

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA-SUBSECCIÓN B

Consejera Ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero (02) de dos mil dieciséis (2016).

Radicación: 11001032600020150016700 (55885)
Convocante: Ortiz Construcciones y Proyectos S.A, Concretos Asfálticos de Colombia S.A.
Convocado: Instituto de Desarrollo Urbano
Naturaleza: recurso de anulación

Resuelve la Sala el recurso de anulación interpuesto por la parte convocada, el Instituto de Desarrollo Urbano-IDU, contra el laudo arbitral proferido el 6 de agosto 2015 por el tribunal conformado para resolver sus diferencias, mediante el cual se adoptaron las siguientes declaraciones y condenas:

PRIMERO: *Declarar parcialmente probadas las excepciones perentorias interpuestas por el Instituto de Desarrollo Urbano-IDU denominada “INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL” (“Inexistencia de incumplimiento en cuanto al sobreacarreo del material granular”), “INEXISTENCIA DE DESEQUILIBRIO ECONÓMICO” y “PRIMACÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES”, respecto de las pretensiones relacionadas con los mayores costos en los que incurrió el contratista resultante del sobreacarreo de material granular, hurtos e inseguridad existente en la zona del proyecto y ausencia de reconocimiento de los intereses por la mora en los tres últimos desembolsos del anticipo, en los términos y por las razones expuestas en la parte motiva. Declarar no probadas, y en consecuencia, denegar las excepciones perentorias interpuestas por el Instituto de Desarrollo Urbano-IDU denominadas “IDONEIDAD DE LA FÓRMULA PREVISTA EN LA CLÁUSULA 8ª DEL CONTRATO DE OBRA No. 072 DE 2008”, “INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL” (“Inexistencia de incumplimiento respecto a la cláusula 8 del Contrato No. 072 de 2008”, “Inexistencia de incumplimiento respecto al no reconocimiento de mayores costos por fenómeno climatológico”, “Inexistencia de incumplimiento respecto a los costos del SISOMA”), “INEXISTENCIA DE PARTES”, respecto de las pretensiones que prosperan conforme a los siguientes numerales, en*

los términos y por las razones expuestas en la parte motiva. Declarar que carecen de fundamento las excepciones denominadas “EXCEPCIÓN DE INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA” y “LIQUIDACIÓN DE MUTUO ACUERDO DE LAS PARTES-IMPROCEDENCIA DE RECLAMACIÓN JUDICIAL POR CON (sic) CONTEMPLAR EL ACTA LOS REQUISITOS DE LEY”, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Declarar que la fórmula de ajuste del Contrato de Obra IDU 072-2008, pactada en la cláusula octava y ajustada al pliego de condiciones de la Licitación Pública LP-DG-0006-2008 mediante la cláusula primera del Otrosí No. 3, no resultó idónea para actualizar debidamente los precios de los insumos utilizados en la construcción de las obras; que por su falta de idoneidad, la fórmula de ajuste afectó la remuneración y utilidad del contratista y que por ello se rompió en perjuicio de este último el equilibrio económico y financiero del Contrato IDU-072 de 2008 al no reconocer la falta de idoneidad de la fórmula mencionada y el rompimiento del equilibrio económico y financiero del Contrato en contra del contratista. En consecuencia, ordenar el restablecimiento del equilibrio económico y financiero del Contrato IDU-072 de 2008, mediante la corrección de la referida fórmula y el reconocimiento al contratista de los resultantes no cubiertos, en la forma, términos y por las razones expuestas en la providencia.

TERCERO: Declarar que durante el periodo comprendido entre el mes de abril de 2010 y el mes de abril de 2012, el comportamiento de las lluvias en la zona de ejecución del Contrato IDU-072 de 2008 superó significativamente los promedios históricos de los últimos años y que por ello mismo fue extraordinario, imprevisible anormal y no imputable al contratista, que tal situación fue también irresistible para el contratista, que no podía preverla ni al presentar la oferta, ni al presentar la programación de obra del año 2011 y determinó, por razones ajenas y no imputables al mismo, la ejecución anormal del Contrato IDU-072 de 2008 y la afectación en su contra del equilibrio económico y financiero del mismo. Que el Instituto de Desarrollo Urbano-IDU incumplió la Constitución, la Ley y el Contrato IDU-072 de 2008 al no reconocer los mayores costos en los que incurrió el contratista como consecuencia del fenómeno climatológico antes dichos, ni la ruptura del equilibrio económico y financiero del Contrato en contra del contratista. En consecuencia, ordenar el restablecimiento del equilibrio económico y financiero del Contrato IDU-072 de 2008, mediante el reconocimiento de los mayores costos en los que incurrió el contratista como consecuencia del citado fenómeno climatológico, incluyendo los costos directos e indirectos probados, en la forma, términos y por las razones expuestas en esta providencia.

CUARTO: Declarar que por razones imprevisibles, ajenas, extrañas y no imputables al contratista los gastos reales en los que incurrió por concepto del SISOMA no se reflejaron al aplicar la fórmula prevista en el numeral 8.3 del Apéndice 3, modificado por el Otrosí No. 2, relacionado con dichos gastos; que la remuneración recibida por el contratista respecto de los costos SISOMA no cubrió aquellos en los que efectivamente incurrió y que esto determinó una afectación en su contra del equilibrio financiero del Contrato IDU-072 de 2008; que el Instituto de Desarrollo Urbano-IDU incumplió la Constitución, la Ley y el Contrato IDU-072 de 2008 al no reconocer los

mayores costos en los que incurrió el contratista por las actividades de SISOMA, ni la ruptura del equilibrio económico y financiero del Contrato. En consecuencia, ordenar el restablecimiento del equilibrio económico y financiero del Contrato IDU-072 de 2008, mediante el reconocimiento de todos los mayores costos en los que incurrió el contratista por concepto del SISOMA, en la forma, términos y por las razones expuestas en esta providencia.

QUINTO: Declarar que por razones ajenas, extrañas y no imputables al contratista se presentaron fallas en los sistemas de drenajes y desagües existentes por fuera del área del proyecto, que ocasionaron daños en las obras ejecutadas en desarrollo del Contrato IDU-072 de 2008; que, como consecuencia de lo anterior y de la ola invernal, el contratista incurrió en costos que no le han sido reconocidos y, por tal, se rompió en su contra el equilibrio económico y financiero del Contrato IDU-072 de 2008; que el Instituto de Desarrollo Urbano-IDU incumplió la Constitución, la Ley y el Contrato IDU-072 de 2008 al no reconocer los mayores costos en los que incurrió el contratista por las fallas en los sistema de drenajes y desagües existentes por fuera del proyecto, ni la ruptura del equilibrio económico y financiero del Contrato. En consecuencia, ordenar el restablecimiento del equilibrio económico y financiero del Contrato IDU-072 de 2008, mediante el reconocimiento de todos los mayores costos en los que incurrió el contratista como consecuencia de los daños producidos en la obra por la falta de mantenimiento de los drenajes y desagües que se encuentran pro fuera del proyecto y de la ola invernal, en la forma, términos y por las razones expuestas en esta providencia.

SEXTO: Declarar que en la ejecución del Contrato IDU-072 de 2008, por razones ajenas, imprevisibles y no imputables al mismo, el contratista incurrió en mayores costos generados por las fallas prematuras de los pavimentos en los tramos 404B, 314A, 216 y 350 y por la nivelación y compactación adicional del subrasante, los cuales no podían detectarse por la metodología de diagnóstico pactada en el Contrato; que el Instituto de Desarrollo Urbano-IDU incumplió la Constitución, la Ley y el Contrato IDU-072 de 2008 al exigir que el contratista asumiera a su costa la reparación de los daños prematuros en los tramos arriba citados y la nivelación y compactación adicional a que se refiere la pretensión 6.1., así como al no reconocer los mayores costos en los que incurrió el contratista por este concepto, la ruptura del equilibrio económico y financiero del Contrato. En consecuencia, ordenar el restablecimiento del equilibrio económico y financiero del Contrato IDU-072 de 2008, mediante el reconocimiento de todos los mayores costos en los que el contratista incurrió, en la forma, términos y por las razones expuestas en esta providencia.

SÉPTIMO: Declarar que el Instituto de Desarrollo Urbano-IDU no le pagó oportunamente al contratista el valor contenido en el Acta de Obra No. 117, ni tampoco los intereses moratorios a los que se refiere la cláusula 6 del Contrato IDU-072 de 2008, por lo cual se rompió en su contra el equilibrio económico y financiero del Contrato; que el Instituto de Desarrollo Urbano-IDU incumplió la Constitución, la Ley y el Contrato IDU-072 de 2008 al no pagarle al contratista en forma oportuna el valor contenido en el Acta de Obra No. 117, ni tampoco los intereses moratorios a los que se refiere la cláusula 6 del Contrato IDU-072 de 2008 y, en consecuencia, ordenar el restablecimiento del equilibrio económico y financiero del Contrato IDU-

072 de 2008, mediante el reconocimiento de los intereses moratorios generados por la mora en el pago del Acta de Obra No. 117, en la forma, términos y por las razones expuestas en esta providencia.

OCTAVO: Declarar que son improcedentes las decisiones negativas del Instituto de Desarrollo Urbano-IDU respecto de las solicitudes de reconocimiento jurídico y económico formuladas por el contratista, única y exclusivamente respecto de las materias a las que se refieren los numerales tercero a séptimo anteriores de esta parte resolutive, por las consideraciones expuestas en la parte motiva.

NOVENO: Condenar al Instituto de Desarrollo Urbano-IDU a pagar a la sociedad ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS S.A. y/o a su sucursal en Colombia, de conformidad con lo solicitado y la cesión que le hizo a CONCRETOS ASFÁLTICOS DE COLOMBIA, CONCRESCOL S.A. según el parágrafo cuarto de la cláusula primera del Otro Sí Modificatorio No. 1 al Contrato suscrito el 4 de octubre de 2011, como titular de todos los derechos económicos del contratista, CONSORCIO VÍAS DEL DISTRITO conformados por esa sociedades, la suma total de veintisiete mil ochocientos treinta millones quinientos cuarenta y siete mil veintinueve pesos (\$27.830.547.029), que incluye todos los conceptos reconocidos y la actualización, según lo expuesto en la parte motiva de este laudo.

DÉCIMO: La condena impuesta será cumplida en los términos legales y sobre el capital se causarán intereses moratorios a partir del día siguiente a la ejecutoria del laudo y hasta la fecha efectiva del pago.

DÉCIMO PRIMERO: Por las razones expuestas en la parte motiva, negar las restantes pretensiones de la demanda arbitral.

DÉCIMO SEGUNDO: Abstenerse de imponer condena en costas, por lo expuesto en la parte motiva.

DÉCIMO TERCERO: Declarar causados los honorarios de los árbitros y de la secretaria, por lo que se realizará el pago del saldo en poder del Presidente del Tribunal, quien procederá a rendir cuentas de las sumas puestas a su disposición para los gastos de funcionamiento del Tribunal.

DÉCIMO CUARTO: Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas del presente laudo arbitral con destino a cada una de las partes y al Ministerio Público, con las constancias de ley y que se remita el expediente para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Pretensiones

El 6 de diciembre de 2013, las sociedades Ortiz Construcciones y Proyectos S.A., sucursal Colombia y Concretos Asfálticos de Colombia S.A., miembros del Consorcio Vías del Distrito, a través de apoderado, instauraron demanda arbitral en contra del Instituto de Desarrollo Urbano-IDU, que reformaron el 19 de agosto de 2014, procurando las siguientes pretensiones:

A. Declarativas

1. Pretensiones relacionadas con la fórmula de ajuste prevista en la cláusula 8 del contrato:

1.1. Que se declare, según resulte probado en el proceso, que la fórmula de ajuste del Contrato de Obra IDU-072 de 2008, pactada en la cláusula octava y ajustada al Pliego de Condiciones de la Licitación Pública LP-DG-0006-2008 mediante la cláusula primera del Otrosí No. 3, resultó inidónea para actualizar debidamente los precios de los insumos utilizados en la construcción de las obras.

1.2. Que se declare que la inidoneidad de la fórmula de ajuste afectó la remuneración y utilidad del contratista y que, por ello, se rompió en su contra el equilibrio económico y financiero Contrato IDU-072 de 2008, por razones ajenas, extrañas y no imputables al mismo.

1.3. Que se declare que el IDU incumplió la Constitución, la ley y el Contrato IDU-072 de 2008, al no reconocer la inidoneidad de la fórmula mencionada y el rompimiento del equilibrio económico y financiero del contrato en contra del contratista.

