

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA

CONSEJERA PONENTE: Dra. Myriam Guerrero de Escobar

Bogotá D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil diez (2010)

Radicación: 11001032600020090004500
No. interno: 36838
Impugnantes: Banco de la República y sociedad H. Rojas y Asociados Ltda.
Acción: Recurso de Anulación

Procede la Sala a resolver los recursos de anulación interpuestos tanto por la parte convocante, la sociedad H. ROJAS Y ASOCIADOS LTDA., como por la parte convocada, el BANCO DE LA REPÚBLICA, contra el laudo del 17 de marzo de 2009¹, dictado por el Tribunal de Arbitramento que fue constituido para dirimir las diferencias originadas en el contrato de obra civil No. 02310300 de 16 de septiembre de 2003, suscrito entre las partes mencionadas y el auto de 1° de abril de 2009², que negó las solicitudes de aclaración y complementación formuladas por ellas, providencia en la cual se tomaron las siguientes decisiones:

PRIMERO: *Declarar no probadas las excepciones por error grave formuladas por H. Rojas y Asociados Limitado y por el Banco de la República contra los dictámenes periciales rendidos por los peritos Sociedad Colombiana de Ingenieros y Jorge Hernán Melguizo, En consecuencia, realícense los pagos de los honorarios correspondientes.*

SEGUNDO: *Declarar no probadas las tachas de sospecha formuladas contra los testigos María Helena Montejo y Arturo Schlesinger Isaza.*

TERCERO: *Declárese la existencia del Contrato No. 02310300 del 16 de septiembre de 2003, junto con sus otrosí 02310301 del 31 de*

¹ Folios 6 a 439, cuaderno Consejo de Estado.

² Folios 452 a 470, cuaderno Consejo de Estado.

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

marzo de 2004 y 02310302 del 30 de diciembre de 2004.

CUARTO: Declarar no probado el incumplimiento del Contrato No. 02310300 del 16 de septiembre de 2003, junto con sus otrosí 02310301 del 31 de marzo de 2004 y 02310302 del 30 de diciembre de 2004 por parte del Banco de la República.

QUINTO: Acoger parcialmente la pretensión tercera principal de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva de esa providencia y por consiguiente, condenar al Banco de la República a pagar a H. Rojas y Asociados Ltda la suma de \$ 183.940.174,73, ya actualizada hasta la fecha del presente Laudo, para lo cual se concede el término de cinco (5) días contados a partir de la ejecutoria del mismo.

SEXTO: En razón de la improsperidad de la pretensión segunda de la demanda principal, no hay lugar a pronunciamiento sobre las excepciones relativas al incumplimiento contractual del Banco de la República, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SÉPTIMO: Declarar imprósperas las excepciones denominadas "Cualquier presunto sobrecosto es derivado de la negligencia del propio demandante" e "Inexistencia de obras adicionales -las actas de medición eran suscritas por el hoy demandante y ninguna fue objetada-", propuestas por el Banco de la República, por las razones expuestas en la parte motiva.

OCTAVO: Denegar las pretensiones subsidiarias de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

NOVENO: Declarar próspera la excepción de "Inexistencia de abuso de posición dominante" formulada por la parte Convocada frente a las pretensiones subsidiarias de la demanda principal.

DÉCIMO: Denegar las pretensiones de la demanda de reconvencción y, en consecuencia, de conformidad con la parte motiva, declarar próspera la excepción genérica consistente en la renuncia del Banco de la República a cobrar sanciones por incumplimiento a H Rojas & Asociados Ltda. En el Acta Final de Liquidación.

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

DÉCIMO PRIMERO: *Condenar a H. Rojas y Asociados Ltda. A pagar al Banco de la República por concepto de costas y agencias en derecho, la suma de \$ 212.121.000, para lo cual se le concede el término de cinco (5) días contados a partir de la ejecutoria del presente Laudo.*

DÉCIMO SEGUNDO: *En el evento de mora en el pago de las sumas a que se refieren los numerales 5° y 11° anteriores , se fija como tasa de interés moratorio, la prevista en el artículo 884 del Código de Comercio, es decir, la tasa bancaria corriente aumentada en la mitad.*

DÉCIMO TERCERO: *Disponer la protocolización del expediente en una de las notarios del Círculo de Bogotá. En caso de que el rubro previsto para protocolización no sea suficiente, deberán las partes, en proporciones iguales, pagar la suma que sea necesaria.*

DÉCIMO CUARTO: *Procédase por la Presidencia del Tribunal a elaborar y presentarle a las partes la cuantía final de gastos de la partida "Protocolización, registro y otros", ordenando la restitución de las sumas a remanentes a que hubiere lugar.*

DÉCIMO QUINTO: *Disponer que, por Secretaría, se expidan copias auténticas de este laudo con las constancias de la ley, con destino a cada una de las partes, al Ministerio Público y al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.*

DÉCIMO SEXTO: *Declarar causado el saldo final de los honorarios de los árbitros y del secretario. El Presidente procederá a hacer los pagos correspondientes.³*

1. ANTECEDENTES.

1.1 La demanda arbitral.

La Sociedad ROJAS Y ASOCIADOS LIMITADA, por intermedio de apoderado, presentó demanda arbitral ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, en contra del Banco de la República, inicialmente en

³ Folios 436 a 439, cd. C. Estado. 4

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

escrito presentado el 18 de agosto de 2006⁴, pero antes de que se procediera a su admisión, presentó escrito de sustitución de la demanda, con el fin, de obtener las siguientes declaraciones y condenas en relación con el contrato No. 02310300, suscrito el 16 de septiembre de 2003, cuyo objeto consistía en la construcción de obras civiles exteriores de la Central de Efectivo del Banco.

PRIMERA: DECLARAR la existencia del contrato No. 02310300 de fecha 16 de septiembre de 2003, el Otrosí No. 0231031 de fecha 29 de marzo de 2004 y el Otrosí No. 0231032 de fecha 30 de diciembre de 2004, suscrito entre H. Rojas y el BANCO DE LA REPÚBLICA

SEGUNDA. DECLARAR que el BANCO DE LA REPÚBLICA incumplió el Contrato No. 02310300 de 16 de septiembre de 2003, el Otrosí No. 0231031 de fecha 29 de marzo de 2004, cuyo objeto social (sic) es la construcción de las obras civiles exteriores de la "Central de Efectivo del Banco ubicada en el costado sur oriental de la intersección de lo Avenida 68 con la Avenida El Dorado...", conforme aparece en la cláusula PRIMERA del citado contrato, lo que generó perjuicios o mi representada."

TERCERA: Como consecuencia de las anteriores declaraciones, CONDENAR al BANCO DE LA REPÚBLICA a pagar a H. ROJAS dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del laudo que así lo ordene, el valor íntegro de los daños y perjuicios causados (doña emergente y lucro cesante), cuya cuantía estimo en una suma no inferior a DOS MIL CIENTO SESENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL SIETE PESOS M/CTE (\$2.169.684.007,00) o el mayor valor que se demuestre durante el proceso, mediante dictamen pericial.

CUARTA: CONDENAR AL BANCO DE LA REPÚBLICA a pagar a H. Rojas el valor de los intereses comerciales moratorias liquidados sobre todos las condenas impuestas, en caso de que se abstenga de hacer el pago dentro de la oportunidad señalada en la pretensión anterior.

QUINTA: CONDENAR AL BANCO DE LA REPÚBLICA a la actualización de las sumas dinerarias resultantes a la fecha de ejecutoria del laudo arbitral y hasta el pago total y completo.

⁴ Folios 1 a 8, cd. ppal. 1.

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

SEXTA: CONDENAR AL BANCO DE LA REPÚBLICA en las costas y gastos de este proceso.

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

PRIMERA: DECLARAR que, en aplicación del Art. 830 del Código de Comercio, EL BANCO DE LA REPÚBLICA incurrió en abuso del derecho y en ejercicio abusivo de su posición dominante contractual, derivado de la celebración y ejecución (i) del Contrato No. 02310300 suscrito el 16 de septiembre de 2003; (ii), del Otrosí No. 0231031 de fecha 29 de marzo de 2004 y (iii) del Otrosí No. 0231032 de fecha 30 de diciembre de 2004.

SEGUNDA Como consecuencia de la anterior declaración, CONDENAR al BANCO DE LA REPÚBLICA a pagar a H. ROJAS dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del laudo que así lo ordene, el valor íntegro de los daños y perjuicios causados (daño emergente y lucro cesante), cuya cuantía estimo en una suma no inferior a DOS MIL CIENTO SESENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL SIETE PESOS M/CTE (\$2.169.684.007,00) o el mayor valor que se demuestre durante el proceso, mediante dictamen pericial.

TERCERA: CONDENAR AL BANCO DE LA REPÚBLICA a pagar a H. Rojas el valor de los intereses comerciales moratorios liquidados sobre todas las condenas impuestas, en caso de que se abstenga de hacer el pago dentro de la oportunidad señalada en la pretensión anterior

CUARTA: CONDENAR AL BANCO DE LA REPÚBLICA a la actualización de las sumas dinerarias resultantes a la fecha de ejecutoria del laudo arbitral y hasta el pago total y completo.

QUINTA: CONDENAR AL BANCO DE LA REPÚBLICA en los costas y gastos de este proceso.⁵

1.2. Los hechos.

⁵ Folios 66 a 267, cd. ppal. No. 1.

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

Como fundamento de sus pretensiones, la empresa demandante expuso los siguientes hechos:

- Previo el procedimiento de invitación formulado por el Banco de la República, la firma H. ROJAS celebró con la citada entidad Bancaria el Contrato de obra No. 02310300 de 16 de septiembre de 2003, con el objeto de construir las obras civiles exteriores de la Central de Efectivo del Banco, ubicada en el costado sur oriental de la intersección de la Avenida 68 con la Avenida El Dorado, por el sistema de precios unitarios fijos y sin reajustes, en su propio nombre, bajo su dirección y responsabilidad, por su cuenta y riesgo, de acuerdo con la propuesta del contratista presentada el 3 de junio de 2003 y complementada mediante las comunicaciones OFC-401.2003 de 10 de julio de 2003 y OFI-469-03 del 11 y 26 de agosto de 2003.
- El 2 de octubre de 2003 las partes suscribieron el Acta de Iniciación para la construcción de vías vehiculares, senderos peatonales, terraplenes, niveles, drenajes, terrazas y demás áreas exteriores. El 14 del mismo mes y año se presentó la primera versión de la Programación Detallada, sin embargo, el 21 de octubre del mismo año, el Comité Técnico de obra solicitó hacer una nueva programación consecuente con el plazo del contrato, solicitud que fue satisfecha por el contratista, el 28 de octubre de 2003, con la presentación de la segunda versión de la Programación Detallada que contenía los tiempos de ejecución y las actividades a realizar según las observaciones formuladas el 21 de octubre. Esta segunda versión fue aprobada el 11 de noviembre de 2003.
- El 29 de marzo de 2004, las partes suscribieron el primer otrosí al contrato de obra No. 02310301 para la construcción de la Central de Efectivo del Banco de la República correspondiente a obras adicionales aprobadas por la entidad Bancaria; posteriormente, el 25 de mayo de 2004 se hizo la primera entrega del Programa de Intención que reemplazaba la Programación Detallada Contractual que tenía como finalidad ejecutar las obras contratadas dentro del plazo restante y así recuperar el retraso promedio de 2.5 meses causado por el Banco de la República en el inicio de la obra, debido a los innumerables errores en los diseños iniciales, la falta de planeación, coordinación y previsión, imputable a la entidad contratante.
- En comunicación de 10 de noviembre la sociedad contratista solicitó la ampliación del plazo contractual debido a la presencia de circunstancias

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

ajenas a su voluntad que incidieron sobre el normal desarrollo de los tiempos previstos para el desarrollo del proyecto, referidas a : i) errores en los planos del proyecto; ii) demoras en su entrega; iii) modificaciones en los mismos después de iniciado el contrato; iv) planos incompletos; v) entrega tardía de los diseños definitivos, debidamente aprobados por parte del diseñador hidro sanitario, hecho éste que interfirió considerablemente en el normal avance de las instalaciones hidráulicas pues por su secuencia constructiva las actividades subsiguientes y dependientes se desordenaron y atrasaron vi) demora del Banco en la entrega de la documentación para gestionar ante el IDU los permisos de intervención de las obras exteriores; vii) modificaciones y correcciones posteriores a la entrega del diseño.

- Debido a los hechos anteriores fue necesario posponer las obras que debían ser realizadas en tiempo relativamente seco, para ser ejecutadas en épocas de invierno, actividades especialmente críticas para el proyecto.
- Las partes suscribieron el segundo otrosí el 30 de diciembre de 2004, mediante el cual se amplió el plazo contractual y se modificaron las cláusulas cuarta y sexta del contrato No. 02310300.
- El plazo contractual finalizó el 24 de enero de 2005, fecha de culminación de las obras objeto del contrato citado, pero su liquidación tardó mucho tiempo al punto que después de haberse convocado el Tribunal de Arbitramento, la firma contratista informó que el Banco de la República había procedido a liquidar el contrato de manera unilateral, adjuntando el acto correspondiente, en el cual el Banco reconocía a la firma contratista la suma de \$116' 529.365,50.
- Manifestó que durante el desarrollo y la ejecución del contrato se presentaron muchos inconvenientes por: **i)** Falta de definición de la coordenadas y del nivel cero del edificio, **ii)** Falta de definición del nivel y la calidad de la subrasante para la fundación del terraplén de las vías; **iii)** Diseños iniciales incompletos de las redes de acueducto y alcantarillado con errores e inconsistencias; **iv)** Falta de aprobación de la EAAB, y entrega de diversos diseños que impidieron un rendimiento adecuado del contratista y generó retrasos en las obras por lapso de 2.38 meses; **v)** Utilización de predios que presentaban conflictos **vi)** Elaboración de diseños con normas que no se encontraban vigentes; **vii)** Demora en la entrega de los diseños iniciales de la red de incendios, que ocasionó un atraso de 2.56 meses y, por lo tanto, el desplazamiento del programa detallado contractual; **viii)** Falta de definición

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

de los diseños tanto en planta como en perfil lo cual hizo disminuir el ritmo de la obra mientras se definían totalmente los diseños; **ix)** Inconsistencias en los diseños iniciales del cerramiento; **x)** Demora en el inicio del cerramiento en malla debido a la falta de definiciones y de coordinación inicial por parte del Banco, lo cual encareció el valor de los materiales; **xi)** Demora en la entrega del diseño inicial de la red ACPM que debió ser corregido en tres oportunidades, presentando errores aún en la última entrega; **xii)** Imposibilidad de obtener la licencia de excavación y permiso de tránsito por falta de coordinación del Banco, **xiii)** Ausencia de aprobación de los diseños definitivos, situaciones que obligaron al contratista a asumir diligencias y tareas que no le correspondían con la consecuente pérdida de tiempo.

- Las anteriores dificultades generaron sobrecostos en la etapa inicial de la ejecución del contrato y si bien es cierto que el Banco de la República entregó los diseños al inicio de la obra, los mismos presentaban falencias que obligaron a la sociedad contratista a ejecutar actividades que no le correspondían; igualmente, se presentaron indefiniciones a tal punto que, el contratista propuso paralizar los trabajos por carencia de diseños definitivos, hechos que trajeron como consecuencia que los movimientos de tierra y afirmados en invierno fueran mínimos y se presentaran retrasos en la programación, lo cual llevó a realizar una reprogramación que condujo a que varias actividades que se realizarían en el verano debieron cumplirse en temporada de invierno con el fin de no generar más retrasos por hechos imputables al Banco. En todo caso era imposible trabajar en épocas de invierno los movimientos de tierra y los rellenos.
- También se presentaron problemas en la coordinación general del proyecto e interferencias en las zonas de los trabajos de redes de alcantarillado cuando era obligación de la entidad contratante entregar el área libre; igual problema se presentó en las redes de acueducto y acometida de 3" y en la red de incendios, y de suministro del carro tanque, lo cual generó atraso en la programación aprobada, puesto que el contratista al darse cuenta de que no contaba con estos diseños debió elaborarlos para poder adelantar los trabajos.
- El Banco trasladó a la firma contratista las definiciones faltantes de los diseños y especificaciones y ésta debió asumir la ejecución de trámites previos de licencias y de diseño, cuando su obligación contractual era únicamente tramitar licencias para construcción; igualmente debió realizar los planos de detalle para las redes eléctricas y de otras obras.

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

- Las interferencias ocasionaron fraccionamiento en todos los frentes de trabajo, lo cual produjo discontinuidad en el avance de la ejecución programada; sobrecostos; disminución en el rendimiento de la obra; stand by en los equipos; mayores cantidades de obra; desperdicio y como consecuencia del desfase en la obra, la ejecución financiera de las compras tuvo el mismo efecto con el correspondiente incremento en los costos.
- Se presentaron sobrecostos en el desarrollo y ejecución de la obra debido a la presencia de obras adicionales que el demandante describió y calculó en su demanda.⁶

1.3. La cláusula compromisoria.

En la cláusula décima octava del contrato 02310300, del 16 de septiembre de 2003, las partes pactaron la cláusula compromisoria cuyo texto es el siguiente:

"CLÁUSULA DÉCIMA OCTAVA.- Cláusula Compromisario. Toda controversia o diferencia relacionada con la ejecución y liquidación del contrato, se resolverá por tres (3) árbitros designados así: dos (2) de ellos de común acuerdo por las partes, y el tercero por la Cámara de Comercio de Bogotá, D.C., quienes se sujetarán a lo dispuesto por la Ley 446 de 1998 y el Decreto 1818 de 1998, o por las disposiciones que los reglamenten o modifiquen, de acuerdo con las siguientes reglas: a) La organización interna del arbitramento se regirá por las normas previstas, para el efecto, por el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá, D.C.; b) El laudo será en derecho y, c) Los árbitros tendrán su sede en Bogotá D.C., en el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de esta ciudad."⁷

1. 4. Integración del Tribunal.

En audiencia realizada el 5 de septiembre de 2006, las partes, de común acuerdo, designaron a dos de los árbitros, el tercer árbitro fue designado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, de la lista de tres (3) árbitros remitida por las partes.

⁶ Folios 69 a 252, cd. ppal 1.

⁷ Fls. 7 vto y 8, cd. pruebas No. 1

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

El 9 de octubre de 2006, se llevó a cabo la audiencia de instalación, en la cual se declaró legalmente instalado el Tribunal, se designó presidente y secretaria y se fijó como lugar de funcionamiento el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. En la misma audiencia, el Tribunal asumió competencia, admitió la demanda, ordenó correr el traslado a la entidad convocada y reconoció personería al apoderado de la empresa convocante.⁸

La primera audiencia de Trámite se cumplió el 30 de octubre de 2006, con la presencia de los árbitros, sin que se hicieran presentes las partes, dejando constancia que el día 18 de octubre de 2006, se notificó personalmente el auto admisorio de la demanda a la representante legal de la parte convocada, se reconoció personería a la apoderada del Banco de la República y se decretó la suspensión del término del trámite arbitral entre el 1º y el 6 de noviembre de 2006, a solicitud de las partes manifestada en memorial presentado el 27 de octubre de 2006.⁹

1.5. La oposición.

Dentro del término del traslado, la entidad convocada, por intermedio de apoderada judicial, contestó la demanda, en su escrito se opuso a las pretensiones que fueron formuladas, tanto principales como subsidiarias alegando que éstas se fundamentaron en hechos que no se ajustan a la realidad ni al texto del contrato de obra No. 02310300 y demás documentos contractuales, como tampoco a la ejecución del mismo y como consecuencia, solicitó que éstas fueran denegadas.

En cuanto a los hechos expuestos en la demanda, la convocada aceptó algunos como ciertos, otros, como parcialmente ciertos y negó varios de ellos.

En cuanto a los sobrecostos en el desarrollo y la ejecución del contrato, junto con las diferencias económicas en la liquidación, manifestó que los mismos no corresponden a hechos sino a la desagregación de las pretensiones económicas del demandante por los supuestos sobrecostos alegados en la demanda y a continuación señaló que al Banco de la República no le constan las cifras y manifestaciones relacionadas por el demandante y que, por lo tanto, se abstiene de pronunciarse sobre ellas.

⁸ Folios 270 a 272, cd. principal No. 1.

⁹ folios 287 a 288, cd. principal No. 1.

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

Frente a las pretensiones principales referidas al incumplimiento contractual propuso como medio de defensa las siguientes excepciones: "1) *Excepción general de cumplimiento*; 2) *Excepción general de falta de diligencia, idoneidad y eficacia del contratista*; 3) *Excepción de desconocimiento de las obligaciones y documentos contractuales, del plazo del contrato, del programa de obra, del esquema de riesgos del contrato, de la estructura económica del contrato y de sus propias obligaciones contractuales*; 4) *Excepción de culpa exclusiva del contratista e incumplimiento del demandante*; 5) *Excepción de inexistencia de las indefiniciones técnicas*; 6) *Excepción de retrasos en la programación por culpa del demandante*; 7) *Inexistencia de sobrecostos del contratista por razones imputables al Banco de la República- cualquier presunto sobrecosto es derivado de la negligencia del propio demandante. -ruptura del nexo de causalidad*; 8) *Excepción de inexistencia de problemas de planeación o coordinación*; 9) *Excepción de inexistencia de obras adicionales- las actas de medición parcial eran Suscritas por el hoy demandante y ninguna fue objetada*; 10) *Excepción de autonomía de la voluntad y por tanto, de acuerdos previos entre los contratantes respecto del invierno*; 11) *Excepción de ausencia de soporte fáctico de las pretensiones.*"

Afirmó que el Banco de la República, cumplió cabalmente con todas sus obligaciones contractuales, entregando oportunamente los diseños y planos al contratista y otorgándole toda la colaboración requerida para la culminación de las obras y la asesoría necesaria con el fin de corregir y solucionar los problemas que se presentaban en la ejecución y de esta manera garantizar la calidad de los trabajos.

Sostuvo además que no existían pruebas del supuesto incumplimiento alegado por la sociedad convocante como fundamento de sus pretensiones y de los extensos hechos expuestos en la demanda, pero que lo cierto era, que los inconvenientes presentados se debían a la falta de técnica y conocimiento por parte del demandante, falencias que ahora pretende usar en su favor alegando ausencia de diseños cuando lo evidente es la falta de pericia por parte del contratista.

Señaló que la falta de idoneidad del contratista constituye un incumplimiento de las obligaciones consagradas en la cláusula segunda del contrato, entre otras, las referidas a la responsabilidad profesional, técnica y directiva; a la dirección técnica de los trabajos para obtener la correcta interpretación de los planos; igualmente, sostuvo que el contratista desconoció el contrato y demás documentos contractuales, en los cuales se estipuló que la programación podía ser objeto de ajustes y modificaciones según las necesidades del proyecto sin afectar el plazo

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

final, "máxime teniendo en cuenta la necesaria interrelación con otros contratos y las condiciones físicas del sitio donde se iban a realizar los trabajos, situación advertida en la etapa precontractual y prevista en el contrato ... "

Agregó que la programación no fue cumplida por causas imputables netamente al contratista tales como la discontinuidad en el suministro de materiales, falta de disponibilidad de equipo y de personal, lo cual se encuentra plenamente probado en el Acta de Comité de Obra No. 21 de 23 de marzo de 2004. Consideró además que las extensas demoras tanto en la iniciación como en la ejecución de los trabajos son imputables al contratista por su falta de diligencia e idoneidad y que los cruces en materia de redes son normales de esta clase de obras sin que ello represente un error en el diseño, como lo pretende hacer ver el demandante.

Precisó que el contratista al firmar el contrato contrajo unas obligaciones y asumió unos riesgos contractuales que ahora no puede desconocer y que el cronograma de obra que ha sido tan controvertido por la parte actora no fue acatado ni cumplido por ella debido a su ineficiencia operativa y a la negligencia en el ejercicio de sus responsabilidades profesionales.

Señaló que ni la Dirección General del proyecto ni el mismo Banco de la República, causaron perjuicio alguno al contratista y que, por el contrario, siempre lo colocaron en posibilidad de cumplir el contrato bajo las mismas condiciones económicas y fácticas surgidas al momento de contratar y que tanto los retrasos en el cronograma como el incumplimiento de las programaciones parciales son el resultado de su propia culpa.

Igualmente, manifestó que no es cierto que el Banco hubiera incurrido en falta de planeación, previsión, coordinación u organización en las actividades; que no hubo errores en los diseños iniciales y que por el contrario, la entidad pública siempre tuvo en la obra a un selecto grupo humano que prestaba la oportuna colaboración para que el contratista pudiera cumplir con sus obligaciones.

