

LAUDO ARBITRAL - Alcance / TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO - Competencia / COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO – Para conocer del recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

Teniendo en cuenta que la demanda arbitral que dio origen al proceso se presentó el 2 de octubre de 2012 –en vigencia del CPACA-, y también de conformidad con el artículo 149.7 del CPACA, el Consejo de Estado conoce, en única instancia, de los recursos de anulación originados en contratos estatales, sin importar la cuantía de las pretensiones. Ahora, el contrato que originó la controversia es estatal –según el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 –, porque lo celebró una entidad sometida a dicho estatuto: el INVIAS. Bajo este entendimiento, considerando que los contratos tienen esta naturaleza, la competencia para conocer el recurso corresponde a la Sección Tercera del Consejo de Estado

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 149.7 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 32

CAUSALES DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Decreto 1818 de 1998 / ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Causal octava / CAUSAL OCTAVA DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido

El caso sub examine se rige por el Decreto 1818 de 1998, porque el proceso arbitral inició el 2 de octubre de 2012, es decir, antes de que empezara a regir la Ley 1563 de 2012, que se profirió el 12 de julio de 2012, pero dispuso que empezaría a regir tres meses después de su promulgación, es decir, a partir del 12 de octubre de 2012. (...) la causal aludida se configura siempre que se esté ante una de las siguientes circunstancias: i) que el laudo recaiga sobre materias no susceptibles de ser sometidas a arbitramento, contrariando con ello la Constitución y la ley, ii) que se aborden asuntos que las partes no dejaron sujetos a la decisión de los árbitros, desconociendo que la competencia está limitada y restringida a la materia que señalen las partes, y iii) que se exceda la relación jurídico procesal delimitada por la demanda y su contestación, violando el principio de congruencia. (...) b. La causal legal de nulidad en estudio contempla dos tipos de supuestos: *) Por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a decisión y *) Por haberse concedido más de lo pedido (...) Por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a decisión, puede presentarse o cuando las materias del pacto de compromiso contienen controversias que no son transigibles por orden constitucional y legal; es decir cuando el laudo, en su materia de decisión, define contenciones por fuera de la competencia potencial máxima que pueden conocer los árbitros, cuando la materia transigible sobre la cual se pronunciaron los árbitros no fue objeto del pacto de compromiso por las partes, es decir éstas no se la atribuyeron a los árbitros (fallo incongruente por decisión extrapetita).(...) Por haberse concedido más de lo pedido, este hecho de incongruencia del laudo se presenta cuando decidió sobre cuestiones que aunque son transigibles van más allá de las peticiones de la demanda (fallo ultra petita)

FUENTE FORMAL: DECRETO 1818 DE 1998 / LEY 1563 DE 2012

PACTO ARBITRAL - Principio de autonomía de la voluntad de las partes / CLAUSULA ARBITRAL - Otorga competencia a la justicia arbitral / PACTO ARBITRAL - Limita la competencia del árbitro a los asuntos acordados por las partes

[C]onstituye un presupuesto material de funcionamiento de la justicia arbitral el hecho de que las partes de un contrato acuerden someter sus diferencias a un tribunal de arbitramento (...) las partes de un contrato pueden, con libertad relativa, porque el legislador se los autoriza, conservar el juez natural o adoptar la justicia arbitral para solucionar sus controversias, pudiendo escoger entre una u otra opción, con amplia libertad de decisión. En caso de que se acoja la opción arbitral, es necesario que el contrato defina cuáles controversias se someterán a este mecanismo judicial extraordinario, pudiendo las partes escoger entre llevar a esa instancia todas las controversias que surjan del contrato, o sólo algunas de ellas, en cuyo caso subsistirían las dos jurisdicciones, una para unas materias y otra para las demás. Esta segunda alternativa refleja, con más claridad, la amplia posibilidad de acción que tiene la autonomía de la voluntad en relación con la justicia arbitral, considerada al momento del pacto. Vale la pena aclarar, no obstante, y a título de regla general, que en caso de que la cláusula arbitral no señale, concretamente, cuáles conflictos quedan a su cargo, se entiende que todos los transigibles que surjan de la relación contractual están incluidos, siendo necesario, en caso de que las partes sólo quieran someter algunos, especificar claramente cuáles escapan a la jurisdicción arbitral. Sin embargo, se deduce de las anteriores ideas, que no es posible que el tribunal conozca de conflictos que no estén autorizados por las partes, o lo que es igual, tampoco es factible que una de ellas proponga controversias que no encajen en lo dispuesto en la cláusula, ya que sin pacto expreso no opera esta justicia excepcional –esto al menos en vigencia del Decreto 1818 de 1998, que es el régimen aplicable a esta controversia- (...) en materia contractual los árbitros deben respetar el marco de acción fijado por las partes, máxime teniendo en cuenta que el arbitramento es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, por medio del cual se sustrae del conocimiento de la jurisdicción natural las controversias jurídicas susceptibles de transacción. Sin embargo, ni siquiera la autonomía de la voluntad puede autorizar el funcionamiento de esta forma alternativa de solución de controversias frente a ciertos o determinados conflictos, concretamente los prohibidos por la ley, como los relacionados con la materia tributaria o con el estado civil de las personas, y en general con materias que no sean transigibles -cuya identificación supone, en algunos casos, debates de gran envergadura para concretar cuáles son-. De lo anterior, se advierten tres limitaciones en la competencia de los árbitros que activan la causal de anulación estudiada, esto es: i) que el laudo recaiga sobre materias no susceptibles de ser sometidas a arbitramento, contrariando con ello la Constitución y la ley, ii) que se aborden asuntos que las partes no dejaron sujetos a la decisión de los árbitros, en vista de que el compromiso o cláusula compromisoria limitó su competencia a ciertos aspectos de la relación contractual; y iii) que se exceda la relación jurídico procesal delimitada por la demanda y su contestación, violando el principio de congruencia. Frente al último aspecto, la causal se configura cuando se contraría el principio de congruencia, que se encuentra consagrado en el artículo 305 del CPC. y hoy en el artículo 218 del CGP, mediante los cuales se garantiza la coherencia que debe existir entre i) los hechos y las pretensiones de la demanda, al igual que las excepciones alegadas y ii) lo resuelto en la sentencia, de modo que ésta debe enmarcarse dentro de aquellos, es decir, no puede sobrepasarlos, ya que hacerlo implicaría proferir un fallo exta o ultapetita.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 305 / CODIGO GENERAL DE PROCESO - ARTICULO 218 / DECRETO 1818 DE 1998

DESEQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO - Procedencia / ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Improcedencia