1.4. Que sin perjuicio de las decisiones que se adopten respecto de las pretensiones 1.3 y 10 de esta demanda (en lo pertinente) y para cumplir con la normatividad jurídica anteriormente mencionada, se ordene restablecer judicialmente el equilibrio económico y financiero del Contrato IDU-072 de 2008, corrigiendo la fórmula a que se refiere la pretensión 1.1. y reconociendo al contratista los costos no cubiertos que resulten de esa corrección.

2. Pretensiones relacionadas con los mayores costos del Contrato IDU-072 de 2008 a causa de la fuerte ola invernal

2.1. Que se declare que durante el periodo comprendido entre el mes de abril de 2010 y el mes de abril de 2012, o aquél que resulte probado en el proceso, el comportamiento de las lluvias en la zona de ejecución del Contrato IDU-072 de 2008 superó significativamente los promedios históricos de los últimos años y que por ello mismo fue extraordinario, imprevisible, anormal y no imputable al contratista.

2.2. Que se declare, conforme a lo que resulte probado en el proceso, que tal situación fue también irresistible para al contratista, que no podía preverla ni al momento de presentar la oferta, ni a la hora de presentar la programación de obra del año 2011 y determinó, por razones ajenas y no imputables al mismo, la ejecución anormal del Contrato IDU-072 de 2008 y la afectación en su contra del equilibrio económico y financiero del mismo.

2.3. Que se declare que el IDU incumplió la Constitución, la ley y el Contrato IDU-072 de 2008, al no reconocer los mayores costos en que incurrió el contratista como consecuencia del fenómeno climatológico a que se refiere la pretensión declarativa 2.1. anterior, ni la ruptura del equilibrio económico y financiero en contra del contratista.

2.4. Que sin perjuicio de las decisiones que se adopten respecto de las pretensiones 2.3 y 10 de esta demanda (en lo pertinente) y para cumplir con la normatividad jurídica anteriormente mencionada, se ordene restablecer judicialmente el equilibrio económico y financiero del Contrato IDU-072 de 2008, reconociendo todos los mayores costos en que incurrió el contratista como consecuencia del citado fenómeno climatológico, incluyendo los costos directos e indirectos.

3. Pretensiones relacionadas con los costos no reconocidos al contratista relacionados con el SISOMA

3.1. Que se declare, según lo que resulte probado en el proceso, que por razones imprevisibles, ajenas, extrañas y no imputables al contratista, los gastos reales en que éste incurrió por concepto de SISOMA no se reflejaron al aplicar la fórmula prevista en el numeral 8.3 del Apéndice 3, modificado por el Otrosí No. 2, relacionado con dichos gastos.

3.2. Que se declare que la remuneración recibida por el contratista respecto de los costos SISOMA no cubrió aquellos en los que efectivamente incurrió y que esto determinó una afectación en su contra del equilibrio económico y financiero del Contrato IDU-072 de 2008.

3.3. Que se declare que el IDU incumplió la Constitución, la ley y el Contrato IDU-072 de 2008, al no reconocer los mayores costos en que incurrió el contratista por las actividades SISOMA, ni la ruptura del equilibrio económico y financiero en contra del contratista.

3.4. Que sin perjuicio de las decisiones que se adopten respecto de las pretensiones 3.3 y 10 de esta demanda (en lo pertinente) y para cumplir con la normatividad jurídica anteriormente mencionada, se ordene restablecer judicialmente el equilibrio económico y financiero del Contrato IDU-072 de 2008, reconociendo todos los mayores costos en que incurrió el contratista por concepto del SISOMA.

4. Pretensiones relacionadas con el mayor costo incurrido por el contratista

como consecuencia de las faltas de los drenajes y desagües existentes por fuera del límite del proyecto, sumados a la ola invernal

4.1. Que se declare que por razones ajenas, extrañas y no imputables al contratista, se presentaron fallas en los sistemas de drenajes y desagües existentes por fuera del proyecto, los cuales ocasionaron daños en las obras ejecutadas en desarrollo del Contrato IDU-072 de 2008.

4.2. Que se declare que como consecuencia de lo anterior y de la ola invernal a que se refieren las pretensiones anteriores, el contratista incurrió en costos que no le han sido reconocidos, y que por tal razón, se rompió en su contra su contra el equilibrio económico y financiero del Contrato IDU-072 de 2008.

4.3. Que se declare que el IDU incumplió la Constitución, la ley y el Contrato IDU-072 de 2008, al no reconocer los mayores costos en que incurrió el contratista por las fallas en los sistemas de drenajes y desagües existentes por fuera del área del proyecto, ni la ruptura del equilibrio económico y financiero en contra del contratista.

4.4. Que sin perjuicio de las decisiones que se adopten respecto de las pretensiones 4.3 y 10 de esta demanda (en lo pertinente) y para cumplir con la normatividad jurídica anteriormente mencionada, se ordene restablecer judicialmente el equilibrio económico y financiero del Contrato IDU-072 de 2008, reconociendo todos los mayores costos en que el contratista incurrió como consecuencia de los daños producidos en la obra por falta de mantenimiento de los drenajes y desagües que encuentran por fuera del proyecto y de la ola invernal a que se refieren las pretensiones anteriores.

5. Pretensiones relacionadas con el mayor costo incurrido por el contratista resultante del sobreacarreo de materia granular

5.1. Que se declare que el precio pactado para el transporte del material granular en el Contrato IDU-072 de 2008, no es aplicable para remunerar el sobreacarreo de dicho material por fuera del radio de los dieciocho kilómetros con novecientos cuarenta metros (18.94 km), aledaños a la zona de ejecución del contrato.

5.2. Que se declare, conforme a lo que resulte probado en el proceso, que por razones ajenas, extrañas y no imputables al contratista, éste no pudo adquirir el material granular exigido en el Contrato IDU-072 de 2008 dentro del radio de los dieciocho kilómetros con novecientos cuarenta metros (18.94 km), rompiéndose en su contra su contra el equilibrio económico y financiero del Contrato.

5.3. Que se declare que el IDU incumplió la Constitución, la ley y el Contrato IDU-072 de 2008, al no reconocer los mayores costos en que incurrió el contratista por el sobreacarreo de material granular a que se refieren las pretensiones anteriores, ni la ruptura del equilibrio económico y financiero del contrato.

5.4. Que sin perjuicio de las decisiones que se adopten respecto de las pretensiones 5.3 y 10 de esta demanda (en lo pertinente) y para cumplir con la normatividad

jurídica anteriormente mencionada, se ordene restablecer judicialmente el equilibrio económico y financiero del Contrato IDU-072 de 2008, reconociendo al contratista los costos por el sobreacarreo de material granular a que se refieren las pretensiones anteriores.

6. Pretensiones relacionadas con el mayor costo incurrido por el contratista por la ejecución de obras adicionales que no podían ser detectadas por una metodología de diagnóstico que resultó insuficiente para determinarlas

6.1. Que se declare que en la ejecución del Contrato IDU-072 de 2008, por razones ajenas, extrañas y no imputables al mismo, el contratista incurrió en mayores costos generados por las fallas prematuras de los pavimentos en los tramos 404B, 314^a, 316 y 150 y por la nivelación y compactación adicional de la subrasante, los cuales no podían detectarse por la metodología de diagnóstico pactada en el contrato.

6.2. Que se declare que el IDU incumplió la Constitución, la ley y el Contrato IDU-072 de 2008 al exigir que el contratista asumiera a su costa la reparación de los daños prematuros en los tramos arriba citados y la nivelación y compactación adicional a que se refiere la pretensión anterior, así como al no reconocer los mayores costos en que incurrió el contratista sobre el particular, ni la ruptura del equilibrio económico y financiero del contrato.

6.3. Que sin perjuicio de las decisiones que se adopten respecto de las pretensiones 6.2 y 10 de esta demanda (en lo pertinente) y para cumplir con la normatividad jurídica anteriormente mencionada, se ordene restablecer judicialmente el equilibrio económico y financiero del Contrato IDU-072 de 2008, reconociendo todos los mayores costos en que el contratista incurrió en relación con los temas a que se refiere la pretensión 6.1.

7. Pretensiones relacionadas con el mayor costo incurrido por el contratista por los hurtos y la inseguridad existente en la zona del proyecto

7.1. Que se declare, según lo que resulte probado en el proceso, que por razones imprevisibles, ajenas, extrañas y no imputables al contratista, en la ejecución del Contrato IDU-072 de 2008 se presentaron múltiples, frecuentes y reiterados hurtos en la zona objeto del contrato, que trascendieron de modo anormal en la obligación de vigilancia a cargo del contratista.

7.2. Que se declare que el IDU incumplió la Constitución, la ley y el Contrato IDU-072 de 2008, al no adoptar las medidas necesarias para mejorar la seguridad en la zona objeto del contrato ni de instar a las autoridades policivas competentes para cumplir con dicha obligación y prevenir y corregir los hurtos a que se refiere la pretensión anterior.

7.3. Que se declare que el IDU incumplió la Constitución, la ley y el Contrato IDU-072 de 2008, al no reconocer los mayores costos en que incurrió el contratista como consecuencias de los continuos hurtos a que se refiere la pretensión anterior, ni la

ruptura del equilibrio económico y financiero del contrato en contra del contratista.

7.4. Que sin perjuicio de las decisiones que se adopten respecto de las pretensiones 7.3 y 10 de esta demanda (en lo pertinente) y para cumplir con la normatividad jurídica anteriormente mencionada, se ordene restablecer judicialmente el equilibrio económico y financiero del Contrato IDU-072 de 2008, reconociendo todos los mayores costos en que el contratista incurrió como consecuencia de los hurtos e inseguridad de la zona del proyecto.

8. Pretensiones relacionadas con la ausencia de reconocimiento de los intereses moratorios ocasionados por la mora en los tres (3) últimos desembolsos del anticipo

8.1. Que se declare que el IDU no le canceló oportunamente al contratista los tres (3) últimos desembolsos del anticipo, ni tampoco los intereses moratorios, a que se refiere la cláusula 6 del Contrato IDU-072 de 2008 y que por ello, se rompió en su contra el equilibrio económico y financiero del Contrato IDU-072 de 2008.

8.2. Que se declare que el IDU incumplió la Constitución, la ley y el Contrato IDU-072 de 2008 al no cancelarle al contratista oportunamente los tres (3) últimos desembolsos del anticipo y al no reconocer los intereses moratorios a que se refiere la cláusula 6 del mismo.

8.3. Que sin perjuicio de las decisiones que se adopten respecto de las pretensiones 8.2 y 10 de esta demanda (en lo pertinente) y para cumplir con la normatividad jurídica anteriormente mencionada, se ordene restablecer judicialmente el equilibrio económico y financiero del Contrato IDU-072 de 2008, reconociendo al contratista los intereses moratorios generados por la demora en los tres (3) últimos desembolsos del anticipo.

9. Pretensiones relacionadas con la ausencia de reconocimiento de los intereses de mora ocasionados por la mora en el pago del Acta de Obra No 117

9.1. Que se declare que el IDU no le canceló oportunamente al contratista el valor contenido en el Acta de Obra No. 117, ni tampoco los intereses moratorios, a que se refiere la cláusula 6 del Contrato IDU-072 de 2008 y que por ello se rompió en su contra el equilibrio económico y financiero del Contrato IDU-072 de 2008.

9.2. Que se declare que el IDU incumplió la Constitución, la ley y el Contrato IDU-072 de 2008 al no cancelarle al contratista oportunamente el valor contenido en el Acta de Obra No. 117, ni tampoco los intereses moratorios a que se refiere la cláusula 6 del Contrato IDU-072 de 2008, accediendo también a lo solicitado en la pretensión 10.1.

9.3. Que sin perjuicio de las decisiones que se adopten respecto de las pretensiones 9.2 y 10 de esta demanda (en lo pertinente) y para cumplir con la normatividad

jurídica anteriormente mencionada, se ordene restablecer judicialmente el equilibrio económico y financiero del Contrato IDU-072 de 2008, reconociendo al contratista los intereses moratorios generados por la mora en el pago del Acta de Obra No. 117.

10. Pretensiones relacionadas con la improcedencia de las decisiones negativas del IDU

10.1. Que se declare que son improcedentes las decisiones negativas del IDU a las solicitudes de reconocimiento jurídico y económico formuladas por el contratista, contenidas en las comunicaciones y actas que a continuación se citan, así como las demás que resulten dentro del proceso, así:

- i) Las contenidas en las Actas de arreglo directo No. 1, 2, 3, 4, 5 y 6 de 14 de marzo, 4, 11, 19, 25 de abril y 9 de mayo de 2013;
- ii) Las contenidas en las Actas de Comité de convivencia No. 1, 2 y 3 del 20 de junio, 27 de junio y 18 de julio de 2013,
- iii) Las contenidas en los oficios IDU 20135460027983 y 20135560028793 del 12 de febrero de 2013, así como en la comunicación del Interventor radicado IDU 20135260093702 del 7 de febrero de 2013,
- iv) Las contenidas en los oficios BTA-933-C-C1270, 01-7835-2011, 01-535-2011, 01-5941-2011.