En cuanto a las mayores cantidades de obra alegadas por el demandante sostuvo que esto no era posible por cuanto el contratista suscribía las actas de medición de obra que indicaban los pagos parciales, procedimiento que se siguió hasta la terminación de la obra, momento en el cual las mediciones arrojaron un 95% del valor del contrato quedando pendiente de pago, tan solo el 5% que sería cancelado al momento de la liquidación y según el acta correspondiente, en efecto se reconocieron mayores valores al contratista.

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

Como medio de defensa frente a las pretensiones subsidiarias, propuso las siguientes excepciones: i) *"Inexistencia de abuso de posición dominante"*; ii) *"Cumplimiento de las disposiciones contractuales por parte del Banco de la República y de sus representantes (Interventoría y Dirección General de Obra) "*; iii) *"Cumplimiento del Banco de la República y de sus representantes de las disposiciones esenciales de la contratación informadas con diligencia desde la invitación a cotizar a los proponentes y contemplados en el texto del contrato" y iv) "Excepción genérico de carácter legal".¹⁰*

1.6 La demanda de reconvencción.

El Banco de la República (entidad convocada) por intermedio de apoderada, presentó demanda de reconvencción contra la sociedad H. Rojas & Asociados LTDA, con las siguientes pretensiones:

PRIMERA: *Que se declare que HROJAS incumplió el contrato de obra civil No. 023103000 del 16 de septiembre de 2003 y sus otrosies Nos. 1 y 2.*

SEGUNDA: *Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a pagar a HROJAS, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del laudo que así lo ordene, el valor acumulado de la pena que resulte de aplicar lo previsto en la cláusula penal moratoria (cláusula décimo tercera) del contrato No. 02310300 del 16 de septiembre de 2003, la cual deberá calcularse desde el 24 de enero de 2005, hasta el 27 de octubre de 2005 o la que se demuestre durante el proceso.*

TERCERA: *Que se condene a HROJAS a pagar el valor de los intereses comerciales moratorias causados sobre la suma indicada en el numeral anterior desde la fecha de presentación de esta demanda de reconvencción y hasta que se realice efectivamente el pago íntegro de la condena que se imponga a HROJAS.*

CUARTA (SUBSIDIARIA): *Que en subsidio de la pretensión tercera anterior, se condene a HROJAS a pagar las siguientes sumas de dinero:*

¹⁰ folios 1 a 622, cd. ppal. No. 2.

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

4.1. *La actualización de las sumas dinerarias resultantes a la fecha de ejecutoria del laudo arbitral y hasta el pago total y completo.*

4.2. *El valor de los intereses comerciales moratorias causados desde el vencimiento del plazo indicado en la pretensión segunda anterior.*

QUINTA: *Que se condene a HROJAS al pago de las costas y gastos de este proceso.*¹¹

En el libelo relató la demandante en reconvenición que previa invitación a presentar oferta, la empresa H. Rojos suscribió el contrato de obra No. 023103000 con el Banco de la República, vinculación que le generó distintas obligaciones, entre ellas, la ejecución de la obra dentro del plazo pactado en 420 días, según la cláusula sexta del citado contrato, término que se contaría a partir de la fecha de iniciación de obra respectiva; en dicha cláusula, las partes estipularon expresamente que en caso de presentarse modificaciones en los tiempos parciales de programación de la obra, ello no afectaría el plazo único de ejecución de los trabajos contratados como tampoco su valor.

Igualmente, manifestó que las partes suscribieron el Otrosí No. 1, para modificar las cláusulas cuarta, décima y el parágrafo cuarto de la cláusula quinta del contrato No. 023103000, debido a la presencia de modificaciones convencionales en algunas de las obras y de esta manera se incrementó el valor del contrato y también el valor de las garantías y la forma de pago.

Señaló que por Otrosí No. 2, las partes de nuevo convinieron modificar las cláusulas cuarto y décima del contrato, como también la cláusula sexta, con el fin de disminuir el alcance en algunas de las obras pactadas inicialmente, pero también para adicionar algunas no previstas en el alcance inicial, como resultado de tal acuerdo el valor total de los trabajos se redujo en la suma de \$1'931.590 moneda corriente, quedando en definitiva, un valor de \$3'868.234. En el mismo Otrosí se amplió el plazo para la ejecución de las obras, acordando como plazo definitivo 475 días calendario que vencían el 24 de enero de 2005.

Afirmó que durante la ejecución de las obras, el contratista incurrió en múltiples incumplimientos de sus obligaciones lo cual condujo a que la obra no se cumpliera dentro del plazo previsto y que la misma presentara defectos en la construcción, situación que dio lugar a diversos requerimientos por parte de la entidad contratante, los cuales fueron atendidos por el contratista después del vencimiento del plazo contractual; terminadas las obras se procedió a la liquidación del

¹¹ Folios 1 y 2. cd. ppal 3.

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

contrato, pero ésta no se logró de mutuo acuerdo debido al continuo cambio de pretensiones por parte del contratista. Finalmente la Administración liquidó el contrato de manera unilateral el 31 de agosto de 2006, dejando algunas observaciones en el acta.

Sostuvo que el incumplimiento del contrato ocasionó perjuicios a la entidad pública, los cuales cuantificó en la suma de \$773'646.845,40 moneda corriente.¹²

1.7 La contestación de la demanda de reconvenición.

La empresa convocada en reconvenición, por intermedio de apoderado judicial y dentro del término que para el efecto establece la ley, dio contestación a la demanda, en su escrito de oposición aceptó algunos de los hechos como ciertos, otros como parcialmente ciertos, negó varios de ellos y manifestó no constarle unos más.

Como medio de defensa propuso las excepciones que denominó: "*Cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de H. Rojas*"; "*Terminación de las obras por parte de H. Rojas dentro del plazo contractual*"; "*Entrega del 93.7% de las obras con anterioridad al vencimiento del plazo contractual*"; "*Imposibilidad de entrega de la carpeta asfáltica y del crecimiento de la malla dentro del plazo contractual por culpa exclusiva del Banco de la República*" ; "*incumplimiento del Banco de la República en la entrega de los planos y especificaciones del cerramiento de la malla*"; "*Incumplimiento del Banco de la República en la entrega de los planos y especificaciones de la carpeta asfáltica*" ; "*Incumplimiento de sus obligaciones por parte del Banco de la República*"; "*Cumplimiento de las especificaciones técnicas del pavimento asfáltico por H. Rojas*"; "*Violación de su deber de buena fe precontractual por parte del Banco de la República*"; "*Reconocimiento expreso del Banco de la República del cumplimiento de las obligaciones por parte de H. Rojas*"; "*Cobro excesivo e indebido de la cláusula penal por parte del Banco de la República*"; "*Compensación*"; "*Exceptio non adimpleti contractus (Excepción de contrato no cumplido)*" ; "*La genérica del artículo 306 del C. de P. C.*"¹³

1.8 El laudo arbitral recurrido.

¹² Fls. 1 a 30, cd. ppal No. 3.

¹³ Folios 97 a 188, cd. ppal No. 3.

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

Surtidos los trámites prearbitral y arbitral, el 17 de marzo de 2009, se llevó a cabo la audiencia para dictar el fallo por parte del Tribunal de Arbitramento; el laudo se dictó en derecho al tenor de lo dispuesto por el Parágrafo del artículo 115 y del artículo 121 del Decreto 1818 de 1998. A continuación se sintetizan los aspectos expuestos en la citada providencia:

1.8.1. El Tribunal se refirió en el primer punto al contrato y sus antecedentes.

En relación con los antecedentes del contrato, su objeto y la invitación a contratar, precisó que el contrato de obra fue el resultado de un procedimiento de contratación surtido en diversas etapas según se deduce de su cláusula primera. Igualmente destacó que en la invitación formulada por el Banco se había puntualizado que la oferta debía contener el valor unitario de cada ítem o precio global fijo e incluir los costos correspondientes a materiales y mano de obra, equipos, pólizas de seguros, transporte, registro del contrato etc., según anexo 3, cuyo texto seguidamente transcribe.¹⁴

En cuanto a la programación de la obra, señaló que con el pliego de condiciones se había entregado una programación general de la obra a la cual debía ceñirse el proponente, quien debía manifestar expresamente su aceptación y que de adjudicarse el contrato, el adjudicatario debía presentar una programación detallada para la ejecución del contrato, sujeta al cronograma general de obra y adicional mente, debía tener en cuenta su interrelación o coordinación con otros contratistas.

Como parte de la invitación y de los pliegos de condiciones el Banco suministró copia de los planos y especificaciones en medio magnético, los cuales debían ser retornados con la propuesta y de nuevo entregados al contratista para el desarrollo de la obra y correspondía a éste replantear en el terreno todos y cada uno de los ítems del contrato.

De conformidad con las condiciones generales del pliego, correspondía al contratista tramitar todos los permisos para la ejecución del contrato con excepción de la licencia de construcción que correspondía al Banco; igualmente se reguló lo pertinente a las mayores cantidades de obra y a los rubros nuevos y se puso de presente que los trabajos que no cumplan con las especificaciones deberán ser reemplazados a costa del contratista.¹⁵

¹⁴ Folios 200 a 202, cd. C. Estado.

¹⁵ Folios 202 a 206, cd. C. Estado.

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

En cuanto a la propuesta presentada, destacó que la sociedad actora había ofrecido ejecutar el contrato en tres etapas; igualmente, había presentado un análisis detallado de los precios unitarios siguiendo cada una de las referencias indicadas en el anexo 3, como lo exigía el pliego de condiciones.

Durante el examen de la propuesta el Banco requirió el consenso de la firma H. Rojas para introducir unas variaciones consistentes en suprimir algunos de los ítems previstos e incrementar otros, obteniendo la aceptación de ésta, sociedad que estableció expresamente el valor de la obra, después de estas variaciones, el cual fue clarificado posteriormente de común acuerdo por las partes del contrato.

Sobre el contrato celebrado.

El Tribunal transcribió el texto de las cláusulas primera, segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta, octava, undécima, duodécima, décima novena y vigésima del contrato de obra civil No. 02310300.

Igualmente hizo referencia al otrosí de 31 de marzo de 2004 documento sobre el cual precisó que de su contenido se observaba que las partes habían convenido en incrementar el valor estimado del contrato, motivadas por la necesidad de ejecutar una mayor cantidad de obra, así, el valor inicial del contrato se adicionó en la suma de \$614'513.500 para un total de \$3.870'165.817; precisó el Tribunal que en esta modificación se había conservado los mismos precios unitarios; igualmente manifestó que se había incluido nuevas tareas y que las partes con este acuerdo entendieron y aplicaron de manera pacífica lo previsto en el contrato para la solicitud de reconocimiento y pago de mayores cantidades de obra.

Sobre el otrosí de 30 de diciembre de 2004, señaló que las partes acordaron modificar las cláusulas cuarta y sexta del contrato, relativa al precio del contrato y el plazo para la ejecución de las obras, respectivamente.

Mediante este otro sí, se produjeron las siguientes modificaciones: i) una disminución de las cantidades de obra proyectadas, que redujo el valor del contrato en \$92'051.432; ii) Un incremento en el precio por la ejecución de obras adicionales distintas a las inicialmente previstas y iii) Un incremento por concepto de mayor valor de gastos administrativos, modificación que en criterio del Tribunal estuvo precedida de un proceso de mutuo conocimiento de las partes y de

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

múltiples comunicaciones cruzadas entre ellas.¹⁶

En cuanto al régimen jurídico del contrato y su existencia.

Manifestó el Tribunal que no había debate entre las partes en cuanto a existencia del contrato No. 02310300 de 16 de septiembre de 2003 y sus otrosies modificatorios.

En relación con el régimen jurídico del contrato precisó que de conformidad con el artículo 52 de la Ley 31 de 1992 y el artículo 40 de la Ley 489 de 1998, los contratos celebrados por el Banco de la República con personas jurídicas o naturales distintas de entidades públicas era el de derecho privado, ajeno a las disposiciones de la Ley 80 de 1993.

En cuanto a la existencia del contrato No. 02310300 de 16 de septiembre de 2003 y sus otrosies modificatorios, concluyó que las partes contratantes gozan de capacidad jurídica para contraer obligaciones y ejercer derechos, por ser personas jurídicas debidamente constituidas y porque el contrato recoge su consentimiento libre de vicios, además tiene objeto y causa lícita.

Concluyó que no encontraba defecto o vicio alguno que pudiera conducir a negar la existencia o validez del contrato de obra No. 02310300 de 16 de septiembre de 2003, por lo cual prosperaba la pretensión primera de la demanda encaminada a obtener la declaratoria de existencia del contrato¹⁷.

Como reflexiones en torno al contrato de obra celebrado, el Tribunal manifestó, que en la formación del contrato que dio lugar al litigio no existió abuso que pudiera descalificarlo ni la presencia de cláusulas que presentaran un desequilibrio en favor del Banco y que tampoco se presentó acto abusivo de la entidad pública convocada al momento de perfeccionarse el contrato.

Agregó que si bien en la redacción final del contrato se presentó aparentemente un favorecimiento hacia el Banco en diversos temas, lo cierto es que el texto final del contrato fue el resultado de un procedimiento licitatorio que empezó en mayo de 2003 y culminó con la suscripción del contrato en septiembre del mismo año, en tanto que éste es un fiel reflejo de las condiciones generales y de la invitación a contratar, bajo la modalidad de precios unitarios fijos que incluyen todos los

¹⁶ Fls. 206 a 224, cd. C. Estado.

¹⁷ Folios 224 a 232, cd. Consejo de Estado.

costos.

En relación con la valoración de las mayores cantidades de obra y obras adicionales, señaló que en las condiciones generales, en el capítulo "OBRAS ADICIONALES" se había regulado el tema y por lo tanto, el contratista H. Rojas estaba informado de ello desde antes de presentar su oferta. Igualmente conocía que los trabajos que fueran rechazados por la interventoría debían ser reemplazados a costo del contratista y que, por lo tanto, no podía sostenerse que hubo abuso del derecho.

Destacó la experiencia que la firma H. Rojas acreditó tener como profesional de la ingeniería, circunstancia que le permitía conocer las implicaciones de aceptar el contrato bajo las condiciones que fueron estipuladas - conservar los precios por largo período; la coordinación de actividades con otros contratistas; inconvenientes en la tramitación de las licencias y permisos-; asuntos que pudo precaver a favor de sus intereses, pero no lo hizo y confió en que las cláusulas propuestas por el Banco le eran satisfactorias, conducta que, señala, debe ser valorada. Concluyó que no puede inferirse abuso en la celebración del contrato ni la supremacía de una parte sobre la otra y a continuación resaltó la naturaleza especial de la obra emprendida por el Banco para la construcción de la Central de Efectivo, involucrando numerosos contratistas y con unas condiciones especiales de seguridad que ameritaban una exigente sujeción a las especificaciones.¹⁸

1.8.2. En el segundo punto el Tribunal se refirió a los incumplimientos alegados por H. Rojas.

El cuanto a los incumplimientos alegados por la parte convocante durante la etapa contractual y en el desarrollo y ejecución del contrato, el Tribunal destacó que la modificación introducida al contrato mediante el otrosí No. 2 de 30 de diciembre de 2004, con el fin de extender el plazo del contrato inicialmente convenido, reducir el alcance de la obra y también su valor, obedece a la solicitud del Gerente de H. Rojas & Asociados Ltda., la cual hace parte del Otrosí No. 2, comunicación que fue respondida oficialmente por el Banco y reseñó otras comunicaciones cruzadas entre los contratantes en relación con el otrosí modificadorio para luego concluir que la modificación contractual contó con el nutrido intercambio de correspondencia, clara manifestación de la libre voluntad de las partes y que, por lo tanto, la firma del otrosí, clausuró toda la discusión entre ellas, sobre las causas

¹⁸ Folios 232 a 249, cd. C. Estado.

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

que originaron el retraso en la ejecución oportuna de las obras contratadas, las obras adicionales realizadas y proyectadas cuando mediaba el mes de diciembre de 2004, las cuales son materia de discusión por parte de la convocante, según lo expuesto en la demanda.

Reconoció el Tribunal la existencia y validez del acuerdo modificatorio y precisó que las controversias surgidas respecto de los incumplimientos contractuales que la convocante le endilga a la entidad convocada durante la ejecución del contrato hasta mediados de noviembre de 2004, no pueden ahora ser objeto de reclamo puesto que las partes contratantes, en virtud del otrosí No. 2, solucionaron sus diferencias al otorgarse recíprocas concesiones para extender el plazo originalmente convenido y para ajustar el precio del contrato inicial, con el propósito de que la sociedad contratista diera cabal y oportuno cumplimiento a la ejecución de la obra contratada; conclusión que dice fue avalado por la propia convocante en su escrito de objeción al dictamen financiero cuando afirmó que para cuando se firmó el - otrosí dos *"ya estaban resueltas todas -las dificultades de diseños, interferencias, licencias que dieron origen a la convocatoria del Tribunal de Arbitramento.*¹⁹

Con base en lo anterior denegó la pretendida declaratoria de incumplimiento formulada en la demanda como segunda pretensión.²⁰

1.8.3 El Tribunal resolvió en el tercer punto las objeciones formuladas por ambas partes a los dictámenes periciales.

Manifestó el Tribunal que las objeciones formuladas son de carácter parcial en cuanto que los dictámenes no fueron cuestionados en su integridad. Seguidamente hizo una ilustración sobre las características que debe reunir el error grave de acuerdo con las directrices fijadas por la doctrina y cuestionó el despliegue exagerado de la actividad de las partes y el voluminoso acerbo probatorio aportado al expediente que se encuentra conformado por más de 81 cuadernos AZ, hecho demostrativo de la atención que el Tribunal prestó a las peticiones de las partes en garantía del derecho fundamental del debido proceso, lo cual en su sentir ocasionó innecesariamente un trámite dilatado y complejo.²¹

¹⁹ Cita original del Tribunal de Arbitramento: Folio 10 del cuaderno principal No. 7.

²⁰ Folios 249 a 267, cd. C. Estado.

²¹ Folios 274 a 281, cd. C. Estado.

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

Al dictamen técnico.

En cuanto a las objeciones formuladas por H. Rojas, contra el dictamen técnico, el Tribunal consideró que los reproches constituían la reiteración de varios de los hechos de la demanda con los cuales no se mostró de acuerdo con el dictamen emitido por los peritos. Concluyó que el perito no incurrió en error grave y que por el contrario la Sociedad Colombiana de Ingeniería elaboró un estudio especializado y fundamentado acorde con la naturaleza del encargo confiado.

Consideró además que el cuestionamiento al dictamen por la intervención del Ingeniero Jaime Bateman, que en criterio de la convocante afectó la imparcialidad y objetividad del experticio, carecía de fundamento.

En cuanto a las objeciones formuladas al dictamen técnico por parte del Banco, manifestó que se trataba de diferencias de criterio sin que las mismas tuvieran entidad de error y mucho menos que pueda considerarse como grave. A juicio del Tribunal las consideraciones de la Sociedad Colombiana de Ingenieros (SCI) sobre los distintos temas referidos a los precios del mercado, los rendimientos, los trabajos en ámbito cerrado versus espacio público y el manejo de las interferencias, se encuentran debidamente sustentadas, presentándose en realidad una disparidad de criterio entre la convocada y la SCI en los temas incluidos en la objeción.

En cuanto a las fórmulas propuestas por la firma que emitió el dictamen pericial, para el pago de las obras adicionales, manifestó que éstas no comportan error grave, puesto que las obras adicionales que fueron reconocidas no contaron con la aplicación de un precio convenido previamente por las partes como lo disponía el contrato y careciendo de este parámetro contractual resultaba imperioso obtener su estimación por vía pericial, para lo cual el dictamen ofreció dos fórmulas alternativas de promedio y puso a consideración del perito financiero una detallada estimación de los precios unitarios aplicables.²²

Al dictamen financiero.

Sobre las objeciones formuladas por H. Rojas al dictamen financiero el Tribunal llegó a las siguientes conclusiones: i) el perito financiero si cuantificó lo ítems en los cuales el perito técnico CSI encontró sobrecostos, por lo cual no tiene sustento la objeción de H. Rojas en este sentido, sin perjuicio de la facultad que tiene el

²² Folios 281 a 284, cd. C. Estado.

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

juez para determinar si procede o no el reconocimiento de las sumas fijadas; ii) En cuanto a la falta de estimación del AIU en las obras adicionales que reclama H. Rojas precisó que no constituye error grave en los términos del artículo 238 del C. de P. C. puesto que el cálculo comporta una operación matemática que puede ser suplida por el Tribunal y si ello es así, no hay error grave; iii) En cuanto a que se privó de la oportunidad para pedir complementación y aclaración al dictamen con respecto a aquellas respuestas que complementaron o adicionaron el informe, el Tribunal reiteró lo decidido en el Auto No. 54 de 14 de agosto de 2008, por cuanto el precepto anteriormente citado no contempla la posibilidad indefinida de pedir aclaraciones o complementaciones de un dictamen pericial ya complementado y aclarado.

En relación con la objeción formulada por el Banco al dictamen financiero en torno al empleo de información de H. Rojas que denomina extracontable en su elaboración por haber tomado certificaciones de la Revisoría Fiscal, el Tribunal consideró que ello no configuraba error grave puesto que el perito podía valerse de varias fuentes de información para la práctica de la prueba. Igualmente señaló que la entrega tardía de los documentos por parte del perito financiero no violaba el derecho de defensa, en particular, el artículo 237 del C. de P. C.²³

1.8.4. Los demás dictámenes periciales y la tacha de testigos.

El Tribunal tampoco dio prosperidad a las objeciones formuladas por las partes contra los dictámenes periciales que fueron allegados por ellas.

En cuanto a la tacha de los testigos el Tribunal aunque admitió que las razones expuestas por las partes podían ser válidas, estimó también que las manifestaciones de los testigos no contravenían las demás pruebas recaudadas y, por lo tanto, negó la prosperidad de la tacha.²⁴

1.8.5 La liquidación unilateral del contrato analizada por el Tribunal.

El Tribunal analizó la pretensión tercera formulada en la demanda referida a la reparación de la totalidad de los daños y perjuicios que fueron estimados en \$2.169'684.007, que el demandante dice le fueron causados por concepto de la liquidación del contrato efectuada por la entidad y de otra, por los sobrecostos

²³ Folios 284 a 288, cd. C. Estado

²⁴ Folios 288 a 292, cd. C. Estado.

surgidos durante su ejecución, llegando a la conclusión de que no era posible reconocer tales sumas por las mismas razones explicadas en el punto anterior.

Precisó el Tribunal que la pretensión de reconocimiento de los perjuicios derivados de la liquidación del contrato podía ser estudiada no obstante que la demanda no era clara en este punto, puesto que podía entenderse como originado exclusivamente en el incumplimiento del contrato a que hace referencia la pretensión segunda, cuando bien se hubiere podido tratar como un punto independiente, pero que el Tribunal podía interpretar la demanda para desentrañar su sentido y alcance en relación con los hechos de la demanda.

Advirtió que el debate en torno a la liquidación del contrato no era ajeno a la controversia, toda vez que en diversos hechos y en particular en el capítulo 4° de los supuestos fácticos de la demanda, existía una pormenorizada síntesis de las diferencias existentes entre las partes con motivo de la liquidación del contrato.

Consideró que una de las facultades asignadas al juez con el fin de hacer efectivo el derecho a recibir una administración de justicia adecuada y oportuna y evitar las sentencias inhibitorias es la de interpretar la demanda con el fin de desentrañar su verdadero alcance, máxime si se tiene en cuenta el contenido de la cláusula compromisoria en la cual las partes pactaron que se sometería a decisión arbitral *"... todo controversia o diferencio relacionado con lo ejecución y liquidación de este contrato."*

Concluyó *"que las diferencias existentes entre las partes, surgidas de la etapa de liquidación, quedaron subsumidas o consideración del Tribunal, cobijadas por el pacto arbitral que extendió o dicho etapa su competencia. Además, la pretensión tercera, que pudiera leerse ligeramente como derivada y consecuencial exclusivamente el reconocimiento del incumplimiento por parte del Banco, no tiene tal sentido restringido como quiera que, por una parte, en los conceptos sometidos a su consideración se incorporaron las diferencias nacidas en la etapa de liquidación, y por otra, porque ésta se ató a la prosperidad de las "anteriores declaraciones", por lo que se deriva no solo del reconocimiento del incumplimiento, sino también de la declaratoria de existencia del contrato (pretensión primera), por lo cual se abre camino al estudio de la pretensión tercera en lo que alude al reconocimiento económico perseguido."*²⁵

1.8.6 Diferencias presentadas en la liquidación del contrato.

²⁵ Folio 298, cd. C. Estado.