En la pretensión primera se solicitó declarar que durante la ejecución del contrato se presentó un desequilibrio económico, y subsidiariamente que se declarara que por cualquier otra causa jurídica se generó el derecho del contratista de percibir un restablecimiento económico o indemnización, por cuenta de la responsabilidad de la administración. En este sentido, la responsabilidad que obliga a restablecer económicamente el contrato o a indemnizar incluye la posibilidad de declarar el incumplimiento del contrato, ya que, generalmente, cuando una parte de un contrato adquiere el derecho a ser indemnizado es en razón a un incumplimiento del acuerdo de voluntades de la contraparte. (...) una interpretación armónica de las pretensiones, incluso a partir de su literalidad, explica que sí se pretendió la declaración del incumplimiento del contrato, de modo que el tribunal se pronunció sobre el tema que le correspondía. Y aunque lo anterior es suficiente para rechazar la solicitud de anulación, se expondrá una razón más que confirma este análisis. Está claro que entre las pretensiones se solicitó declarar que se rompió el equilibrio económico del contrato, concretamente por las actividades del suministro de material de cantera para terraplén y transporte de material granular de cantera para terraplén, y por la imprimación. (...) el desequilibrio económico del contrato se presenta por varias razones, como lo señala la Ley 80 de 1993, artículo 5, de manera que cuando se pide, como en el caso concreto, que se declare el rompimiento del equilibrio económico del contrato, por causas específicas, como el suministro de material de cantera para terraplén y transporte de material granular de cantera para terraplén, donde se reconocen menores cantidades a las acordadas o no se pagan actividades realizadas, como la imprimación, tal solicitud incluye o supone lógicamente la declaración de incumplimiento del contrato, por tratarse de una de las razones, hechos o circunstancias generadoras del rompimiento de la ecuación económica del contrato. Por lo expresado, el tribunal de arbitramento no desconoció el principio de congruencia; y por tanto no se configuró la causal de anulación invocada del laudo arbitral, así que se desestimaré la pretensión anulatoria.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 5

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ(E)

Bogotá, D.C., primero (1) de julio de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-26-000-2015-00029-00(53181)

Actor: C.I. GRODCO S. EN C.A. INGENIEROS CIVILES

Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VIAS –INVIAS-

Referencia: RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL

Decide la Sala el recurso de anulación interpuesto por la parte convocada contra el laudo proferido el 4 de diciembre de 2014, por el Tribunal de Arbitramento constituido para resolver las diferencias surgidas entre: C.I. Grodco S. en C.A. Ingenieros Civiles –en adelante Grodco, la convocante o el contratista- y el Instituto Nacional de Vías –en adelante INVIAS, la convocada, la entidad o la contratante- (fls. 158 a 299, cdno. ppal.) que concedió parcialmente las pretensiones, en los siguientes términos:

“RESUELVE

“PRIMERO: Denegar las objeciones por error grave formuladas por la parte Convocada a los dictámenes rendidos por los peritos Íntegra Auditores Consultores S.A. y Alfredo Malagón Bolaño, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

“SEGUNDO: Declarar infundada la tache del testigo Orlando Ortiz Gómez, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

“TERCERO: Denegar en su totalidad las excepciones de mérito propuestas por el Instituto Nacional de Vías, en los términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

“CUARTO: Declarar que durante la ejecución del contrato 1239 de 2005 se presentó una afectación al contrato por el incumplimiento del Instituto Nacional de Vías, que generó a favor de C.I. Grodco S. en C.A. Ingenieros Civiles el derecho a indemnización por cuenta de la responsabilidad administrativa del Instituto Nacional de Vías, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo. En consecuencia, prospera la primera pretensión de la demanda.

“QUINTO: Declarar que el Instituto Nacional de Vías incumplió el contrato 1239 de 2005 por no reconocer la totalidad de los valores ejecutados por C.I. Grodco S. en C.A. Ingenieros Civiles en cuanto a los ítems unitarios Suministro de material de cantera para terraplén y Transporte de material de cantera para terraplén, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo. En consecuencia, prospera la quinta pretensión de la demanda.

“SEXTO: Declarar que el Instituto Nacional de Vías incumplió el contrato 1239 de 2005 por no reconocer la totalidad de los valores ejecutados por C.I. Grodco S. en C.A. Ingenieros Civiles en cuanto al ítem unitario Imprimación, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo. En consecuencia, prospera la séptima pretensión de la demanda.

“SÉPTIMO: Declarar que el desequilibrio económico del contrato 1239 de 2005 no ha sido cubierto ni solucionado por el Instituto Nacional de Vías, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo. En consecuencia, prospera la octava pretensión de la demanda.

“OCTAVO: Condenar al Instituto Nacional de Vías a pagar a favor de C.I. Grodco S. en C.A. Ingenieros Civiles la suma de SEIS MIL QUINIENTOS SETENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS VEINTINUEVE PESOS (\$6.573'853.929), en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo. En consecuencia, prosperan parcialmente las pretensiones novena, décima, décima primera, décima segunda, décima tercera y décima cuarta de la demanda. (...)” -fls. 297 a 299, cdno. ppal.-.

ANTECEDENTES

1. El laudo impugnado

a) La demanda: El laudo indicó que la convocante presentó demanda contra el INVIAS, con el fin de que se accediera –entre otras- a las siguientes pretensiones –fls 166 y s.s., cdno. ppal.-:

“PRIMERA: Que se declare que durante la ejecución del contrato de obra No. 1239 de 2005, suscrito entre el Instituto Nacional de Vías y la Sociedad C.I. Grodco S. en C.A. Ingenieros Civiles para el Diseño, Reconstrucción, Pavimentación y/o Repavimentación de la Vías Grupo 87, en el Tramo 1 El Viajano – San Man Marcos – Majagual – Achí del PR40+0050 al PR86+0750, con una longitud de 46.70 Kilómetros en el Departamento de Sucre, y sus adicionales, otros sí, modificaciones, suspensiones, se presentó un desequilibrio económico o una afectación del contrato o por cualquier causa jurídica distinta que resulte probada dentro del proceso, generó a favor del contratista un derecho al restablecimiento económico y/o indemnización o pago por cuenta de la responsabilidad administrativa del INVIAS.

“SEGUNDA: Que se declare que durante la ejecución del mismo y sus adicionales, otros sí, modificaciones, suspensiones, se presentó un desequilibrio económico, afectación del contrato o por cualquier otra causa que resulte probada, por concepto de los valores descontados por estampillas departamentales.

“TERCERA: Que se declare que durante la ejecución del mismo y sus adicionales, otros sí, modificaciones, suspensiones, se presentó un desequilibrio económico, afectación del contrato o por cualquier otra causa que resulte probada, por concepto de mayores valores descontados por estampillas departamentales.

“CUARTO: Que se declare que durante la ejecución del mismo y sus adicionales, otros sí, modificaciones, suspensiones, se presentó un desequilibrio económico, afectación del contrato o por cualquier otra causa que resulte probada, por concepto de mayores valores descontados por Impuesto de Timbre.

“QUINTO: Que se declare que durante la ejecución del mismo y sus adicionales, otros sí, modificaciones, suspensiones, se presentó un desequilibrio económico, afectación del contrato o por cualquier otra causa que resulte probada, por concepto de menores volúmenes reconocidos en las actas de obra para los ítems suministro de material de cantera para terraplén y transporte de material granular de cantera para terraplén.