B. Condenas

1. Que se condene al IDU a pagar todos los reconocimientos no efectuados por ésta o que sean ordenados por el Tribunal, así como lo mayores costos y perjuicios que resulten en favor del contratista de la prosperidad de las pretensiones anteriores y aparezcan debidamente probadas en el proceso.
2. Que respecto de las pretensiones 8 y 9 de esta demanda se condene a pagar al IDU intereses moratorios a la tasa más alta autorizada o los que decrete el Tribunal o, subsidiariamente, se actualice el capital que resulte probado en este proceso.
3. Que cualquier otra suma que resulte de la prosperidad de las demás pretensiones de la demanda, se actualice hasta la fecha de ejecutoria del laudo.
4. Que respecto de cualquier suma que resulte en el laudo en favor del contratista, se decreten, a partir de la ejecutoria del mismo, intereses moratorios a la tasa más alta autorizada.
5. Que en el caso de que se interponga recurso de anulación contra el eventual laudo arbitral favorable a las pretensiones de esta demanda, se disponga que deben pagarse en favor del contratista intereses moratorios desde el día siguiente al término establecido en el artículo 40 de la Ley 1563 de 2012, esto es, con

independencia de la interposición de dicho recurso y de la fecha de ejecutoria de la eventual sentencia favorable que al efecto profiera la Sección Tercera del Consejo de Estado.

6. Pretensión subsidiaria a la anterior 4:

Que en caso de que se interponga recurso de anulación contra el eventual laudo arbitral favorable a las pretensiones de esta demanda y se asuma que el término de ejecutoria del laudo sólo se produce con la ejecutoria de la eventual sentencia de anulación de la Sección Tercera del Consejo de Estado que desestime el recurso interpuesto, se disponga que el contratista, concretamente a Ortiz Construcciones y Proyectos S.A. Sucursal Colombia, como titular de todos los derechos económicos del Consorcio Vías del Distrito, tiene derecho al pago de intereses comerciales a partir del día siguiente al previsto en el artículo 40 de la Ley 1563 de 2012 y hasta el día anterior a la ejecutoria de dicha sentencia, e intereses moratorios a partir del día siguiente a la ejecutoria de la sentencia que desestime el recurso de anulación.

7. Que se condene al IDU a pagar todas las costas del proceso y las agencias en derecho.

8. Que cualquier suma líquida que resulte de la prosperidad de todas o cualesquiera de las pretensiones de condena anteriormente solicitadas, se reconozca en favor de Ortiz Construcciones y Proyectos S.A. y/o a su sucursal en Colombia, por ser esta la titular de todos los derechos económicos del Consorcio Vías del Distrito, tal como resulta del parágrafo cuarto de la cláusula primera del Otrosí modificatorio No. 1 al contrato suscrito el 4 de octubre de 2011 entre las sociedades Concretos Asfálticos de Colombia S.A-Concrescol S.A. y Ortiz Construcciones y Proyectos S.A.

1.2. Fundamentos

Para apoyar sus pretensiones la parte convocante puso de presente estas razones:

1.2.1. El 30 de diciembre de 2008, previa licitación pública, el Instituto de Desarrollo Urbano-IDU y la Unión Temporal Vías de Bogotá 2009 suscribieron el contrato de obra n.º 072 con el objeto de ejecutar, a precios unitarios, “...las obras y actividades para la malla vial arterial, intermedia y local del Distrito de conservación del Grupo 4”, por un valor estimado de \$100.487.124.278, durante un plazo de 42 meses, contados a partir de la suscripción del acta de inicio.

1.2.2. El 26 de abril de 2010, por desavenencias entre las partes que llevaron a

la paralización de las obras y apertura de una actuación con el objeto de declarar la caducidad administrativa, previa solicitud de parte y autorización del contratante, el contrato fue cedido al consorcio conformado por las sociedades Constructora Inca y Ortiz Construcciones y Proyectos S.A., con participación del 30% y 70%.

El 30 de junio de 2011, la primera de estas sociedades cedió a la segunda la totalidad de los derechos consorciales, con la autorización del contratante. Finalmente, el 25 de noviembre de 2011, Ortiz Construcciones y Proyectos S.A. cedió a la sociedad Concretos Asfálticos de Colombia S.A. el 30% de los derechos del contrato.

1.2.3. El 29 de diciembre de 2010, las partes suscribieron el Otrosí n.º 2 con el objeto de modificar el numeral 8.1, relativo la «...*forma de pago de las labores SISOMA del Apéndice 3, “Obligaciones de seguridad, salud ocupacional y medio ambiente” del Pliego de Condiciones*», el párrafo 8 y el parágrafo de la cláusula 5 del contrato.

1.2.4. El 1 de noviembre de 2011, las partes modificaron el contrato con el Otrosí n.º 3, en lo relativo a la fórmula de actualización de precios y la solución de controversias, de que tratan las cláusulas 8 y 29.

1.2.5. La fórmula de actualización de precios no resultó idónea para reconocer al contratista los mayores costos incurridos durante la ejecución del contrato por variaciones en los precios de los materiales, en cuanto el Índice de Costos de la Construcción Pesada-ICCP al que se sujetó no incorpora oportuna y adecuadamente los incrementos imprevisibles y significativos en el precio del acero, elementos metálicos, acero estructural, cables de acero, que la contratista reclamó por la suma de \$5.145.132.505, negada por la entidad contratante.

1.2.6. La fórmula acordada para el reconocimiento de los costos relacionados con las “*Obligaciones de seguridad, salud ocupacional y medio ambiente*” (SISOMA) tienen en cuenta los rendimientos normales para la ejecución de la obra estimados conforme con el pliego de condiciones, pero no considera los cierres temporales de los frentes de trabajo y no reconoce la mayor permanencia provocada por la disminución en los rendimientos ocasionada por la ola invernal, que ocasionaron mayores costos por \$2.181.433.482, suma que la convocada se

negó a reconocer los contratistas.

1.2.7. La imprevisible e irresistible ola invernal sobrevenida entre los meses abril de 2010 y 2012, que llevó a que el gobierno declarara el Estado de emergencia económica, social y ecológica, afectó la normal ejecución del objeto, en cuanto obligó a adelantar obras de mitigación, ocasionó suspensión e incremento de los frentes de trabajo y redujo el rendimiento de la maquinaria, impuso sobre costos directos por \$9.387.051.037 e indirectos por \$6.213.054.889, que el IDU no reconoció a las convocantes.

1.2.8. Durante la temporada invernal ocurrida se presentaron fallas por mantenimiento y atención de los drenajes y desagües del sistema de alcantarillado a cargo de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado que dañaron obras ejecutadas por el contratista, cuya reparación impuso mayores por la suma de \$477.935.472 que el contratante se negó a reconocer.

1.2.9. Ante i) la evidencia de que el material granular ofrecido en las canteras aprobadas por la autoridad ambiental y el contratista, ubicadas dentro del radio de 18,94 kilómetros convenido en el contrato, no reunía las especificaciones técnicas señaladas en el pliego de condiciones y ii) el cierre de canteras propiciado por la ola invernal, el contratista debió adquirir ese material en fuentes alejadas, que ocasionaron mayores costos de acarreo en la suma de \$1.424.498.268 que la convocada no quiso pagar al contratista.

1.2.10. Las obras de rehabilitación de las vías ejecutadas por el contratista durante los dos primeros años fallaron prematuramente por errores atribuibles a la metodología de diagnóstico establecida en el Pliego de Condiciones, en cuanto la profundidad que se consideraba no permitía detectar los problemas del suelo, haciendo que las obras indicadas por el diagnóstico se deterioran por la falta de capacidad del terreno para soportar la capa superior de sub-base y base, cuya reparación impuso mayores costos por la suma de \$2.237.813.466 que el contratante no pagó al contratista.

1.2.11. Durante la ejecución del objeto se presentaron graves problemas de orden público que excedieron las obligaciones de seguridad del contratista, que debió soportar el hurto reiterado de elementos, con sobre costos que ascienden a

\$788.004.432, no reconocidos por la convocada.

1.2.12. La contratante no pagó oportunamente los tres últimos desembolsos del anticipo convenido, el valor del acta de obra n. ° 117 y no cumplió la obligación de pagar los intereses de mora, causados en sumas de \$293.382.075 y 38.960.757.

2. Intervención pasiva

Por auto dictado en audiencia del 20 de junio de 2014, se declaró instalado el Tribunal de Arbitramento y, admitida la reforma de la demanda, el 22 de agosto siguiente, le fue trasladada a la convocada en esa misma fecha –fls. 248 a 250 y 469 a 471, c.p.1-.

El Instituto de Desarrollo Urbano-IDU, a través de apoderado, se opuso a las pretensiones, aceptó unos hechos y negó los demás. En su defensa adujo que:

i) durante el proceso de licitación se llevó a cabo la audiencia de asignación de riesgos dispuesta por el ordenamiento, sin que el proponente hubiere objetado lo relativo a la variación de los precios que debía asumir el contratista y la utilización del Índice de Costos de la Construcción Pesada-ICCP, además de que, en cuanto la aplicación de ese índice en la fórmula de actualización de precios *“...se remite a una operación matemática, ...no puede ser sujeta de interpretaciones contrarias a las establecidas en el proceso de selección”*, habida cuenta que se trata de un índice bursátil con el que se busca incorporar al contrato el escenario de evolución de los precios de mercado que el contratante está dispuesto a pagar, el contratista a asumir y por fuera del que no le resulta posible a este último exigir derechos –fl. 482-;

ii) el contratista no puede actuar en sede judicial en contra de las condiciones económicas que aceptó expresamente al presentar la oferta y suscribir el contrato, las cuales se cumplieron durante la ejecución del objeto, como dan cuenta de ello las múltiples actas de ajustes de precios suscritas entre las partes;

iii) la temporada de lluvias ocurrida en los últimos meses de 2010 no varió extraordinariamente durante el 2011, razón por la que son infundadas las afirmaciones de las convocantes relativas a que era imposible incorporar esa condición climática en la programación de las obras proyectada para este último año, en la que funda las reclamaciones;

iv) el pliego de condiciones no estableció limitaciones a la propuesta económica en materia de la definición de los costos de las actividades SISOMA, relativas a la duración o rendimientos de los frentes de obra en las que se funda la demanda y, en cuanto los precios convenidos en el contrato por ese rubro fueron definidos autónomamente por el contratista, se entiende que incorporan todos los costos, sin que le asista derecho para reclamar mayores reconocimientos;

v) conforme con lo acreditado en la mesa de arreglo directo y el comité de convivencia acordados en el contrato para la solución de controversias, los daños en las obras que el contratista atribuye a la falta de mantenimiento de los drenajes y desagües de las alcantarillas “...fueron ocasionados por la falta de previsión en la protección de las mismas por parte del contratista” -fl. 495-;

vi) los costos de acarreo del material granular convenidos en el contrato aplican con independencia de la distancia de la fuente de suministro, habida cuenta que la limitación de los 21 kilómetros pactada se refiere específicamente al “...transporte adicional de material de excavación o demolición”, razón por la que no le asiste derecho a la convocante para reclamar incrementos con fundamento en el reconocimiento de costos adicionales pactado para el transporte de materiales distintos -fl. 499-;

vii) los espesores de las obras y la condición de capacidad portante de la subrasante baja, necesarias para la rehabilitación de la vía, en los que las convocantes apoyan la demanda fueron definidos por el contratista; bajo su cargo estaba el deber de verificar la presencia de fallas o hundimientos y proceder a su reemplazo, además de que los mayores costos por la falla prematura de las obras construidas por el contratista no se ocasionaron por problemas de diagnóstico, sobre los cuales el contratista asumió contractualmente la responsabilidad, sino porque, como se acreditó en la mesa de arreglo directo y el comité de convivencia

del contrato, se ocasionaron por problemas “...relacionados con la calidad de la mezcla asfáltica, debido a que las muestras de control de mezclas asfálticas tomadas no alcanzaron las densidades esperadas, situación que motivó la respectiva reparación” –fl. 501-;

viii) en relación con la reclamación de los mayores costos por el hurto de elementos y material de la obra, el contratista se limitó a entregar al contratante un listado de denuncias sin que haya ofrecido mayores elementos de juicio para su reconocimiento, además, los costos del personal contratado para hacer frente a la inseguridad, que el contratista reclama en la demanda, están incorporados en los costos del frente de obra denominado Álvaro Bernal Segura que el contratista asumió conforme con lo definido en el pliego de condiciones;

ix) al contratista se le pagaron oportunamente las cuentas de cobro por el anticipo, sin que le sean imputables al contratante las demoras por la devolución de esas cuentas originada en la falta de los requisitos exigidos y la activación de las cuentas bancarias donde debían ser consignados y

x) el retraso en el pago del Acta de obra 117 se debió a errores en la información suministrada por el contratista sobre la composición del consorcio que llevó a que los dineros se giraran al Juzgado 4 del Circuito Civil de Bogotá, en cumplimiento de la orden de embargo emitida por este.