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

Después del análisis de la prueba recaudada en el proceso, el Tribunal concluyó, en relación con las diferencias presentadas en la liquidación de las cantidades de obra que resultaron al hacer la liquidación del contrato, lo siguiente²⁶:

1.8.6.1. Menores valores liquidados por el Banco en relación con los liquidados por H. Rojas.

El Tribunal, acogiendo el dictamen pericial manifestó que no había lugar a reconocimiento a favor de la firma H. Rojas en los siguientes ítems:

- 1- "*Conformación y compactación de la subrasante*" por no aceptarse la cantidad de obra reclamada por H. Rojas.,
- 2- "*Geotextil tejido 2400*", porque el Banco había medido y liquidado este ítem en un todo de acuerdo con las especificaciones técnicas.
- 3- "*Rellenos de fallos con piedra Rajón*" porque la liquidación efectuada por el Banco es correcta.
- 5- "*Relleno en B 400*", puesto que esta obra fue reconocida dentro de los rubros plazoleta y andenes.
- 6- "*Concreto MR-42*", en cuanto que el Banco actuó de conformidad con las especificaciones técnicas pagando lo efectivamente ejecutado
- 7- "*Bases y pisos*" toda vez que la firma H. Rojas cotizó este ítem con precios diferenciales según su localización en la obra; con base en estos precios unitarios, el Banco calculó y pagó los valores que consignó en el acta de liquidación sin que estos hubieran sido modificados en perjuicio del contratista.
- 8- "*Cerramientos*" negó el pago de mayores cantidades de obra en cerramiento en malla como también los de cerramiento en tubulares, conformación del foso, descabece de pilotes y relleno con material seleccionado Guyana.
- 9- "*Redes de aguas lluvias*" porque éstos trabajos se liquidaron correctamente por el Banco de acuerdo a sus mediciones de campo y con los planos de record.
- 10- "*Andenes y sardineles*"; "*Excavación en material común para redes*"; "*redes de acueducto y alcantarillado*" "*relleno con material seleccionado para redes*"; "*relleno material atraque para redes*"; "*Retiro de sobrantes para redes*"; "*Recalce de pilotes*" no se accedió al reconocimiento porque fueron liquidados correctamente por el Banco.
- 11- En cuanto a otras diferencias que se presentaron en las obras contractuales, concluyó que el Banco efectuó su liquidación correctamente.

²⁶ Folios 292 a 371, cd. C. Estado.

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

El Tribunal reconoció a H. Rojas el pago del ítem denominado "*cárcamo de protección de tubería 16*" en la cantidad señalada por la SCI de 199mts., por un valor de \$482.373,71.

En cuanto al ítem "*Relleno de material seleccionado para terraplenes*" sostuvo que el Banco no tenía la facultad unilateral de variar el precio unitario de los ítems, por debajo de los pactados en el contrato, en perjuicio de la firma contratista H. Rojas, y por ello debía mantener el concepto y el precio aplicado en anteriores ocasiones y ordenó el reconocimiento a la firma convocante de las diferencias de precios. Igualmente, manifestó acoger la tesis expuesta en el dictamen pericial en cuanto que son correctas las cantidades de obra liquidadas por el Banco.

Sobre el ítem "*instalación de bordillo*" señaló el Tribunal que teniendo en cuenta el concepto de la SCI en el sentido de que los bordillos deben pagarse como un elemento no comprendido en el ítem "*contenido de raíces*", es decir, como una obra adicional, se pronunciará al respecto en capítulo posterior cuando haga referencia a las obras adicionales rechazadas.

7.8.6.2. Mayores valores liquidados por el Banco en relación con los liquidados por H. Rojas.

El Tribunal consideró que el Banco al hacer la liquidación no incurrió en pagos en exceso respecto de los siguientes ítems: "*Base Granular IB-600*"; "*andén de plaqueta gris 40x40*"; "*andén en concreto*"; "*mobiliario urbano*"; "*riostro cerramiento en malla*" y "*cárcamo de protección en tubería*".

En cuanto al ítem "*Excavación a máquina y retiro*" sostuvo que la diferencia a la cual alude la convocante se generó en la medición de cantidades tal como lo afirmó el perito.

Respecto de la "*subrasante mejorado $e=0.35$, granular tipo B-200*", el Tribunal acogiendo el dictamen pericial técnico, sostuvo que H. Rojas no contempló este ítem y en cambio distribuyó esta especificación en otros que tenían un valor diferente, pero que en realidad no se produjo un pago en exceso y en cuanto a la "*base granular*" manifestó que la diferencia a la que alude la convocante se presenta por cuanto se desconoce el valor de este ítem, para pretender a su vez que se liquide bajo uno diferente.

En relación con el "*relleno de recebo B-400 compacto*", señaló que H. Rojas no

cuantificó tal relleno para luego cobrarlo bajo otro ítem de mayor valor²⁷.

1.8.7. Obras adicionales.

En cuanto a las obras adicionales, -ítems aceptados por la entidad contratante- el Tribunal procedió a hacer el respectivo análisis con apoyo en los dictámenes financiero y técnico practicados dentro del proceso, para luego concluir que las cantidades de obra adicional que debían ser reconocidas se encontraban previstas en el Anexo 1-A y que los precios que debían aplicarse eran aquellos que fueron determinados por el perito técnico, los cuales figuran en el anexo 33 del escrito de aclaraciones y complementaciones presentado por el perito financiero y a continuación procedió a hacer las explicaciones correspondientes.

En relación con los ítems rechazados por la convocada el Tribunal hizo una relación de las apreciaciones emitidas en el dictamen pericial y a continuación manifestó que después de estudiar detenidamente las reclamaciones de H. Rojas por diferencias en la liquidación del contrato, contenidas en la Tabla 37 de la parte resolutive del laudo, el Tribunal ordenará el pago de los conceptos que más adelante indicará.²⁸

1.8.8. Pretensiones subsidiarias.

Manifestó el Tribunal que ante la no prosperidad de la segunda pretensión de la demanda acometería el estudio de las pretensiones subsidiarias a la misma.

Advirtió que no se presentó abuso de posición dominante durante la etapa precontractual, como tampoco durante la etapa de ejecución del contrato, puesto que las instrucciones impartidas por el Banco corresponden a las características y complejidad de la obra que determinaron un estándar sumamente exigente el cual aceptó la firma contratista, pero además, señaló que se encontraba demostrada la presencia de deficiencias en la ejecución de las obras que impusieron solicitudes de correctivos que en manera alguna pueden ser catalogadas de abusivas.²⁹

1.8.9. Las excepciones propuestas por la entidad convocada en la

²⁷ Folios 371 a 374, cd. C. Estado.

²⁸ Folios 390 a 396, cd. C. Estado.

²⁹ Folios 396 a 402, cd. C. Estado.

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

contestación de la demanda principal.

El Tribunal dio prosperidad a la excepción denominada "*Inexistencia de abuso de posición dominante*" propuesta por la entidad convocada y negó las demás.³⁰

1.8.10 La demanda de reconvención y sus excepciones.

En relación con los trabajos del cerramiento de malla, cuyo incumplimiento le endilga la entidad pública al contratista, el Tribunal encontró probado que éstos no fueron ejecutados satisfactoriamente por la convocante, quien efectivamente, incumplió sus obligaciones contractuales al punto que en la fecha prevista para la terminación de los trabajos no había cumplido a cabalidad con su entrega. Igualmente, señaló que estaba demostrado que las deficiencias que se presentaron en varios de los ítems contratados se debieron a la mala calidad de los trabajos siendo ello responsabilidad del contratista.

Sobre el ítem de pavimentos manifestó que los trabajos de pavimentación del parqueadero de funcionarios no fueron entregados en su totalidad por el contratista dentro del plazo contractual, pero adicionalmente, los estudios técnicos demostraron la necesidad de realizar correcciones, las cuales efectivamente se hicieron en julio de 2005 y concluyeron con el recibo final a satisfacción. Advirtió el Tribunal que el hecho de haber recibido el 80% de las obras de pavimentación sin objeciones formales dentro de las actas correspondientes, unido a la manifestación del interventor sobre la procedencia del recibo y pago de los trabajos correspondientes, permitían a H. Rojas considerar razonablemente que a esa fecha había cumplido los aspectos fundamentales de la obra.

Destacó el Tribunal que 8 días antes del vencimiento del plazo contractual, pactado para la entrega de las obras, la Dirección General del Banco solicitó la corrección de la capa de rodadura asfáltica y agregó que ninguna de las partes ni el propio interventor pudieron dimensionar la magnitud de las correcciones requeridas y para llegar a la solución final se agotó un complejo proceso de discusión técnica con la participación de varios profesionales que sirvió de base para que la Dirección General del Banco solicitara el retiro y reemplazo de la capa asfáltica, trabajos que el contratista aceptó realizar.³¹

³⁰ Folios 402 a 403, cd. C. Estado.

³¹ Folios 403 0425, cd. C. Estado.

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

1.8.11 Liquidación del contrato y su incidencia en la demanda de reconvención.

Precisó el Tribunal que en la liquidación del contrato no se dejó constancia respecto de la entrega de las obras, ni de ella se deducía responsabilidad alguna de H. Rojas que lo hiciera sujeto de las penas previstas en las cláusulas 11 y 13 del contrato, de tal suerte que como el Banco en la liquidación unilateral no le dedujo incumplimiento alguno al contratista ni le impuso multa, renunció tácitamente a hacer efectivas dichas cláusulas, especialmente la penal moratoria, por lo tanto, resulta extemporáneo que se pretenda su imposición a través de la vía jurisdiccional para obtener el pago de dicha pena, bajo una presunta indemnización de perjuicios.

Manifestó el Tribunal que esta conclusión determina el reconocimiento de las 14 excepciones propuestas por H. Rojas a la demanda de reconvención como también señaló que no accedería a las declaraciones ni condenas solicitadas en la demanda de reconvención pretendidas por el Banco en contra de H. Rojas.³²

Tanto la parte convocante como la convocada solicitaron al Tribunal la adición, complementación y aclaración del laudo arbitral³³, solicitudes que fueron denegadas mediante auto No 8, contenido en el Acta No. 45 de 1 ° de abril de 2009.³⁴

1.9. Los recursos de anulación interpuestos por las partes.

Dentro del término que establece la ley, tanto el apoderado de la parte convocante, como la apoderada de la parte convocada interpusieron recurso de anulación contra el laudo arbitral dictado el 17 de marzo de 2009.

La parte convocante H. Rojas y Asociados Ltda, invocó las causales consagradas en los numerales 2, 4, 5 y 7 del Decreto 2279 de 1989, iguales a las establecidas en los numerales 2, 4, 5 y 7 del Decreto 1818 de 1998.³⁵

Por su parte, la entidad convocada, Banco de la República, invocó las causales contenidas en los numerales 7°, 8° y 9° del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989,

³² Folios 426 a 432, cd. C. Estado.

³³ Folios 440 a 451, cd. C. Estado.

³⁴ Folios 452 a 470, cd. C. Estado

³⁵ Folio 471, cd. C. Estado.

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

que corresponden a las mismas previstas en los numerales 7°, 8° y 9° del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.³⁶

1. 9.1 La sustentación del recurso por la parte convocante.

En el escrito de sustentación del recurso, lo sociedad convocante, por intermedio de apoderado formuló los siguientes cargos contra el laudo arbitral:

Primer cargo:

"2. No haberse constituido el tribunal de arbitramento en forma legal, siempre que esta causal haya sido alegada de modo expreso en la primera audiencia de trámite." (Causal 2° del artículo 138 del Decreto 2279 de 1989 y 2° del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.)

Como sustento de esta causal la sociedad impugnante expresó que al momento de constituirse el Tribunal de Arbitramento, no se había determinado si se trataba de un arbitramento institucional o legal pero que como al constituirse, el Tribunal se acogió a las reglas fijadas por la Cámara de Comercio de Bogotá para los arbitramentos que se surtan ante el mismo, éste es institucional y por lo tanto, no hay lugar a descontar los periodos de suspensión acordados por las partes de conformidad con el artículo 14 del Reglamento de la Cámara de Comercio.

Que si bien es cierto que al momento de la instalación del Tribunal la convocante no reprochó la situación, ello no significa que la causal no se hubiere configurado y que además, de la lectura de varias de las providencias emanadas del Tribunal, se infiere que el asunto inicialmente se manejó como arbitramento institucional pero posteriormente, con el transcurso de los días, se le dio el tratamiento de arbitramento legal.

Segundo cargo:

"4. Cuando sin fundamento legal se dejaren de decretar pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias para evacuarlas siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos".

³⁶ Folios 472 a 477, cd. C. Estado.

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

Como sustentación de esta causal señaló el impugnante que hubo irregularidad en la práctica de las pruebas de inspección judicial y exhibición de documentos, porque quien debía evacuarlas directamente era el mismo Tribunal quien no podía delegar esta facultad ni en las partes ni en terceros, lo cual ocurrió al ordenar que la totalidad de los documentos exhibidos en el curso de la diligencia de inspección quedaran a disposición de las partes quienes podían consignar sus observaciones respecto de los hechos, personas o cosas objeto de la diligencia.

Agregó que el artículo 162 de la Ley 446 de 1998, si bien adoptó como legislación permanente el artículo 21 del Decreto 2651 de 1991, excluyó los numerales 4° y 5° de dicho artículo, con lo cual las partes del proceso perdieron la posibilidad de practicar las pruebas de común acuerdo y entre ellas la referente a la inspección judicial, diferente a lo sucedido con la prueba pericial, testimonial y de interrogatorio de parte, que necesariamente debe ser practicada por el juez.

También cuestionó la irregularidad en la evacuación de la prueba pericial financiera, al no permitirse su complementación en puntos concretos de vital importancia que impidieron el reconocimiento económico en el laudo arbitral. Seguidamente, objetó el hecho de que el Tribunal hubiere corrido traslado a las partes, de las complementaciones y aclaraciones al dictamen pericial contable, decisión que el impugnante dice haber recurrido en su momento por no estar de acuerdo con este traslado, recurso en el cual explicaba razonadamente que al no permitirse las aclaraciones y complementaciones de los nuevos rubros contenidos en la experticia técnica, base del dictamen financiero, no se podían cuantificar varios ítems y rubros reconocidos por la SCI, rubros que por no estar cuantificados en la pericia financiera no fueron considerados en la condena impuesta a la convocada por parte del Tribunal.

Manifestó que el Tribunal en auto No. 54, contenido en el acta No. 41, resolvió negativamente el recurso de reposición presentado y determinó que el dictamen pericial una vez rendido puede ser objeto de complementaciones y aclaraciones cuyo propósito es llenar los vacíos que han quedado bien para aclarar el dictamen o bien para complementario con informaciones que no había sido suministradas anteriormente, de tal suerte que una vez recibidas las aclaraciones y complementaciones del perito es viable dar aplicación a lo previsto por el artículo 238 del C. de P. C. para que las partes presenten sus objeciones a las complementaciones del dictamen.

Con esta argumentación se privó a la convocante del reconocimiento de los valores reconocidos por la pericia técnica, aclarando que el laudo reconoció el

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

pago que el perito financiero ponderó y que había sido establecido en el primer experticio técnico más no aquellos rubros que el dictamen técnico estableció en sus aclaraciones y complementaciones, los cuales no fueron incluidas por el experto financiero en su complementación y tampoco fueron materia de condena en el fallo impugnado.

Como parte de este segundo cargo, también acusó irregularidad en la designación de la Sociedad Colombiana de Ingenieros como perito técnico acordado por las partes, por cuanto dicha sociedad no contaba con la licencia expedida por la autoridad competente al tenor de lo previsto por el numeral 3° del artículo 9° del C de P. C. y por tal razón, adujo que la producción de la prueba pericial técnica había sido irregular y ella constituyó el soporte fundamental para la exoneración de responsabilidad y la imposición de condenas.

Tercer cargo:

"5. Haberse proferido el laudo después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral o su prórroga".

La sociedad impugnante partió del supuesto de que el arbitramento era institucional y que, por lo tanto, debía ceñirse a la reglamentación de la Cámara de Comercio, en cuyo artículo 14 se estableció que el término de duración del mismo no podía ser mayor de seis (6) meses contados a partir de la primera audiencia de trámite, prorrogables por tres (3) meses más, es decir, que no podían superar los nueve (9) meses, incluidas las suspensiones.

Que como el Tribunal se instaló y surtió su primera audiencia de trámite el 22 de marzo de 2007, la fecha máxima para dictar el laudo era el 22 de septiembre del mismo año teniendo en cuenta que no fue prorrogado por los árbitros. Agregó que como las suspensiones se entienden incluidas dentro de este término, según lo dispuesto por el artículo 14 del reglamento de la Cámara de Comercio, el laudo dictado el 17 de marzo de 2009, fue extemporáneo.

Cuarto cargo:

"7. Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorios, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento."

Como fundamento de este cargo, sostuvo la sociedad impugnante que en el laudo

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

se incurrió en error aritmético, razón por la cual se solicitó en la oportunidad legal su corrección la cual fue denegada por el Tribunal y a continuación transcribió los apartes pertinentes del escrito dirigido al Tribunal indicando en qué consistía el error aritmético a corregir, razón por la cual solicitó la prosperidad de la causal invocada.

Quinto cargo:

"9. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento."

En la sustentación del recurso, la firma impugnante invocó la causal contenida en el numeral 9° del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, idéntica a la prevista en el numeral 9° del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, que no fue invocada en el momento de la presentación del recurso³⁷

La objeción formulada se concreta en que el laudo arbitral no resolvió las objeciones formuladas por las partes a los dictámenes periciales que ellas mismas aportaron al proceso, por ser una cuestión sometida al Tribunal de Arbitramento.

1.9.2 La sustentación del recurso por la parte convocada.

El Banco de la República, dentro de la oportunidad otorgada por la ley, sustentó el recurso, abandonando las causales consagradas en los numerales 7° y 9° del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, iguales a las previstas por estos mismos numerales del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, que había invocado al interponer el recurso y conservó la causal establecida por el numeral 8° del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, idéntica a la contenida por el numeral 8° del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

Como sustentación del recurso, el apoderado de la entidad convocada manifestó lo siguiente:

Única causal:

"8. Haber recaída el laudo sobre puntos no sujetos a decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido."

Primer cargo:

³⁷ Folios 518 o 533, cd. C. Estado.

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

Manifestó que el árbitro no puede proferir una decisión apartándose de lo que se le ha pedido o por causa distinta a la pretendida por las partes. Agregó que para el Tribunal de Arbitramento la fuente verdadera de la obligación dineraria impuesta al Banco de la República en el laudo consiste en una acción distinta al incumplimiento contractual originada en el hecho de que se realizaron obras adicionales reconocidas y obras adicionales rechazadas, así como obras previstas contractualmente.

Señaló que el Tribunal para imponer la condena adujo interpretar la demanda al considerar que las pretensiones no son claras, pero que tal actividad fue desbordada al producir un fallo extra petita por cuanto por vía de interpretación adecuaba las pretensiones de la demanda y por lo tanto genera una providencia incongruente como quiera que el convocante no solicitó la revisión de la liquidación del contrato y por el contrario desistió de tal acción pero el Tribunal caprichosamente adujo competencia para conocer de dicha materia con fundamento en la cláusula compromisoria.

En sentir del impugnante la actuación de los árbitros no está en consonancia con las pretensiones de la demanda, puesto que el demandante en la pretensión tercera deriva o subordina la responsabilidad del Banco al incumplimiento del contrato, razón por la cual correspondía al Tribunal resolver con los límites de la pretensión, es decir, verificando el incumplimiento sin que le fuera permitido decidir sobre puntos que no eran materia de discusión en el litigio.

Advirtió que el Tribunal reconoció que no había incumplimiento del contrato que diera lugar a la responsabilidad contractual del Banco y denegó la prosperidad de la pretensión segunda, no obstante le impuso una condena sin que ésta se derivara de una responsabilidad contractual o de la culpa o negligencia del Banco. Entiende el impugnante, que el Tribunal pretendió conceder a la convocante una posible acción de in rem verso o el restablecimiento del equilibrio económico del contrato que en manera alguna hacían parte de las pretensiones formuladas en la demanda.

Afirmó el impugnante que los fundamentos de derecho expuestos por la convocante reflejan claramente su intención y voluntad de plantear el litigio bajo la responsabilidad civil contractual para obtener la supuesta indemnización derivada del incumplimiento contractual, lo cual corrobora el exceso del Tribunal de Arbitramento.

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

Igualmente advierte que tal desbordamiento de competencia del Tribunal se deduce del contenido de la sustitución de la demanda en la cual la convocante desistió de cualquier reclamación surgida de la liquidación del contrato, incluyendo el reconocimiento de las obras adicionales y mayores cantidades de obra, pues expresamente las excluyó al presentar la demanda sustitutivo, razón por la cual al Tribunal no le correspondía el estudio de este aspecto y por lo tanto la decisión en esta materia constituye un fallo extra petita.

Precisó que al cotejar las pretensiones de la demanda inicial con aquellas planteadas en la demanda sustitutiva, resulta claro que la convocante pretendió el pago de las sumas cuantificadas en la demanda como indemnización de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento contractual y no por la revisión de la liquidación unilateral elaborada por el Banco de la República.

Sostuvo que el deber de congruencia no es un requisito procesal de naturaleza puramente formal, ya que el mismo involucro el respeto al principio constitucional del debido proceso y, en particular, al derecho de defensa de las partes, pero especialmente de la que resulta vencida en el proceso, de tal suerte que si lo pretendido realmente hubiere sido la declaratoria del rompimiento del equilibrio económico del contrato o una acción de enriquecimiento sin causa, ello habría permitido a la entidad convocada contradecir dicha petición.

Adujo que no se estaba poniendo en tela de juicio simplemente una calificación jurídica o una interpretación que pudo hacer el Tribunal para determinar si el Banco estaba obligado a reconocer obras adicionales, sino un cambio en el fundamento, lo cual le estaba vedado a los árbitros.

Segundo cargo:

Al estudiar las pretensiones de la demanda de reconvención, el Tribunal, en la parte motiva del laudo, admitió que la firma H. Rojas Asociados Ltda, había incumplido el contrato de obra civil No. 02310300 del 16 de septiembre de 2003, modificado por los otrosíes Nos. 1 y 2, pero en la parte resolutive, actuando en contravía de sus motivaciones no declaró tal incumplimiento y, por el contrario, denegó las pretensiones de la referida demanda de reconvención sin tener en cuenta lo prescrito por el artículo 306 del C. de P. C.

Adicionalmente, desatendiendo este mismo precepto y los mandatos procesales resolvió decretar, de oficio, la excepción genérica por la supuesta renuncia tácita del Banco de la República a cobrar dicha sanción, decisión que partió de una

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

lectura equivocada del acta de liquidación del contrato, puesto que en dicha acta el Banco de la República dejó constancia de los perjuicios ocasionados con el incumplimiento y sobre las acciones y medios que tendría derecho a ejercer.

Dice el impugnante, que al realizar esta operación, el Tribunal incurrió en un desacierto procesal que genera la incongruencia del fallo, pues para que pudiese declarar de oficio tal excepción, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 306 del C. de P.C., debía encontrar probado el hecho en el cual fundaba la excepción sin necesidad de acudir a supuestos o hipótesis, con independencia de la prueba, para finalmente apartarse de la realidad procesal que reflejaba el expediente.

Consideró que al Tribunal le correspondía atender las salvedades que el Banco efectuó en el acta de liquidación para determinar si realmente procedía la declaratoria de la excepción de oficio, pero no decidir con fundamento en hechos imaginados con independencia de la prueba, para equiparar la reserva que hizo el Banco de la República a la renuncia de un derecho.

Concluyó que en el presente caso, el desborde de los poderes de los árbitros, al declarar una excepción de oficio cuyo hecho no se encuentra probado, dan lugar a que se configure la causal invocada y en consecuencia el laudo debía ser corregido por el Consejo de Estado.

Igualmente señaló que se presentó incongruencia en el fallo puesto que al comparar la parte considerativa y resolutive del laudo, en la primera se afirmó que la convocante había incumplido el contrato de obra y que por su parte, el Banco había cumplido con sus obligaciones contractuales, mientras que en la segunda no se declaró el incumplimiento y, por lo tanto, la sentencia al resolver las pretensiones de la demanda de reconvención es incongruente al igual que por declarar de oficio la denominada excepción genérica, por la supuesta renuncia del Banco a reclamar el perjuicio solicitado por el incumplimiento. Afirmó que el éxito de la pretensión del Banco no se subordinaba a la excepción de oficio declarada por el Tribunal, pues la supuesta renuncia no eximía al contratista del incumplimiento del contrato.

1.10. La oposición al recurso.

Dentro del término del traslado tanto la entidad convocada³⁸ como la firma

³⁸ Folios 541 0550, cd. Consejo de Estado.