“SEXTO: Que se declare que durante la ejecución del mismo y sus adicionales, otros sí, modificaciones, suspensiones, se presentó un desequilibrio económico, afectación del contrato o por cualquier otra causa que resulte probada, por mejoramiento de la sub-rasante sin adición de material.

“SÉPTIMO: Que se declare que durante la ejecución del mismo y sus adicionales, otros sí, modificaciones, suspensiones, se presentó un desequilibrio económico, afectación del contrato o por cualquier otra causa que resulte probada, por imprimación.

“OCTAVO: Que se declare que el desequilibrio económico del contrato No. 1239 de 2005 y sus adicionales, otros sí, modificaciones, suspensiones, no han sido cubiertos ni solucionados por el Instituto Nacional de Vías.

“NOVENO: Que en virtud de las pretensiones anteriormente elevadas, se condene al Instituto Nacional de Vías a pagar a la Sociedad C.I. Grodco S. en C.A. Ingenieros Civiles a título de restablecimiento del equilibrio del contrato o por cualquier otra causa que resulte probada en el expediente a la suma (sic) las siguientes sumas:

“1. La suma de ciento treinta y cinco millones doscientos treinta y cuatro mil quinientos cincuenta y tres pesos moneda corriente (\$135'234.553,47) por concepto de mayores valores descontados por estampillas departamentales.

“2. La suma de cuarenta y ocho millones doscientos ochenta y siete mil cuatrocientos cuarenta y siete pesos moneda corriente (48'287.447,76) por mayor valor descontado por concepto de estampilla departamentales.

“3. La suma de veintiocho millones setecientos veintitrés mil seiscientos cuarenta y un mil (sic) pesos moneda corriente (\$28'723.651) por el mayor valor descontado de impuesto de timbre.

“4. LA suma de tres mil novecientos sesenta y cuatro millones quinientos cincuenta mil trescientos cincuenta y cuatro pesos moneda corriente (\$3.964'550.354) por concepto de menores volúmenes reconocidos en las actas de obra para los ítems de

suministro de material de cantera para terraplén y transporte de material granular de cantera para terraplén.

“5. La suma de ochocientos sesenta y cinco millones setecientos treinta y un mil ciento treinta y un pesos moneda corriente (\$865'731.131) por concepto de mejoramiento de sub-rasante sin adición de material.

“6. La suma de ciento sesenta y tres millones doscientos ochenta y cuatro mil quinientos noventa y dos pesos moneda corriente (“163'284.592) por imprimación.

“**DÉCIMO:** Que se condene al Instituto Nacional de Vías –INVIAS-, al pago de las utilidades dejadas de percibir y las indemnizaciones que hay lugar a la Sociedad C.I. Grodco S. en C.A. Ingenieros Civiles, debido a los incumplimientos por parte de la entidad, de acuerdo con lo que resulte probado en el proceso”
(...)

“**DÉCIMA NOVENA:** Que con base en todas las declaraciones anteriores y de condena, se deje sin efecto las resoluciones No. 3948 de 2 de Septiembre de 2010 proferida por el Instituto Nacional de Vías por medio de la cual liquidó unilateralmente el contrato 1239 de 2005, así como la Resolución No. 05167 del 3 de octubre de 2011, en la que se resolvió: ‘Confirmar en todas sus partes la Resolución 03948 del 2 de septiembre de 2010’ por cuanto no tuvo en cuenta el balance real de la ejecución del contrato No. 1239 de 2005 y en su lugar, la decisión arbitral se constituya en la liquidación del mismo”.

La convocante señaló que en la ejecución del contrato de obra No. 1239 de 2005, celebrado con el INVIAS para el diseño, reconstrucción, pavimentación y/o repavimentación de la vía grupo 87, en el tramo 1 el Viajano – San Marcos - Majagual – Achí del PR40+0050 al PR86+0750, con una longitud de 46.70 Kilómetros en el Departamento de Sucre, se presentó un desequilibrio económico, con ocasión de: i) los valores descontados por estampillas departamentales; ii) mayores valores descontados por estampillas departamentales; iii) mayores valores descontados por impuesto de timbre; iv) menores volúmenes reconocidos en las actas de obra para los *ítems* de suministro de material de cantera para terraplén y transporte de material granular de cantera para terraplén; v) por mejoramiento de sub-rasante sin existir adición de material; y vi) por la actividad de *imprimación*.

En relación con los aspectos iv y v, concedidos por el tribunal de arbitramento, la convocante expuso, como fundamento de sus pretensiones lo siguiente:

a) *Menores volúmenes reconocidos en las actas de obra para los ítems de suministro de material de cantera para terraplén y transporte de material granular de cantera para terraplén.* Por estos conceptos solicitó el pago de \$3'964.550.354, como indemnización. La solicitud la sustentó en que: i) no se cancelaron la totalidad de las obras ejecutadas, de acuerdo a las especificaciones especiales del proyecto; ii) debido a situaciones imprevistas fue necesario pactar nuevos precios, no incluidos inicialmente en la licitación; iii) no se respetó la forma como debía medirse la cantidad de obra ejecutada para estos dos *ítems*, ya que debieron observarse las especificaciones especiales; iv) de acuerdo con lo anterior, se pactó que el suministro del material sería medido en su posición final (terraplén), pero se establecería el volumen del material excavado en su posición original (banco) mediante el respectivo factor de densidades; no obstante lo cual, el INVIAS pagó el volumen compactado, cuando debió reconocerse el volumen de ese material en banco (cantera), el cual es 1,3106 veces mayor; v) en relación con el *ítem* transporte de material, al pagarse una cantidad medida en terraplén *compacto*, el INVIAS reconoció un menor valor a lo acordado con Grodco.

b) *Falta de reconocimiento del ítem imprimación.* Por este concepto solicitó el pago de \$163'284.592, como indemnización. Esta pretensión la sustentó en que: i) Esta solicitud la realizó en varias ocasiones a la entidad, pero no la reconoció; ii) este *ítem* fue considerado por el INVIAS en los pliegos y cotizado por Grodco.; no obstante, la interventoría consideró que ese *ítem* estaba incluido en el precio unitario de la base estabilizada, lo que es erróneo, como lo demuestra el dictamen pericial.

b) Contestación de la demanda: El INVIAS contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones y formulando las siguientes excepciones: i) inexistencia de la obligación, ii) cobro de lo no debido; iii) contrato liquidado unilateralmente a través de un acto administrativo ejecutoriado, que goza de presunción de legalidad; y iv) indebida acumulación de pretensiones. En relación con el *suministro de material de cantera para terraplén y transporte de material granular de cantera para terraplén*, señaló que las actas de pago fueron remitidas por el contratista para revisión de la interventoría, que contenía las medidas y valores diligenciadas por aquél, de modo que estuvo de acuerdo con los parámetros de medida adoptados, lo cuales se pagaron en su totalidad; además, el contratista presentó su oferta en un 30% por debajo del presupuesto oficial, de modo que el presunto desequilibrio es imputable a su mal análisis de los precios unitarios, lo que se presenta

igualmente con el *ítem* transporte, que se ofreció debajo del 90% del valor del presupuesto oficial. Indicó que la interventoría consideró la solicitud del contratista señalando que se le reconocería doblemente la relación estimada de densidades y el factor de expansión generando un detrimento patrimonial.