La entidad convocada propuso las excepciones de i) ineptitud sustantiva, en cuanto considera que en la demanda se acumularon indebidamente las pretensiones porque no resulta posible que, al tiempo que pide el restablecimiento del equilibrio del contrato por no ser idónea la fórmula de ajuste de precios, se solicite la indemnización de perjuicios fundada en el incumplimiento de la cláusula del contrato que contiene ese mecanismo de ajuste; ii) idoneidad de la fórmula de ajuste de precios, en tanto la convenida en la cláusula octava del contrato permitió reconocer al contratista los ajustes de precios acordados, sin que se haya acreditado la ineficacia o nulidad de esa estipulación contractual; iii) inexistencia de incumplimiento, fundada en que la convocante no acredita el desequilibrio económico del contrato en el que se sostienen sus reclamaciones; iv) improcedencia del desequilibrio, dado que el alegado se orienta a que la entidad

contratante le reconozca al contratista los costos en los que incurrió por falta de previsión y conocimiento de pliego de condiciones, a que se desconozcan los riesgos asumidos en el contrato, además de que se fundamenta exclusivamente en las variaciones negativas del contrato y no en un balance integral de los ajustes positivos y negativos ocurridos a lo largo de la ejecución del objeto; v) primacía de la autonomía de la voluntad privada, en virtud de la cual el contratista no puede desconocer el alcance de las obligaciones que asumió al presentar la propuesta, celebrar el contrato y convenir en las actas parciales de pago y ajustes de precios suscritas; vi) falta de competencia, derivada del hecho de que el tribunal de arbitramento no puede conocer controversias contractuales sobre un contrato liquidado de común acuerdo, en el que el contratista se limitó a dejar observaciones con “*un alto grado de generalidad*”, que carecen de salvedades “*claras, específicas y concretas*” sobre los aspectos relativos a la demanda promovida.

II. LAUDO ARBITRAL

El Tribunal de Arbitramento, el 6 de agosto de 2015, profirió el laudo encomendado –fls. 236 a 404 c. C. de E-. Después de dar cuenta de que la relación procesal se constituyó entre las partes legitimadas, debidamente representadas y sobre asuntos enteramente gestionables en el ámbito de la autonomía de su voluntad privada, así como del trámite surtido y de las pruebas practicadas, concluyó su competencia para resolver las controversias derivadas del objeto de la cláusula compromisoria convenida por las partes, así:

3. Arbitramento

Las divergencias que surjan con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, terminación y liquidación del contrato, se solucionarán a través de un Tribunal de Arbitramento integrado para el efecto por 3 árbitros designados de común acuerdo. En caso de no haber acuerdo en la selección de árbitros, la designación se hará por medio de un sorteo en presencia del Director del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, de una lista de 10 personas, integrada por cinco propuestos por cada parte. El procedimiento será el que la ley establece para estos efectos y el domicilio será la ciudad de Bogotá. El laudo arbitral será definitivo y vinculante para las partes, de forma que se podrá impetrar decisión jurisdiccional de cumplimiento del laudo en cualquier corte con jurisdicción sobre la parte que incumpliére. La solución de controversias por medio del Arreglo Directo, Perito para

aspectos técnicos, Arbitramento o cualquier otro mecanismo no suspenderá la ejecución del contrato, salvo aquellos aspectos cuya ejecución dependa necesariamente de la solución de la controversia.

A esos efectos, el Tribunal desestimó los reparos de falta de competencia para dirimir la controversia formulados por la convocada, en el sentido de que los árbitros no pueden pronunciarse sobre asuntos respecto los que el contratista no dejó salvedades claras, concretas y específicas relativas a las pretensiones de la demanda, fundado en que i) la ausencia de esas inconformidades atañe al fondo del asunto, en cuanto amerita que se nieguen las pretensiones, no que se desestime la competencia y ii) las salvedades *“consignadas en forma clara, precisa y explícita”* en el acta de liquidación del contrato suscrita por las partes, *“...involucran las materias de la controversia, las mismas planteadas en la demanda... y su reforma”* –fl. 259-.

Asimismo, el Tribunal desestimó la falta de competencia *“...por la imposición de multas a través de actos administrativos ejecutoriados”*, formulada en los alegatos de conclusión, en cuanto considera que las controversias sometidas a su decisión no involucran la legalidad de esos actos.

Seguidamente, los árbitros se ocuparon de la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, para concluir que, en tanto i) el auto admisorio quedó ejecutoriado sin que la convocada hubiera cuestionado la decisión de admitir la demanda por reunir los requisitos y ii) las pretensiones son claras, precisas y no se excluyen entre sí, no está llamada a prosperar.

Asimismo, el Tribunal desestimó la objeción que la convocada formuló a los dictámenes con apoyo en que i) la perito contable no desvirtúa las actas de obra demostrativas del desequilibrio económico, no auditó los costos e inversiones de obra y se sustenta en un sistema de gestión de costos no aplicable en Colombia y ii) el dictamen técnico allegado con la demanda adolece de falta de fundamentos, información veraz, análisis de bitácoras, frentes de trabajo y manuales de interventoría, por considerar los árbitros que no existen limitaciones que impidan aplicar el sistema de gestión contable utilizado por el contratista, los dictámenes responden de manera clara, precisa al objeto encomendado, se soportan en la

contabilidad del contratista y dan cuenta de los cálculos financieros de actualización de los valores reportados y de los análisis técnicos realizados sobre los documentos de ambas partes, relativos a la licitación, celebración y ejecución del contrato.

A partir del análisis sobre el tipo y régimen jurídico del contrato contenido en las disposiciones de los artículos 2º, 13, 58, 83, 90 constitucionales, la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios, el Tribunal concluyó que el celebrado se sujeta al equilibrio económico de las prestaciones que debe restablecerse en los casos en que se altera por razones no imputables a la parte que resulte afectada.

En lo tocante a las pretensiones, el laudo da cuenta de que:

i) en cuanto no discuten los términos acordados para la actualización de precios, sino el comportamiento anormal e inesperado de cada uno de los subgrupos considerados que llevó al fracaso de los supuestos e hipótesis sobre los que descansa el consentimiento expresado en torno a las actualizaciones, no es dable el entendimiento en el sentido de que, por la experiencia acreditada, la propuesta presentada y los riesgos asumidos, las convocantes no pueden reclamar el desequilibrio cuando ese comportamiento imprevisible afecta gravemente los costos de ejecución de la obra, además de que, conforme con la jurisprudencia de esta Corporación, de la suscripción de las actas parciales de pago, obra o ajustes de precios no puede deducirse la renuncia al derecho de solicitar el restablecimiento;

ii) el dictamen rendido por el perito técnico, además de que coincide plenamente con la información reportada por el DANE sobre la evolución del ICCP y la variación porcentual, mensual y acumulada de cada grupo de materiales, da cuenta de la falta de idoneidad de la fórmula para actualizar los precios del contrato y la metodología de ajuste, toda vez que i) el crecimiento del ICCP total resulta significativamente menor que el incremento del ICCP de cada uno de los grupos de obras cuyos precios se debían ajustar de acuerdo con la fórmula convenida en la cláusula 8 del contrato y ii) comparada la actualización anual de los precios convenida con la variación mensual experimentada en el ICCP de cada uno de los

subgrupos que inciden en los costos de las obras, se presenta una variación negativa que excede en 241% el valor de los imprevistos y en 121% el valor de la utilidad del contratista. El perito determinó que la diferencia ocurrida en el valor de la variación del ICCP de los subgrupos que determinan el costo de la obra, no reconocida en la fórmula en la que convinieron las partes, asciende a \$5.145.132.505, que calificó como exagerada, en cuanto excede en 2.97 veces la suma establecida para los imprevistos y en 1.49 veces la utilidad del contratista;

iii) en lo relativo a los mayores costos ocasionados por la fuerte ola invernal, los árbitros encontraron que, conforme con la información allegada por el IDEAM al proceso, misma que sirvió de fundamento a la declaración de la emergencia económica, social y ecológica de que trata el Decreto 4580 de 2010, cuya exequibilidad fue declarada en la Sentencia C-156 de 2001 de la Corte Constitucional entre otras razones por “...*el carácter extraordinario y anormal del fenómeno climático*”, durante el periodo comprendido entre los meses de abril de 2010 y 2012, en la zona geográfica de ejecución del contrato se presentaron precipitaciones que estuvieron “*muy por encima*” del comportamiento histórico plurianual y que la “...*naturaleza grave, anormal, extraordinaria, imprevista y ajena a las partes de la ola invernal referida, por su intensidad, prolongación y la magnitud de sus efectos...a punto de constituirse en “desastre natural”*”, incidió directamente en los sobrecostos, directos e indirectos en los que incurrió el contratista, que el perito técnico determinó en \$9.274.155.749. Suma que no fue reconocida oportunamente por la entidad convocada, a pesar de que el contratista reclamó el reconocimiento de esos sobrecostos con la debida justificación;

iv) asimismo, el Tribunal encontró acreditado que por la ola invernal de la magnitud señalada y por causas ajenas el contratista incurrió en sobrecostos por las actividades SISOMA y los daños ocasionados por las fallas en drenajes y desagües ubicados por fuera del límite del proyecto, que el perito técnico calculó en \$2.181.433.482,40 y \$559.437.016;

v) el carácter excepcional de las fallas ocurridas en los trabajos de rehabilitación de las vías y la falta de otros elementos probatorios impiden concluir que estas hayan sido provocadas por las deficiencias de la metodología de

diagnóstico señaladas por las convocante; asimismo, no está acreditado que se hayan presentado por las deficiencias de calidad de la capa asfáltica invocadas por la demandada y, en cuanto el Tribunal encontró acreditado que los mencionados daños ocurrieron por fallas en el suelo no imputables a las partes, concluyó que los sobre costos por ese concepto, determinados en el dictamen por la suma \$1.654.807.737, deben serle reconocidos a las contratistas;

vi) en cuanto se acreditó que el contratista conoció las condiciones de inseguridad de la zona donde debía ejecutar las obras, asumió las obligaciones de vigilancia y seguridad de los elementos, materiales y la obra, no proceden las pretensiones relativas a los mayores costos por ese concepto;

vii) asimismo, en tanto no se acreditó el cierre de las canteras, el deterioro de la calidad del producto extraído de ellas y la mora en el pago del anticipo, en los que las demandantes fundan las reclamaciones por sobre costos de acarreo del material granular y el pago de intereses moratorios, el Tribunal consideró que no prosperan las pretensiones en la materia;

viii) se acreditó que la demora en el pago del valor contenido en el Acta de obra n.º 117 no se originó en el error de información relativo a la conformación del Consorcio aducido por el contratante, sino en hechos imputables a este, razón por la que procede el pago de los intereses moratorios convenidos y causados en la suma \$56.338.980;

ix) el Tribunal concluyó que las pretensiones relativas a la declaración de improcedencia de las decisiones negativas del contratante a las solicitudes que le presentó el contratista por el reconocimiento de los mayores costos de ejecución, solamente proceden “...respecto de las decisiones relativas a las pretensiones que prosperan por cuanto frente a estas es claro que la negativa no procedía, pero las desestimaré a propósito de las denegadas, puesto que frente a estas, procedía la negativa de la entidad” –fl. 389-;

x) finalmente, el Tribunal encontró procedente conceder las pretensiones de condena en lo que tiene que ver con el restablecimiento del equilibrio económico por los mayores costos ocasionados por hechos no imputables al contratista, en las sumas determinadas por los peritos, actualizadas a la fecha del laudo y negar, por

esas mismas razones, las excepciones de idoneidad de la fórmula de ajuste de precios, inexistencia de incumplimiento, de desequilibrio del contrato y de primacía de la voluntad.

III. RECURSO DE ANULACIÓN

El 24 septiembre de 2015, la entidad convocada, a través de apoderado, dentro de la oportunidad legal respectiva, interpuso el recurso extraordinario de anulación contra el laudo proferido el 6 de agosto de 2015 y solicitó que se suspenda el cumplimiento de los resuelto mientras se decide el recurso –fls. 116 a 435-.

1. Los cargos

1.1 Primero: falta de competencia (num. 2º, art. 41, Ley 1563 de 2012)

La recurrente sostiene la falta de competencia de los árbitros para proferir el laudo recurrido, con apoyo en que el contrato n.º 072 de 2008, en el que se originaron las controversias sometidas a su decisión por la convocada, se liquidó de común acuerdo sin que el contratista haya dejado salvedades claras, específicas y concretas sobre los asuntos demandados.