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

convocante³⁹ presentaron sendos escritos de oposición a los argumentos que cada una de ellas planteó como fundamento del recurso de anulación.

1.11. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público solicitó traslado especial, término dentro del cual emitió concepto de fondo con el criterio de que debían denegárselas pretensiones de anulación del laudo arbitral formuladas por las partes en controversias, con apoyo en las siguientes consideraciones:

En cuanto a las causales de anulación invocadas por la firma convocante, sostuvo lo siguiente:

Causal de anulación contenido en el numeral 2° del Decreto 2279 de 1989.

Manifestó que para la prosperidad de esta causal resultaba indispensable que el recurrente, durante el desarrollo de la primera audiencia de trámite, hubiera alegado la existencia de circunstancias irregulares relacionadas con la solicitud de convocatoria del Tribunal de arbitramento o de situaciones sucedidas durante el trámite prearbitral que afectaran su legal conformación e instalación, pero que examinadas las actas del Tribunal no se advertía que H. Rojas y Asociados limitada hubiere hecho alusión alguna a la existencia de aspectos relacionados con la constitución del Tribunal, con lo cual se demuestra el incumplimiento del requisito de procedibilidad que impide el análisis de fondo de la causal.

Causal previsto por el numeral 4° del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989.

Dijo el Ministerio Público que tampoco hay lugar a la prosperidad de esta causal, por cuanto que las objeciones contra el laudo están destinadas a cuestionar el contenido de los dictámenes periciales que se practicaron a lo largo del trámite arbitral, a disentir de la valoración probatoria que le otorgaron los árbitros para tomar su decisión final y a manifestar su inconformidad con la designación de la Sociedad Colombiana de Ingenieros como perito técnico, pero que en manera alguna señaló cuáles fueron las pruebas que dejaron de practicarse o cuáles las diligencias que no se realizaron. Precisó que no era posible cuestionar el análisis

³⁹ Folio 550 A a 550E, Consejo de Estado.

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

probatorio efectuado por el Tribunal mediante el recurso de anulación, puesto que el juez de anulación no tiene competencia para revisar el aspecto sustancial del laudo.

Causal establecido por el numeral 5° del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989.

Tampoco admitió la prosperidad de esta causal en cuanto consideró, que como las partes no pactaron plazo convencional para que el Tribunal dictara el fallo, de conformidad con lo normado por el artículo 103 de la Ley 23 de 1991, el arbitramento tenía un plazo de seis (6) meses, prorrogables por un plazo igual, a solicitud de las partes o sus apoderados, indicando además que al término señalado se adicionaría los días en que por causas legales se interrumpiera o suspendiera el proceso.

Que como la primera audiencia de trámite se cumplió el 22 de marzo de 2007, el plazo previsto en la norma citada vencería el 22 de septiembre siguiente, pero como el proceso estuvo suspendido, expresamente, por voluntad de las partes, durante 401 días hábiles, el término inicial deberá prorrogarse en este número de días y en consecuencia, el plazo para proferir el laudo vencía el 13 de mayo de 2009, teniendo en cuenta que el laudo arbitral fue dictado el 17 de marzo de 2009, resultaba claro que éste no había sido extemporáneo.

Causal previsto por el numeral 7° del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989.

En cuanto a éste cargo, el Ministerio Público manifestó que del texto mismo de la norma se evidenciaba que como requisito de procedibilidad para alegar esta causal era indispensable que el recurrente hubiere alegado ante el mismo Tribunal de Arbitramento, la existencia de errores aritméticos o este tipo de contradicciones en la parte resolutive del laudo y que a pesar de ello no se hubiere efectuado la corrección correspondiente.

La presencia de error aritmético fue detectada por la convocante, quien solicitó la aclaración y le fue resuelta de manera negativa, en tanto que el valor reconocido por el Tribunal fue calculado con base en el resultado obtenido de multiplicar el valor unitario por la cantidad de obra, el cual fue extraído del dictamen pericial financiero y que la diferencia de cuarenta y dos centavos (0.42) a la cual se circunscribe la corrección corresponde al ajuste del peso, sin que ello constituya error aritmético o equivocación al hacer la operación matemática.

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

Adicionalmente, señaló que aunque la recurrente había planteado ante el Tribunal la presunta existencia de un error aritmético, no precisó cuáles eran las disposiciones contradictorias de la parte resolutive del laudo, pues su disenso se limitó a manifestar la presencia de una presunta equivocación al efectuar una operación matemática y a cuestionar la valoración probatoria expuesta en el laudo, argumentos con los cuales pretendía que el juez arbitral modificara su decisión desconociendo los mandatos del artículo 309 del C. de P. C.

Precisó que al plantear la causal de anulación del laudo se refirió al escrito en el cual solicitó la corrección del mismo, del cual se infiere que el error aritmético se encuentra en el dictamen de la SCI, el cual debió ser cuestionado en el momento de oírse el dictamen y que no podía servir de argumento para plantear un inexistente error en la parte resolutive del laudo.

Concluyó el Ministerio Público que como el recurrente no demostró la existencia del aludido error aritmético contenido en la parte resolutoria del laudo arbitral, deberá declararse su no prosperidad y así lo solicitó.

Causal prevista por el numeral 9° del artículo 38 d el Decreto 2279 de 1989.

Sobre esta causal el Ministerio Público manifestó que no estaba llamada a prosperar, toda vez que contrariamente a lo afirmado por la recurrente, los árbitros en el numeral primero de la parte resolutive del laudo arbitral expresamente declararon no probadas las objeciones por error grave formuladas contra los dictámenes periciales.

En cuanto a los cargos formulados por el Banco de la República con base en la causal contenida en el numeral 8° del artículo 38 d el Decreto 2279 de 1989, sostuvo que no tiene vocación de prosperidad en cuanto que al hacer el análisis comparativo de las excepciones y pretensiones propuestas y la condena impuesta al Banco de la República en el numeral 5° de la parte resolutive del laudo, encontraba que la declaración contenida en el laudo *"guarda armonía con la pretensión tercera principal de la convocatoria, que estuvo orientada a obtener el pago del valor íntegro de los daños y perjuicios que **sufrió H. Rojas y Asociados Limitada**, pretensión que **hizo derivar de la declaratoria de existencia del contrato y/o de la declaratoria de incumplimiento contractual del Banco de la República, tal y como se infiere del texto de las pretensiones de la demanda,***

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

indemnización que bien podría derivarse de la ejecución del contrato o del incumplimiento de la convocada"

Agregó que el Tribunal al declarar que se encontraba probada la excepción genérica consistente en la renuncia del Banco a cobrar sanciones por incumplimiento en el acta final, no lo hizo de oficio *"como lo plantea la entidad recurrente, sino por expreso solicitud de H. Rojas y Asociados Limitado, al recorrer el traslado de la demanda de reconvención; y obedeció a que el en acto de liquidación unilateral del contrato, efectuado el 21 de agosto de 2006 por el mismo Banco de la República, éste renunció de manera tácita a la facultad de imponerle a H. Rojas Asociados Limitada las multas a que hubiere lugar, pues a pesar de que es esta la oportunidad para que las partes expresen las reclamaciones pendientes de solución, la entidad bancaria no efectuó ninguna manifestación en este sentido."*⁴⁰

2. CONSIDERACIONES

Para abordar el tema sometido al conocimiento de la Sala se seguirá el siguiente derrotero: 1) Competencia para conocer el recurso de anulación; 2) Naturaleza y características del Recurso de anulación; 3) Las causales de anulación del laudo arbitral dictado en controversias de naturaleza contractual y 4) Las causales invocado por la parte convocante; 5) Las causales invocadas por la parte convocado; 6) Condena en costas.

2.1. Competencia para conocer del recurso de anulación.

De conformidad con lo previsto por el numeral 5° de l artículo 1 28 del Código Contencioso Administrativo, en los términos en que fue modificado por el numeral 5° del artículo 36 de la Ley 446 de 1998 y lo ordenado por el artículo 162 del Decreto 1818 de 1998, el Consejo de Estado, Sección Tercero, es competente para conocer, de manera privativa y en única instancia, del recurso de anulación interpuesto contra los laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos estatales, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia.

El laudo arbitral sometido a conocimiento de la Sala fue dictado con el fin de dirimir la controversia suscitada en el contrato de obra civil No. 02310300 de 16 de

⁴⁰ Folios 51 a 565, Cd. Consejo de Estado.

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

septiembre de 2003, celebrado entre el Banco de la República y la sociedad H. Rojas y Asociados Limitado.

De conformidad con lo prescrito por el artículo 371 de la Constitución Política, el Banco de la República es un órgano autónomo, instituido como persona jurídica de derecho público, que no hace parte de ninguna de las ramas del poder público ni de los órganos de control, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica; ostenta una naturaleza especial de rango constitucional y se encuentra sometido a un régimen jurídico propio⁴¹

En materia contractual el Banco de la República se rige por las normas de derecho privado según lo establecido por el artículo 52 de la Ley 31 de 1992⁴², razón por la cual resulta imprescindible establecer si la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, es competente para conocer del recurso de anulación interpuesto

⁴¹ El artículo 3° de la Ley 31 de 1991, prescribe lo siguiente: "**ARTÍCULO 30. RÉGIMEN JURIDICO.** *El Banco de la República se sujeta a un régimen legal propio. En consecuencia, la determinación de su organización, su estructura, sus funciones y atribuciones y los contratos en que sea parte, se regirá exclusivamente por las normas contenidas en la Constitución Política, en esta Ley y en los Estatutos. En los casos no previstos por aquellas y éstos, las operaciones mercantiles y civiles y, en general, los actos del Banco que no fueren administrativos, se regirán por las normas del derecho privado.*

El Banco podrá realizar todos los actos, contratos y operaciones bancarias y comerciales en el país o en el exterior que sean necesarios para el cumplimiento de su objeto, ajustándose a las facultades y atribuciones que le otorgan la Constitución: esta Ley y sus Estatutos."

⁴² "**ARTÍCULO 52. RÉGIMEN CONTRACTUAL.** *Las operaciones de crédito, descuento y redescuento deberán documentarse en títulos valores y, en su caso, contarán siempre con la responsabilidad de la institución descontada o redescontada. Para tal efecto el endoso en propiedad al Banco de la República de los títulos descontados o redescontados, no extingue las obligaciones a cargo del establecimiento de crédito. El Banco de la República no podrá autorizar descubiertos en ninguna forma ni conceder créditos rotatorios ni de cuantía indeterminada. Además de lo dispuesto en este artículo, los contratos de descuento y de redescuento que se celebren con el Banco de la República se regirán por las normas que expida la Junta Directiva y en lo no previsto por ellas, por el Código de Comercio. Los contratos que celebre el Banco con cualquier entidad pública tienen el carácter de interadministrativos y solo requerirán para su validez la firma de las partes y el registro presupuestal a cargo de la entidad contratista. Los demás contratos de cualquier índole que celebre el Banco de la República se someterán al derecho privado. El Banco podrá, en la ejecución de los contratos internacionales que celebre y cuyo objeto principal haga relación con negocios u operaciones de carácter económico o financiero, someterse al derecho o tribunales extranjeros, señalar su domicilio o designar mandatarios en el exterior."*

Radicación: 36838
 Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
 Recurso de Anulación

contra laudos arbitral es que deciden controversias suscitadas en contratos en los cuales uno de las partes es el Banco de la República, toda vez que el régimen jurídico que gobierna los contratos celebrados por esta entidad es el de derecho privado.

Ha precisado la Sala que si bien es cierto, el régimen jurídico constituye un aspecto determinante de la manera en que puede obrar una entidad pública o privada, también lo es, que dicho régimen en manera alguna define la competencia jurisdiccional; este criterio ha sido adoptado en diversas oportunidades al analizar la naturaleza jurídica de los contratos regidos por la Ley 80 de 1993 y los celebrados bajo el amparo del derecho común, sobre lo cual se ha dicho que ambos tienen la naturaleza de contratos estatales⁴³, no obstante encontrarse regidos por dos ordenamientos jurídico-sustantivo diferentes.

⁴³ Así, por ejemplo, ha dicho esta Sección -auto del 8 de febrero de 2001, expediente 16.661 que:
"Es necesario aclarar que si bien es cierto los contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos se rigen por el derecho privado (art. 31 ley 142 y arts. 8 y 76 ley 143 de 1994). no es el tipo de régimen legal el que determino el juez del contrato. " ... "

"4.1.3. A juicio de lo Solo es preciso reconocer que en las diversas regulaciones normativas sobre contratación de lo administración público. es posible identificar dos grandes categorías de actos contractuales:

"1ª Contratos estatales, propiamente dichos, que son aquellos que celebran los entidades públicas o que se refiere lo ley 80 de 1993, y que por ende se regulan íntegramente por el régimen establecido en esto ley. Por regla general, adquieren este carácter en razón del ente público contratante, es decir, se definen desde el punto de visto orgánico. Las controversias que se deriven de este tipo de contratos y de los procesos de ejecución o cumplimiento serán de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa.

*"2° **Contratos especiales sujetos a un régimen legal propio.** Por regla general, el juez o quien compete conocer de sus controversias es el juez administrativo en razón de que su celebración y ejecución constituye una actividad reglado, es decir es el ejercicio pleno de una función administrativa, de conformidad con el art. 82 del C.C.A. antes referido.*

"De lo anterior, es jurídicamente viable considerar que lo categoría "contratos estatales" no puede quedar exclusivamente referido a los actos contractuales que celebren las entidades del Estado relacionadas en lo ley 80 de 1993; sino que habría que reconocer que desde el punto de vista material y técnico formal, constituye una acertada categoría jurídica que tiene la virtud de englobar todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativo o que estén sujetos a regímenes especiales. De tal manera, es doble hablar genéricamente de dos tipos de contratos:

"1° Contratos estatales regidos por lo ley 80 de 1993. "2° Contratos estatales especiales."

"En el presente caso por tratarse de un contrato celebrado por una empresa de servicios públicos oficial o pesar de que su régimen jurídico es el derecho privado, debe ser controlado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo como jurisdicción especializado para dirimir las controversias en que sea parte o tenga un interés directo la administración (art. 82 c.c.a), en la medida en que las exigencias del interés público así lo demanden."

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

De otra parte, la Ley 1107 de 27 de diciembre de 2006, por medio de la cual se modificó el artículo 82 del C.C.A., amplió la competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para dirimir las controversias originadas en todo tipo de actividad adelantado por las entidades públicas.

En nuevo texto del artículo 82 del C.C.A., modificado por el artículo 10 de lo citado Ley dispuso lo siguiente:

"Artículo 1º: El artículo 82 del Código' Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de lo Ley 446 de 1998, quedará así:

"Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los Juzgados Administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley.

Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional".

Como reiteradamente lo ha dicho la Sala⁴⁴, la norma transcrita aclaró el régimen jurisdiccional al cual estarían sometidas las entidades estatales puesto que al eliminar del texto del anterior artículo 82, la expresión "controversias y litigios

⁴⁴ Entre otras, se citan las siguientes sentencias proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado: de 22 de abril de 2009, Exp. 35700; de 21 de mayo de 2008, Exp. 33643; de 13 de mayo de 2009, Exp. 385855.

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

administrativos", que fue reemplazado por la frase "*controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas*", permitió incluir a todas las entidades estatales, sin importar la función que cumplan, ni el régimen jurídico que les sea aplicable, ni el tipo de controversia de que se trate (contractual, nulidad y restablecimiento del derecho, responsabilidad extracontractual, etc.); de tal suerte que se adoptó un criterio predominantemente subjetivo u orgánico, en el cual lo importante es la naturaleza del órgano o sujeto que actúa y no la de su actividad, dejando atrás el criterio material u objetivo, que permitía distinguir entre las actividades de las entidades públicas que correspondían a una función administrativa y aquellas que no. De esta manera corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo el conocimiento de las controversias suscitadas en la actividad estatal, con las excepciones previstas en el artículo 2° de la misma ley⁴⁵.

De conformidad con el análisis anterior, resulta claro que las controversias en las cuales una de las partes es el Banco de la República por el sólo hecho de ser una entidad estatal, deben ser dirimidas por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, razón por la cual compete a la Sala asumir el conocimiento del recurso de anulación interpuesto contra el laudo arbitral de 17 de marzo de 2009, que resolvió la controversia suscitada entre el Banco de la República y la firma H. Rojas Limitada, por la ejecución del contrato No. 02310300 de 16 de septiembre de 2003, cuyo objeto consistía en la construcción de la obra de la Central de Efectivo del Banco.

El recurso fue formulado dentro de la oportunidad establecida por el inciso primero del artículo 161 del Decreto 1818 de 1998,⁴⁶ toda vez que la notificación del auto No 58, mediante el cual el Tribunal denegó la solicitud de aclaración y complementación del laudo arbitral dictado de 17 de marzo de 2009, se cumplió en estrados el 1° de abril de 2009⁴⁷ y los recursos de anulación fueron presentados por las partes convocante y convocada el 7 y 8 de abril de 2009, respectivamente⁴⁸

⁴⁵ "Artículo 2°. Derógase el artículo 30 de la Ley 446 de 1998 y las demás normas que le sean contrarias.

"Parágrafo. Sin perjuicio de lo previsto en el presente artículo, se mantiene la vigencia en materia de competencia, de las Leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2000."

⁴⁶ El artículo 161 del Decreto 1818 de 1998 dispone que el recurso de anulación deberá interponerse por escrito presentado ante el Tribunal de Arbitramento dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija aclare o complemente.

⁴⁷ Ver folio 469, cd. C. Estado.

⁴⁸ Ver folios 471 y 477, cd. C. de Estado.

Verificado el cumplimiento de los presupuestos anotados, la Sala avocará el conocimiento de los recursos interpuestos.

2.2. El Recurso de anulación. Naturaleza y características.

La Sala ha precisado en reiterada jurisprudencia⁴⁹, la naturaleza, características y particularidades que identifican el recurso de anulación, aspectos que se concretan de la siguiente manera:

- i) El recurso de anulación de laudos arbitrales, es de carácter excepcional, restrictivo y extraordinario, sin que constituya una instancia más dentro del correspondiente proceso.
- ii) El recurso tiene como finalidad controvertir la decisión contenida en el laudo arbitral por errores in procedendo (por violación de leyes procesales), que comprometen la ritualidad de las actuaciones, por quebrantar normas reguladoras de la actividad procesal, desviar el juicio o vulnerar las garantías del derecho de defensa y del debido proceso, pero a través de él, no puede pretenderse atacar el laudo por cuestiones de mérito o de fondo, errores in iudicando (violación de leyes sustantivas), es decir, para examinar si el Tribunal de Arbitramento obró o no conforme al derecho sustancial (falta de aplicación de la ley sustantiva, indebida aplicación o aplicación errónea), ni tampoco para revivir un nuevo debate probatorio o considerar si hubo o no un error en la valoración de las pruebas o en las conclusiones a las cuales arribó el correspondiente Tribunal, puesto que el juez de anulación no constituye superior jerárquico del Tribunal de Arbitramento y en consecuencia, no podrá intervenir en el juzgamiento del asunto de fondo y de esta manera modificar las decisiones plasmadas en el laudo, por no compartir sus criterios y razonamientos.
- iii) Excepcionalmente, el juez de anulación podrá corregir o adicionar el laudo

⁴⁹ Entre otras sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado se destacan las siguientes: de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326; de 12 de noviembre de 1993, Exp. 7809; de 24 de octubre de 1996, Exp. 1 1632; de 16 de junio de 1994, Exp. 6751; de 18 de mayo de 2000, Exp. 17797; de 23 de agosto de 2001, Exp. 19090; de 28 de abril de 2005, Exp. 25811; de 4 de julio de 2002, Exp. 21217; de 20 de junio de 2002, Exp. 19488; de 4 de julio de 2002, Exp. 22.012; de 10 de agosto de 2002, Exp. 21041; de 25 de noviembre de 2004, Exp. 25560; de 8 de junio de 2006, Exp. 32398; de 4 de diciembre de 2006, Exp. 32871; de 26 de marzo de 2008, Exp. 34071; de 13 de agosto de 2008, Exp. 34594.

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

en aquellos eventos en que prospera la causal de incongruencia, por no haberse decidido la totalidad de los asuntos sometidos al conocimiento de los árbitros o por haberse pronunciado sobre aspectos que no estuvieron sujetos a la decisión de los mismos o por haberse concedido más de lo pedido, de conformidad con las causales previstas en los numerales 4° y 5°, del artículo 72, de la Ley 80 de 1993.

- iv) Los poderes del juez del recurso de anulación están restringidos por el denominado "principio dispositivo";, el cual le impone limitarse exclusivamente a lo solicitado por el recurrente en la formulación y sustentación del recurso, el objeto que con él se persigue y ello, obviamente, dentro de las precisas y taxativas causal es que la ley consagra⁵⁰; en consecuencia, no le es permitido al juez de anulación interpretar lo expresado por el recurrente para entender o deducir la causal invocada y menos aún pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del correspondiente recurso de anulación.⁵¹
- v) El recurso de anulación procede contra laudos arbitral es debidamente ejecutoriados, como excepción al principio de intangibilidad de las sentencias en firme; *"tal excepcionalidad es pues, a la vez, fundamento y límite de los poderes del juez de la anulación, para enmarcar rígidamente el susodicho recurso extraordinario dentro del concepto de los eminentemente rogados."*⁵²
- vi) Teniendo en cuenta el carácter restrictivo que identifica el recurso de anulación, su procedencia está condicionada a que se determinen y sustenten, debidamente, las causales que de manera taxativo se encuentran consagradas por la ley para ese efecto; por lo tanto, el juez de la anulación debe rechazar de plano el recurso cuando las causales que se invoquen o propongan no correspondan a alguna de las señaladas en la ley (Artículos 128 de la ley 446 de 1998 y 164 del Decreto 1818 de 1998).

2.3. Causales de nulidad del laudo arbitral dictado en controversias de naturaleza contractual.

⁵⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326; en el mismo sentido pueden consultarse las sentencias de 4 de agosto de 1994, Exp. 6550 y de 16 de junio de 1994, Exp. 6751.

⁵¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, Exp. 32871.

⁵² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326.

Radicación: 36838
 Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
 Recurso de Anulación

Las causal es de anulación de los laudos arbitrales se encuentran previstas en dos normas a saber: la Ley 80 de 1993 y el Decreto 1818 de 1998, compilatorio del Decreto 2270 de 1989, circunstancia que generó diversas posturas a nivel jurisprudencial y doctrinal debido a que las causales previstas en uno y otro texto normativo no coincidían en su totalidad. En efecto, mientras que el artículo 72 de la Ley 80 de 1993⁵³, previó cinco causales de anulación para impugnar el laudo arbitral, el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, estableció nueve.⁵⁴

Con la entrada en vigor de la Ley 1150 de 2007⁵⁵, a partir del 16 de enero de

⁵³ El artículo 72 de la Ley 80 de 1993 antes de la modificación introducida por el artículo 22 de la Ley 1150 de consagraba:

"Son causales de anulación del laudo los siguientes:

1° Cuando sin fundamento legal no se decretaren pruebas oportunamente solicitadas, o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos.

2° Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.

3° Contener la parte resolutoria del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el Tribunal de Arbitramento.

4° Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido.

5° No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento."

⁵⁴ El artículo 163, señala como causales de anulación adicionales a las previstas en el antiguo artículo 72 de la Ley 80 de 1993 las siguientes:

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

"1. La nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita.

Los demás motivos de nulidad absoluto o relativo sólo podrán invocarse cuando hayan sido alegados en el proceso arbitral y no se hayan saneado o convalidado en el transcurso del mismo.

"2. No haberse constituido el Tribunal de Arbitramento en forma legal, siempre que esta causal haya sido alegado de modo expreso en la primera audiencia de trámite.

"3. Numeral declarado NULO {El Consejo de Estado mediante, sentencia del 8 de abril de 1999, Expediente 5191 declaró nulo el numeral 3° del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 por haber sido derogado por el artículo 167 de la Ley 446 de 1998.

(...)

"5. Haberse proferido el laudo después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral o su prórroga.

⁵⁵ La Ley 1150 de 2007, fue promulgada el 16 de julio del mismo año, en el Diario Oficial No. 46691 fecha en la cual entraron en vigencia los artículos 9° y 17; los demás artículos empezaron a regir 6 meses después de su publicación, con excepción del artículo 6° que entrará en vigor después de 18 meses.

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

2008, se modificaron algunos aspectos referidos a las causales de anulación de laudos arbitrales dictados para resolver las controversias originadas en contratos estatales. La citada Ley 1150⁵⁶ en su artículo 22, modificatorio del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, determinó que las causales de nulidad que podían invocarse para impugnar los laudos arbitrales dictados para solucionar las controversias suscitadas en contratos estatales eran las mismas que se encontraban contenidas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989⁵⁷, norma que reúne nueve (9) causales de anulación que pueden ser invocadas válidamente para impugnar los laudos arbitrales.