En relación con la *imprimación*, señaló que se rige por la Especificación Técnica INVIAS 420 y que las actas de cobro son parciales, por lo que pueden ser objeto de correcciones mediante el posterior descuento de los valores a que haya lugar, en este sentido, durante las primeras actas se pagó el *ítem imprimación*, pero después se revisó y verificó que ya estaba incluida en el análisis de otros *ítems* (Mezcal Densa Caliente y Base Estabilizada en Cemento).

c) El laudo: El Tribunal condenó al INVIAS por los *ítems*: i) *suministro de material de cantera para terraplén y transporte de material granular de cantera para terraplén* y ii) por la *imprimación*, desestimando los demás supuestos de desequilibrio económico.

En relación con el suministro del material aludido y el transporte, el tribunal concluyó que el INVIAS incumplió el contrato porque las cantidades de obra no debían ser mediadas respecto del material compactado sino que debió aplicarse un factor de expansión.

En este sentido, los valores pagados por INVIAS fueron inferiores a lo acordado en el “acta de fijación de *ítems* no previstos”, del 16 de enero de 2008, documento a partir del cual el tribunal concluyó que lo acordado era el pago de las cantidades mediadas en el “material suelto”, no “compactado” o mediante la aplicación del *factor de expansión*. Al no aplicar dicho factor se inaplicaron las reglas previstas en las especificaciones 220P y 900.2P. A partir de ello, “insiste el Tribunal en que esa inaplicación de las reglas contractuales para la liquidación y pago del Suministro y transporte del material de cantera para terraplén constituyen, en estricto sentido, un incumplimiento contractual” –fl. 234, cdno. ppal.-. En consecuencia, se incumplió la cláusula séptima del contrato, que dispuso que el componente de ejecución de obra sería pagado de acuerdo con la liquidación que resultara de multiplicar las cantidades de obra por los precios ofertados.

En relación con la *imprimación*, el Tribunal de Arbitramento concluyó que Grodco tenía derecho a que esa actividad se pagara independientemente, con fundamento en lo siguiente: i) en el peritaje, porque esta actividad resultaba procedente así se hubieran pagado las actividades de Base Estabilizada con Cemento y de mezcla densa en caliente tipo MDC-2, pues no existe un doble pago, ni el pago por una actividad que resultaba improcedente ejecutar, ya que “hacer un segundo riego de ligamen resultaba procedente como mecanismo técnico idóneo para la ejecución del contrato”, lo que también se apoya en las Especificaciones Generales de Construcción de Carreteras del INVIAS. Tan necesaria era esta actividad que el INVIAS la incluyó en el formulario No. 4 del pliego, asignándole cantidades de obra estimadas, lo que respalda la idea de que era diferente de otras.

Con base en lo anterior, el laudo concluyó que la omisión de pago “constituye un auténtico incumplimiento contractual, concretamente en la modalidad de inejecución de obligaciones contractuales a su cargo o por omisión de la prestación”. “En efecto, en la cláusula séptima del contrato se pactó que el componente de ejecución de obra del mismo sería pagado de acuerdo con la liquidación que resultara de multiplicar las cantidades de obra por los precios ofertados”.

Con fundamento en lo anterior el Tribunal declaró el incumplimiento del contrato, por parte del INVIAS, y ordenó pagar las sumas adeudadas, más los intereses.

2. Recurso de anulación

Lo presentó el INVIAS. Controvirtió el laudo invocando la causal contemplada en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998¹.

2.1. Posición del recurrente: Indicó que el Tribunal lo condenó al pago por un incumplimiento contractual que no fue pedido; y que lo más cercano a esta pretensión fue la solicitud de *desequilibrio económico*, por cualquier causa que se probara. De esta manera, el Tribunal invadió la esfera de potestades de las

¹ “Art. 163. Son causales de anulación del laudo las siguientes: (...)”

“8. Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido y”

partes, dictando una decisión sorpresiva, vulneradora del derecho de defensa, frente a la que no pudo resistirse durante el proceso.

Además, el artículo 305 del CPC. establece que la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda. La causal que consagra el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 es idéntica a la segunda para el recurso extraordinario de casación, y buscan garantizar la simetría que debe existir entre lo decidido y lo solicitado por las partes, para salvaguardar el principio de congruencia, lo que constituye un límite de competencia para la decisión del juez. En este caso el tribunal se pronunció sobre un aspecto diferente al reclamado por la convocante.

2.2. Posición de Grodco: Aseguró que en sus pretensiones incluyó la declaración de incumplimiento del contrato por parte del INVIAS. Subrayó los apartes donde reclamó el derecho al pago con sustento en que “se presentó un desequilibrio económico, afectación al contrato *o por cualquier otra causa que resulte probada*”; incluso en la pretensión décima pidió que condenar al pago de las utilidades dejadas de percibir y de las indemnizaciones a que hubiera lugar “debido a los incumplimientos por parte de la entidad”. Indicó que en la forma en que se redactaron las pretensiones se dejó la posibilidad para que los árbitros condenaran al INVIAS no solo para restablecer el equilibrio económico sino por cualquier causa que resultara probada.

Con fundamento en el artículo 5 de la Ley 80 de 1993, indicó que “... la misma Ley 80 de 1993 establece que el desequilibrio económico del contrato puede generarse como consecuencia del incumplimiento por parte de la entidad, razón por la cual, sí (sic) para el presente caso, en las pretensiones se solicitó se declarará (sic) el desequilibrio, es claro, que bien podría ser declarado con el argumento del incumplimiento de la entidad contratante”. Con respaldo en la doctrina y la jurisprudencia concluyó que el desequilibrio financiero puede declararse con fundamento en varias razones, entre ellas por incumplimiento del contrato.

2.3. Posición del Ministerio Público: Señaló que no existe incongruencia entre lo pedido y la decisión, para lo cual comparó las decisiones del fallo con las pretensiones de Grodco.

Agregó que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado que una de las causas que generan el desequilibrio de la ecuación económica del contrato es el incumplimiento de las obligaciones. A partir de lo anterior concluyó: “En ese orden de ideas el laudo no resulta incongruente, pues además de que las pretensiones y la *causa petendi* habilitaban a los árbitros para abordar el estudio del incumplimiento contractual respecto de algunas súplicas de la demanda, también podía válidamente el Tribunal una vez se acreditó la afectación del contrato por incumplimiento de la entidad, declarar el desequilibrio económico del contrato, con la consecuente condena plena.” –fl. 339, cdno. ppal.-.

CONSIDERACIONES

Advierte la Sala, antes de realizar el estudio que corresponde al caso concreto, que el laudo no se anulará. Para fundamentar esta conclusión analizará los siguientes temas: *i)* la competencia del Consejo de Estado para conocer del recurso; *ii)* la causal de anulación invocada: numeral 8 art. 163 del Decreto 1818 de 1998; *iii)* el caso concreto; y *iv)* la condena en costas.

1. Competencia

Teniendo en cuenta que la demanda arbitral que dio origen al proceso se presentó el 2 de octubre de 2012 –en vigencia del CPACA-, y también de conformidad con el artículo 149.7 del CPACA², el Consejo de Estado conoce, en única instancia, de los recursos de anulación originados en contratos estatales, sin importar la cuantía de las pretensiones.

Ahora, el contrato que originó la controversia es estatal –según el artículo 32 de la Ley 80 de 1993³-, porque lo celebró una entidad sometida a dicho estatuto: el

² “Artículo 149. *Competencia del Consejo de Estado en única instancia.* Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos: (...)”

“7. Del recurso de anulación contra laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos celebrados por una entidad pública, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia. Contra la sentencia que resuelva este recurso sólo procederá el recurso de revisión.”

³

Según dicha norma: “Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: (...)”

INVIAS. Bajo este entendimiento, considerando que los contratos tienen esta naturaleza, la competencia para conocer el recurso corresponde a la Sección Tercera del Consejo de Estado⁴.

2. Análisis de la causal de anulación. Causal No. 8 del art. 163 del Decreto 1818 de 1998: “Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido”.

El caso *sub examine* se rige por el Decreto 1818 de 1998, porque el proceso arbitral inició el 2 de octubre de 2012, es decir, antes de que empezara a regir la Ley 1563 de 2012, que se profirió el 12 de julio de 2012, pero dispuso que empezaría a regir tres meses después de su promulgación, es decir, a partir del 12 de octubre de 2012⁵.

Hecha esta precisión, la causal aludida se configura siempre que se esté ante una de las siguientes circunstancias: i) que el laudo recaiga sobre materias no susceptibles de ser sometidas a arbitramento, contrariando con ello la Constitución y la ley, ii) que se aborden asuntos que las partes no dejaron sujetos a la decisión de los árbitros, desconociendo que la competencia está limitada y restringida a la materia que señalen las partes, y iii) que se exceda la relación jurídico procesal delimitada por la demanda y su contestación, violando el principio de congruencia. Estos criterios han sido analizados en varias providencias de la Sección, en las cuales se ha expuesto que:

“b. La causal legal de nulidad en estudio contempla dos tipos de supuestos: *) Por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a

⁴ Esto, de conformidad con el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 –modificado por el artículo 22 de la Ley 1.150 de 2007–, que establece: “Contra el laudo arbitral procede el recurso de anulación. Este deberá interponerse por escrito presentado ante el Tribunal de Arbitramento dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente.

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

“Son causales de anulación del laudo las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 o las normas que lo modifiquen, deroguen o sustituyan.” (Negrilla fuera del texto)

⁵ “Art. 119. Vigencia. Esta ley regula íntegramente la materia de arbitraje, y empezará a regir tres (3) meses después de su promulgación. Esta ley sólo se aplicará a los procesos arbitrales que se promuevan después de su entrada en vigencia.

“Los procesos arbitrales en curso a la entrada en vigencia de esta ley seguirán rigiéndose hasta su culminación por las normas anteriores”.

decisión y *) Por haberse concedido más de lo pedido, como pasa a explicarse:

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

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

=> Por haberse concedido más de lo pedido, este hecho de incongruencia del laudo se presenta cuando decidió sobre cuestiones que aunque son transigibles van más allá de las peticiones de la demanda (fallo ultra petita).⁶

En el mismo sentido, en sentencia de junio 8 de 2006 -exp. 29.476- se sostuvo:

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

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

- i.) El laudo recayó sobre materias que no eran susceptibles de ser sometidas a arbitramento, por tratarse de asuntos que no eran de carácter transigible de acuerdo con la Constitución Política y la ley.
- ii.) El laudo recayó sobre materias que no fueron contempladas en el pacto arbitral, de conformidad con lo acordado voluntariamente por las partes, en tanto, como se dijo, los límites dentro de los cuales

⁶ Sentencia de 4 de abril de 2002, exp. 20.356. Reiterada en sentencia de 8 de junio de 2006. Exp. 29.476.

pueden actuar válidamente son señalados por ellas en el objeto de la cláusula compromisoria o del compromiso.

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

En los términos indicados, constituye un presupuesto material de funcionamiento de la justicia arbitral el hecho de que las partes de un contrato acuerden someter sus diferencias a un tribunal de arbitramento. Esta idea, simple pero decisiva, entraña varios conceptos que bien vale la pena comentar.

De un lado, expresa que las partes pueden renunciar a la justicia ordinaria, por autorización de la Constitución y la ley, para elegir la arbitral, quien asume la tarea de juzgar y definir los conflictos que se presenten entre ellas.

Esta posibilidad modificatoria del juez natural, en todo caso, no supone que las partes puedan quedarse sin juez, ni que se entorpezca para alguna de ellas el derecho de acceso a la administración de justicia; tan solo autoriza que se varíe la jurisdicción que el Estado tiene disponible, constante y permanentemente, para resolver el común de los litigios que pudieran presentarse en un caso particular.

De otro lado, esta potestad modificadora e innovadora que tienen las partes expresa la inmensa riqueza que la autonomía de la voluntad ofrece en la contratación de las entidades públicas, la cual también rige en este ámbito, y aún de manera más fuerte tratándose de entidades que se gobiernan por el derecho privado.

En este sentido, queda claro que las partes de un contrato pueden, con libertad relativa, porque el legislador se los autoriza, conservar el juez natural o adoptar la justicia arbitral para solucionar sus controversias, pudiendo escoger entre una u otra opción, con amplia libertad de decisión.

En caso de que se acoja la opción arbitral, es necesario que el contrato defina cuáles controversias se someterán a este mecanismo judicial extraordinario, pudiendo las partes escoger entre llevar a esa instancia todas las controversias que surjan del contrato, o sólo algunas de ellas, en cuyo caso subsistirían las dos jurisdicciones, una para unas materias y otra para las demás. Esta segunda

alternativa refleja, con más claridad, la amplia posibilidad de acción que tiene la autonomía de la voluntad en relación con la justicia arbitral, considerada al momento del pacto.

Vale la pena aclarar, no obstante, y a título de regla general, que en caso de que la cláusula arbitral no señale, concretamente, cuáles conflictos quedan a su cargo, se entiende que todos los transigibles que surjan de la relación contractual están incluidos, siendo necesario, en caso de que las partes sólo quieran someter algunos, especificar claramente cuáles escaparán a la jurisdicción arbitral.

Sin embargo, se deduce de las anteriores ideas, que no es posible que el tribunal conozca de conflictos que no estén autorizados por las partes, o lo que es igual, tampoco es factible que una de ellas proponga controversias que no encajen en lo dispuesto en la cláusula, ya que sin pacto expreso no opera esta justicia excepcional –esto al menos en vigencia del Decreto 1818 de 1998, que es el régimen aplicable a esta controversia-. Sobre el particular, señaló la Sala, en mayo de 2002, que:

“Respecto del contenido de la cláusula compromisoria en relación con la competencia de los árbitros la Sala precisó:

“ ‘cuando en la cláusula compromisoria no se delimita el campo o materias de su aplicación, esto es, que no se especifican las controversias y desacuerdos que han de someterse al conocimiento de los árbitros, válidamente debe entenderse que la cláusula compromisoria se extiende, en principio, a los conflictos que tengan, directa o indirectamente, relación con el contrato que le sirvió de fuente; por el contrario, cuando las partes expresamente convienen y disponen la exclusión de determinados asuntos del conocimiento del juez arbitral, es claro entonces, sin que haya duda alguna, que los árbitros no pueden, con validez, pronunciarse sobre los asuntos excluidos, so pena de contrariar elementales principios sustanciales y de procedimiento, lo que indefectiblemente los conduce a transitar por una manifiesta vía de hecho, situación ésta que precisamente tiene ocurrencia en el caso bajo estudio, en evidente quebranto del principio del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta, el cual trae consigo, entre otras reglas, que el juzgamiento de las querellas contractuales de las partes se surta ante el juez competente.

“ *‘Se tiene entonces que el primer elemento que debe valorarse para establecer la sujeción de la decisión arbitral al ámbito de su competencia es el pacto arbitral, que puede estar contenido en una cláusula compromisoria o en un compromiso, ya que del mismo se deriva la voluntad de las partes de someter sus diferencias a la*

decisión de un Tribunal de Arbitramento, como también la materia respecto de la cual ha de darse el pronunciamiento.’ (...)

“De lo anterior se infiere que la decisión proferida por el tribunal de arbitramento debe ajustarse a la materia arbitral enunciada por las partes, puesto que son ellas quienes expresamente señalan los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente; de manera que si los árbitros hacen extensivo su poder jurisdiccional transitorio, a temas exógenos a los queridos por las partes, atentarán contra este principio, puesto que estarán decidiendo por fuera del concreto tema arbitral.”⁷

En consideración a lo anterior, para determinar cuándo un laudo incurre en la causal octava que se comenta, habrá de establecerse si los árbitros se pronunciaron, exclusivamente, sobre los temas contemplados en la cláusula compromisoria. Respecto al alcance de dicha causal, la Sala afirmó:

*“De una parte, permite al juez del recurso verificar si los árbitros se pronunciaron únicamente sobre los puntos sujetos a su decisión, teniendo en cuenta que su competencia está limitada y restringida a la materia que le señalen las partes y a ella exclusivamente deben circunscribirse. Por lo tanto, para determinar la procedencia de dicha causal deberá efectuarse un análisis comparativo entre el pacto arbitral, las pretensiones de la demanda, la contestación de la misma y el laudo, con el fin de establecer la competencia de los árbitros y la congruencia del fallo, principios ínsitos en toda decisión judicial.”*⁸

Posteriormente, en julio de 2002 -exp. 20.356-, la Sala señaló al respecto:

“Por ello, la jurisprudencia de la Sección ha manifestado que la competencia de los árbitros está atribuida por el pacto arbitral y enmarcada en los precisos límites de la Constitución y la ley, competencia que se traduce en la facultad para conocer y pronunciarse en relación con la materia que voluntariamente las partes le han conferido a los árbitros que son investidos temporalmente de la calidad de jueces para administrar justicia en el caso concreto; también, ha dicho que el quebranto a esa regla de atribución por exceso, se encuentra tipificado como hecho pasible para la invocación de la causal prevista en el numeral 4 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, dado que *implica que la materia transigible sobre la cual decidieron los árbitros no fue objeto del pacto de compromiso por las partes, con lo cual se presenta, un fallo incongruente o una decisión extrapetita.*⁹

⁷ Sentencia de 2 de mayo de 2002. Rad. 20.472.

⁸ Sentencia de 20 de junio de 2002. Rad. 19.488.

⁹ Sentencia de 4 de abril de 2002, Exp. 20.356. Igualmente, en Sentencia de 15 de mayo de 1992 -exp. 5.326- se dijo: **“En el trámite arbitral la competencia de los árbitros y los límites dentro**

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

En este orden de ideas, en materia contractual los árbitros deben respetar el marco de acción fijado por las partes, máxime teniendo en cuenta que el arbitramento es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, por medio del cual se sustrae del conocimiento de la jurisdicción natural las controversias jurídicas susceptibles de transacción.

Sin embargo, ni siquiera la autonomía de la voluntad puede autorizar el funcionamiento de esta forma alternativa de solución de controversias frente a ciertos o determinados conflictos, concretamente los prohibidos por la ley, como los relacionados con la materia tributaria o con el estado civil de las personas, y en general con materias que no sean transigibles -cuya identificación supone, en algunos casos, debates de gran envergadura para concretar cuáles son-.

De lo anterior, se advierten tres limitaciones en la competencia de los árbitros que activan la causal de anulación estudiada, esto es: i) que el laudo recaiga sobre materias no susceptibles de ser sometidas a arbitramento, contrariando con ello la Constitución y la ley, ii) que se aborden asuntos que las partes no dejaron sujetos a la decisión de los árbitros, en vista de que el compromiso o cláusula compromisoria limitó su competencia a ciertos aspectos de la relación contractual; y iii) que se exceda la relación jurídico procesal delimitada por la demanda y su contestación, violando el principio de congruencia.

Frente al último aspecto, la causal se configura cuando se contraría el principio de congruencia, que se encuentra consagrado en el artículo 305 del CPC. y hoy en el artículo 218 del CGP, mediante los cuales se garantiza la coherencia que debe existir entre i) los hechos y las pretensiones de la demanda, al igual que las

de los cuales pueden actuar válidamente, han de ser señalados de manera expresa, clara y taxativa por las partes. Son las partes quienes habrán de señalar las estrictas materias que constituyen el objeto del arbitramento. Si los árbitros hacen extensivo su poder jurisdiccional transitorio a temas exógenos a los queridos por las partes, atentarán contra el principio de congruencia, puesto que estarán decidiendo por fuera de concreto tema arbitral.”

excepciones alegadas y ii) lo resuelto en la sentencia, de modo que ésta debe enmarcarse dentro de aquellos, es decir, no puede sobrepasarlos, ya que hacerlo implicaría proferir un fallo *exta* o *ultapetita*.

Frente a esta causal de anulación de los laudos arbitrales, pese a que ya se señalaron algunas limitaciones, vale la pena destacar una providencia anterior de esta Sala, del 9 de octubre de 2014, exp. 49.421, donde se precisó, en relación con la causal estudiada, concretamente enfocada con la vulneración al principio de congruencia, que:

“El numeral 8º del artículo 163 del Decreto No. 1818 de 1998 prevé como causal de anulación ‘*Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido*’

“Ya en anteriores oportunidades ésta subsección ha señalado que por medio de la causal a la que se alude lo que se busca es garantizar el principio de congruencia de las sentencias judiciales, que al tenor de lo previsto en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil y hoy en el artículo 218 del Código General del Proceso, consiste en la consonancia o coherencia correlativa que debe existir entre la providencia judicial y los hechos y las pretensiones que se aducen en la demanda, así como con las excepciones del demandado.

