



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: Alberto Montaña Plata

Bogotá D.C., 19 de junio 2019

Radicación número: 11001-03-26-000-2018-00109-00 (61809)

Actor: Consorcio Barrios Unidos Fase 1

Demandado: Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E. S. P. EAAB

Referencia: recurso extraordinario de anulación contra laudo arbitral

Temas: RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN – Procedencia del recurso de anulación – Causal 8 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 – Causal 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 – laudo *extra y citra petita*

Síntesis del caso: Mediante Laudo Arbitral de 24 de abril de 2018, el Tribunal negó la totalidad de las pretensiones del Consorcio Barrios Unidos Fase 1 en contra de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E. S. P. El Consorcio interpuso recurso extraordinario de anulación contra el Laudo Arbitral, invocando las causales 8 y 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

Decide la Sala el recurso extraordinario de anulación contra el Laudo Arbitral de 24 de abril de 2018, proferido por el Tribunal Arbitral, compuesto por los árbitros Andrés Pérez Velasco, Pedro José Bautista Moller y Álvaro Salcedo Flórez, integrado para dirimir las controversias surgidas entre el Consorcio Barrios Unidos Fase 1, como parte convocante, y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E. S. P., como parte convocada. El referido Laudo resolvió negar todas las pretensiones presentadas por la parte convocante.

Contenido: 1. Antecedentes - 2. Consideraciones- 3. Decisión

1. ANTECEDENTES

Contenido: 1.1. La demanda arbitral y su trámite – 1.2. La cláusula compromisoria, el Laudo Arbitral y su firmeza – 1.3. El recurso extraordinario de anulación y su trámite

1.1. La demanda arbitral y su trámite

1. El 4 de agosto de 2016, el Consorcio Barrios Unidos Fase 1 (en adelante, el Consorcio) presentó **demanda arbitral**¹ ante la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante la cual convocó a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E. S. P. (en adelante, la EAAB) al trámite arbitral fundado en la cláusula compromisoria contenida en el Contrato de Obra No. 1-01-31300-055 de 2011 (en adelante, el Contrato).

2. Se transcriben a continuación las **pretensiones** de la demanda:

"PRIMERA. Declarar a la entidad Convocada EMPRESA DE ACUEDUCTO ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ responsable

¹ Folios 2-44. Cuaderno Principal No. 1.

administrativamente por el incumplimiento del contrato de obra civil, lo cual generó afectación al equilibrio económico y financiero del mismo y con ello graves perjuicios materiales y morales subjetivos y objetivos, actuales y futuros, junto con sus rendimientos financieros al CONSORCIO BARRIOS UNIDOS FASE I - - Contratista - en la ejecución del contrato de obra No. 1-01-31300-055 de 2011.

SEGUNDA. Condenar a la EMPRESA DE ACUEDUCTO ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ a pagar a favor del contratista CONSORCIO BARRIOS UNIDOS FASE I, por concepto de Mayor Permanencia en Obra, correspondiente al inicio tardío de los trabajos generada por causas no imputables a él y que corresponden a la negligencia del contratante en la elaboración y entrega de los diseños y planos de construcción de las obras, necesarios para adelantar la ejecución del proyecto objeto del contrato de obra No. 1-01-31300-055 de 2011, acaecida en el periodo comprendido desde el tres (03) de noviembre de dos mil once (2011), fecha de emisión de las garantías con las cuales el CONSORCIO BARRIOS UNIDOS FASE I perfecciona el contrato de obra No. 1-01-31300-055 de 2011, y hasta el dieciocho (18) de marzo de dos mil trece (2013), fecha en la cual finalmente la EMPRESA DE ACUEDUCTO ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ suscribe el Acta de Inicio del contrato, es decir, por más de UN (01) AÑO y CUATRO (4) MESES, más del ciento sesenta y cinco por ciento (165%) del plazo inicial del contrato, pactado en DIEZ (10) MESES, la cual arroja un valor total de **DOSCIENTOS CINCUENTA Y UN MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS SEIS PESOS MCTE (\$251.485.506).**

TERCERA: Declarar y disponer que la EMPRESA DE ACUEDUCTO ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ pague las condenas económicas reajustadas o actualizadas, desde la fecha de su causación para cada rubro y hasta la fecha de promulgación del acuerdo y/o laudo correspondiente, valor que equivale a la suma de **CUARENTA Y CUATRO MILLONES CIENTO VEINTITRÉS MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS MCTE. (\$44.123.758),** calculados hasta el mes de marzo de 2016.

CUARTA: Condenar a la EMPRESA DE ACUEDUCTO ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ a pagar al contratista CONSORCIO BARRIOS UNIDOS FASE I, el valor de los intereses moratorios de las cifras precedentes, liquidados a la tasa máxima de interés moratorio trimestral indicada por la Superintendencia Financiera, vigente en el momento de causación del costo o gasto y desde esa fecha y hasta la fecha efectiva de pago por parte de la EMPRESA DE ACUEDUCTO ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ, valor que equivale a la suma de **TRESCIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y UN MIL**

QUINIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS MCTE. (\$335.471.534),
calculados hasta el mes de abril de 2016.

QUINTA: Condenar la EMPRESA DE ACUEDUCTO ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ a pagar en favor del contratista CONSORCIO BARRIOS UNIDOS FASE I, por concepto de perjuicios morales la suma equivalente a **DOSCIENTOS (200) SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (SMMV)**, con ocasión del padecimiento, sufrimiento moral, trastorno emocional por el incumplimiento del contrato de obra No. 1-01-31300-055 de 2011, ocasionado por parte del contratante EMPRESA DE ACUEDUCTO ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ, materializados en la gravísima negligencia en la correcta elaboración y entrega de los estudios y planos necesarios para la ejecución del proyecto y que finalmente llevaron al desequilibrio económico y financiero ya referenciado.

SEXTA: Dados los evidentes incumplimientos de la EMPRESA DE ACUEDUCTO ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ que dan origen a los perjuicios sufridos por el CONSORCIO BARRIOS UNIDOS FASE I y su negativa a solucionar de forma directa estas controversias, que se condene en costas a la EMPRESA DE ACUEDUCTO ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ".

3. En la demanda arbitral, la parte convocante narró, en síntesis, los siguientes **hechos:**

1) La EAAB abrió el proceso de licitación pública No. ICSC-0457-2011 para la "Construcción de las redes locales de alcantarillado pluvial en el barrio Río Negro de la localidad de Barrios Unidos Fase I Bogotá"².

2) El Consorcio presentó propuesta para el mencionado proceso de selección.

3) Surtido el proceso de evaluación, la propuesta del Consorcio fue admitida.

4) La EAAB adjudicó el Contrato al Consorcio.

² Folios 6-91. Cuaderno de Pruebas No. 1.

- 5) Posteriormente, la EAAB y el Consorcio celebraron el Contrato³.
- 6) Una vez suscrito el Contrato, el 3 de noviembre de 2011, el Consorcio constituyó la póliza de Seguro de Cumplimiento con los amparos de cumplimiento, buen manejo del anticipo, salarios y prestaciones sociales y estabilidad de la obra a favor de la EAAB⁴.
- 7) En la misma fecha, el Consorcio constituyó la póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual⁵.
- 8) De conformidad con lo estipulado en el Contrato, una vez perfeccionado el mismo, cumplidos los requisitos para su ejecución y aprobado el programa de inversión del anticipo por el Interventor, la EAAB entregó al Consorcio el valor del anticipo.
- 9) Los datos del Contrato establecían que su plazo sería de 10 meses, que se contarían desde la fecha de suscripción del Acta de Inicio.
- 10) Sólo hasta el 18 de marzo de 2013, 1 año y 4 meses después de suscrito el Contrato, se firmó el Acta de Inicio⁶. Ello, pues la EAAB *“no cumplió con su obligación contractual de entrega de diseños y planos a la suscripción del contrato y efectiva y debidamente lo hizo de forma tardía solo hasta la fecha de suscripción del acta de inicio aquí indicada”*.
- 11) El 10 de septiembre de 2013, se suscribió la Modificación No. 1 al Contrato (en adelante, la Modificación)⁷, con el objeto de cambiar así las cantidades de obra:

(1) Suprimir obra por \$1.497.692.284 incluido AIU;

³ Folios 93-94. Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁴ Folio 103. Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁵ Folio 104. Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁶ Folios 101-102. Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁷ Folio 100. Cuaderno de Pruebas No. 1.

(2) Adicionar obra por \$447.764.654 incluido AIU;

(3) Incluir obra extra por \$1.049.927.630 incluido AIU.

12) Según la cláusula décimo octava del Contrato, la EAAB debía entregar, previamente a la suscripción del Acta de Inicio, varios documentos, tales como las "especificaciones de construcción y planos", entre otros. Éstos eran indispensables para el inicio y la ejecución de la obra.

13) No obstante haberse establecido dicha obligación y a pesar de los múltiples requerimientos del Consorcio, los diseños y planos sólo se entregaron 1 año y 4 meses después de lo pactado.

14) El 25 de enero de 2012, el Consorcio entregó a la EAAB la documentación solicitada por la Contratante para surtir la firma del Acta de Inicio, la cual no se llevó a cabo por responsabilidad de la EAAB.

15) El 27 de enero de 2012, el Interventor del Contrato envió un oficio a la EAAB, solicitando el nombramiento de un nuevo supervisor para el Contrato de Interventoría y manifestando el retraso considerable para su inicio, frente al cual la EAAB había guardado silencio. Igualmente, solicitó la revisión de planos y diseños, documentos indispensables que no habían sido entregados al Contratista.

16) El 24 de febrero de 2012, el Consorcio manifestó a la EAAB que, a pesar de haber sido solicitado reiteradamente, no se había nombrado oficialmente al nuevo supervisor, no se había hecho entrega de los diseños, no se tenía información sobre la apertura de la fiducia, no se había hecho llegar el manual de imagen corporativa, ni se había legalizado el anticipo.

17) El 27 de febrero de 2012, se suscribió el Acta de Reunión de Gestión de Interventoría, en la que se le recordó al Contratista iniciar con la labor social en campo. A esa fecha, continuaba sin poderse iniciarse la ejecución del contrato por causas imputables a la EAAB.

18) El 22 de junio de 2012, se suscribió el Acta de Reunión de Gestión de Interventoría, en dicha reunión el supervisor informó que, debido al plazo de 2 meses requerido por el diseñador para realizar ajustes, era necesario esperar el mencionado tiempo antes de proceder a la firma del Acta de Inicio y la posterior ejecución del proyecto.

19) El 4 de octubre de 2012, el Interventor remitió al Contratista un CD con los diseños finales que contemplaban los ajustes y soluciones de los problemas evidenciados al inicio del Contrato. Sin embargo, dichas soluciones, una vez verificadas por el Consorcio, resultaron no ser definitivas, pues la entrega de diseños no se efectuó de manera oficial al Consorcio y persistían errores que no fueron corregidos en el mencionado documento.

20) El inicio tardío de las obras hizo incurrir al Consorcio en significativos costos y gastos.

21) En la etapa de inicio tardío, la ejecución del Contrato hizo que el Consorcio usara recursos de personal, instalaciones y logística de sus integrantes, en especial, de la sociedad Ortiz Construcciones y Proyectos S.A. Sucursal Colombia.

22) El 17 de enero de 2014, mediante Acta de Terminación suscrita entre el Interventor y el Consorcio⁸, se dejó constancia de la realización de las obras, quedando únicamente pendientes aquellas relacionadas con la readecuación de espacio público, que el Contratista se comprometió a subsanar en un plazo no mayor a 3 meses.

23) El 5 mayo de 2014, el Consorcio y la Interventoría suscribieron el Acta de Entrega y Recibo Final del Contrato, en la cual dejaron constancia del recibido de la obra objeto del Contrato a satisfacción por parte de la Interventoría, luego de que el Consorcio había cumplido con las obras de readecuación del espacio público.

24) El 22 de septiembre de 2014, se proyectó el Acta de Liquidación del Contrato, que debía firmarse en tal fecha, pero no fue posible por la

⁸ Folios 108-109. Cuaderno de Pruebas No. 1.

negativa de suscribirla de la EAAB ante las salvedades consignadas en el Acta por parte del Consorcio, relacionadas con la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico y financiero del Contrato.

25) El 3 de agosto de 2015, el Consorcio y el Interventor suscribieron el Acta de Liquidación Bilateral del Contrato⁹. En dicha Acta, el Contratista dejó constancia de las salvedades encaminadas al restablecimiento del equilibrio económico y financiero del Contrato, roto, según el Consorcio, por causas imputables a la EAAB. Tales causas se originaron, a juicio del Contratista, en la falta al deber de planeación de la entidad cuando omitió entregar a tiempo al Consorcio los estudios, planos y especificaciones necesarios para ejecutar las obras. Dicha situación ocasionó graves perjuicios al Consorcio, consistentes en mayores costos y gastos en los que tuvo que incurrir, cuanto menos desde el 3 de noviembre de 2011, fecha de emisión de las garantías, hasta el 18 de marzo de 2013, fecha en la que la EAAB suscribió el Acta de Inicio del Contrato.

4. El 14 de octubre de 2016, se llevó a cabo la **audiencia de instalación** del Tribunal Arbitral llamado a dirimir las diferencias surgidas entre las partes. Durante la misma, se declaró legalmente instalado el Tribunal. Adicionalmente, se **inadmitió la demanda** en la medida en que, en contravención a los artículos 84 y 85 del Código General del Proceso, en las pruebas aportadas con la demanda, no se había incluido la copia del Documento de Modificación Consorcial suscrito entre la Constructora Valderrama Ltda. y Ortiz Construcciones y Proyectos S.A. Sucursal Colombia, por medio del cual se modificó el Acuerdo Consorcial en el sentido de designar un nuevo vocero¹⁰.

5. El 19 de octubre de 2016, el Consorcio **subsanó la demanda**, aportando copia del Otrosí No. 1 del Acuerdo de Conformación Consorcial¹¹.

6. Mediante Auto No. 3 de 15 de noviembre de 2016, el Tribunal decidió **admitir** la demanda¹².

⁹ Folios 110-113. Cuaderno de Pruebas No. 1.

¹⁰ Folios 129-132. Cuaderno Principal No. 1.

¹¹ Folio 143. Cuaderno Principal No. 1.

¹² Folios 146-150. Cuaderno Principal No. 1.

7. El 31 de enero de 2017, la EAAB contestó la demanda¹³ y propuso **excepciones** de mérito frente a cada una de las pretensiones, las cuales omitió titular. Se resumen a continuación:

1) Respecto de la primera y la segunda pretensión: *"la omisión o silencio en torno a las reclamaciones, reconocimientos, observaciones o salvedades por incumplimientos previos a la fecha de celebración de un contrato modificatorio, adicional o una suspensión tiene por efecto el finiquito de los asuntos pendientes para las partes no siendo posible discutir posteriormente hechos anteriores, (excepto por vicios en el consentimiento) toda vez que no es lícito a las partes venir contra sus propios actos o sea 'venire contra factum proprium non valet' que se sustenta en la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas"*.

2) Respecto de la segunda y la tercera pretensión: *si el Contratista dispuso de equipos, "asumió obligaciones laborales o de prestación de servicios antes de la ejecución del contrato, las indicadas obligaciones no puede trasladarlas a la entidad contratante porque pagó sin contraprestación, con culpa inexcusable"*.

3) Respecto de la tercera, la quinta y la sexta pretensión: *"los 'evidentes incumplimientos por parte de la EAB' no existieron, prueba de ello quedó escrita en la salvedad del acta de liquidación"*.

4) Respecto de la cuarta pretensión: *"con el mismo argumento exceptivo por el cual me opongo a las pretensiones principales, me opongo a las actualizaciones de las sumas que resulten de las mismas"*.

5) Respecto de la quinta pretensión: *"el demandante no prueba ni siquiera sumariamente los perjuicios morales que reclama como indemnización...la*

¹³ Folios 168-198. Cuaderno Principal No. 1.

aplicación de perjuicios morales en relaciones contractuales tiene una índole excepcional”.

8. Ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo, el 21 de junio de 2017¹⁴, el Tribunal declaró agotada y **fracasada la audiencia de conciliación**.

9. Mediante los Autos No. 14 y 15 de 9 de agosto de 2017, el Tribunal ordenó la **práctica de pruebas**¹⁵.

10. El 11 de octubre de 2017, ROBAYO ROBAYO AUDITORES ASOCIADOS S.A.S. rindió el **informe pericial contable**¹⁶ decretado por el Tribunal por solicitud de la parte convocante.

11. El 30 de noviembre de 2017, ROBAYO ROBAYO AUDITORES ASOCIADOS S.A.S. rindió el **informe pericial contable**¹⁷ decretado por el Tribunal por solicitud de la parte convocada.

12. Mediante Auto No. 31 de 17 de enero de 2018, el Tribunal declaró **cerrada la etapa probatoria**.

13. Una vez practicadas todas las pruebas, el 6 de febrero de 2018, el Consorcio y la EAAB¹⁸ presentaron sus **alegatos de conclusión**.

14. En sus alegatos de conclusión, el Consorcio¹⁹ reiteró el incumplimiento de la EAAB en la entrega de los planos y diseños necesarios para la ejecución del Contrato, hecho probado a partir de los testimonios y pruebas documentales incluidas en el expediente. Adujo, también, que habían quedado probados los costos y gastos asumidos por el Consorcio por concepto de mayor permanencia en obra. En virtud de lo anterior, solicitó que se condenara

¹⁴ Folios 269-273. Cuaderno Principal No. 1.

¹⁵ Folios 292-302. Cuaderno Principal No. 1.

¹⁶ Folios 611-637. Cuaderno de Pruebas No. 2.

¹⁷ Folios 141-167. Cuaderno de Pruebas No. 3.

¹⁸ Folios 63-75. Cuaderno Principal No. 2.

¹⁹ Folios 46-62. Cuaderno Principal No. 2.

consecuencialmente a la EAAB. Por último, el Consorcio rechazó las excepciones propuestas por la entidad.

15. En sus alegatos de conclusión, la EAAB estableció que de las pruebas recaudadas en el proceso había quedado acreditado el incumplimiento grave del Contrato por parte del Consorcio y el cumplimiento en cabeza de la entidad. De no declararse el cumplimiento de la EAAB, a su juicio, debería aplicarse el artículo 1609 del Código Civil, relativo a la excepción de contrato no cumplido. Finalmente, estableció que no había sido probado el presunto desequilibrio económico.

16. El 6 de febrero de 2018, el **Ministerio Público presentó concepto**²⁰ de fondo y solicitó al Tribunal Arbitral negar las pretensiones de la demanda. Ello, con base en los siguientes argumentos:

1) Con el fin de solucionar los retrasos presentados al inicio de la ejecución del Contrato, causados por los cambios en los diseños del proyecto, las partes de mutuo acuerdo suscribieron la Modificación al Contrato. Ésta obedeció a la necesidad de introducir cambios en las obligaciones de las partes con el propósito de garantizar la ejecución del proyecto contratado, como puede apreciarse en las consideraciones que motivan la Solicitud de Modificación del Contrato de Obra.

2) La reclamación del Consorcio fue extemporánea, pues desde el 18 de marzo de 2013, fecha de suscripción del Acta de Inicio, el Contratista tenía pleno conocimiento de los efectos económicos de la demora en el inicio del Contrato y, aun así, celebró la Modificación sin salvedad alguna. Además, en la Modificación se dejó constancia de que ésta no generaba sobrecostos para las partes;

3) La reclamación extemporánea del Consorcio materializó una vulneración al principio de buena fe contractual;

²⁰ Folios 76-93. Cuaderno Principal No. 2.

4) Las reclamaciones eran improcedentes en la medida en que el Consorcio no había dejado salvedades expresas en el Acta de Liquidación;

5) No existía prueba alguna que demostrara el padecimiento de perjuicios morales en cabeza de la convocante.

1.2. La cláusula compromisoria, el Laudo Arbitral y su firmeza

17. El 24 de abril de 2018, el Tribunal Arbitral compuesto por los árbitros Andrés Pérez Velasco, Pedro José Bautista Moller y Álvaro Salcedo Flórez, dictó el Laudo en derecho²¹ que puso fin a la controversia entre las partes.

18. Mediante la cláusula vigésima del Contrato, las partes pactaron sustraer de la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de sus diferencias y estipularon que las controversias relativas al Contrato serían sometidas a un tribunal arbitral. Se transcribe la mencionada cláusula:

*"VIGÉSIMA.- COMPROMISORIA: Las controversias y divergencias relativas a la celebración, ejecución o liquidación del contrato que no puedan ser resueltas mediante la aplicación de los mecanismos de solución directa de controversias, serán sometidas a un Tribunal de Arbitramento, quien decidirá en derecho, el cual será integrado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, para efectos de su funcionamiento se aplicará lo previsto en el reglamento de dicho Centro"*²².

19. El Tribunal aclaró que la naturaleza jurídica de la parte convocante es privada y la convocada, si bien es de naturaleza pública, por tratarse de una empresa de servicios públicos domiciliarios, su actividad contractual se rige por el derecho privado. En virtud de lo anterior, el Tribunal aplicó el derecho privado, atendiendo, adicionalmente, a los principios propios de la función administrativa, de acuerdo con el artículo 209 superior y el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.

²¹ Folios 97-157. Cuaderno del Consejo de Estado.

²² Folios 93-94. Cuaderno de Pruebas No. 1.

20. En lo relativo a la primera pretensión de la demanda, atinente al *“incumplimiento del contrato de obra civil, lo cual generó afectación al equilibrio económico y financiero del mismo”*, el Laudo se refirió a dos puntos a fin de desestimarla: por una parte, a la distinción entre el desequilibrio económico del contrato y la mayor permanencia en obra y, por otra parte, a la Modificación del 10 de septiembre de 2013 y a la extemporaneidad de la reclamación del Consorcio.

21. En primer lugar, el Tribunal analizó la forma en la que la jurisprudencia y la doctrina han estudiado el desequilibrio económico en el marco de los contratos gobernados por el derecho privado y determinó que, en tales supuestos es menester acudir al artículo 868 del Código de Comercio, relativo a la teoría de la imprevisión²³. El Laudo concluyó que en el caso concreto no procedía la revisión por imprevisión, pues, de conformidad con la Corte Suprema de Justicia²⁴, ésta *“es inadmisibile si la prestación, no obstante la excesiva onerosidad se cumplió, lo cual salvo protesta, reserva o acto contrario, denota la aceptación, tolerancia o modificación por conducta concluyente de la parte afectada”*.

22. En segundo lugar, el Tribunal hizo referencia a la celebración de la Modificación del Contrato y adujo que las modificaciones en los diseños, que se materializaron en cambios de las cantidades de obra, habían sido estudiadas y analizadas previamente por la Interventoría y el Contratista. Además, en dicha Modificación, el Consorcio no puso de presente un posible desequilibrio

²³ *“Artículo 868. Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.*

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea”.

²⁴ Cita del Laudo tomada de la Corte Supremo de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC12743-2017 de 24 de agosto de 2017, exp. N° 2000 1-3 1-03-003-200700086-0.

financiero del contrato; por el contrario, manifestó expresamente en el documento que esta "no genera(ba) sobrecostos para las partes contratantes".

23. En este aparte, el Laudo reprochó que el Contratista no hubiese relacionado en los hechos de su demanda la celebración del Subcontrato de Obra No.1 de 2012²⁵ a todo costo, suscrito el 27 de noviembre de 2012, con la sociedad Oinco Ltda, "más aún cuando dicha subcontratación, de acuerdo con su objeto comprende la totalidad de actividades previstas en el alcance del Contrato" celebrado entre la EAAB y el Consorcio. Adicionalmente, destacó el Tribunal que el Subcontrato tuvo lugar antes del Acta de Inicio del Contrato y no estaba previamente autorizado por la entidad contratante, de acuerdo con la cláusula décimo cuarta del Contrato²⁶.

24. En línea con lo anterior, el Laudo señaló que la parte convocante tampoco puso de presente en la Modificación al Contrato que las actividades estipuladas serían ejecutadas en su totalidad por un tercero con quien habría celebrado un Subcontrato.

25. Se transcribe la conclusión al respeto emitida por el Tribunal:

"En razón de lo anterior, considera este Tribunal que la reclamación del Convocante respecto de su pretensión primera carece de fundamento en la medida en que no resulta probado por ella un quebrantamiento grave de la ecuación contractual que suponga una mayor onerosidad en la ejecución de las actividades pactadas y, por otro lado se tiene, como lo indica la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ ESP en su escrito de contestación de la demanda, que su conducta con la suscripción de la modificación No.1 sin ninguna salvedad, generó una confianza legítima entre las partes de que una vez efectuadas las revisiones sobre ítems, cantidades y valores llegaban a un acuerdo sobre todas las divergencia

²⁵ Folios 5-11. Cuaderno de Pruebas No. 3.

²⁶ "DÉCIMA CUARTA. - CESIONES Y SUBCONTRATOS: El CONTRATISTA no podrá ceder ni subcontratar el contrato a persona alguna, sin previo autorización escrita del ACUEDUCTO DE BOGOTÁ, pudiendo éste reservarse las razones que tenga para negar dicha autorización. La celebración de subcontratos no relevará al CONTRATISTA de las responsabilidades que asume en virtud del contrato (...)".

existentes a esa fecha, lo que permitía la ejecución del contrato habiendo quedado consignado en esa modificación que no generaba el pago de sumas distintas a favor de alguna de las partes. Adicionalmente, es pertinente traer a colación lo dicho por la H Corte Suprema de Justicia y analizado en precedencia en cuanto a que '...ejecutado, terminado o concluido el contrato y extinguida por su cumplimiento la prestación, nada hay que revisar para reajustar, restablecer o terminar'...tesis que aplicada al caso bajo análisis corrobora la decisión de negar la pretensión primera de la demanda".

26. En lo relativo a la segunda pretensión de la demanda, atinente a la "Mayor Permanencia en Obra, correspondiente al inicio tardío de los trabajos generada por causas no imputables a (el Consorcio) y que corresponden a la negligencia del contratante en la elaboración y entrega de los diseños y planos de construcción de las obras, necesarios para adelantar la ejecución del proyecto", el Tribunal señaló los siguientes argumentos para desestimarla:

27. En el proceso quedó acreditado que sí hubo demora en el inicio del Contrato. Sin embargo, de común acuerdo, las partes celebraron la Modificación al Contrato, con base en la justificación técnica de 9 de agosto de 2013, en donde el Interventor puso de presente que:

"Una vez analizada la solicitud y argumentación presentadas por el Contratista para el balanceo de las cantidades contenidas en el presupuesto inicial de obra cuadro de cantidades y precios, la interventoría considera que se ajustan a la realidad y son necesarios para la adecuada realización del contrato y la correcta ejecución de las obras"²⁷.

28. El informe pericial contable decretado por el Tribunal por solicitud de la parte convocante estableció la existencia de un Contrato de Mandato suscrito entre el Consorcio y la Sociedad Ortiz Construcciones y Proyectos S.A. Destacó el dictamen que el valor resultante del mencionado Contrato de Mandato no estaba registrado en la contabilidad del Consorcio.

²⁷ Folios 205-221. Cuaderno del Consejo de Estado.

29. El informe concluyó que los gastos de administración propuestos por el Consorcio eran de un total de \$1.086.340.940. Si se tenían en cuenta únicamente los gastos registrados, los gastos administrativos incurridos por el Contratista hubiesen sido de -\$497.814,986 (es decir, que los costos serían menores a los costos de administración propuestos). Si, en cambio, se incluían los costos derivados del Contrato de Mandato, los gastos administrativos hubiesen sido de \$172.308.669.

30. De conformidad con la referida prueba, el Tribunal concluyó que, aun teniendo en cuenta los costos derivados del Contrato de Mandato, la pérdida reportada por el Contratista no había sido *“real, grave y anormal en la economía del contrato, pues la cifra de 172 millones equivale al 3.4% del contrato y al 15% de los gastos administrativos propuestos, de manera alguna puede tenerse como grave o significativa”*.

31. Adicionalmente, el Tribunal reiteró que la suscripción de la Modificación al Contrato, solicitada por el Contratista y aceptada por la EAAB, sin que se hiciera mención alguna sobre la alteración de los costos prestacionales, permitía sostener que las diferencias suscitadas entre las partes hasta su fecha de celebración habían quedado resueltas.

32. Nuevamente, el Laudo se refirió a la ilícita suscripción del Subcontrato por parte del Consorcio y Oinco Ltda. y determinó que su celebración había constituido una suerte de cesión del Contrato. El Tribunal consideró que el silencio del Contratista en la Modificación al Contrato había podido obedecer a que éste tenía un beneficio asegurado pactado en el referido Subcontrato y, por esa razón, sólo formuló su reclamación una vez el proyecto había culminado. Se transcriben los apartes pertinentes del Laudo:

“En la práctica, lo que sucedió fue que el Consorcio contratista obtuvo un contrato por parte de la EAB y sin autorización alguna transfirió la carga de la ejecución a OINCO LTDA por una suma igual al 76% del valor de aquél, operación que dejó un saldo a favor de los integrantes del Consorcio del 24%, que éstos se distribuyeron así: \$707.980.000 para ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS S.A. -SUCURSAL COLOMBIA, y \$505.891.616 para CONSTRUCTORA VALDERRAMA LTDA.

(...)

Esta inusual especie de cesión del contrato a través del mecanismo de la subcontratación se hizo el 27 de Noviembre de 2012, es decir, 10 meses antes de la firma del otrosí o modificación No. 1, que ocurrió el 18 de Septiembre de 2013. El silencio del Consorcio contratista de solicitar ajuste alguno con motivo del supuesto mayor costo por mayor permanencia parecería explicarse, adicionalmente a lo ya expresado, en el beneficio asegurado anticipadamente con ocasión de la ilícita subcontratación con CINCO LTDA., reclamación que sólo vino a formular cuando ya el negocio había finalizado y las prestaciones se habían cumplido”.

33. Como fundamento de su decisión absolutoria, el Tribunal hizo referencia a la buena fe como carga recíproca de las partes contratantes. A su juicio, de conformidad con este principio, consagrado en los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, y con la regla de oportunidad, era obligación del Consorcio poner de presente en la Modificación al Contrato, las circunstancias que hubiesen podido dar lugar al desequilibrio del mismo. Coligió el Tribunal que:

“el silencio que se comenta impide el reconocimiento de cualquier reproche en instancias posteriores por resultar no solo extemporáneo e inoportuno, sino además contrario a los deberes de corrección, claridad y lealtad negocial que en todo momento debe asistir a las partes vinculadas en el contrato”.

34. En relación con las excepciones propuestas por la convocada, el Laudo declaró probada aquella atinente a "la omisión o silencio (de la convocante) en torno a las reclamaciones, reconocimientos, observaciones o salvedades por incumplimientos previos a la fecha de celebración de un contrato modificadorio, adicional o una suspensión tiene por efecto el finiquito de los asuntos pendientes para las partes no siendo posible discutir posteriormente hechos anteriores, (excepto por vicios en el consentimiento) toda vez que no es lícito a las partes venir contra sus propios actos o sea 'venire contra factum proprium non vale' que se sustenta en la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas”.

35. El Tribunal limitó su estudio de las excepciones a aquella precitada, invocando el artículo 282 del CGP, que establece que *“si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, debe abstenerse de examinar las restantes”*.

36. De conformidad con las referidas conclusiones, relativas a la ausencia de prosperidad de las pretensiones primera y segunda, el Laudo determinó que la negación de tales pretensiones daba lugar a la falta de prosperidad de las pretensiones consecuenciales tercera, cuarta y sexta. En lo atinente a la pretensión quinta, referida al padecimiento de daños morales, no encontró el Tribunal prueba alguna que sustentara su reconocimiento.

37. El Tribunal decidió:

Primero. - *Negar las pretensiones principales de la demanda así como las consecuenciales formuladas por la Parte Convocante, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.*

Segundo. - *Declarar que prospera la excepción propuesta por la Convocada como "Omisión o silencio en torno a las reclamaciones, reconocimientos, observaciones o salvedades por incumplimientos previos a la fecha de celebración de un contrato modificadorio, adicional o una suspensión tiene por efecto el finiquito de los asuntos pendientes para las partes", por las razones expuestas en la parte motiva.*

Tercero. - *Declarar que por las razones expuestas en la parte motiva, no se hace un pronunciamiento sobre las demás excepciones de mérito planteadas en la contestación a la demanda.*

Cuarto. - *Declarar que no se decreta la sanción prevista en el artículo 206 del Código General del Proceso, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.*

Quinto.- *Condenar a la Parte Convocante, conformada por las empresas ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS S.A. SUCURSAL COLOMBIA y por CONSTRUCTORA VALDERRAMA LTDA., integrantes del **Consorcio Barrios Unidos FASE I**, a pagar a favor de*

la Parte Convocada, **Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá S.A. ESP**, la suma de treinta y tres millones quinientos mil pesos (\$33.500.000,00), por concepto de costas y la suma de doce millones seiscientos veintiún mil seiscientos dieciséis pesos (\$12.621.616,00) por concepto de agencias en derecho.

(...)”.

38. El 2 de mayo de 2018, la parte convocante presentó una **solicitud de aclaración, corrección y adición del Laudo Arbitral**²⁸, en la que presentó las siguientes solicitudes:

1) Respecto de la distinción presentada por el Tribunal entre incumplimiento y desequilibrio económico del contrato, el Contratista solicitó al Tribunal indicar la razón por la cual calificó al incumplimiento de la EAAB como una *“simple imprevisión exenta de culpa”*.

2) Respecto de las consideraciones del Tribunal sobre la Modificación y la extemporaneidad de la reclamación del Consorcio, éste pidió aclarar los fundamentos del Tribunal para concluir que el Subcontrato comprendía la totalidad de las actividades del Contrato. También le solicitó especificar porqué no había contabilizado los costos y gastos de las oficinas centrales del Consorcio. Pidió aclarar, así mismo, las razones de la desestimación de los dictámenes periciales contables, que daban cuenta de la ruptura del equilibrio económico del Contrato. Por último, solicitó aclaración sobre la conclusión del Tribunal según la cual la Modificación al Contrato se había convenido por el inicio tardío de las obras y los perjuicios causados al Contratista, cuando dicha Modificación se había referido únicamente al cambio de las cantidades de obra resultantes de los diseños corregidos.

39. Mediante Auto No. 36 del 3 de mayo de 2018, el Tribunal **negó la solicitud** de aclaración, corrección y adición del Laudo Arbitral promovida por el Consorcio²⁹, aduciendo que la solicitud desbordaba el contenido de las normas

²⁸ Folios 158-164. Cuaderno del Consejo de Estado.

²⁹ Folios 165-173. Cuaderno del Consejo de Estado.

que se ocupan de las posibilidades del Tribunal de aclarar, corregir o adicionar sus propias providencias. Adicionalmente, el Tribunal ratificó su decisión e hizo nuevamente alusión a los argumentos esgrimidos en el Laudo.

1.3. El recurso extraordinario de anulación y su trámite

40. El 5 de junio de 2018, la parte convocante presentó **recurso extraordinario de anulación** contra el Laudo Arbitral³⁰ e invocó las causales contenidas en los numerales 8 y 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

41. La recurrente hizo referencia al numeral 8 del artículo 41 del Estatuto Arbitral, aplicable cuando un laudo contenga *“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”*. Para argumentar la aplicación de la referida norma, el Consorcio se limitó a afirmar que el Laudo había errado al acudir al principio de buena fe en su contra y al haberle dado plena credibilidad a los alegatos de la EAAB sobre un *“supuesto subcontrato”* sobre el que la convocada jamás se pronunció.

42. Por su parte, el numeral 9 dispone que un laudo se anulará cuando éste haya recaído sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haya concedido más de lo pedido o no haya decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento. En primer lugar, la convocante adujo que el Tribunal *“había resuelto extrapetita”* respecto de sus pretensiones, pues *“la controversia puesta en su conocimiento versaba sobre un periodo de tiempo determinado y limitado”*, comprendido entre el 3 de noviembre de 2011, fecha de emisión de las garantías, y el 18 de marzo de 2013, fecha de suscripción del Acta de Inicio del Contrato. Lo anterior, de conformidad con la pretensión segunda de la demanda arbitral. En segundo lugar, consideró que el Tribunal había incurrido en un *“fallo citrapetita”* al no haberse pronunciado sobre el incumplimiento del Contrato por parte de la EAAB, tal como se lo exigía la pretensión primera.

³⁰ Folios 174-200. Cuaderno del Consejo de Estado.

Respecto de la excepción invocada por la convocada sobre el silencio del Consorcio durante la celebración de la Modificación al Contrato, la recurrente argumentó que ésta se refería a un tiempo diferente al inicio tardío de las obras y nada tenía que ver con sus pretensiones.

43. El 22 de junio de 2018, el **Ministerio Público emitió concepto**³¹ sobre el recurso de anulación, considerando que el recurso debía declararse infundado por parte del Consejo de Estado. Ello, con base en los siguientes principales argumentos (se transcribe):

“Para el Ministerio Público, existe congruencia, consonancia y correspondencia entre lo pretendido en la demanda, su contestación; las excepciones propuestas, y lo decidido en el laudo arbitral; es decir no se advierte que el Tribunal hubiera excedido el marco de referencia fijado en las pretensiones de la demanda, los hechos y las excepciones, para abordar cuestiones extrañas al proceso, conceder más allá de lo pedido y proferir un fallo extra o citra petita.

(...)

Se tiene que la incongruencia del laudo arbitral que se predica en la sustentación del recurso extraordinario de anulación no se enmarca dentro de los presupuestos fácticos y jurídicos de la causal, pues es claro que el laudo cuestionado recayó precisamente sobre las pretensiones de la demanda y sobre los puntos pedidos en la contestación de la demanda y en las excepciones alegadas”.

44. El 27 de junio de 2018, la EAAB surtió el **traslado del recurso**³² extraordinario de anulación y se opuso a su prosperidad. Conviene destacar los siguientes argumentos de la convocada (se transcribe):

1) *“En el presente caso los árbitros dispusieron de una excepción presentada en la contestación de la demanda, por lo que ni remotamente puede prosperar el recurso”;*

³¹ Folios 205-221. Cuaderno del Consejo de Estado.