⁵⁶ El artículo 22 de la Ley 1150 de 2007, modificatorio del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, prescribe lo siguiente:

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

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

Son causales de anulación del laudo las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 o las normas que lo modifiquen, deroguen o sustituyan".

⁵⁷ Las causales de anulación contenidas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 fueron compiladas por el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

"Son causales de anulación del laudo las siguientes:

1. La nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita. Los demás motivos de nulidad absoluta o relativa sólo podrán invocarse cuando hayan sido alegados en el proceso arbitral y no se hayan saneado o convalidado en el transcurso del mismo.

2. No haberse constituido el tribunal de arbitramento en forma legal, siempre que esto causal haya sido alegada de modo expreso en la primera audiencia de trámite.

3. No haberse hecho las notificaciones en la forma prevista en este decreto, salvo que de la actuación procesal se deduzca que el interesado conoció o debió conocer la providencia.

4. Cuando sin fundamento legal se dejaren de decretar pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias para evacuarlas siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos.

5. Haberse proferido el laudo después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral o su prórroga.

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

7. Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento

8. Haber recaída el laudo sobre puntos no sujetos o decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido y

9. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

Se admite entonces que la Ley 1150 de 2007, unificó el régimen de las causales de anulación del laudo arbitral, en lo medida en que las causales contenidas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, son las mismas consagradas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998⁵⁸, por ser esta última norma la que compiló las causales consagradas en el artículo 38 del Decreto 2279 referido, de tal suerte que independientemente de que el contrato que haya suscitado la controversia decidida por los árbitros, se encuentre regido por el Estatuto Contractual o por el régimen de derecho privado, las causales que podrán invocarse para impugnar el laudo arbitral serán siempre las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 compilado por el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, invocando en cada caso la norma que resulte aplicable. De otra parte la ley 1150, eliminó la limitación impuesta por el derogado artículo 72 de la Ley 80 de 1993, disposición que tan solo había consagrado cinco causales.⁵⁹

Resulta pertinente precisar que el numeral 2° del artículo 167 de la Ley 446 de 1998, derogó expresamente el numeral 3°⁶⁰ del artículo 38 del citado decreto y como quiera que el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, reprodujo el numeral 3° derogado, el Consejo de Estado, mediante sentencia de 8 de abril de 1999, lo declaró nulo, precisamente por haber compilado una norma que no se encontraba vigente.

En este contexto resulta claro que las causales de nulidad que pueden invocarse contra laudos arbitrales pronunciados para resolver las controversias que se

⁵⁸ Según la jurisprudencia de la Sala, las causal es del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, proceden para impugnar los laudos arbitrales dictados para dirimir las controversias suscitadas en contratos celebrados por el Estado que se regulan por un régimen de derecho privado; estas causales corresponden o las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 que son las mismas a las cuales se refirió el artículo 22 de la Ley 1150 de 2007 para impugnar los laudos arbitrales dictados para dirimir controversias suscitadas en contratos estatales regidos por la Ley 80 de 1993.

⁵⁹ Resulta pertinente precisar que en sentencia dictada el 29 de enero del presente año, Expediente No. 35485, la Sala estableció, en relación con la causal contenida en el numeral 1° del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, *"que como consecuencia de la modificación introducida por el artículo 22 de la Ley 1150 de 2007 al artículo 72 de la Ley 80 de 1993, respecto de los causales de anulación de los laudos arbitrales proferidos en controversias surgidas por razón o con ocasión de la contratación estatal, la nulidad del pacto arbitral deberá ser alegado de manera expreso por el recurrente con referencia a la causal autónoma que así lo consagra en el numeral 1° del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, norma cuya redacción quedó incorporada en el numeral 1° del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 "Por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos" "*

⁶⁰ El numeral 3° del artículo 38 del Decreto 2279 de 1998 establecía: *"No haberse hecho las notificaciones en la forma prevista en éste decreto, salvo que de la actuación procesal se deduzca que el interesado conoció o debió conocer la providencia."*

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

susciten en relación con contratos celebrados por el Estado, independientemente del régimen jurídico que los gobierna, (régimen de derecho privado o el consagrado en el estatuto contractual del Estado) son las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, en la forma en que fue modificado por la Ley 446 de 1998.

2.4. Las causales de anulación invocadas por la parte convocante.

Primer cargo:

El primer cargo formulado por la empresa convocante contra el laudo arbitral, corresponde a la causal de anulación prevista en el numeral 2° del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, compilado por el artículo 163-2 del Decreto 1818 de 1989, a cuyo tenor: .

"Son causales de anulación del laudo las siguientes:

(...)

2. No haberse constituido el Tribunal de Arbitramento en forma legal, siempre que esta causal haya sido alegada de modo expreso en la primera audiencia de trámite."

El impugnante sustenta la causal de anulación en el hecho de que al momento de constituirse el Tribunal de Arbitramento, las partes no determinaron si se trataba de un arbitramento institucional o legal pero que el Tribunal al constituirse se acogió a las reglas fijadas por la Cámara de Comercio de Bogotá para los arbitramentos que se surtan ante la misma, razón por la cual, entiende que el arbitramento es institucional sin que hubiese lugar a descontar los periodos de suspensión acordados por las partes de conformidad con el artículo 14 del Reglamento de la Cámara de Comercio.

También señaló que si bien es cierto que al momento de la instalación del Tribunal la convocante no reprochó la situación irregular ello en manera alguna significa que la causal no se hubiere configurado. Agregó que el arbitramento inicialmente se manejó como institucional pero que luego, con el transcurso de los días, se le dio el tratamiento de arbitramento legal; conclusión a la cual arribó, según lo afirmó, después de la lectura de varias de las providencias emitidas por el citado Tribunal.

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

Consideraciones de la Sala sobre la causal segunda referida.

La integración del Tribunal de Arbitramento y el desarrollo de la primera audiencia de trámite, encuentran regulación en los artículos 119 a 120 de la Ley 446 de 1998, reglamentada por los artículos 127 a 138 del Decreto 1818 de 1998, así que la pretermisión de estos mandatos da lugar a que se configure la causal que ha sido invocada por el recurrente.

Ha dicho la Sala⁶¹ que esta causal se asocia tradicionalmente con las irregularidades que pueden presentarse durante la etapa "prearbitral", respecto de aquellos trámites orientados a la instalación del Tribunal de Arbitramento, como la designación de árbitros, recepción y trámite de la demanda y su contestación, notificaciones, el diligenciamiento de las excepciones previas o de mérito, la fijación y pago de honorarios ó la conducción de la audiencia de conciliación, entre otras; es decir que los hechos irregulares deben tener ocurrencia antes de la primera audiencia de trámite, puesto que el tribunal de arbitramento se integra en esta etapa.

También precisó la Sala en la misma sentencia⁶² que la "**constitución**" del tribunal de arbitramento no se reduce única y exclusivamente a la ejecución de los pasos previstos en el citado "trámite prearbitral" y, mucho menos, se equipara al simple concepto de "instalación", en la medida en que el tribunal única y exclusivamente puede constituirse, esto es, ejercer jurisdicción, a partir de la existencia de una cláusula compromisario, pacto o compromiso que así lo habilite, por expreso mandato constitucional. Así, para la constitución de un tribunal de arbitramento se exige como requisito sine qua non la habilitación de las partes, tal como lo prescribe el artículo 116 de la Carta Superior, "toda vez que "el ejercicio de la función jurisdiccional por parte de los particulares es restringido y de carácter voluntario, lo que fuerza concluir que sin que medie cláusula compromisario, pacto o compromiso, según el caso, no es posible que aquellos ejerzan jurisdicción y, en consecuencia, ante la ausencia de este requisito esencial se vicia de ilegalidad no sólo la constitución del Tribunal de Arbitramento sino todos aquellos actos que éste profiera; de allí que el traslado de jurisdicción y ejercicio de competencia requiere una "[...] estricta sujeción a los linderos que clara y expresamente señalan la Constitución y la ley [...]" al punto que el juez excepcional debe poseer competencias explícitas, que en ningún caso pueden ser sobreentendidas o

⁶¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 20 de febrero de 2008, Exp. 33670.

⁶² Sentencia de 20 de febrero de 2008, Exp. 33670.

*implícitas.*⁶³

Ahora bien, el momento en el cual debe alegarse de manera expresa e inequívoco la irregularidad en la conformación del Tribunal, los posibles problemas de la cláusula arbitral o del compromiso, o su inexistencia, en cuanto que estos aspectos como ya se dijo, determinan que el Tribunal no se integre en debida forma, es en la primera audiencia de trámite, toda vez que ello constituye requisito de procedibilidad de la causal, tal como lo ha sostenido la Sala en el siguiente pronunciamiento:

"En estas condiciones, para la Sala la causal no puede prosperar, porque la ley estableció un momento procesal específico para hacer uso de esta facultad y debatir este tipo de problemas, lo que significa, desde el punto de vista de la ley, que no cualquier etapa del proceso se puede aprovechar para ejercer ese derecho.

"Al analizar esta causal se advierte que la ley contempla la posibilidad de que la constitución irregular del tribunal de arbitramento se sanee, en caso de que no se alegue este vicio en la oportunidad procesal prevista, es decir en la primera audiencia de trámite. Esta conclusión se deduce de la configuración normativa que tiene dicha causal, pues si la ley contempla una única oportunidad para hacerlo, su ejercicio por fuera de ella resulta improcedente. (...)

"Esta decisión no contradice el deber constitucional que asiste al juez de hacer prevalecer el derecho sustancial sobre el procesal –art. 228 CP-, pues el hecho de que el recurrente expresara su inconformidad frente a la constitución del tribunal de arbitramento, en un momento procesal inoportuno, no convalida su comportamiento omisivo en la primera audiencia de trámite para los efectos de la futura interposición del recurso de anulación. Es comprensible la preocupación de la parte demandada en un proceso arbitral, por ayudarse, tan pronto (e es posible, de cuantos argumentos disponga, tendientes a lograr que el Tribunal no asuma la competencia -lo que razonablemente explica que haya alegado este hecho inmediatamente se notificó el auto admisorio de la demanda. Ello sin embargo, no reemplaza el cumplimiento de la condición que prevé la ley para que la causal de

⁶³ Cita original del texto. Sentencia C-294/95 de la Corte Constitucional.

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

anulación pueda aceptarse.

"De manera que, siendo la primera audiencia de trámite el momento en el cual el Tribunal avoca o no la competencia, no resulta apenas una exigencia formal el cumplimiento del requisito que se echa de menos, pues, es en este instante donde se define un asunto de semejante envergadura para el proceso.

*"En otras palabras, la alegación de estos hechos no puede hacerse ni antes ni después de la etapa especialmente señalada por el legislador, para que surta efectos en la estructuración de la causal de anulación, pues se impone como carga, al futuro recurrente, hacerlo de manera oportuna en la etapa procesal correspondiente."*⁶⁴

Quiere decir que para la procedibilidad de la causal es requisito sine qua non que el recurrente haya alegado expresamente dicha situación, durante el desarrollo de la primera audiencia de trámite y, por lo tanto, para que el juez de anulación analice la causal alegada por el recurrente resulta imprescindible verificar el cumplimiento del requisito de procedibilidad, en cumplimiento del mandato contenido en el numeral 2° del artículo 163 del decreto 1818. En todo caso, si la parte interesada no alega la causal en la oportunidad prevista por la ley, la indebida integración del Tribunal se entiende subsanada.

Caso concreto

Examinado el trámite seguido por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, según las pruebas aportadas al proceso, se observa lo siguiente:

- La firma H. Rojas limitada presentó demanda el 17 de agosto de 2006, con el propósito de convocar el Tribunal de Arbitramento.⁶⁵
- El Director del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá adelantó las comunicaciones tanto a las partes como al Procurador Judicial en lo Administrativo.⁶⁶

⁶⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de mayo 24 de 2006. Exp. 34.024.

⁶⁵ Folios 1 a 7, cd, principal No. 1.

⁶⁶ Folios 13 a 18, cd, principal 1.

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

- La diligencia de nombramiento de árbitros se cumplió el 25 de agosto de 2006, previa citación de las partes. En el Acta correspondiente se dejó constancia que en representación de H. Rojas y Asociados Limitada, asistió el apoderado judicial y a su vez, por la parte convocada, se hizo presente el representante legal del Banco de la República acompañado del señor Germán Eduardo Nieto Olivar; asistió también el abogado del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá. Los representantes de las partes solicitaron de común acuerdo la suspensión de esta reunión para que se fijara como nueva fecha para continuarla, el 29 de agosto de 2006, fecha en la cual de nuevo solicitaron la suspensión indicando como fecha el 5 de septiembre del mismo año.
- Previa citación a las partes, la reunión de designación de árbitros tuvo lugar el 5 de septiembre de 2006, éstas de común acuerdo eligieron a dos de ellos.⁶⁷ En esta misma fecha las partes solicitaron la suspensión de la reunión y concretamente el sorteo para la designación del tercer árbitro, diligencia que se llevó a cabo el 12 de septiembre de 2006, mediante la modalidad de sorteo público y de esta manera quedó integrado el Tribunal de Arbitramento.⁶⁸
- La parte convocante, en memorial presentado el 6 de octubre de 2006, manifestó su voluntad de sustituir la demanda con un nuevo libelo que obra en el expediente.⁶⁹
- El Tribunal se declaró legalmente instalado el 9 de octubre de 2006, se nombró Presidente del Tribunal, secretaria principal y suplente y Secretario Ad-hoc para dicha audiencia, se admitió la demanda sustitutiva, y se ordenó su notificación y traslado. Igualmente se reconoció personería para actuar al abogado de la parte convocante según consta en consta en el Acta No. 1.⁷⁰ (fl. 104, cd. ppal 1)
- La primera audiencia de trámite se realizó el 22 de marzo de 2007, la cual consta en el acta No. 7⁷¹, en dicha audiencia las partes no hicieron cuestionamiento u observación alguna en relación con la integración o instalación del Tribunal de Arbitramento y tampoco lo hicieron en

⁶⁷ Folio 29 a 30, cd. principal No. 1.

⁶⁸ Folio 50, cd. principal No. 1

⁶⁹ Folios 66 a 267, cd principal No 1.

⁷⁰ Folio 270 a 272, cd. principal No. 1

⁷¹ Folio 255 a 295, cd. principal No. 3.

oportunidad anterior.

El argumento expuesto por la recurrente para aducir la causal invocada tiene que ver con el hecho de que al momento de constituirse el Tribunal en la sede de la Cámara de Comercio, aspecto que consideró de "*cardinal importancia*", no se determinó si obedecía a un arbitramento institucional o legal; igualmente señaló, que al momento de su constitución y cita como fecha de ésta, el 22 de marzo de 2007, al acogerse el Tribunal a las reglas fijadas por la Cámara de Comercio, se entendió que era institucional.

La Sala examinará los argumentos expuestos a fin de determinar si éstos dan lugar a configurar la causal de nulidad alegada.

En la cláusula compromisoria pactada por las partes, cláusula décimo octava del contrato, éstas acordaron que el Tribunal que se constituyera debía sujetarse a lo dispuesto por la Ley 446 de 1998 y el Decreto 1818 de 1998 o por los disposiciones que los reglamenten o modifiquen y a continuación fijó unas reglas, entre ellas que la "organización interna del arbitramento, se regiría por las normas prevista por el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C."

La cláusula citada al señalar como premisa que el Tribunal deberá ceñirse a lo dispuesto por la Ley 446 de 1998 y su Decreto Reglamentario claramente está previendo que el arbitramento es de carácter legal, es decir, que el procedimiento a seguir sería aquel que se encontraba previsto en las citadas normas; cosa bien distinta es que las partes hayan acordado que para la "organización interna" y solo para ello, debía regirse por las normas de la Cámara de Comercio, lo cual no convierte al Tribunal en institucional.

Entendida la organización interna⁷² como un grupo o colectividad de personas que

⁷² Robert Miles define una organización como "una coalición de grupos de interés, que comparten una base común de recursos, que rinden homenaje a una misión común y que dependen de un contexto mayor para su legitimidad y desarrollo.

Una organización es una coalición en el sentido de que los grupos de interés creados por la división del trabajo son sustancialmente interdependientes. Estos grupos de interés y los resultados que derivan del trabajo están unidos por las circunstancias frecuentes de que cada grupo realiza sólo una "parte" del producto o de la misión de la organización, y por el hecho de que deben compartir una base común de recursos y negociar parte de esos recursos.

Decimos que estos grupos de interés "rinden homenaje" a una misión común, en el sentido de que deben adherirse a la misión o propósito de la organización, al menos públicamente, aunque frecuentemente formulen objetivos que no están de acuerdo con esa misión sino con sus intereses

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

tienen intereses comunes, que se unen para buscar una solución a sus problemas, para aportar ideas y de esta manera obtener una mayor eficiencia en su desempeño, no podría admitirse que cuando en la cláusula compromisoria las partes pactaron que para *"La organización interna del arbitramento se regirá por las normas previstas, para el efecto, por el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá, D.C.;* estaban determinando que el Tribunal era institucional.

De otra parte el recurrente incurre en imprecisiones, al manifestar que la constitución del Tribunal se cumplió el 22 de marzo de 2007, cuando la verdad es que en esta fecha se celebró la primera audiencia de trámite, es decir, cuando ya se encontraba constituido e instalado el Tribunal, como también, al pretender que se ubique como causal de nulidad del laudo una situación que no constituye irregularidad en la conformación del Tribunal, puesto que de aceptarse que no se dijo cuál era la clase de arbitramento que se adoptaría, tal situación en manera alguna comporta una causal que comprometa la validez del laudo, menos aún cuando las partes en la cláusula compromisoria del contrato de obra civil No. 02310300, sí convinieron que el arbitramento se regiría por las normas de la Ley 446 de 1998 y el Decreto 1818 del mismo año, es decir, que el arbitramento sería legal.

A lo anterior se agrega que la parte recurrente no hizo observación alguna en la oportunidad debida, esto es, hasta el momento de adelantarse la primera audiencia de trámite en relación con la supuesta indebida integración del Tribunal, requisito de procedibilidad indispensable para acudir en recurso de anulación, en consecuencia, cualquier irregularidad que se hubiere presentado se entendería saneada o subsanada y por lo tanto, no sería susceptible de ser cuestionada en la oportunidad de formular el recurso de anulación.

personales. "(Miles,PH., Macro Organizacional Behavior, Glenview, Il I., Scott Foresman and Co., 1980, P. 51)

Richard Hall define una organización como "una colectividad con unos límites relativamente identificables, un orden normativo, rangos de autoridad, sistemas de comunicaciones v sistemas de pertenencia coordinados. Esta colectividad' existe de manera relativamente continua en un medio y se embarca en actividades que están relacionadas, por lo general, con un conjunto de objetivos". (Hall., R., Organizaciones: estructura y proceso. 3a. ed Englewood Cliffs, Nj. Prentice Hall Intl, 1983, pag.33.)

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

Conclusión.

Establecidas las situaciones fácticas, se impone precisar que el trámite adelantado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, estuvo ajustado a las prescripciones contenidas en los artículos 127 y siguientes del Decreto 1818 de 1998, y la designación de los árbitros se hizo de conformidad con lo acordado por las partes en la Cláusula Compromisoria, por tal razón, no habría fundamento jurídico alguno para cuestionar que la integración del Tribunal se hizo de manera irregular con el simple argumento de que las partes no señalaron en la cláusula compromisoria qué clase de Tribunal debía constituirse.

Así las cosas, resulta claro que el cargo carece de fundamento.

Segundo cargo.

El segundo cargo formulado contra el laudo arbitral corresponde o lo causal previsto en el numeral 4° del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, que o lo letra dice:

"4. Cuando sin fundamento legal se dejaren de decretar pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias para evacuarlas siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos".

El cuestionamiento formulado al laudo arbitral se concreta en la presunta irregularidad en la práctica de las pruebas de inspección judicial y exhibición de documentos, porque según el recurrente, éstos debían ser evacuados directamente por el Tribunal sin que pudiera delegar esta facultad en las partes o en terceros, lo cual ocurrió al ordenar de una parte, que la totalidad de los documentos exhibidos en el curso de la diligencia de inspección quedaron a disposición de las partes quienes podían consignar sus observaciones respecto de los hechos, personas o cosas objeto de lo diligencia.

Agregó que el artículo 162 de la Ley 446 de 1998, al haber excluido como legislación permanente los numerales 4° y 5° del artículo 21 del Decreto 2651 de 1991, dejó a las partes del proceso sin la posibilidad de practicar las pruebas de común acuerdo y entre ellos lo referente a la inspección judicial, diferente a lo sucedido con la prueba pericial, testimonial y de interrogatorio de parte, que

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

necesariamente debe ser practicada por el juez.

También cuestionó la irregularidad en la evacuación de la prueba pericial financiera, al no permitirse su complementación en puntos concretos de vital importancia que impidieron el reconocimiento económico en el laudo arbitral. Manifestó su inconformidad por el hecho de que el Tribunal hubiere corrido traslado a las partes, de las complementaciones y aclaraciones al dictamen pericial contable, decisión que el impugnante dice haber recurrido en su momento.

Dijo no compartir la apreciación del Tribunal expresada en auto No. 54, contenido en el acta No. 41, al determinar que el dictamen pericial una vez rendido puede ser objeto de complementaciones y aclaraciones las cuales una vez resueltas serán trasladadas a las partes pero que las mismas no pueden ser objeto de nuevas objeciones y sus consecuentes aclaraciones y complementaciones, puesto que con esta postura se privó a la convocante del reconocimiento de los valores reconocidos por la pericia técnica, aclarando que el laudo reconoció el pago que el perito financiero ponderó y que había sido establecido en el primer experticio técnico más no aquellos rubros que el dictamen técnico estableció en sus aclaraciones y complementaciones, las cuales no fueron incluidas por el experto financiero en su complementación y tampoco fueron materia de condena en el fallo impugnado.

Acusó irregularidad en la designación de la Sociedad Colombiana de Ingenieros como perito técnico acordado por las partes, por cuanto dicha sociedad no contaba con la licencia expedida por la autoridad competente al tenor de lo previsto por el numeral 3° del artículo 9° del C de P. C. y por tal razón, adujo que la producción de la prueba pericial técnica había sido irregular y ella constituyó el soporte fundamental para la exoneración de responsabilidad y la imposición de condenas.

Consideraciones sobre esta causal de anulación.

Para que la causal de anulación consagrada en el numeral 4° del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 pueda prosperar, se requieren los siguientes presupuestos: i) Que sin fundamento legal se omita decretar las pruebas que hayan sido legal y oportunamente solicitadas; ii) Que aún estando debidamente decretado la prueba que fue solicitada, ésta deje de practicarse sin justificación alguna; iii) Que esta omisión tenga incidencia en la decisión y iv) Que el afectado haya reclamado en la forma y oportunidad prevista por la ley.

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

Como se observa, la causal de anulación a la cual se ha hecho referencia corresponde estrictamente a la omisión del juez en decretar la prueba o cuando aún después de decretada deja de practicarla. Mediante esta causal no es posible controvertir aspectos que tuvieron ocurrencia durante la práctica de la prueba, dado el carácter taxativo de la causal de anulación que impide una aplicación extensiva o situaciones similares pero que no tienen nodo que ver con la negativa a decretar la prueba o a practicarla.

La causal indicada no puede interpretarse como un mecanismo para que el recurrente pueda abrir de nuevo el debate probatorio y de esta manera obtener el reexamen de la prueba recaudada en el proceso, puesto que el juez de anulación no constituye una instancia más ni es superior jerárquica del Tribunal de Arbitramento, como para que pueda cuestionar el valor probatorio dado por el Tribunal a cada una de las pruebas que sirvieron de fundamento para tomar sus decisiones y, por lo tanto, hacer un pronunciamiento de fondo, puesto que ello es materia ajena al recurso de anulación.

Para la prosperidad de la causal prevista en el numeral 4º, el recurrente también deberá acreditar que, ante la negativa del juez en el decreto de la prueba o de su omisión en practicarla, procedió a presentar la reclamación respectiva en tiempo oportuno, esto es, mediante la interposición del recurso de reposición contra el auto que denegó la prueba, según lo dispuesto por el artículo 31 del Decreto 2279 de 1989 o en el evento de que la prueba hubiere sido decretada mas no practicada, tal reclamación deberá formularse a más tardar en la audiencia en la cual el Tribunal fijó fecha para los alegatos, toda vez que es en este momento en el cual se cierra la etapa probatoria, sin perjuicio de lo prescrito por el artículo 155 del Decreto 1818 de 1998.