“Este vicio *in procedendo* tiene dos modalidades de configuración conocidas normalmente en la doctrina y la jurisprudencia como fallos *ultra petita*, que se presentan cuando se condena al demandado por más de lo pedido en la demanda y fallos *extra petita* que tienen lugar cuando se condena al demandado por un objeto diverso al pretendido o por una causa diferente a la que se invoca en la demanda.

“Así, por regla general, a efectos de determinar la configuración de la causal en comento debe realizarse un cotejo o ejercicio comparativo entre los hechos y las pretensiones de la demanda o su causa petendi, o lo uno y lo otro, con la parte resolutive de la sentencia judicial, descartándose de ésta (sic) forma, y también por regla general, que la consonancia como vicio *in procedendo* se configure cuando haya discrepancia entre aquellas y las motivaciones de la decisión.”

Analizados los supuestos jurídicos de la causal de anulación, se estudiará su configuración en el caso concreto, en los términos en que se impugnó este aspecto.

3. Caso concreto

El recurrente sustentó la causal de anulación en que el Tribunal excedió su competencia, violando el principio de congruencia, pues declaró el incumplimiento del contrato cuando esa pretensión no la formuló el convocante.

Siguiendo las ideas identificadas en el acápite segundo de esta providencia, hay que examinar si la *declaratoria de incumplimiento* del contrato se enmarcó en las pretensiones y en la *causa petendi* de la demanda arbitral de Grodco. Para definirlo se transcribirá lo pertinente de la parte resolutive del laudo –lo destacado por el recurrente, esto es, los numerales 4 a 6-:

“CUARTO: Declarar que durante la ejecución del contrato 1239 de 2005 se presentó una afectación al contrato *por el incumplimiento del Instituto Nacional de Vías*, que generó a favor de C.I. Grodco S. en C.A. Ingenieros Civiles el derecho a indemnización por cuenta de la responsabilidad administrativa del Instituto Nacional de Vías, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo. En consecuencia, prospera la primera pretensión de la demanda.

“QUINTO: Declarar que el Instituto Nacional de Vías incumplió el contrato 1239 de 2005 por no reconocer la totalidad de los valores ejecutados por C.I. Grodco S. en C.A. Ingenieros Civiles en cuanto a los ítems unitarios Suministro de material de cantera para terraplén y Transporte de material de cantera para terraplén, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo. En consecuencia, prospera la quinta pretensión de la demanda.

“SEXTO: Declarar que el Instituto Nacional de Vías incumplió el contrato 1239 de 2005 por no reconocer la totalidad de los valores ejecutados por C.I. Grodco S. en C.A. Ingenieros Civiles en cuanto al ítem unitario Imprimación, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo. En consecuencia, prospera la séptima pretensión de la demanda”.

Se resalta que el tribunal de arbitramento condenó al INVIAS a pagar unas sumas reclamadas por el convocante, declarando como presupuesto el incumplimiento del contrato.

A continuación se transcribe lo pertinente de las pretensiones de la demanda, que se relacionan con las declaraciones transcritas de la parte resolutive del laudo, para establecer si se enmarcan en la decisión del tribunal de arbitramento:

“PRIMERA: Que se declare que durante la ejecución del contrato de obra No. 1239 de 2005, suscrito entre el Instituto Nacional de Vías y la Sociedad C.I. Grodco S. en C.A. Ingenieros Civiles para el Diseño, Reconstrucción, Pavimentación y/o Repavimentación de la Vías Grupo 87, en el Tramo 1 El Viajano – San Man Marcos – Majagual – Achí del PR40+0050 al PR86+0750, con una longitud de 46.70 Kilómetros en el Departamento de Sucre, y sus adicionales, otros sí, modificaciones, suspensiones, *se presentó un desequilibrio económico o una afectación del contrato o por cualquier causa jurídica distinta que resulte probada dentro del proceso, generó a favor del contratista un derecho al restablecimiento económico y/o indemnización o pago por cuenta de la responsabilidad administrativa del INVIAS.*
(...)

“QUINTO: Que se declare que durante la ejecución del mismo y sus adicionales, otros sí, modificaciones, suspensiones, *se presentó un desequilibrio económico, afectación del contrato o por cualquier otra causa que resulte probada, por concepto de menores volúmenes reconocidos en las actas de obra para los ítems suministro de material de cantera para terraplén y transporte de material granular de cantera para terraplén.*
(...)

“SÉPTIMO: Que se declare que durante la ejecución del mismo y sus adicionales, otros sí, modificaciones, suspensiones, *se presentó un desequilibrio económico, afectación del contrato o por cualquier otra causa que resulte probada, por imprimación.*
(...)

“NOVENO: Que en virtud de las pretensiones anteriormente elevadas, se condene al Instituto Nacional de Vías a pagar a la Sociedad C.I. Grodco S. en C.A. Ingenieros Civiles *a título de restablecimiento del equilibrio del contrato o por cualquier otra causa que resulte probada en el expediente a la suma (sic) las siguientes sumas:*

“DÉCIMO: *Que se condene al Instituto Nacional de Vías –INVIAS-, al pago de las utilidades dejadas de percibir y las indemnizaciones que hay lugar a la Sociedad C.I. Grodco S. en C.A. Ingenieros Civiles, debido a los incumplimientos por parte de la entidad, de acuerdo con lo que resulte probado en el proceso”*

Al comparar las pretensiones de la demanda con lo resuelto por el tribunal, se concluye que las decisiones de éste se enmarcan en lo pedido por aquél, por las siguientes razones:

i) En la pretensión primera se solicitó declarar que durante la ejecución del contrato se presentó un desequilibrio económico, y subsidiariamente que se declarara que por cualquier otra causa jurídica se generó el derecho del contratista de percibir un restablecimiento económico o *indemnización*, por cuenta

de la responsabilidad de la administración. En este sentido, la responsabilidad que obliga a restablecer económicamente el contrato o a *indemnizar* incluye la posibilidad de declarar el incumplimiento del contrato, ya que, generalmente, cuando una parte de un contrato adquiere el derecho a ser indemnizado es en razón a un incumplimiento del acuerdo de voluntades de la contraparte.

Esta pretensión se concreta en la quinta y séptima, que solicitan declarar que se presentó un desequilibrio económico, pero también que se reconozca que existió otra causa jurídica que obligaría a restablecer la ecuación económica del contrato, por los menores volúmenes reconocidos en el suministro de material de cantera para terraplén y transporte de material granular de cantera para terraplén –pretensión 5-; y exactamente lo mismo por la actividad no reconocida de la actividad de *imprimación*.

Lo anterior se relaciona con la pretensión novena, que pidió todos los pagos que el convocante cree que le corresponden, solicitados a título de “restablecimiento del equilibrio del contrato o *por cualquier otra causa que resulte probada* en el expediente”. Entre las otras causas que justificarían el pago se incluye la declaratoria de incumplimiento del contrato. En este sentido, si se integran las pretensiones aludidas, en la forma en que se redactaron, se concluye que sí se formuló la declaratoria de incumplimiento, por ser otra causa jurídica que daría derecho al pago.

Estas pretensiones también se deben armonizar con los hechos de la demanda y la *causa petendi*, que indudablemente se sustentan en el incumplimiento del contrato principal y demás acuerdos celebrados dentro del mismo, que concretaron las obligaciones, como el “acta de fijación de *ítems* no previstos” de 16 de enero de 2008, de donde el Tribunal concluyó que se acordó el pago de los *ítems* suministro de material de cantera para terraplén y transporte de material granular de cantera para terraplén, midiendo las cantidades de obra en el “material suelto” y no una vez “compactado”.

ii) La segunda razón que explica que no se vulneró el principio de congruencia se apoya en la pretensión décima, que solicitó condenar al INVIAS a pagar la utilidad dejada de percibir, y las “indemnizaciones a que haya lugar... debido a los incumplimientos por parte de la entidad”. Esta pretensión

expresamente se refirió a que la indemnización provenía del incumplimiento de la entidad, es decir, el incumplimiento del contrato.

En este sentido, una interpretación armónica de las pretensiones, incluso a partir de su literalidad, explica que sí se pretendió la declaración del incumplimiento del contrato, de modo que el tribunal se pronunció sobre el tema que le correspondía. Y aunque lo anterior es suficiente para rechazar la solicitud de anulación, se expondrá una razón más que confirma este análisis.

iii) Está claro que entre las pretensiones se solicitó declarar que se rompió el equilibrio económico del contrato, concretamente por las actividades del suministro de material de cantera para terraplén y transporte de material granular de cantera para terraplén, y por la *imprimación*.

En la lectura que hace INVIAS no se solicitó la *declaración de incumplimiento* del contrato, incluso le parece que lo más cercano a ello fue la “solicitud hecha del desbarajuste o del desequilibrio económico por cualquier causa que se probara” –fl. 232, cdno. ppal.-. En cambio, la Sala estima que en consideración a lo anterior se habilitó al tribunal para declarar el incumplimiento del contrato –sin tener en cuenta las explicaciones y demás elementos de las pretensiones, expuestos previamente-. Esto se apoya en el artículo 5 de la Ley 80 de 1993, que establece el derecho de los contratistas a que se les restablezca el equilibrio económico del contrato, y señala que ese derecho se fundamenta en circunstancias imprevisibles que acaecen durante la ejecución del acuerdo, pero también por el “incumplimiento de la entidad estatal contratante”, de modo que si en la demanda se pidió declarar que se presentó un desequilibrio económico, se entiende que incluye la declaratoria de incumplimiento, ya que ésta es un presupuesto de aquél. En efecto, la disposición señala:

“Art. 5. De los derechos y deberes de los contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta Ley, los contratistas:

“1o. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

“En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si

dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato". (Cursiva fuera de texto)

Sobre el rompimiento del equilibrio o ecuación económica del contrato, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 13 de febrero de 2013, exp. 24.996, señaló:

"... de tiempo atrás la jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado sobre el origen del rompimiento de la ecuación económica del contrato los siguientes aspectos:

'[E]l equilibrio financiero puede resultar afectado por variadas causas, algunas atribuibles a la propia administración contratante, como sería el incumplimiento de sus obligaciones contractuales o la modificación en las condiciones de ejecución del contrato; otras, también imputables a la administración, pero provenientes del ejercicio de su función estatal; así mismo, la ecuación financiera puede sufrir menoscabo por factores ajenos y extraños a las partes involucradas en el negocio, en cuya ocurrencia se habla de la teoría de la imprevisión. (...)' ¹⁰

"De acuerdo con lo anterior, se tiene que el equilibrio económico del contrato puede verse alterado por diversas circunstancias, a saber: i) **actos o hechos de la entidad estatal contratante, como cuando no cumple con las obligaciones derivadas del contrato** o introduce modificaciones al mismo *–ius variandi–*, sean éstas abusivas o no; ii) actos generales de la administración como Estado, o "teoría del hecho del príncipe", como cuando en ejercicio de sus potestades constitucionales y legales, cuya voluntad se manifiesta mediante leyes o actos administrativos de carácter general, afecta negativamente el contrato; y iii) factores exógenos a las partes del negocio, o "teoría de la imprevisión", o "sujeciones materiales imprevistas", que involucran circunstancias no imputables al Estado y externas al contrato pero con incidencia en él". (negrilla fuera de texto)

En este sentido, el desequilibrio económico del contrato se presenta por varias razones, como lo señala la Ley 80 de 1993, artículo 5, de manera que cuando se pide, como en el caso concreto, que se declare el rompimiento del equilibrio económico del contrato, por causas específicas, como el suministro de material de cantera para terraplén y transporte de material granular de cantera para terraplén, donde se reconocen menores cantidades a las acordadas o no se pagan actividades realizadas, como la *imprimación*, tal solicitud incluye o supone lógicamente la declaración de incumplimiento del contrato, por tratarse de una de

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 9 de mayo de 1996, exp. 10.151, C.P. Daniel Suárez Hernández.

las razones, hechos o circunstancias generadoras del rompimiento de la ecuación económica del contrato.

Por lo expresado, el tribunal de arbitramento no desconoció el principio de congruencia; y por tanto no se configuró la causal de anulación invocada del laudo arbitral, así que se desestimará la pretensión anulatoria.

4. Costas

La Sala condenará al INVIAS a pagar las costas de este proceso de anulación, porque no prosperó el recurso, incluyendo solo las agencias en derecho, ya que no se encuentran probados otros pagos –como impuestos, pago de auxiliares de la justicia, u otros gastos judiciales-. Por tanto, en términos del Acuerdo No. 1887 de 2003¹¹, y atendiendo a la naturaleza de este proceso, a la calidad y la duración útil de la gestión ejecutada por C.I. Grodco S. en C.A. Ingenieros Civiles, la recurrente pagará a favor de Grodco la suma de quince (15) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

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

FALLA

Primero: Declárase infundado el recurso de anulación interpuesto por el Instituto Nacional de Vías contra el laudo arbitral proferido el 4 de diciembre de 2014, por el Tribunal de Arbitramento constituido para resolver las diferencias surgidas entre el INVIAS y C.I. Grodoco S. en C.A. Ingenieros Civiles.

Segundo: Condénase al Instituto Nacional de Vías a pagar a favor de C.I. Grodoco S. en C.A. Ingenieros Civiles, la suma de quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a título de costas.

¹¹ El artículo segundo define las agencias en derecho como: “Concepto. Se entiende por agencias en derecho la porción de las costas imputables a los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso, el incidente o trámite especial por él promovido, y de quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, revisión o anulación que haya propuesto, y en los casos especiales previstos en los códigos de procedimiento.”

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Presidente

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA