberse concedido más de lo pedido en lo que atañe al “factor multiplicador” para obtener el monto de la reparación, el convocante anota que la conclusión a la que llegó el Tribunal fue fruto del acervo probatorio que alimentó la causa arbitral, lo que revela que la verdadera finalidad del recurrente no es otra que ejercer un derecho que no ejercitó oportunamente en su momento de objetar los medios probatorios practicados, particularmente el dictamen pericial allegado con la demanda, el que sirvió de base para adoptar la fórmula de condena acogida por el sentenciador. Pretende así revivir un debate sobre cuestiones estrictamente jurídicas sobre aspectos ya



resueltos por el Tribunal.

Respecto a la censura de fallo en conciencia en relación a las obras de revestimiento, la UTSC opugnó lo alegado por el Invías, toda vez que el cargo de “fallo en conciencia” no es el vehículo idóneo para discutir la manera como se llevó a cabo la valoración de una prueba. Explicó que los árbitros una vez declarada la alteración del equilibrio económico del contrato tomaron por base el valor del metro lineal del túnel en la modalidad de revestimiento en concreto lanzado para descontar de éste el precio también por metro lineal del revestimiento con concreto lanzado, para determinar el monto de condena. Esas apreciaciones fueron fruto de la apreciación de dos dictámenes técnicos, donde destaca la UTSC que el dictamen aportado junto a la demanda no fue objetado por la convocada. Por lo tanto, tampoco tiene vocación de prosperar el cargo enunciado.

Por último, la convocante se pronunció sobre los reproches que fueron elevados por vía de dos causales distintas en lo que hace a la fórmula de actualización de las sumas del capital declarado como condena. Admitió que en el contrato se pactó el Índice de Costos para la Construcción Pesada – ICCP como fórmula de actualización, pero ello comprendía únicamente las actividades comprendidas dentro de ese negocio y como las prestaciones que se reclamaron en la causa arbitral “no fueron aquellas que se plasmaron en el cuerpo del negocio jurídico al momento de su suscripción”, resulta que a las mismas no resulta aplicable ese índice convenido. Agrega que de ninguna manera el fallo puede ser comprendido como dictado en conciencia, pues el indicador económico utilizado por el panel arbitral es de público conocimiento y no requiere prueba para su demostración y, finalmente, adujo que no resultaba posible aplicar el indicador “concretos, morteros y obras varias” del ICCP pues ello desconoce de plano que el revestimiento que finalmente se aplicó –concreto convencional- tiene altos índices de hierro, reiterando que ese último método no fue el pactado en el negocio.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Ministerio Público propuso, al igual que el Invías, recurso de anulación contra el laudo dictado el 23 de mayo de 2017, en los términos expuestos en el capicite precedente.

No advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a desatar el recurso de anulación interpuesto previas las siguientes.



CONSIDERACIONES

1.- Cuestión preliminar.

1.1.- El 23 de noviembre de 2017 el Consejero Guillermo Sánchez Luque manifestó a la Sala su impedimento para conocer del asunto en razón al antiguo vínculo laboral que tuvo con la Doctora Ruth Stella Correa Palacio, en su condición de Consejera de Estado, quien fungió como árbitro en la causa; fundó su manifestación en la causal 1° del artículo 141 del Código General del Proceso¹⁶.

1.2.- En criterio de la Sala Dual no hay lugar a separar al Consejero Sánchez Luque del conocimiento del asunto, pues la Sala Plena de la Sección Tercera tiene averiguado que la sola razón del vínculo laboral con alguna de las partes, apoderados o demás intervinientes en la controversia no es constitutivo de interés directo o indirecto en las resultas del proceso, pues faltan elementos adicionales, subjetivos o circunstanciales que lleven a predicar un interés concreto y específico entre el Juez y el tercero señalado, con entidad suficiente para afectar la imparcialidad a la hora de tramitar y adjudicar en derecho la controversia sometida a su conocimiento¹⁷. Como el Consejero no informó razones adicionales, le será desestimado el impedimento.

2.- Para resolver lo pertinente, la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por el recurrente, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión: (1) la naturaleza del recurso de anulación de laudos arbitrales; (2) la anulación del laudo por haber fallado en conciencia o equidad debiendo ser en derecho; (3) la anulación del laudo por su incongruencia; (4) la anulación del laudo por concederse más de lo pedido, (5) caso concreto, (6) condena en costas.

3.- Naturaleza del recurso de anulación de laudos arbitrales.

3.1.- Ya en anteriores oportunidades¹⁸ se ha resaltado que la naturaleza extraordinaria y excepcional del recurso de anulación de laudo arbitral, así como su finalidad primordial

¹⁶ Código General del Proceso. Artículo 141. *Causales de recusación*. Son causales de recusación las siguientes:

1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso.

¹⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de Sección Tercera. Auto de 5 de agosto de 2016, Exp. 56711.

¹⁸ Entre ellas las siguientes: Sentencia de mayo 15 de 1992 (Expediente 5326); Sentencia de noviembre 12 de 1993 (Expediente 7809); Sentencia de junio 16 de 1994 (Expediente 6751); Sentencia de octubre 24 de 1996 (Expediente 11632); Sentencia de mayo 18 de 2000 (Expediente 17797); Sentencia de agosto 23 de 2001 (Expediente 19090); Sentencia de junio 20 de 2002 (Expediente 19488); Sentencia de julio 4 de 2002 (Expediente 21217); Sentencia de julio 4 de 2002 (Expediente 22.012); Sentencia de agosto 1° de 2002 (Expediente 21041); Sentencia de noviembre 25 de 2004 (Expediente 25560); Sentencia de abril 28 de 2005 (Expediente 25811); Sentencia de junio 8 de 2006 (Expediente 32398); Sentencia de diciembre 4 de 2006 (Expediente 32871); Sentencia de marzo 26 de 2008 (Expediente 34071); Sentencia de mayo 21 de 2008 (Expediente 33643); y Sentencia de mayo 13 de 2009 (Expediente 34525).



tendiente a proteger la garantía fundamental al debido proceso, hacen que éste sólo sea procedente por vicios procedimentales o *in procedendo*, más no de juzgamiento o *in iudicando* y con fundamento en las causales expresa y taxativamente señaladas en la ley.

3.2.- Así, se torna a todas luces improcedente que en sede de anulación el Juez contencioso Administrativo aborde nuevamente el estudio y análisis del asunto de fondo, reviva el debate probatorio efectuado en el curso del trámite arbitral, o cuestione los razonamientos jurídicos o la valoración probatoria utilizada por el juez arbitral para adoptar su decisión.

3.3.- Ahora bien, según lo establecía el artículo 22 de la Ley 1150 de 2007 las causales de anulación del laudo arbitral eran las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 o las normas que lo modificaran, derogaran o sustituyeran.

3.4.- A su vez, el Decreto 1818 de 1998 compiló las normas existentes sobre arbitramento, entre ellas las contenidas en el Decreto 2279 de 1989, razón por la cual finalmente las causales de nulidad de los laudos arbitrales que se relacionen con los contratos estatales vinieron a ser las consagradas en el artículo 163 del Decreto primeramente citado.

3.5.- Ahora, con la expedición 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*” los recursos de anulación de laudo arbitral cuyo proceso se hubiere iniciado con posterioridad a su vigencia se regirán por dicho estatuto, razón por la cual las causales de anulación de laudo ahora se encuentran incorporadas en su artículo 41.

3.6.- Teniendo en cuenta que por medio del artículo 119 del Estatuto al que se alude se precisó que éste empezaría a regir 3 meses después de su promulgación, esto es, desde el 12 de octubre de 2012 y que el proceso que dio lugar al presente litigio se inició el 16 de febrero de 2015, es evidente que al presente asunto le son aplicables las normas previstas en dicho Estatuto.

3.7.- Tal como se manifestó en líneas anteriores el carácter extraordinario y excepcional del recurso de anulación de laudo arbitral conduce a una limitación en la competencia del juez del recurso, de forma tal que en sede de anulación éste no puede suponer lo manifestado por el recurrente para tratar de establecer la causal que invoca¹⁹

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 26 de febrero de 2004, Expediente 25094, entre otras,



3.8.- Así las cosas, la impugnación del laudo por la vía del recurso de anulación supone que se cimente en las causales previstas en la ley, pero además que se sustente clara y suficientemente, de forma tal que el juez de anulación no se encuentre compelido a realizar un esfuerzo adicional para tratar de deducir la causal que se aduce.

3.9.- De la carga de sustentación se desprende que el impugnante debe expresar las razones que le sirven de fundamento para acusar el laudo de incurrir en la causal o causales que alega.

3.10.- Por supuesto que las razones que indique el recurrente deben configurar la causal que aduce y por lo tanto la causal invocada será la que estructure la cadena argumentativa de la impugnación y no el nombre o denominación que se le dé.