El caso concreto.

Examinado el expediente se advierte que mediante auto No. 9 de 22 de marzo de 2007, el Tribunal de Arbitramento se pronunció sobre las pruebas solicitadas por las partes tanto en la demanda arbitral como en la demanda de reconvención y en las respectivas contestaciones y escritos presentados por ellas.

En relación con las pruebas solicitadas por la parte convocante tanto en la demanda arbitral como en la contestación de la demanda de reconvención y en el escrito en el cual se pronunció sobre las excepciones formuladas en la

contestación de la demanda arbitral, el Tribunal, respecto de los dictámenes financiero y contable (pruebas que el impugnante cuestiona en el recurso de anulación), ordenó lo siguiente:

"4. Dictamen Pericial Financiero y Contable.

*Se decreta la práctica del dictamen pericial solicitado en los términos indicados en el ordinal o del acápite de la demanda. (...) El dictamen decretado deberá ser rendido por el perito financiero y contable para establezca, determine y cuantifique los montos correspondientes a los perjuicios reclamados en la demanda (daño emergente y lucro cesante). Para dicho experticio el perito deberá tener en cuenta las pruebas aportadas al proceso así como todas aquellas que considere pertinentes. En desarrollo de su dictamen deberá absolver el siguiente cuestionario (...)*⁷³

En cuanto a la inspección judicial con intervención de perito Ingeniero Civil especializado en obras civiles ordenó:

"5. Inspección judicial con intervención de perito Ingeniero Civil especializado en obras civiles."

*"Se decreta la práctica de una inspección judicial con intervención de un perito ingeniero civil especializado en obras civiles de acuerdo con lo expresado por la parte convocante en el ordinal E del acápite de pruebas de la demanda (...) inspección que se llevará a cabo en el lugar donde se adelantaron las obras correspondientes a la Central de Efectivo del BANCO DE LA REPÚBLICA, ubicada en el costado sur oriental de la intersección de la Avenida 68 con la Avenida El Dorado. Según lo solicitado por la parte convocante, la inspección tiene como finalidad establecer las obras ejecutadas, las cantidades de obra desarrolladas y demás elementos que sean trascendentales para el proceso arbitral. Para rendir su dictamen el perito deberá absolver el siguiente cuestionario: (...)"*⁷⁴

Sobre la inspección judicial con exhibición de documentos el Tribunal ordenó lo siguiente:

⁷³ Folio 267, cd. principal No. 3.

⁷⁴ Folio 268, cd. principal No. 3.

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

"6. Inspección judicial con exhibición de documentos."

"Se decreta la práctica de una inspección judicial con exhibición de documentos de acuerdo con lo solicitado por la parte convocante en el ordinal F del acápite de pruebas de la demanda y en el escrito mediante el cual se pronuncia respecto del traslado de las excepciones (...).

La inspección se llevará a cabo en las dependencias del Banco de la República ubicadas en la calle 16 No. 6-34 piso 11 de Bogotá, o en lugar que se indique al momento de la diligencia, y en ella se exhibirá toda la documentación e información relacionada con la etapa contractual, correspondencia cruzada entre las partes, actas del comité técnico, libros de obra, bitácora, planos que contienen las etapas estimadas de desarrollo de la obra, contrato de interventoría, contrato de diseño hidráulico, contrato de diseño urbano, contrato de Dirección General suscrito con CUELLAR SERRANO GÓMEZ y en general todos los demás contratos y documentos relacionados con el contrato No. 02310300 y sus otrosí, con los cuales según afirma la parte convocante, busca demostrar entre otros aspectos, los siguientes(...)

Adicionalmente deberá exhibirse toda la documentación e información relacionada con los Contratos, Ordenes de servicio o cualquier tipo de acuerdo o convenio que tenga o haya tenido el Banco de la República con los ingenieros Jaime Bateman y/o Juan Manuel Martínez Paz, con el fin de demostrar entre otros aspectos, los siguientes: (...)"⁷⁵

Contra el auto No. 9 mediante el cual se decretaron las pruebas la parte convocante no interpuso recurso de reposición toda vez que no le fue denegada ninguna de las solicitadas.⁷⁶ Quiere decir, que como a la empresa convocante no se le denegó prueba alguna, no se cumple el primer presupuesto requerido para la prosperidad de la causal encaminada a obtener la anulación del laudo, consistente en no haberse decretado las pruebas solicitadas.

En cuanto al segundo supuesto previsto en la norma sobre la prueba decretada y no practicada, es claro que tampoco se cumple, toda vez que las pruebas decretadas si fueron practicadas, concretamente las de inspección judicial con exhibición de documentos; el dictamen pericial financiero y el dictamen pericial

⁷⁵ Folio 269 a 270, cd. principal No. 3.

⁷⁶ Así lo consagran los artículos 11 del Decreto 1818 de 1998 y el artículo 31 del Decreto 2279 de 1989.

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

contable, todas solicitadas por la parte convocante; situación diferente es que el recurrente no comparta la forma en que se evacuó la prueba.

El hecho de que la totalidad de los documentos exhibidos en la diligencia de inspección judicial hubieren sido puestas a disposición de las partes para que pudieran ser examinados y, adicionalmente, para que pudieran aportar copia de aquellas que estimaron necesarias para fines probatorios y de interés en el proceso, en manera alguna configura el supuesto de omisión en la práctica de la prueba decretada, a la suma podría establecerse la existencia de alguna presunta irregularidad al evacuarse la prueba pero tal hecho no constituye uno de los presupuestos para que se configure la causal consagrada en el numeral 4° a que se ha hecho referencia.

El recurrente también objetó la presunta irregularidad en la evacuación de la prueba pericial financiero al no permitirse su complementación en aspectos concretos de vital importancia que impidieron el reconocimiento económico en el laudo arbitral.

El recurrente se dedica a cuestionar situaciones referidas al traslado a las partes de las aclaraciones y complementaciones a los dictámenes periciales, puesto que en unos casos, manifiesto que no debió efectuarse el traslado de éstas, por cuanto ello afectó sus intereses económicos y en otros casos considera que debieron hacerse más adiciones y complementaciones a las ya efectuadas al dictamen, para demostrar que tenía derecho a otros reconocimientos económicos; es decir, que lo pretendido es cuestionar las decisiones tomadas por el Tribunal con base en la prueba recaudada, según convenga o no a sus propios intereses, desvirtuando de plano la finalidad que tiene el recurso de anulación.

Disiente el recurrente de la decisión del Tribunal de Arbitramento, contenida en el auto No. 53 de 14 de agosto de 2008⁷⁷, mediante la cual ordenó dar cumplimiento a lo prescrito por el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, para que se corriera traslado a las partes y al Ministerio Público de las aclaraciones y complementaciones hechas al dictamen pericial financiero por el perito Jorge Hernán Melguizo decisión que fue recurrida y ahora es materia del recurso de anulación. Quiere decir que el recurrente, apartándose de toda lógica, cuestiona el cumplimiento dado por el Tribunal a las prescripciones de la ley procesal y la garantía del derecho de defensa y contradicción, que en el caso concreto permite a las partes oponerse al dictamen pericial, después de aclarado y complementado mediante el planteamiento de objeciones al mismo.

⁷⁷ Folio 513, cd. principal No. 6.

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

De otra parte, en relación con las decisiones contenidas en el mismo auto, controvierte la negativa del Tribunal a admitir que el dictamen pericial fuera complementado por segunda vez para que se tuvieran en cuenta los reconocimientos económicos que el experto técnico hizo en las aclaraciones y complementaciones al mismo; decisión que corresponde a la órbita del juez arbitral de conformidad con las normas procesales las cuales imponen que después de las complementaciones y aclaraciones hechas al dictamen pericial solo es posible presentar objeciones.

Otra de las acusaciones formuladas con base en esta causal de anulación tiene que ver con la presunta irregularidad en la designación de la Sociedad Colombiana de Ingenieros como perito, hecho que no corresponde a ninguno de los supuestos exigidos por la norma para que se configure la causal que ha sido invocada.

Conclusión.

Está claro que tanto la inspección judicial como la prueba pericial efectivamente fueron practicadas en el proceso, pero el recurrente no comparte las conclusiones a las cuales arribaron los peritos, las cuales fueron acogidas por el Tribunal de Arbitramento y pretende por vía del recurso de anulación que se examinen de nuevo para que se les otorgue el valor que se acomoda a sus intereses, como si a través de este medio extraordinario de impugnación pudieran examinarse de fondo las razones que tuvo el Tribunal para tomar sus decisiones; en todo caso; los supuestos esgrimidos por el impugnante en relación con la prueba pericial tanto de carácter técnico como contable y financiero no corresponde a ninguno de los previstos por la norma para que se configure la causal de anulación alegada, referida a la negativa del juez arbitral a decretar pruebas o a practicar aquellas que fueron decretadas; en consecuencia, la causal de anulación alegada no tiene vocación de prosperidad.

Tercer cargo:

Como tercer cargo formulado contra el laudo arbitral la sociedad convocante invocó la causal prevista en el numeral 5° del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, (numeral 5° del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998) cuyo texto es el siguiente:

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

"5. Haberse proferido el laudo después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral o su prórroga".

Según la sociedad impugnante, en la cláusula compromisario las partes pactaron someterse a un arbitramento institucional y por tal razón el Tribunal debía ceñirse a la reglamentación de la Cámara de Comercio, en cuyo artículo 14 estableció que el término de duración del mismo no podía ser mayor de seis (6) meses contados a partir de la primera audiencia de trámite, prorrogables por tres (3) meses más, es decir, que no podía superar los nueve (9) meses, incluidas las suspensiones.

Que como el Tribunal se instaló y surtió su primera audiencia de trámite el 22 de marzo de 2007, la fecha máxima para dictar el laudo era el 22 de septiembre del mismo año, teniendo en cuenta, de una parte, que el plazo no fue prorrogado por los árbitros y de otra, que las suspensiones se entendían incluidas dentro de este término, según lo dispuesto por el artículo 14 del reglamento de la Cámara de Comercio, no queda la menor duda que el laudo dictado el 17 de marzo de 2009, fue extemporáneo.

Consideraciones sobre la causal.

El presente cargo tiene estrecha relación con el primero formulado el cual fue objeto de análisis anteriormente. La causal invocada se refiere al laudo extemporáneo, es decir, aquel que ha sido dictado por fuera del término previsto para su vencimiento o el de su prórroga.

De conformidad con lo prescrito por el artículo 112 de la ley 446 de 1998, (norma que reemplazó el artículo 90 de la Ley 23 de 1991), el arbitramento puede ser de tres clases: **"Independiente"** es aquel en que las partes acuerdan autónomamente las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su conflicto; **"institucional"**, aquel en el que las partes se someten a un procedimiento establecido por el centro de arbitraje; y **"legal"**, cuando a falta de dicho acuerdo, el arbitraje se realice conforme a las disposiciones legales vigentes." definición que reitera el artículo 116⁷⁸ del Decreto 1818 de 1998.

⁷⁸ **Artículo 116:** "Clases. El arbitraje podrá ser independiente institucional o legal. "Independiente" es aquel en que las partes acuerdan autónomamente las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su conflicto: institucional, aquel en el que los partes se someten a un procedimiento establecido por el centro de arbitraje: y legal, cuando a falta de dicho acuerdo, el arbitraje se realice conforme a las disposiciones legales vigentes,"

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

Al tenor de la normas antes señaladas el arbitraje institucional es aquel en que las partes en controversia, de común acuerdo, deciden acogerse para el desarrollo del arbitramento, al procedimiento establecido por la Cámara de Comercio, mientras que el arbitramento legal surge en razón de que las partes nada dispusieron en la cláusula compromisoria sobre la clase de arbitramento que resolvería la controversia y, por lo tanto, la ley suple este vacío para que las partes se atengan a las disposiciones contenidas en ella, aspectos que fueron analizados al despachar el primer cargo.

De otro parte, cabe destacar que la Ley 23 de 1991 en su artículo 103⁷⁹ estableció lo siguiente:

"ARTICULO 103. El artículo 19 del Decreto 2279 de 1989, quedará así:

ARTICULO 19. Si en el compromiso o en la cláusula compromisoria no se señale el término para la duración del proceso, éste será de seis (6) meses, contados desde la primera audiencia de trámite.

El término podrá prorrogarse una o varias veces, sin que el total de las prórrogas exceda de seis (6) meses, a solicitud de las partes o de sus apoderados con facultad expresa para ello.

En todo caso se adicionarán al término los días en que por causas legales se interrumpa o suspenda el proceso."

De conformidad con la norma antes transcrita cuando en la cláusula compromisoria no se determine el término para la duración del proceso, el arbitramento será de seis (6) meses contados a partir de la primera audiencia de trámite, prorrogables por varias veces hasta por un término igual, previo solicitud de las partes o de sus apoderados quienes deberán estar autorizados. A este plazo habrá de adicionarse los días en que por causas legales se suspenda o interrumpa el proceso.

⁷⁹ Esta norma fue compilada por el artículo 126 del Decreto 1818 de 1998, cuya nulidad fue declarada por la Sección Primera del Consejo de Estado, en sentencia de 18 de abril de 1999, Exp. 5191, por las siguientes razones: "... dado que al prescribir el artículo 166 de la ley 446 de 1998 que el Gobierno Nacional quedo facultado para compilar las normas vigentes contenidas, entre otros, en la ley 23 de 1991, sin cambiar su redacción, ni contenido, es evidente que el Gobierno Nacional debió reproducir el texto del artículo 103 de la ley 23 de 1991, que modificó el artículo 19 del decreto extraordinario 2279 de 1989, y no reproducir el texto original de este último artículo citado, pues, al hacerla, contrarió lo dispuesto en los artículos 166 de la ley 446 de 1998 y 103 de la ley 23 de 1991".

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

En relación con la prórroga del término del Tribunal, cabe precisar que el artículo 103 de la Ley 23 de 1991 condiciona la prórroga a la solicitud expresa que formulen las partes a sus apoderados, mientras que el artículo 70 de la Ley 80 de 1993, autoriza a los árbitros para ampliarlo de oficio, hasta por un plazo igual al del inicialmente acordado, quiere decir que la prórroga puede ser impulsada por los interesados o por el propio juez, pero para que sea el juez quien la decrete de oficio, resulta indispensable que el contrato materia de controversia se encuentre sometido al régimen de la Ley 80 de 1993.

Al analizar la competencia de la Sala para conocer del recurso, se dejó claramente establecido que el contrato se regía por las disposiciones del derecho privado, por expreso mandato del artículo 52 de la Ley 31 de 1992, en consecuencia, no le son aplicables los mandatos contenidos en la Ley 80 de 1993, razón por la cual, en el sub lite, no procedería la prórroga del término del Tribunal por iniciativa de los árbitros.

Caso concreto

Examinada la cláusula compromisoria pactada por las partes en el contrato, cláusula décimo octava, éstas acordaron lo siguiente:

"Toda controversia o diferencia relacionada con la ejecución y liquidación del contrato, se resolverá por tres (3) árbitros designados así: dos (2) de ellos de común acuerdo por las partes, y el tercero por la Cámara de Comercio de Bogotá, D.C., quienes se sujetarán a lo dispuesto por la Ley 446 de 1998 y el Decreto 1818 de 1998, o por las disposiciones que los reglamenten o modifiquen, de acuerdo con las siguientes reglas: a) La organización interna del arbitramento se regirá por las normas previstas, para el efecto, por el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá, D.C.; b) El laudo será en derecho y, c) Los árbitros tendrán su sede en Bogotá D.C., en el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de esta ciudad."⁸⁰

Como se observa, en la citada cláusula no se lee que las partes hubieren acordado un tiempo para la duración del Tribunal de Arbitramento ni que expresamente se acogieran al plazo establecido en el Reglamento del Centro de Arbitraje.

⁸⁰ Fls. 7 vto y 8, cd. pruebas No. 1

Radicación: 36838
 Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
 Recurso de Anulación

Contrario a lo afirmado por el recurrente, las partes convinieron en que el Tribunal se regiría por la Ley 446 de 1998 y el Decreto 1818 del mismo año o por las disposiciones que las reglamentaran o modificaran, y adicional mente previeron que para el cumplimiento de estas disposiciones se seguirían algunas reglas, entre otras, que la *"organización interna del arbitramento, se regiría por las normas prevista por el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C."*

Lo anterior evidencia que el procedimiento que debía seguir el Tribunal era el previsto en la Ley 446 y el Decreto 1818 referidos, de tal suerte que resulta claro que el arbitramento escogido fue el legal, no obstante que la partes convinieron someterse a las reglas del Centro de Arbitraje para efecto de la *"organización interna"* del Tribunal, más no para la clase de arbitramento que regiría en el proceso, circunstancia que en manera alguna puede entenderse en el sentido de que la intención de las partes fue la de establecer un arbitramento institucional, como se dejó claramente establecido.

Para el análisis del cargo resulta pertinente examinar las actas del Tribunal a fin de establecer si el laudo arbitral se profirió después de vencido el término máximo de que disponía el Tribunal para este efecto.

La primera audiencia de trámite se realizó el 22 de marzo de 2007, la cual consta en el acta No. 7⁸¹, por lo tanto, el vencimiento del plazo de los seis (6) meses iniciales tendría ocurrencia el 22 de septiembre del mismo año, teniendo en cuenta que no se pactó prórroga alguna, pero como el laudo se profirió el 17 de marzo de 2009, la pregunta que cabe formular es si dicha providencia fue extemporáneo o si durante el proceso arbitral las partes solicitaron suspensión o interrupción del proceso o prórroga del mismo, evento en el cual deberán adicionarse los días de suspensión o interrupción del proceso, o tomar en cuenta el tiempo de la prórroga tal como lo dispone la ley.

Examinadas las actas, éstas reflejan que el proceso fue interrumpido o suspendido en más de una oportunidad tal como se demuestra a continuación:

No del acta	Fechas de suspensión	Total días

⁸¹ Folio 255 o 295, cd. principal No. 3.

Radicación: 36838
 Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
 Recurso de Anulación

2	Del 10 al 6 de noviembre de 2006 inclusive	6
13	Del 10 al 14 de mayo de 2007	14
14	Del 17 a 27 de 2007 mayo inclusive	11
17	Del 31 de mayo al 13 de junio de 2007	14
22	Del 28 de junio 2 de agosto de 2007	36
24	Del 10 a 20 de agosto de 2007	11
27	Del 29 de agosto al 2 de septiembre de 2007	5
29	Del 5 al 9 de septiembre de 2007	5
32	Del 14 al 19 de septiembre de 2007	6
33	Del 21 de septiembre al 21 de noviembre de 2007	62
34	Del 23 de noviembre al 12 de diciembre de 2007	20
35	Del 22 de diciembre de 2007 al 29 de enero de 2008	39
36	Del 5 de febrero al 9 de abril de 2008	64
37	Del 11 al 17 de abril de 2008	7
38	Del 19 al 29 de abril de 2008 y	11
	Del 10 de mayo al 9 de junio de 2008	9
39	Del 11 al 19 de junio de 2008	9
40	Del 21 de junio al 13 de agosto de 2008	54
41	Del 27 de agosto al 4 de septiembre de 2008	9
42	Del 6 de septiembre al 5 de noviembre de 2008	61
43	Del 7 de noviembre de 2008 al 16 de marzo de 2009	130
TOTAL		583

La sumatoria de los tiempos de suspensión del proceso arbitral alcanzan los 583 días que deben entenderse como calendario toda vez que éstos fueron decretados por el Tribunal de fecha a fecha y no por días; además, el plazo de 6 meses establecido por la norma para la duración del arbitramento legal y su prórroga también debe tomarse como calendario, atendiendo lo dispuesto por el artículo 70 del Código Civil.⁸²

⁸² El artículo 70 del C.C., subrogado por el artículo 62 del C. R. P.M. dispuso lo siguiente: "En los plazos de días que señalen las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario. Los de meses y años se computan según el calendario; pero si el último día fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil."

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

Conclusión.

Como quiero que el plazo de seis (6) meses previsto por la ley para la duración del arbitramento legal, como ya se dijo, venció el 22 de septiembre de 2007, habrá de adicionarse el término de 583 días que corresponden a la sumatoria de los períodos de suspensión del proceso, en cumplimiento de lo prescrito por el artículo 103 de la Ley 23 de 1991, por lo tanto el vencimiento del plazo tendría lugar el 27 de abril de 2009, pero como el laudo arbitral se dictó el 17 de marzo de 2009, éste se profirió dentro del término legal y por lo tanto, el cargo formulado no tiene vocación de prosperidad.

Cuarto cargo:

"7. Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento."

Como fundamento de este cargo, sostuvo la sociedad impugnante que en el laudo se incurrió en error aritmético, cuya corrección se solicitó en la oportunidad legal, según escrito presentado el 25 de marzo de 2009, sin embargo, el Tribunal denegó efectuar la corrección.

El motivo de inconformidad del recurrente se concreta en que *"En el APU No. 2 Cañuela en adoquín, en el experticio de la Sociedad Colombiana de Ingenieros existe un error aritmético en el resultado de multiplicar el valor unitario por la cantidad respectiva, este error se reprodujo en el reconocimiento y orden de pago referido en el laudo, por lo cual deberá corregirse puesto que el valor reconocido es inferior al real como consecuencia del error"*.

El Tribunal mediante auto No. 58, contenido en el acta No. 45 de 1° de abril de 2009 denegó la corrección del supuesto error aritmético al considerar que éste no existía, toda vez que lo único que se hizo fue ajustar el valor unitario del ítem al peso y que la diferencia de multiplicar el valor de ítem por las cantidades contratadas con el valor unitario sin ajuste tan solo arrojaba una diferencia de cuarenta y dos centavos (\$ 0,42).

Consideraciones sobre la causal.

La causal de nulidad consagrada en el numeral 7° del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, se configura cuando el laudo arbitral en su parte resolutive contiene errores aritméticos o disposiciones contradictorias que hacen imposible el cumplimiento o ejecución del fallo.

La norma es clara al exigir como supuesto para que se configure la causal, que el error o contradicción se encuentre contenido en la parte resolutive del fallo, lo cual tiene sustento en razón de que es la parte resolutive del laudo la base o fundamento para establecer el contenido y alcance de los derechos u obligaciones en favor o a cargo de determinada parte y por tal razón es de vital importancia que sea claro, que no presente contradicciones, para que el fallo pueda cumplir su fin principal, que no es otro, que la resolución definitiva de la litis y su cabal ejecución.

No es posible invocar la causal cuando los errores o contradicciones se encuentren en la parte motiva del laudo sin que tal circunstancia tenga incidencia en la parte resolutive de la misma, es decir, que en todo caso, la contradicción o error debe hacerse evidente en la parte resolutive del fallo para que pueda ser alegada como causal de anulación, de tal suerte que dificulte o haga imposible su cumplimiento o ejecución.

La Corte Suprema de Justicia⁸³ al examinar el contenido y alcance de esta causal "ha señalado y reiterado que para su configuración "debe aparecer en la parte resolutive del fallo disposiciones o declaraciones notoriamente contradictorias, como cuando una afirma y otra niega, o si una decreta la resolución del contrato y otra su cumplimiento; es decir "que la sentencia contenga resoluciones encontradas de tal manera que se haga imposible la ejecución simultánea de las mismas. Igualmente, ha dicho que "Se abre paso la impugnación, (...) cuando la mencionada causal implica coexistencia de disposiciones, de tal naturaleza y entidad, que en una de ellos se afirma una cosa y en la otra se niegue"

La jurisprudencia de la misma Corporación⁸⁴ de igual manera señaló, que no se configura la causal citada cuando en la sentencia se cometen imprecisiones que no conllevan o resoluciones contradictorias, o la contradicción es más aparente que real, es decir, cuando se puede superar mediante una sana y razonada interpretación del fallo en su conjunto.

⁸³ Corte Suprema de Justicia, entre otras se citan las sentencias de la Sala de Casación Civil de 22 de mayo de 1997 y de 6 de mayo de 1998, Exp. 4972.

⁸⁴ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 6 de septiembre de 1983.