³² Folios 224-225. Cuaderno del Consejo de Estado.

- 2) *“La incongruencia se debe determinar de manera externa y sin adentrarse en el fondo del asunto como pretende la recurrente, pues debe resultar de la simple comparación entre lo pedido y lo decidido, es decir comparando el laudo con la demanda y las excepciones planteadas”;*

- 3) *“Pretende la recurrente que el Consejo de Estado en sede de anulación le sustraiga la facultad a los árbitros de interpretar la demanda”;*

- 4) *“Tampoco puede invocar la causal novena la apoderada de la contraparte cuando el fallo es totalmente absolutorio alegando que se dejaron de definir asuntos a cargo del tribunal arbitral”.*

45. Mediante Auto de 27 de agosto de 2018³³, la Sección Tercera, Subsección B, del Consejo de Estado se refirió a la interposición del recurso extraordinario de anulación por parte del Consorcio, fundamentado en el numeral 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. El Auto estableció que el recurso reunía todos los requisitos de fondo y forma previstos en el artículo 40 y subsiguientes del Estatuto Arbitral y, por lo tanto, **avocó conocimiento** del recurso.

46. En el Auto de 21 de noviembre de 2018³⁴, la Sección Tercera, Subsección B, del Consejo de Estado resolvió poner en conocimiento de la Constructora Valderrama Ltda. la configuración de la **causal de nulidad** consagrada en el numeral 4 del artículo 133 del Código General del Proceso. Ello, en vista de la indebida representación de dicha sociedad integrante del Consorcio.

47. Mediante Auto de 10 de abril de 2019³⁵, la Sección Tercera, Subsección B, del Consejo de Estado resolvió *“tener por **saneada la nulidad** por indebida representación, que se presentó respecto de una de las integrantes de la parte convocante- Constructora Valderrama Ltda.-”.*

2. CONSIDERACIONES

³³ Folios 229-230. Cuaderno del Consejo de Estado.

³⁴ Folios 237-244. Cuaderno del Consejo de Estado.

³⁵ Folios 255-256. Cuaderno del Consejo de Estado.

Contenido: 2.1. Jurisdicción y competencia – 2.2. Problema jurídico – 2.3. Naturaleza del recurso extraordinario de anulación – 2.4. Generalidades y configuración de la causal de anulación contenida en el numeral 8 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 – 2.5. Generalidades y configuración de la causal de anulación contenida en el numeral 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 – 2.6. Sobre la condena en costas y las agencias en derecho

2.1. Jurisdicción y competencia

48. El presente asunto es de conocimiento de la **Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo**, pues el numeral 7 del artículo 104 y el numeral 7 del artículo 149 del CPACA establecen que esta jurisdicción debe conocer de *“los recursos extraordinarios contra laudos arbitrales que definan conflictos relativos a contratos celebrados por entidades públicas”* y que el Consejo de Estado conocerá en única instancia *“del recurso de anulación contra laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos celebrados por una entidad pública”*.

49. Adicionalmente, el artículo 46 de la Ley 1563 de 2012 otorga **competencia** a la Sección Tercera del Consejo de Estado para conocer del recurso extraordinario de anulación de *“laudo (sic) arbitrales en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas”*.

50. Cabe aclarar que la parte convocada en este litigio arbitral es una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios, que se rige por la Ley 142 de 1994. La EAAB tiene la naturaleza jurídica de una empresa industrial y comercial del orden distrital³⁶, en virtud de lo cual tiene naturaleza de entidad pública en los términos del artículo 104 del CPACA.

2.2. Problema jurídico

³⁶ Acuerdo 01 de 2002, expedido por la Junta Directiva de la entidad: *“Artículo 2o- Naturaleza Jurídica. La EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ- E.S.P., es una empresa industrial y comercial del Distrito Capital, prestadora de servicios públicos domiciliarios, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente”*.

51. En consideración a los argumentos presentados en el recurso extraordinario de anulación, la Sala deberá establecer si procede la anulación del Laudo Arbitral por la causal 8 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, que se refiere a la expedición de un Laudo con contradicciones, errores aritméticos o errores por omisión, cambio o alteración de palabras, y por la causal 9 de la misma norma, en la medida en que el Laudo haya recaído sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros o no haya decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.

2.3. Naturaleza del recurso extraordinario de anulación

52. En reiterada jurisprudencia, el Consejo de Estado se ha referido al carácter excepcional, extraordinario y restrictivo del recurso de anulación contra un laudo arbitral. Lo anterior, bajo el entendido de que este recurso no puede, bajo circunstancia alguna, convertirse en la vía de entrada para el estudio del caso en una segunda instancia.

53. La finalidad esencial del recurso de anulación consiste en la protección del derecho al debido proceso en cabeza de las partes, por lo cual el juez está instituido para analizar los vicios procedimentales (*errores in procedendo*) del laudo, mas no la decisión de fondo (*errores in iudicando*) del mismo. De hecho, según el inciso final del artículo 42 del Estatuto Arbitral, relativo al trámite del recurso de anulación, la autoridad competente para conocer de este recurso no está facultada para pronunciarse sobre el fondo de la controversia, ni para calificar o modificar *“los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral al adoptar el laudo”*.

54. Debe aclararse, además, que, excepcionalmente, y en caso de prosperar la causal de incongruencia del fallo, causal que se estudia en el presente caso:

“el juez de anulación podrá corregir o adicionar el laudo...al no haberse decidido sobre cuestiones sometidas al conocimiento de los árbitros o por haberse pronunciado sobre aspectos no sujetos a

*la decisión de los mismos o por haberse concedido más de lo pedido*³⁷.

55. Teniendo en cuenta lo anterior, se procederá a estudiar las características generales y la configuración de las causales invocadas por el recurrente.

2.4. Generalidades y configuración de la causal de anulación contenida en el numeral 8 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012

56. En su recurso de anulación, el Consorcio invocó ligeramente la causal 8 de la Ley 1563 de 2012, la cual dispone que una decisión arbitral podrá ser anulada en caso de:

“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”.

57. Así pues, la causal se refiere a la expedición de un laudo con contradicciones, errores aritméticos o errores por omisión, cambio o alteración de palabras. Además, establece que tales yerros deben haberse puesto de presente de forma oportuna al Tribunal, *“esto es, que dentro de los cinco días siguientes de haberse proferido la decisión se haya pedido o la corrección del error aritmético, del error por cambio de palabras o alteración de éstas; o la aclaración o complemento de las disposiciones contradictorias o de los errores por omisión”*³⁸.

58. En primer lugar, es claro que la recurrente no cumplió el requisito de procedibilidad establecido en el artículo precitado, pues si bien presentó una

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 18 de enero de 2019, exp. 60855; Sentencia de 23 de abril de 2018, exp. 59731; Sentencia de 19 de julio de 2017, exp. 59067. Subsección A, Sentencia de 28 de febrero de 2019, exp. 62203, entre muchas otras.

³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 27 de noviembre de 2017, exp. 59913.

solicitud de aclaración, corrección y adición del Laudo Arbitral, los fundamentos de dicha solicitud no correspondían a los yerros indicados en la mencionada causal.

59. En segundo lugar, el Consorcio se limitó a invocar la causal y no la sustentó debidamente, tal como se lo exigían los artículos 40 y 42 de dicho Estatuto³⁹. Además, el somero argumento planteado por la recurrente nada tenía que ver con la causal invocada. Ello, pues ésta pretendió erradamente argumentar la configuración de la nulidad del laudo en el empleo por parte del Tribunal del principio de buena fe y en el hecho de haberle dado credibilidad a los alegatos de la EAAB sobre un “supuesto subcontrato” sobre el que la convocada jamás se pronunció.

60. En concordancia con la jurisprudencia de esta Corporación, que establece que “la sustentación del recurso no consiste en la sola indicación del texto legal que consagra una determinada causal, como tampoco en que, al amparo de la mención de alguna o de varias de las causales enlistadas en la ley, se aduzcan argumentaciones que en verdad no configuran ninguna de las previstas por el legislador”⁴⁰, se concluye que la recurrente no cumplió con su carga argumentativa relativa a la debida fundamentación de la causal.

61. Así las cosas, se colige que el Consorcio incumplió con el requisito de procedibilidad exigido por la causal invocada y no la sustentó debidamente, por lo cual la Sala considera que resulta infundada la causal de anulación interpuesta.

³⁹“Artículo 40. Recurso Extraordinario de Anulación. Contra el laudo arbitral procede el recurso extraordinario de anulación, que deberá interponerse **debidamente sustentado**, ante el tribunal arbitral, con indicación de las causales invocadas, dentro de los treinta (30) días siguientes a su notificación o la de la providencia que resuelva sobre su aclaración, corrección o adición. Por secretaría del tribunal se correrá traslado a la otra parte por quince (15) días sin necesidad de auto que lo ordene. Vencido aquel, dentro de los cinco (5) días siguientes, el secretario del tribunal enviará los escritos presentados junto con el expediente a la autoridad judicial competente para conocer del recurso”. (Negrilla y subraya fuera del texto original)

“Artículo 42. Trámite del Recurso de Anulación. La autoridad judicial competente rechazará de plano el recurso de anulación cuando su interposición fuere extemporánea, **no se hubiere sustentando** o las causales invocadas no correspondan a ninguna de las señaladas en esta ley. (...)”. (Negrilla y subraya fuera del texto original)

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 27 de noviembre de 2017, exp. 59913A.

2.5. Generalidades y configuración de la causal de anulación contenida en el numeral 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012

62. La causal de anulación referida en el numeral 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 dispone:

“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”.

63. Así pues, la norma se refiere a laudos *extra petita*, en los cuales el Tribunal resolvió sobre asuntos no sujetos a su decisión, *ultra petita*, cuando concedió más de lo pedido y *citra petita*, cuando no resolvió sobre una cuestión sometida al arbitraje.

64. Esta causal está directamente relacionada con el principio de congruencia contenido en el artículo 281 del Código General del Proceso, que dispone que *“la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley”.*

65. En línea con lo anterior y según la jurisprudencia de esta Corporación, para efectos de determinar si un laudo incurre en la causal en comento, es menester realizar una comparación entre la decisión, los hechos y las pretensiones de la demanda, y las excepciones propuestas por la parte convocada⁴¹.

66. Tal como se expuso previamente, el Consorcio alegó que el Laudo recurrido era tanto *extra petita*, como *citra petita*. *Extra petita* por haber decidido con base en la celebración de la Modificación, la cual tuvo lugar en un tiempo

⁴¹ *“De acuerdo con lo antes expuesto, constituye tarea del juez del recurso de anulación, en relación con la alegada causal, efectuar la comparación de lo decidido en el laudo arbitral, a la luz de los hechos y las pretensiones de la demanda, así como de las excepciones que hubieren sido alegadas o que hubieren sido probadas, de conformidad con la ley”* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 10 de noviembre de 2017, exp. 58875A.

posterior al periodo señalado en sus pretensiones, y *citra petita* por no haberse pronunciado sobre el incumplimiento contractual de la EAAB. Los dos supuestos yerros del Laudo se resuelven por la misma vía, que corresponde a la determinación de la facultad del Tribunal de estudiar la Modificación al Contrato. Este hecho, a juicio del Consorcio, detonó la materialización de un laudo *extra petita* y, a su vez, *citra petita*, pues al haber entendido que la celebración de la Modificación finiquitó cualquier controversia surgida entre las partes hasta dicha fecha, el Tribunal consideró subsanado el incumplimiento del Contrato en cabeza de la EAAB.

67. La referencia y el análisis por parte del Tribunal de las circunstancias que rodearon la suscripción de la Modificación no obedeció a un capricho o a una decisión oficiosa del Tribunal. Todo lo contrario, pues tanto la parte convocada, mediante la excepción primera propuesta en su contestación de la demanda, como el Ministerio Público, en su intervención, habían puesto de presente al Tribunal la celebración de la Modificación en comento. En ambos memoriales se había sostenido que el silencio del Consorcio o su omisión de manifestar salvedad o inconformidad alguna en la Modificación había derivado en la imposibilidad del Contratista de presentar reclamaciones sobre el incumplimiento de la entidad luego de la suscripción de dicho pacto. Ello, en virtud de que en la Modificación quedó consignado que la misma "no genera(ba) sobrecostos para las partes contratantes". Así, cualquier reclamación económica posterior a su celebración contrariaría la lealtad negocial.

68. De conformidad con lo anterior, el análisis de la precitada Modificación no era facultativo para el Tribunal, sino una obligación, en virtud de que, tanto la EAAB, como el Ministerio Público habían exigido que se estudiara este punto con el fin de analizar la ausencia de prosperidad de las pretensiones de la convocante.

69. En el recurso de anulación, el Consorcio indicó que la parte convocada había propuesto la mencionada excepción, referida al silencio de la convocante en la Modificación, con el ánimo de trasladar "la controversia a un

tiempo para el que no fue convocada y sobre una actuación contractual que NO FUE MOTIVADA Y NADA TIENE QUE VER con las pretensiones de la demanda". Adicionalmente, la recurrente reprochó al Tribunal por haber declarado probada tal excepción.

70. Respecto de esta afirmación, debe aclararse que no es competencia de la Sala analizar la motivación de la excepción, ni poner en tela de juicio la decisión del Tribunal de haberla declarado probada, en vista de que dicho análisis se referiría a aspectos sustanciales o de fondo del laudo.

71. No obstante lo anterior, dentro de los límites del análisis de la configuración de la causal invocada por la convocante, se aclara que la celebración de la Modificación, contrario a lo afirmado por el Consorcio, sí tenía que ver con las pretensiones de su demanda. De hecho, las pretensiones de la convocante se basaron, entre otros, en alegar el incumplimiento y el rompimiento del equilibrio financiero del Contrato de Obra celebrado entre esta y la EAAB. Si las cantidades de obra estipuladas en dicho Contrato habían sido modificadas mediante la celebración de un Otrosí, el Tribunal estaba no sólo facultado, sino obligado a estudiar el contenido de tal Modificación y de sus efectos. Además, las ya estudiadas estipulaciones incluidas en la Modificación resultaron indispensables para la determinación de la ausencia de responsabilidad contractual de la EAAB: piedra angular de las pretensiones del Consorcio.

72. Por último, se destaca que el documento titulado "*Solicitud de Modificación al Contrato*"⁴², suscrito tanto por el Interventor, como por el Contratista, y traído a colación por parte del Ministerio Público en su concepto dirigido al Tribunal Arbitral, señaló expresamente que "*sin esta modificación del contrato e(ra) imposible ejecutar el mismo*". Ello evidencia, contrario a lo afirmado por el Consorcio, que la Modificación sí afectó directamente el objeto contractual, lo cual constituye otro argumento que sustenta la obligación del Tribunal de tenerla en cuenta para su decisión.

⁴² Folios 583-596. Cuaderno de Pruebas No. 2.

73. Descendiendo ahora las características de la causal invocada por al recurrente al caso concreto, nos compete realizar una comparación entre la parte resolutive del Laudo Arbitral, las pretensiones de la demanda y las excepciones propuestas por la convocada.

74. De la simple lectura de la parte resolutive del Lauro Arbitral, se evidencia que éste sí se pronunció sobre todas y cada una de las pretensiones invocadas. Puntualmente, respecto de este punto, la recurrente afirmó que el Tribunal había *“olvid(ado) indicar su decisión frente al incumplimiento del contrato, en el periodo atinente al inicio tardío, cuestión esta que se puso en su consideración y decisión en la pretensión primera de la demanda”*. Lo que omitió el Consorcio es que el Tribunal había negado la referida pretensión por considerar que la reclamación de la convocante había sido extemporánea, en la medida en la que había suscrito la Modificación del Contrato sin salvedad alguna e, indicando, expresamente, que ésta no generaba sobrecostos para las partes.

75. Se tiene entonces que el precitado argumento del recurso no puede prosperar. Decidir lo contrario implicaría desbordar los límites del recurso de anulación previstos en el ordenamiento jurídico, ya que conllevaría a estudiar los criterios y valoraciones de fondo realizadas por el Tribunal. Se reitera la naturaleza restrictiva del recurso de anulación y la imposibilidad de reabrir, mediante su presentación, el debate sustancial sobre el caso y la prosperidad de las pretensiones de la demanda arbitral.

76. Ahora, en lo que respecta a las excepciones, el juez arbitral declaró probada la excepción que establecía que el silencio del Consorcio en la suscrita Modificación tenía por efecto el finiquito de las diferencias entre las partes. Amparado en el artículo 282 del CGP, el Tribunal se abstuvo de pronunciarse sobre el resto de excepciones propuestas en vista de que la excepción probada condujo al rechazo de todas las pretensiones de la demanda arbitral.

77. Respecto al tema, alegó la convocante que, en contravía al principio de congruencia, el Laudo no se había limitado a estudiar sus pretensiones. Lo que olvidó el Consorcio es que, de conformidad con este mismo principio y de acuerdo con la jurisprudencia que él mismo citó en su recurso⁴³, el Tribunal también estaba obligado a estudiar y pronunciarse sobre las excepciones propuestas por la parte convocada, tal como lo hizo.

78. No tiene asidero jurídico la aspiración del Consorcio consistente en afirmar que el Tribunal estaba facultado exclusivamente para fallar de conformidad con las pretensiones incluidas en su demanda arbitral y debía guardar silencio y abstenerse de estudiar los hechos y excepciones contemplados en la contestación de la demanda de la EAAB. Acoger dicha idea atentaría abiertamente contra la esencia del debido proceso y el litigio, que no es más que el enfrentamiento entre dos posturas jurídicas, las cuales deben ser atendidas y estudiadas, en igual medida, por el juez competente.

79. Adicionalmente, la recurrente afirmó que, de conformidad con sus pretensiones, la controversia puesta en conocimiento del Tribunal Arbitral versaba sobre un periodo de tiempo determinado y limitado, comprendido entre el 3 de noviembre de 2011, fecha de emisión de las garantías, y el 18 de marzo de 2013, fecha en la que la EAAB suscribió el Acta de Inicio del Contrato. Se insiste en que el estudio de la Modificación, la cual tuvo lugar luego de la época indicada por el Consorcio en sus pretensiones, era obligatorio para el Tribunal, por los motivos ya expuestos. Adicionalmente, se llama la atención en la contravención de la buena fe por parte de la convocante, al pretender limitar la controversia temporalmente cuando la solución a la misma, claramente desfavorable para esta, se encontraba en un hecho ocurrido en un tiempo posterior a aquel indicado en la pretensión.

⁴³ “De acuerdo con lo antes expuesto, constituye tarea del juez del recurso de anulación, en relación con la alegada causal, efectuar la comparación de lo decidido en el laudo arbitral, a la luz de los hechos y las pretensiones de la demanda, así como de las **excepciones** que hubieren sido alegadas o que hubieren sido probadas, de conformidad con la ley”. (Negrilla y subraya fuera del texto original) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 10 de noviembre de 2017, exp. 58875A.

80. En virtud de los argumentos expuestos, se colige que el Laudo recurrido no es *extra petita*, pues se reitera que el Tribunal estaba en la obligación de analizar las circunstancias que rodearon la celebración de la Modificación, así como el contenido de la misma y sus efectos. Se niega, igualmente, el carácter *citra petita* de la decisión, pues al declarar subsanadas las controversias entre las partes mediante la suscripción de la Modificación, el Tribunal se pronunció sobre el incumplimiento del Contrato por parte de la EAAB, tal como se lo exigió la convocante.

81. En conclusión, se comprueba la simetría y congruencia del Laudo entre lo decidido y lo solicitado por las partes, a través de sus pretensiones y excepciones. Así, no halla la Sala que el Tribunal haya excedido el marco de referencia fijado por los extremos procesales, vulnerando el principio de congruencia. En virtud de lo anterior, la Sala considera que resulta infundada la causal de anulación interpuesta.

2.6. Sobre la condena en costas y las agencias en derecho

82. Toda vez que el recurso de anulación se declarará infundado, resulta aplicable el artículo 43 de la Ley 1563 de 2012, según el cual si este recurso no prospera, se condenará en costas al recurrente, salvo que el recurso haya sido presentado por el Ministerio Público.

83. De conformidad con la norma precitada y el artículo 366 del Código General del Proceso, por Secretaría se deberá hacer la liquidación de las costas, que incluirá las agencias en derecho por un valor equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la ejecutoria de esa decisión. Ello, ya que, por una parte, está acreditada la intervención del apoderado de la convocada, quien se opuso a la prosperidad del recurso extraordinario y, por otra, no se presentó un hecho extraordinario en el trámite propio del recurso, que hubiese dificultado el proceso con actuaciones adicionales, ni se observan otros gastos.

84. La Sala estima las agencias en derecho en la referida cuantía, con base en el Acuerdo 1887 de 2003 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura; éste, a pesar de haber sido derogado por el Acuerdo 10554 de 2016, resulta aplicable al caso concreto en la medida en que el Acuerdo 10554, de acuerdo con su artículo 7, rige respecto de los procesos iniciados a partir del 5 de agosto de 2016 y la demanda arbitral se interpuso el 4 de agosto de ese año. Al respecto, conviene aclarar que el recurso de anulación no se considera un nuevo proceso respecto del proceso arbitral⁴⁴.

85. La liquidación se llevó a cabo de conformidad con el numeral 1.12.2.3 del artículo 6 del Acuerdo 1887 de 2003, que fijó las agencias en derecho por los recursos de anulación de laudos arbitrales presentados ante la jurisdicción ordinaria en hasta veinte (20) salarios mínimos mensuales legales vigentes. Se hace uso de esta norma en virtud del artículo 5 del mismo Acuerdo, que permite aplicar por analogía dicha tarifa a asuntos similares y no contemplados en el Acuerdo, como es el caso de los recursos de anulación de laudos arbitrales promovidos ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa⁴⁵.

3. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR infundado el recurso extraordinario de anulación interpuesto en contra del Laudo Arbitral de 24 de abril de 2018, proferido por el

⁴⁴ El recurso de anulación "*participa de la naturaleza de recurso judicial, [y] es claro que su interposición y ejercicio sólo puede darse dentro del proceso arbitral en donde se ha producido el laudo que mediante él será cuestionado y sin que el hecho de que otro juez conozca y decida la anulación mute su naturaleza de recurso en acción*". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 6 de junio de 2013, exp. 45922.

⁴⁵ Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 10 de abril de 2019, exp. 62596.

Tribunal Arbitral convocado para dirimir las controversias surgidas entre el Consorcio Barrios Unidos Fase 1 y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E. S. P., en el marco del Contrato de Obra No. 1-01-31300-055 de 2011.

SEGUNDO: CONDENAR en costas al Consorcio Barrios Unidos Fase 1. Por Secretaría de la Sección, liquídense las costas e inclúyase, por concepto de agencias en derecho, la suma equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la ejecutoria de esta sentencia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal Arbitral por conducto de la Secretaría.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Ausente con excusa

RAMIRO PAZOS GUERRERO

ALBERTO MONTAÑA PLATA