3.11.- Conjugando todo lo que se acaba de expresar resulta que la sustentación del recurso no consiste en la sola indicación del texto legal que consagra una determinada causal, como tampoco en que, al amparo de la mención de alguna o de varias de las causales enlistadas en la ley, se aduzcan argumentaciones que en verdad no configuran ninguna de las previstas por el legislador.

4.- La anulación del laudo arbitral por haberse fallado en conciencia o equidad debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo. Causal séptima de anulación del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

4.1.- Esta causal se encontraba prevista en términos similares en el numeral 6º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 pero hacía referencia únicamente a “*Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho*”, sin precisar que se hacía referencia únicamente a los fallos en equidad y no a aquellos fallos que se profieren sin motivación alguna por los jurados de conciencia.

4.2.- Ya en anteriores oportunidades ésta Sala de Sección había analizado ésta causal y su alcance para señalar que:

“En el sistema jurídico colombiano la calificación “en conciencia” fue usada por la mayoría de las regulaciones sobre arbitramento²⁰ para referirse a una de las modalidades del arbitraje, sin embargo las disposiciones más recientes utilizan la expresión “en equidad.”²¹ Hoy la ley²² define al arbitraje en equidad como aquel en que los árbitros deciden según el sentido común y la equidad.

²⁰ Ley 105 de 1931, artículo 1216; Ley 2ª de 1938, artículo 6; Decreto 410 de 1971, artículo 2012; Decreto 2279 de 1989, artículo 1º; Ley 23 de 1991, artículo 96 (Cita original del texto citado)

²¹ Constitución Política, artículo 116; Ley 270 de 1996, artículo 13; Ley 446 de 1998, artículo 111; Decreto 1818 de 1998, artículo 115; y Ley 1285 de 2009, artículo 3º (Cita original del texto citado)

²² Ley 446 de 1998, artículo 111. (Cita original del texto citado)



4.2. Inicialmente en el derecho romano la noción de equidad se entendió como simple igualdad²³ pero en la época clásica se equiparó al concepto de justicia conmutativa de tal suerte que ella consistió, fundamentalmente, en dar a cada cual lo suyo y en dar un tratamiento igual en causa igual.²⁴

Posteriormente la influencia de Aristóteles determinó que la equidad, a la que llamó epiqueya, se entendiera como lo justo en el sentido de ser una rectificación de la justicia legal toda vez que corrige las iniquidades que pueden derivarse de la aplicación de la ley o enmienda las omisiones en que esta incurre al no poder preverlo todo por ser general y abstracta.²⁵

La equidad también sufrió el influjo del pensamiento cristiano al ser considerada como un mecanismo de misericordia, de indulgencia y de benignidad que en casos especiales atempera el rigor de la ley.²⁶

Todas estas concepciones condujeron a elaborar con fundamento en la equidad dos postulados: **a)** El negativo según el cual el juez puede inaplicar la ley al caso concreto cuando ella se muestra inícuo o conduce a una iniquidad; **b)** El positivo que le permite al juez buscar por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido.²⁷

Uno de tales postulados ha sido recogido y expuesto hoy por la Corte Constitucional²⁸ en los siguientes términos:

“Pues bien, en una situación como la que se ha descrito no cabe hacer una aplicación estricta de la ley, sin vulnerar el principio de equidad que gobierna también la actuación judicial (C.P., art. 230). De acuerdo con este principio, cuando el juez está en la tarea de aplicar la norma legal al caso concreto debe tener en cuenta las circunstancias propias del mismo, de manera que la voluntad del legislador se adecue a los distintos matices que se presentan en la vida real.

La tarea del legislador y la del juez son complementarias. El Congreso dicta normas de carácter general y abstracto, orientadas hacia la consecución de ciertos fines. Estas normas, por bien elaboradas que sean, no pueden en ningún momento incorporar en su texto los más distintos elementos que se conjugan en la vida práctica, para configurar los litigios concretos. Así, ellas no pueden establecer o comprender las diferenciaciones que deben introducirse en el momento de solucionar los conflictos concretos, con el objeto de que la resolución de los mismos tenga en cuenta las particularidades de los hechos y de las personas que intervienen en ellos. Esa función le corresponde precisamente al juez, quien es el que puede conocer de cerca el conflicto y la situación de las partes involucradas. Por eso, el juez está llamado a afinar la aplicación de la norma legal a la situación bajo examen, con el objeto de lograr que el espíritu de la ley, que el propósito del legislador, no se desvirtúe en el momento de la aplicación, por causa de las particularidades propias de cada caso.

Lo anterior no implica que el juez desatienda la norma legal, se aparte de la voluntad del legislador, sino que la module al caso concreto, evitando inequidades manifiestas o despropósitos, resultados que en todo caso también habría impedido el legislador si los hubiera podido prever. Es decir, de lo que se trata es de poner en vigencia el principio de colaboración entre la distintas ramas del poder público, lo cual implica que el juez colabore en el desarrollo de la norma dictada por el legislador, al adaptarla al caso concreto.”

4.3. La Sección Tercera del Consejo de Estado ha estimado que el fallo en conciencia se configura cuando el juzgador se aparta del marco jurídico y decide con fundamento en la mera equidad, razón por la que la motivación no es esencial para la validez de su decisión.²⁹

²³ P. G. CARON. “*Aequitas*” Romana, “*Misericordia*” Patristica Ed “*Epicheia*” Aristotelica Nella Dottrina Dell’”*Aequitas*” Canonica. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano 1971, p. 2. (Cita original del texto citado)

²⁴ Ibidem. (Cita original del texto citado)

²⁵ ARISTOTELES. *Ética a Nicomaco*. 5. 10. 1137 b. Trad. María Araujo y Julián Marías. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1985, p. 86. (Cita original del texto citado)

²⁶ P. G. CARON. “*Aequitas*... Opus. Cit., p. 6. (Cita original del texto citado)

²⁷ Ibidem, p. 98-104. (Cita original del texto citado)

²⁸ Sentencia T-518 de 1998. (Cita original del texto citado)

²⁹ Sentencias de abril 3 de 1992, mayo 4 de 2000 y octubre 2 de 2003 (Expedientes 6695, 16766 y 24320). (Cita original del texto citado)



También ha dicho que esa estirpe de decisiones se caracterizan por prescindir totalmente del acervo probatorio³⁰ o de las normas jurídicas,³¹ por la ausencia de razonamientos jurídicos³² o por basarse en el concepto de verdad sabida y buena fe guardada.³³

En conclusión, podríamos decir que el fallo en conciencia es aquel en el que el juzgador se apoya en su íntima convicción, no da razones de su decisión o prescinde(sic) de toda consideración jurídica o probatoria.

El cambio de la expresión legal “en conciencia” por la de “en equidad” no implica una simple modificación de denominación pues en esa variación va envuelta la defensa de la garantía fundamental al debido proceso.

La garantía del debido proceso está compuesta por múltiples elementos entre los cuales nos interesa destacar para lo que aquí se discurre el deber que tiene el juez de motivar sus decisiones y el derecho de los asociados a que la solución de sus conflictos se fundamenten en la ley y en las pruebas oportunamente y regularmente allegadas al proceso.

Esta garantía cobija cualquier actuación jurisdiccional, sin que constituya una excepción la de los particulares que en determinados casos administran justicia como ocurre con los árbitros, pues estos pueden, si las partes los habilitan, proferir fallos en derecho o en equidad aunque “en los términos que determine la ley.”³⁴

Por consiguiente, los fallos de los árbitros, por ser decisiones judiciales, deben ser motivadas y fundarse en las pruebas oportuna y regularmente allegadas al proceso, tal como lo preceptúan los artículos 170 del C. C. A., 303 y 174 del C. P. C.

Ahora, los jueces, y entre ellos los árbitros, están sometidos al imperio de la ley pero podrán recurrir a la equidad como criterio auxiliar de su actividad, o como criterio único, si en éste último caso, en tratándose de los arbitros, las partes los habilitan³⁵ para ello, o si, en los demás casos, el proceso versa sobre derechos disponibles y las partes, siendo plenamente capaces, lo solicitan.³⁶

Sin embargo, debe recordarse lo que atrás se expresó en el sentido que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 70 de la Ley 80 de 1993, el arbitramento para la solución de las controversias contractuales debe ser siempre en derecho.

Así que en conclusión, los fallos en equidad, sea que los profieran los jueces o sea que los emitan los árbitros en los casos que proceden, no quedan exentos de estar motivados ni de fundamentarse en las pruebas oportuna y legalmente allegadas al proceso.

Luego, la gran conclusión es que los fallos en conciencia están proscritos en nuestro sistema jurídico y que se podrá acudir a la equidad como criterio único si la ley o las partes facultan al juzgador para ello.

Pero, ¿Qué es lo que caracteriza a un fallo en equidad?

A juicio de la Sala nada mejor que los dos postulados que atrás se mencionaron para determinar si se rotula con la equidad a una decisión.

En efecto, la providencia será en equidad cuando: **a)** El juez o el árbitro inaplica la ley al caso concreto porque considera que ella es inícuo o que conduce a una iniquidad; **b)** El juez o el árbitro busca por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido.

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

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

³⁰ Sentencia de septiembre 14 de 1995 (Expediente 10468). (Cita original del texto citado)

³¹ Sentencia de junio 18 de 2008 (Expediente 34543). (Cita original del texto citado)

³² Sentencias de agosto 9 de 2001, agosto 23 de 2001, febrero 13 de 2006, junio 18 de 2008 (Expedientes 19273, 19090, 29704 y 34543). (Cita original del texto citado)

³³ Sentencia de abril 27 de 1999 y abril 16 de 2000 (Expedientes 15623 y 18411). (Cita original del texto citado)

³⁴ Artículo 116 de la Constitución Política. (Cita original del texto citado)

³⁵ Artículo 116 de la Constitución Política. (Cita original del texto citado)

³⁶ Numeral 1º del artículo 38 del C. P. C. (Cita original del texto citado)



concreto porque consideran que ella es inicua o que conduce a una iniquidad o también cuando buscan por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido.

Se configura la causal en el primer caso porque si se sanciona con anulación el laudo en equidad cuando ha debido ser en derecho, lo que significa que en ciertos casos está permitido, con mayor razón debe ser fulminado con la sanción aquel que está proscrito en todos los casos por apoyarse en la íntima convicción del juzgador, no dar motivación alguna y prescindir de toda consideración jurídica o probatoria.

Se estructura la causal en el segundo caso porque todo juzgador debe someterse al imperio de la ley y sólo podrá acudir a la equidad si la misma ley o las partes lo facultan para ello, de donde se concluye que si no está autorizado y falla buscando por fuera del ámbito legal la solución o inaplicando la ley por considerarla inicua o que conduce a una iniquidad, su decisión es ilegal³⁷.

5.- La anulación del laudo por contener disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de éstas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutive o influyan en ella y hubieran sido alegadas oportunamente ante el Tribunal arbitral. Causal octava de anulación del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

5.1.- Diferente a la redacción prevista en el Estatuto anterior se tiene que el legislador en el nuevo Estatuto arbitral indicó 3 supuestos o hipótesis de configuración, esto es, la existencia de disposiciones contradictorias o la de errores aritméticos, o la de errores por omisión, cambio de palabras o alteración de éstas.

5.2.- Establece otro requisito consistente en que la existencia de esas disposiciones contradictorias o de errores se encuentren en la parte resolutive del laudo o influyan de forma considerable en ella, así como también un requisito de procedibilidad consistente en que dichas circunstancias hayan sido advertidas oportunamente ante el Tribunal de arbitramento.

5.3.- Así las cosas, para que sea procedente el estudio de la causal a la que se alude se requiere que en la parte resolutive del laudo existan disposiciones contradictorias o errores aritméticos o por omisión, cambio de palabras o alteración de éstas; o que éstas influyan en ella y que estas circunstancias se hayan planteado oportunamente ante el tribunal de arbitramento, esto es, que dentro de los cinco días siguientes de haberse proferido la decisión se haya pedido o la corrección del error aritmético, del error por cambio de palabras o alteración de éstas; o la aclaración o complemento de las disposiciones contradictorias o de los errores por omisión.

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 21 de febrero de 2011, Exp. 38.621.



5.4.- Lo anterior a efectos de permitir que el funcionario que profirió la decisión tenga la oportunidad de enmendar los posibles errores en que incurrió o de integrar la unidad lógico jurídica del laudo³⁸ y para verificar el cumplimiento del requisito de procedibilidad previamente a la interposición del recurso de anulación respectivo.

5.5.- Por error aritmético se entiende aquel en el que se incurre al realizar alguna de las cuatro operaciones aritméticas y por consiguiente se trata de un yerro que al corregirlo no conduce a la modificación o revocación de la decisión que se ha tomado.

5.6.- Por su parte, el error por omisión, cambio o alteración de palabras se encuentra referido a inexactitudes o imprecisiones en la transcripción o digitación y cuya corrección tampoco genera o conduce a una modificación o revocación de la decisión finalmente adoptada.

5.7.- Ahora, conforme lo establecía el artículo 309 del Código de Procedimiento Civil y hoy el artículo 285 del Código General del Proceso, la sentencia no podrá ser reformada por el mismo juez que la profirió, razón por la cual es improcedente que por vía de la corrección de un error aritmético o por omisión, cambio o alteración de palabras se pretenda reformar o revocar el fallo o incluso modificar el monto de las condenas impuestas por el juez arbitral por la simple inconformidad que se tiene con la fórmula utilizada.

5.8.- En lo relativo a las disposiciones contradictorias, ésta Corporación ha señalado que:

“Se entiende por disposiciones contradictorias aquellas que contienen decisiones que se contraponen o se excluyen entre sí de tal manera que resulta imposible su cumplimiento o ejecución.

Por consiguiente la contradicción entre esas varias disposiciones debe encontrarse, por regla general, en la parte resolutive o, lo que es lo mismo, que la causal en comento en principio no se configura cuando la contradicción se presenta entre lo expresado en la parte considerativa y lo resuelto en la resolutive.

Y la razón es evidente, lo que en un fallo vincula con autoridad y carácter ejecutivo es lo que se dispone en la parte resolutive toda vez que la parte motiva generalmente sólo contiene los argumentos y las razones que el fallador tuvo para adoptar la decisión.

Excepcionalmente sólo podría configurarse la causal por contradicción entre la parte motiva y la resolutive cuando ésta remite a una decisión que se menciona en aquella y las dos resultan contradictorias entre sí, pero nótese que la pluralidad de disposiciones contradictorias se encontrará finalmente en la parte resolutive porque lo que en verdad ocurre es que ellas quedan incorporadas en un solo punto de la parte resolutive toda vez que allí confluyen, de un lado, la que inicialmente contiene ésta y, de otro, la que luego ella trae por remisión.

Finalmente no sobra reiterar que no resulta procedente que escudándose en esta causal y sin que haya disposiciones contradictorias en la parte resolutive, se pretenda la modificación o alteración de lo ya decidido³⁹.

³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 11 de marzo de 2004, Exp. 25021.

³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 30 de marzo de 2011, Exp. 39496.



5.9.- Es de precisar en éste punto que en sede de anulación de laudo arbitral las alegaciones de error aritmético, o error por la alteración, modificación o cambio de palabras que formule el recurrente deben referirse exclusivamente a un yerro en cualquiera de 4 operaciones matemáticas, o a inexactitudes o imprecisiones en la transcripción o digitación más no a interpretaciones jurídicas ya sea sobre el asunto sometido a su decisión o sobre la forma en que el Tribunal debía realizar los cálculos o la fórmula u operación matemática que debía aplicar, pues ello implicaría estudiar nuevamente el fondo del asunto.⁴⁰

6.- La anulación del laudo por haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento⁴¹. Causal novena de anulación del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

6.1.- Esta causal se encontraba antes prevista en los numerales 8 y 9 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

6.2.- En efecto, el numeral 8º del decreto 1818 de 1998 preveía como causal de anulación *“Haberse (sic) recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido”*.

6.3.- Pues bien, en vigencia de dicho Estatuto se estimaba que por medio de ésta causal se procuraba garantizar el principio de congruencia de las sentencias judiciales, principio éste que conforme al artículo 281 del Código General del Proceso, consiste en la consonancia o coherencia correlativa que debe existir entre la providencia judicial y los hechos y las pretensiones que se aducen en la demanda, así como con las excepciones del demandado⁴².

6.4.- También se estimó en su oportunidad que la causal referida tenía 2 modalidades de configuración conocidas normalmente en la doctrina y la jurisprudencia como fallos *extra petita* que tienen lugar cuando se condena al demandado por un objeto diverso al pretendido o por una causa diferente a la que se invoca en la demanda y los fallos *ultra petita*, que se presentan cuando se condena al demandado por más de lo pedido en la demanda.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 1408 del 25 de abril de 2002.

⁴¹ Se retoma en este punto lo pertinente del fallo de 13 de abril de 2015, Exp. 52556 de esta Subsección.

⁴² *Ibíd.*



6.5.- Así las cosas, se consideraba que bajo ésta causal el laudo arbitral podía anularse por un fallo *extra petita* o *ultra petita* cuando el juez arbitral se pronunciaba sobre asuntos no sometidos a su decisión en el pacto arbitral, sobre asuntos no susceptibles de ser resueltos por ésta vía o cuando concedía más de lo pretendido en la demanda.

6.6.- De ésta forma, a efectos de determinar la configuración de la causal en comento debía realizarse un cotejo o ejercicio comparativo entre lo previsto en el respectivo pacto arbitral por las partes, los hechos y las pretensiones de la demanda o su causa *petendi*, o lo uno y lo otro, con la parte resolutive de la sentencia judicial, descartándose de ésta forma, y también por regla general, que la consonancia como vicio *in procedendo* se configurara ante las discrepancias que se presentaran entre aquellas y las motivaciones de la decisión.

6.7.- Ahora bien, con la entrada en vigencia de la ley 1563 de 2012 y teniendo en cuenta que por medio del numeral 2º del artículo 41 de dicho Estatuto arbitral se incorporó una nueva causal de anulación que de forma especial y específica regula las circunstancias de falta de jurisdicción o de competencia del juez arbitral, forzoso es de concluir que por vía de ésta causal, antes prevista en el numeral 8º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 ya no se pueda alegar la nulidad del laudo cuando el juez arbitral profiere un laudo pronunciándose sobre puntos no sujetos a su decisión o que no eran susceptibles de disposición por mandato legal, pues se repite en vigencia del nuevo estatuto arbitral ya existe una causal que específicamente regula esas hipótesis.

6.8.- Así las cosas, se entiende que bajo la primera parte de ésta causal, esto es, “*Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido*”, antes prevista en el numeral 8º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 ya no podrán alegarse las circunstancias de falta de jurisdicción o competencia por haberse pronunciado el juez arbitral sobre asuntos que no se encontraban sujetos a su decisión por voluntad de las partes o sobre aquellos que por ley no eran susceptibles de ser resueltos por ésta vía, pues con la entrada en vigencia de la ley 1563 de 2012 ya es claro que dichas hipótesis deben ser alegadas con fundamento en la causal del numeral 2º previsto en su artículo 41 que las regula de forma específica.

6.9.- En conclusión ésta primera parte de la causal que ahora se revisa en vigencia del nuevo Estatuto arbitral sólo podrá configurarse por un fallo *extra petita* cuando el juez arbitral se pronuncie sobre aspectos o puntos que no han sido solicitados en la demanda y por un fallo *ultra petita*, cuando el juez arbitral condena por más de lo pedido en la



demanda, pues las demás hipótesis se entenderán incorporadas y deberán alegarse bajo el imperio de la causal del numeral 2º de la ley 1563 de 2012.

6.10.- Luego, si lo que ocurre en un determinado caso es que una entidad estatal no alega la falta de competencia del Tribunal arbitral por estimar que éste se pronunció sobre aspectos que no se encontraban sujetos a su decisión y no interpuso el recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia poniendo de presente dicha circunstancia, no puede ahora venir a alegar la anulación del laudo arbitral con fundamento en la causal a la que se alude, pues es claro que debió hacerlo con base en la causal del numeral 2º del artículo 41 de la ley 1563 de 2012 y agotar el requisito de impugnación aludido.

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

6.12.- Sobre éste aparte de la causal que ahora se examina se había señalado que ésta se configura cuando el juez incurre en un fallo denominado por la jurisprudencia y la doctrina como fallo *citra petita*⁴³ consistente en que el juez arbitral no resuelve todas las pretensiones que se le presentan en la demanda o no se pronuncia sobre las excepciones propuestas por el demandado o sobre aquellas que se encuentren debidamente probadas y no deban ser alegadas.

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

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

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

⁴³ La Corte Suprema de justicia en algunas oportunidades la ha denominado *minima petita* pero esta expresión debe quedar reservada para cuando se concede menos de lo pedido, decisión ésta que no configura una causal de incongruencia.



6.16.- Con todo lo expuesto, se tiene que la causal del numeral 9º de la ley 1563 de 2012 se configura cuando el juez arbitral profiere un fallo *extra petita*, es decir, se pronuncia sobre aspectos o puntos que no han sido solicitados en la demanda, un fallo *ultra petita*, es decir, cuando condena por más de lo pedido en la demanda o un fallo *citra petita*, es decir, cuando no resuelve todas las pretensiones que se le presentan en la demanda o no se pronuncia sobre las excepciones propuestas por el demandado o que encuentra debidamente probadas; pues se entiende que las demás hipótesis se encuentran incorporadas y deberán ser alegadas con fundamento en la causal prevista en el numeral 2º de la ley 1563 de 2012.

7.- Caso concreto.

En el asunto que se revisa por vía del recurso de anulación pretenden la parte convocada, Instituto Nacional de Vías, y el Ministerio Público se fulmine con la sanción anulatoria la providencia dictada el 23 de mayo de 2017 por el Tribunal de Arbitramento integrado para resolver las controversias surgidas entre la Unión Temporal Segundo Centenario, como convocante, y el Invías, como convocada, con ocasión del contrato de obra No. 3460 de 2008. Persiguen esa declaratoria apoyados en las causales previstas en los numerales 7º, 8º y 9º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

7.1.- La causal séptima de anulación del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. Seis cargos de anulación.

7.1.1.- Pues bien, como se tuvo oportunidad de expresar páginas atrás los recurrentes enrostraron con apoyo en la causal séptima de anulación seis cargos contra la decisión arbitral, que pueden ser compendiados en las siguientes alegaciones: ataques relativos a *i)* la inclusión de la longitud del pavimento dentro del revestimiento en concreto, *ii)* no hacer una debida valoración probatoria a los fines de determinar la diferencia de valores entre los métodos constructivos de concreto lanzado e hidráulico o convencional, *iii)* acoger el dictamen pericial de Ernesto Escobar para determinar el precio del concreto, *iv)* apartarse del precio pactado y pagado por Invías para la actividad de revestimiento en concreto, *v)* aceptar incluir dentro del precio del concreto el valor del pavimento rígido y *vi)* realizar el ajuste de la condena conforme al Índice de Precios al Consumidor y no según el Índice de Costos de la Construcción Pesada.

7.1.2.- Así enderezada la impugnación fácil es advertir que las alegaciones planteadas por los censores tienen por finalidad revelar presuntos errores *in judicando* del panel arbitral o, dicho de otro modo, se trata de múltiples quejas sobre la manera en que el Tribunal se



aproximó y valoró el acervo probatorio que alimentó la causa [*pero no que prescindió de éste*], lo que inmediatamente los ubica fuera del radio de acción del recurso de anulación que, como es sabido de vieja data, ha sido edificado por el legislador para abordar yerros *in procedendo* ocurridos en el marco de las causas arbitrales.

7.1.3.- Y es que, como se sabe, la *ratio* de la causal revisada es la de fulminar con la consecuencia anulatoria aquellas decisiones que de modo manifiesto se ubiquen allende al derecho, donde la construcción de las premisas del razonamiento no puedan identificarse como concreción de las fuentes del sistema jurídico vigente y, en consecuencia, sólo *encuentran explicación en modos* de razonamiento guiados bajo otro sistema de pensamiento diferente al jurídico, propiamente dicho. Y semejante *descalificación* de una decisión judicial no puede ocurrir por el sólo hecho de presentar alguno de los intervinientes de la causal arbitral divergencias razonables con el modo de proceder del Tribunal y la manera como construyó, en sus vertientes de valoración probatoria y jurídica, la decisión arbitral, pues lo único que se advertirá allí son reparos *in iudicando* para los que, en línea de principio, no está instituido el recurso anulatorio.

7.1.4.- Así, dígase que la inclusión por cuenta de los árbitros de la longitud del pavimento (12,5 metros) como factor multiplicador para determinar la cantidad de revestimiento en concreto (34,7 metros) a ser aplicada al túnel encontró sustento probatorio en el dictamen pericial rendido por Ernesto Escobar en el proceso, entonces, no emergió de la íntima convicción de los árbitros de la causa, como se evidencia en el siguiente pasaje del laudo impugnado:

“Con todo lo anterior, el perito técnico concluye que el valor del revestimiento en concreto hidráulico es la suma de \$406.224 /m2 de Costo Directo a agosto de 2008 teniendo en cuenta el Anexo No. 1 de dicho dictamen pericial. Según el perito dicho precio ***“aplica para un perímetro de bóveda de 22.2 metros más 12.5 metros de solera plana, un total de 34,7 metros que multiplicado por 0.35 metros de espesor de concreto, significa que por cada metro lineal de túnel se utilizan 34,70 m2 de concreto hidráulico”***”⁴⁴ (Cursivas del original, resaltado propio).

7.1.5.- Esa misma consideración resulta suficiente para desestimar la censura del Ministerio Público donde cuestionó que el Tribunal no se ajustara a los principios de la sana crítica para apreciar un dictamen pericial y diera plena credibilidad a la pericia de Escobar en lo que concierne a la diferencia de precios entre el método constructivo de revestimiento de concreto lanzado y de concreto hidráulico en detrimento de la experticia practicada por ACTOS que arrojó una diferencia de precios menor. Resulta incontestable que la Vista Fiscal extiende, al amparo de este alegato, una invitación a esta Sala para

⁴⁴ FI 103, c1.



que asuma las competencias propias de un juez ordinario, revise el acervo probatorio y desestime las conclusiones probatorias a las que llegó el Tribunal, en razón a existir un medio probatorio que riñe con la apreciación acogida por los sentenciadores.

7.1.6.- Entonces, como el Ministerio Público acepta en su construcción argumentativa que, en este específico punto, el laudo se apoyó en uno de los elementos que nutrió **la masa probatoria** para determinar la diferencia de valores entre los ya citados métodos constructivos, él mismo ha proveído la razón para desestimar el cargo revisado.

7.1.7.- Mismo corolario predica esta judicatura en cuanto hace al cuestionamiento urdido por la Vista Fiscal respecto a la inclusión dentro del precio del revestimiento en concreto del pavimento, punto en el cual se advierte que el Tribunal se apoyó en uno de los dictámenes que alimentaron la masa probatoria; recoge la Sala un pasaje del laudo arbitral sobre este tópico:

“Teniendo en cuenta todo lo anterior, el perito concluye que la diferencia de costos por metro lineal de Túnel entre revestimiento en concreto hidráulico y revestimiento en concreto lanzado, tanto en Costo Directo como con la adición del AIU del contrato que es del 28%, es la siguiente:

Elemento de costo	Unidad	Valor Unitario	Cantidad por metro de túnel	Valor total
Concreto Hidráulico	M2	406,224	34,7	14,095,973
Concreto Lanzado	M2	92,736	22	2,058,739
Lámina recubrimiento	M2	111,661	8	893,288
Pavimento Rígido	M3	529,226	3,68	1,947,552
Revestimiento inicial				4,899,579
Diferencia Costo Directo				9,196,394
AIU 28%				2,574,990
Diferencia por metro de túnel				11,771,384

” (Nota: Casillas en blanco, texto resaltado y comas (,) en las cifras corresponden al original; cursivas propias)⁴⁵

7.1.8.- En esa misma vía se orienta el alegato dirigido a cuestionar la razón por la cual el Tribunal se apartó del precio presupuestado, pactado y pagado por el Invías para el revestimiento definitivo del Túnel. Vuelve la Sala a poner de presente que con esa alegación el recurrente pretende que lleve a cabo una valoración jurídica y probatoria en orden a determinar si se encuentra ajustado a derecho el que el Tribunal acogiera la cifra que le ofreció uno de los dictámenes periciales por concepto de revestimiento en concreto lanzado (\$4.899.579) en detrimento del monto que aparece reflejado en los estudios

⁴⁵ FI 104, c1.



previos del contrato y otros elementos probatorios. Atiéndase que la parte recurrente no se duele que la decisión carezca de apoyo probatorio sino que la misma no consideró otros elementos de juicio obrantes en el proceso arbitral.

7.1.9.- Finalmente, se enrostra como fallo en conciencia el que el Tribunal arbitral decidiera aplicar un índice de actualización a la condena diferente al pedido en la demanda y el pactado como fórmula de ajuste en el contrato de obra No. 3460 de 2008. Sin embargo, la Sala tampoco encuentra próspera esta alegación toda vez que los árbitros motivaron jurídicamente esa decisión, al considerar que el hecho de tratarse de un restablecimiento del equilibrio económico del contrato imponía la acogida de un criterio de actualización diferente al ICCP, como se expone:

“La decisión que antecede obedece al hecho de que la cláusula 12 del contrato que permite la actualización con el ICCP del año anterior a la presentación del acta, era aplicable, según lo dispusieron las partes, para los ajustes de las actas durante la etapa de construcción, ajustes a los que solo habría lugar si la variación del ICCP era superior al 6% y en tanto lo excediera (...) **El tema que ahora se decide hace relación al restablecimiento de la ecuación financiera del contrato alterada con ocasión de haberse impuesto por la administración al contratista la realización del revestimiento del túnel íntegramente en concreto hidráulico, cuando lo previsto por el contratista era la combinación de métodos de aplicación de concreto. Es decir, no se trata del ajuste de actas parciales presentadas durante la ejecución del contrato y por tanto no es aplicable esa cláusula**”⁴⁶ (Resaltado propio).

7.1.10.- Resultado de lo expuesto es que no prospera la anulación del laudo arbitral con apoyo en la causal 7° del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

8.2.- La causal octava de anulación del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

8.2.1.- Alegó el Ministerio Público que el laudo de 23 de mayo de 2017 contenía disposiciones contradictorias. Explicó, de una parte, que esa contradicción se hace patente cuando se advierte que en unos pasajes del Laudo arbitral se reconoce la suma de \$5.084.881 como precio presupuestado por Invías para la actividad de revestimiento en concreto, sin embargo, en otros puntos considerativos el Tribunal tomó como monto el vertido por uno de los dictámenes periciales, esto es, \$4.899.579.

8.2.2.- También alegó que existía una contradicción en la parte resolutive por cuanto, de una parte, se declaró la prosperidad parcial de la excepción *“el riesgo del diseño asumido por el contratista y la obligación de revestimiento del túnel en concreto convencional”*, sin embargo, también se declaró la prosperidad total de la pretensión de rompimiento del equilibrio económico del contrato; en sentir del recurrente, ambos pedimentos (pretensión

⁴⁶ FI 108, c1.



y excepción) son mutuamente excluyentes por lo que, a lo sumo, la pretensión de la UTSC debió prosperar parcialmente, lo que no ocurrió. Añadió a esa alegación que en la parte resolutive condenatoria no se vio reflejado el efecto de la prosperidad parcial de la excepción formulada por Invías.

8.2.3.- Sea lo primero advertir que la Ley impone, en aras de la lealtad procesal, haber invocado previamente ante el Tribunal de arbitramento las circunstancias que a la postre se vienen a plantear como constitutivas de anulación al amparo de la causal 8° del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, esto es, contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas.

8.2.4.- En el *sub lite* se tiene que en escrito del 31 de mayo de 2017 Invías elevó solicitud de aclaración y complementación del laudo dictado el 23 de mayo de 2017 expresando, entre otras, petición de aclaración en relación a la declaratoria parcial de la excepción denominada *“el riesgo del diseño asumido por el contratista y la obligación de revestimiento en concreto convencional”* y respecto del presupuesto establecido por el Invías para el revestimiento del Túnel del Segundo Centenario, pedimentos éstos que fueron desestimados en el Auto No. 60 dictado en el curso de la audiencia de 2 de junio de 2017.

8.2.5.- Así planteado el asunto, en criterio de esta judicatura se ha cumplido en debida forma el requisito legal antedicho, toda vez que el Panel Arbitral tuvo oportunidad de pronunciarse sobre las alegadas contradicciones y/o errores del laudo a instancias del Invías y como la Ley no impone una identidad entre quien propone en sede arbitral la petición aclaratoria y quien enrostra los cargos de anulación con apoyo en la causal 8°, es conclusión obligada que el recurso formulado por el Ministerio Público tiene vocación para ser estudiado de fondo, en los términos que siguen.

8.2.6.- Así, es de rigor señalar que la contradicción que prescribe la Ley como supuesto de procedencia de la causal de anulación de que trata el numeral 8° del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, debe tener lugar entre preceptos o enunciados que se encuentren en la parte resolutive del laudo, de modo que se trate de órdenes enfrentadas e incompatibles entre sí que dificulten o impiden la comprensión intersubjetiva de lo sentenciado por el Tribunal arbitral. Ese entendimiento, como se ha dejado sentado anteriormente, excluye de suyo la posibilidad de alegar una *contradicción* entre partes considerativa y resolutive del laudo, salvo cuando expresamente la resolutive reenvía a una decisión que se adoptó en las consideraciones y surja de ello una incompatibilidad de entendimientos.



8.2.7.- Esta razón, por sí sola ya es suficiente para desestimar el primer cargo formulado por el Ministerio Público, toda vez que la pretendida “*contradicción*” de valores por la actividad de revestimiento en concreto (que en algunos pasajes del laudo se reconoce en \$5.084.881 y en otros en \$4.899.579) se ubica en la parte considerativa de la decisión arbitral, que no en la parte resolutive de la misma. Dicho de otro modo, lo que resulta bien averiguado es que la oposición de significados, propios de una contradicción, debe revelarse en el dispositivo resolutive de la providencia adoptada o, a lo sumo, a un pasaje de las consideraciones a las que expresamente la resolutive remite para la intelección y comprensión de lo condenado. Como ello no ocurre en el *sub lite*, es impróspera la alegación estudiada.

8.2.8.- Dijo también el Ministerio Público que el laudo contenía disposiciones contradictorias en tanto que, de una parte, declaró en el primer punto resolutive parcialmente próspera la excepción denominada “*el riesgo del diseño asumido por el contratista y la obligación de revestimiento del túnel en concreto convencional*” pero, al tiempo, en el punto resolutive undécimo acogió totalmente la pretensión de ruptura del equilibrio económico del contrato No. 3460 de 2008 por cuenta del Invías. Explica el recurrente que, en su sentir, las así aludidas pretensión y excepción son mutuamente opuestas, de surte que las mismas no podían prosperar a la vez, salvo que ambas lo fueran parcialmente, cuestión que no ocurrió, pues el panel acogió a plenitud la pretensión y en términos parciales la excepción tramitada por Invías.

8.2.9.- En criterio de este juzgador la contradicción enrostrada por el Ministerio Público es aparente, pues la misma se desvanece cuando se hace una lectura integral del laudo, de donde se concluye que el alcance dado a la prosperidad parcial del medio exceptivo no se oponía, si siquiera en parte, a la prosperidad de la pretensión de ruptura del equilibrio económico del contrato, pues el sentenciador *ad-hoc* acogió condicionadamente la excepción advirtiendo que “[*la UTSC*] no se obligó a revestir en concreto hidráulico y concreto lanzado en los términos que lo expone la convocada”, ni que “*el diseño definitivo del túnel sólo podría efectuarse después de la excavación*”⁴⁷, lo que resulta armónico con

⁴⁷ “8.2 El riesgo del diseño asumido por el contratista y la obligación de revestimiento del túnel en concreto convencional.

Mediante esta excepción, la entidad demandada recuerda los riesgos que asumió el contratista en el contrato bajo examen, destacando que la parte del pliego que aludía a la autonomía e independencia del contratista, fue eliminada mediante la Adenda número 4. Ello implica que, según su dicho, si bien la obligación del diseño estaba a cargo del contratista, esta no podía ejercerse de manera autónoma sino respetando las especificaciones previstas en el pliego de condiciones.

También destaca que la Unión Temporal ofreció de manera combinada los dos tipos de revestimiento en cuestión, esto es, en concreto hidráulico y en concreto lanzado, pero destacando que los diseños definitivos solo podrían elaborarse después de la excavación del túnel.

El Tribunal considera que lo indicado en esta excepción es parcialmente cierto si se considera:



las consideraciones del Tribunal arbitral donde reconoció que el cambio del tipo de revestimiento en concreto impuesto a instancias de la interventoría constituyó una ruptura del equilibrio económico del contrato⁴⁸. Así planteado, se desestima el cargo de anulación propuesto.

8.3.- La causal novena de anulación del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

8.3.1.- Señalaron los recurrentes que el laudo concedió más de lo pedido, lo que se apoyó en dos razones: i) en cuanto hace a los metros lineales de revestimiento de concreto empleado como factor multiplicador, al incluirse dentro de ese cálculo 12,50 metros correspondientes al pavimento los que sumados al área de bóveda del túnel (22,2 metros) arrojan un área total de 34,7 metros y ii) en cuanto al índice de actualización empleado,

- A pesar que el contratista estaba a cargo de la elaboración de los diseños, esta obligación no era absolutamente autónoma, sino que debía ejercerse cumpliendo los requisitos y exigencias previstas en el pliego de condiciones y que con anterioridad el Tribunal resaltó en este laudo;

- Si bien es cierto que la Unión Temporal escogió en ejercicio de la atribución legal y contractual por tratarse de obligaciones alternativas y en el marco del pliego de condiciones, las 4 alternativas que de manera reiterada se han indicado en este Laudo, también lo es que no se obligó a revestir en concreto hidráulico y concreto lanzado en los términos que lo expone la convocada.

- No le asiste razón al Invías, tal como se dejó sentado en acápite anterior de este fallo a donde, entonces, se remite, cuando asevera que el diseño definitivo solo podría efectuarse después de la excavación” Fls 456-457, c1.

⁴⁸ “Teniendo en cuenta el análisis que antecede y con la finalidad de resolver sobre las pretensiones décima octava principal y subsidiaria, el Tribunal procede a analizar si es jurídicamente procedente un reconocimiento económico por la sustitución de revestimiento en concreto lanzado por uno en concreto hidráulico, dado que el contrato 3460 de 2008 es un contrato llave en mano para la ejecución de una obra pública a precio global.

Precisó el Tribunal anteriormente el alcance del pacto de precio global fijo, en tanto circunscrito a que las hipótesis del contrato no cambien, salvo que la alteración obedezca a un hecho imputable al contratista. Por tanto si las prestaciones cuya remuneración se estableció a precio global sufren cambios provenientes de diferentes causas, excepto aquellas atribuibles al contratista, el precio fijo admite modificación conforme al examen en cada caso concreto sobre la procedencia del pretendido reconocimiento económico.

Aplicadas estas reflexiones al sub examine encuentra el Tribunal demostrado que le precio global fijo pactado no incluía la prestación de revestir íntegramente el túnel en concreto hidráulico. Ese precio, por virtud de la selección de la alternativa que hizo el contratista en la etapa de iniciación, comprendía el revestimiento en concreto construido combinando cuatro alternativas por sectores, todas ellas con base bien en concreto lanzado (alternativas 3 y 4) ora en concreto hidráulico (alternativa 1) o mezclando los dos métodos de aplicación del concreto (alternativa 2).

Conclusión que adicionalmente se refuerza con el hecho demostrado en el proceso de que el precio del revestimiento que tomó el Invías para calcular el precio del revestimiento que tomó el Invías para calcular el precio total del metro de construcción de túnel fue la suma de \$5.084.881, que aunque superior al del concreto lanzado, está muy por debajo del precio del revestimiento en concreto hidráulico. Según cálculo del perito el precio para el primero corresponde a \$4.899.579 y para el revestimiento en concreto hidráulico corresponde a \$14.095.973, ambos aprecio (sic) de 2008.

No desconoce el Tribunal que el proyecto objeto del contrato estaba integrado además por las dobles calzadas Ibagué Cajamarca y Cajamarca – Calarcá y que el precio global fijo comprendía los tres módulos. No obstante, la misma administración para calcular el precio del proyecto decidió dividirlo por módulos atribuyendo al módulo 1, Túnel del II Centenario el valor de \$302.043.801.220, en el que evidentemente no incluyó el precio del revestimiento en concreto hidráulico, según análisis ya realizado en este Laudo.

La posibilidad de pactar el precio como global fijo no comporta el derecho del contratante a requerir el cumplimiento de la prestación en calidad diferente a la convenida; el cambio que de la misma pretenda el contratante solo puede ser a su costa, a riesgo de causar alteración a la ecuación financiera del contrato, como sucedió en el sub examine al cambiar por revestimiento íntegramente en concreto hidráulico, la opción escogida oportunamente por la UTSC de combinar 4 alternativas de revestimiento del túnel.

Es oportuno mencionar que no está llamada a prosperar la pretensión décima octava en tanto parte del supuesto desviado en el proceso de que la UTSC al escoger la alternativa de revestimiento optó por aplicarlo íntegramente en concreto lanzado. En cambio, prospera la pretensión subsidiaria a la décima octava, como habrá de declararse.

Determinado que el precio global pactado no comprendía la construcción del revestimiento íntegramente en concreto hidráulico y que la decisión de usar sólo tal método de construcción fue de la administración a instancias de la interventoría, decisión aceptada por el contratista con la correspondiente y permanente reclamación para que se le pagara el mayor costo que comportaba aplicar el revestimiento a través de esta técnica, el Tribunal encuentra que debe reconocerse un mayor valor por tal concepto, con el propósito de restablecer la ecuación entre derechos y obligaciones establecida por la UTSC al momento de proponer y evidentemente alterada con el cambio en la técnica del revestimiento sin que se le hubiera reconocido un valor adicional por tal concepto.” Fl 437-438, c1.



toda vez que en el contrato se pactó y en la demanda se pidió la actualización de la condena conforme al Índice de Costos de la Construcción Pesada – ICCP, empero el Tribunal lo hizo apoyado en el Índice de Precios al Consumidor – IPC.

8.3.2.- Esta Sala recuerda que la causal objeto de consideración protege el principio de congruencia que gobierna las decisiones jurisdiccionales e impone el deber de observar una consonancia lógica y jurídica entre lo pretendido y lo excepcionado con lo decidido en el fallo, *“quiere ello decir que son las partes (en su demanda y contestación) e intervinientes las encargadas de determinar, dentro de su autonomía, el marco de acción del Juez (...) respecto de la causa que aquellos llevan a su conocimiento, sin perjuicio de la naturaleza propia de cada instancia procesal y los pronunciamientos oficiosos que imperativamente la Ley impone a la judicatura”*⁴⁹.

8.3.3.- *Test de incongruencia de laudos arbitrales.* En criterio de esta judicatura, la averiguación de cuándo un laudo se encuentra inmerso en vicio de incongruencia por haber concedido cosa diferente a la pedida (fallo *extra petita*) demanda la construcción de parámetros objetivos a partir de los cuales el Juez de anulación se aproxime a la valoración de la causal respetando la prohibición legal expresa de abordar el fondo de la controversia arbitral.

8.3.3.1.- *Estructura del examen formal a que llama el test.* Así, la primera de las averiguaciones que se hace cuando se fustiga un fallo de ser *extra petita* entraña un examen formal del asunto a los fines de determinar una situación de incongruencia, punto este donde los parámetros de valoración están objetivamente determinados por tres ejes estructurales de la causal arbitral: a) lo pedido en la demanda, b) lo excepcionado por la convocada y c) lo resuelto por el panel en el laudo.

8.3.3.2.- Si de la apreciación integral de esos elementos se colige que la relación trabada entre el objeto del litigio arbitral (compuesto por lo pretendido por el actor y lo alegado como defensa por el convocado) y el fallo no se encuentra sustancialmente alterado en sus extremos jurídicos relevantes, forzoso será predicar la congruencia del laudo.

8.3.3.3.- En sentido opuesto, habrá incongruencia si el sentenciador trastocó de manera relevante el debate contradictorio objeto de arbitraje, sorprendiendo al colegiado con un dictamen que se pronunció o concedió derecho o cosa diferente a la pedida por la parte interesada, caso en el cual el fallo será *extra petita* ubicándose por fuera de las cuestiones

⁴⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 16 de mayo de 2016, Exp. 32407.



que componen la controversia litigiosa (pues nadie pidió lo que se concedió); al tiempo que se revelará como *ultra petita* cuando lo reconocido o condenado por el sentenciador, pese a estar comprendido dentro del marco litigioso, excede en cantidad o cuantía lo demandado; en este último caso el vicio se contraerá a la concedido en exceso.

8.3.3.4.- *Estructura del examen sustancial a que llama el test.* Empero, no le basta al Juez de anulación ver esa oposición formal de sentidos para dictaminar la prosperidad de la novena causal de anulación pregonada por la Ley. El otro examen, de naturaleza sustantiva, impone apreciar que la estructura argumentativa del cargo no revele una inconformidad, implícita o explícita, del recurrente con las razones fácticas y jurídicas elaboradas por el panel arbitral para dirimir la controversia o, dicho de otro modo, la formulación del cargo anulatorio debe hacerse sobre razones de estricto índole procedimental y no en quejas dirigidas a la motivación que se le imprimió al laudo, pues la averiguación de la nulidad del proveído no puede tener como punto de partida la revisión sustantiva del fallo.

8.3.3.5.- Recuérdesse que por expresa previsión legal el arbitraje en derecho colombiano presenta una mínima intervención jurisdiccional en lo sustancial, como deferencia del legislador a la voluntad de las partes, lo que se concreta en la procedencia de un único medio de impugnación contra la decisión como en el limitado espectro de competencia conferido a la judicatura, la que tiene proscrito indagar sobre la sustantividad de la controversia planteada y la manera como los árbitros se aproximaron a ésta y la desataron.

8.3.3.6.- El inciso final del artículo 42 de la Ley 1563 de 2012 da cuenta de ello al prohibir a la autoridad judicial *i)* pronunciarse sobre el fondo de la controversia, esto es, emitir opinión sobre el derecho controvertido según la materia objeto de arbitraje y *ii)* calificar o modificar los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el Tribunal; lo que supone una proscripción de emitir juicio de valor, cualquiera sea su sentido, no ya sobre el pleito directamente sino sobre aquello que consideró el Tribunal sobre éste.

8.3.3.7.- Así, la anulación de un laudo arbitral en nada se asimila a lo que es propio de las instancias ordinarias, donde la averiguación de la construcción jurídica y probatoria de la decisión jurisdiccional es lugar común, como lo ha visto la jurisprudencia constitucional al decir que *“los errores in iudicando o sustanciales son en sí mismos impropios del recurso*



de anulación”⁵⁰, que “el recurso de anulación no puede considerarse, en modo alguno, segunda instancia con implicaciones similares a las que se le otorga a un recurso como el de apelación”⁵¹ o que “el elemento voluntario del arbitramento implica que –en principio- la valoración sustantiva realizada por los árbitros goce de un carácter definitivo e intangible”⁵², expresiones todas estas denotativas de una idea fuerza suficientemente clara: la corrección material del laudo arbitral no es asunto que compete al Juez de la anulación.

8.3.3.8.- Por consiguiente, el segundo examen sustancial, llama al Juez a valorar la cadena argumentativa del cargo de anulación. Si de esa apreciación se sigue que la resolución del cargo no se hace posible sin revisar la controversia o las consideraciones acogidas en el laudo, se impone como regla de decisión despachar en sentido desfavorable el cargo formulado, ya que por esa vía se persigue la intromisión de la Jurisdicción en las cuestiones *in iudicando* del panel arbitral, lo que, como se sabe, no es de recibo en la legislación vigente.

Test de incongruencia de los laudos arbitrales		
	Examen formal	Examen sustancial
Aspecto	Incongruencia por <i>extra petita</i> (haber concedido cosa diferente a la pedida) y <i>ultra petita</i> (haber concedido más de lo pedido).	La incongruencia debe fundamentarse en razones de estricto índole procedimental.
Metodología	Cotejo o ejercicio comparativo entre el pacto arbitral, el objeto del litigio y lo resuelto.	Revisar si la resolución del cargo no es posible sin revisar el fondo de la controversia o las consideraciones acogidas en el laudo.

8.3.4.- Con ese doble examen del asunto, que pretende revalidar la naturaleza del recurso de anulación de laudo arbitral como instancia extraordinaria, formal y dedicada al control jurisdiccional *in procedendo* de las causas sometidas a arbitraje, la Sala abordará los cargos propuestos por los recurrentes al amparo de la causal novena de anulación.

8.3.5.- *El primer cargo de incongruencia.* Conforme a ese marco conceptual, resulta que la primera de las alegaciones enrostradas al laudo, esto es, haber concedido más de lo pedido por incluir en el cálculo de los metros lineales de revestimiento de concreto la longitud correspondiente al pavimento, no tiene vocación de prosperar, si se considera que en la demanda arbitral la parte convocante i) solicitó se condenara al Invías “con fundamento en lo que se pruebe en el proceso, determine o fije el precio, calculado a precios del mes de septiembre de 2008” al pago de “la diferencia existente entre el precio por metro lineal de la ejecución del revestimiento definitivo en concreto hidráulico o

⁵⁰ SU-556 de 2016.
⁵¹ SU-173 de 2015
⁵² T-466 de 2011.



convencional y el precio por metro lineal de la ejecución del revestimiento definitivo en concreto lanzado⁵³, ii) en los acápites 7° *“hechos relacionados con la controversia existente entre las partes respecto del revestimiento del túnel”*⁵⁴ y 9° *“juramento estimatorio”*⁵⁵ de la demanda la UTSC, con apoyo de un dictamen pericial, señaló la cifra de 34,7 metros cuadrados como la cantidad de revestimiento en concreto hidráulico por metro lineal de túnel, indicó que el valor unitario por metro cuadrado era de \$406.224 y fijó como valor total del metro lineal [resultante de multiplicar los 34,7 metros por \$406.224] la suma de \$14.095.973 y iii) en el laudo de 23 de mayo de 2017 el panel arbitral reconoció la cifra de 34,7 metros cuadrados como área de aplicación del revestimiento en concreto hidráulico por cada metro lineal⁵⁶, fijó el costo del revestimiento en concreto hidráulico por metro lineal en \$14.095.973⁵⁷, encontró que la longitud sobre la cual el contratista tenía derecho era de 2630 metros lineales⁵⁸, determinó que la diferencia de precios entre una y otra modalidad de revestimiento era de \$11.771.384 por metro lineal⁵⁹ y, con esos elementos, condenó al Invías al pago de \$30.946.969.377⁶⁰, suma que posteriormente fue actualizada por el Tribunal⁶¹ para un total definitivo de \$42.976.688.826.

8.3.6.- Entonces, como el laudo en este punto se pronunció sobre una materia expresamente solicitada por la convocante y la condena decretada no excedió el monto de lo pedido (en cuanto ésta se defirió a lo que resultara probado), es conclusión obligada que la decisión de 23 de mayo de 2017 no concedió más de lo pedido a la Unión Temporal Segundo Centenario. Con otras palabras, el cargo revisado no supera el examen formal de congruencia, dada la coherencia entre lo pedido en la demanda y lo sentenciado por el Tribunal.

8.3.7.- *El segundo cargo de incongruencia.* Ahora bien, el segundo cargo elevado concierne a la actualización de la condena con un índice de precios diferente al pedido en la demanda, por cuanto el Tribunal llevó a cabo esa operación conforme a los guarismos del Índice de Precios del Consumidor, pese a que la Unión Temporal pidió que ello se hiciera a la luz de los registros del Índice de Costos de la Construcción Pesada.

8.3.8.- En el asunto se tiene probado que i) en el Contrato No. 3460 de 24 de diciembre de 2008 celebrado entre la Unión Temporal e Invías se pactó como factor de ajuste la

⁵³ Texto pretensión décima novena de la demanda. Fl 337, c1.

⁵⁴ Fls 387-389, c2 ppal.

⁵⁵ Fls 392-394, c2 ppal.

⁵⁶ Cfr. Folios 448-449, cdno Consejo de Estado.

⁵⁷ Fl 449, cdno Consejo de Estado.

⁵⁸ Fl 445, cdno Consejo de Estado.

⁵⁹ Fl 449, cdno Consejo de Estado.

⁶⁰ Fl 452, cdno del Consejo de Estado.

⁶¹ Fls 452-453, cdno Consejo de Estado.



variación año corrido del ICCP – canasta general - el cual se aplicaría sólo si a diciembre de cada año se advierte una variación mayor al 6%, caso en el cual Invías reconocería y pagaría la diferencia existente entre la variación y el 6%; pero si esa variación era inferior a tal porcentaje el contratista la asumiría⁶²; ii) la convocante pidió expresamente se actualizara la condena decretada conforme al ICCP como se lee en la pretensión decima novena de la demanda, así: “(...) *precio que deberá ser actualizado mes a mes con el índice de costos de la construcción pesada –ICCP- a la fecha calculada y ordenada por el laudo arbitral*”⁶³, lo que se reitera en la pretensión vigésima y iii) el laudo de 23 de mayo de 2017 resolvió actualizar la condena conforme al índice de precios al consumidor – IPC, en los siguientes términos:

“7.5. El índice a aplicar para la actualización del valor de la diferencia.

Se ha concluido con base en el dictamen del perito Ernesto Escobar que la diferencia en valor de los dos revestimientos a precios de agosto de 2008 es de \$11.771.384 incluido el 28% de A.I.U. en este punto y para efectos de actualización, sea lo primero señalar que esta se hará con base en IPC y no en el ICCP como se solicita en la pretensión vigésima.

La decisión que antecede obedece al hecho de que la cláusula 12 del contrato que permite la actualización con el ICCP del año anterior a la presentación del acta, era aplicable, según lo dispusieron las partes, para los ajustes de las actas durante la etapa de construcción, ajustes a los que solo habría lugar si la variación del ICCP era superior al 6% y en tanto lo excediera. Prevé en lo pertinente la citada cláusula: (...)

El tema que ahora se decide hace relación al restablecimiento de la ecuación financiera del contrato alterada con ocasión de haberse impuesto por la administración al contratista la realización del revestimiento del túnel íntegramente en concreto hidráulico, cuando lo previsto por el contratista era la combinación de métodos de aplicación del concreto. Es decir, no se trata del ajuste de actas parciales presentadas durante la ejecución del contrato y por tanto no es aplicable esa cláusula.

El restablecimiento de la ecuación contractual que exige mantener al contratista en el punto de no pérdida, comporta que el reconocimiento que se haga no pueda ser calculado a precios de 2008, sino a precios actualizados a la fecha de esta sentencia, en aplicación de la siguiente fórmula:

$$V_p = V_h \frac{I_f}{I_i}$$

Donde:

- Vp: \$30.946.969.377
- Índice inicial: septiembre de 2008, conforme con la pretensión vigésima.
- Índice Final: abril de 2017.

$$V_p = \$30.946.969.377 \times \frac{137,40}{98,94} = 42.976.688.826$$

⁶² Contrato No. 3460 de 24 de diciembre de 2008 celebrado entre Invías y la Unión Temporal Segundo Centenario. Cláusula 12.3 Ajustes. Únicamente para las actividades de la Etapa de Construcción, el valor de las actas de recibo parcial de metas será ajustado, así:

12.3.1.- Cada acta de recibo parcial se ajustará utilizando como factor de ajuste la variación año corrido del Índice ICCP canasta general del DANE del año inmediatamente anterior a la presentación del acta respectiva, utilizando el siguiente procedimiento:

12.3.1.1.- Durante los primeros diez días del mes de diciembre de cada año durante la etapa de construcción, la interventoría verificará la variación año corrido del índice ICCP canasta general del DANE del año inmediatamente anterior e informará al Instituto sobre el mismo. Si y solo si, la variación del índice es mayor al 6%, el Instituto Nacional de Vías reconocerá y pagará la diferencia existente entre el índice y el 6,0% como ajustes para cada una de las actas de cumplimiento presentadas durante la anualidad respectiva. La variación en los precios comprendida entre el rango del 0,1% al 6,0% será asumida por el contratista. (...). Fl 8, cdno 1 pruebas.

⁶³ Fl 337, c2 principal.



Así la suma a reconocer a título de restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, actualizada hasta la fecha de este laudo, asciende a \$42.894.316.478⁶⁴

8.3.9.- Así planteado el asunto, se hace patente que en términos formales existe una situación de incongruencia entre lo pedido en la demanda arbitral y lo resuelto en el laudo, dado que la Unión Temporal Segundo Centenario petitionó, en la pretensión vigésima de demanda, se actualizara la condena decretada conforme al índice de costos de la construcción pesada ICCP, empero el panel arbitral accedió a la actualización conforme al Índice de Precios al Consumidor.

8.3.10.- Ahora, abordando el examen sustantivo antes expuesto, se encuentra que el Invías pretende por la vía del cargo analizado que esta Sala revise el fondo del asunto, cuestione y descalifique la argumentación ofrecida por el Tribunal en punto al índice de actualización de la condena, en palabras del propio recurrente:

“De manera que el Tribunal, para efectos del mayor valor por metro lineal si acepta el ICCP como factor de actualización del precio; pero para efectos de la actualización de la condena aplica un factor distinto (IPC), que se aleja no solo del Contrato objeto de controversia, sino de la prueba obrante en el expediente respecto del mayor valor del revestimiento, otorgando con ello, más de lo pedido en la demanda, configurándose la situación “extra petita” en la medida en que el juez arbitral se pronunció sobre aspectos o puntos que no habían sido solicitados en la demanda (el IPC) y eventualmente en “ultra petita”, cuando el juez arbitral condena por más de lo pedido en la demanda (la condena al IPC excede el ICCP pedido en la demanda)”

8.3.11.- Así, se tiene que i) el Tribunal expresamente abordó lo atinente al índice actualizador de la condena, ii) en esa sentido, consideró que no era de recibo actualizar con el índice ICCP, pedido en la demanda, en razón a que el litigio versaba sobre un desequilibrio económico del contrato y no ajustes de actas parciales, como se pactó en el negocio, iii) el Invías en la formulación de su cargo censura las razones del Tribunal, señalando que éste fue incoherente, se alejó del Contrato y de las pruebas obrantes en el expediente, iv) ergo, la resolución del cargo de anulación no solo implica para la Sala entrar a revisar cuáles fueron los criterios que ofreció el panel arbitral sobre la materia tratada sino también valorar y (des)calificar los mismos.

8.3.12.- Por consiguiente, como el cargo analizado plantea un reproche *in iudicando*, al cuestionar la motivación que le dio el Tribunal a este punto y como el reproche de incongruencia debe ser edificado sobre razones estrictamente adjetivas, la Sala despachará desfavorablemente la causal de anulación objeto de análisis, pues no se reúne el segundo paso del examen de congruencia planteado por la Sala.

⁶⁴ Fls 452-453, cdno Consejo de Estado



9.- Condena en costas.

9.1.- Por cuanto no prospera el recurso de anulación formulado por el Invías, hay lugar a dictar condena en costas en este asunto, según lo dispuesto en el inciso final del artículo 43 de la Ley 1563 de 2012 y en armonía con los artículos 361 y siguientes del Código General del Proceso y el Acuerdo No. 1887 de 26 de junio de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, la Sala fijará la condena en costas en una suma equivalente a catorce millones de pesos (\$14.000.000). No se dicta condena en costas contra el Ministerio Público en razón al inciso final del mismo artículo en cita.

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

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADO el impedimento expresado por el Consejero Guillermo Sánchez Luque, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADOS los recursos de anulación propuestos por el Instituto Nacional de Vías Invías y el Ministerio Público en contra del laudo dictado el 23 de mayo de 2017 proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias entre la Unión Temporal Segundo Centenario e Invías con ocasión del contrato de Obra Pública No. 3460 de 24 de diciembre de 2008.

TERCERO: CONDENAR en costas al recurrente Instituto Nacional de Vías – Invías y por consiguiente al pago de la suma de catorce millones de pesos (\$14.000.000).

CUARTO: ORDENAR devolver el expediente al Tribunal de Arbitramento, por conducto de su Secretaría.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrado
Aclaración de Voto

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado
Aclaración de Voto

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente de Sala de Subsección C