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

En este mismo lineamiento, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha sostenido que:

*"la causal se circunscribe a la parte resolutive del fallo e implica que en ella misma existan disposiciones opuestas, que tendrían el efecto de impedir su ejecución. No puede por esta vía el recurrente alegar presuntas contradicciones entre las motivaciones del laudo y las resoluciones que el mismo contiene, con el objeto de lograr una decisión distinta de la acogida en el mismo."*⁸⁵

En sentencia posterior, la Sala reiteró el mismo criterio, según se advierte en el siguiente pronunciamiento referido a la causal 30 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993 equivalente a la causal 70 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998:

*[la] procedencia de la causal tercera del art. 72 de la ley 80 de 1993 (num. 7° art. 38 del decreto ley 2279 de 1989; num. 7° art. 163 del decreto 1818 de 1998), está condicionada a que las contradicciones que se alegan estén presentes en la parte resolutive del laudo; a que determinen la imposibilidad de ejecutar sustancialmente la decisión contenida en la decisión, como cuando "una afirma y otra niega, o si una decreta la resolución del contrato y otra su cumplimiento, o una ordena la reivindicación y la otra reconoce la prescripción adquisitiva, o una reconoce la obligación y la otra el pago" ya que se hayan alegado oportunamente ante el Tribunal de arbitramento. Como la contradicción que se alega no está en la parte resolutive del laudo de conformidad con lo exigido por la ley, se impone declarar impróspero el recurso por este cargo.*⁸⁶

Además de lo anterior, la norma exige, para que se configure la causal, el cumplimiento de un requisito de procedibilidad que consiste en que la irregularidad del fallo haya sido alegada en la oportunidad debida ante el Tribunal de Arbitramento. La Sala⁸⁷ ha considerado que cuando la norma alude a la reclamación oportuna de tales irregularidades ante el Tribunal de Arbitramento,

⁸⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 10 de mayo de 1994, Exp. 8004.

⁸⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 14 de abril de 2005, Exp. 25489.

⁸⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 11 de marzo de 2004, Exp. 25021; en el mismo sentido pueden consultarse las sentencias de 6 de junio de 2002, Exp. 20634; de 20 de mayo 20 de 2004, Exp. 26287; de 23 de agosto de 2001, Exp. 19090 y de 2 de marzo de 2006, Exp.29703.

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

debe entenderse que aquella reclamación debe efectuarse dentro de los Cinco días siguientes a la expedición del laudo arbitral, según lo dispuesto por el artículo 36 del decreto ley 2279 de 1989, período durante el cual se puede solicitar la aclaración, la corrección y/o la complementación del mismo laudo; es decir, que el recurrente necesaria y obligatoriamente debía solicitar al Tribunal la corrección del laudo dentro del plazo señalado y que éste a su vez se hubiere negado a corregir los posibles yerros aritméticos o disposiciones contradictorios o que la corrección efectuada no hubiese sido suficiente, eventos de los cuales resultare como consecuencia, la imposibilidad de cumplir o ejecutar el fallo por cuanto las decisiones contenidas en él son opuestos entre sí o excluyentes.

Caso concreto.

Como se observo, lo inconformidad del recurrente que ha catalogado como error aritmético en el laudo arbitral, se reduce o un simple ajuste del peso hecho en el dictamen pericial y acogido por el Tribunal, en el precio unitario del ítem APU No. 25-cañuelos de adoquín, valor que multiplicado por las cantidades de obra contratadas arroja una diferencia en el precio final de este ítem de cuarenta y dos centavos (\$ 0,42).

En su escrito de impugnación el recurrente no precisó, cuáles eran las disposiciones de la parte resolutive del laudo que resultaban contradictorias de tal suerte que hicieron imposible el cumplimiento o ejecución del fallo; su inconformidad radica en la presencia de una presunta equivocación al efectuar uno operación matemática, ejercicio que se encuentra contenido en la parte motiva del laudo en la cual el Tribunal hizo una aproximación a la cifra decimal, acogiendo lo calculado por el perito financiero en su dictamen.

En efecto, el presunto error que dice haberse presentado en el laudo corresponde a una de las cifras que hacen parte del dictamen pericial, financiero, razón por la cual ésta debió ser cuestionada en el momento de solicitar las aclaraciones o complementaciones o de formular las objeciones al mismo.

Corroborar esta apreciación, lo expuesto por el propio Tribunal al responder la solicitud de aclaración, complementación y corrección del fallo, en el auto No 58 de 10 de abril de 2009, en el cual manifestó:

"En tal sentido observa el Tribunal que como parte del Anexo 33 del dictamen financiero, en el cual se fundamentó, se encuentra la

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

valoración del ítem 25-Cañuela en Adoquín a razón de \$13.138,21 y que fue el precio unitario adoptado en la Tabla No. 51, ajustado al peso. Al multiplicar el precio unitario establecido en \$13.138,00 por la cantidad construida y aceptada por el Tribunal con base en el resultado de \$ 6.432.233,42 que difiere en cuarenta y dos centavos (\$0,42), frente al monto de los valores reconocidos, cantidad a la cual se limita la solicitud de corrección y proviene del ajuste al peso con el cual se presentó el dictamen pericial, sin que ello constituya motivo de equivocación en la realización de la operación aritmética, motivo por el cual no hay lugar a la corrección solicitada⁸⁸

Finalmente si se examina de manera detenida la parte resolutive del laudo que contiene dieciséis numerales, en parte alguna de ellos se advierte que exista una contradicción que haga imposible su cumplimiento. Amén de lo anterior se reitera que el impugnante no señaló en qué consistía la contradicción ni cuál o cuáles de los numerales de la parte resolutive del fallo resultaban contradictorias y nacían imposible su cumplimiento.

Conclusión:

En el presente asunto no se cumplen los presupuestos exigidos por la norma para que se configure la causal denominada error aritmético en el laudo arbitral, razón por la cual deberá declararse la no prosperidad del cargo formulado.

Quinto cargo:

El quinto cargo formulado por la parte convocante corresponde a la causal prevista en el numeral 9° del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, idéntica a la prevista en el numeral 9° del artículo 163 del Decreto 1818 de 1993. La citada causal prescribe:

"9. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento."

El cargo se concreta en el hecho de que el laudo arbitral no resolvió las objeciones formuladas por las partes a los dictámenes periciales que ellas mismas aportaron al proceso, cuestión que fue sometida al Tribunal de Arbitramento en la oportunidad otorgada para sustentar el recurso de anulación.

⁸⁸ Folios 463 y 464, cd. Consejo de Estado.

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

Consideraciones sobre la causal.

Para el análisis del cargo formulado en contra el laudo arbitral, con fundamento en la causal prevista en el numeral 9 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, habrá de precisarse su alcance y contenido a la luz de la ley y la jurisprudencia que existe sobre la materia y de esta manera establecer si, en el presente caso, se cumplieron los supuestos exigidos para que ésta se configurara.

La causal de nulidad que se analiza se encuentra orientada a preservar el principio de la congruencia de los fallos judiciales que tiene consagración en el artículo 305 del C. de P. C., en la forma en que fue modificado por el artículo 1 ° numeral 135 del Decreto 2289 de 1989, en virtud del cual, "La sentencio deberá estar en consonancia con los hechos y pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contemplo, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley", mandato legal que impone al juez del conocimiento, la concordancia del fallo con las pretensiones y hechos aducidos en la demanda y las excepciones propuestas en la contestación de la misma, puesto que la facultad del juez no es ilimitada.

El principio de congruencia resulta aún más estricto cuando se trata de laudos arbitral es, toda vez que las facultades del juez devienen de la voluntad de las partes materializada en la cláusula compromisoria o el compromiso, facultades que quedan totalmente restringidas a lo convenido por las partes.

La incongruencia puede presentarse de tres formas: i) cuando en el fallo el juez otorga más de lo pedido (plus petita o ultra petita); ii) cuando el fallo concede algo distinto a lo pedido (extra petita) y iii) cuando se deja de resolver sobre lo pedido (citra petita). La causal novena que se invoca, alude al último de los supuestos indicados.

La causal enunciada también encuentra fundamento en el artículo 304 del C. de P. C., norma según la cual, la parte resolutive de la sentencia deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, las excepciones, las costas y perjuicios a cargo de las partes.

La jurisprudencia de la Sala se ocupó de establecer la naturaleza y alcance de la causal contenida en el numeral 5° del artículo 72 del Estatuto contractual que corresponde a la misma consagrada en el numeral 9° del artículo 38 del Decreto

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

2279 de 1989 y ha determinado que *"la causal invocada se refiere a la citra mínima petita, que procede en aquellos eventos en que el laudo arbitral deja sin resolver las pretensiones de la demanda, es decir, no cumple con la función de decidir la controversia, por lo cual el litigio subsiste respecto de los puntos no decididos"*⁸⁹.

También precisó la Sala que la inconsonancia que configura la causal que se estudia, se produce cuando en el laudo se omite la decisión relativa a alguno de los pretensiones contenidos en lo demandado o sobre las excepciones propuestas por el demandado (citra petita) y se establece mediante un proceso comparativo entre aquellos y lo resuelto por el fallador⁹⁰.

Igualmente, ha señalado que cuando el laudo ha sido impugnado por presentar mínima petita, no necesariamente deberá anularse sino que podrá adicionarse en el extremo no decidido. A continuación se transcriben los apartes pertinentes:

*"Por otra parte, explican tales reflexiones que el defecto aludido, cuando se presenta por mínima petita, no vicia de nulidad la sentencia, ni siquiera parcialmente; sólo obligará al juez de la casación a efectuar la corrección necesaria. Por ello, también constituye un remedio para tal defecto, en el caso indicado, la adición de la sentencia, que puede solicitarse dentro del término de ejecutoria de la misma, conforme al artículo 311 del C. de P. C., o al interponer el recurso de apelación. Tratándose de la anulación del laudo arbitral, el tema no ofrece duda alguna, si se tiene en cuenta que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40 del Decreto 2279 de 1989, cuando prospera la causal 9° del artículo 38 del mismo decreto - correspondiente a la causal 5ª del artículo 72 de la Ley 80 de 1993-, entre otras, el laudo no se anulará, sino que se adicionarán."*⁹¹ (Subrayado no es del texto original)

Establecidos los presupuestos para que se configure la causal a que se ha hecho referencia, procede el análisis del caso concreto o fin de determinar si prospera el cargo formulado.

⁸⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 20 de mayo de 2004, Exp. 25759, en igual sentido las sentencias de 4 de abril de 2002, Exp. 20356 y de 2 de marzo de 2006, Exp. 29703.

⁹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de noviembre de 2002, Exp. 22526.

⁹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 10 de marzo de 2005, Exp. 28308.

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

El caso concreto.

De conformidad con lo prescrito por el artículo 238 del C. de P. C. la objeción al dictamen pericial se decidirá en la sentencia o en el auto que resuelva el incidente dentro del cual se practicó el dictamen.

El Tribunal dejó en claro que la parte convocada al contestar la demanda había aportado dos dictámenes y la parte convocante al descorrer el traslado de las excepciones había procedido de igual forma, presentando cinco experticios, de los cuales también había corrido traslado a la parte contrario y que tanto unos como los otros fueron controvertidos por las partes de la contienda; en el siguiente sentido se pronunciaron los árbitros:

"De todos los anteriores experticios se corrió traslado a la parte contraria y fueron objetados. Como se observa las partes hicieron amplio uso de la facultad probatoria consagrada en el artículo 183 inciso segundo del CPC presentado y contra presentando argumentos en pro de sus causas elaboradas por expertos que demuestran no solo la posibilidad de que sobre un mismo punto exista divergencia de opiniones profesionales, tal como lo mencionó ya el Tribunal al resolver la objeción sino que debido a su evidente contradicción y como lo ordena el artículo citado debió el Tribunal acudir a la prueba pericial que se decretó y practicó y a la cual se le ha otorgado el valor probatorio correspondiente. Por lo expuesto, teniendo en cuenta que las temáticas evaluadas en los experticios coinciden con los diversos temas analizados en los citados dictámenes periciales, habrá de estarse a las conclusiones expuestas en tales dictámenes y por ende tomará los experticios aportados por las partes como alegaciones de cada una de ellas, en los términos previstos en el numeral 7° del artículo 238 del CPC" (Subrayado no es del texto)

Según lo expuesto por los árbitros en el aparte del laudo que se acaba de transcribir, los dictámenes periciales presentados por las partes, dados sus significativas divergencias, llevaron al Tribunal o no tomarlos como prueba sino como simples alegaciones presentadas por ellas, en términos de lo prescrito por el numeral 7° del artículo 238 del CPC o cuyo tenor, *"Las partes podrán asesorarse de expertos, cuyos informes serán tenidos en cuenta por el juez, como alegaciones de ellas"*.

El Tribunal consideró entonces procedente, decretar la práctica de dos dictámenes

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

periciales de carácter técnico y financiero con el fin de dilucidar los temas de interés para el proceso, entre otros, aquellos, que habían sido tratados en los informes presentados por las partes. Los dictámenes ordenados por el Tribunal fueron objetados y resueltas las objeciones en el laudo por él proferido.

Lo pretendido por el impugnante, por vía del recurso de anulación, es cuestionar las razones que tuvo el Tribunal para tomar los informes presentados por las partes, como simples alegaciones y no como prueba pericial, circunstancia que lo exoneraba de resolver las objeciones que contra tales informes fueron formuladas por las partes de la contienda.

Adicionalmente, señaló el Tribunal que los temas que fueron abordados en el dictamen pericial practicado dentro del proceso arbitral contra el cual se presentaron las objeciones que fueron resueltas en el laudo corresponden a la misma materia tratada en los informes presentados por las partes, motivo adicional para desestimar el cargo.

Conclusión.

En el sub lite no se configuró la causal de nulidad alegada en cuanto que el Tribunal de Arbitramento decidió las pretensiones de la demanda, resolvió las excepciones propuestas y se pronunció sobre las objeciones presentadas contra los dictámenes periciales practicados dentro del proceso y en cuanto a las objeciones formuladas contra los informes técnicos presentados por las partes, consideró que no era necesario resolverlas porque dichos informes los apreció como simples alegaciones de las partes y no como prueba pericial.

Por las razones expuestas el cargo es infundado.

2.4. Las causales de anulación invocadas por la parte convocada.

La convocada invocó como causales de impugnación del laudo, las consagrada en los numerales 7°, 8° y 9° del artículo 38 del Decret o 2279 de 1989, de idéntico contenido a las previstas en los mismos numerales del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998; sin embargo, en la oportunidad de sustentar el recurso tan solo se refirió a la causal establecida en el numeral 8° de las normas referidas.

Con fundamento en la causal consagrada en el numeral 8° del artículo- 38 del

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

Decreto 2279 de 1998, el apoderado de la entidad convocada, formuló los siguientes cargos:

Primer cargo:

Manifestó que el árbitro no puede proferir una decisión apartándose de lo que se le ha pedido o por causa distinta a la pretendida por las partes. Agregó que para el Tribunal de Arbitramento la fuente verdadera de la obligación dineraria impuesta al Banco de la República en el laudo consiste en una acción distinta al incumplimiento contractual originada en el hecho de que se realizaron obras adicionales reconocidas y obras adicionales rechazadas, así como obras previstas contractualmente.

Señaló que el Tribunal para imponer la condena adecuó las pretensiones de la demanda por vía de interpretación, desbordando su contenido y de esta manera produjo un fallo extra petita que da lugar a una providencia incongruente como quiera que el convocante no solicitó en su demanda la revisión de la liquidación del contrato y por el contrario desistió de tal pretensión pero el Tribunal caprichosamente adujo competencia para conocer de dicha materia con fundamento en la cláusula compromisoria.

Considera que la actuación de los árbitros no está en consonancia con las pretensiones de la demanda, puesto que el demandante en la pretensión tercera deriva o subordina la responsabilidad del Banco al incumplimiento del contrato, razón por la cual correspondía al Tribunal resolver con los límites de la pretensión, es decir, verificando el incumplimiento sin que le fuera permitido decidir sobre puntos que no eran materia de discusión en el litigio.

Que como el Tribunal reconoció que no había incumplimiento del contrato que diera lugar a la responsabilidad contractual del Banco y denegó la prosperidad de la pretensión segunda, no podía imponer condena al Banco de la República sin que ésta se derivara de una responsabilidad contractual o de la culpa o negligencia del Banco.

Afirmó el impugnante que los fundamentos de derecho expuestos por la convocante reflejan claramente su intención y voluntad de plantear el litigio bajo la responsabilidad civil contractual para obtener la supuesta indemnización derivada del incumplimiento contractual, lo cual corrobora el exceso del Tribunal de Arbitramento.

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

Advirtió que en la sustitución de la demanda la empresa convocante desistió de cualquier reclamación surgida de la liquidación del contrato, incluyendo el reconocimiento de las obras adicionales y mayores cantidades de obra al excluirlas de la demanda sustitutivo, razón por la cual al Tribunal no le correspondía el estudio de este aspecto y, por lo tanto, la decisión en esta materia constituye un fallo extra petita.

Adujo que no se estaba poniendo en tela de juicio simplemente una calificación jurídica o una interpretación que pudo hacer el Tribunal para determinar si el Banco estaba obligado a reconocer obras adicionales, sino un cambio en el fundamento, lo cual considera vedado a los árbitros.

Consideraciones de la Sala sobre la causal.

La causal invocada como única por la entidad pública prescribe lo siguiente:

"8. Haber recaída el laudo sobre puntos no sujetos a decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido."

Para el análisis del cargo formulado en contra el laudo arbitral, con fundamento en la causal prevista en el numeral 8 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, habrá de precisarse su alcance y contenido a la luz de la ley y la jurisprudencia que existe sobre la materia y de esta manera establecer si, en el presente caso, se cumplieron los supuestos exigidos para que ésta se configurara.

La causal de nulidad que se analiza se encuentra orientada a preservar el principio de la congruencia de los fallos judiciales que tiene consagración en el artículo 305 del C. de P. C., en la forma en que fue modificado por el artículo 1° numeral 135 del Decreto 2289 de 1989, en virtud del cual, *"La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley"*, mandato legal que impone al juez del conocimiento, la concordancia del fallo con los pretensiones y hechos aducidos en la demanda y las excepciones propuestas en la contestación de la misma, puesto que la facultad del juez no es ilimitada.

El principio de congruencia resulta aún más estricto cuando se trata de laudos arbitral es, toda vez que las facultades del juez devienen de la voluntad de las

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

partes materializado en la cláusula compromisoria o el compromiso, facultades que quedan totalmente restringidas a la convenida por las partes.

La jurisprudencia de la Sala se ha ocupado de delimitar el contenido y alcance de la causal prevista en el numeral 8° de la norma antes citada y sobre ésta ha sostenido que se configura siempre que se esté ante una de las siguientes circunstancias: **i)** que el laudo recaiga sobre materias no susceptibles de ser sometidas o arbitramento, contrariando con ello la Constitución y la ley, **ii)** que se decidan asuntos que las partes no dejaron sujetos al pronunciamiento de los árbitros, desconociendo que la competencia está limitada y restringida a la materia que señalen las partes, y **iii)** que se exceda la relación jurídica procesal delimitada por la demanda y su contestación, violando el principio de congruencia.

Los anteriores supuestos han sido materia de análisis por parte de la Sala en no pocas providencias cuyas orientaciones se dirigen o establecer lo siguiente:

*"b. La causal legal de nulidad en estudio contempla dos tipos de supuestos: *) Por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a decisión y *) Por haberse concedido más de lo pedido, como pasa a explicarse:*

=> Por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a decisión, puede presentarse:

- *O cuando las materias del pacto de compromiso contienen controversias que no son transigibles por orden constitucional y legal; es decir cuando el laudo, en su materia de decisión, define contenciones por fuera de la competencia potencial máxima que pueden conocer los árbitros y*
- *O cuando la materia transigible sobre la cual se pronunciaron los árbitros no fue objeto del pacto de compromiso por las partes, es decir éstas no se la atribuyeron a los árbitros (fallo incongruente por decisión extrapetita).*

=> Por haberse concedido más de lo pedido, este hecho de incongruencia del laudo se presenta cuando decidió sobre cuestiones que aunque son transigibles van más allá de las peticiones de la

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

demanda (fallo ultra petita).⁹²

La Sala sostuvo en sentencia 8 de junio del 2006, Exp. 29.476, lo siguiente:

"En otros términos, para que el laudo no sea susceptible de anulación por la causal en mención, debe estar en estrecha identidad con las pretensiones, los hechos y las excepciones sometidas a consideración en el proceso arbitral y dentro de los límites previstos en el pacto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso) celebrado por las partes y en la ley, fuentes éstas que otorgan y enmarcan la competencia de los árbitros.

El aparte correspondiente a la causal de anulación "por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros", se relaciona, entonces, con la extralimitación o exceso en la órbita de competencia que la Constitución y la Ley, el pacto o convención arbitral y la relación jurídico procesal que emana del propio conflicto particular que presentan las partes con la convocatoria del Tribunal, les otorga a aquellos como materia de conocimiento y decisión, por lo que se considera que contempla las siguientes hipótesis de configuración:

i.) El laudo recayó sobre materias que no eran susceptibles de ser sometidas a arbitramento, por tratarse de asuntos que no eran de carácter transigible de acuerdo con la Constitución Política y la ley.

ii.) El laudo recayó sobre materias que no fueron contempladas en el pacto arbitral, de conformidad con lo acordado voluntariamente por las partes, en tanto, como se dijo, los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente son señalados por ellas en el objeto de la cláusula compromisoria o del compromiso.

iii.) El laudo recayó sobre puntos no pedidos en la demanda o en su respuesta, es decir, no se refiere a los hechos y a las pretensiones formuladas en la demanda ni a las excepciones alegadas, de manera que no resulta concordante, ni armónica con los extremos del proceso y, por ende, deviene en inconsonante o incongruente."

⁹² Sentencia de 4 de abril de 2002, exp. 20.356, también puede consultarse la sentencia de 8 de junio de 2006. Exp. 29.476.

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

El caso concreto.

El impugnante manifestó que el Tribunal incurrió en fallo extra petita por cuanto so pretexto de interpretar la demanda procedió a revisar la liquidación del contrato, pretensión que si bien hizo parte de la demanda inicial presentada, la misma fue suprimida en la demanda sustitutivo.

Examinada la demanda que en principio presentó la empresa convocante se advierte que en ella se formularon, entre otras, las siguientes pretensiones declarativas:

"TERCERA: ORDENAR la liquidación del contrato No. 02310300 de fecha 16 de septiembre de 2003 y el OTROSÍ No. 02310301."

SEPTIMA: DECLARAR que existieron obras adicionales y mayores cantidades de obra realizadas por H. ROJAS, que no fueron reconocidas por el Banco. (Fl. 2 y 3, cd. ppal. 1)

Igualmente, formuló algunas pretensiones condenatorias, entre las cuales se destaca la siguiente:

"SEGUNDA: CONDENAR a EL BANCO, a pagar a H. ROJAS, el valor de las obras adicionales y mayores cantidades de obra que no fueron reconocidas las cuales estimo en la suma de UN MIL CIEN MILLONES DE PESOS (\$1.100'.000.000), o el mayor valor que resulte probado en el proceso. Dicho pago se deberá realizar dentro de de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del laudo arbitral." (fl. 3, cd. ppal No. 1)

En la demanda sustitutiva la empresa convocante formuló las siguientes pretensiones:

"PRIMERA: DECLARAR la existencia del contrato No. 02310300 de fecha 16 de septiembre de 2003, el Otrosí No. 0231031 de fecha 29 de marzo de 2004 y el Otrosí No. 0231032 de fecha 30 de diciembre de 2004, suscrito entre H. Rojas y el BANCO DE LA REPÚBLICA.

SEGUNDA. DECLARAR que el BANCO DE LA REPÚBLICA incumplió el Contrato No. 02310300 de 16 de septiembre de 2003, el

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

Otrosí No. 0231031 de fecha 29 de marzo de 2004, cuyo objeto social (sic) es la construcción de las obras civiles exteriores de la "Central de Efectivo del Banco ubicada en el costado sur oriental de la intersección de la A venida 68 con la A venida El Dorado...", conforme aparece en la cláusula PRIMERA del citado contrato, lo que generó perjuicios a mi representada. "

TERCERA: *Como consecuencia de las anteriores declaraciones, CONDENAR al BANCO DE LA REPÚBLICA a pagar a H. ROJAS dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del laudo que así lo ordene, el valor íntegro de los daños y perjuicios causados (daño emergente y lucro cesante), cuya cuantía estimo en una suma no inferior a DOS MIL CIENTO SESENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL SIETE PESOS M/CTE [\$2.169.684.007,00] o el mayor valor que se demuestre durante el proceso, mediante dictamen pericial.*

Como se observa, la empresa convocante al presentar la demanda sustitutiva suprimió las pretensiones declarativas encaminadas a obtener el reconocimiento de obras adicionales y mayores cantidades de obra como también desistió de que el Tribunal ordenara la liquidación del contrato, dejando a salvo las pretensiones declarativas de existencia e incumplimiento del contrato y como consecuencia de éstas, la condenatoria tendiente a obtener la indemnización de perjuicios por una suma determinada sin que hubiera discriminado en esta pretensión, si se trataba de obras adicionales, de mayores cantidades de obro o de otros rubros diferentes.

Significa entonces que en la demanda sustitutiva la empresa convocante vinculó expresamente la pretensión de condena a "la declaratoria de existencia e incumplimiento del contrato al establecerla como consecencial de las dos anteriores.

