

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Naturaleza extraordinaria. Contrato de obra pública suscrito entre Conalvías y Distrito de Cartagena / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Convenio interadministrativo para realización de obra pública. Obra pública del Sistema de Transporte Transcaribe / MINIMA O CITRA PETITA - Causal por no haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento. Principio de congruencia / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Atribución jurisdiccional temporal**

La causal alegada: "No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento" (Numeral 9 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, numeral 9 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989). (...) La Sala reitera que esta causal se configura cuando el laudo no decide todos los puntos objeto de arbitramento, vale decir, mínima o citra petita en relación con las pretensiones y excepciones formuladas a la luz de lo dispuesto por los artículos 304, 305 y 306 del C. de P. Civil, en consonancia con los artículos 87 y 164 del C.C.A. (...) De allí que el juez arbitral debe decidir y proveer sobre cada uno de los extremos del litigio sometido a su estudio, en los precisos términos y límites del pacto arbitral y la ley, en particular en lo que concierne a las pretensiones, los hechos y las excepciones formuladas. (...) Lo anterior indica que el estudio de esta causal debe abordarse teniendo en consideración, por un parte, la atribución jurisdiccional temporal asignada, con apoyo en lo prescrito en el ordenamiento constitucional, el marco legal, y por supuesto, el pacto arbitral y, por otra, la relación jurídico procesal que dimana del conflicto puesto a su consideración por las partes y que es materia de conocimiento y decisión. (...) Y si no media la debida correspondencia en relación con estos tres extremos de la litis (petitum, causa petendi y exceptios), esta omisión entraña la configuración la causal de nulidad del laudo en comento. (...) Finalmente, es conveniente apuntar que -dada la naturaleza extraordinaria de este tipo recurso que está, como se indicó, construida a partir de errores in procedendo y no in indicando- el escrutinio que compete al juez de anulación debe adelantarse de manera objetiva, esto es, su tarea se limita a una constatación formal y objetiva de la decisión en punto de si esta es consonante con las pretensiones, los hechos y las excepciones y con los límites del pacto arbitral, sin que le sea posible en este ejercicio entrar a estudiar si lo decidido es acertado o erróneo. (...) Según la parte convocante el laudo omitió decidir sobre las pretensiones trigésima tercera, trigésima quinta y trigésima séptima. En orden a determinar si le asiste o no razón al censor, la Sala procederá a estudiar cada una de las pretensiones que se afirma no fueron estudiadas frente a lo resuelto y estudiado por el juez arbitral. En la medida en que en la parte resolutive no hay referencia directa a estas pretensiones y sólo hay una referencia genérica en el numeral vigésimo octavo a negar las "demás" pretensiones, se precisa hacer una referencia explícita al estudio que hizo el juez temporal en las consideraciones del laudo sobre estas materias.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163 NUMERAL 9 / DECRETO 2279 DE 1989 - ARTICULO 38 / CODIGO PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 304 / CODIGO PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 305 / CODIGO PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 306 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 72 / DECRETO 2282 DE 1989 - ARTICULO 135 / LEY 310 DE 1996 - ARTICULO 2 / LEY 1107 DE 2006 - ARTICULO 1 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 82 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 87 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 164

**NOTA DE RELATORIA:** Al respecto se puede analizar la sentencia de 6 de septiembre de 2011, exp. 39982

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Contrato de obra pública. Precios, actualización e intereses moratorios / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Inconformidad en lo concedido y pedido no configura causal de anulación**

La Sala advierte –como lo observó el concepto de la Procuraduría- que el laudo sí se pronunció de manera expresa sobre la materia, porque la misma fue objeto de estudio en distintos apartados del pronunciamiento de manera individualizada respecto a cada pretensión. (...) Y como ya se indicó en la parte considerativa, además aparece el capítulo 10, intitulado “Perjuicios, actualización e intereses moratorios”, en el cual los árbitros analizaron detalladamente cada uno de los perjuicios reconocidos y al efecto el juez temporal previó el cálculo de la respectiva actualización y de los intereses de mora, “según fuera el caso” lo cual revela que en su criterio no operaba de manera indiscriminada o generalizada sobre todas las pretensiones. (...) El hecho de que haya o no reconocido lo pedido no significa que haya dejado de resolver. La inconformidad que revela la censura se predica de lo resuelto, pero esta situación no configura causal de anulación. (...) La Sala encuentra que al acceder en algunos eventos a la concesión de intereses moratorios y en otros a recurrir al IPC, el juzgador se pronunció también sobre las pretensiones que el censor echa de menos. Lo que da tanto como afirmar, que el juzgador no dejó la materia sin decidir. Así se desprende de lo arriba consignado así como del mismo decisum del fallo. El hecho de que no hubiera accedido en todos los eventos a intereses moratorios y haya recurrido en algunos casos al IPC, no entraña que no haya habido pronunciamiento sobre las cuestiones sujetas al proceso, ni que el juzgador no haya decidido de cada uno de los extremos del litigio. (...) En consecuencia, no se configuró la causal invocada y, por ello en este punto, se despachará negativamente.

**CONTRATACION ESTATAL - Pérdida de oportunidad / PERDIDA DE OPORTUNIDAD - Adición al laudo. El tribunal no se pronunció en lo relativo a costo financiero de oportunidad / ADICION DE LAUDO ARBITRAL - Regulación / PERDIDA DE OPORTUNIDAD - Asuntos contractuales. Ventaja generada por la imposibilidad de obtener incremento patrimonial o ganancias / PERDIDA DE OPORTUNIDAD - Genera perjuicios y como consecuencia reparación. Prospera la causal alegada**

En la parte resolutive del laudo arbitral de fecha ocho de abril de 2011, no fue resuelta la pretensión declarativa contenida en el apartado trigésimo tercero de la demanda y en el numeral IX del apartado trigésimo quinto, relativas al “costo financiero de oportunidad” que se alega tuvo que soportar durante la ejecución del contrato de obra pública LPI-TC-001-05, por razones no imputables a ella. (...) Como el Tribunal se abstuvo de decidir sobre una cuestión sujeta al arbitramento, debe prosperar la causal alegada. En consecuencia, y con base en lo dispuesto por el artículo 41 del Decreto 2279 de 1989, modificada por el artículo 129 de la ley 446 de 1998, se procederá a adicionar el laudo en lo pertinente. (...) Agrega, como prueba también de lo que se pretende, que en el acta de liquidación del contrato de obra (f. 004597 y 004598 del c. de pruebas 9) se dejó consignado que no se incluye “el costo de oportunidad a que el contratista tiene a su juicio derecho por la dilatación de Transcaribe en el pago de las sumas reclamadas”. (...) Asimismo invoca que en el dictamen contable realizado hizo una cuantificación del “costo de oportunidad” en la respuesta a la pregunta número 6 y que ascienden a \$1.692.158.392. (...) Como es sabido, en materia contractual las

entidades estatales responden por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos- siempre que les sean imputables y le causen perjuicios a los contratistas. (...) En este caso, claramente la modalidad de la pérdida de oportunidad o de chance que se alega es la de adquirir una ventaja: lucro captando, esto es, cuando el menoscabo consiste en la imposibilidad de la obtención de un incremento patrimonial o ganancias (*quantum lucrari potuit*), la cual también resulta aplicable al ámbito de responsabilidad contractual. (...) En efecto, la doctrina extranjera más autorizada en el ámbito del derecho común ha indicado que hay lugar a indemnizar cuando el demandado ha privado, por su culpa, al demandante de una posibilidad de conseguir una ganancia o de evitar una pérdida que tiene un valor per se, con prescindencia del hecho futuro, de modo que lo que da lugar a la reparación son las consecuencias que se derivan de una privación de oportunidad, de una frustración de una esperanza, de una probabilidad de obtener una cierta ventaja patrimonial, pero un hecho de otro le impide tener la oportunidad de participar en la definición de ese chance o expectativa de ventaja patrimonial. (...) Se priva, pues, al sujeto de una facultad lícita de actuar (*acere licere*), lesión que produce un perjuicio concreto.

**NOTA DE RELATORIA:** Al respecto se puede analizar los fallos: 28 de mayo de 1998, exp. 10539; 3 de noviembre de 2003, exp. 25398 y 8 de abril de 2009, exp. 20525

**PERDIDA DE OPORTUNIDAD - Existencia del daño. Nexo causal entre el hecho imputado y el daño / PERDIDA DE OPORTUNIDAD - Carga de argumentación de la pretensión perseguida / PERDIDA DE OPORTUNIDAD - Carga de argumentación. Doble fundamentación**

La aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad impone la existencia de una certeza jurídica sobre su ocurrencia. (...) Un adecuado nivel de certeza razonable, en lo que hace al nexo causal entre el hecho que se imputa y el daño, lo mismo que de la existencia misma del daño, en la medida en que –como es sabido- el perjuicio hipotético o eventual no es reparable y es, claro está, en cabeza de quien reclama el daño alegado que pesa la carga de la prueba de acreditarlo. (...) Es apenas natural que pese sobre quien alega algo, la carga de motivar o fundamentar lo que se invoca como presupuesto para una pretensión declarativa. No es admisible, pues, presentar de manera desnuda lo que se busca. (...) Si bien es cierto que la demandante solicita el reconocimiento del alegado “costo de oportunidad y financiero”, en realidad del texto de la demanda se limitó a referir su supuesta configuración, sin exponer las razones por las cuales dicha situación se configuró, como tampoco los fundamentos de derecho de la misma. No hay, pues, una calificación de cómo la inejecución contractual aducida configuró un daño y en qué consistió este último. (...) El escrito de demanda no brinda argumento alguno para predicar la indemnización de daños por la pérdida de una oportunidad. (...) Según lo pregonan el artículo 50 de la Ley 80 de 1993, las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. Conforme al precepto en cita, en tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista. (...) No basta pues con aducir el incumplimiento del contrato, sino que hay que justificar en qué aspectos se exterioriza en el ámbito de los perjuicios (para luego además tener que acreditar todo ello), toda vez que junto con la imputabilidad, configuran la responsabilidad contractual, determinante de los perjuicios que se dice haber padecido. (...) Carga de argumentación que en modo alguno resulta desproporcionada, irrazonable o innecesaria, como quiera que marca el contorno de lo que se va a decidir y sirve de base para delimitar la

problemática jurídica que se plantea al juzgador, desarrollo natural del mandato superior contenido en el numeral 7º del artículo 95 Constitucional. (...) En el terreno de las controversias contractuales no sólo resulta imperioso individualizar las pretensiones declarativas o anulatorias que se persiguen, sino que además estas deben ir acompañadas con una doble fundamentación: (i) la fáctica que precise el alcance de ese petitum y (ii) la jurídica, que enuncie los motivos que la soporten. (...) O lo que es igual, si la demanda demarca el debate judicial, es deber de quien la formula precisar no sólo lo que se pide sino que también tiene que soportarlo argumentativamente.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 90 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 95 NUMERAL 7 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1494 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1546 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1602 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1609 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 13 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 32 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 40 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 50

**NOTA DE RELATORIA:** Al respecto se puede analizar la sentencia de 11 de agosto de 2010, exp. 18593 y el fallo de 31 de agosto de 2006, exp.15772

**PERDIDA DE OPORTUNIDAD - Carga de la prueba. Medios de prueba / MEDIOS DE PRUEBA - Prueba de la ocurrencia y configuración del costo de oportunidad. No demuestran el nexo causal del hecho y la pérdida de oportunidad / CARGA DE LA PRUEBA - Pérdida de oportunidad. Exige un grado de certeza razonable acreditado en las actuaciones del proceso para obtener una indemnización / CARGA DE LA PRUEBA - Pérdida de oportunidad. Los medios probatorios no demuestran la ocurrencia efectiva del costo de oportunidad / CARGA DE LA PRUEBA - Pérdida de oportunidad. Niega reconocimiento patrimonial**

Conviene advertir que los tres “medios de prueba” que invoca el recurrente, contrario a lo aseverado por él, no dan cuenta de la configuración del costo de oportunidad invocado, como tampoco de la relación causal entre el hecho dañino y la ventaja frustrada. (...) Si bien nuestra doctrina advierte que esta teoría evita exigirle a la víctima no sólo la prueba real del daño, sino también la de la relación de causalidad, lo cierto es que la aplicación de esta teoría impone un grado de certeza razonable. (...) De ahí que aunque en este ámbito el fallador no puede concebir de manera muy estricta la exigencia de certeza del daño, en tanto expresión del lucro cesante, exige que medie un grado de certeza razonable que debe estar acreditado en el plenario, presupuesto ineludible para que jurídicamente haya lugar a indemnización. (...) A pesar de lo minucioso del ejercicio de los cálculos efectuados por el dictamen pericial elaborado por el Dr. Luis Alexander Urbina Ayure que arrojarían una elevada pérdida por parte de la convocante, no se encuentra en el plenario prueba alguna que permita concluir que efectivamente se produjo dicho desfase por cuenta de acciones u omisiones de la convocada. Como señaló el Laudo, al estudiar los alegados sobrecostos en que se alegó incurrió la sociedad contratista debido al mayor tiempo que debió permanecer ejecutando la obra, la prueba pericial técnica no es pertinente para demostrar los perjuicios deprecados por la convocante. (...) No basta con establecer, como se pretende en el sub examine, el quantum sino que previamente es necesario determinar su efectiva ocurrencia, pues lo que hay en este caso es tan sólo una estimación pecuniaria pero el proceso está huérfano de medios de convicción que den cuenta de la certeza razonable del perjuicio. (...) No bastaba pues acreditar la mayor permanencia en obra, sino que además era preciso demostrar no sólo que dicho desfase tuvo lugar, sino que el mismo –en

caso de acreditarse- implicó una pérdida de oportunidad y tuvo por causa el proceder por acción u omisión del convocado, o resulta imputable a este. No aparece soporte probatorio alguno que permita acreditar la configuración y menos aún su efectiva ocurrencia, por lo cual esta pretensión no está llamada a la prosperidad. (...) En efecto, con arreglo a lo prescrito por el artículo 177 del CPC, la prueba de los supuestos de hecho con base en los cuales se aduce el incumplimiento de un contrato, incumbe a quien la aduce. De modo que cuando alguien afirma que el incumplimiento de su contraparte genera un determinado daño antijurídico, esta aseveración debe estar acompañada del correspondiente respaldo probatorio. (...) De manera que, el convocante ha debido acreditar este aserto para lograr el éxito de esta pretensión en tanto a él correspondía la carga de probar la ocurrencia efectiva del costo de oportunidad que dice haber padecido y al no lograr probar esta situación el convocado debe ser absuelto en este punto (actore non probante, reus absolvitur). (...) Al no haberse verificado la indispensable convicción mediante los medios de prueba correspondientes en punto de la certeza razonable del perjuicio, no hay lugar al reconocimiento patrimonial que alega se deriva del mismo. (...) En tal virtud, habrá de negarse lo aquí solicitado.

**FUENTE FORMAL:** CODIGO PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 177 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1757

**NOTA DE RELATORIA:** Al respecto se puede analizar la sentencia del 23 de febrero de 2012, exp. 21317; sentencia AP 483 de 2007; sentencia AP 166 de 2004 y sentencia del 26 de abril de 2006, exp. 16041

**FALLO CITRA PETITA - Por no haberse decidido sobre cuestiones sujetas a arbitramento / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - El fallo debe ser armónico, consonante y concordante con las pretensiones de la demanda / CAUSAL MINIMA O CITRA PETITA - El juez no puede cuestionar las consideraciones y motivos de la decisión tomada por el juzgador. No prospera la causal**

Teniendo en cuenta que el juez arbitral no podía modificar la modalidad de precio establecida como remuneración (que era a precio global), en los demás ítems (i.e. mayores cantidades de obra) está claro que el juzgador sí evaluó este punto, como se advirtió de las transcripciones hechas líneas arriba de las distintas situaciones que se presentaron a lo largo de la ejecución del contrato, en las que luego de un riguroso estudio del material probatorio, se analizó la procedencia o no de lo reclamado, lo cual suponía que dada la modalidad contractual, se estaba implícitamente con las medidas de ajuste decretadas estudiando el tema que ahora se reprocha por no abordado. (...) De manera que en este punto no se configuró la causal por no haberse decidido todos los puntos objeto de arbitramento (mínima o citra petita). O lo que es igual dada la naturaleza jurídica del precio pactado, es claro que en cada una de los cargos estaba implícito el reconocimiento (de llegar a prosperar) de la utilidad esperada. No hubo entonces violación en este caso del principio de congruencia, en tanto el fallo es armónico, consonante y concordante con las pretensiones formuladas en la demanda. (...) Debe insistirse en que dada la naturaleza de la causal analizada, el juez no puede entrar a examinar las consideraciones y los motivos determinantes que ha tenido el juzgador en su decisión y por ello mal haría en cuestionar la manera como abordó metodológicamente el estudio de la utilidad. (...) En este sentido, en relación con este punto el cargo será negado.

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Recurso judicial. No constituye un proceso judicial autónomo e**

**independiente al procedimiento arbitral / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Inaplicabilidad de la tesis de autonomía del recurso de anulación. La Sala niega la nulidad pretendida**

Transcribe se queja de no haber sido notificada personalmente del auto por el cual esta Corporación admitió el recurso de anulación, circunstancia que a su juicio acarrea la violación al derecho fundamental al debido proceso. (...) Alega que conforme al artículo 314 del CPC, la primera providencia que se dicte en todo proceso debe ser notificada personalmente, circunstancia que en este caso no se dio respecto de la parte convocada. (...) Al respecto, la Sala reitera que el recurso de anulación de laudos arbitrales no constituye un proceso judicial autónomo al procedimiento arbitral. La Sala Plena en reciente pronunciamiento dejó en claro que entre nosotros, a diferencia de otras latitudes (i.e. España), no es de recibo la tesis de la autonomía del recurso de anulación, como un proceso judicial diferente al trámite arbitral, habida cuenta que entre nosotros el marco normativo es claro en señalar que la anulación de laudos configura un recurso judicial y por ello no puede dársele naturaleza distinta. (...) De manera que si el recurso de anulación no es un proceso autónomo e independiente del trámite arbitral, no había lugar a aplicar, como plantea el convocado, el artículo 314 del CPC, con arreglo al cual la primera providencia que se dicte en todo proceso debe ser notificada personalmente, por la potísima razón que no se trataba de la primera decisión. (...) Es carga de las partes estar atentas de las decisiones que se adopten a lo largo del proceso, máxime cuando los autos se notifican por estado y sólo al Ministerio Público, en tanto garante del interés público, hay deber de notificarle personalmente. (...) En consecuencia, se denegará la nulidad deprecada.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 161 / LEY 1563 DE 2012 - ARTICULO 40 / LEY 1563 DE 2012 - ARTICULO 107 / LEY MODELO SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL DE LA UNICITRAL - ARTICULO 34

**NOTA DE RELATORIA:** Al respecto se puede analizar la sentencia de 6 de junio de 2013, exp. 45922

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Arbitramento y su recurso de anulación / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - No es una segunda instancia. No puede replantearse el debate sobre el fondo del proceso / CAUSALES DE ANULACION CONTRA LAUDOS - Casuales de anulación unificadas por la Ley 1150 de 2007**

La Sala tiene determinado que el recurso extraordinario de anulación no puede ser utilizado como si se tratase de una segunda instancia, de ahí que no sea admisible que con su interposición se intente continuar o replantear el debate sobre el fondo del proceso. En tal virtud, mediante este recurso no es posible infirmar decisiones del juez arbitral fundadas en razonamientos derivados de la aplicación de la ley sustancial, al entrar a decidir el fondo de la litis, como tampoco relativas a errores de hecho o de derecho en el ámbito probatorio. (...) Ahora bien, a la luz del texto original del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, las causales de anulación de laudos arbitrales estaban consignadas en dos textos legales. Por un lado en el precepto citado cuyo ámbito de acción era la contratación del Estado y, por otro, en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 respecto de la contratación sometida al derecho común, los cuales fueron compilados, respectivamente, en los artículos 230 y 163 del Decreto 1818 de 1998. (...) Ahora, con arreglo a la jurisprudencia las causales de anulación aplicables en tratándose de entidades públicas

sometidas al derecho privado (i.e. prestadores de servicios públicos domiciliarios de naturaleza pública) eran las previstas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998. (...) Esta dualidad de causales, desapareció por virtud de lo prescrito por el artículo 22 de la Ley 1150 de 16 de julio de 2007, que modificó el artículo 22 el artículo 72 de la Ley 80 de 1993. (...) En tal virtud, a partir de la vigencia del texto legal transcrito, esto es el 17 de enero de 2008 –seis meses después de la promulgación de la ley-, el legislador unificó el sistema de las causales para los recursos de anulación contra laudos arbitrales en sede contencioso administrativa. (...) En ese orden de ideas y habida cuenta que en el sub lite tanto la expedición del laudo arbitral como la interposición del recurso extraordinario contra el mismo ocurrieron el 8 de abril y 20 de septiembre de 2011 (f. 1 y 305, c. ppal.) respectivamente, esto es, cuando se encontraba vigente la reforma al sistema de impugnación, las causales de anulación aplicables son las contenidas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, que compiló el artículo 38 del Decreto ley 2279 de 1989.

**FUENTE FORMAL:** LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 72 / DECRETO 2279 DE 1989 - ARTICULO 38 / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163 / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 230 / LEY 1150 DE 2007 - ARTICULO 22

**NOTA DE RELATORIA:** Al respecto se puede analizar las decisiones: 8 de junio de 2006, exp. 29476; 8 de junio de 2006, exp. 32398 y 24 de mayo de 2006, exp. 31024

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION TERCERA**

#### **SUBSECCION B**

**Consejero ponente: RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO**

Bogotá D.C., nueve (9) de octubre de dos mil catorce (2014).

**Radicación número: 11001-03-26-000-2011-00024-00(41000)**

**Actor: CONALVIAS S.A.**

**Demandado: TRANSCARIBE S.A.**

**Referencia: RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL (SENTENCIA)**

Temas: Recurso de anulación no constituye un proceso judicial autónomo al procedimiento arbitral. El recurso de anulación de laudos arbitrales no es una segunda instancia. La Ley 1150 de 2007 unificó las causales de anulación contra laudos en el contencioso administrativo. Causal por no haberse decidido sobre cuestiones sujetas a arbitramento, *mínima o citra petita* (numeral 9º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 y numeral 9 del

artículo 38 del Decreto 2279 de 1989). Principio de congruencia de los fallos. Adición de laudo arbitral. Pérdida de oportunidad en contratación Estatal. Carga de argumentación en torno a lo que se aduce como pérdida de oportunidad. Prueba de la ocurrencia y configuración del costo de oportunidad. Carga de la prueba de la pérdida de oportunidad.

La Sala decide el recurso de anulación interpuesto por Conalvías S.A., en su calidad de parte convocante, en contra del laudo del 8 de abril de 2011 proferido por el Tribunal de Arbitramento convocado para resolver las controversias surgidas entre esa Sociedad y Transcaribe S.A., en calidad de convocado, con ocasión del contrato de obra LPI-TC-001-05 de 5 de septiembre de 2005, mediante el cual se tomaron las siguientes decisiones:

*PRIMERO: Denegar las objeciones por error grave formuladas en contra de los dictámenes periciales rendidos por los doctores Avelino García Guacaneme, Alfredo Malagón Bolaños y Luis Alexander Urbina Ayure, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

*SEGUNDO: Denegar las solicitudes de tacha de sospecha formuladas contra los testimonios rendidos en el presente trámite arbitral pro los señores Ivan García de Angulo, Rafael Mendoza Góez, Hernando Sará Domínguez y Enrique Chartuni González en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

*TERCERO: Denegar en su totalidad las excepciones de mérito propuestas por la sociedad Transcaribe S.A. en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

*CUARTO: Declarar probada la prosperidad total de las siguientes excepciones de mérito propuestas por Conalvías S.A. contra la demanda de reconvención, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia:*

*“1. Declaratoria de paz y salvo por parte de Transcaribe S.A. a favor de Conalvías S.A.*

*“2. Liquidación del contrato y efectos de transacción oponibles a Transcaribe S.A. respecto del cumplimiento de las obligaciones de Conalvías S.A.*

*QUINTO: No tener en cuenta las demás excepciones de mérito propuestas por la sociedad Conalvías S.A. en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

*SEXTO: Declarar la ineficacia de la cláusula tercera del Acta de Suspensión del contrato LPI-TC-001-05 suscrita por las partes contratantes el 23 de febrero de 2007, la cual disponía que “Conalvías S.A. renuncia a cualquier reclamación económica que pueda derivarse en (sic) la presente suspensión y por el término de la misma”. Como consecuencia de esta declaración, la sociedad contratista tiene derecho*

*al restablecimiento integral de la ecuación económica del contrato, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

*SÉPTIMO: Declarar que son ineficaces los plazos establecidos en la cláusulas 24.1, 25.1 y 25.2 de la Sección 3 de las "Condiciones del contrato" de obra LPI-TC-001-05, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

*OCTAVO: Declarar que NO es vinculante el pronunciamiento proferido por el "Amigable Compondor" el 22 de octubre de 2007, relacionado con las reclamaciones impetradas por Conalvías S.A. respecto de los siguientes temas: (i) la retención de mayores valores por concepto de impuesto de timbre, (ii) el no pago de los perjuicios derivados de la no entrega oportuna del anticipo y (iii) el pago de los sobrecostos por concepto de la ampliación de la garantía bancaria del anticipo, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

*NOVENO: Declarar que la sociedad Transcribe S.A. incumplió el deber de planeación y con las obligaciones del contrato de obra LPI-TC-001-05, al suministrar de forma extemporánea e inoportuna los diseños, estudios y planos para la ejecución del contrato, los cuales además presentaban errores y eran técnicamente inviables, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

*DÉCIMO: Declarar que la sociedad Transcribe S.A. incumplió el contrato de obra LPI-TC-001-05, al no entregar oportunamente a la sociedad contratista la totalidad de los predios y zonas necesarios para la ejecución de las obligaciones. Como consecuencia de esta declaración, la sociedad contratista tiene derecho al restablecimiento integral de la ecuación económica del contrato, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

*DÉCIMO PRIMERO: Declarar que durante la ejecución del contrato se presentaron hechos de terceros, ajenos y no imputables a la sociedad contratista, que afectaron la ejecución de las obras. Como consecuencia de lo anterior, la sociedad contratista tiene derecho al restablecimiento integral de la ecuación económica del contrato, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

*DÉCIMO SEGUNDO: Declarar que en la ejecución del contrato de obra LPI-TC-001-05, la sociedad Conalvías tuvo que permanecer en la obra un plazo superior frente al inicialmente previsto, por causas principalmente atribuibles a la sociedad Transcribe S.A., en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

*DÉCIMO TERCERO: Como consecuencia de la declaración anterior, reconocer que la sociedad Conalvías S.A. incurrió en mayores costos por concepto de Gastos de Administración que no le fueron pagados en su momento por la sociedad contratante, generándose el desequilibrio*

*de la ecuación económica del contrato, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

*DÉCIMO CUARTO: Como consecuencia de lo decretado en el numeral anterior, CONDENAR a la sociedad Transcribe S.A. a pagar a favor de la sociedad Conalvías, la suma de dos mil cuatrocientos treinta y nueve millones setecientos setenta mil ochocientos veintitrés pesos (\$2.439.770.823), por concepto de los mayores costos en Gastos de Administración, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

*DÉCIMO QUINTO: Declarar que con posterioridad a la presentación de la propuesta por parte de Conalvías S.A. y durante la ejecución de la obra, se constató un alza desmesurada, imprevista e imprevisible de los costos del cobre y el aluminio en el mercado, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

*DÉCIMO SEXTO: Declarar que la sociedad Transcribe S.A. incumplió su obligación legal de revisar los precios del contrato de obra LPI-TC-001-05, ante el alza desmesurada, imprevista e imprevisible de los costos del cobre y el aluminio, por lo que la sociedad Conalvías S.A. debió incurrir en mayores costos para ejecutar las obras eléctricas, desequilibrándose así la ecuación económica del contrato, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

*DÉCIMO SÉPTIMO: Como consecuencia de lo decretado en el numeral anterior, CONDENAR a la sociedad Transcribe S.A. a pagar a favor de la sociedad Conalvías S.A., la suma de seiscientos ocho millones trescientos treinta y dos mil trescientos doce pesos (\$608.332.312), por concepto de mayores costos en los insumos eléctricos, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

*DÉCIMO OCTAVO: Declarar que por razones ajenas y no imputables a la sociedad Conalvías S.A., en desarrollo del programa de compensación forestal, esta suministró y sembró 171 árboles adicionales a los previstos contractualmente, desequilibrándose de esta forma la ecuación económica del contrato de obra LPI-TC-001-05, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

*DÉCIMO NOVENO: Como consecuencia de lo decretado en el numeral anterior, CONDENAR a la sociedad Transcribe S.A. a pagar a favor de la sociedad Conalvías S.A., la suma de sesenta millones novecientos ochenta y un mil seiscientos cincuenta y cuatro pesos (\$60.981.654), por concepto de una mayor siembra de árboles, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

*VIGÉSIMO: Declarar que la sociedad Transcribe S.A. incumplió el contrato de obra LPI-TC-001-05, al no entregar dentro del plazo contractual previsto los dineros correspondientes al anticipo, lo que llevó a la sociedad Conalvías S.A. a incurrir en mayores costos por la ampliación de la garantía de buen manejo y correcta inversión del*

*anticipo, desequilibrándose de esta forma la ecuación económica del contrato, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

*VIGÉSIMO PRIMERO: Como consecuencia de lo decretado en el numeral anterior, CONDENAR a la sociedad Transcaribe S.A. a pagar a favor de la sociedad Conalvías S.A., la suma de treinta y tres millones trescientos cuarenta y ocho mil ochocientos veintiocho pesos (\$33.348.828), por los mayores costos incurridos en la ampliación de la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

*VIGÉSIMO SEGUNDO: Como consecuencia de lo decretado en el numeral VIGÉSIMO, CONDENAR a la sociedad Transcaribe S.A. a pagar a favor de la sociedad Conalvías S.A., la suma de ciento veinticinco millones ochocientos noventa mil noventa y ocho pesos (\$125.890.098), por la pérdida del valor adquisitivo de la moneda ocasionada con la entrega tardía del anticipo, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

*VIGÉSIMO TERCERO: Declarar que debido a la prórroga del plazo del contrato de obra LPI-TC-001-05, la sociedad Conalvías S.A. debió ejecutar sus obligaciones en condiciones más onerosas frente a las previstas al momento de elaborar su propuesta, sin que la sociedad Transcaribe S.A. actualizara o ajustara los precios contractuales, lo que generó el desequilibrio de la ecuación económica del contrato, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

*VIGÉSIMO CUARTO: Como consecuencia de lo decretado en el numeral anterior, CONDENAR a la sociedad Transcaribe S.A. a pagar a favor de la sociedad Conalvías S.A., la suma de ochocientos nueve millones veintiocho mil novecientos sesenta y nueve pesos (\$809.028.969), por concepto de reajuste de precios, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

*VIGÉSIMO QUINTO: Declarar que la sociedad Transcaribe S.A. no ha devuelto a la sociedad Conalvías S.A., las sumas que fueron retenidas a título de garantía durante la ejecución del contrato de obra LPI-TC-001-05, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

*VIGÉSIMO SEXTO: Como consecuencia de lo decretado en el numeral anterior, ORDENAR a la sociedad Transcaribe S.A. a reintegrar a favor de la sociedad Conalvías S.A., la suma de seiscientos setenta y nueve millones ciento sesenta mil doscientos cuarenta y cuatro pesos con cincuenta y cinco centavos (\$679.160.244,55) por concepto de restitución de los dineros retenidos en garantía, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

*VIGÉSIMO SÉPTIMO: Como consecuencia de lo decretado en los ordinales VIGÉSIMO QUINTO y VIGÉSIMO SEXTO, CONDENAR a la*

*sociedad Transcaribe S.A. a pagar a favor de la sociedad Conalvías S.A., la suma ciento setenta y cinco millones ochocientos ochenta y un mil ochocientos setenta y tres pesos (\$175.881.873), a título de intereses moratorios por la no entrega oportuna de los dineros retenidos en garantía, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

*VIGÉSIMO OCTAVO: Denegar las demás pretensiones formuladas en la demanda arbitral presentada por la sociedad Conalvías S.A., en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

*VIGÉSIMO NOVENO: Denegar en su totalidad las pretensiones formuladas en la demanda de reconvenición presentada por la sociedad Transcaribe S.A., en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

*TRIGÉSIMO: Sin condena en costas y sin lugar al reintegro de honorarios y gastos del Tribunal por parte de la sociedad Transcaribe S.A., conforme a las razones y los motivos expuestos en la parte considerativa de esta providencia.*

*TRIGÉSIMO PRIMERO: Las sumas reconocidas en este Laudo Arbitral se pagarán de conformidad con lo prescrito en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo y lo expuesto por la H. Corte Constitucional en la sentencia C-189 de 1999 y causará intereses a partir de su ejecutoria.*

*TRIGÉSIMO SEGUNDO: Sin lugar a protocolizar el presente laudo, en estricta aplicación y sujeción a la voluntad de las partes contenida en el escrito de compromiso. En consecuencia, por Secretaría deposítase el presente Laudo Arbitral en la Cámara de Comercio de Cartagena y una vez surtido este trámite, hágase entrega del expediente a las partes para la distribución de las piezas procesales.*

*TRIGÉSIMO TERCERO: Expedir copias auténticas del presente Laudo Arbitral a cada una de las partes y al Representante del Ministerio Público, con las constancias de ley –artículo 115, numeral 2º del C. de P. C.- (f. 291 a 298, c. ppal. del recurso extraordinario).*

## **ANTECEDENTES**

### **1. El contrato**

El 5 de septiembre de 2005, Conalvías S.A. –por una parte- y Transcaribe S.A. y el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena –por otra- celebraron el contrato de obra LPI-TC-001-05, cuyo objeto consistía (f.000001 y 000002, c. pruebas 1): “(...) construcción de un tramo de corredor del sistema integrado

de transporte masivo Transcaribe. De la India Catalina a la glorieta Santander-Cartagena de Indias Distrito Turístico y Cultural”.

## 2. El pacto arbitral

Las partes contratantes Conalvías S.A. y Transcaribe S.A.<sup>1</sup>. acordaron pacto arbitral, en la modalidad de compromiso, en el acuerdo logrado el día 20 de noviembre de 2008 (f. 000164 y 000165 c. ppal.) en los siguientes términos:

*Las partes acuerdan que las diferencias surgidas con ocasión del contrato de obra n.º LPI-TC-001-05, que se relacionan en adelante serán resueltas por un Tribunal de Arbitramento que se regirá conforme con las siguientes reglas: 1) El Tribunal estará integrado por los siguientes tres árbitros: Juan Carlos Expósito Vélez, Germán Alonso Burgos y Juan Ángel Palacio Hincapié designados de común acuerdo por las partes. 2) El procedimiento arbitral será el legal, es decir, que su trámite se regirá por las normas contenidas en el decreto 1818 de 1998 y en el Código de Procedimiento Civil, y las demás normas que las complementen o adicionen. 3) La sede del Tribunal será la ciudad de Cartagena, Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena. 4) El monto de los honorarios de cada árbitro será la suma de de \$120.000.000,00 (Ciento veinte millones de pesos) más IVA, el cual incluye los gastos de traslado y estadía. 5) Los honorarios de los árbitros y del secretario, así como todos los demás gastos que se generen con ocasión del trámite arbitral, incluyendo costos del centro de arbitraje, serán en principio asumidos por Conalvías S.A. Transcaribe S.A. reintegrará a Conalvías S.A. el valor de dichos costos en los términos de ley, pero sin intereses de mora, si las condenas pecuniarias a favor de Conalvías fuera superior al 90% de sus pretensiones. Si Conalvías S.A. obtiene un fallo favorable a sus pretensiones pecuniarias en un valor equivalente a un porcentaje que va entre el 50 y el 90 % Transcaribe reembolsará el 35% del costo del Tribunal sin intereses de ninguna índole. Si la condena a favor de Conalvías fuera inferior al 50%, Transcaribe no reembolsará valor alguno. 6) Las partes acuerdan que el laudo que se profiera con ocasión de este litigio no será objeto de protocolización sino que será depositado en la Cámara de Comercio de Cartagena. En relación con el expediente las partes acuerdan que una vez depositado el laudo en la Cámara de Comercio de Cartagena el resto del expediente será distribuido entre las partes atendiendo el aporte que hayan hecho de la documentación al expediente. 7) Las controversias respecto de las cuales se pronunciará el Tribunal serán las siguientes:*

*a) Las contenidas en el documento de reclamación contenido en la documentación n.º CSA-270-2492-08 de fecha 20 de noviembre de 2008, que se anexa a este compromiso y que se incluirá como*

---

<sup>1</sup> El demandado destacó que la relación entre el Distrito y Transcaribe corresponde a un mandato con representación y por ello si bien el Distrito intervino en las distintas actuaciones precontractuales y contractuales, estas se adelantaban a nombre de Transcaribe.

salvedad en el acta de liquidación (anexo 1) así como en la propia manifestación de salvedad de desacuerdo frente al acta de liquidación.

- b) Las relativas a los incumplimientos del contratista y el pago de los perjuicios a que haya lugar.
- c) Las excepciones propuestas por las partes". (f. 000164 y 000165, c. principal 1).

### 3. La demanda arbitral

El 6 de marzo de 2009, Conalvías S.A. presentó solicitud de convocatoria de Tribunal de Arbitramento y demanda ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena, con el fin de solucionar las diferencias surgidas entre las partes en relación con el contrato de obra LPI-TC-001-05 de 2005 (f. 000001 a 00000150, c. principal 1). Al efecto, solicitaron que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

#### A. DECLARATIVAS.

##### A.1. Ineficacia de algunas cláusulas contractuales.

*PRIMERO: Que se declare la ineficacia de la siguiente cláusula, por ser contraria a la normativa de orden público:*

*Cláusula Tercera del "Acta de suspensión al contrato de obra n.º LPI-TC-001-05 suscrito entre Transcaribe S.A. y Conalvías S.A." de fecha 23 de febrero de 2007:*

*"Conalvías S.A. renuncia a cualquier reclamación económica que pueda derivarse en (sic) la presente suspensión y por el término de la misma".*

*PRIMERA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN CONTENIDA EN EL NUMERAL PRIMERO: Que se declare que la siguiente cláusula carece de eficacia o es inaplicable en tanto que es contraria a principios jurídicos superiores:*

*Cláusula Tercera del "Acta de suspensión al contrato de obra n.º LPI-TC-001-05 suscrito entre Transcaribe S.A. y Conalvías S.A." de fecha 23 de febrero de 2007:*

*"Conalvías S.A. renuncia a cualquier reclamación económica que pueda derivarse en (sic) la presente suspensión y por el término de la misma".*

*SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN CONTENIDA EN EL NUMERAL PRIMERO: Que se declare la nulidad absoluta de la siguiente cláusula:*

*Cláusula Tercera del "Acta de suspensión al contrato de obra n.º LPI-TC-001-05 suscrito entre Transcaribe S.A. y Conalvías S.A." de fecha 23 de febrero de 2007:*

*"Conalvías S.A. renuncia a cualquier reclamación económica que pueda derivarse en (sic) la presente suspensión y por el término de la misma".*

*TERCERA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN CONTENIDA EN EL NUMERAL PRIMERO: Que se declare que la parte convocada abusó del derecho al imponerle a Conalvías S.A. la siguiente cláusula:*

*Cláusula Tercera del “Acta de suspensión al contrato de obra n.º LPI-TC-001-05 suscrito entre Transcaribe S.A. y Conalvías S.A.” de fecha 23 de febrero de 2007:*

*“Conalvías S.A. renuncia a cualquier reclamación económica que pueda derivarse en (sic) la presente suspensión y por el término de la misma”.*

*CUARTA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN CONTENIDA EN EL NUMERAL PRIMERO: Que se declare que la siguiente cláusula no puede ser entendida como una renuncia de Conalvías al restablecimiento del equilibrio de la ecuación económica del contrato y/o a la indemnización de los perjuicios que le fueron causados como consecuencia de la suspensión acordada en el Acta de fecha 23 de febrero de 2007:*

*Cláusula Tercera del “Acta de suspensión al contrato de obra n.º LPI-TC-001-05 suscrito entre Transcaribe S.A. y Conalvías S.A.” de fecha 23 de febrero de 2007:*

*“Conalvías S.A. renuncia a cualquier reclamación económica que pueda derivarse en (sic) la presente suspensión y por el término de la misma”.*

*SEGUNDO: Que se declare que Conalvías tiene derecho al restablecimiento del equilibrio de la ecuación económica del contrato, como consecuencia de la suspensión del contrato contenida en el acta suscrita por la partes el 23 de febrero de 2007, además de los restantes restablecimientos y/o indemnizaciones que se pretendan en este proceso, y que por ende, se condene a la parte convocada a efectuar todos los reconocimientos, compensaciones y pagos a que haya lugar por este concepto, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.*

*SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN CONTENIDA EN EL NUMERAL SEGUNDO: Que se declare que Conalvías tiene derecho a la indemnización integral de los perjuicios que se hayan ocasionado como consecuencia de la suspensión del contrato, contenida en el acta suscrita por las partes el 23 de febrero de 2007, además de las restantes indemnizaciones que se pretendan en este proceso, y que por ende, se condene a la parte convocada a efectuar todos los reconocimientos, compensaciones y pagos a que haya lugar por este concepto, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.*

*A.2.Ineficacia de los plazos contractuales para acudir a los mecanismos de solución de controversias y acceso a la justicia-Pronunciamiento del tercero designado por la Sociedad Colombiana de Ingenieros en relación con las peticiones de Conalvías relativas al impuesto de timbre retenido en exceso, mora en la entrega del anticipo y sobrecostos financieros por la ampliación de la garantía de buen manejo del anticipo.*

*TERCERO: Que se declare que los plazos contractuales establecidos unilateralmente por la parte convocada en las cláusulas 24.1, 25.1 y 25.2 de las "Condiciones del Contrato" son ineficaces.*

*PRIMERA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN CONTENIDA EN EL NUMERAL TERCERO: Que se declare que los plazos contractuales establecidos unilateralmente por la parte convocada en las cláusulas 24.1, 25.1 y 25.2 de las "Condiciones del Contrato" carecen de eficacia o son inaplicables.*

*SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN CONTENIDA EN EL NUMERAL TERCERO: Que se declare que los plazos contractuales establecidos unilateralmente por la parte convocada en las cláusulas 24.1, 25.1 y 25.2 de las "Condiciones del Contrato" son nulos.*

*TERCERA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN CONTENIDA EN EL NUMERAL TERCERO: Que se declare que los plazos contractuales establecidos unilateralmente por la parte convocada en las cláusulas 24.1, 25.1 y 25.2 de las "Condiciones del Contrato" no son aplicables para efectos de que Conalvías pueda ejercer su legítimo derecho de acceso a la justicia.*

*CUARTO: Que se declara que no es vinculante para Conalvías el pronunciamiento de fecha 22 de octubre de 2007 del tercero designado por la Sociedad Colombiana de Ingenieros en relación con: (i). La retención por la parte convocada de mayores valores por concepto de impuesto de timbre en perjuicio de Conalvías; (ii). El no pago de la parte convocada a Conalvías de los intereses de mora o costos financieros o lucro cesante derivados de la no entrega oportuna del anticipo, y (iii). El pago de los sobrecostos financieros que asumió Conalvías por concepto de la ampliación de la garantía bancaria del anticipo como consecuencia de la no entrega oportuna de dicho anticipo por la parte convocada.*

*SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN CONTENIDA EN EL NUMERAL CUARTO: Que se declare la nulidad del pronunciamiento de fecha 22 de octubre de 2007 proferido por el tercero designado por la Sociedad Colombiana de Ingenieros en relación con las siguientes controversias surgidas entre las partes: (i). La retención de la parte convocada de mayores valores por concepto de impuesto de timbre en perjuicio de Conalvías; (ii). El no pago de la parte convocada a Conalvías de los intereses de mora o costos financieros o lucro cesante derivados de la no entrega oportuna del anticipo, y (iii). El pago de los sobrecostos financieros que asumió Conalvías por concepto de la ampliación de la garantía bancaria del anticipo como consecuencia de la no entrega oportuna de dicho anticipo por la parte convocada.*

*A.3 Incumplimiento de la parte convocada.*

*QUINTO: Que se declare que la parte convocada incumplió su deber de planeación en relación con el contrato de obra pública n.º LPI-TC-001-05.*

*SEXTO: Que se declare que la parte convocada incumplió sus obligaciones como entidad contratante frente a Conalvías, al*

*suministrarle diseños, estudios y planos para la ejecución del contrato de obra pública n.º LPI-TC-001-05 inexactos, inidóneos, técnicamente inviables y/o que no correspondieron a la realidad del proyecto que se contrató.*

*SÉPTIMO: Que se declare que la parte convocada incumplió sus obligaciones como entidad contratante frente a Conalvías, al no suministrarle oportunamente a esta la totalidad de los diseños, estudios y planos para la ejecución del contrato de obra pública n.º LPI-TC-001-05.*

*OCTAVO: Que se declare que la parte convocada incumplió sus obligaciones como entidad contratante frente a Conalvías al no entregarle oportunamente a esta la totalidad de los predios y zonas necesarias para la ejecución del contrato de obra pública n.º LPI-TC-001-05.*

*NOVENO: Que se declare que como consecuencia de los incumplimientos de la parte convocada, se desequilibró la ecuación económica del contrato de obra pública n.º LPI-TC-001-05 en perjuicio de Conalvías, que debe ser integralmente restablecida mediante la correspondiente indemnización de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.*

*PRIMERA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN CONTENIDA EN EL NUMERAL NOVENO: Que se declare que como consecuencia de los incumplimientos de la parte convocada, esta le causó perjuicios a Conalvías por daño emergente y lucro cesante, que deben ser indemnizados de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.*

*A.4. Hechos de terceros, ajenos y no imputables a Conalvías que afectaron la ejecución del contrato.*

*DÉCIMO: Que se declare que con posterioridad a la celebración del contrato de obra pública n.º LPI-TC-001-05 y durante su ejecución, se presentaron hechos de terceros, ajenos y no imputables a Conalvías, que afectaron la ejecución de las obras.*

*UNDÉCIMO: Que se declare que como consecuencia de lo resuelto en la pretensión contenida en el numeral décimo, se afectó el equilibrio de la ecuación económica del contrato de obra pública n.º LPI-TC-001-05 en perjuicio de Conalvías, que debe ser integralmente restablecida mediante la correspondiente indemnización de conformidad con lo que pruebe en el proceso.*

*SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN CONTENIDA EN EL NUMERAL UNDÉCIMO: Que se declare que como consecuencia de lo resuelto en la pretensión contenida en el numeral décimo, se le causaron perjuicios a Conalvías por daño emergente y lucro cesante, que deben ser indemnizados por la parte convocada de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.*

*A.5 Mayor permanencia en obra.*

*DUODÉCIMO: Que se declare que en la ejecución del contrato de obra pública n.º LPI-TC-001-05, Conalvías tuvo que permanecer en la obra un plazo superior frente al inicialmente previsto, por causas ajenas y no imputables a esta.*

*DECIMOTERCERO: Que se declare que como consecuencia de haber tenido Conalvías que permanecer un mayor tiempo en obra frente al inicialmente previsto, esta incurrió en mayores costos que no han sido resarcidos por la parte convocada.*

*DECIMOCUARTO: Que se declare que como consecuencia de haber tenido Conalvías que permanecer un mayor tiempo en obra frente al inicialmente previsto, se desequilibró la ecuación económica del contrato de obra pública n.º LPI-TC-001-05 en perjuicio de Conalvías, que debe ser integralmente restablecida mediante la correspondiente indemnización de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.*

*SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN CONTENIDA EN EL NUMERAL DECIMOCUARTO: Que se declare que como consecuencia de haber tenido Conalvías que permanecer un mayor tiempo en obra frente al inicialmente previsto, se le causaron perjuicios a Conalvías por daño emergente y lucro cesante, los cuales deben ser indemnizados por la parte convocada, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.*

*A.6. Circunstancias imprevistas, imprevisibles, ajenas y en todo caso no imputables a Conalvías.*

*DECIMOQUINTO: Que se declare que con posterioridad a la presentación de la propuesta por parte de Conalvías y durante la ejecución del contrato de obra pública n.º LPI-TC-001-05 ocurrió un alza desmesurada, imprevista e imprevisible de los costos del cobre y del aluminio en el mercado.*

*DECIMOSEXTO: Que se declare que como consecuencia del alza desmesurada, imprevista e imprevisible de los costos del cobre y el aluminio, Conalvías incurrió en mayores costos para ejecutar la obra.*

*DECIMOSÉPTIMO: Que se declare que la parte Convocada incumplió el deber de revisar el contrato de obra pública n.º LPI-TC-001-05 ante el alza desmesurada, imprevista e imprevisible de los costos del cobre y el aluminio que tornaron las condiciones de ejecución del contrato excesivamente más onerosas para Conalvías, incumplimiento que le ocasionó a Conalvías perjuicios por daño emergente y lucro cesante, que no tiene el deber de soportar y que deben ser indemnizados por la parte convocada, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.*

*DECIMOCTAVO: Que se declare que como consecuencia del alza desmesurada, imprevista e imprevisible de los costos del cobre y el aluminio, se desequilibró la ecuación económica del contrato de obra pública n.º LPI-TC-001-05 en perjuicio de Conalvías, que debe ser integralmente restablecida con la correspondiente indemnización de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.*

*SUBSIDIARIA LA PRETENSIÓN CONTENIDA EN EL NUMERAL DECIMOCTAVO: Que se declare que como consecuencia del alza desmesurada, imprevista e imprevisible de los costos del cobre y el aluminio, las condiciones de ejecución del contrato de obra pública n.º LPI-TC-001-05 se tornaron excesivamente más onerosas, ocasionándole perjuicios por daño emergente y lucro cesante que no tiene el deber de soportar y que deben ser indemnizados por la parte convocada, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.*

*A.7. Reconocimiento y pago a Conalvías de las mayores cantidades de obra ejecutadas por esta.*

*DECIMONOVENO: Que se declare que durante la ejecución del contrato de obra pública n.º LPI-TC-001-05, por razones ajenas y no imputables a Conalvías, en desarrollo del programa de compensación forestal, esta tuvo que suministrar y sembrar más árboles que los inicialmente previstos en los documentos contractuales correspondientes, cuyo costo no ha sido reconocido ni pagado a Conalvías por la parte convocada.*

*VIGÉSIMO: Que se declare que como consecuencia de lo resuelto en la pretensión contenida en el numeral decimonoveno, se desequilibró la ecuación económica del contrato de obra pública n.º LPI-TC-001-05 en perjuicio de Conalvías, que debe ser integralmente restablecida con la correspondiente indemnización de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.*

*SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN CONTENIDA EN EL NUMERAL VIGÉSIMO: Que se declare que como consecuencia de lo resuelto en la pretensión contenida en el numeral decimonoveno, se le causaron perjuicios a Conalvías por daño emergente y lucro cesante que deben ser indemnizados de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.*

*A.8. Retención de la parte convocada a Conalvías de un porcentaje del valor del contrato, superior al previsto en la ley, por concepto de impuesto de timbre.*

*VIGÉSIMO PRIMERO: Que se declare que el contrato fue celebrado inicialmente entre Conalvías y el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena.*

*VIGÉSIMO SEGUNDO: Que se declare que durante la etapa precontractual, el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena le informó a los interesados en la licitación que el monto que debía asumir el futuro contratista por concepto del impuesto de timbre era el 0,75% del valor del contrato.*

*VIGÉSIMO TERCERO: Que se declare que con posterioridad a la celebración del contrato, la parte convocada le retuvo a Conalvías el 1,5% del valor total del contrato por concepto del impuesto de timbre, tanto del monto inicial del contrato, como de los montos adicionados con el Otrosí n.º 7.*

*VIGÉSIMO CUARTO: Que se declare que la parte convocada sólo podía descontarle a Conalvías por concepto de impuesto de timbre el*

0,75% sobre el valor total del contrato y sus adiciones, por lo que debe devolver a Conalvías el valor retenido en exceso por dicho concepto, junto con sus correspondientes intereses.

A.9 Entrega tardía del anticipo previsto en el contrato a favor de Conalvías y sobrecostos por ampliación de la garantía bancaria para garantizar el anticipo.

VIGÉSIMO QUINTO: Que se declare que la parte convocada incumplió el contrato de obra pública n.º LPI-TC-001-05 al no entregarle a Conalvías dentro del plazo contractual previsto, los dineros correspondientes al anticipo.

VIGÉSIMO SEXTO: Que se declare que como consecuencia de la no entrega oportuna del anticipo, Conalvías tuvo que sufragar las comisiones bancarias para la correspondiente ampliación de la garantía bancaria de buen manejo del anticipo, incurriendo en mayores costos.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que se declare que como consecuencia de lo resuelto en las pretensiones contenidas en los numerales vigésimo quinto y vigésimo sexto, se desequilibró la ecuación económica del contrato de obra pública n.º LPI-TC-001-05 en perjuicio de Conalvías, la cual debe ser integralmente restablecida con la correspondiente indemnización de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.

SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN CONTENIDA EN EL NUMERAL VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que se declare que como consecuencia de lo resuelto en las pretensiones contenidas en los numerales vigésimo quinto y vigésimo sexto, se le causaron perjuicios a Conalvías, que deben ser indemnizados integralmente de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.

A.10 Ajuste de precios contractuales

VIGÉSIMO OCTAVO: Que se declare que como consecuencia de las prórrogas del plazo inicial del contrato, Conalvías debió ejecutar la obra en condiciones más onerosas a las inicialmente previstas en el momento de la elaboración de la oferta económica, en razón del aumento de los precios en el mercado.

VIGÉSIMO NOVENO: Que se declare que la parte convocada no actualizó ni ajustó los precios contractuales durante el desarrollo del contrato ni en la liquidación de este, por lo que deberá pagarle Conalvías las sumas de dinero que resulten probadas dentro del proceso como consecuencia de la correspondiente actualización de precios (ajuste de precios).

TRIGÉSIMO: Que se declare que como consecuencia de lo resuelto en las pretensiones contenidas en los numerales vigésimo octavo y vigésimo noveno, se desequilibró la ecuación económica del contrato de obra pública n.º LPI-TC-001-05 en perjuicio de Conalvías que debe ser integralmente restablecida con la correspondiente indemnización de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.

*SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN CONTENIDA EN EL NUMERAL TRIGÉSIMO PRINCIPAL: Que se declare que como consecuencia de lo resuelto en las pretensiones contenidas en los numerales vigésimo octavo y vigésimo noveno, se le causaron perjuicios a Conalvías, los cuales deben ser indemnizados integralmente, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.*

*A.11 No pago de las sumas correspondientes a la "Retención en garantía" prevista contractualmente.*

*TRIGÉSIMO PRIMERO: Que se declare que la parte convocada, no le ha devuelto a Conalvías las sumas correspondientes a la "Retención en garantía".*

*TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que como consecuencia de la pretensión anterior, se declare que la parte convocada tiene la obligación de devolverle a Conalvías las sumas correspondientes a la totalidad de la "Retención en garantía".*

*A.12 Costos de oportunidad*

*TRIGÉSIMO TERCERO: Que se declare que Conalvías sufrió perjuicios derivados de los costos financieros de oportunidad que hubo de soportar durante la ejecución del contrato de obra pública n.º LPI-TC-001-05, por razones no imputables a ella, tales como, la mayor permanencia en obra, la mora en el pago del anticipo, sobrecostos por ampliación de la garantía bancaria para garantizar el anticipo, impuesto de timbre retenido en exceso, mayores cantidades de obra ejecutadas y no pagadas, sobrecostos de los insumos utilizados en la obra, el no pago del ajuste de precios y la no devolución de la retención en garantía, los cuales deben ser indemnizados, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.*

*A.13. Indemnización integral de los perjuicios causados*

*TRIGÉSIMO CUARTO: Que se declare que la parte convocada debe restablecer íntegramente el equilibrio de la ecuación económica del contrato de obra pública n.º LPI-TC-001-05 a favor de Conalvías, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso, toda vez que dicho equilibrio se quebrantó por razones ajenas y no imputables a Conalvías.*

*PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN CONTENIDA EN EL NUMERAL TRIGÉSIMO CUARTO: Que se declare que la parte convocada debe indemnizar integralmente a Conalvías la totalidad de los perjuicios que esta última sufrió en la ejecución del contrato de obra pública n.º LPI-TC-001-05, tanto por daño emergente como por lucro cesante, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.*

*SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN CONTENIDA EN EL NUMERAL TRIGÉSIMO CUARTO: Que se declare que la parte convocada debe indemnizar el daño antijurídico sufrido por la Convocante, por causas no imputables a ella, de conformidad con lo que se pruebe en este proceso.*

*TERCERA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN CONTENIDA EN EL NUMERAL TRIGÉSIMO CUARTO: Que se declare que la parte convocada debe indemnizar integralmente a Conalvías la totalidad de los perjuicios que esta última sufrió en la ejecución del contrato de obra pública n.º LPI-TC-001-05, tanto por daño emergente como por lucro cesante, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso, pues de lo contrario se configuraría un enriquecimiento sin causa, a favor de la parte convocada.*

**B. CONDENAS DERIVADAS DE LAS PRETENSIONES ANTERIORES**

*TRIGÉSIMO QUINTO: Que se condene a la parte convocada a pagar a Conalvías las sumas que conforme a lo que se pruebe en este proceso haya lugar para el restablecimiento integral de la ecuación económica del contrato de obra pública n.º LPI-TC-001-05 y sus contratos adicionales, incluida la utilidad a la que tiene derecho, mediante el reconocimiento y pago de la indemnización actualizada de la totalidad de los perjuicios ocasionados a Conalvías, tanto por daño emergente como por lucro cesante, incluyendo entre otros, los siguientes conceptos:*

*(i). El reconocimiento y pago de los perjuicios por mayor permanencia en obra, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso;*

*(ii). El reconocimiento y pago de la actualización y ajuste de precios durante la ejecución del contrato;*

*(iii). El reconocimiento y pago actualizado de las mayores cantidades de obra ejecutadas por Conalvías;*

*(v). (sic) El reconocimiento y pago actualizado de la totalidad de los sobrecostos de todo orden en que incurrió Conalvías, derivados de la ejecución del contrato de obra pública n.º LPI-TC-001-05 y sus adicionales;*

*(vi). La devolución actualizada de lo retenido en exceso por concepto de impuesto de timbre;*

*(vii) El reconocimiento y pago de los valores que tuvo que pagar Conalvías por ampliación de la garantía bancaria para garantizar el anticipo;*

*(viii). El reconocimiento y pago de los intereses de mora por concepto de la entrega tardía del anticipo;*

*(ix). El reconocimiento y pago del costo de oportunidad y financiero, y*

*(x). El reconocimiento y pago actualizado de la utilidad a la que tiene derecho Conalvías, de acuerdo con lo que se pruebe en este proceso.*

*PRIMERA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN CONTENIDA EN EL NUMERAL TRIGÉSIMO QUINTO: Que se condene a la parte Convocada a reconocer y pagar a Conalvías, de conformidad con lo*

que se pruebe en el proceso, la indemnización actualizada de la totalidad de los perjuicios ocasionados a Conalvías, tanto por daño emergente como por lucro cesante, incluyendo entre otros los siguientes conceptos:

(i). El reconocimiento y pago de los perjuicios por mayor permanencia en obra, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso;

(ii). El reconocimiento y pago de la actualización y ajuste de precios durante la ejecución del contrato;

(iii). El reconocimiento y pago actualizado de las mayores cantidades de obra ejecutadas por Conalvías;

(iv). El reconocimiento y pago actualizado de la totalidad de los sobrecostos de todo orden en que incurrió Conalvías, derivados de la ejecución del contrato de obra pública n.º LPI-TC-001-05 y sus adicionales;

(v). La devolución actualizada de lo retenido en exceso por concepto de impuesto de timbre;

(vi) El reconocimiento y pago de los valores que tuvo que pagar Conalvías por ampliación de la garantía bancaria para garantizar el anticipo;

(vii). El reconocimiento y pago de los intereses de mora por concepto de la entrega tardía del anticipo;

(viii). El reconocimiento y pago del costo de oportunidad y financiero, y

(ix). El reconocimiento y pago actualizado de la utilidad a la que tiene derecho Conalvías, de acuerdo con lo que se pruebe en este proceso.

**SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN CONTENIDA EN EL NUMERAL TRIGÉSIMO QUINTO:** Que en todo caso se condene a la parte convocada a reconocer y pagar a Conalvías, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso, el valor correspondiente a la pérdida en la que incurrió Conalvías en la ejecución del contrato de obra pública n.º LPI-TC-001-05, la utilidad que no pudo percibir Conalvías y el costo de oportunidad y financiero.

**TRIGÉSIMO SEXTO:** Que se condene a la parte convocada a devolverle a Conalvías el pago actualizado de las sumas correspondientes a la "Retención en garantía" prevista contractualmente, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.

### **C. ACTUALIZACIÓN E INTERESES**

**TRIGÉSIMO SÉPTIMO:** Que se condene a la parte convocada a pagar a Conalvías, intereses moratorios a la tasa establecida en la Ley 80 de 1993, sobre todas las sumas a las que resulte condenada, a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena y hasta la fecha del laudo.

*PRIMERA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN CONTENIDA EN EL NUMERAL TRIGÉSIMO SÉPTIMO: Que se condene a la parte convocada a pagar a Conalvías, intereses de mora a la más alta tasa aplicable legalmente, sobre todas las sumas a las que resulte condenada, a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena y hasta la fecha del laudo.*

*SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN CONTENIDA EN EL NUMERAL TRIGÉSIMO SÉPTIMO: Que se condene a la parte convocada a pagar a Conalvías intereses moratorios o remuneratorios y/o actualización, según el caso, a la tasa que el Tribunal establezca, sobre todas las sumas a las que resulte condenada, a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena y hasta la fecha del laudo, o desde cuando el Tribunal considere estos se deben causar conforme a lo que se pruebe en el proceso.*

*TERCERA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN CONTENIDA EN EL NUMERAL TRIGÉSIMO SÉPTIMO: Que se condene a la parte convocada a pagar a Conalvías intereses moratorios sobre todas las sumas a las que resulte condenada, a partir de la notificación de la demanda, en los términos del artículo 884 del Código de Comercio y el valor correspondiente a la actualización con IPC sobre todas las sumas a las que resulte condenada, aplicado este último a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena y hasta la fecha de presentación de la demanda.*

*TRIGÉSIMO OCTAVO: Que en caso de mora en el pago de la suma a la cual resulte condenada la parte convocada se le ordene pagar intereses moratorios a la más alta tasa aplicable legalmente, a partir de la ejecutoria del Laudo.*

**D. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO:**

*TRIGÉSIMO NOVENO: Que se condene a la parte convocada a pagar las costas que se generen como consecuencia de este proceso, así como las agencias en derecho. (fls. 14 a 26, c. principal 1)<sup>2</sup>.*

#### **4. La causa de la solicitud**

Las pretensiones se sustentan en la situación fáctica que se resume así (fls. 27 a 118, c. principal 1):

4.1. El 5 de septiembre de 2005, una vez surtido el proceso de selección de licitación pública internacional n.º LPI-TC-001-05, Conalvías y el Distrito de Cartagena<sup>3</sup> mediante su Secretaría de Infraestructura y Conalvías

---

<sup>2</sup> La demanda fue reformada (f. 467 a 625 c. principal 2).

<sup>3</sup> El Distrito y Transcaribe [antes sociedad por acciones de naturaleza pública y hoy Empresa Industrial y Comercial del Estado] celebraron el 23 de diciembre de 2004 un convenio interadministrativo, con el objeto de definir las condiciones bajo las cuales las entidades cooperarían en el desarrollo del proceso de selección

celebraron el contrato de obra pública n.º LPI-TC-001-05003 para la construcción de un tramo del corredor del sistema integrado de transporte masivo Transcaribe de la India Catalina a la Glorieta Santander de Cartagena de Indias D.T. y C. por un valor inicial de \$17.522.201.965,00 y un plazo de nueve meses, contados a partir del acta de inicio<sup>4</sup>.

4.2. La ejecución del contrato se vio afectada por las siguientes razones: (i) mayor permanencia en obra por causas ajenas y no imputables a Conalvías por un valor de \$ 9.663.501.781,00; (ii) incumplimiento contractual de la parte convocada derivado del suministro de planos, estudios y diseño para la construcción de la obra inexactos, técnicamente inviables y/o que no correspondieron a la realidad y el suministro tardío de planos, estudios y diseños necesarios para la construcción (indefinición técnica de la parte convocada en relación con el diseño de las redes de drenaje, la convocada no entregó oportunamente los planos y diseños de redes de servicios públicos debidamente aprobados, la decisión de la convocada de suspender durante un prolongado período de tiempo las obras sobre la Avenida Blas de Lezo en contravía de los estudios y diseños previamente elaborados y suministrados); (iii) incumplimiento contractual de la convocada por no entregar a Conalvías y/o haberle entregado tardíamente los predios necesarios para ejecutar el contrato; (iv) el cronograma inicial de obra se vio

---

de contratistas, adjudicación y celebración de contratos, pago de obligaciones y ejecución de las obras requeridas para la infraestructura física del sistema Transcaribe, así como para la contratación de las interventorías correspondientes. En consecuencia el contrato de obra pública n.º LPI-TC-001-05 lo suscribieron Transcaribe, el Distrito y Conalvías, el Distrito en calidad de contratante y Conalvías en condición de contratista.

<sup>4</sup> El 31 de diciembre de 2004 el Distrito, por intermedio de la Secretaría de Infraestructura, dio apertura a la licitación pública internacional n.º LPI-TC-001-05, cuyo objeto consistió en contratar la construcción del sistema integrado de transporte masivo de Cartagena, del Tramo comprendido entre la India Catalina y la Glorieta Santander del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena. En el pliego y el contrato de obra resultante, se señaló que Transcaribe intervendría como *“titular del sistema de transporte masivo Transcaribe y ordenador de los pagos”* (numeral 1.1 de la sección cuarta del contrato, denominada “Datos del contrato”). La licitación no fue adjudicada inicialmente, por cuanto el 22 de junio de 2005 el Banco Mundial emitió su concepto de objeción a la recomendación de adjudicación presentada por el Comité Evaluador el 16 de junio. Una vez modificado el pliego de condiciones, el 6 de julio siguiente el Banco Mundial autorizó la reiniciación del proceso de contratación, bajo la denominación de “relicitación”. A este proceso fueron llamadas las mismas firmas proponentes que presentaron oferta en la licitación inicial.

Producto de la manifestación de “No conformidad” de Conalvías respecto de los estudios y diseños, las partes el 26 de diciembre de 2005 suscribieron un otrosí con el propósito de adecuar las estipulaciones contractuales a la realidad del proyecto. La parte convocada compensó los sobrecostos en que incurrió Conalvías, como consecuencia de la ampliación del plazo derivada del otrosí n.º 1, mayores costos que no se reclaman con la demanda arbitral.

Luego de varias suspensiones pactadas, se suscribieron varios otrosí por medio de los cuales acordaron ampliar el plazo del contrato.

afectado como consecuencia de hechos ajenos y no imputables a Conalvías que llevaron a que fuera necesario suscribir constantes prórrogas y suspensiones al plazo contractual; (v) Variaciones de precios de materiales, insumos, como consecuencia de la extensión del plazo contractual, por causas ajenas y no imputables a Conalvías; (vi) circunstancias imprevistas, imprevisibles, ajenas y en todo caso no imputables a Conalvías, que afectaron el equilibrio económico del contrato en perjuicio de la convocante (alza desmesurada, imprevista e imprevisible de los costos del cobre y el aluminio en el mercado, demora por parte de las autoridades competentes en la aprobación de los Planes de Manejo de Tráfico presentados por Conalvías); (vii) No pago de la parte convocada a Conalvías de las mayores cantidades de obra ejecutadas y recibidas a satisfacción y otros sobrecostos (acero de refuerzo frente a la remuneración global para carriles Solo Bus en la avenida Venezuela); (viii) No pago de los sobrecostos por concepto de suministro y siembra de árboles para el programa de compensación forestal); (ix) Retención por la parte convocada de un porcentaje superior al previsto en la ley, por concepto de impuesto de timbre en perjuicio de Conalvías y (x) Mora en el pago del anticipo.

4.3. Transcribe le adeuda a Conalvías \$12.486.089.017, suma a la que deben adicionarse los intereses de mora, la indexación correspondiente y el lucro cesante, teniendo en cuenta el costo de oportunidad.

## **5. Integración del Tribunal de Arbitramento y admisión de la demanda**

El 19 de marzo de 2009 se celebró la audiencia de instalación del Tribunal de Arbitramento y se admitió la demanda (f. 184 a 186 c. principal 1).

## **6. La oposición de la convocada**

Transcaribe S.A., en la contestación de la demanda (f. 189 a 244, c. ppal. 1 y 635 a 657 c. ppal. 2<sup>5</sup>), se opuso a las pretensiones, por cuanto (i) ninguna prórroga se pactó por los motivos que se indican en la demanda (causas ajenas y no imputables a Conalvías) y por el contrario el incumplimiento de Conalvías tuvo incidencia directa en el mayor plazo; (ii) no es cierto que haya habido un incumplimiento de la convocada en materia de suministro de planos, estudios y diseños para la construcción de las obras y lo que hubo fue divergencia en aspectos técnicos (i.e. box culbert); (iii) tampoco es cierto que hubiere incumplido la entrega de los predios para la ejecución de la obra, ya que según los pliegos los predios se entregarían cuando se requirieran para ejecutar la obra y no al inicio; (iv) las prórrogas y suspensiones del contrato no obedecieron a incumplimientos de la entidad contratante; (v) debe probarse que hubo un alza desmesurada e imprevisible de los precios del cobre y el aluminio; (vi) los planos y diseños no pueden reflejar el número exacto de árboles por suministrar y sembrar, el mayor o menor número cae en el riesgo que se asume por tratarse de un contrato pactado a precios globales, además el contratista fue compensado económicamente y debe descontarse a favor de Transcaribe el valor de 34 unidades; (vii) No es cierto que se haya presentado una retención de un porcentaje superior al previsto en la ley, por concepto de impuesto de timbre, asunto que además fue resuelto por el amigable componedor y (viii) en relación con el pago del anticipo también fue resuelto por el amigable componedor , además la factura fue presentada. Al efecto propuso las siguientes excepciones: responsabilidad de Conalvías en el mayor plazo; diseños adecuados pero ajustables y modificables; carácter vinculante del certificado de conformidad y apropiación o aceptación de diseños; plazo vinculante e integrador de las causas del mayor plazo; irrelevancia de mayores costos en que incurrió el contratista; falta de competencia del Tribunal de Arbitramento; excepción de contrato no cumplido; inimputabilidad de Transcaribe en la no devolución de la retención en garantía.

---

<sup>5</sup> En este segundo escrito se pronunció exclusivamente en relación con (i) los aspectos nuevos o modificados de los hechos de la demanda y (ii) los hechos nuevos de la reforma, por lo que el mismo se entiende como adición y no sustitución del documento de contestación de la demanda.

La parte convocada, asimismo, formuló demanda de reconvención en la que solicitó que se declarara que Conalvías incumplió el contrato y que como consecuencia se le condenara al pago de la cláusula penal pecuniaria y de los perjuicios que se demuestren en el proceso.

## **7. El laudo arbitral recurrido**

7.1. El Tribunal de Arbitramento, en audiencia celebrada el 8 de abril de 2011 (f. 1 a 298, c. ppal. recurso), dictó el laudo que se recurre, en el que se adoptaron las decisiones arriba transcritas, con base en las siguientes consideraciones.

Luego de estudiar los presupuestos procesales, se ocupó de las objeciones a los dictámenes periciales, tacha de sospecha de los testigos, subrayó que las mismas partes delimitaron de manera precisa la competencia del Tribunal de Arbitramento en el sentido de cuáles serían las controversias sobre las cuales podría pronunciarse. Destacó que las partes liquidaron de común acuerdo el contrato objeto de la controversia y sólo Conalvías dejó algunas salvedades expresas en el contenido del acta. Al efecto puso de relieve que la liquidación bilateral es un verdadero negocio jurídico que envuelve una transacción.

Señaló que las cláusulas que contienen una renuncia a reclamar por parte del contratista por el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, se tornan en ineficaces por contravenir el ordenamiento jurídico. Destacó que la prosperidad de la pretensión sobre ineficacia lo libera de hacer análisis de las pretensiones subsidiarias. En relación con la ineficacia de plazos contractuales para acudir a los mecanismos de solución de las controversias, precisó que los componedores carecen de competencia para decidir el conflicto, por cuanto la petición no fue presentada dentro del término previsto en el contrato para su procedencia.

Respecto al incumplimiento del deber de planeación, destacó que este procedimiento licitatorio y el contrato estuvieron precedidos de unos deficientes e inidóneos estudios y diseños. Frente a los hechos de terceros no imputables a Conalvías, analizó los riesgos asumidos por las partes según el contrato y aunque encontró que estos hechos se presentaron, no está demostrado que generaron perjuicios a Conalvías distintos e independientes de aquellos reclamados en virtud de la mayor permanencia en obra.

Abordó a continuación la mayor permanencia en obra, destacó que las pruebas revelan que la prórroga del contrato, tuvo como causa principal la entrega extemporánea e incompleta de las áreas o zonas de trabajo que hacían parte del alcance contractual y que debían ser intervenidas. Luego estudió los perjuicios causados y la prueba de los mismos y destacó que la prueba pericial técnica no es pertinente para demostrar los perjuicios deprecados por la convocante y que los indicios que obran en el plenario no son suficientes para tener por comprobado que la sociedad contratista incurrió en sobrecostos debido al mayor tiempo que debió permanecer ejecutando la obra.

En relación con los gastos adicionales pagados en exceso por costos indirectos del contrato, encontró que el perjuicio deprecado estaba demostrado. En cuanto el alza en los costos del cobre y el aluminio, indicó que con posterioridad a la presentación de la propuesta existió una variación imprevista e imprevisible de los precios del cobre y el aluminio. Encontró demostrada la mayor ejecución contractual por compensación forestal y debido a la intervención adicional de 117 individuos que aun no han sido reconocidos, accedió a estas pretensiones.

En cuanto a la reclamación presentada por la entidad convocante sobre la retención del impuesto de timbre nacional, destacó que el pacto contractual logrado entre el Distrito y Transcaribe corresponde a un mandato con representación, por lo que si bien el Distrito intervino en las distintas actuaciones precontractuales y contractuales, estas se adelantaban a nombre de Transcaribe, encontró que ninguno de los otorgantes del contrato estaba exento del pago de dicho tributo.

En relación con la entrega tardía del anticipo encontró acreditado un retardo de casi cinco (5) meses para dar cumplimiento a esta obligación. En cuanto a los gastos por concepto de ampliación de la garantía señaló que no hay duda que esta debió extenderse a raíz del incumplimiento de Transcaribe y ordenó el reintegro de la suma retenida en garantía.

Respecto de la demanda de reconvención reiteró que la conducta de Transcaribe fue inequívoca en el sentido de no dejar salvedades respecto de los supuestos incumplimientos que pretendía y por ello negó las pretensiones. Luego se pronunció sobre las excepciones propuestas.

#### **8. La impugnación**

La convocante formuló recurso de anulación y, para el efecto, propuso la causal del numeral 9º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, esto es, no haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento (f. 305 a 344, c. ppal.).

La sustentación, oposición y análisis de la causal aducida se hará en la parte considerativa de esta providencia.

#### **9. El concepto del Ministerio Público**

El Ministerio Público, a través del Procurador Quinto Delegado ante el Consejo de Estado (f. 346 a 353, c. principal), dentro del traslado especial, conceptuó, una vez expuestos los antecedentes del recurso extraordinario de anulación y las características jurídicas del mismo, que el laudo arbitral se encuentra inmerso en la causal del numeral 9º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 –por no haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento- en tanto el Tribunal no se pronunció respecto de las pretensiones trigésima tercera, trigésima quinta, trigésimo séptima, primera subsidiaria a la pretensión contenida en el numeral trigésimo séptimo y tercera subsidiaria a la pretensión contenida en el numeral trigésimo séptimo, contenidas en la adición a la demanda arbitral.

## CONSIDERACIONES

Para resolver el recurso extraordinario de anulación interpuesto, la Sala analizará los siguientes aspectos: i) la competencia del Consejo de Estado para conocer el presente asunto; ii) los alcances del arbitramento y del recurso de anulación contra laudos y iii) el recurso de anulación en el caso concreto (estudio del cargo formulado).

### Competencia

1. El Consejo de Estado es competente para conocer del presente recurso de anulación, en los términos del artículo 1º de la Ley 1107 de 2.006<sup>6</sup>, en consideración a que fue proferido para dirimir un conflicto surgido con ocasión del contrato de obra LPI-TC-001-05 de 5 de septiembre de 2005, en el que una de las partes, Transcaribe S.A., es una entidad pública.

---

<sup>6</sup> Con arreglo al cual “*La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley (...)*”.

De suerte que al modificarse la cláusula general de competencia prevista en el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, se adoptó un criterio orgánico, por cuya virtud el factor determinante para atribuir la competencia es la naturaleza jurídica pública de una de las partes.

Conviene destacar que el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena y Transcaribe S.A. celebraron el 23 de diciembre de 2004 un convenio interadministrativo, por el que la segunda confirió al primero un mandato con representación para adelantar los procesos públicos de selección de contratistas para la ejecución de las obras de la infraestructura física del sistema Transcaribe; al paso que la segunda adquirió la obligación del manejo presupuestal de los recursos y del pago efectivo a los contratistas seleccionados, además de intervenir directamente en todos los procesos contractuales y su correspondiente ejecución.

En efecto, luego de advertir en las consideraciones que Transcaribe S.A. es la entidad titular y gestora del SITM (Sistema Integrado de Transporte Masivo para Cartagena de Indias); que esta al ser una entidad de reciente creación y que se encuentra en proceso de consolidación, no cuenta con la experiencia ni la logística necesarias para adelantar de manera autónoma los procesos de selección de contratistas para la construcción de las obras de infraestructura que se requieren para la puesta en marcha del SITM y que el Distrito de Cartagena, a través de su Secretaría de Infraestructura será el encargado de ejecutar y materializar los procesos de selección de contratistas con la directa colaboración de Transcaribe”adjudicando y celebrando los contratos resultantes, a nombre y representación de Transcaribe S.A.; entidad responsable de efectuar los pagos derivados de los contratos, por intermedio de un encargo fiduciario”, en la cláusula segunda que denominaron “Esquema de Cooperación Interinstitucional” acordaron:

*Las partes definen el esquema de cooperación interinstitucional para el desarrollo del objeto de este convenio y la supervisión del mismo, bajo las siguientes condiciones: 1. El Distrito por intermedio de la Secretaría de Infraestructura, en nombre y representación de Transcaribe S.A. y con su colaboración, iniciará, tramitará y llevará a cabo hasta su culminación, los procesos de contratación que sean requeridos para la ejecución de las obras de infraestructura física del sistema Transcaribe; así como para la contratación de las interventorías que sean requeridas. En tal virtud, El Distrito por medio de la Secretaría de Infraestructura, y en nombre y representación de Transcaribe S.A. ordenará la apertura de las licitaciones y/o concursos públicos correspondientes, elaborará y adaptará los pliegos de condiciones y/o términos de referencia, así como las*

*modificaciones y aclaraciones a los mismos y expedirá los documentos y actos que sean necesarios para el proceso de contratación. La elaboración, suscripción y publicación por parte de la Secretaría de Infraestructura del Distrito, de cualquier documento o acto relativo al proceso de selección o al contrato resultante, deberá ser previamente aprobado por Transcaribe S.A. mediante concepto escrito (...) El Distrito, por intermedio de la Secretaría de Infraestructura y a nombre de Transcaribe S.A. adjudicará los contratos correspondientes, previo concepto escrito de Transcaribe S.A. (...) Transcaribe S.A. tendrá a cargo la obligación del manejo presupuestal de los recursos y la realización de los pagos a los contratistas (...) El Distrito por intermedio de la Secretaría de Infraestructura definirá las eventuales modificaciones a los contratos, previo concepto favorable de Transcaribe S.A. (...) El Distrito por intermedio de la Secretaría de Infraestructura definirá la necesidad de estos recursos, previa aprobación de Transcaribe S.A. y hará la solicitud correspondiente a la entidad para que esta última expida los Certificados de Disponibilidad Presupuestal respectivos (f. 3844-3847 c. de pruebas n.º 7)*

Ahora bien, Transcaribe S.A. es una sociedad por acciones de naturaleza pública del orden distrital, según da cuenta el Certificado de Existencia y Representación, expedido por la Cámara de Comercio de Cartagena<sup>7</sup> (f. 000258 a 000262 c. ppal. 1).

Igualmente es pertinente destacar que en el compromiso (arriba transcrito) señalaron que el Tribunal Arbitral se pronunciaría sobre las siguientes controversias: (i) Las contenidas en el documento de reclamación contenido en la documentación n.º CSA-270-2492-08 de fecha 20 de noviembre de 2008, que se anexa a este compromiso y que se incluirá como salvedad en el acta de liquidación (anexo 1) así como en la propia manifestación de salvedad de desacuerdo frente al acta de liquidación; (ii) Las relativas a los incumplimientos del contratista y el pago de los perjuicios a que haya lugar y (iii) Las excepciones propuestas por las partes.

En cuanto hace a la comunicación CSA-270-2492-08 se dejó en claro que en relación con el Acta de Liquidación del contrato n.º LPI-TC-001-05

---

<sup>7</sup> Según dicho documento: “La sociedad tendrá por objeto social principal de conformidad con el artículo 2 de la Ley 310 de 1996 o las normas que le modifiquen, sustituyan, adicionen o reglamenten, ejercer la titularidad sobre el sistema integrado de transporte masivo de pasajeros del Distrito de Cartagena, que servirá al Distrito y su respectiva área de influencia”. Ahora, al consultar el sitio web oficial de esta empresa allí se indica que “Transcaribe es una empresa industrial y comercial del estado”, lo que indica que cambió de naturaleza jurídica, pero sigue siendo estatal (<http://www.transcaribe.gov.co/web/?q=node/4>) consulta hecha el 7 de octubre de 2014 a las 11:23 a.m.

Conalvías manifiesta que en dicha acta deben consignarse las siguientes salvedades y constancias de desacuerdo:

*Conalvías S.A. hace salvedad frente al acta de liquidación redactada por Transcaribe y deja constancia de su desacuerdo con la misma, dado que en el presente acto de liquidación del contrato n.º LPI-TC-001-05, no se le está reconociendo ni pagando por parte de Transcaribe S.A. el valor correspondiente a todas y cada una de las reclamaciones contenidas en las comunicaciones CSA-270-2231-07 del 22 de abril de 2008, CSA-270-2237-08 de fecha 10 de junio de 2008, CSA-270-2240-08 del 18 de junio de 2008, CSA-270-2248-08 del 2 de septiembre de 2008 y CSA-270-2249-08 del 30 de octubre de 2008 que se anexan a esta acta y forman parte de la misma, valor que a la fecha asciende a la suma de trece mil ciento veintidós millones trescientos cuarenta y nueve mil cuatrocientos diecisiete pesos (\$13.122.349.417), sin incluirse en el mismo lo correspondiente al cálculo de los intereses de mora, indexaciones y costo de oportunidad a que el contratista tiene derecho por la dilación de Transcaribe en el pago de las sumas reclamadas, los cuales serán también reclamados ante el Tribunal de Arbitramento a convocarse, sumas todas esas a que tiene derecho Conalvías S.A., tal como previamente lo solicitó mediante comunicaciones CSA-270-2231-07 del 22 de abril de 2008, CSA-270-2237-08 de fecha 10 de junio de 2008, CSA-270-2240-08 del 18 de junio de 2008, CSA-270-2248-08 del 2 de septiembre de 2008 y CSA-270-2249-08 del 30 de octubre de 2008.*

*Para efectos de consignar la presente salvedad frente a esta Acta de Liquidación, Conalvías S.A. manifiesta que se reserva el derecho de reclamar judicialmente el reconocimiento y pago de las sumas de dinero correspondientes al restablecimiento del equilibrio de la ecuación financiera del contrato y la indemnización integral de los perjuicios causados al contratista por razones ajenas y no imputables a Conalvías derivados, entre otras razones, de los incumplimientos de Transcaribe y el Distrito por la demora en la entrega de las zonas de trabajo, por la demora en la entrega de planos y diseños idóneos y definitivos, por omisión en el manejo y control del orden público en la zona así como por el incumplimiento en realización de los trámites ante terceros que se encontraban a cargo de Transcaribe y el Distrito, indefiniciones técnicas, problemas de orden público, hechos de terceros y demás circunstancias señaladas en el documento "Sustento fáctico, contractual y legal para la solicitud del reconocimiento y pago de los conceptos reclamados frente a los cuales Conalvías se reserva el derecho de presentar la correspondiente demanda", documento que hace parte de esta acta de liquidación. En el cuadro resumen que se presenta adelante, se mencionan y relacionan los conceptos que son y serán objeto de reclamación. En consecuencia se deja expresa salvedad y constancia de que la suscripción de esta acta de liquidación no implica renuncia alguna al derecho que le asiste a Conalvías de reclamar posteriormente el pago de tales conceptos, precisamente por cuanto en la misma acta, Conalvías consigna todas y cada una de las salvedades en relación con la negativa del Interventor y de Transcaribe a reconocer y pagar los conceptos reclamados por*

*Conalvías. Por lo anterior manifiesta expresamente su inconformidad y no aceptación al acta de liquidación del contrato n.º LPI-TC-001-05 en lo que se refiere al no reconocimiento de los conceptos y sumas que a continuación se relacionan, sobre los cuales, repetimos, en ningún caso renuncia y por el contrario se reserva el derecho de presentar la correspondiente reclamación judicial (...) (f. 3582-3657 c. de pruebas n.º 7).*

### **Notificación de la admisión del recurso**

2. Transcribe se queja de no haber sido notificada personalmente del auto por el cual esta Corporación admitió el recurso de anulación, circunstancia que a su juicio acarrea la violación al derecho fundamental al debido proceso.

Solicita, entonces, *“se declare la nulidad del recurso de anulación, con fundamento en la indebida notificación realizada a Transcribe S.A. y la violación del principio constitucional al debido proceso, teniendo en cuenta la ausencia de defensa de Transcribe S.A., por causa de indebida notificación”*.

Alega que conforme al artículo 314 del CPC, la primera providencia que se dicte en todo proceso debe ser notificada personalmente, circunstancia que en este caso no se dio respecto de la parte convocada.

Al respecto, la Sala reitera que el recurso de anulación de laudos arbitrales no constituye un proceso judicial autónomo al procedimiento arbitral. La Sala Plena en reciente pronunciamiento dejó en claro que entre nosotros, a diferencia de otras latitudes (i.e. España), no es de recibo la tesis de la autonomía del recurso de anulación, como un proceso judicial diferente al trámite arbitral, habida cuenta que entre nosotros el marco normativo es claro en señalar que la anulación de laudos configura un recurso judicial y por ello no puede dársele naturaleza distinta.

Así lo establece con claridad meridiana el artículo 161 del Decreto 1818 de 1998 y ahora lo retoma el artículo 40 en consonancia con el artículo 107 de la Ley 1563 de 2012, marco legal que por demás es acorde con el artículo

*Las referencias doctrinarias del caso español deben ser consideradas dentro del contexto de su ordenamiento jurídico vigente en donde es claro que conforme a la Ley 60 de 2003<sup>8</sup>, modificada recientemente por la Ley 11 de 2011, se instituyó la acción de anulación del laudo arbitral, de acuerdo al artículo 40<sup>9</sup>, mientras que se advierte que a veces del artículo 43 “El laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes”. En este orden de ideas, se tiene que expresamente el legislador calificó la anulación de laudos como una acción, de donde se deriva, entonces, todas las consideraciones plausibles en torno a su autonomía respecto del procedimiento arbitral.*

*En el caso colombiano se avizora un panorama notoriamente diverso al español en tanto que la Ley 1563 de 2012, así como la normativa compilatoria anterior del Decreto 1818 de 1998 califican expresamente la anulación de laudos como un recurso judicial, de manera que, no sería posible, atribuirle a éste una condición diferente a la otorgada por el legislador. En efecto el artículo 161 del Decreto 1818 de 1998, dentro del Capítulo IV denominado “Laudo arbitral y recursos” señala:*

*Artículo 161. Contra el laudo arbitral procede el recurso de anulación (...)*

*A su turno la Ley 1563 de 2012, en el artículo 40, en la parte de arbitraje nacional, dentro del capítulo IV “Laudo arbitral y recursos” establece el recurso de anulación de laudo arbitral en los siguientes términos:*

*(...) 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*

---

<sup>8</sup> Véase el texto completo de la Ley 60 de 2003 con sus respectivas reformas en la página de internet de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado en el siguiente enlace <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-23646>

<sup>9</sup> Artículo 40. Acción de anulación del laudo. Contra un laudo definitivo podrá ejercitarse la acción de anulación en los términos previstos en este título.

*junto con el expediente a la autoridad judicial competente para conocer del recurso.”*

*Esta prescripción se reitera, en esencia, en la misma normativa al abordar el tema del arbitramento de carácter internacional en donde enfatiza que se trata del “único recurso judicial contra un laudo arbitral”:*

*(...) Artículo 107 [Ley 1563 de 2012] (...)*

*Las disposiciones citadas, permiten a la Sala afirmar sin hesitación alguna que, en el ordenamiento jurídico colombiano la anulación de laudos arbitrales está instituido como un recurso judicial, de manera que, las características especiales de las cuales está dotado este medio de impugnación no pueden llevar a la conclusión equivocada según la cual se trata de una acción autónoma y por entero independiente del proceso arbitral en donde se profiere el laudo que será materia de la impugnación, pues, en tanto que participa de la naturaleza de recurso judicial, 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.*

*Y es que la circunstancia de ser otro el juzgador competente para resolver un recurso no es extraña en algunos medios de impugnación, tal como acontece por ejemplo en la apelación, y a nadie se le ocurriría sostener en esta hipótesis que se trata de una acción autónoma.*

*Aunado a lo anterior, y para que no se diga que la ley colombiana establece una tesis singular al respecto, basta hacer una breve revisión de lo que sobre este punto consideró la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional – UNCITRAL – CNUDMI en su Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional, en el artículo 34, redactado en términos similares a los de la ley colombiana:*

*(...)*

*En consecuencia, no tiene duda la Sala del carácter de recurso judicial de la anulación de laudo arbitral y, por contera, esto supone que este medio de impugnación sui generis es una institución jurídica que hace parte del proceso arbitral y, no como lo sostuvo el proyecto inicial, que se trata de un asunto ajeno e independiente de este (...)<sup>10</sup>.*

---

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 6 de junio de 2013, rad. 11001-03-26-000-2013-00003-00 (45922), C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

De manera que si el recurso de anulación no es un proceso autónomo e independiente del trámite arbitral, no había lugar a aplicar, como plantea el convocado, el artículo 314 del CPC, con arreglo al cual la primera providencia que se dicte en todo proceso debe ser notificada personalmente, por la potísima razón que no se trataba de la primera decisión.

Es carga de las partes estar atentas de las decisiones que se adopten a lo largo del proceso, máxime cuando los autos se notifican por estado y sólo al Ministerio Público, en tanto garante del interés público, hay deber de notificarle personalmente.

En consecuencia, se denegará la nulidad deprecada.

3. Subsidiariamente solicitó que se desestimara el recurso de anulación, habida consideración que: (i) *“El proceso no entró al despacho al día siguiente de vencido el plazo para sustentar y/o alegar el recurso, de conformidad con lo establecido en el artículo 165 del Decreto 1818 de 1998”* y (ii) *“el fallo no se ha producido dentro de los tres (3) meses siguientes a la entrada en despacho, de conformidad con lo establecido en el artículo 165 del Decreto 1818 de 1998”*.

Al margen de que estas dos últimas peticiones no están acompañadas de la fundamentación jurídica correspondiente, lo cual sería suficiente para despacharlas negativamente, la Sala advierte que ninguno de los dos eventos propuestos da lugar a “desestimar el recurso” como se solicita. En efecto, en relación con los plazos judiciales previstos en el artículo 165 del Decreto 1818 de 1998 se tiene que, por una parte, su vencimiento no trae como consecuencia lo solicitado por la parte convocada y, de otro lado, tampoco inhiben a esta Corporación para pronunciarse de fondo.

### **El arbitramento y su recurso de anulación**

4. La Sala<sup>11</sup> tiene determinado que el recurso extraordinario de anulación no puede ser utilizado como si se tratase de una segunda instancia, de ahí que no sea admisible que con su interposición se intente continuar o replantear el debate sobre el fondo del proceso. En tal virtud, mediante este recurso no es posible infirmar decisiones del juez arbitral fundadas en razonamientos derivados de la aplicación de la ley sustancial, al entrar a decidir el fondo de la litis, como tampoco relativas a errores de hecho o de derecho en el ámbito probatorio.

Ahora bien, a la luz del texto original del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, las causales de anulación de laudos arbitrales estaban consignadas en dos textos legales. Por un lado en el precepto citado cuyo ámbito de acción era la contratación del Estado y, por otro, en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 respecto de la contratación sometida al derecho común, los cuales fueron compilados, respectivamente, en los artículos 230 y 163 del Decreto 1818 de 1998.

Ahora, con arreglo a la jurisprudencia las causales de anulación aplicables en tratándose de entidades públicas sometidas al derecho privado (i.e. prestadores de servicios públicos domiciliarios de naturaleza pública) eran las previstas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998<sup>12</sup>.

Esta dualidad de causales, desapareció por virtud de lo prescrito por el artículo 22 de la Ley 1150 de 16 de julio de 2007, que modificó el artículo 22 el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 al disponer:

*Artículo 22. Del recurso de anulación contra los laudos arbitrales. El artículo 72 de la Ley 80 de 1993, quedará así:*

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

---

<sup>11</sup> *Vid.* Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 8 de junio de 2006, exp. 29.476 y sentencia de 8 de junio de 2006, exp. 32.398, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 24 de mayo de 2006, exp. 31.024, C.P. Alier Hernández Enríquez.

*El recurso se surtirá ante la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativa 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.*

En tal virtud, a partir de la vigencia del texto legal transcrito, esto es el 17 de enero de 2008 –seis meses después de la promulgación de la ley-, el legislador unificó el sistema de las causales para los recursos de anulación contra laudos arbitrales en sede contencioso administrativa.

En ese orden de ideas y habida cuenta que en el *sub lite* tanto la expedición del laudo arbitral como la interposición del recurso extraordinario contra el mismo ocurrieron el 8 de abril y 20 de septiembre de 2011 (f. 1 y 305, c. ppal.) respectivamente, esto es, cuando se encontraba vigente la reforma al sistema de impugnación, las causales de anulación aplicables son las contenidas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, que compiló el artículo 38 del Decreto ley 2279 de 1989.

#### **Del recurso de anulación en el caso concreto**

El laudo arbitral del 8 de abril de 2011 impugnado será adicionado, en consideración a los argumentos que pasan a exponerse.

**Único cargo:** “**No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento**” (Numeral 9º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, numeral 9 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989).

#### **Sustentación**

El censor (f. 305 a 344, c. ppal.) sustentó la configuración de esta causal en que el Tribunal no resolvió las pretensiones trigésimo tercera, trigésimo quinta, trigésimo séptima (y sus tres subsidiarias). Adujo que revisada la parte motiva de la providencia se encuentra que el Tribunal no se pronunció

sobre esos aspectos, a pesar de que se encontraban probados en el proceso:

(i) no se pronunció en la parte motiva ni resolutive sobre las pretensiones de costo de oportunidad y costo financiero contenidas en las pretensiones trigésimo tercera y en el numeral X de la pretensión trigésimo quinta (en la relación que hace el Tribunal de los asuntos que va a analizar no se incluyen ni el costo de oportunidad ni el costo financiero sufrido por Conalvías y en el capítulo denominado “*perjuicios, actualización e intereses moratorios*” el Tribunal no hace mención alguna sobre esta pretensión);

(ii) no se pronunció en la parte motiva ni resolutive sobre la pretensión en que se pide el reconocimiento actualizado de utilidad, contenida en la pretensión trigésimo quinta en su numeral IX (a pesar de que se probó una mayor permanencia en obra, el Tribunal no se pronunció sobre este punto);

(iii) tampoco se pronunció sobre la pretensión de reconocimiento de intereses moratorios solicitada por Conalvías en la pretensión trigésimo séptima ni sobre ninguna de sus subsidiarias (ni en la parte motiva ni en la parte resolutive se encuentra razonamiento alguno en relación con la pretensión de que se condenase al pago de intereses sobre las condenas contenidas en los numerales 14, 17, 19, 21, 24 de la parte resolutive).

### **Concepto del Ministerio Público**

Advirtió que esta causal (*citra petita*) procede cuando el Tribunal de Arbitramento no decide sobre todos los aspectos sometidos a su conocimiento por las partes, vulnerando de esta manera el principio de congruencia, en cuyo caso no procede su anulación sino la adición. Destacó que no hubo análisis ni pronunciamiento sobre las pretensiones denominadas costo de oportunidad y costo financiero generados por la mayor permanencia en la obra, “*pese a que el tribunal se refirió a las*

*pretensiones identificadas con los numerales donde ellas se encontraban peticionadas”.*

Pero no sucede lo mismo con la denominada pretensión de intereses moratorios, porque esta fue analizada en varios acápites de manera individual con respecto a cada pretensión y, adicionalmente, en el numeral 10 del fallo.

### **Consideraciones de la Sala**

**La causal alegada: “No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”** (Numeral 9 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, numeral 9 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989).

5. La Sala reitera<sup>13</sup> que esta causal se configura cuando el laudo no decide todos los puntos objeto de arbitramento, vale decir, *mínima* o *citra petita* en relación con las pretensiones y excepciones formuladas a la luz de lo dispuesto por los artículos 304, 305 y 306 del C. de P. Civil, en consonancia con los artículos 87 y 164 del C.C.A.

Esta causal, al igual que la prevista en el numeral 8 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 o numeral 4 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993<sup>14</sup>, está concebida para hacer efectivo el principio de congruencia que subyace en toda sentencia (artículo 305 del Código de Procedimiento Civil<sup>15</sup>). La Sala reitera que conforme a este postulado:

*(...) la decisión final de los árbitros debe resultar armónica, consonante y concordante con los hechos y las pretensiones formuladas en la demanda, y en las demás oportunidades procesales contempladas, y con las excepciones que resulten probadas o*

---

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección “B”, sentencia de 6 de septiembre de 2011, exp.1100103260002010-00075-00 (39.982), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>14</sup> “Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido”.

<sup>15</sup> Modificado por el artículo 1º numeral 135 del Decreto 2282 de 1989

*hubieren sido alegadas, cuando así lo requiera la ley, todo esto sometido a su consideración por la voluntad de las partes en el proceso arbitral dentro de los límites previstos en el pacto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso) celebrado por ellas y en la ley, fuentes éstas que otorgan y enmarcan la competencia de los árbitros.*

*En efecto, el principio de congruencia implica que en la decisión de los árbitros que ponga fin a un litigio debe existir una adecuación o perfecta simetría entre lo pedido y lo resuelto, de manera que puede verse afectada cuando el juez concede más allá de lo pedido (ultra petita); o cuando decide sobre puntos no sometidos al litigio (extra petita), o cuando concede menos de lo pedido o deja de pronunciarse sobre cuestiones sujetas al proceso (infra o citra petita).*

*Así mismo, este principio exige que el fallo de los árbitros recaiga sobre puntos que sean susceptibles de decisión, por ser materias constitucional y legalmente transigibles y que se encuentre dentro del objeto del pacto compromisorio que otorga la competencia a los árbitros para conocer y pronunciarse en relación con la materia que voluntariamente las partes les han confiado para su decisión, de manera que los quebrantos a esa regla de atribución por exceso o por defecto, se encuentran tipificados como hechos pasibles para la invocación de las causales previstas en la legislación para censurar estos eventos (numerales 8 y 9 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 o numerales 4 y 5 del artículo 72- original- de la Ley 80 de 1993)<sup>16</sup>.*

De allí que el juez arbitral debe decidir y proveer sobre cada uno de los extremos del litigio sometido a su estudio, en los precisos términos y límites del pacto arbitral y la ley, en particular en lo que concierne a las pretensiones, los hechos y las excepciones formuladas.

Lo anterior indica que el estudio de esta causal debe abordarse teniendo en consideración, por un parte, la atribución jurisdiccional temporal asignada, con apoyo en lo prescrito en el ordenamiento constitucional, el marco legal, y por supuesto, el pacto arbitral y, por otra, la relación jurídico procesal que dimana del conflicto puesto a su consideración por las partes y que es materia de conocimiento y decisión.

---

<sup>16</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección "B", sentencia de 6 de septiembre de 2011, exp.1100103260002010-00075-00 (39.982), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Y si no media la debida correspondencia en relación con estos tres extremos de la litis (*petitum, causa petendi y exceptios*), esta omisión entraña la configuración la causal de nulidad del laudo en comento.

Finalmente, es conveniente apuntar que -dada la naturaleza extraordinaria de este tipo recurso que está, como se indicó, construida a partir de errores *in procedendo* y no *in indicando*- el escrutinio que compete al juez de anulación debe adelantarse de manera objetiva, esto es, su tarea se limita a una constatación formal y objetiva de la decisión en punto de si esta es consonante con las pretensiones, los hechos y las excepciones y con los límites del pacto arbitral, sin que le sea posible en este ejercicio entrar a estudiar si lo decidido es acertado o erróneo<sup>17</sup>.

Expresado en otras palabras, el juez de anulación debe estudiar si efectivamente se presentó o no una omisión en relación con algún extremo de la litis, o por el contrario si resolvió sobre pretensiones que no eran del resorte de su competencia, pero le está vedado entrar a evaluar las consideraciones y los motivos que sirvieron de base a la decisión del juez temporal.

#### **El caso concreto**

6. Según la parte convocante el laudo omitió decidir sobre las pretensiones trigésima tercera, trigésima quinta y trigésima séptima. En orden a determinar si le asiste o no razón al censor, la Sala procederá a estudiar cada una de las pretensiones que se afirma no fueron estudiadas frente a lo resuelto y estudiado por el juez arbitral.

En la medida en que en la parte resolutive no hay referencia directa a estas pretensiones y sólo hay una referencia genérica en el numeral vigésimo

---

<sup>17</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 6 de diciembre de 1993, Exp. 4046.

octavo a negar las “demás” pretensiones<sup>18</sup>, se precisa hacer una referencia explícita al estudio que hizo el juez temporal en las consideraciones del laudo sobre estas materias.

**1. Costo de oportunidad y costo financiero contenidos en la pretensión trigésima tercera y en el numeral IX de la pretensión trigésimo quinta:**

7. De acuerdo con el numeral trigésimo tercero con arreglo a la demanda se pretendía:

*A.12 Costo de oportunidad*

*TRIGÉSIMO TERCERO. Que se declare que Conalvías sufrió perjuicios derivados de los costos financieros de oportunidad que hubo de soportar durante la ejecución del contrato de obra pública n.º LPI-TC-001-05 por razones no imputables a ella, tales como, la mayor permanencia en obra, la mora en el pago del anticipo, sobre costos por ampliación de la garantía bancaria para garantizar el anticipo, impuesto de timbre retenido en exceso, mayores cantidades de obra ejecutadas y no pagadas, sobre costos de los insumos utilizados en la obra, el no pago del ajuste de precios y la no devolución de la retención en garantía, los cuales deben ser indemnizados, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso” (f. 492 c. principal 2).*

En el mismo sentido en la pretensión trigésimo quinta se indicó:

**B. CONDENAS DERIVADAS DE LAS PRETENSIONES ANTERIORES**

*TRIGÉSIMO QUINTO: Que se condene a la parte convocada a pagar a Conalvías las sumas que conforme a lo que se pruebe en este proceso haya lugar para el restablecimiento integral de la ecuación económica del contrato de obra pública n.º LPI-TC-001-05 y sus contratos adicionales, incluida la utilidad a la que tiene derecho, mediante el reconocimiento y pago de las indemnización actualizada de la totalidad de los perjuicios ocasionados a Conalvías, tanto por daño emergente como por lucro cesante, incluyendo entre otros, los siguientes conceptos:*

---

<sup>18</sup> *VIGÉSIMO OCTAVO: Denegar las demás pretensiones formuladas en la demanda arbitral presentada por la sociedad Conalvías S.A., en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia*

(...)

*(ix) El reconocimiento y pago del costo de oportunidad y financiero (f. 493 y 494 c. principal 2)*

Al respecto, conviene estudiar por separado cada una de las situaciones referidas en la pretensión 33 para constatar si efectivamente hubo o no pronunciamiento del laudo. Estima el censor que el fallador dejó de pronunciarse sobre los perjuicios derivados de los costos financieros de oportunidad que hubo de soportar durante la ejecución del contrato, por razones no imputables al contratista que hace consistir en:

- (i) mayor permanencia;
- (ii) la mora en el pago del anticipo;
- (iii) sobre costos por ampliación de la garantía bancaria para garantizar el anticipo;
- (iv) impuesto de timbre retenido en exceso;
- (v) mayores cantidades de obra ejecutadas y no pagadas;
- (vi) sobre costos de los insumos utilizados en la obra;
- (vii) el no pago del ajuste de precios, y
- (viii) la no devolución de la retención en garantía

Habida cuenta que el laudo no dedica un capítulo separado a los denominados “costos financieros de oportunidad”, pero sí evalúa cada una de las situaciones de las que se afirma derivan, la Sala procederá a estudiar cada una de ellas para determinar si hubo o no pronunciamiento de los árbitros en este punto.

### **1.1 Mayor permanencia en obra**

En forma expresa a folio 130 del laudo se indica: *“En los pedimentos trigésimo tercero y trigésimo quinto pidió que se condenara a la entidad pública a pagar la totalidad de los perjuicios causados en razón de la mayor permanencia en la obra –daño emergente, lucro cesante y costo de oportunidad- y que sobre toda suma que fuera reconocida se liquidaran los respectivos intereses y actualizaciones”* (f. 130 c. ppal. recurso de anulación).

Al respecto el juez arbitral claramente señaló que dentro de los aspectos que tendría en cuenta para resolver la litis estaban *“los efectos económicos generados por la mayor extensión del plazo y las pruebas (...) que dan cuenta de los perjuicios causados por el mayor plazo”* (f. 131. c. ppal. del recurso, en sentido similar se pronunció más adelante a f. 170).

Al ocuparse de los perjuicios causados por la mayor permanencia en obra señaló que *“la mera ampliación del término de duración del contrato no implica, per se, la causación de perjuicios que deban ser reparados, pues en todo caso tendrá que demostrarse el sufrimiento real de los mismos”* (f. 158 y 159 c. ppal. recurso).

Analizó la prueba pericial técnica y luego los demás medios probatorios (f. 164 y ss. c. ppal. del recurso) y al efecto dividió su estudio entre (i) Costos directos-equipos, mano de obra y transporte y (ii) costos indirectos-administración (f. 172 y ss. y 194 y ss. c. ppal. del recurso).

En relación con los primeros adujo que *“los indicios referidos supra no son suficientes para tener por probado que la sociedad contratista incurrió en sobrecostos debido al mayor tiempo que debió permanecer ejecutando la obra, el Tribunal no tendrá por demostrados los perjuicios deprecados por la contratista por concepto de sobrecostos sufragados en equipo, mano de*

*obra y transporte a raíz de la mayor permanencia en obra, pues como quedó visto no existe al respecto la certeza de su causación” (f. 194 ppal. recurso).*

Al paso que respecto de los segundos, concluyó que *“está demostrado en el sub juicio que la sociedad contratista efectivamente sufrió un menoscabo al tener que ejecutar la obra por un tiempo superior al previsto contractualmente, lo cual implicó la asunción de costos extras a efectos de mantener su andamiaje administrativo durante este plazo extendido” (f. 200 c. ppal. recurso) y al efecto ordena una indemnización por valor de \$2.094.713.616 “suma que será actualizada hasta la fecha del laudo” .*

### **1.2. Alza en los costos del cobre y el aluminio:**

El laudo anuncia al respecto el estudio de las pretensiones contenidas en los numerales decimoquinto, decimosexto, decimoséptimo, decimoctavo (y subsidiario). Al efecto encontró acreditados los costos directos, por valor de \$395.678.613, al cual le adicionó un porcentaje del 32% (\$126.617.156) que es el valor del AIU ofertado por Conalvías, para un total de \$ 522.295.769 (f. 216 c. ppal. del recurso).

### **1.3. Mayor ejecución contractual-compensación forestal**

El Tribunal examinó si la sociedad contratista ejecutó un mayor o menor número de intervenciones forestales en relación con las que fueron convenidas contractualmente, al efecto encontró demostrado que *“la sociedad Conalvías incurrió en una mayor ejecución de actividades en materia forestal, debido a la intervención adicional de 117 individuos que aún no le han sido reconocidos, el Tribunal accederá a las pretensiones decimonovena y vigésima de la demanda arbitral, pues sumado a que está*

*demostrada la mayor ejecución contractual, también es claro que el no pago de las intervenciones adicionales significó el desequilibrio de las condiciones económicas del contrato” (f. 226 c. ppal. del recurso).*

Ordenó el pago de una suma total de \$ 57.433.018 monto que debe ser actualizado desde el 14 de agosto de 2008 –fecha en que la interventoría estableció las cantidades finales ejecutadas- hasta la fecha en que se profiere el laudo (f. 227 c. ppal. recurso).

#### **1.4. Retención del impuesto de timbre nacional**

*El Tribunal señaló que “si bien está demostrado por concepto de impuesto de timbre Transcaribe retuvo el 1.5% sobre el valor total del contrato, también está comprobado que en razón a que ninguno de los otorgantes del contrato LPI-TC-001-05 estaba exento del pago de dicho tributo, debía efectuarse la deducción de la tarifa plena, como bien lo hizo la entidad pública contratante en su calidad de agente retenedor, por lo cual debe concluirse que en el caso concreto no se dedujo al valor del contrato un porcentaje en exceso a título de impuesto de timbre, lo cual lleva al Tribunal a negar lo deprecado por Conalvías en este sentido” (f. 235-236 c. ppal. recurso).*

#### **1.5. Entrega tardía del anticipo-sobrecostos por ampliación de garantía**

Los árbitros encontraron acreditado el incumplimiento por parte de la entidad pública y luego estudiaron (i) si hay lugar o no al reconocimiento de sobrecostos sufragados debido a la ampliación de la garantía de buen manejo del anticipo y (ii) si es procedente el pago de intereses moratorios

debido al retardo en el desembolso de esos dineros (f. 242 c. ppal. recurso).

A este respecto, el laudo encontró demostrado que Conalvías por causas ajenas y no imputables a ella, *“recibió un dinero que no correspondía al inicialmente esperado debido a su devaluación, razón por la cual se reconocerá en el presente Laudo Arbitral el valor que corresponde a la actualización del anticipo”* (f. 247 y 248 c. ppal.).

#### **1.6. Ajuste de precios contractuales:**

El laudo encontró que era procedente el reconocimiento del reajuste de precios solicitado por el demandante como consecuencia de la mayor permanencia en obra no imputable a Conalvías, pero no en la forma pedida en la demanda y lo hizo con base en el índice de costos de construcción pesada-ICCP, *“por ser el que mayor relación tiene con la actividad contractual”*. Lo cual arrojó como resultado que Conalvías tenía derecho a un reajuste de precios por valor de \$ 676.557.273 (f. 261 y 262 c. ppal. recurso).

#### **1.7. Devolución de los dineros retenidos en garantía**

También encontró acreditado que Transcaribe no había devuelto los dineros que fueron deducidos a título de “garantía adicional”, pese a que se cumplieron las exigencias convenidas en este sentido, el Tribunal ordenó la devolución a Conalvías de la suma total retenida por este concepto, *“sobre la cual, además, serán liquidados los respectivos intereses moratorios”* (f. 267 c. ppal. del recurso). Y, en consecuencia, ordenó a Transcaribe el reintegro de la suma total retenida en garantía, que según las pruebas, asciende a \$679.160.244,55 y advirtió de manera tajante *“adicionalmente,*

*como ya se dijo, sobre este monto de dinero se calcularán intereses de mora desde el 3 de abril de 2009 –fecha de la liquidación bilateral-, hasta la fecha en que se profiere el presente Laudo Arbitral” (f. 269 c. ppal. del recurso).*

Es obligada inferencia de lo que se viene considerando que en este punto, le asiste razón al censor, en el sentido que los juzgadores no se pronunciaron sobre el pretendido “costo de oportunidad”, lo que implica que la decisión no tuvo en este extremo perfecta simetría o adecuación entre lo pedido y lo resuelto, al dejar de pronunciarse sobre esta cuestión sujeta al proceso. No hubo, pues, consideración alguna sobre este asunto sometido a su conocimiento y por lo mismo hay lugar a adicionar el fallo arbitral.

Conforme a lo anterior, en relación con este punto el cargo prospera.

## **2. Reconocimiento actualizado de la utilidad contenida en la pretensión trigésimo quinta numeral X**

9. De acuerdo con el numeral X de la pretensión trigésimo quinta se peticionaba:

### ***B. CONDENAS DERIVADAS DE LAS PRETENSIONES ANTERIORES***

*TRIGÉSIMO QUINTO: Que se condene a la parte convocada a pagar a Conalvías las sumas que conforme a lo que se pruebe en este proceso haya lugar para el restablecimiento integral de la ecuación económica del contrato de obra pública n.º LPI-TC-001-05 y sus contratos adicionales, incluida la utilidad a la que tiene derecho, mediante el reconocimiento y pago de las indemnización actualizada de la totalidad de los perjuicios ocasionados a Conalvías, tanto por daño emergente como por lucro cesante, incluyendo entre otros, los siguientes conceptos:*

*(...)*

*(x) El reconocimiento y pago actualizado de la utilidad a la que tiene derecho Conalvías, de acuerdo con lo que se pruebe en este proceso (f. 493 y 494 c. principal 2)*

Frente a este asunto, a diferencia del anterior evento referido, es claro que sí hubo un pronunciamiento expreso en la parte resolutive del fallo arbitral en los siguientes términos:

*Una vez determinados los mayores costos en que realmente incurrió Conalvías desde la simple perspectiva de los costos directos, debe el Tribunal establecer si procede igualmente el reconocimiento del AIU solicitado por Conalvías respecto de este valor.*

*Al respecto, el Tribunal destaca, en primer lugar, que la razón de ser de estos mayores costos obedece a una falta en los deberes legales de planeación a cargo de Transcribe y no simplemente a la aplicación de la teoría de la imprevisión, como se ha pretendido sostener dentro del presente proceso, de tal manera que el régimen de reparación del perjuicio será el propio de la responsabilidad contractual y no de la teoría de la imprevisión.*

*En segundo lugar, el Tribunal resalta que los mayores costos que se analizan en el presente capítulo obedecen a ítems cubiertos con precios unitarios y no con el valor global pactado para la generalidad del contrato, por lo cual su régimen de pago debe ser coherente con los precios unitarios. No obstante, el Tribunal precisa que ello no significa que en este laudo se esté variando el contrato en el sentido de modificar el valor de un precio unitario pactado por las partes, sino de lo que se trata es de establecer las bases de la liquidación de la indemnización integral a la cual tiene derecho Conalvías como consecuencia de los mayores costos en que debió incurrir por la indebida planeación contractual.*

*En consecuencia, para el Tribunal es claro que la única manera en que puede llegarse a una indemnización integral por este concepto consiste en liquidar el A.I.U. ofertado por Conalvías respecto del mayor valor establecido simplemente a título de costos directos. En palabras más sencillas, el valor de los \$395.678.6134 (que simplemente corresponde al mayor valor de los costos directos), debe ser adicionado en un porcentaje de 32% (que es valor del A.I.U. ofertado por Conalvías), con lo cual se pagan los costos directos e indirectos y se llega a una indemnización integral de los perjuicios sufridos por Conalvías.*

*Así las cosas, el Tribunal reconocerá a favor de Conalvías la suma de \$522.295.769, que se obtiene de sumar los mayores costos directos (\$395.678.613) y el 32% de A.I.U. ofertado (\$126.617.156)” (f. 215-216 c. ppal. del recurso).*

Conviene destacar que este ítem fue traído a valor presente “con base en el IPC porcentual vigente para el mes de marzo de 2011, obteniendo como resultado la suma de seiscientos ocho millones trescientos treinta y dos mil trescientos doce pesos (\$608.332.312), la cual será pagada a Transcribe debido a los mayores costos asumidos al comprar los insumos eléctricos” (f. 284 c. ppal. del recurso).

Esta es pues una muestra fehaciente de que el Tribunal sí se pronunció expresamente sobre el asunto sobre el que el censor echa de menos un estudio. Un pronunciamiento que se hace por demás teniendo como referente el AIU de la propuesta en relación con los costos directos, no obstante de que la modalidad de pago era a precio global, pero dada la naturaleza –como el tribunal lo explicó- de lo que aquí se buscaba indemnizar integralmente se optó por esta modalidad.

Teniendo en cuenta que el juez arbitral no podía modificar la modalidad de precio establecida como remuneración (que era a precio global), en los demás ítems (i.e. mayores cantidades de obra) está claro que el juzgador sí evaluó este punto, como se advirtió de las transcripciones hechas líneas arriba de las distintas situaciones que se presentaron a lo largo de la ejecución del contrato, en las que luego de un riguroso estudio del material probatorio, se analizó la procedencia o no de lo reclamado, lo cual suponía que dada la modalidad contractual, se estaba implícitamente con las medidas de ajuste decretadas estudiando el tema que ahora se reprocha por no abordado.

De manera que en este punto no se configuró la causal por no haberse decidido todos los puntos objeto de arbitramento (*mínima o citra petita*). O lo que es igual dada la naturaleza jurídica del precio pactado, es claro que en cada una de los cargos estaba implícito el reconocimiento (de llegar a prosperar) de la utilidad esperada. No hubo entonces violación en este caso del principio de congruencia, en tanto el fallo es armónico, consonante y concordante con las pretensiones formuladas en la demanda.

Debe insistirse en que dada la naturaleza de la causal analizada, el juez no puede entrar a examinar las consideraciones y los motivos determinantes que ha tenido el juzgador en su decisión y por ello mal haría en cuestionar la manera como abordó metodológicamente el estudio de la utilidad.

En este sentido, en relación con este punto el cargo será negado.

### **3. Reconocimiento de intereses moratorios**

10. Finalmente, el convocante alega el no pronunciamiento del Tribunal Arbitral sobre la pretensión trigésimo séptima y sus tres subsidiarias. Revisado el texto de la demanda arbitral se tiene que en ella, sobre este punto se solicitó:

#### *C. ACTUALIZACIÓN E INTERÉSES (sic)*

*TRIGÉSIMO SÉPTIMO: Que se condene a la parte convocada a pagar a Conalvías, intereses moratorios a la tasa establecida en la Ley 80 de 1993, sobre todas las sumas a las que resulte condenada, a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena y hasta la fecha del laudo.*

*PRIMERA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN CONTENIDA EN EL NUMERAL TRIGÉSIMO SÉPTIMO: Que se condene a la parte convocada a pagar a Conalvías intereses de mora a la más alta tasa aplicable legalmente, sobre todas las sumas a las que resulte*

*condenada, a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena y hasta la fecha del laudo.*

*SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN CONTENIDA EN EL NUMERAL TRIGÉSIMO SÉPTIMO: Que se condene a la parte convocada a pagar a Conalvías intereses moratorios o remuneratorios y/o actualización, según el caso, a la tasa que el Tribunal establezca sobre todas las sumas a las que resulte condenada, a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena y hasta la fecha del laudo, o desde cuando el Tribunal considere estos se deben causar conforme a lo que se pruebe en el proceso.*

*TERCERA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN CONTENIDA EN EL NUMERAL TRIGÉSIMO SÉPTIMO: Que se condene a la parte convocada a pagar a Conalvías intereses moratorios sobre todas las sumas a las que resulte condenada, a partir de la notificación de la demanda, en los términos del artículo 884 del Código de Comercio y el valor correspondiente a la actualización con IPC sobre todas las sumas a las que resulte condenada, aplicando este último a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena y hasta la fecha de presentación de la demanda. (f. 495-496 c. ppal. 2).*

Al decidir este punto, los árbitros no sólo lo abordaron en un capítulo, sino que también fue profusamente estudiado a lo largo de todas y cada una de las pretensiones, teniendo naturalmente en consideración que su estudio quedaba a la libertad del fallador en cuanto refiere a la metodología utilizada para abordarlo, los jueces dedicaron no sólo un apartado particular para ello (el capítulo 10 de la parte considerativa) sino que, como ya quedó patente en las transcripciones arriba hechas, lo hizo en cada uno de los ítems analizados. Veamos:

### **3.1 Mayor permanencia en obra**

Luego de analizar los costos directos e indirectos, el juzgador advirtió que sólo estaban acreditados los segundos y ordena una indemnización por valor de \$2.094.713.616 “*suma que será actualizada hasta la fecha del laudo*” (f. 200 c. ppal. recurso). .

### **3.2. Alza en los costos del cobre y el aluminio:**

Al respecto encontró acreditados los costos directos, por valor de \$395.678.613, al cual le adicionó un porcentaje del 32% (\$126.617.156) que es el valor del AIU ofertado por Conalvías, para un total de \$ 522.295.769 (f. 216 c. ppal. del recurso).

### **3.3. Mayor ejecución contractual-compensación forestal**

Ordenó el pago de una suma total de \$ 57.433.018 monto que debe ser actualizado desde el 14 de agosto de 2008 –fecha en que la interventoría estableció las cantidades finales ejecutadas- hasta la fecha en que se profiere el laudo (f. 227 c. ppal. recurso).

### **3.4. Retención del impuesto de timbre nacional**

Como ya se indicó esta pretensión fue negada (f.235-236 c. ppal. recurso), por lo tanto no había lugar a actualización alguna ni a intereses moratorios.

### **3.5. Entrega tardía del anticipo-sobrecostos por ampliación de garantía**

Claramente señaló que la suma que resulte de dicha liquidación “*será actualizada desde el 14 de marzo de 2006, hasta la fecha del presente Laudo Arbitral, con el objeto de reparar las condiciones económica del contrato que por la entrega tardía del anticipo resultaron desequilibradas*” (f. 248 c. ppal.).

### **3.6. Ajuste de precios contractuales:**

Como ya se precisó, el Tribunal encontró que Conalvías tenía derecho a un reajuste de precios por valor de \$ 676.557.273 (f. 261 y 262 c. ppal. recurso), suma que proviene de la aplicación del índice de costos de construcción pesada-ICCP. *“Esta suma será actualizada, como se indicará adelante, en el capítulo 10 del fallo”*.

### **3.7. Devolución de los dineros retenidos en garantía**

El Tribunal ordenó la devolución a Conalvías de la suma total retenida por este concepto, *“sobre la cual, además, serán liquidados los respectivos intereses moratorios”* (f. 267 c. ppal. del recurso). Y, en consecuencia, ordenó a Transcribe el reintegro de la suma total retenida en garantía, que según las pruebas, asciende a \$679.160.244,55 y advirtió de manera tajante *“adicionalmente, como ya se dijo, sobre este monto de dinero se calcularán intereses de mora desde el 3 de abril de 2009 –fecha de la liquidación bilateral-, hasta la fecha en que se profiere el presente Laudo Arbitral”* (f. 269 c. ppal. del recurso).

### **3.8 El apartado especial dedicado a esta materia en el fallo**

En el capítulo 10 del fallo se hace un estudio profundo bajo el título “Precios actualización e interese moratorios” (f. 281-291 c. ppal. del recurso). Estudio que se hizo *“[e]n consideración a lo expuesto en los capítulos precedentes”*. El análisis se hace detallado siguiendo los siguientes ítems:

**3.8.1 Mayor permanencia en obra-sobrecostos por administración:** En el cual se incluye expresamente el factor IPC (f. 282-283 c. ppal. del recurso), donde se lee:

*Así las cosas, es menester actualizar o traer a valor presente dicha suma con el objeto de reconocer la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, para lo cual se efectuarán los cálculos correspondientes al IPC sobre la suma encontrada desde el 20 de septiembre de 2007, hasta la fecha del presente Laudo Arbitral, considerando para ello el último IPC porcentual publicado por el DANE que corresponde al mes de marzo de 2011.*

*De esta forma, el reconocimiento actualizado cuyo pago ordenará el Tribunal por concepto de sobrecostos en Administración asciende a la suma de dos mil cuatrocientos treinta y nueve millones setecientos setenta mil ochocientos veintitrés pesos (\$2.439.770.823) (...)*

Además incluye este cuadro en que discrimina claramente los conceptos y valores, donde claramente se incluye la actualización:

<b>Concepto</b>	<b>Valor</b>
Gastos administración desde el 25 de agosto de 2006 hasta el 20 de septiembre de 2007	3,409,647,107
Administración de acuerdo con ejecución otro	(1,314,933,491)
<b>Vr. Neto administración</b>	<b>2,094,713,616</b>
Factor IPC, desde el 20 de septiembre de 2007 hasta abril 8 de 2011	1.1647
<b>Vr. Actualizado Administración hasta abril 8 de 2011</b>	<b>2,439,770,823</b>

Fuente: Último IPC publicado DANE marzo de 2011

**3.8.2 Alza en los costos de cobre y aluminio:** Para traerlo a valor presente utilizó el IPC (f. 283-284), allí se indica:

*Tratándose de los sobrecostos pagados por Conalvías para la ejecución de las obras eléctricas, en razón al aumento del precio de los insumos utilizados para la ejecución de estas redes, el Tribunal concluyó en el capítulo 7.6 que condenaría a Transcaribe a pagar la suma de \$522.295.769, correspondiente a los mayores costos directos e indirectos que sufragó la contratista para realizar las obras eléctricas.*

*Ahora, a efectos de traer a valor presente este monto, el Tribunal realizó los cálculos de actualización con base en el IPC porcentual vigente para el mes de marzo de 2011, obteniendo como resultado la suma de seiscientos ocho millones trescientos treinta y dos mil trescientos doce pesos (\$608.332.312), la cual será pagada por Transcaribe debido a los mayores costos asumidos al comprar los insumos eléctricos.*

El resultado lo evidenció en el siguiente gráfico:

<b>Concepto</b>	<b>Valor</b>
Incremento de precios cables eléctricos	522,295,769
Administración de acuerdo con ejecución otro	1,1647
<b>Vr. Neto administración</b>	<b>608,332,312</b>

Fuente: Último IPC publicado DANE marzo de 2011

**3.8.3 Compensación forestal-mayor ejecución contractual:** También utilizó para la actualizada el factor IPC (f. 284-285 c. ppal. del recurso):

*Como se analizó a profundidad en el capítulo correspondiente-numeral 7.7- el Tribunal encontró demostrado que la sociedad Conalvías incurrió en una mayor ejecución contractual en relación con el componente forestal, como quiera que suministró y sembró 171 árboles adicionales a los estipulados contractualmente.*

*De esta forma, considerando que las partes convinieron como valor unitario para las actividades del componente forestal la suma de \$303.018,00 se encuentra que las 171 intervenciones adicionales tuvieron un costo de \$56.433.078. Actualizada esta suma de dinero con la aplicación del IPC porcentual desde el 14 de agosto de 2008, hasta la fecha del presente Laudo Arbitral, se tiene que la suma a reconocer a favor de Conalvías, por concepto de mayor ejecución contractual en relación con las actividades del componente forestal, asciende a sesenta millones novecientos ochenta y un mil seiscientos cincuenta y cuatro pesos (\$60.981.654)*

Todo ello lo mostró detalladamente en la siguiente tabla:

Concepto	Valor
Vr. Componente forestal 171 individuos * \$330.018	56,433,078
Factor IPC, desde el 14 de agosto de 2008 hasta abril 8 de 2011	1,0806
<b>Vr. Actualizado componente forestal hasta abril 8 de 2011</b>	<b>60,981,654</b>

Fuente: Último IPC publicado DANE marzo de 2011

**3.8.4 Entrega tardía del anticipo:** También fue actualizado con el factor IPC (f. 285-287 c. ppal. recurso), así:

*De acuerdo con el análisis expuesto en el numeral 7.9 de esta providencia, el Tribunal encontró probado que Transcribe incumplió el contrato en razón a que entregó tardíamente el anticipo que convencionalmente se había pactado. Así, en razón a la reparación integral de los perjuicios que se causaron con este retardo, se determinó el reconocimiento a favor de Conalvías de los mayores costos sufragados con el objeto de ampliar la vigencia de la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo.*

*Considerando entonces que la sociedad contratista pagó la suma de \$26.182.192 el 31 de diciembre de 2005, con el objeto de extender la garantía de tres meses adicionales, el Tribunal condenará a la convocada a pagar dicha suma, previa actualización de la misma a partir del momento del pago y hasta la fecha del presente Laudo Arbitral.*

*Como resultado de este cálculo, Transcribe deberá pagar a Conalvías la suma de treinta y tres millones trescientos cuarenta y ocho mil ochocientos veintiocho pesos (\$33.348.828)*

Según detalla la siguiente gráfica:

Concepto	Valor
Ampliación póliza de garantía	26,182,192

desde diciembre 31 de 2005	
Factor IPC, desde diciembre 31 de 2005 hasta abril 8 de 2011	1,2737
<b>Vr. Actualizado póliza de garantía hasta abril 8 de 2011</b>	<b>33,348,828</b>

Fuente: Último IPC publicado DANE marzo de 2011

Y agregó:

*(...) De otro lado, el Tribunal resolvió condenar a la entidad pública contratante al pago de la suma correspondiente a la actualización del anticipo desde el 12 de noviembre de 2005 –fecha en que se debía entregar-, hasta el 13 de marzo de 2006 –fecha del desembolso-.*

*En efecto, considerando que el dinero que debía recibir Conalvías por concepto de anticipo para el 12 de octubre de 2005, no era el mismo respecto al que recibió el 13 de marzo de 2006, debido a la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, halla el Tribunal que esta diferencia que se deduce de la actualización de la suma por el período señalado, es un daño emergente que corresponde a la suma de \$ 100.728.532.*

*De esta forma, actualizando este monto desde el 13 de marzo de 2006, hasta la fecha del presente laudo, encuentra el Tribunal que Transcribe deberá pagar a la convocante la suma de ciento veinticinco millones ocho pesos (\$125.890.098), debido a la entrega tardía del anticipo.*

También incluyó este cuadro que da cuenta de esos resultados:

Concepto	Valor
Anticipo contractual	4,804,636,493
Factor IPC, desde octubre 12 de 2005 hasta el 13 de marzo de 2006	1,0210
Actualización del anticipo en el IPC desde el 12 de octubre de 2005 hasta el 13 de marzo de 2006	100,728,532
Factor IPC, desde el 13 de marzo de 2006 hasta abril 8 de 2011	1,2498

Vr. Actualizado entrega tardía del anticipo desde el 13 de marzo de 2006 hasta abril 8 de 2011	125,890,098
--	-------------

Fuente: Último IPC publicado DANE marzo de 2011

**3.8.5 Ajuste de precios contractuales:** También fueron traídos a valor presente con IPC (f. 287 c. ppal. recurso):

*En el capítulo 7.10 el Tribunal encontró demostrada la procedencia de los reajustes de precios deprecados por la convocante, en relación con la ejecución del contrato de obra LPI-TC-001-05. De esta forma se concluyó que luego de la aplicación del Índice de Costos de Construcción Pesad-ICCP-, el valor que debe reconocerse a Conalvías por concepto de reajuste de precios asciende a la suma de \$ 676.557.237.*

*Ahora, con el ánimo de traer estos dineros a valor presente, se efectuaron los cálculos de actualización con base en el IPC porcentual definido por el DANE para el mes de marzo de 2011, desde el 23 de febrero de 2007, hasta la fecha del presente Laudo, encontrándose que por concepto de reajuste de precios contractuales, Transcaribe pagará a Conalvías la suma de ochocientos nueve millones veintiocho mil novecientos sesenta y nueve pesos (\$809.028.969).*

La detalló así:

Concepto	Valor
Ajuste de precios del 24 de agosto de 2006 al 23 de febrero de 2007	676,557,273
Factor IPC, desde febrero 23 de 2007 hasta abril 8 de 2011	1,1958
<b>Vr. Actualizado ajuste de precios hasta abril 8 de 2011</b>	<b>809,028,969</b>

Fuente: Último IPC publicado DANE marzo de 2011

**3.8.6 Devolución de dineros retenidos en garantía:** Fueron liquidados con intereses moratorios (f. 288-289 c. ppal. recurso):

*En el capítulo 7.9 del presente Laudo, el Tribunal examinó las pretensiones relacionadas con la entrega tardía del anticipo,*

encontrando demostrado que Transcribe no ha devuelto a Conalvías el porcentaje de precio retenido en garantía, pese a que se cumplieron debidamente los requisitos para efectuar dicho reembolso.

Es preciso entonces que el Tribunal ordene el reintegro de los dineros retenidos en garantía y que según el Acta de Liquidación del contrato y la experticia contable rendida en el proceso, corresponden a la suma de seiscientos setenta y nueve millones ciento sesenta mil doscientos cuarenta y cuatro pesos con cincuenta y cinco centavos (\$679.160.244.55)

Ahora, teniendo en cuenta la anterior suma -\$679.160.244.55- que como saldo insoluto le será reconocida a la sociedad contratista, es preciso efectuar la liquidación de los intereses moratorios de confirmar con el numeral 8° del artículo 4° de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 1° del Decreto 679 de 1994, en razón a que las partes no estipularon expresamente en el contrato el interés de mora que se aplicaría en el marco de la convención.

De esta forma, para la determinación de los intereses de mora se tomará como base la fecha en que según el Tribunal se constituyó en mora a la entidad pública, esto es, desde el 3 de abril de 2009, pues sumado a que para ese momento se efectuó la liquidación del contrato y se hacía exigible la obligación de desembolso, ya existía el requerimiento judicial a través de la demanda arbitral que precisamente se examina en el sub judice.

En este orden de ideas, el período para el reconocimiento de los intereses de mora corresponde al comprendido entre el 3 de abril de 2009 y el 8 de abril de 2011, fecha del presente Laudo Arbitral.

Los intereses de mora así calculados dan como resultado la suma de ciento setenta y cinco millones ochocientos ochenta y un mil ochocientos setenta y tres pesos (\$175.881.873)

En respaldo de este cálculo a continuación el juez temporal insertó la siguiente liquidación en la que se discrimina ítem por ítem los aspectos que fueron tenidos en cuenta para llevar a cabo esta operación matemática:

Valor insoluto	Fecha inicial	Fecha final	IPC del año	IPC del año anterior	IPC proporcional a los días transcurridos	Vr. Indexación	Vr. Indexado	Días de mora	Intereses con tasa 12% anual
----------------	---------------	-------------	-------------	----------------------	---	----------------	--------------	--------------	------------------------------

					dos				
		31-dec-08	7,67%						
679,160,244,55	03-apr-09	31-dec-09	2,00%	7,67%	5,72%	38,818,939	717,979,183	272	64,205,043
		31-dec-10	3,17%	2,00%	2,00%	14,359,584	732,338,767	365	87,880,652
		8 apr-11	1,52%	3,17%	0,85%	6,233,106	738,571,873	98	23,796,179
								735	175,881,873

11. A partir de lo expuesto la Sala advierte –como lo observó el concepto de la Procuraduría- que el laudo sí se pronunció de manera expresa sobre la materia, porque la misma fue objeto de estudio en distintos apartados del pronunciamiento de manera individualizada respecto a cada pretensión (como se constata de lo arriba transcrito).

Y como ya se indicó en la parte considerativa, además aparece el capítulo 10, intitulado “Perjuicios, actualización e intereses moratorios”, en el cual los árbitros analizaron detalladamente cada uno de los perjuicios reconocidos y al efecto el juez temporal previó el cálculo de la respectiva actualización y de los intereses de mora, “según fuera el caso” lo cual revela que en su criterio no operaba de manera indiscriminada o generalizada sobre todas las pretensiones.

De manera que el Tribunal sí se pronunció sobre estos reconocimientos a favor del demandante (quien los denominó “Actualización e intereses moratorios”), con fundamento en las pretensiones de la demanda. El hecho de que haya o no reconocido lo pedido no significa que haya dejado de resolver. La inconformidad que revela la censura se predica de lo resuelto, pero esta situación no configura causal de anulación.

Sin que por el hecho de no haber utilizado en unos eventos los intereses moratorios en otros el IPC como pauta de actualización, suponga que no hay una adecuación entre lo pedido y lo resuelto, o que el juez temporal hubiese dejado de pronunciarse sobre esta cuestión sujeta al proceso.

La Sala encuentra que al acceder en algunos eventos a la concesión de intereses moratorios y en otros a recurrir al IPC, el juzgador se pronunció también sobre las pretensiones que el censor echa de menos. Lo que da tanto como afirmar, que el juzgador no dejó la materia sin decidir. Así se desprende de lo arriba consignado así como del mismo *decisum* del fallo. El hecho de que no hubiera accedido en todos los eventos a intereses moratorios y haya recurrido en algunos casos al IPC, no entraña que no haya habido pronunciamiento sobre las cuestiones sujetas al proceso, ni que el juzgador no haya decidido de cada uno de los extremos del litigio.

En consecuencia, no se configuró la causal invocada y, por ello en este punto, se despachará negativamente.

El cargo no prospera frente en este punto.

**Adición al laudo: Pérdida de oportunidad en el ámbito de la contratación estatal**

12. De acuerdo con lo arriba expuesto, se tiene que en la parte resolutive del laudo arbitral de fecha ocho de abril de 2011, no fue resuelta la pretensión declarativa contenida en el apartado trigésimo tercero de la demanda y en el numeral IX del apartado trigésimo quinto, relativas al “costo financiero de oportunidad” que se alega tuvo que soportar durante la ejecución del contrato de obra pública LPI-TC-001-05, por razones no imputables a ella (f. 492-494 c. principal 2).

Como el Tribunal se abstuvo de decidir sobre una cuestión sujeta al arbitramento, debe prosperar la causal alegada. En consecuencia, y con base en lo dispuesto por el artículo 41 del Decreto 2279 de 1989, modificada por el artículo 129 de la ley 446 de 1998, se procederá a adicionar el laudo en lo pertinente.

A juicio del Censor como el Tribunal Arbitral declaró que Conalvías incurrió en una mayor permanencia en obra por razones atribuibles a Transcaribe *“corresponde que se le indemnicen a Conalvías todos los perjuicios sufridos derivados de esta situación, incluido el costo de oportunidad incurrido con ocasión del desfase en la facturación cuya causa fue la mayor permanencia en obra (...)”*.

Agrega, como prueba también de lo que se pretende, que en el acta de liquidación del contrato de obra (f. 004597 y 004598 del c. de pruebas 9) se dejó consignado que no se incluye *“el costo de oportunidad a que el contratista tiene a su juicio derecho por la dilatación de Transcaribe en el pago de las sumas reclamadas”*.

Asimismo invoca que en el dictamen contable realizado hizo una cuantificación del *“costo de oportunidad”* en la respuesta a la pregunta número 6 y que ascienden a \$1.692.158.392.

Al concluir el censor asegura que *“no cabe duda que a lo largo del proceso se probó plenamente el perjuicio sufrido por Conalvías por concepto del costo de oportunidad”*.

13. Como es sabido, en materia contractual las entidades estatales responden por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones

antijurídicos<sup>19</sup>- siempre que les sean imputables y le causen perjuicios a los contratistas.

En este caso, claramente la modalidad de la pérdida de oportunidad o de *chance* que se alega es la de adquirir una ventaja: *lucro captando*, esto es, cuando el menoscabo consiste en la imposibilidad de la obtención de un incremento patrimonial o ganancias (*quantum lucrari potuit*), la cual también resulta aplicable al ámbito de responsabilidad contractual<sup>20</sup>.

En efecto, la doctrina extranjera más autorizada en el ámbito del derecho común ha indicado que hay lugar a indemnizar cuando el demandado ha privado, por su culpa, al demandante de una posibilidad de conseguir una ganancia o de evitar una pérdida que tiene un valor *per se*, con prescindencia del hecho futuro, de modo que lo que da lugar a la reparación son las consecuencias que se derivan de una privación de oportunidad, de una frustración de una esperanza, de una probabilidad de obtener una cierta ventaja patrimonial, pero un hecho de otro le impide tener la oportunidad de participar en la definición de ese *chance* o expectativa de ventaja patrimonial:

*(...) La dificultad proviene de que, en este supuesto no resulta posible ya esperar para determinar si el perjuicio existirá o no existirá; la realización del perjuicio no depende ya de acontecimientos futuros e inciertos. La situación es definitiva; nada la modificará ya; por su culpa, el demandado ha detenido el desarrollo de una serie de hechos que podían ser fuente de ganancias o de pérdidas. Eso es lo que expresa la Corte de casación al decir que 'esté consumado el hecho del cual dependa el perjuicio eventual'.<sup>21</sup>*

---

<sup>19</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 3 de noviembre de 2003, exp. 25398.

<sup>20</sup> Cfr. Consejo de Estado Sección Tercera, sentencia de 28 de mayo de 1998, exp. 10539, C.P. Ricardo Hoyos Duque y sentencia de 8 de abril de 2009, rad. 2500023260001998 2370-01 (20525) C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

<sup>21</sup> MAZEAUD Henri y León Y TUNC André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Buenos Aires, Ejea, Volumen I, Tomo I, 1977, p. 307. Sobre este tema *vid.* Trigo Represas, Félix A - López Mesa; Marcelo J. *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 470; TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance. Presupuestos. Determinación. Cuantificación*, Astrea, Buenos Aires, 2008, pp. 25-26; MEDINA ALCOZ, Luis, *La Teoría de la Pérdida de Oportunidad:*

De manera que de no mediar el evento dañoso (en este ámbito el incumplimiento contractual), “*el damnificado habría mantenido la esperanza en el futuro, que le permitiría obtener una ganancia*”, no obstante no mediar certeza sobre si en ausencia del mismo hubiera obtenido esa ventaja<sup>22</sup>. Se priva, pues, al sujeto de una facultad lícita de actuar (*acere licere*), lesión que produce un perjuicio concreto.

Sin entrar en la compleja discusión de establecer dónde ubicar la pérdida de oportunidad –si en el ámbito del daño o en el del nexo de causalidad<sup>23</sup> enfoques distintos que llevan a conclusiones disímiles en materia de cuantificación- lo cierto es que la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad impone la existencia de una certeza jurídica sobre su ocurrencia.

Un adecuado nivel de certeza razonable, en lo que hace al nexo causal entre el hecho que se imputa y el daño, lo mismo que de la existencia misma del daño, en la medida en que –como es sabido- el perjuicio hipotético o eventual no es reparable y es, claro está, en cabeza de quien reclama el daño alegado que pesa la carga de la prueba de acreditarlo.

Así lo ha señalado la Sala en decisiones en las que a más de ese presupuesto [certeza respecto de la existencia de la oportunidad que se pierde], han exigido su concurrencia con otros presupuestos [imposibilidad

---

*Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de Daños Público y Privado*, Thomson & Civitas, Aranzadi, Navarra, 2007. p. 40 y 414; ZANNONI, Eduardo A, *El daño en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 1982, p. 50; LARROUMET Christian, *Teoría General del Contrato*, Bogotá, Temis, 1993, Vol. II, pp. 84-85 STARK, B. ROLAND, H. y BOYER, L, *Droit Civil, Les obligations, II, Le Contrat*, Litec, Paris, 1998, p. 577 ; MAYO, Jorge, “El concepto de pérdida de chance”, en *Enciclopedia de la responsabilidad civil*, Tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 207; LE TORNEAU, Philippe, *La responsabilidad Civil Profesional*, Legis, Bogotá, 2006, p. 85 ; VISANTINI, g., *Tratado de responsabilidad civil, 2, El daño, otros criterios de imputación* Astrea, Buenos Aires, 1999, p.207; REIS, Lydie, *Le juge et le préjudice, Étude comparée des droits français et anglais*, Presses Universitaires ‘Aix –Marseille, 2003, p. 224 et ss.; ZANNONI, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires,1987, p. 36; VINEYM G. et JOURDAIN, P., *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, Paris, 2006, p. 232. y CAZEAUX, Pedro, “Daño actual. Daño futuro. Daño eventual o hipotético. Pérdida de chance”, en *Temas de responsabilidad civil. En honor al doctor Augusto M. Morello*, n.º 10, p. 23 y ss.

<sup>22</sup> ZANNONI, Eduardo A, *El daño en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 1982, p. 50;

LARROUMET Christian, *Teoría General del Contrato*, Bogotá, Temis, 1993, Vol. II, pp. 84-85

<sup>23</sup> Cfr. STURGES, Robert, The « Loss of chance » Doctrine of damages for Breach of contract, in *The Florida Bar Journal*, oct 2005, p. 31 y LARROUMET Christian, *Droit Civil (Direction)*, Tome V, Les Obligations, La responsabilité civile extracontractuelle, Paris, Economica, 2007, p. 347 .

definitiva de obtener el provecho y que la víctima se encuentre en posición potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado]:

(i) *Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, aunque la misma envuelva un componente aleatorio, lo cual significa que esta modalidad de daño da lugar a un resarcimiento a pesar de que el bien lesionado no tiene la entidad de un derecho subjetivo —pues se trata de un mero interés legítimo, de la frustración de una expectativa, sin que ello suponga que se trata de un daño puramente eventual—, siempre y cuando se acredite inequívocamente la existencia de “una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente” (...)de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido la expectativa de obtener la ganancia o de evitar el detrimento correspondientes<sup>24</sup>;*

(ii) *Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento, vale decir, la probabilidad de obtener la ventaja debe haberse convertido en inexistente, pues si la consolidación del daño dependiera aún del futuro, se trataría de un perjuicio eventual e hipotético, no susceptible del reconocimiento de una indemnización que el porvenir podría convertir en indebida<sup>25</sup>; lo expuesto se antoja lógico en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el “chance” aún no estaría perdido y nada habría por indemnizar; por tanto, si bien se mantiene la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir la ganancia o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido definitivamente del patrimonio —material o inmaterial— del individuo porque dichos resultados ya no podrán ser alcanzados jamás.*

(...)

(iii) *La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado, es decir que debe analizarse si el afectado realmente se hallaba, para el momento*

---

<sup>24</sup> A este respecto se ha sostenido que “... la chance u oportunidad, es una posibilidad concreta que existe para obtener un beneficio. El incierto es el beneficio pero la posibilidad de intervenir es concreta, pues existe de forma indiscutible. Por eso sostenemos que existe daño jurídicamente indemnizable cuando se impide esa oportunidad o ese chance: se presenta el daño... Las dificultades pueden presentarse en la evaluación, porque lógicamente ésa no puede ser la del beneficio que posiblemente se habría obtenido sino otra muy distinta” (énfasis añadido). Cfr. MARTÍNEZ RAVE, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina, *Responsabilidad civil extracontractual*, Temis, Bogotá, 2003, p. 260.

En similar sentido, Trigo Represas señala que “[E]n efecto, si la chance aparece no sólo como posible, sino como de muy probable y de efectiva ocurrencia, de no darse el hecho dañoso, entonces sí constituye un supuesto de daño resarcible, debiendo ser cuantificada en cuanto a la posibilidad de su realización y no al monto total reclamado.

*La pérdida de chance es, pues, un daño cierto en grado de probabilidad; tal probabilidad es cierta y es lo que, por lo tanto, se indemniza (...) cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrada por el responsable, pudiendo valorársela en sí misma con prescindencia del resultado final incierto, en su intrínseco valor económico de probabilidad”* (subrayas fuera del texto original). Cfr. TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance*, cit., p. 263.

<sup>25</sup> HENAO, Juan Carlos, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 159-160.

*en el cual ocurre el hecho dañino, en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho por el cual propugnaba, posición jurídica que “no existe cuando quien se pretende damnificado, no llegó a emplazarse en la situación idónea para hacer la ganancia o evitar la pérdida”<sup>26</sup> (...) <sup>27</sup>*

14. Es importante destacar que la demanda arbitral<sup>28</sup> no abunda en argumentaciones sobre el alcance de lo que denomina “costo de oportunidad” y como no lo hace, no hay precisión sobre el alcance del daño antijurídico que se alega haber padecido.

Es apenas natural que pese sobre quien alega algo, la carga de motivar o fundamentar lo que se invoca como presupuesto para una pretensión declarativa. No es admisible, pues, presentar de manera desnuda lo que se busca.

El siguiente cuadro muestra la insuficiencia argumentativa sobre el punto (subrayas fuera de texto original):

Texto de la demanda	Folio
En el apartado F intitulado “Efectos de los incumplimientos de la parte convocada en el cronograma de obra de Conalvías”, las únicas referencias explícitas a este asunto se encuentran en el hecho septuagésimo sexto, con arreglo al cual <i>“El valor del ajuste de precios que es objeto de reclamación asciende a la suma de ochocientos veinticuatro millones cuatrocientos ochenta y seis mil seiscientos veintiocho pesos (\$824.486.628), cifra que no incluye los intereses de mora causados, <u>ni el costo de oportunidad</u>. La anterior cifra resulta de aplicar como factor de ajuste de precios el índice de la construcción pesada (ICP), determinado por el Departamento Nacional de Estadísticas (DANE)”</i> .	f. 561 c. ppal. 2.
Igualmente en el apartado H1 “Alza desmesurada, imprevista e imprevista de los costos del cobre y el aluminio en el mercado”, hecho octogésimo tercero, se lee: <i>“Los sobrecostos por concepto de insumos para cableado eléctrico que se le han causado a Conalvías, ascienden a la suma de quinientos veintidós millones doscientos noventa y cinco mil setecientos sesenta y nueve pesos M/Cte. (\$522.295.769), valor que no incluye los intereses de mora causados y que se seguirán causando, <u>ni el costo de oportunidad</u>”</i> .	f. 562 c. ppal. 2.

<sup>26</sup> ZANNONI, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, cit., pp. 110-111.

<sup>27</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de agosto 11 de 2010, rad. 050012326000199500082 – 01 (18.593), C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>28</sup> Que corresponde a su “reforma” (f. 497-592 c. ppal. 2).

<p>En sentido similar en el hecho nonagésimo quinto (apartado J “Retención por la parte convocada de un porcentaje superior al previsto en la ley, por concepto de impuesto de timbre, en perjuicio de Conalvías”) se indicó: “<u>El monto adeudado a Conalvías como consecuencia de la retención de un mayor valor por concepto de impuesto de timbre, asciende a la suma de ciento sesenta y seis millones quinientos veintiocho mil veinte pesos (\$166.528.020), que corresponde a las diferencias entre los valores descontados arbitrariamente por la parte convocada y las cifras que debían retenerse conforme a la normativa tributaria. La anterior cifra no incluye los intereses de mora causados y que se continuarán causando, ni el costo de oportunidad</u>”.</p>	<p>f. 574 c. ppal. 2.</p>
<p>También en el hecho nonagésimo noveno (apartado K “Mora en el pago del anticipo previsto en el contrato a favor de Conalvías y sobrecostos por la ampliación de la garantía que amparaba el anticipo”): “Conalvías le solicitó a la parte convocada mediante comunicación CSA-SAF-270-038-06 el reconocimiento de la mora en el pago del anticipo como consecuencia del incumplimiento en la entrega oportuna de este, intereses de mora que ascienden a la suma de quinientos treinta y cinco millones setecientos veintitrés mil quinientos veintiséis pesos (\$535.723.526) <u>valor que no incluye el costo de oportunidad</u>”.</p>	<p>f. 575 c. ppal. 2.</p>
<p>En términos similares aparece el hecho centésimo: “Adicionalmente Conalvías le solicitó a la parte convocada el reconocimiento de los sobrecostos en los que incurrió por concepto de las comisiones bancarias que tuvo que sufragar para garantizar el buen manejo del anticipo durante el período comprendido entre la causación del derecho a recibirlo (13 de octubre de 2005), hasta cuando lo recibió efectivamente (13 de marzo de 2006). Esta circunstancia le causó sobrecostos a Conalvías por valor de veintiséis millones seiscientos ochenta y dos mil ciento noventa y dos pesos (\$26.682.192), cifra que no incluye intereses de mora <u>ni el costo de oportunidad</u>”.</p>	<p>f. 575 c. ppal. 2.</p>
<p>Asimismo en el hecho centésimo decimocuarto que alude a la suscripción el 3 de abril de 2009 por las partes del acta de liquidación del contrato, resalta que Conalvías dejó una constancia y salvedad, en donde deja constancia de su desacuerdo con la misma por no incluir –entre otros aspectos- “lo correspondiente al cálculo de los intereses de mora, indexaciones <u>y costo de oportunidad</u> a que el contratista tiene a su juicio derecho por la dilación de Transcribe en el pago de las sumas reclamadas, los cuales serán también reclamados ante el Tribunal de Arbitramento a convocarse, sumas todas estas a que tiene derecho Conalvías S.A. tal como previamente lo solicitó mediante comunicaciones [las enlista]”.</p>	<p>f. 588 c. ppal. 2.</p>
<p>Finalmente en el hecho centésimo decimoquinto se consignó: “Conforme a la cuantificación que se hace en el experticio que se anexa como prueba, Transcribe le adeuda en la actualidad a Conalvías S.A. la suma de diecisiete mil doscientos trece millones catorce mil ciento sesenta y tres pesos \$17.213.014.163 a la cual habrán de adicionarse los intereses de mora, la indexación que sean del caso a la fecha en que se produzca la decisión que ordene el pago correspondiente, así como el valor correspondiente a la indemnización del lucro cesante en que ha incurrido Conalvías, <u>teniendo en cuenta el correspondiente costo de oportunidad y financiero (...)</u>”</p>	<p>f. 591 c. ppal. 2.</p>

Basta lo expuesto para advertir que si bien es cierto que la demandante solicita el reconocimiento del alegado “costo de oportunidad y financiero”, en realidad del texto de la demanda se limitó a referir su supuesta configuración, sin exponer las razones por las cuales dicha situación se configuró, como tampoco los fundamentos de derecho de la misma. No hay, pues, una calificación de cómo la inexecución contractual aducida configuró un daño y en qué consistió este último.

En otros términos, ¿cuál era ese margen de beneficio esperado y no obtenido por el hecho de la inexecución?, si parafraseamos a Pinna<sup>29</sup>. El escrito de demanda no brinda argumento alguno para predicar la indemnización de daños por la pérdida de una oportunidad. Más parece una posibilidad vaga y genérica que hace que estemos ante lo que la jurisprudencia ha denominado “*un daño meramente hipotético o eventual que no resulta indemnizable*”<sup>30</sup>.

¿Cuál era el resultado anhelado y en qué consistió la frustración de la oportunidad que estaba en juego? ¿Cuál era el evento favorable que se esperaba? La demanda guarda silencio absoluto al respecto. No se olvide que esa oportunidad debe aparecer suficientemente seria, según señala la doctrina<sup>31</sup>

Según lo pregonan el artículo 50 de la Ley 80 de 1993, las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. Conforme al precepto en cita, en tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista.

---

<sup>29</sup> PINNA, Andrea, *La mesure du préjudice contractuel*, LGDJ, Paris, 2007, p. 242.

<sup>30</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de agosto 11 de 2010, rad. 050012326000199500082 – 01 (18.593), C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>31</sup> LE TORNEAU, Philippe, *La responsabilité Civil Professionnal*, Legis, Bogotá, 2006, p. 85.

Y esa ganancia, beneficio o provecho que se hayan dejado de percibir deberán ser aducidos y soportados fáctica y jurídicamente, sin que sea admisible su sola ocurrencia, sin explicar en qué consistieron y por qué resultan imputables a la entidad pública contratante.

No basta pues con aducir el incumplimiento del contrato, sino que hay que justificar en qué aspectos se exterioriza en el ámbito de los perjuicios (para luego además tener que acreditar todo ello), toda vez que junto con la imputabilidad, configuran la responsabilidad contractual, determinante de los perjuicios que se dice haber padecido, todo ello con arreglo a lo prescrito por el artículo 90 superior<sup>32</sup>, en consonancia con los artículos 1494, 1546, 1602 y 1609 del Código Civil, aplicables al ámbito de la contratación estatal por expresa remisión de los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993.

Carga de argumentación que en modo alguno resulta desproporcionada, irrazonable o innecesaria, como quiera que marca el contorno de lo que se va a decidir y sirve de base para delimitar la problemática jurídica que se plantea al juzgador, desarrollo natural del mandato superior contenido en el numeral 7º del artículo 95 Constitucional.

En el terreno de las controversias contractuales no sólo resulta imperioso individualizar las pretensiones declarativas o anulatorias que se persiguen, sino que además estas deben ir acompañadas con una doble fundamentación: (i) la fáctica que precise el alcance de ese *petitum* y (ii) la jurídica, que enuncie los motivos que la soporten.

O lo que es igual, si la demanda demarca el debate judicial, es deber de quien la formula precisar no sólo lo que se pide sino que también tiene que soportarlo argumentativamente.

---

<sup>32</sup> En materia de contratación no se excluye la aplicación del artículo 90 constitucional, tal y como lo advirtió la Corte Constitucional al estudiar justamente la constitucionalidad del artículo 50 de la Ley 80 de 1993 (sentencia C 333 de 1996).

15. De otro lado, la jurisprudencia tiene determinado que para la reparación de la pérdida de una oportunidad es preciso además demostrar, de manera clara, cuál era la probabilidad que tenía el perjudicado de alcanzar el beneficio que anhelaba, de suerte que *“la determinación de la pérdida de la oportunidad no puede ser una mera especulación”*<sup>33</sup>.

Así mismo ha de acreditarse la correspondiente relación causal con la situación de la que se dice deriva esa pérdida de *chance*:

*A juicio de la Sala, el panorama expuesto permite concluir que la noción de pérdida de oportunidad no puede constituirse en un mecanismo que posibilite la declaración de responsabilidad del demandado en ausencia de acreditación del vínculo causal entre el hecho dañino y la ventaja inexorablemente frustrada o el detrimento indefectiblemente sufrido por la víctima, de suerte que se condene —con apoyo en la figura en cuestión— a reparar la totalidad del provecho que ya no podrá obtenerse por el perjudicado a pesar de no haber sido establecida la causalidad. No.*

*El concepto de pérdida de oportunidad implica que se demuestre la relación causal existente entre el acontecimiento o la conducta dañosa y la desaparición, exclusivamente, de la probabilidad de acceder a la ganancia o de evitar el deterioro como rubros que se integran efectivamente en el patrimonio del afectado, con independencia de los demás tipos de daño cuya ocurrencia pudiere tener lugar; la pérdida de oportunidad no representa, por tanto, una especie de daño subsidiario en defecto de prueba respecto de la relación causal entre el hecho o conducta censurados y el beneficio definitivamente perdido, sino una clase autónoma de daño respecto del cual no puede presentarse la tantas veces mencionada incertidumbre causal, toda vez que tal falta de certeza debería conducir, directa e indudablemente, a la exoneración de responsabilidad por el anotado concepto<sup>34</sup>; de allí que resulte atinado aseverar que “cuando hablamos de la pérdida de una oportunidad, no podemos incluir allí la simple imposibilidad de saber cuál es la causa de un daño”<sup>35</sup> (...) <sup>36</sup>*

---

<sup>33</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 2006; rad. 15.772, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>34</sup> GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe, *La pérdida de oportunidad en materia médica, un tema de daño, no de imputación*, cit., pp. 42-57.

<sup>35</sup> TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de responsabilidad civil. Tomo II*, segunda edición, Legis, Bogotá, 2007, p. 360. De hecho, en el mismo lugar y con el fin de destacar la que entiende que es la “diferencia entre incertidumbre causal y pérdida de oportunidad —título número 354 de la obra aludida— el citado autor afirma que “el mayor problema que tiene la institución de la pérdida de una oportunidad radica en la permanente confusión entre incertidumbre causal de un daño que ya ocurrió y la pérdida de la oportunidad”.

Conviene advertir que los tres “medios de prueba” que invoca el recurrente, contrario a lo aseverado por él, no dan cuenta de la configuración del costo de oportunidad invocado, como tampoco de la relación causal entre el hecho dañino y la ventaja frustrada.

En efecto, (i) el hecho de que el juez arbitral haya accedido a las pretensiones de las que se busca derivar lo que aquí se pide no significa que esté acreditada su ocurrencia; (ii) tampoco se acredita con la sola referencia que de esta situación haga –por demás de manera hipotética en el acta de liquidación- y (iii) mucho menos una simple cuantificación que se haga de manera abstracta de lo que hubiere ascendido hipotéticamente el costo de oportunidad por el peritazgo, tampoco demuestra la configuración del mismo.

De manera que aunque el juez arbitral no se pronunció sobre este extremo de la litis, al estudiar las pruebas invocadas no se encuentra que con ellas se demuestre la configuración y ocurrencia del costo de oportunidad que se alega, como tampoco de la relación causal entre el hecho dañino y esta pérdida de *chance*.

La sola afirmación del convocante en el sentido que este costo se padeció no es suficiente para desencadenar la responsabilidad por este concepto, por parte de la convocada.

Nótese pues que no hay elementos de convicción que soporten la probabilidad razonable de la existencia del alegado “costo de oportunidad” que se dice tuvo que afrontar Conalvias y que se dice que para ésta representó la mayor permanencia en obra.

Y si bien nuestra doctrina advierte que esta teoría evita exigirle a la víctima no sólo la prueba real del daño, sino también la de la relación de causalidad,

---

<sup>36</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de agosto 11 de 2010, rad. 050012326000199500082 – 01 (18.593), C.P. Mauricio Fajardo Gómez

lo cierto es que la aplicación de esta teoría impone un grado de certeza razonable.

De ahí que aunque en este ámbito el fallador no puede concebir de manera muy estricta la exigencia de certeza del daño, en tanto expresión del lucro cesante, exige que medie un grado de certeza razonable que debe estar acreditado en el plenario, presupuesto ineludible para que jurídicamente haya lugar a indemnización.

Aduce la convocante que al contestar la pregunta número 6 el perito técnico procedió a calcular el costo de oportunidad sobre los ingresos que no se pudieron percibir según lo previsto en la oferta presentada por el contratista contemplando la fecha estimada de pago en 30 días posteriores a la presentación de la factura.

A pesar de lo minucioso del ejercicio de los cálculos efectuados por el dictamen pericial elaborado por el Dr. Luis Alexander Urbina Ayure que arrojarían una elevada pérdida por parte de la convocante<sup>37</sup>, no se encuentra en el plenario prueba alguna que permita concluir que efectivamente se produjo dicho desfase por cuenta de acciones u omisiones de la convocada. Como señaló el Laudo, al estudiar los alegados sobrecostos en que se alegó incurrió la sociedad contratista debido al mayor tiempo que debió permanecer ejecutando la obra, la prueba pericial técnica no es pertinente para demostrar los perjuicios deprecados por la convocante.

---

<sup>37</sup> Cálculos que resultan discutibles, pues como advierte la doctrina, “únicamente la pérdida de la oportunidad de ver que un acontecimiento se produzca, debe dar lugar a la reparación y no el hecho de que el acontecimiento no se produjo. De allí se deduce que los daños y perjuicios no pueden corresponder al perjuicio que resulta porque el acontecimiento no se produjo. Solo corresponderán a una suma menor, la cual evidentemente no es fácil de evaluar y da lugar, como en cuanto al perjuicio moral, a aplicar un criterio arbitrario” (LARROUMET Christian, *Teoría General del Contrato*, Bogotá, Temis, 1993, Vol. II, pp. 84-85).

No basta con establecer, como se pretende en el *sub examine*, el *quantum* sino que previamente es necesario determinar su efectiva ocurrencia, pues lo que hay en este caso es tan sólo una estimación pecuniaria pero el proceso está huérfano de medios de convicción que den cuenta de la certeza razonable del perjuicio, aunque por mediar un *alea* no sea preciso que se verifique la necesaria convicción que se da en eventos distintos de la pérdida de oportunidad. En otras palabras, debe mediar una razonable certeza del daño y a ella no se llega por las solas estimaciones, proyecciones o cuantificaciones.

No bastaba pues acreditar la mayor permanencia en obra, sino que además era preciso demostrar no sólo que dicho desfase tuvo lugar, sino que el mismo –en caso de acreditarse- implicó una pérdida de oportunidad y tuvo por causa el proceder por acción u omisión del convocado, o resulta imputable a este. No aparece soporte probatorio alguno que permita acreditar la configuración y menos aún su efectiva ocurrencia, por lo cual esta pretensión no está llamada a la prosperidad.

En efecto, con arreglo a lo prescrito por el artículo 177 del CPC, la prueba de los supuestos de hecho con base en los cuales se aduce el incumplimiento de un contrato, incumbe a quien la aduce. De modo que cuando alguien afirma que el incumplimiento de su contraparte genera un determinado daño antijurídico, esta aseveración debe estar acompañada del correspondiente respaldo probatorio<sup>38</sup>.

En el *sub examine* cuando el contratista alega que los incumplimientos relacionados con la mayor permanencia en obra le generaron un costo de oportunidad y financiero, le correspondía acreditar la probabilidad razonable de existencia, pues no obstante tratarse de un evento de pérdida de oportunidad el perjuicio debe ostentar siempre el carácter de cierto, aunque

---

<sup>38</sup> Consejo de Estado Sección Tercera (Subsección B), sentencia de 23 de febrero de 2012, rad. 05001-23-25-000-1992-0584-01(21.317), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

ello no tenga el rigorismo general, a términos del artículo 177 del C. de P. C. y el artículo 1757 del C.C. (*onus probandi incumbit actori*).

De manera que, el convocante ha debido acreditar este aserto para lograr el éxito de esta pretensión en tanto a él correspondía la carga de probar la ocurrencia efectiva del costo de oportunidad que dice haber padecido y al no lograr probar esta situación el convocado debe ser absuelto en este punto (*actore non probante, reus absolvitur*).

Carga de la prueba sustentada, que según la jurisprudencia<sup>39</sup>, está construida sobre el principio de autoresponsabilidad de las partes, que entraña una conducta procesal facultativa predicable de quien pretende sacar adelante sus pretensiones en orden a evitar una decisión desfavorable:

*Si bien el derecho procesal tiene la finalidad de 'servir de instrumento necesario para la concreción y efectividad de las normas sustanciales'<sup>40</sup>, la Constitución de 1991 'lo elevó a rango constitucional en su artículo 228, pues son las normas procesales probatorias de una especial relevancia ya que tal como se repite desde siempre y concreta el aforismo romano 'Idem est non esse aut non probari', igual a no probar es carecer del derecho, pues de poco sirve ser titular de una determinada relación jurídica u ostentar una precisa calidad de tal orden, si en caso de que se pretenda desconocer o discutir o sea necesario evidenciarla, no estamos en capacidad de acreditar esa titularidad ante quien nos la requiere, en cuestiones públicas o privadas'<sup>41</sup>.*

*Es así como una de las reglas técnicas del derecho probatorio es la de la carga de la prueba, la cual parte del supuesto de que 'son los sujetos de derecho que intervienen en el proceso sobre los que gravita fundamentalmente el deber de procurar que las pruebas se practiquen o aporten y por eso que a su iniciativa para solicitarlas e interés para llevarlas a efecto se atiende de manera primordial. (...)*

---

<sup>39</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia AP 483 de 2007, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>40</sup> López Blanco, Hernán Fabio, Procedimiento Civil Pruebas, Tomo III, Dupré Editores, Bogotá, 2001, p. 15.

<sup>41</sup> *Ibidem*.

*El concepto de carga de la prueba es central para entender el porqué de ciertas decisiones judiciales, pues en aquellos eventos donde la ausencia de pruebas se presenta, no puede el juez abstenerse de decidir y es así como se impone un fallo en contra de quien tenía radicada la carga de la prueba<sup>42</sup>. Es evidente que nadie mejor que el interesado para conocer los medios de prueba que deben emplear, con el fin de demostrar los hechos en que están fundamentando sus pretensiones.<sup>43</sup>*

Sobre los presupuestos anteriores se ha de reiterar que la carga de la prueba en este caso correspondía a quien alegaba haber padecido un daño antijurídico y, por lo mismo, al no cumplirse, le corresponde asumir la negativa al *petitum* correspondiente, que es la consecuencia adversa que trae aparejada su omisión<sup>44</sup>.

O lo que es igual, al no haberse verificado la indispensable convicción mediante los medios de prueba correspondientes en punto de la certeza razonable del perjuicio, no hay lugar al reconocimiento patrimonial que alega se deriva del mismo. Lo contrario, sería afirmar que un perjuicio hipotético o eventual –que no futuro- es resarcible, lo cual no es admisible en el derecho de daños.

En tal virtud, habrá de negarse lo aquí solicitado.

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,

## **FALLA**

---

<sup>42</sup> Op. cit., p. 26.

<sup>43</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP 166 de 2004, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

<sup>44</sup> Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 26 de abril de 2006, exp. 16.041, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

**NIÉGASE** la nulidad por indebida notificación a la parte convocada de este recurso de anulación.

**PROSPERA** el recurso de anulación interpuesto por la Convocante Conalvías S.A., contra el laudo arbitral proferido el ocho de abril de 2011, por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias surgidas entre aquella y Transcariabe S.A., con ocasión del contrato de obra pública LPI-TC-001-05 de 2005.

En consecuencia,

**ADICIÓNASE** el numeral vigésimo octavo de la parte resolutive del mismo laudo, con la siguiente decisión:

**DENEGAR** la pretensión contenida en el numeral trigésimo tercero y el apartado IX de la pretensión trigésimo quinta, relativas al reconocimiento y pago actualizado del costo de oportunidad.

En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de Arbitramento.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**RAMIRO DE JESÚS PAZOS GUERRERO**  
Presidente

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**  
Magistrada

**DANILO ROJAS BETANCOURTH**  
Magistrado