Pone de presente que i) en la audiencia del 9 de febrero de 2014 el Tribunal denegó la excepción de falta de competencia, aduciendo que era un aspecto de fondo “...y no de trámite que le impidiera continuar con el trámite del proceso arbitral” y ii) en el laudo se limitó a señalar que las salvedades están consignadas en forma clara, precisa, explícita y concreta sin motivo de duda e involucran las materias de la controversia.

En ese orden, aduce la recurrente, las salvedades del contratista consignadas en el acta de liquidación, en cuanto revisten un “*alto grado de generalidad*” no reúnen el requisito de “*especificidad que permita al Tribunal asumir competencia*”.

En consecuencia, no se le permitió al IDU saber a ciencia cierta si las anotaciones tenían el carácter suficiente para acceder a asumir competencia, ello teniendo en cuenta el error en el que hizo incurrir a la defensa de la entidad al mencionarse que efectivamente se iba a pronunciar al respecto en el laudo...” –fls. 421 y 422-.

1.2. Segundo: haberse negado el decreto de una prueba pedida oportunamente o haberse dejado de practicar una prueba decretada, sin fundamento legal (num. 5°, art. 41, Ley 1563 de 2012)

La entidad recurrente aduce que el laudo debe anularse porque los árbitros, si bien decretaron el dictamen pericial técnico y corrieron traslado para su contradicción, omitieron llevar a cabo la audiencia de interrogatorio del perito, prevista en el artículo 228 del Código General del Proceso. De donde resulta que la prueba no se practicó debidamente, toda vez que *“...el dictamen se entiende completo solo cuando se expone el mismo en audiencia y se contrainterroga al perito quien siempre debe asistir a la audiencia” –fl. 426-.*

Asimismo, sostiene que son infundadas las conclusiones del laudo en el sentido de *“tener por no objetado el dictamen pericial”*, dado que, a su juicio, a partir de la vigencia de la Ley 1395 de 2010, no existe la posibilidad de objetar el dictamen.

1.3. Tercero: se falló en conciencia, debiendo ser en derecho (num. 7°, art. 41, Ley 1563 de 2012)

La recurrente sostiene que los árbitros profirieron el laudo arbitral conforme con su íntima convicción, porque el mismo adolece de déficit probatorio, en cuanto se sostiene en pruebas periciales *“...que carecen de oponibilidad y contradicción, que no fueron recaudadas bajo el estricto imperio de la Ley le generó un convencimiento errado de justicia, sin tener en cuenta todos los elementos probatorios allegados por el IDU”.*

En ese orden, afirma la recurrente, la decisión se funda en la verdad sabida y buena fe guardada, en cuanto de los árbitros dejaron de ver i) que el contratista conoció y aceptó cada una de las estipulaciones contractuales relativas al ajuste del precio que pretende desconocer con la demanda; ii) en el proceso no se acreditó que la fórmula de ajuste de precios efectivamente hubiera fallado, como lo demuestra el hecho de que durante la ejecución del contrato efectivamente se aplicaron los ajustes acordados; iii) el reclamo por el ajuste de precios, en cuanto recae sobre las condiciones aceptadas por el contratista “...no entra aún en el campo del desequilibrio económico”, sin que para esos efectos se haya adelantado un balance integral de la ejecución total del objeto y iv) los testimonios allegados al proceso, en cuanto fundados en “una interpretación netamente subjetiva y favorable a sus contratantes y/o empleadores”, no son idóneos para acreditar los aspectos técnicos de la obra y los mayores costos aducidos por el contratista.

Manifiesta la recurrente que “...las anteriores anotaciones no son traídas a colación con el fin de debatir el asunto, no como alegaciones de parte, sino prueba del déficit probatorio del que carece el laudo (sic) y que, aunado con el déficit normativo, conllevó a un fallo de conciencia, en el entendido de que desconoció, no solo el contrato estatal, sin tener competencia para ello, sino que se profirió un laudo que desconoció la ley 80 de 1993, la jurisprudencia administrativa y constitucional que regula e interpreta el tema en cuanto a la libertad de las partes de contratar, de conocer los riesgos contractuales y estimar que estos deberían ser asumidos por el IDU sin que ello haya sido objeto de debate jurídico y probatorio dentro del proceso, sustituyendo el marco jurídico aplicable y proporcionando un criterio de equidad diferente al que regula la contratación estatal” -fl. 434-.

1.4. Cuarto: haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento (num. 9º, art. 41, Ley 1563 de 2012)

A juicio de la recurrente el laudo hace caso omiso del principio de congruencia, en razón a que «...las pretensiones, en cuanto a la “idoneidad” de la fórmula no

llevó a cumplir con el presupuesto que la norma contempla para sus actualizaciones, sin que se llevare al Tribunal a interpretar las fórmulas de ajustes y aplicar según su entendido, basados en unos criterios que modificaron el contrato y, por ende llevaron a un laudo que excede, no solo la competencia asumida por el juez arbitral, sino que interpretan un contrato, en forma que solamente beneficia al convocante y desconoce la naturaleza de un contrato estatal, las fórmulas de ajustes y los riesgos asumidos por las partes sobre ello, incluyendo, pese a la matriz de riesgos del mismo contrato. En este asunto los árbitros hicieron ilegalmente extensivo su poder jurisdiccional transitorio a temas diferentes a los queridos por las partes, atentando contra el principio de congruencia» –fl. 435-.

2. Alegatos finales

La parte convocante, a través de apoderado, sostiene que el laudo no está incurso en las causales de anulación invocadas por el Instituto de Desarrollo Urbano, con apoyo en que:

i) en cuanto pretende una nueva valoración de las pruebas, que se enjuicien las consideraciones jurídicas en las que se sostiene y que se revise de fondo el laudo, el recurso es contrario a las disposiciones del artículo 42 de la Ley 1563 de 2012;

ii) la causal de falta de competencia aducida desconoce que en el acta de liquidación bilateral del contrato las convocantes dejaron constancia clara, expresa y precisa en el sentido de que ese acuerdo no constituye renuncia o desistimiento a las reclamaciones contenidas en los oficios CVD-IDU072-4751-2012, CVD-IDU072-4905-2012, como tampoco a *“las pretensiones contenidas en la demanda arbitral presentada ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá en contra del IDU el día 6 de diciembre de 2013”*, además de que el Tribunal decidió sobre su competencia sin que la convocada hubiera recurrido la decisión y no le corresponde al juez de la anulación valorar jurídicamente las razones en las que se sostiene la decisión de fondo sobre la excepción de falta de competencia;

iii) el Tribunal no negó peritazgo alguno pedido por la recurrente, además, esta no consideró necesario interrogar nuevamente al perito técnico en la audiencia que efectivamente se llevó a cabo con ese objeto y en las demás actuaciones posteriores; tampoco interpuso recurso alguno contra el auto de pruebas del Tribunal y, menos aún, expresó en el proceso inconformidad relacionada con el trámite de la prueba que ahora cuestiona y que no se acompasa con la causal invocada;

iv) el laudo se profirió en derecho *“y no en conciencia o equidad”*, toda vez que se sujetó al derecho objetivo, contenido en las disposiciones del contrato celebrado, la Ley 80 de 1993, los derechos reglamentarios, la jurisprudencia vigente, aplicables en materia de restablecimiento del equilibrio económico del contrato estatal y se funda en las pruebas decretadas y practicadas legalmente en el proceso y

v) en tanto encuentra plena concordancia entre las pretensiones del contratista y lo decidido por el Tribunal en relación con la *“...inidoneidad de la fórmula de ajuste y la necesidad de revisarla para restablecer el equilibrio financiero del contrato”*, concluye que resultan infundados los cuestionamientos a la congruencia del laudo, además de que la inconformidad de la recurrente porque el Tribunal no adoptó la decisión por ella deseada, desborda los alcances del recurso ejercido –fls. 436 a 498-.

IV. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer del recurso extraordinario de anulación interpuesto por la entidad convocada, Instituto de Desarrollo Urbano-IDU, contra el laudo proferido el 6 de agosto de 2015 por el Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir las controversias originadas con ocasión del contrato n.º 072 de 2008.

En efecto, conforme lo preceptúan el numeral 7º del artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el artículo 13 del Acuerdo n.º 58 de 1999, modificado por el Acuerdo n.º 55 de 2003, de esta Corporación, corresponde a la Sección Tercera conocer en única instancia del recurso de anulación contra laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos celebrados por una entidad pública. Para el caso concreto, entre la parte convocante, Ortiz Construcciones y Proyectos S.A, Concretos Asfálticos de Colombia S.A. y la convocada, esto es el Instituto de Desarrollo Urbano-IDU¹.

2. La controversia arbitral

2.1. El 30 de diciembre de 2008, previa licitación pública, la parte convocada y la Unión Temporal Vías de Bogotá 2009 suscribieron el contrato *sub judice* con el objeto de ejecutar, a precios unitarios, obras y actividades para la malla vial arterial, intermedia y local del Distrito de conservación del Grupo 4, por un valor estimado de \$100.487.124.278, durante un plazo de 42 meses, contados a partir de la suscripción del acta de inicio. El contrato fue cedido al consorcio conformado por las sociedades convocantes.

2.2. Durante la ejecución del objeto se presentaron controversias entre las partes sobre el reconocimiento de mayores costos que habrían alterado el equilibrio económico del contrato, originados en hechos no imputables al contratista, consistentes en i) la extraordinaria variación en los precios determinantes de los costos de la obra, que no fue prevista en la fórmula convenida para el ajuste de los precios unitarios pactados; ii) la extraordinaria ola invernal que afectó los rendimientos previstos para los frentes de obra, imponiendo sobre costos directos e indirectos por mayor permanencia y por concepto de las obligaciones SISOMA, iii) el sobre acarreo de material granular, iv) daños en las obras ocasionados por falta de mantenimiento de los desagües y drenajes del sistema de alcantarillado ajeno al control del contratista; v) daños prematuros en las obras de rehabilitación ocurridos por errores de la metodología de diagnóstico señalada en el Pliego de condiciones y vi) el hurto de elementos y materiales, sobre los que la convocante afirma el

¹ Establecimiento Público descentralizado.

derecho al restablecimiento, no reconocido por la entidad convocada.

2.3. Asimismo, la entidad convocante reclama el pago de intereses moratorios por las demoras en el desembolso del anticipo y el pago del acta de obra n.º 117, que la convocada afirma haber pagado oportunamente.

3. Cuestiones previas

3.1. Alcance de la decisión

Corresponde a la Sala resolver sobre la procedencia de las causales previstas en los numerales 2º, 5º, 7º y 9º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, invocadas por la parte recurrente.

De conformidad con el ordenamiento, contra los laudos arbitrales procede el recurso de anulación, que deberá interponerse debidamente sustentado ante el Tribunal, dentro de los treinta (30) días siguientes a su notificación o la de la providencia que resuelva sobre su aclaración, corrección o adición, por las causales expresamente definidas en la ley.

Para el caso, la Ley 1563 de 2012, derogatoria de los artículos 70 a 72 de la Ley 80 de 1993 relativos a la decisión arbitral de las controversias originadas en los contratos de las entidades estatales, que “...regula íntegramente la materia de *arbitraje*” (art. 119), señala que la anulación procede en los siguientes casos:

Artículo 41. Causales del recurso de anulación. Son causales del recurso de anulación:

- 1. La inexistencia, invalidez o inoponibilidad del pacto arbitral.*
- 2. La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia.*
- 3. No haberse constituido el tribunal en forma legal.*
- 4. Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación, o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no se hubiere saneado la nulidad.*

5. *Haberse negado el decreto de una prueba pedida oportunamente o haberse dejado de practicar una prueba decretada, sin fundamento legal, siempre y cuando se hubiere alegado la omisión oportunamente mediante el recurso de reposición y aquella pudiera tener incidencia en la decisión.*

6. *Haberse proferido el laudo o la decisión sobre su aclaración, adición o corrección después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral.*

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

8. *Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutive o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral.*

9. *Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.*

Las causales 1, 2 y 3 sólo podrán invocarse si el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia.

La causal 6 no podrá ser alegada en anulación por la parte que no la hizo valer oportunamente ante el tribunal de arbitramento, una vez expirado el término.

Y, conforme a las disposiciones del artículo 43 *ibídem*, “...cuando prospere cualquiera de las causales señaladas en los numerales 1 a 7 del artículo 41, se *declarará la nulidad del laudo*” y en los demás casos, como el de la causal 9ª invocada en el recurso de que se trata, este se corregirá o adicionará.

Asimismo, al tenor de las disposiciones del artículo 42 *ejusdem*, “[l]a autoridad judicial competente en la anulación no se pronunciará sobre el fondo de la controversia, ni calificará o modificará los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral al adoptar el laudo”.

Se tiene, entonces, que el recurso de anulación fue concebido para proteger los derechos constitucionales del debido proceso y a la defensa, por razones que atienden a la prevalencia del ordenamiento imperativo y, en especial, a

irregularidades en el trámite arbitral que constituyan vicios procesales, violación del principio de la congruencia, errores aritméticos o decisiones contradictorias. A diferencia de la apelación, el recurso de anulación no da lugar a revisar el aspecto sustancial del laudo, ni permite reabrir el debate probatorio.

La Sala en este punto en particular ha sostenido:

“a) El recurso de anulación de laudos ataca la decisión arbitral por errores in procedendo en que haya podido incurrir el Tribunal de Arbitramento, y excluye de su órbita los errores in judicando, lo cual implica que no puede impugnarse el laudo en cuanto a cuestiones de mérito. Por ello carecen de técnica los cargos formulados contra un laudo, que tiendan a establecer si el Tribunal arbitral obró o no conforme al derecho sustancial al resolver sobre las pretensiones propuestas².

Conforme a la jurisprudencia reiterada de la Sala³, el recurso extraordinario de anulación no puede utilizarse como si se tratara de una segunda instancia, razón por la cual no es admisible replantear el debate sobre el fondo del proceso, ni podrán revocarse determinaciones del Tribunal de Arbitramento fundadas en la aplicación de la ley sustancial o por la existencia de errores de hecho o de derecho, al valorar las pruebas en el caso concreto.

A lo anterior se agrega que la competencia del juez del recurso de anulación se rige por el principio dispositivo, conforme al cual es el recurrente quien la delimita mediante la formulación y sustentación del recurso, con sujeción a las causales previstas en el ordenamiento. Sin perjuicio de las decisiones que de oficio corresponden al juez extraordinario para asegurar la prevalencia del orden imperativo, como en lo relativo a la caducidad, a la falta de competencia y a la nulidad absoluta. Lo último, siempre que no hubieren sido objeto de pronunciamiento en el laudo arbitral.

² Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de octubre 24 de 1996, Radicación 11632.

³ Ver: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 8 de junio de 2006, Exp. 29.476, Actor: Belco Comunicaciones Limitada - Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom – En Liquidación y Sentencia de 8 de junio de 2006, Exp. 32.398 Actor: Sociedad Concesionaria Obras y Proyectos del Caribe S.A. - Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

3.2. Suspensión del cumplimiento de lo resuelto en el laudo

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 42 de la Ley 1563 de 2012, el cumplimiento de lo resuelto en el laudo se suspende cuando así lo solicite la entidad pública condenada al interponer el recurso de anulación.

En efecto, se destaca que las disposiciones del artículo 34 de la Ley 794 de 2003 sujetaron la suspensión de la ejecución del laudo a que con la interposición del recurso de anulación se ofreciera caución para responder por los perjuicios que la suspensión causara a la parte contraria, que debía ser fijada y aceptada por el juez de la anulación, sin atribuirle a este la facultad de decidir directamente sobre la suspensión, en cuanto la norma dispuso que –se destaca- “[u]na vez aceptada la caución, en las condiciones y términos fijados por el tribunal, se entenderá que los efectos del laudo se encuentran suspendidos”. Además de que esa normatividad estableció que “[c]uando el recurrente sea una entidad pública no habrá lugar al otorgamiento de caución”.

Empero, esas disposiciones fueron derogadas por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012, la que se limitó a disponer en la materia que –se destaca- “[l]a interposición y el trámite del recurso extraordinario de anulación no suspenden el cumplimiento de lo resuelto en el laudo, salvo cuando la entidad pública condenada solicite la suspensión” –art. 42-.

Siendo así, se impone concluir que bajo la vigencia de la nueva normatividad, la suspensión del cumplimiento del laudo opera *ipso iuris*, cuando la entidad pública condenada la solicita al interponer el recurso extraordinario de anulación, lo que no impide que el juez pueda pronunciarse en el sentido de verificar que esa suspensión se produjo.

Ello es así, porque, como resulta evidente, estas últimas disposiciones i) derogaron las facultades que la Ley 794 de 2003 confería al juez para fijar y aprobar la caución de la que pendía la suspensión del laudo y ii) dispusieron la suspensión del cumplimiento de lo resuelto a partir de la solicitud que con ese objeto presente la entidad pública condenada cuando interpone el recurso de

anulación. En esas circunstancias, si bien la suspensión no se sujeta a la decisión del juez, ello no impide que se pronuncie en el sentido de verificar que la misma ocurrió en los términos de la ley.

4. Análisis de los cargos

4.1. Primero: falta de competencia (num. 2º, art. 41, Ley 1563 de 2012)

Para la recurrente los árbitros carecen de competencia para decidir las controversias surgidas entre las partes con ocasión del contrato n.º 072 de 2008, en razón de que la convocante convino en la liquidación sin dejar salvedades claras, específicas y concretas sobre los asuntos demandados.

A su juicio, el laudo no da cuenta de las razones por las cuales los árbitros concluyeron que esas salvedades están consignadas en forma clara, precisa, explícita, concreta e involucran las materias de la controversia, como debía hacerlo, toda vez que la atribución de la competencia depende del “*carácter suficiente*” de la especificidad de esas anotaciones.

La convocante sostiene que la causal es infundada en razón de que las salvedades que la recurrente echa de menos están claramente contenidas en el acta de liquidación, en tanto el contratista hizo constar que mantenía los reclamos de que tratan las comunicaciones presentadas a la contratante y las pretensiones de la demanda arbitral instaurada sobre la misma materia antes de la liquidación del contrato, además de que, en cuanto orientada a cuestionar las razones de fondo en las que se sostiene la decisión arbitral de negar la excepción de falta de competencia, excede los límites del recurso interpuesto.

A estos efectos cabe tener presente que son ajenos al recurso extraordinario de que se trata los errores *in judicando*, sin perjuicio de las decisiones que de oficio corresponden al juez en lo relativo a la falta de competencia, a condición de que no hubieren sido objeto de pronunciamiento en el laudo arbitral.

El expediente da cuenta de que en la primera audiencia de trámite los árbitros

declararon su competencia para decidir de fondo las controversias sometidas a su conocimiento, incluida la excepción de falta de competencia propuesta por la convocada, fundados en el cumplimiento de los elementos subjetivos y objetos de litis, decisión con la que consintieron las partes, así –se destaca–:

Se reúnen, entonces, los requisitos para que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre su competencia ya que según se expone a continuación, se cumplen los presupuestos previstos por la ley, es decir, (i) las partes procesales coinciden con las partes suscriptoras del pacto arbitral, cumpliéndose el elemento subjetivo; las dos partes son plenamente capaces y facultadas para disponer de sus derechos; (ii) la materia de las pretensiones de la demanda está comprendida dentro de los aspectos contemplados en el pacto arbitral (...).

En cuanto al reparo de la competencia del Tribunal (Tercera excepción de la contestación de la demanda) formulado por la convocada, sobre la base de que las salvedades y constancias extendidas por el contratista en el acta de liquidación bilateral del contrato, el Tribunal encuentra que dicha defensa se basa en buena medida en una valoración probatoria del acta de liquidación, amén del alcance jurídico de las salvedades hechas por el contratista en dicho documento. Por consiguiente, tal valoración probatoria debe hacerse a la luz de los hechos que resulten probados, así como de los elementos de convicción que puedan brindarlas demás pruebas que se recauden en el trámite. En ese orden de cosas, el Tribunal tiene competencia para decidir en el laudo arbitral la excepción interpuesta, luego de que se practiquen las pruebas del proceso y el expediente ofrezca elementos de juicio suficientes para examinar y valorar el carácter de las salvedades extendidas por el contratista en el acta de liquidación y, por consiguiente, el alcance de los efectos que las mismas puedan tener, en particular, respecto de la competencia del Tribunal.

El mérito de lo expuesto, el Tribunal

RESUELVE:

PRIMERO.- Declararse competente, en los términos indicados en la parte motiva, para conocer y resolver en derecho las controversias surgidas entre Ortiz Construcciones y Proyectos S.A., Sucursal Colombia y Concretos Asfálticos de Colombia S.A. de una parte, e Instituto de Desarrollo Urbano-IDU, por la otra, todas comprendidas en la cláusula compromisoria contenida en el contrato de Obra IDU-072 de 2008 y contenidas en la demanda arbitral reformada, su contestación, defensa, excepciones perentorias y réplica (...).

La anterior providencia queda notificada en audiencia.

Las partes expresaron su conformidad (...).

En el laudo, los árbitros analizaron la excepción de falta de competencia y

decidieron de fondo en el sentido de negarla con apoyo en que, i) conforme con la jurisprudencia de esta Corporación, la ausencia de salvedades en el acta de liquidación no afecta la competencia del juez sino que conduce a que se desestimen las pretensiones y ii) dada la naturaleza definitiva del acuerdo de liquidación del contrato, *“...es elemental la carga de consignar en su texto la inconformidad, reserva o salvedad clara, expresa y específica... lo que no implica, ni equivale a una extrema minucia”* –fls 253 y 254-, como lo señalan los criterios jurisprudenciales de esta Corporación.

A la luz de esos criterios, los árbitros se ocuparon del análisis de las salvedades consignadas en el acta, para concluir que contienen las inconformidades sobre las que versan las controversias sometidas a su conocimiento y decisión.

Dice el laudo:

4. En el Acta de liquidación No. 163 del Contrato de Obra IDU-072 de 2008 suscrita el 29 de julio de 2014, constan las siguientes salvedades:

“[...]

Salvedad 1.

La suscripción de la presente acta de liquidación no constituye desistimiento, o renuncia de las reclamaciones contenidas en los oficios CVD-IDU072-4751-2012 del 23 octubre de 2012, y CVD-IDU072-4905-2012 del 06 de diciembre de 2012, que fueron oportunamente presentados y discutidos con el IDU, agotando el mecanismo de arreglo directo establecido en el contrato.

Tampoco constituye desistimiento o renuncia de ninguna de las pretensiones contenidas en la demanda arbitral presentada ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá en contra del IDU el día 06 de diciembre de 2013.

Salvedad 2.

Igualmente, manifestamos que nos reservamos el derecho de acudir ante las instancias judiciales pertinentes para dirimir las controversias derivadas de las reclamaciones contenidas en la siguiente relación, que no fueron objeto de la demanda arbitral mencionada en la salvedad 1.

Manifestamos que nos reservamos el derechos de activar los mecanismos contractuales para la solución de las controversias en relación con los costos de la tubería que el IDU inicialmente pagaba (Acta No. 93 de abril de 2011) y que en el Acta No. 115 de Noviembre de 2011 descontó por un valor de (...) los cuales no deben entenderse transigidos, desistidos o renunciados con la suscripción de la

presente acta, nos reservamos el mismo derecho en relación con los costos derivados de la limpieza de la tubería en los frentes (...). En el mismo sentido no renunciaremos al mencionado derecho en relación con los costos de limpieza final e inspección de tuberías por un valor de (...) en los frentes (...).

Salvedad 3.

Por último, se debe aclarar que la suscripción de la presente acta tampoco implica desistimiento, o renuncia al derecho a reclamar judicial o extrajudicialmente al IDU, el valor por la suma de (...). Dado que dicho valor fue deducido de la Orden de Pago 1600/13 del Contrato IDU 072 de 2008, por el Juzgado Veintisiete Civil del Circuito de los dineros provenientes del Contrato IDU-072 de 2008, para el proceso Ejecutivo 2012-00562. Así las cosas el contratista procederá a interponer las acciones legales que resulten pertinentes para el reembolso de los mencionados recursos.

Tales salvedades están consignadas en forma clara, precisa, explícita y concreta sin motivo de duda e involucran las materias de la controversia planteadas en la demanda presentada el 6 de diciembre de 2013 y su reforma del 19 de agosto de 2014, relacionadas también en oficios CVD-IDU072-4751-2012 del 23 octubre de 2012, y CVD-IDU072-4905-2012 del 06.

Siendo así, para la Sala resulta claro que en virtud del principio de *competence-competence* que lo asiste, el Tribunal se ocupó de decidir sobre su propia competencia a la luz de la cláusula compromisoria, los elementos de la litis y la excepción formulada por la convocante con fundamento en las mismas razones invocadas en la causal de que se trata, esto es la ausencia de salvedades claras, específicas y concretas sobre los asuntos demandados.

Aspecto este último sobre el que Tribunal se pronunció de fondo, en el sentido de que las controversias contractuales sometidas a su decisión versan sobre las mismas reclamaciones que la convocante presentó a la recurrente con los oficios CVD-IDU072-4751-2012 del 23 octubre de 2012, y CVD-IDU072-4905-2012 del 06 y la demanda arbitral presentada antes de la liquidación del contrato, esto es el 6 de diciembre de 2013, documentos que, a juicio de los árbitros, contienen las salvedades claras, específicas y concretas que la convocada echa de menos.

En ese orden, no podrá ocuparse la Sala de las razones en que se apoya este cargo tendientes a cuestionar la falta de competencia, fundada específicamente en la ausencia de salvedades en el acta de liquidación del contrato sobre los asuntos de que tratan las controversias contractuales, si se considera que este asunto fue

objeto de amplios análisis que le permitieron al tribunal de arbitramento concluir que el asunto objeto del litigio se acompasa con las reclamaciones que la parte convocante dejó a salvo en la liquidación del contrato.

No desconoce la Sala que el efecto negativo del principio de la *competence-competence* no priva al juez de la anulación de la facultad para revisar lo atinente a la competencia de los árbitros para declarar su propia competencia, cuando median asuntos respecto de los cuales los árbitros no pueden pronunciarse por estar al margen del poder dispositivo que los habilita.

Lo que no ocurre en el caso concreto, habida cuenta que las razones en las que se fundó la excepción de falta de competencia, esto es la ausencia de salvedades en el negocio de liquidación del contrato se sujeta al poder dispositivo de las partes que habilitan al Tribunal y se enmarca dentro del ámbito de la competencia que asiste a los árbitros para decidir sobre su propia competencia, sin que le corresponda al juez de la anulación enjuiciar las razones en las que se sostiene la decisión de fondo contenida en laudo, habida cuenta que los cuestionamientos en esa materia se orientan a demostrar un *error in iudicando*, ajeno al recurso ejercido.

4.2. Segundo: sobre la negación de una prueba pedida oportunamente o haberse dejado de practicar una prueba decretada, sin fundamento legal (num. 5, art. 41, Ley 1563 de 2012)

La recurrente funda esta causal en el hecho de que, en cuanto no se llevó a cabo la audiencia de interrogatorio del perito que rindió el dictamen técnico allegado con la demanda, se dejó de practicar debidamente esa prueba.

Asimismo, impugna las conclusiones del laudo en el sentido de “...tener por no objetado el dictamen pericial”, fundado en que a partir de la vigencia de la Ley 1395 de 2010, no existe la posibilidad de objetar el dictamen.

Para la parte convocante, la causal invocada adolece de falta del requisito de haberse alegado previamente la omisión a través del recurso de reposición.

Y, en efecto, la Sala no podrá abordar el estudio de esa causal, toda vez que la recurrente no acreditó haber “...alegado la omisión oportunamente mediante el recurso de reposición y aquella pudiera tener incidencia en la decisión”, como lo exigen las disposiciones del numeral 5° del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

El expediente da cuenta de que i) por auto del 9 de febrero de 2015, el Tribunal decidió tener como prueba “...la experticia elaborada por el Ingeniero Alfredo Malagón Bolaños que fue aportada por la convocante con la reforma de la demanda” –fl. 620, c.1-; ii) el 16 de abril del mismo año, el Tribunal señaló el día 23 de ese mes para interrogar “...al perito Ingeniero Alfredo Malagón Bolaños acerca de su idoneidad y del contenido del dictamen” –fl. 42, c.2-; iii) el 5 de mayo se fijó el día 21 siguiente como nueva fecha para llevar a cabo el interrogatorio del mencionado perito; y iv) el interrogatorio se llevó a cabo el día señalado, con intervención de las dos partes.

En el acta de la audiencia consta que “...el Tribunal de Arbitraje interrogó al declarante y posteriormente otorgó a los apoderados las partes, quienes formularon sus respectivas preguntas.// Tanto las preguntas como las respuestas que hacen parte de la versión absolvente, fueron debidamente grabadas por este Tribunal, y se integrarán a la presente acta una vez tenga lugar la desgrabación de la misma...” –fl. 65, c.2-.

Asimismo, el expediente da cuenta de que la audiencia de interrogatorio concluyó, la transcripción del interrogatorio se incorporó al expediente y el término probatorio se cerró sin que la parte convocada hubiera alegado la omisión en la que se funda la causal invocada, como lo exige el numeral 5° del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

Siendo que la recurrente no acreditó haber alegado, en la forma exigida por la ley, la omisión en la que funda la causal invocada, no procede su estudio.

4.3. Primero: sobre el fallo en conciencia debiendo ser en derecho

(causal 7a)

Sostiene la recurrente que los árbitros profirieron el laudo arbitral conforme con su íntima convicción, en síntesis, porque se fundaron en una prueba pericial sobre la que no se cumplieron las exigencias legales en materia de contradicción, no tuvieron en cuenta todos los elementos probatorios allegados por el IDU, asumieron hechos no probados y atribuyeron a los testimonios valor probatorio que no tienen.

Para la parte convocante, el fallo se profirió en derecho, en cuanto se sujetó al derecho positivo y a las pruebas recaudadas, debidamente valoradas.

Como lo ha venido reiterando esta Corporación, el fallo en conciencia se presenta cuando los árbitros no sujetan la decisión al ordenamiento jurídico vigente, tampoco a lo que resulte probado, sino a convencimientos y razones propias, sin perjuicio de que, como esta Sala lo ha sostenido, resolver en derecho no excluye la aplicación de valores y principios, sino por el contrario, comporta la realización de la justicia en los términos del artículo 2º constitucional, en cuanto no comporta el desconocimiento de la justicia, centrada en la equidad.

Sobre la aplicación del principio de equidad, la Corporación ha reiterado⁴:

“Ahora bien, lo anterior no significa ni mucho menos que el fallo en derecho excluya el concepto de equidad⁵, o lo que es igual, que un fallo que acuda además del derecho positivo al criterio de equidad comporte que sea en conciencia, en tanto una conclusión semejante repugna con el concepto de justicia y con ello con la finalidad de su administración, amén de ser una interpretación alejada de los postulados de la Constitución Política.

El derecho y la ley no pueden confundirse. La ley no es el único origen del derecho. Como advertía el profesor Francisco Herrera Jaramillo, con excepción de la escuela normativista (liderada por Isidoro de Sevilla y contemporáneamente por Kelsen), la filosofía del derecho distingue en forma clara el derecho y la ley. Y ello es así porque “ius y lex no se corresponden y [tampoco] se confunden”⁶.

⁴ Cfr., Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 12 de mayo de 2011, radicación 11001-03-26-000-2009-00118-00 (37787), entre otras.

⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 8 de julio de 2009, Exp. 35.896.

⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1996, p. 93. Este connotado tratadista cuestiona así el dogma central del positivismo.

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

De otro lado, administrar justicia no es un simple juego formal en el que el juez ha de resolver mediante las simples conexiones de unas leyes con otras, por el contrario, es un intento de hacer pasar precisamente el valor superior de la justicia en el proceso de aplicación legal⁷. Lo equitativo, entonces, es el derecho adaptado o adecuado a las relaciones de hecho; se ha de aplicar, pues, el derecho justo, bien porque una investigación exacta de la sustancia del derecho positivo le permita al juez satisfacer las aspiraciones de equidad con los medios propios del derecho, ora también cuando el propio derecho positivo confía al juez la ponderación de las circunstancias del caso específico y, por lo mismo, el hallazgo de la decisión⁸.

Ahora, recurrir a la equidad no supone mengua en la seguridad jurídica, pues la armonía que debe existir en todo sistema, impide al intérprete dictar una resolución contraria a los textos legales⁹. El orden jurídico no se agota o resume en una serie de normas de general observancia, por ello al ser las resoluciones judiciales aplicación de normas de carácter general, se impone en ocasiones la aplicación del criterio de equidad.

Para la Sala, la causal invocada no tiene vocación de prosperidad, porque el laudo fue proferido en derecho. En efecto, el juez arbitral i) se ocupó de su propia competencia con fundamento en la cláusula compromisoria, ii) analizó el alcance y validez de las múltiples estipulaciones contractuales, en especial las pactadas en las cláusulas séptima, octava del contrato y el pliego de condiciones, a la luz de las disposiciones de la Ley 80 de 1993 y los decretos que la reglamentan; iv) valoró las pruebas periciales, documentales y testimoniales y vi) concluyó con el análisis de las excepciones y pretensiones, con fundamento en el ordenamiento jurídico y el acervo probatorio.

⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit. p. 99 y ss.

⁸ WINDSCHEID, Bernhard, Tratado de Derecho Civil Alemán, Tomo I. Vol. I, Traducción de HINESTROSA, Fernando, Universidad Externado de Colombia, 1976, Págs. 99 a 102.

⁹ "La equidad encierra los principios generales del derecho a que deben atenderse los Tribunales cuando no tienen disposición ni costumbre obligatoria y sirve del mismo modo para interpretar los contratos, sin que nunca pueda prevalecer contra las leyes ni contra las convenciones. (...) [L]a ley sólo le da al juez una orientación general, señalando los conceptos y los criterios que el juez debe investigar y estimar a cada caso concreto. De esta suerte, somete por ejemplo la solución de una cuestión a su arbitrio equitativo o a la equidad, o sea, a la consideración prudente y acomodaticia al caso, y en particular la ponderación de prestaciones, valores, ventajas e inconvenientes que concurren en él". Cfr. DICCIONARIO DE DERECHO

Revisada la decisión en su integridad, la Sala no encuentra el déficit probatorio en el que se funda la causal invocada, toda vez que el laudo se sostiene en la valoración conjunta de pruebas documentales, periciales y testimoniales debidamente decretadas, practicadas, mismas que fueron valoradas conjuntamente por el Tribunal con sujeción al principio de la libre valoración racional.

En efecto, el expediente da cuenta de que, las partes convinieron en que el trámite se rigiera por las disposiciones del Código General del Proceso “*en los asuntos respectivos*” –fl. 619, c.1-. Con sujeción a estas disposiciones el Tribunal decretó como prueba el dictamen pericial técnico allegado con la reforma de la demanda y se surtió su contradicción, toda vez que se llevó a cabo el interrogatorio dispuesto en el artículo 228 de esa codificación, además de que se surtieron las aclaraciones y complementaciones solicitadas por las partes.

Asimismo, el laudo permite conocer que los árbitros analizaron y se pronunciaron sobre las objeciones formuladas por la convocada a los dictámenes periciales, además de que encontraron que el dictamen técnico contiene los análisis realizados por el perito, los hechos verificados, la información utilizada y, en general, sobre los fundamentos de sus conclusiones.

Siendo así, resulta infundada la afirmación del recurso en el sentido de que el laudo se sustenta en un dictamen técnico no sometido a la contradicción exigida por la ley.

A similar conclusión se llega en relación con los argumentos del recurso que se orientan a cuestionar la falta de fundamento normativo y probatorio que respalde las conclusiones de los árbitros en lo relativo a i) el derecho de la parte convocante para reclamar ajustes de precios por fuera las estipulaciones convenidas en el contrato; ii) la insuficiencia de los ajustes de precios; iii) el desequilibrio económico y iv) la falta de idoneidad de los testimonios para acreditar los aspectos técnicos y económicos de las obras sobre las que versa el desequilibrio, toda vez que, como da cuenta de ello el laudo, las conclusiones en esas materias están respaldadas en el análisis del derecho objetivo y el material probatorio allegado al expediente.

En efecto, el laudo informa que los árbitros abordaron el asunto relativo al derecho del contratista para solicitar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato a pesar de haberse incluido cláusula de ajustes de precios y que concluyeron con fundamento en el ordenamiento:

Las cláusulas de ajuste o revisión de precios integran el equilibrio económico del contrato, previenen o corrigen su eventual alteración o ruptura, excluyen otras reclamaciones o reconocimientos por idéntico concepto y obligan a ambas partes a su cumplimiento. Empero, no impiden la alteración o ruptura del equilibrio económico ni excluyen el derecho del contratista a obtener su restablecimiento y procede su revisión para ajustarlas, corregirlas o restablecerlas (Ley 80 de 1993, artículo 4°, numeral 8°), cuando "...fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución" (Ley 80 de 1993, artículo 4°, numeral 8°)

Situación que, a juicio del Tribunal, constituye el objeto de la litis en el caso concreto, toda vez que las convocantes no discuten los términos acordados para la actualización de precios, sino el comportamiento anormal e inesperado de cada uno de los subgrupos que inciden en los costos de la obra que llevó al fracaso de los supuestos e hipótesis sobre los que descansa el consentimiento sobre las actualizaciones.

Asimismo, en el laudo se sostiene, con fundamento en la jurisprudencia de esta Corporación, que de la experiencia exigida para la adjudicación, la propuesta presentada, los riesgos asumidos y las actas parciales de pago, obra o ajustes de precios no puede deducirse la renuncia al derecho de solicitar el restablecimiento del equilibrio económico.

En lo relativo al reconocimiento de los sobre costos por el incremento imprevisto de los precios de los materiales de acero; la ola invernal que afectó el rendimiento de los frentes de trabajo y la maquinaria, incrementó los costos por concepto de las actividades SISOMA y ocasionó daños en las obras ejecutadas, así como por la falla prematura de las obras de rehabilitación, el laudo da cuenta de que los árbitros analizaron i) el alcance de las reglas establecidas en el pliego de condiciones y en el contrato suscrito; ii) la información sobre el comportamiento del fenómeno climático allegada por el IDEAM, las normas jurídicas y decisiones de la

Corte Constitucional relativas a la declaratoria de emergencia económica, social y ecológica declarada por el Gobierno Nacional con fundamento en el carácter extraordinario y calamitoso del fenómeno lluvioso, que afectó la zona geográfica donde se ejecutaba el objeto contratado; iii) los documentos de las partes relativos a la ejecución del contrato; iv) los dictámenes periciales y v) los testimonios, para concluir que se trata de sobrecostos incurridos por hechos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles, no imputables al contratista, que rompieron el equilibrio económico del contrato.

Ahora, para la Sala no existe evidencia alguna que acredite que los árbitros hayan dejado de valorar elementos probatorios allegados por la parte convocada con la finalidad de realizar el balance integral del contrato que se echa de menos en la causal invocada, además de que la aludida omisión se plantea de manera genérica, sin precisar los documentos o pruebas que se habrían dejado de valorar.

En cuanto el laudo da cuenta de que los árbitros valoraron de manera conjunta los elementos probatorios allegados al expediente, resulta infundado que se sostenga que estos dejaron de valorar los documentos aportados por la parte convocada, por el solo hecho de que los árbitros llegaron a conclusiones distintas de aquellas en las que se sostiene la defensa de la convocada.

Asimismo, revisadas las actas de las audiencias de testimonios no se encuentra que la parte recurrente haya formulado la tacha a los testigos, originada en la vinculación laboral con la convocada, en la que se funda la omisión que endilga al laudo, en el sentido de haberse pasado por alto esas condiciones sospechosas a la hora de valorar los testimonios.

4.4. Cuarto: relativo a que el laudo recayó sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, concedió más de lo pedido o no decidió cuestiones sujetas al arbitramento (num. 9º, art. 41, Ley 1563 de 2012)

El Instituto de Desarrollo Urbano aduce que el laudo excede la competencia asumida por el tribunal lo que toca con las pretensiones sobre la “*inidoneidad*” de

las fórmulas de ajustes de precios en las que convinieron las partes, en cuanto las interpretó a partir de criterios que modifican lo pactado sobre las actualizaciones de precios y asignación de riesgos, benefician exclusivamente al convocante, desconocen la naturaleza de un contrato estatal y recaen sobre “...temas diferentes a los queridos por las partes”.

A juicio de la parte convocante, en cuanto las decisiones del laudo son congruentes con las pretensiones relativas a la “...inidoneidad de la fórmula de ajuste y la necesidad de revisarla para restablecer el equilibrio financiero del contrato”, respetó el principio de congruencia.

Esta causal se configura cuando los árbitros no se pronuncian con sujeción a la *litis* sometida a su consideración. Evento en el que se predica falta de congruencia, por ser *extra, mínima* o *citra petita*, respecto de las pretensiones, excepciones procesales y demás aspectos de la relación procesal.

En consecuencia, conforme con las disposiciones del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, la causal bajo estudio demanda un análisis comparativo entre el laudo, los hechos, las pretensiones aducidas en la demanda y las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas, en este estado para determinar si debe anularse lo decidido en relación con la falta de idoneidad de las fórmulas para mantener el equilibrio económico del contrato frente a eventos imprevisibles e irresistibles, ajenos al contratista.

Confrontación de la cual resulta que el cargo es infundado, habida cuenta que el laudo se sujetó a lo pedido por las convocantes, las pretensiones de la demanda y lo probado en el proceso en relación con la idoneidad de las fórmulas de ajustes de precios.

En efecto, se destaca que en las pretensiones relacionadas con la fórmula de ajuste convenida en la cláusula 8 del contrato, las convocantes solicitaron que se declare que i) “...resultó inidónea para actualizar debidamente los precios de los insumos utilizados en la construcción de las obras”; ii) “...la inidoneidad de la fórmula de ajuste afectó la remuneración y utilidad del contratista y que, por ello, se

rompió en su contra el equilibrio económico y financiero Contrato IDU-072 de 2008, por razones ajenas, extrañas y no imputables al mismo” y iii) “...el IDU incumplió la Constitución, la ley y el Contrato IDU-072 de 2008, al no reconocer la inidoneidad de la fórmula mencionada y el rompimiento del equilibrio económico y financiero del contrato en contra del contratista”.

Asimismo, en la demanda se solicitó que “...se ordene restablecer judicialmente el equilibrio económico y financiero del Contrato IDU-072 de 2008, corrigiendo la fórmula a que se refiere la pretensión 1.1. y reconociendo al contratista los costos no cubiertos que resulten de esa corrección”.

Como *causa petendi*, en la demanda se adujo que la fórmula de actualización de precios no resultó idónea para reconocer al contratista los mayores costos incurridos durante la ejecución del contrato por variaciones extraordinarias en los precios de los materiales, porque el Índice de Costos de la Construcción Pesada-ICCP utilizado no incorpora oportuna y adecuadamente los incrementos imprevisibles y significativos en el precio del acero, elementos metálicos, acero estructural y cables de acero.

Frente a estas pretensiones, la parte convocada formuló las excepciones de i) idoneidad de la fórmula de ajuste de precios, fundada en la eficacia y validez de la cláusula octava del contrato que reconoce al contratista los ajustes de precios acordados e ii) improcedencia del desequilibrio, toda vez que el reclamado se orienta a que la entidad contratante le reconozca al contratista los costos en los que incurrió por falta de previsión y conocimiento de pliego de condiciones, a que se desconozcan los riesgos asumidos en el contrato, además de que se fundamenta exclusivamente en las variaciones negativas del contrato y no en un balance integral de los ajustes positivos y negativos ocurridos a lo largo de la ejecución del objeto.

En esas circunstancias, para la Sala resulta claro que la litis versa sobre la idoneidad de la fórmula convenida por las partes para actualizar o ajustar los precios unitarios del contrato.

Ahora, el laudo da cuenta de que, al abordar el estudio de esas pretensiones y pretensiones, los árbitros concluyeron que “...*la parte convocante no discute los términos acordados en la fórmula de actualización, la aplicación del 100% del ICCP total, su metodología e incidencia de cada uno de los subgrupos, y lo que reclama es su comportamiento anormal e inesperado frente al que tenía y era razonable esperar para actualizar los precios y cubrir los costos de los materiales e insumos facturados que a su juicio crecieron más, experimentando una pérdida por la diferencia significativa entre el valor total pagado y el crecimiento de los costos, fracasando los supuestos e hipótesis de lo acordado con pleno conocimiento y aceptación*” –fl. 292-.

Siendo así, observa la Sala que los árbitros entendieron el objeto de la litis dentro del marco planteado por las pretensiones y las excepciones, conforme con las que resulta evidente que el litigio tenía que ver con la suficiencia de las fórmulas de ajustes de precios, para remunerar los incrementos imprevisibles que se presentaron en los precios de los materiales durante la ejecución del contrato y a ello se limitó el análisis de los árbitros plasmado en el laudo.

Asunto que, en los términos de las pretensiones, la *causa petendi* y las excepciones, sin dudas, requería de la interpretación de las estipulaciones contenidas en la cláusula 8ª del contrato, a las que se remitieron las partes en conflicto y para lo cual quedaron habilitados los árbitros en los términos de la litis planteada.

Asimismo, el laudo da cuenta de que, con fundamento en los elementos probatorios allegados al proceso, los árbitros concluyeron que durante la ejecución del contrato se presentaron variaciones porcentuales extraordinarias en el ICCP de los subgrupos de materiales que incidían en el costo de las obras, que no se reflejaban en el ICCP total utilizado en la fórmula de ajustes de precios, además de que esas variaciones ocurrieron mensualmente y en la fórmula se reflejaban anualmente, haciendo que los costos se incrementaran al punto de que excedían en más del 140% los rubros de imprevistos del contrato y en más del 290% la utilidad del contratista que la fórmula.

En ese orden, para la Sala resulta claro que las decisiones del laudo, relativas a que *“...la fórmula de ajuste del Contrato de Obra IDU 072-2008, pactada en la cláusula octava y ajustada al pliego de condiciones de la Licitación Pública LP-DG-0006-2008 mediante la cláusula primera del Otrosí No. 3, no resultó idónea para actualizar debidamente los precios de los insumos utilizados en la construcción de las obras; que por su falta de idoneidad, la fórmula de ajuste afectó la remuneración y utilidad del contratista y que por ello se rompió en perjuicio de este último el equilibrio económico y financiero del Contrato IDU-072 de 2008 al no reconocer la falta de idoneidad de la fórmula mencionada y el rompimiento del equilibrio económico y financiero del Contrato en contra del contratista”* y a la orden de *“...restablecimiento del equilibrio económico y financiero del Contrato IDU-072 de 2008, mediante la corrección de la referida fórmula y el reconocimiento al contratista de los resultantes no cubiertos, en la forma, términos y por las razones expuestas en la providencia”*, se sujetan al principio de congruencia, en tanto se acompañan con las pretensiones, las excepciones y las pruebas valoradas por los árbitros.

Asimismo, resulta apenas lógico que si el objeto del litigio recaía sobre la determinación de si, a efectos de mantener el equilibrio económico del contrato, las fórmulas de ajustes de precios no recogían adecuadamente las variaciones extraordinarias en el ICCP de los subgrupos de elementos que incidían en el costo de la obra, la labor de interpretación y decisión a cargo de los árbitros sobre ese asunto necesariamente conducía a indagar y resolver sobre asuntos no incorporados en la fórmula de ajustes de precios pactada en el contrato, sin que por ello pueda ponerse la decisión en el campo de la falta de congruencia.

Para la Sala resulta inobjetable que la congruencia del fallo no se determina en función de las cláusulas contractuales objeto de litigio, como se sostiene en la causal bajo estudio sino, como lo exige el artículo 305 del C. de P.C., a partir de las pretensiones, la *causa petendi*, las excepciones y lo probado en el proceso, máxime cuando se trata de una acción que busca el restablecimiento del equilibrio económico roto por hechos imprevisibles, respecto de los que no asiste duda alguna en el sentido de que de acreditarse dan lugar a la modificación o adecuación del contrato, como lo exigen las disposiciones de los artículos 4, 5, 14,

27 y 28 de la Ley 80 de 1993.

En esas circunstancias, el cargo, antes que fundarse en el quebranto del principio de la congruencia, se orienta a sostener un *error in judicando*, sobre el que no le resulta posible a la Sala pronunciarse.

Siendo así, habrá de declararse infundado el recurso de anulación.

5. Costas

Al tenor de las disposiciones de los artículos 42 y 43 de la Ley 1563 de 2012, cuando se declare infundado el recurso de anulación se condenará al recurrente al pago de las costas, que serán liquidadas en la misma sentencia.

Atendiendo a la intervención de la entidad convocante, la duración del trámite del recurso de que se trata y las disposiciones de los artículos 5º y 6º del Acuerdo n.º 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, que autorizan fijar las agencias en derecho hasta en el 10% del valor de las pretensiones en el caso de los recursos extraordinarios ante esta jurisdicción, se fijan en veinte millones de pesos (\$20.000.000,00) las agencias en derecho, que la convocada deberá pagar a pagar a la sociedad ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS S.A. o a su sucursal en Colombia, de conformidad con lo solicitado y la cesión que le hizo a CONCRETOS ASFÁLTICOS DE COLOMBIA, CONCRESCOL S.A, de que da cuenta el laudo arbitral.

IV. DECISIÓN

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

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADO el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la convocada, Instituto de Desarrollo Urbano-IDU, contra el laudo arbitral proferido el 6 de agosto de 2015 por el Tribunal de Arbitramento convocado a instancias de las sociedades que conforman el consorcio contratista.

SEGUNDO: CONDENAR a la parte recurrente, esto es, al Instituto de Desarrollo Urbano-IDU a pagar las costas a Ortiz Construcciones y Proyectos S.A. o a su sucursal en Colombia, de conformidad con lo solicitado y la cesión que le hizo a Concretos Asfálticos de Colombia, Concescol S.A, de que da cuenta el laudo arbitral, que se fijan en la suma de veinte millones de pesos (\$20.000.000).

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Presidenta

RAMIRO PAZOS GUERRERO

Magistrado

DANILO ROJAS BETANCOURTH

Magistrado