En el acápite de los hechos de la demanda, en el numeral 4º, la empresa convocante hizo un relato de la totalidad de los hechos que se sucedieron durante el proceso de liquidación del contrato, referidas a la demora en los trámites para la liquidación los cuales se concretan de la siguiente manera: i) Demora injustificada en el recibo de las obras por causas imputables al Banco; ii) Incumplimiento en los procedimientos acordados sobre revisiones y su registro documental; iii) Falta de decisión oportuna en relación con los problemas que se presentaron en la carpeta asfáltica después de terminado el contrato; iv) Demora en la entrega de información indispensable para que el contratista hiciera la revisión de la

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

liquidación de las obras adicionales efectuada por el Banco; v) Negativa a entregar información adicional requerida por el contratista para efectos de continuar con lo revisión de la liquidación del contrato lo cual demoró este proceso casi el doble de tiempo del que se había planeado; vi) Aplazamientos injustificados del Banco para la conciliación y revisión conjunta de la liquidación, entidad que no estuvo interesada en agilizar este proceso.

Señaló la empresa convocante que entre la liquidación efectuada por ella y la que fue realizada por la entidad pública convocada, se presentaron diferencias significativas que no pudieron ser conciliadas, debido a las siguientes causas: i) La entidad contratante al hacer la liquidación del contrato no respetó la medida y forma de pago establecida en las especificaciones e hizo una aplicación incorrecta de los términos contractuales pactados en innumerables ocasiones como se evidencia en la liquidación de los siguientes ítems: "Geotextil Tejido Pavco 2400", "Sardinél En Concreto A-10", "Concreto para Pavimento M.R."; ii) El Banco fue selectivo al investigar la información detallada del análisis de los precios unitarios (APUs) ; iii) La Entidad pública contratante desconoció los documentos firmados durante la fase de ejecución del proyecto; iv) la entidad contratante pretende utilizar ítems contractuales para pagar actividades diferentes, en lugar de crear obras adicionales; v) Ilícitud en el procedimiento consistente en trasladar un ítem de un capítulo a otro diferente con el fin de cancelar un trabajo al contratista; vi) Durante la fase de ejecución el contratista de buena fe firmó dos otrosíes los cuales "contenían varios errores 'mal intencionados' que fueron detectados posteriormente" los cuales fueron aplicados para liquidar el contrato por la entidad contratante a sabiendas de que contenían errores; vii) El contratante aprobó obras adicionales año y medio después de presentadas pero con cantidades diferentes sin embargo, no presentó el análisis de precios; viii) La entidad pública contratante no aprobó las obras adicionales 1 año y medio después de haberlas ejecutado y presentado el contratista; ix) El contratante pagó obras ejecutadas por el contratista con el valor de los ítems contractuales de especificación menor; x) El contratante no midió la obra realmente ejecutada dejando zonas sin ubicar.⁹³

Como se observa de la lectura de los hechos planteados en la demanda, si bien es cierto que la parte actora acusó demoras y negligencia en el trámite de la liquidación, lo realmente significativo para ésta, es la forma en que se le liquidaron algunos de los ítems previstos para las obras y la medición de las cantidades al finalizar los trabajos, pues la discrepancia se centraliza en la diferencia que se presentó entre la liquidación efectuada por el Banco de la República de manera unilateral y la efectuada por H. Rojas, sin que lo sustancial en esta controversia

⁹³ Fl. 252, cd. ppal. 1.

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

relativa o las discrepancias en la liquidación del contrato, lo constituya el incumplimiento contractual.

Lo cierto es que entre las pretensiones declarativas de la demanda sustitutiva no hay una específica encaminada a obtener la revisión de la liquidación efectuada por la entidad contratante y de esta manera establecer la existencia, cantidad y valor de las obras adicionales y mayores cantidades de obra; tampoco en la pretensión de condena hay una que expresamente señale que su finalidad es obtener el pago de las citadas obras en aquella parte que la actora considera que no fueron canceladas.

No obstante lo anterior, en la pretensión tercero se solicitó el pago de **\$2.169.684.007** como valor íntegro de los daños y perjuicios causados y a su vez en el capítulo quinto de la demanda se hizo un *"Resumen de la evaluación económica por sobrecostos en el desarrollo y la ejecución del contrato junto con las diferencias económicas de la liquidación"*⁹⁴ que contiene dos grandes temas, el primero tiene que ver con *"Diferencias en liquidación"* que a su vez se subdivide en dos rubros uno de *"diferencias en obras contratadas"* por valor de \$451.605.343 y otro por *"diferencias en obras adicionales"* por valor de \$562.366.449, para un total de **\$1.013'971.791**. El segundo corresponde a *"Sobrecostos Desarrollo del Contrato"* que comprende cinco rubros por un valor de **\$830.997.603**, la sumatoria de estos dos subtotales asciende a \$1.844'969.394 y con la correspondiente indexación calculada al 31 de agosto de 2006, a **\$2.169'684.007**, cifra que es idéntica a la solicitada en la pretensión tercera.

Interpretando integralmente todos estos aspectos de la demanda, se entiende que la pretensión tercera condenatoria incluye un rubro por concepto de obras adicionales y mayores cantidades de obra por valor de \$1.013'971.791, que fue sustentado en los hechos expuestos en la demanda.

Los árbitros al decidir sobre la pretensión segunda principal encontraron probado que no había lugar a la declaratoria de incumplimiento invocada en la demanda, concretamente durante la etapa contractual y de ejecución de dicho contrato, puesto que al suscribirse el otrosí No. 2, *"las partes cerraron por su mutua voluntad cualquier discrepancia sobre estos puntos. De contera por supuesto, negará la condena al pago de la suma de \$830.997.603 deducido por la convocante como consecuencia de los sobrecostos originados en aquellos presuntos*

⁹⁴ Fl. 252, cd. ppal No 1

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

incumplimientos según estimativo incluido en el capítulo 5° de la demanda..."⁹⁵.

Seguidamente los árbitros procedieron a examinar el tema de la liquidación del contrato⁹⁶ con el fin de determinar si procedía o no el pago de la condena solicitado en la pretensión tercera de la demanda en el rubro correspondiente a las diferencias de la liquidación por valor de \$1.013'971.791, expuesto en el capítulo 5 de la demanda, en tanto que el reconocimiento del rubro de sobrecostos ocasionados durante el desarrollo del contrato, por valor de \$830'997,603, se había denegado al no haber encontrado probado el incumplimiento de la entidad pública contratante durante la etapa de ejecución del contrato.

El Tribunal previo al respectivo análisis hizo las siguientes apreciaciones:

*"(...) debe entonces preguntarse el Tribunal si, no habiéndose encontrado incumplimiento del Banco en la etapa preliminar o la de liquidación del contrato y hasta la suscripción del otrosí No. 2, puede el Tribunal estudiar lo relacionado con las diferencias surgidas en lo liquidación."*⁹⁷ (Subrayado de la Sala)

Luego el Tribunal se refirió al contenido del artículo 1614 del Código Civil y a continuación sostuvo:

*"Independientemente a la conclusión a la cual arribe el Tribunal con respecto a la forma en que se atendió la liquidación del contrato y de cómo fue ella practicada, y de si lo anterior constituye o no un evento que debe dar lugar a reconocimiento de los perjuicios, tal como lo establece el artículo 1614 antes referido, debe destacarse la importancia que tiene la demanda como texto rector del proceso civil. El artículo 305 del CPC prescribe que la sentencia debe estar en "consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda" y "no podrá condenarse por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda". Así las cosas se impone revisar si de acuerdo con la demanda una **eventual condena proveniente de disparidades en la liquidación debe ser considerada por el Tribunal, a pesar de que no se pueda calificar propiamente de incumplimiento contractual o cumplimiento tardío o defectuoso de las obligaciones.**"*

⁹⁵ Fl. 266, cd. Consejo de Estado.

⁹⁶ Acápito 6 del laudo arbitral que obra a folios 292 a 309.

⁹⁷ Folio 293, cd. Consejo de Estado.

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

La pregunta es entonces si la pretensión tercera de la demanda, en lo que se refiere a disparidades en la cuantía de la liquidación, en la forma en que esta redactada- ello es en forma consecencial de las anteriores prestaciones- únicamente puede ser estudiada y puede prosperar si y solo sí, se ha encontrado que el Banco incumplió el contrato, como se impetra en la petición segunda, o si de concluirse que no ha existido incumplimiento puede el Tribunal analizarla.

La demanda no es, entonces, en este punto, ni clara ni precisa, es ambigua en solicitar el reconocimiento económico derivado de la liquidación del contrato que pudiera entenderse como originado exclusivamente en el incumplimiento a que hace referencia la pretensión segunda, cuando bien se hubiese podido tratar como un punto independiente, razón por la cual estima el Tribunal que debe proceder a interpretarla para desentrañar su sentido y alcance en relación con los hechos de la demanda.

El debate en torno a la liquidación y la disparidad en sus cifras finales, no es tema nuevo y ajeno a la controversia. Se observa que en diversos hechos y en particular en el capítulo 4 de los supuestos fácticos de la demanda existe una pormenorizado síntesis de las diferencias nacidas entre las partes con motivo de la liquidación del contrato. La convocante afirma que las partidas liquidadas por el Banco no se ajustan a las cantidades ejecutadas, ni que los precios unitarios de las obras adicionales establecidos en la liquidación unilateral corresponden a precios del mercado, según lo exige el contrato. (Resaltados y negrilla no son del original)

(...)

Limitar el alcance de la pretensión tercera a concluir que ella únicamente se abre camino si es consecuencia del incumplimiento contractual, con estricto apego a su literalidad, cuando evidentemente no parece que tales diferencias puedan calificarse de quebrantamientos contractuales, es desconocer de tajo el propósito rector de las normas procesales fijadas en el artículo 4° del CPC, las cuales tienen como norte la 'efectividad de los derechos reconocidos por lo ley sustancial'

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

No hay duda alguna que tanto en los hechos de la demanda como en la pretensión tercera, al someter a consideración el debate sobre la suma de \$1.013'9.71.791 resultante de las disparidades en la liquidación, se puso en manos del Tribunal la determinación de la cantidad que por tal rubro deba pagarse, independientemente si la causa de su reconocimiento pueda o no ser calificada de incumplimiento contractual. Así se desprende de los hechos relatados en la demanda cuyo claridad no deja dudas del verdadero alcance de la misma¹⁹⁸ (Negrilla y subrayada fuera del texto)

El Tribunal también se refirió al contenido de la cláusula compromisoria pactada en el contrato materia de controversia para destacar que en ella las partes habían convenido que someterían al conocimiento de los árbitros las diferencias ocurridas con motivo de la liquidación del contrato.

Así discurrió el Tribunal:

*"De lo dicho se concluye, sin dubitación alguna, que las diferencias existentes entre las partes, surgidas de la etapa de liquidación, quedaron subsumidas a consideración del Tribunal, cobijadas por el pacto arbitral que extendió a dicha etapa su competencia. Además la pretensión tercera, que pudiera leerse ligeramente como derivada y consecuencial exclusivamente del reconocimiento del incumplimiento por parte del Banco, no tiene tal sentido restringido como quiera que, por una parte en los conceptos sometidos a su consideración se incorporaron los diferencias nacidas en la etapa de liquidación, y por otra, porque ésta se ató a la prosperidad de" las anteriores declaraciones" por lo que se deriva no solo del reconocimiento del incumplimiento, sino también de la declaratoria de existencia del contrato (pretensión primera), por lo cual se abre camino al estudio de la pretensión tercera en lo que alude al reconocimiento económico perseguido.*¹⁹⁹

En el análisis efectuado por el Tribunal, se observó que encontró no probado el incumplimiento de las obligaciones por parte del Banco durante la etapa contractual o de ejecución de las, obras y por tal razón denegó la pretensión segunda de la demanda y consecuente con ello, también denegó la pretensión de condena pero en forma parcial en el rubro sobrecostos durante el desarrollo del

⁹⁸ Folios 294 y 295, cd. Consejo de

⁹⁹ Estado 99 Folio 298, cd. Consejo de Estado.

contrato resultantes del presunto incumplimiento alegado por la parte actora.

Es evidente que el Tribunal centró su análisis en las discrepancias surgidas en la liquidación del contrato y se apoyó en la prueba pericial para establecer cuáles de los ítems se encontraban incorrectamente liquidados y de esta manera procedió a efectuar los correspondientes ajustes y a reconocer los valores que en derecho le correspondían a la firma contratista, pero planteó la inquietud de si al no encontrarse probado el incumplimiento durante la etapa de ejecución del contrato se podía analizar la pretensión de condena por las diferencias provenientes de la liquidación del mismo, teniendo en cuenta que la parte convocante la había supeditado a la declaratoria de incumplimiento y no se encontraba planteado de una manera autónoma.

No cabe la menor duda que en el capítulo cuarto y quinto de la demanda hay una clara demostración de la pretensión económica de la parte convocante en relación con las obras adicionales y las mayores cantidades de obra resultante de la discrepancia que la demandante encuentra en la liquidación efectuada por el Banco; lo cual se reafirma con la pretensión de condena, que como ya se dijo, incluyó dentro del valor solicitado las diferencias que se presentaron en la liquidación del contrato.

Igualmente resulta claro que por vía del recurso de anulación no es posible cuestionar las razones que tuvo el juez arbitral para proferir sus decisiones; quiere decir, que no es posible controvertir el criterio que tuvo el juez en el análisis e interpretación de la demanda, de los hechos contenidos en ella, como tampoco, puede discutirse la valoración probatoria por él efectuada y las conclusiones a las cuales arribó, puesto que el recurso de anulación no fue el instituido con este fin, sino para corregir errores in procedendo que pueden presentarse al proferir el fallo.

En el caso concreto no es posible controvertir el análisis efectuado por los árbitros quienes determinaron que no existía incumplimiento del contrato, como tampoco el razonamiento efectuado para la interpretación de la demanda que los llevó a concluir que la parte actora, pretendía el reconocimiento de obras adicionales y mayores cantidades de obra, no por que se hubiera presentado incumplimiento de las obligaciones contractuales, sino, porque al hacerse la liquidación unilateral del contrato se dejaron por fuera varios rubros que debían ser reconocidos y ató la pretensión de condena económica a la declaratoria de existencia del contrato, es decir, como la causa de la indemnización, aspecto que no puede ser controvertido mediante el recurso de anulación.

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

En efecto, el Tribunal encontró que en la liquidación final del contrato efectuada de manera unilateral por el Banco no se habían reconocido algunos valores a los cuales tenía derecho el contratista y a la vez interpretó que la pretensión estaba implícita en distintos apartes de la demanda así ésta no se hubiera hecho expresa. Con esta lógica el Tribunal acogió de manera parcial la pretensión tercera principal y condenó al Banco de la República al pago de la suma de \$183'940.074,73 por concepto de obras adicionales y mayores cantidades de obra dejadas de pagar al contratista y destacó que la cláusula compromisoria pactada por las partes le otorgaba dicha competencia.

Conclusión

Las razones anteriores llevan a concluir la no prosperidad de la causal octava invocada.

Segundo cargo:

Bajo la misma causal contenida en el numeral 8° del artículo 38 del Decreto 2279 "*Haber recaída el laudo sobre puntos no sujetos a decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido.*" la entidad pública formuló el segundo cargo en el sentido de que el Tribunal al estudiar las pretensiones de la demanda de reconvención, en la parte motiva admitió que la firma H. Rojas Asociados Ltda, había incumplido el contrato de obra civil y sus otrosíes pero en la parte resolutive, actuando en contravía de sus motivaciones no declaró tal incumplimiento y, por el contrario, denegó las pretensiones de la demanda de reconvención sin tener en cuenta lo prescrito por el artículo 306 del C. de P. C.

Adicionalmente, desatendiendo este mismo precepto y los mandatos procesales, resolvió decretar, de oficio, la excepción genérica por la supuesta renuncia tácita del Banco de la República a cobrar dicha sanción, decisión que partió de una lectura equivocada del acta de liquidación del contrato, puesto que en ella el Banco de la República dejó constancia de los perjuicios ocasionados con el incumplimiento y sobre las acciones y medios que tendría derecho a ejercer, con lo cual incurrió en incongruencia del fallo, pues para que pudiese declarar de oficio tal excepción, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 306 del C. de P. C., debía encontrar probado el hecho en el cual fundaba la excepción sin necesidad de acudir a supuestos o hipótesis, con independencia de la prueba, para

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

finalmente apartarse de la realidad procesal que reflejaba el expediente.

Concluyó que en el presente caso, el desborde de los poderes de los árbitros, al declarar una excepción de oficio cuyo hecho no se encuentra probado, dan lugar a que se configure la causal invocada y en consecuencia el laudo debe ser corregido por el Consejo de Estado.

Sobre las situaciones planteadas, resulta imperativo examinar la parte motiva del laudo en la parte pertinente al análisis de las pretensiones formuladas en la demanda de reconvención.

En la parte motiva del laudo, después de que el Tribunal adelantó el análisis de las situaciones expuestas en la demanda de reconvención y la prueba aportada al plenario arribó a las siguientes conclusiones:

"Los trabajos del cerramiento de malla no fueron ejecutados satisfactoriamente por la convocante, quien en este punto incumplió con sus obligaciones contractuales. Encuentra el Tribunal plenamente acreditado que a la fecha de terminación del contrato por vencimiento del plazo acordado en otrosí 2, H. Rojas no había cumplido a cabalidad sus compromisos constructivos en lo referente a dicho cerramiento."¹⁰⁰

"El dictamen pericial y la documentación revisada tanto por el experto como por el Tribunal evidencian que las deficiencias que se presentaron en el tensionamiento, la soldadura y las demás detectadas en el proceso de revisión se debieron a mala calidad de los trabajos realizados por los subcontratistas, de cuya defectuosa ejecución debía responder H. Rojas como obligado principal frente al Banco. Era obligación realizar los correctivos para que la obra quedara terminada conforme a las especificaciones técnicas y las buenas prácticas de la ingeniería."¹⁰¹

"Sobre los trabajos de pavimentación del parqueadero de funcionarios observa el Tribunal que ellos no fueron entregados en su totalidad por H. Rojas dentro del plazo contractual. (...)"¹⁰²

¹⁰⁰ Folio 415, cd. Consejo de Estado.

¹⁰¹ Folio 415, cd. Consejo de Estado.

¹⁰² Folio 424, cd. Consejo de Estado.

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

Del contenido de los apartes transcritos se evidencia que el Tribunal en la parte motiva del laudo, encontró probado el incumplimiento de H. Rojas en dos rubros a saber: en el cerramiento en malla y en la pavimentación asfáltica del parqueadero de funcionarios, incumplimiento que no se ve reflejado en la parte resolutive del laudo y sobre el cual el tribunal explicó las razones que lo motivaban a no declarar el incumplimiento de H. Rojas; concretamente sostuvo que el Banco al efectuar la liquidación final del contrato no le dedujo a la firma contratista incumplimiento alguno durante la ejecución del contrato ni le impuso multa de ninguna naturaleza.

Así se pronunció:

"Por lo tanto, el Tribunal estima que cuando el Banco, en la precitado liquidación unilateral, no le dedujo a H. Rojas incumplimiento alguno en al ejecución del contrato ni le impuso multa alguna, renunció, tácitamente, a hacer valer en contra de H. Rojas, el contenido de dichas cláusulas y en particular de la decimotercera (13) por cuanto disponiendo de la facultad de proceder en el sentido indicado por ella, mediante convenio previamente celebrado con H. Rojas se abstuvo de imponer, en el acta de liquidación final, la multa allí prevista; y la salvedad que en el punto consignó el Banco no puede ser de recibo, por cuanto la oportunidad parra la imposición de tales multas o para su reclamación, no quedaba a su discreción para realizarla en cualquier época, sino que era obligatorio, contractual y legalmente, que dicha decisión se tomara en el momento de las liquidaciones, particularmente, en el momento de la liquidación final del contrato; motivo por el cual resulta ciertamente extemporáneo, que se recurra a la jurisdicción para procurar el pago del valor de la cláusula penal moratoria, bajo una presunta indemnización de perjuicios cuando el Banco en el acta de liquidación final no le dedujo a H. Rojas responsabilidad alguna por el atraso en las entregas de las obras, ocurridas durante el proceso de sudesarrollo y ejecución y, menos aún, de las obras relacionadas con el cerramiento en malla y con la carpeta asfáltica"¹⁰³

Como se observa el Tribunal si explicó las razones por las cuales no declaraba el incumplimiento de las obligaciones por parte de H. Rojas como también presentó los fundamentos para declarar probada la excepción genérica.

El recurrente no comparte las apreciaciones del Tribunal y pretende por vía del

¹⁰³ Fl. 429, cd. Consejo de Estado.

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

recurso de anulación abrir de nuevo el debate probatorio para considerar si hubo o no un yerro en la valoración de las pruebas o en las conclusiones a las cuales arribó el correspondiente Tribunal, lo cual no es de recibo, puesto que el juez de anulación no constituye superior jerárquico del Tribunal de Arbitramento y en consecuencia, no podrá intervenir en el juzgamiento del asunto de fondo y de esta manera modificar las decisiones plasmadas en el laudo, por no compartir sus criterios y razonamientos.

Lo expuesto anteriormente es suficiente para declarar la no prosperidad del cargo formulado.

Condena en costas.

El artículo 129 de la Ley 446 de 1998, compilado por el artículo 165 del Decreto 1818 de 1998 (modificatorio del artículo 40 del Decreto 2279 de 1989), en su inciso 3°, dispone de manera especial para el recurso de anulación contra laudos arbitrales que *"Cuando ninguna de las causales invocadas prospere se declarará infundado el recurso y se condenará en costas al recurrente"*.

Por su parte, el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo (modificado por la Ley 446 de 1998, en su artículo 55) y el parágrafo 3° del artículo 75 de la Ley 80 de 1993, establecen que para imponer la condena en costas se exige la valoración de la conducta asumida por las partes, con el fin de establecer si se presenta temeridad.

Teniendo en cuenta que los artículos 129 de la Ley 446 de 1998 y 165 del Decreto 1818 de 1998, regulan de manera especial el tema del arbitramento y como parte de él, lo relativo al recurso de anulación que procede contra el laudo arbitral dictado por los Tribunales de Arbitramento, debe llegarse a la conclusión que estas disposiciones legales prevalecen sobre los mandatos del Código Contencioso Administrativo y la Ley 80 de 1993 que regulan el mismo tema de las costas en el trámite de los procesos ordinarios.

Con esta lógica debe entenderse que cuando se trata del recurso de anulación contra laudos arbitrales no se exige valorar si la parte recurrente, obró con temeridad o mala fe al interponer el recurso, para proceder a la imposición de las costas, pues tan sólo basta que las causales que han sido invocadas no prosperen, independientemente de la conducta asumida.

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

En el caso sub lite, los recurrentes son tanto la sociedad convocante H. Rojas y Asociados limitada como el Banco de la República, sin que hubiera prosperado alguna de las causales que fueron invocadas, razón por la cual, a cada una de ellas corresponde asumir las costas en que incurrió por la interposición del recurso de anulación.

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

FALLA:

PRIMERO: DECLÁRASE INFUNDADO el recurso de anulación interpuesto por la sociedad H. ROJAS Y ASOCIADOS-LIMITADA contra el laudo arbitral de 17 de marzo de 2009 y el auto de 1° de abril de 2009, que negó las solicitudes de aclaración y complementación, dictado por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias surgidas con ocasión del contrato de obra civil No. 02310300 de 16 de septiembre de 2003, suscrito entre la sociedad H. ROJAS Y ASOCIADOS LIMITADA Y el BANCO DE LA REPÚBLICA.

SEGUNDO: DECLÁRASE INFUNDADO el recurso de anulación interpuesto por el BANCO DE LA REPÚBLICA contra el laudo arbitral de 17 de marzo de 2009 y el auto de 1° de abril de 2009, que negó las solicitudes de aclaración y complementación, dictado por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias surgidas en el desarrollo del contrato de obra civil No. 02310300 de 16 de septiembre de 2003, suscrito entre la sociedad H. ROJAS Y ASOCIADOS LIMITADA Y el BANCO DE LA REPÚBLICA,

TERCERO: Cada una de las partes asumirá las costas derivadas de la interposición de sus respectivos recursos.

CUARTO: RECONÓCESE personería al abogado Fernando Díaz Peña para representar al Banco de la República, de conformidad con el poder que obra a folio 496 del cuaderno del Consejo de Estado.

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

Radicación: 36838
Impugnantes: H. Rojas y Asociados Ltda y Banco de la República
Recurso de Anulación

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

RUTH STELLA CORREA PALACIO
Presidenta

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR