

## **RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL – Declara infundado / CONTRATO DE INTERVENTORÍA / CAUSALES DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL – Causales segunda, quinta, séptima y novena**

Resuelve la Sala el recurso de anulación interpuesto por una de las convocadas contra el Laudo proferido el 3 de noviembre de 2016 y la providencia de 15 de noviembre que negó la aclaración. El tribunal fue conformado a instancias de Pöyry Infra S.A., contra el Instituto de Desarrollo Urbano-IDU y la Empresa de Transporte del Tercer Milenio-Transmilenio S.A. (...) El 28 de diciembre de 2016, el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO –IDU-, parte convocada, mediante apoderado, interpuso recurso de anulación contra el laudo proferido el 3 de noviembre de 2016, fundado en las causales previstas en los numerales 2, 5, 7 y 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 (...) Corresponde a la Sala resolver sobre la procedencia de las causales previstas en los numerales 2, 7 y 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, invocadas por la parte recurrente que tiene que ver con la falta de competencia; fallo en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho y decisión sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros. También se recurrió el Laudo con fundamento en la causal n.º 5 de la norma en cita, que tiene que ver con “haberse negado el decreto de una prueba pedida oportunamente o haberse dejado de practicar una prueba decretada”. Cargo que no fue sustentado, en cuanto no se especificaron las pruebas dejadas de practicar, por lo que la Sala queda relevada de pronunciarse al respecto (...) [L]os árbitros tenían competencia [causal segunda] para conocer sobre la legalidad de las Resoluciones 2663 de 10 de octubre de 2013 y 63189 de 24 de julio de 2014, mediante las cuales el IDU declaró el incumplimiento del contrato de interventoría n.º IDU-171 2007 y ordenó hacer efectiva la penalidad, por no constituir una decisión exorbitante. En consecuencia, el cargo no tiene vocación de prosperidad, al margen de la facultad de la administración para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria (...) La causal invocada [séptima] no tiene vocación de prosperidad porque, contrario a lo afirmado, los árbitros fallaron en derecho. Al respecto se advierte que inicialmente se ocuparon de su propia competencia, al margen de la interpretación que les mereció el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, luego resolvieron sobre las excepciones propuestas por las entidades convocadas y consideraron las pruebas recaudadas en el proceso. A su turno, se pronunciaron sobre la legalidad de los actos demandados y las pretensiones que tienen que ver con el reconocimiento por mayor permanencia en la obra (...) Para la Sala, no existe contradicción [causal novena] alguna entre lo expresado en la parte motiva y la resolutive, pues por tratarse de una sentencia declarativa y de condena, en cuanto resolvió sobre la nulidad de un acto, los efectos erga omnes operan por ministerio de la ley y su motivación no altera lo resuelto en la sentencia, por el contrario resulta congruente y la confirma.

**FUENTE FORMAL:** LEY 1563 DE 2012 – ARTÍCULO 41

### **PACTO ARBITRAL – Definición**

Los extremos del contrato, en ejercicio de la facultad conferida en el inciso 4º del artículo 116 de la C. P., acordaron que particulares investidos transitoriamente de la función de administrar justicia resolverían en derecho, las diferencias surgidas en razón del contrato, esto es, las partes renunciaron a hacer valer sus pretensiones ante la justicia ordinaria, en el ejercicio del derecho a disponer de lo suyo. Esto es, convinieron sobre un eventual litigio comprensivo de sus derechos e intereses al margen de asuntos reglados por imperativos legales y constitucionales no susceptibles de disposición. Cabe advertir el espectro amplio de la cláusula compromisoria, generadora de la competencia; en cuanto comprende todas las diferencias originadas en la relación contractual con ocasión de su ejecución, su

cumplimiento y su terminación. Siendo así bien puede afirmarse que los extremos sujetaron todas las controversias que podían surgir en torno de la celebración, ejecución y terminación del contrato. Universo que comprendió todas las materias de naturaleza netamente patrimonial y económica, susceptibles de transacción y disposición, generadas en el ámbito de la vinculación negocial.

## **RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL – Naturaleza del recurso / RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL – Procedencia / CAUSALES DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL – Regulación normativa**

De conformidad con el ordenamiento, contra los laudos arbitrales procede el recurso de anulación que deberá interponerse debidamente sustentado ante el Tribunal, dentro de los treinta (30) días siguientes a su notificación o de la providencia que resuelva sobre su aclaración, corrección o adición, por las causales expresamente definidas en la ley. Para el caso, la Ley 1563 de 2012, derogatoria de los artículos 70 a 72 de la Ley 80 de 1993, regula íntegramente la materia -art. 119- y dispone que la anulación del laudo procede en los siguientes casos: *Artículo 41. Causales del recurso de anulación. Son causales del recurso de anulación: 1. La inexistencia, invalidez o inoponibilidad del pacto arbitral. 2. La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia. 3. No haberse constituido el tribunal en forma legal. 4. Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación, o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no se hubiere saneado la nulidad. 5. Haberse negado el decreto de una prueba pedida oportunamente o haberse dejado de practicar una prueba decretada, sin fundamento legal, siempre y cuando se hubiere alegado la omisión oportunamente mediante el recurso de reposición y aquella pudiera tener incidencia en la decisión. 6. Haberse proferido el laudo o la decisión sobre su aclaración, adición o corrección después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral. 7. Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo. 8. Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutive o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral. 9. Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento. Las causales 1, 2 y 3 sólo podrán invocarse si el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia. La causal 6 no podrá ser alegada en anulación por la parte que no la hizo valer oportunamente ante el tribunal de arbitramento, una vez expirado el término. Y, conforme a las disposiciones del artículo 43 *ibídem*, "...cuando prospere cualquiera de las causales señaladas en los numerales 1 a 7 del artículo 41, se declarará la nulidad del laudo"; en los demás casos se corregirá o adicionará. Asimismo, al tenor de las disposiciones del artículo 42 *ejusdem*, "[l]a autoridad judicial competente en la anulación no se pronunciará sobre el fondo de la controversia, ni calificará o modificará los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral". Se tiene, entonces, que el recurso de anulación fue concebido para proteger los derechos constitucionales del debido proceso, defensa y acceso a la justicia; sin perjuicio de la preservación de mandatos imperativos, para el caso la preservación de la jurisdicción y competencia. Se aprecia entonces que el recurso de anulación corrige irregularidades en el trámite arbitral que constituyan vicios procesales, violación del principio de congruencia, errores aritméticos o decisiones contradictorias. A diferencia de la apelación, el recurso de anulación no da lugar a revisar el aspecto sustancial del laudo, ni permite reabrir el debate probatorio (...) Conforme con la jurisprudencia reiterada de la Sala, el recurso extraordinario de anulación no puede utilizarse como si se tratara de una*

segunda instancia, razón por la cual no es admisible replantear el debate sobre el fondo del proceso, ni podrán revocarse determinaciones del Tribunal de Arbitramento fundadas en la aplicación de la ley sustancial o por la existencia de errores de hecho o de derecho, relacionados con la valoración probatoria. A lo anterior se agrega que la competencia del juez del recurso de anulación se rige por el principio dispositivo, esto es, el recurrente delimita mediante la formulación y sustentación del recurso y con sujeción a las causales previstas en el ordenamiento la competencia del juez del recurso. Sin perjuicio de los asuntos confiados a la potestad del juzgador, los que no pueden quedar al arbitrio las partes, en cuanto establecidos para asegurar la prevalencia del orden público.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el tema, ver: Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 8 de junio de 2006, exp. 29476 y sentencia de 8 de junio de 2006, exp. 32398.

**LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN, LA FALTA DE JURISDICCIÓN O DE COMPETENCIA – Causal segunda / FACULTADES EXORBITANTES DE LA ADMINISTRACIÓN / LOS ÁRBITROS NO TIENEN COMPETENCIA PARA PRONUNCIARSE SOBRE ACTOS ADMINISTRATIVOS DICTADOS POR LA ADMINISTRACIÓN EN EL MARCO DE LAS RELACIONES CONTRACTUALES Y ACORDE CON SUS PODERES EXCEPCIONALES**

[E] recurrente solicitó declarar la nulidad del laudo, en cuanto el juez arbitral carecía de competencia para pronunciarse sobre la validez de los actos administrativos contenidos en las resoluciones (...) mediante las cuales el IDU declaró el incumplimiento del contrato de interventoría (...) Se sostiene que la competencia de la entidad demandada comporta el ejercicio de facultades extraordinarias de la administración (...) [E] tribunal puso al descubierto que aunque la Ley 1150 de 2007 restableció la competencia de las entidades estatales, para declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato y hacer efectiva la cláusula penal, el contrato fue suscrito en el tránsito legislativo que dio lugar a la vigencia de la Ley 1150 de 2007 y que, al margen de la validez de dicha cláusula, lo cierto es que a la luz de la jurisprudencia, en la actualidad, los Tribunales de Arbitramento cuentan con la competencia suficiente para decidir sobre la validez de los actos administrativos que dicten las entidades estatales contratantes en ejercicio de las potestades diferentes a las previstas en el artículo 14 de la Ley 80, de modo que el ordenamiento jurídico ofrece fundamento para el pronunciamiento sobre la legalidad de los actos contractuales demandados (...) En cuanto a la naturaleza de las facultades exorbitantes, se ha sostenido que las mismas derivan su nombre de las potestades con que el ordenamiento reviste a sus autoridades en orden a preservar valores y principios superiores no sujetos a la autonomía de la voluntad y por lo mismo excepcionales en el marco contractual al que concurren la administración en igualdad de condiciones con los particulares que respondieron al llamado de colaboración (...) [V]ale precisar que en sentencia C-1436 del 2000, sobre la constitucionalidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, se sostuvo que el arbitramento, como mecanismo alterno de solución de conflictos, deroga la jurisdicción frente a un conflicto determinado, actual o futuro, que será definido por terceros erigidos temporalmente como jueces, en derecho o equidad, porque las partes involucradas en el conflicto así lo convinieron. En materia contractual, el legislador faculta a las partes para sustraer del conocimiento de la jurisdicción contenciosa los conflictos que, en virtud de la celebración, el desarrollo, la ejecución y la liquidación de los contratos estatales llegasen a surgir. Siendo así, también el Estado, como los particulares, pueden convenir en someter las divergencias surgidas en el marco de la relación comercial a la decisión de terceros, sin que por este solo hecho se considere vulnerado el interés público que los contratos

comprometen. Bajo ese razonamiento, los límites del juez arbitral se determinan por la naturaleza misma del arbitramento y las prescripciones legales sobre la materia, a cuyo tenor la competencia arbitral se circunscribe a derechos e intereses de naturaleza dispositiva (...) [L]a Corte declaró exequibles los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, en el entendido que los árbitros no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en el marco de las relaciones contractuales y acorde con sus poderes excepcionales, consagrados de manera expresa en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, es decir interpretación, modificación y terminación unilateral, el sometimiento a las leyes nacionales, la caducidad y la reversión. De manera que decisiones ajenas a las restricciones señaladas, extrañas a las prerrogativas estatales, pueden ser sometidas al estudio, al examen, al conocimiento y a la decisión de los árbitros

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el arbitramento como mecanismo de solución de conflictos, ver sentencia de la Corte Constitucional C-1436 de 2000

**FUENTE FORMAL:** LEY 1150 DE 2007 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 14 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 70 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 71

### **COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES DE ARBITRAMIENTO PARA PRONUNCIARSE SOBRE LA VALIDEZ DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EXPEDIDOS CON OCASIÓN DE LA CELEBRACIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES / AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA – Aplicación**

[É]sta Sala se pronunció inicialmente sobre la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, para el juzgamiento de los actos de la administración en general y privativamente de aquellos que comprometen el ejercicio del poder público, que por lo mismo no resultan transigibles, pues no se sujetan a la autonomía negocial. Empero, en decisión posterior, la Sala morigeró la línea jurisprudencial para sostener, en armonía con lo decidido por la Corte Constitucional, en la sentencia C-1436 de 2000, que las controversias relacionadas con la celebración, ejecución y liquidación de los contratos estatales pueden ser sometidas al conocimiento de la justicia arbitral, siempre que no confronten la legalidad de los actos dictados por la administración, en desarrollo de los poderes excepcionales relacionados en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 (...) [L]a Sala se pronunció sobre la base de que el pacto arbitral confiere competencia para resolver las controversias contractuales que le fueren propuestas a los particulares temporalmente investidos de jurisdicción, enmarcadas en los precisos límites fijados en la Constitución y la ley. Precisó que, con excepción de los actos administrativos proferidos en ejercicio de los poderes excepcionales, previstos de manera expresa en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, los árbitros pueden resolver litigios sobre actos administrativos, así la litis comprenda su validez, siempre que el legislador no los hubiere excluido expresamente (...) [E]l privilegio de autotutela administrativa, comporta la capacidad de las entidades públicas contratantes para tutelar sus propios intereses en vía declarativa o ejecutiva, sin necesidad de acudir a un juez, una competencia funcional que la entidad no puede adquirir por convención. En ese orden, vale recordar el tránsito legislativo desde la vigencia del Decreto 222 de 1983, mediante el cual las cláusulas excepcionales se entendían incorporadas en los contratos gobernados por dicho estatuto a la luz del artículo 65, al tiempo que el artículo 60 previó cuales cláusulas forzosamente debían contener los contratos (...) [E]n vigencia del Decreto 222 de 1983, la administración tenía competencia para declarar el incumplimiento del contrato para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, por constituir una valoración anticipada de los perjuicios, en virtud del incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Competencia que desapareció en vigencia de la Ley 80 de 1993, de modo que las partes bien podían convenir en una

sanción pecuniaria, pero no atribuir la facultad de imponerla unilateralmente a la entidad contratante. Facultades que se encontraban reguladas y limitadas en el numeral 2º del artículo 14 del estatuto contractual (...) [E]n vigencia de la Ley 80 compete al juez del contrato resolver sobre las multas e inclusive sobre la cláusula penal pecuniaria convenida, contrario a la modificación introducida por la Ley 1150 de 2007, conforme a la cual la administración si puede en ejercicio de su autoridad sancionar al contratista en los términos del artículo 17, así como hacer efectiva la penalidad por el incumplimiento de su colaborador estatal (...) [E]l privilegio de autotutela administrativa, para que las entidades públicas contratantes puedan tutelar sus propios intereses en vía declarativa o ejecutiva, comporta una competencia funcional otorgada expresamente por la Ley y en el ámbito de la misma, se define el alcance y límites de las facultades con que cuentan la administración.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el tema, ver sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado de junio de 2009, exp. 36252.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 222 DE 1983

### **FACULTAD DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS DE CUANTIFICAR PERJUICIOS GENERADOS POR CONTRATISTAS – Facultad exorbitante / DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO**

[N]o se puede pasar por alto que en sentencia C-499 de 15 de agosto de 2016, la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 , en cuanto facultó a las entidades públicas cuantificar los perjuicios generados por el contratista, al tiempo de declarar el incumplimiento de los contratos estatales (...) Lo dicho por el juez constitucional resulta suficiente para entender que la declaratoria de incumplimiento del contrato, más allá de ejercer una competencia legítima, reglada y especial, que afecta a los extremos contractuales, también tiene que ver con una justificación que protege intereses generales, en tanto el contratista tiene la condición de colaborador estatal. Ahora, al margen de la declaratoria de constitucionalidad de la norma, tampoco se pasa desapercibido el hecho que la misma ley, si bien le atribuyó su carácter especial, no le otorgó el carácter de exorbitante a la decisión de la administración relativa a la penalidad, para efectos de cuantificar los perjuicios. En efecto, el artículo 17 de la Ley 1150 guardó silencio, en cuanto no le atribuyó dicho carácter, pues la efectividad de la cláusula penal, más bien comporta la posibilidad de la administración de tasar anticipadamente los perjuicios, dado el incumplimiento de su extremo contractual. La facultad que tiene la administración para hacer efectiva la penalidad, encierra una decisión que pone al descubierto una situación jurídica nueva, que no existía con anterioridad y en ese ámbito busca cuantificar los perjuicios causados. En ese orden, debe entenderse que el legislador solo quiso excluir del conocimiento de la justicia arbitral las facultades previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y así lo entendió atinadamente la Corte Constitucional, cuando declaró la Constitucionalidad de los artículos 70 y 71 referidos.

### **HABERSE FALLADO EN CONCIENCIA O EQUIDAD, DEBIENDO SER EN DERECHO, SIEMPRE QUE ESTA CIRCUNSTANCIA APAREZCA MANIFIESTA EN EL LAUDO – Causal séptima / FALLO EN CONCIENCIA – Definición**

Para la parte recurrente los árbitros resolvieron conforme su sentido común, profiriendo un fallo en conciencia cuando tenía que haber sido en derecho, en cuanto i) fundaron la decisión sin tener en cuenta todos los elementos probatorios allegados por el IDU; ii) la existencia de un “déficit probatorio”; iii) no tuvo en cuenta

las innumerables comunicaciones proferidas por el IDU mediante las cuales le notificó al contratista su incumplimiento (...) La causal invocada no tiene vocación de prosperidad porque, contrario a lo afirmado, los árbitros fallaron en derecho. Al respecto se advierte que inicialmente se ocuparon de su propia competencia, al margen de la interpretación que les mereció el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, luego resolvieron sobre las excepciones propuestas por las entidades convocadas y consideraron las pruebas recaudadas en el proceso. A su turno, se pronunciaron sobre la legalidad de los actos demandados y las pretensiones que tienen que ver con el reconocimiento por mayor permanencia en la obra. Ahora, la Sala encuentra que la recurrente no pretende el restablecimiento de su derecho al debido proceso, puesto que su inconformidad tiene que ver con la decisión en sí, en tanto no comulga con la valoración de las pruebas y en consecuencia controvierte la decisión de fondo tomada por el juez arbitral, especialmente en lo que toca con la nulidad de los actos acusados y lo resuelto por mayor permanencia en la obra. En rigor, no busca el restablecimiento de garantías procesales, sino una solución diferente, a la que se llegaría, previa nueva valoración probatoria, esta vez acorde con las pretensiones de la recurrente. Vale reiterar que el fallo en conciencia se presenta cuando la sentencia proferida hace caso omiso del ordenamiento, dejando a un lado incluso lo pactado por las partes. Lo que no ocurre en el caso que ocupa la atención de la Sala, por cuanto el Tribunal de arbitramento profirió la decisión impugnada conforme las disposiciones legales y contractuales, con sustento en las cláusulas, en la interpretación y alcance de las pruebas solicitadas y debidamente decretadas. Es de advertir que una interpretación equivocada o contraria a los intereses de la convocante, no significa violentar el debido proceso.

### **HABER RECAÍDO EL LAUDO SOBRE ASPECTOS NO SUJETOS A LA DECISIÓN DE LOS ÁRBITROS, HABER CONCEDIDO MÁS DE LO PEDIDO O NO HABER DECIDIDO SOBRE CUESTIONES SUJETAS AL ARBITRAMIENTO – Causal novena / CAUSAL NOVENA - Presupuestos**

Para el recurrente la mención que se hace en la página 141 comporta una falta de congruencia y también un fallo en equidad. Sostiene que los árbitros se equivocaron cuando afirmaron que la decisión de declarar la nulidad de los actos genera efectos erga omnes, pues dicha motivación abre la posibilidad que actores ajenos al proceso arbitral puedan posteriormente pretender el recobro de sumas pagadas y en ese sentido, el fallo es “claramente desconocedor de los efectos inter partes de las sentencias de nulidad y restablecimiento del derecho” Para la Sala, no existe contradicción alguna entre lo expresado en la parte motiva y la resolutive, pues por tratarse de una sentencia declarativa y de condena, en cuanto resolvió sobre la nulidad de un acto, los efectos erga omnes operan por ministerio de la ley y su motivación no altera lo resuelto en la sentencia, por el contrario resulta congruente y la confirma. Al respecto, la Sala debe precisar que la causal invocada en principio se configura cuando los árbitros se pronuncian sobre cuestiones no sujetas a su juzgamiento, es decir, por fuera de lo pedido en la demanda, bien porque lo decidido no comprende lo pretendido –extrapetita-, excede lo pretendido –suprapetita- o se ubica por fuera de la competencia asignada (...) [L]a Sala observa que el juez arbitral interpretó el contenido obligacional y se pronunció sobre los hechos y pretensiones aducidos en la demanda, al igual que resolvió sobre las excepciones propuestas, lo que de suyo descarta el cargo endilgado. Es de agregar que para decidir consideró las pruebas y que se pronunció sobre la controversia (...) [E]l cargo fundado en la causal 9ª del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, no tiene vocación de prosperidad.

### **AGENCIAS EN DERECHO – Fijación**

En los términos de los artículos 5º y 6º del Acuerdo n.º 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, se fijan en diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes las agencias en derecho que la parte recurrente deberá pagar a PÖYRY INFRA S.A.

## **CONSEJO DE ESTADO**

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

#### **SECCIÓN TERCERA**

#### **SUBSECCIÓN B**

**Consejera ponente: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO**

Bogotá D.C siete (7) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

**Radicación número: 11001-03-26-000-2017-00013-00(58647)**

**Actor: PÖYRY INFRA S.A.**

**Demandado: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO-IDU**

**Referencia: RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL**

Tema: Recurso de anulación. Competencia de la justicia arbitral para conocer sobre la legalidad de los actos administrativos que disponen la efectividad de la cláusula penal pecuniaria -artículo 17 de la Ley 1150 de 2007-. Fallo en conciencia y congruencia de la decisión arbitral.

Resuelve la Sala el recurso de anulación interpuesto por una de las convocadas contra el Laudo proferido el 3 de noviembre de 2016 y la providencia de 15 de noviembre que negó la aclaración. El tribunal fue conformado a instancias de Pöyry Infra S.A., contra el Instituto de Desarrollo Urbano-IDU y la Empresa de Transporte del Tercer Milenio-Transmilenio S.A. Se adoptaron las siguientes declaraciones y condenas:

***“PRIMERO.- Declarar que no prosperan, en los términos indicados en la parte motiva de esta providencia, las excepciones formuladas por el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO-IDU, de “INEXISTENCIA DE LA RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO DE INTERVENTORÍA IDU-171-DE 2007 E INEXISTENCIA DEL INCUMPLIMIENTO DEL MISMO POR PARTE DEL IDU***

"INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE INTERVENTORÍA N° 171 DE 2007 POR PARTE DE PÖYRY INFRA S.A"; "IMPROCEDENCIA DEL RECONOCIMIENTO DE MAYOR PERMANENCIA EN OBRA POR PARTE DE LA INTERVENTORIA"; "INEXISTENCIA DE AMENAZA O VULNERACIÓN DEL DERECHO EN LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE SE ATACAN (RESOLUCIONES 2663 DE 2013 Y 63189 DE 2014)"; "INEXISTENCIA DE LA TRANSGRESIÓN DEL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO"; "INEXISTENCIA DE NULIDAD DE LAS RESOLUCIONES ATACADAS"; "FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO PARA DECLARAR LA NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

**SEGUNDO.-** Declarar que no prosperan, por las razones expuestas en la parte motiva del presente Laudo, las excepciones propuestas por la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO S.A. - TRANSMILENIO S.A.**, bajo la denominación de: "INAPLICABILIDAD DE LA CLAUSULA COMPROMISORIA, expresada en el numeral 21.3 del contrato N° 171 DE 2007 a Transmilenio, S.A."; "INCUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES A SU CARGO, POR PARTE DE LA DEMANDANTE PÖYRY INFRA S.A., EN EL CONTRATO DE INTERVENTORÍA N° 171 DE 2007"; "INEXISTENCIA DE UN DESEQUILIBRIO DE LA ECUACIÓN ECONÓMICA DEL CONTRATO DE INTERVENTORÍA N° 171 DE 2007 A FAVOR DE LA DEMANDANTE PÖYRY INFRA S.A"; "INEXISTENCIA DE NULIDAD DE LAS RESOLUCIONES 2663 DEL 10 DE OCTUBRE DE 2013 Y RESOLUCIONES (sic) 63189 DEL 24 DE JULIO DE 2014, ambas proferidas por el IDU" e "INEPTA DEMANDA".

**TERCERO.-** Declarar que prospera, en los términos indicados en la parte motiva de esta providencia, la excepción propuesta por la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO S.A.- TRANSMILENIO S.A.**, de "INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD RESPECTO DE LA RESPONSABILIDAD POR PERJUICIOS ENTRE EL IDU Y TRANSMILENIO S.A., CON BASE EN EL CONTRATO N° 171 DE 2007".

**CUARTO.-** Negar todas las pretensiones, tanto declarativas como de condena, formuladas en contra de la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A.**, por las razones señaladas en la parte motiva de esta providencia.

**QUINTO.-** Como consecuencia de la declaración que antecede, el Tribunal se abstiene de pronunciarse sobre la excepción de "FALTA DE LEGITIMIDAD EN LA CAUSA EN LA DEMANDADA TRANSPORTES TRANSMILENIO S.A".

**SEXTO.-** Acceder a la pretensión primera principal y, por tanto, Declarar que el **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO -IDU-** la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A.**, y **PÖYRY INFRA S.A.** concurren a la celebración del Contrato de Interventoría N° 171 de 2007, para la "Interventoría técnica,

administrativa, legal, financiera, ambiental y social para las obras de construcción de todas las actividades necesarias para la adecuación de la calle 26 (Avenida Jorge Eliécer Gaitán) y la carrera 10ª (AV Fernando Mazuera), al sistema de Transmilenio en Bogotá de los tramos del grupo 2 tramo 2 comprendido entre calle 30 A Sur y Calle 3, en Bogotá D.C. y el tramo 3 comprendido entre Calle 3 y Calle 7, incluye ramal Calle 6 entre Carrera 10 y Troncal Caracas, Avenida Comuneros entre Carrera 10 y Carrera 9 con calle 4 y Estación Intermedia de la calle 6, en Bogotá D.C, comprendidos en el grupo dos (2) de la Licitación Pública IDU-LP-DG-023-2007, en Bogotá D.C".

**SÉPTIMO:** Negar las pretensiones SEGUNDA y TERCERA PRINCIPALES, en los términos indicados en la parte motiva del presente Laudo.

**OCTAVO:** Acceder a las pretensiones SEXTA y SÉPTIMA PRINCIPALES y, en consecuencia, DECLARAR la nulidad de las Resoluciones 2663 de 10 de octubre de 2013 y 63189 de 24 de julio de 2014, proferidas por el **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO -IDU-**.

**NOVENO.-** No acceder a la Pretensión Novena Principal y, en consecuencia, negar el restablecimiento del derecho pretendido como consecuencia de la nulidad declarada en el numeral anterior, por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo arbitral.

**DÉCIMO.-** Acceder a las pretensiones CUARTA y QUINTA del grupo de PRETENSIONES PRINCIPALES, en los términos indicados en la parte motiva y, en consecuencia, declarar que el **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO -IDU-**, incumplió su obligación de pago del Contrato de Interventoría n.º 171 de 2007, por el período comprendido entre el 16 de marzo de 2012 y el día 20 de septiembre de 2012.

**DÉCIMO PRIMERO.-** Acceder parcialmente a la pretensión OCTAVA PRINCIPAL y totalmente a la pretensión DÉCIMA PRINCIPAL y, en consecuencia, condenar al **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO -IDU-** a pagar a favor de **PÖYRY INFRA S.A.**, las siguientes cantidades de dinero:

**11.1.-** Por concepto de costos y gastos en que incurrió PÖYRY INFRA S.A., entre el 16 de marzo de 2012 y hasta el día 20 de septiembre de 2012, la suma de Trescientos Once Millones Setecientos Un Mil Ciento Veintinueve Pesos (311.701.121.00), de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de este Laudo arbitral.

**11.2.-** Por concepto de intereses corrientes sobre la anterior cantidad de dinero, la suma de Doscientos Cincuenta Millones Setenta y Siete Mil Ciento Ochenta y Dos (sic) (\$ 250'077.182.00), liquidados desde el 16 de marzo de 2012 hasta la fecha de este Laudo arbitral, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia

**11.3.-** Por concepto de la utilidad dejada de percibir por **PÖYRY INFRA S.A.**, entre el 16 de marzo de 2012 y hasta el día 20 de septiembre de 2012, la suma de Noventa y Tres Millones Cuarenta y Dos Mil Setecientos Ochenta y Cinco Pesos (\$ 93'042.785.00), de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de este Laudo arbitral.

**11.4.-** Por concepto de intereses corrientes sobre la anterior cantidad de dinero, la suma de Setenta Millones Doscientos Treinta y Un Mil Quinientos Noventa y Tres Pesos (\$ 70'231.593.00), liquidados desde el 21 de septiembre de 2012 hasta la fecha de este Laudo, de conformidad con lo señalado en la parte considerativa del mismo.

**DÉCIMO SEGUNDO.-** Acceder a la pretensión DÉCIMA TERCERA PRINCIPAL y, en consecuencia, disponer que las sumas de dinero a que se refiere el numeral anterior, devengarán intereses de mora desde el día siguiente a la ejecutoria de este Laudo, de conformidad con lo previsto por los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

**DÉCIMO TERCERO.-** Negar las demás pretensiones de condena formuladas por la convocante **PÖYRY INFRA S.A.**, en contra del **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO -IDU-** por las razones anotadas en la parte considerativa de esta providencia.

**DÉCIMO CUARTO.-** Abstenerse de hacer pronunciamiento sobre las pretensiones que integran el PRIMER y SEGUNDO GRUPO de Pretensiones Subsidiarias, por las razones anotadas en la parte considerativa de esta providencia.

**DÉCIMO QUINTO.-** Acceder a la pretensión DÉCIMO PRIMERA principal en los términos establecidos en la parte motiva.

**DÉCIMO SEXTO.-** Condenar en costas al **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO -IDU-** y a favor de **PÖYRY INFRA S.A.**, por la suma de Ciento Cuarenta y Ocho Millones Cuatrocientos Mil Pesos (\$ 148'400.000,00), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este laudo arbitral.

**DÉCIMO SÉPTIMO.-** Condenar en costas a **PÖYRY INFRA S.A.**, y a favor de **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A.**, por la suma de Noventa y Tres Millones Setecientos Cincuenta Mil Pesos (\$ 93.750.000,00), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este laudo arbitral.

## I. ANTECEDENTES

### 1. LA DEMANDA

El 25 de septiembre de 2013, la sociedad Pöyry Infra S.A., por conducto de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de controversias contractuales

consagrada en el artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y de la cláusula compromisoria, solicitó al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C. la convocatoria a un Tribunal de Arbitramento, para que, con citación y audiencia del Instituto de Desarrollo Urbano-IDU y la Empresa de Transporte del Tercer Milenio-Transmilenio S.A., se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (en su versión reformada presentada el 15 de junio de 2015):

### **PRINCIPALES:**

PRIMERA: *Que se declare que entre el Instituto de Desarrollo Urbano (en adelante "el IDU") o la "Entidad Contratante") y la Empresa de Transporte del Tercer Milenio (en adelante "Transmilenio" o la Sociedad Pagadora"), y de la otra, PÖYRY INFRA S.A. (en adelante la "Interventoría" o "Pöyry") se celebró el Contrato de Interventoría n.º 171 de 2007 (en adelante el "Contrato de Interventoría" o el "Contrato 171"), para la "Interventoría Técnica, Administrativa, Legal, Financiera, Ambiental y Social para las obras de construcción de todas las actividades necesarias para la adecuación de la Calle 26 (Avenida Jorge Eliécer Gaitán) y la Carrera 10a (Av. Fernando Mazuera), al Sistema Transmilenio en Bogotá, de los Tramos del Grupo 2 Tramo 2 comprendido entre Calle 30 A Sur y Calle 3, en Bogotá D.C. y el Tramo 3 comprendido entre Calle 3 y Calle 7, incluye ramal Calle 6 entre Carrera 10 y Troncal Caracas, Avenida Comuneros entre Carrera 10 y Carrera 9 con Calle 4 y Estación Intermedia de la Calle 6, en Bogotá D.C, comprendidos en el Grupo Dos (2) de la Licitación Pública IDU-LP-DG-023-2007, en Bogotá D.C."*

SEGUNDA: *Que se declare que en la ejecución del Contrato de Interventoría se materializó para Pöyry el riesgo de mayor permanencia en la obra desde el día 16 de marzo de 2012 y hasta el día 20 de septiembre de 2012, la cual se generó por causas no atribuibles a la culpa, la desidia, la negligencia o la connivencia de la Interventoría.*

TERCERA: *Que se declare que, por virtud de lo dispuesto en el numeral 8.2 de la Cláusula 8 del Contrato de Interventoría, el IDU y Transmilenio están obligados a asumir los costos que se generaron a Pöyry por virtud de la mayor permanencia que se vio obligado a soportar.*

CUARTA: *Que se declare que el IDU y Transmilenio no asumieron los costos que se generaron a Pöyry con ocasión de la mayor permanencia a la que se vio obligado y con ello el IDU y Transmilenio incumplieron el Contrato de Interventoría.*

QUINTA: *Que como consecuencia del incumplimiento contractual del IDU y Transmilenio, se declare que ellos causaron perjuicios a Pöyry*

*por daño emergente y lucro cesante que deben ser indemnizados íntegramente, de conformidad con lo que se pruebe dentro del proceso*

**PRETENSIONES SUBSIDIARIAS DE LA PRETENSIÓN QUINTA:**

**PRIMERA:** *Que se declare que como consecuencia del incumplimiento contractual de parte del IDU y Transmilenio se generó un daño antijurídico a Pöyry que rompió el equilibrio financiero del Contrato el cual debe ser íntegramente restablecido mediante la correspondiente indemnización, de conformidad con lo que se pruebe dentro del proceso.*

**SEGUNDA:** *Que se declare que han ocurrido circunstancias extraordinarias, imprevisibles al momento de contratar, ajenas por completo a Pöyry, y no imputables a su proceder, que han generado un rompimiento en su contra de la ecuación financiera del Contrato de Interventoría por haber hecho excesivamente oneroso a Pöyry su cumplimiento del Contrato de Concesión, y, por tanto, la ecuación económica del Contrato de Interventoría debe ser íntegramente restablecida mediante la correspondiente indemnización, de conformidad con lo que se pruebe dentro del proceso.*

**SEXTA:** *Que se declare la nulidad de la Resolución No. 2663 del 10 de octubre de 2013 de la Subdirección General de Infraestructura del Instituto de Desarrollo Urbano por la cual, entre otras, se declaró el incumplimiento del Contrato de Interventoría por parte de Pöyry y se hizo efectiva en su contra la Cláusula Penal por ser ella ¡legal e inexistente, tal como se explica en el concepto de la violación de este escrito de demanda.*

**SÉPTIMA:** *Que se declare la nulidad de la Resolución No. 63189 del 24 de julio de 2014, por medio de la cual se resolvieron los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución No. 2663 del 10 de octubre de 2013, por ser ella ilegal e inexistente, tal como se explica en el concepto de la violación de este escrito de demanda.*

**OCTAVA:** *Que como consecuencia de las declaraciones correspondientes a las pretensiones Primera, Segunda, Tercera, Cuarta y Quinta condene solidariamente al IDU y a Transmilenio a indemnizar y pagar a Pöyry las sumas que, conforme a lo que se pruebe dentro del proceso, haya lugar para el restablecimiento integral de la ecuación económica del Contrato de Interventoría, incluyendo la utilidad dejada de percibir, así:*

- i) *La suma de \$391.119.453 por concepto del tres por ciento (3%) del valor del Contrato 171, correspondiente al último pago a favor de la Interventoría, en cumplimiento del numeral 2° de la cláusula 10.2 del Contrato 171.*

- ii) La suma de \$892.998.404 por concepto de la mayor permanencia en obra por parte de Pöyry.
- iii) La suma \$40.977.076 por concepto del pago del tres por ciento (3%) del valor del Contrato Adicional No. 1 al Contrato 171.

NOVENA: Que, como consecuencia de las declaraciones correspondientes a las pretensiones Sexta y Séptima; y como restablecimiento del derecho, se condene al IDU a reintegrar la totalidad de las sumas pagadas a la fecha del Laudo a título de cláusula penal hasta por el monto \$1.823.001.852 más intereses y, en caso de que alguna parte de tales sumas no haya sido pagada a la fecha del Laudo, ordenar al IDU para que se abstenga de efectuar o perseverar en cualquier cobro relacionado con tal concepto.

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN NOVENA:

Que en caso en que el Tribunal no acepte la pretensión anterior, se ordene la reducción del monto de la Cláusula Penal al que el Tribunal considere adecuado considerando criterios de proporcionalidad y en atención al estado de cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de Pöyry al momento de su imposición, todo con base en lo dispuesto en el artículo 1596 del Código Civil y en el artículo 867 del Código de Comercio.

DÉCIMA: Que sobre las sumas de condena que se acojan en el fallo, cualesquiera que ellas sean, se condene al IDU y a Transmilenio a pagar a Pöyry los intereses corrientes aplicables, calculados desde cuando esas sumas se tuvieron que pagar y hasta cuando sean canceladas en su totalidad.

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS A LA PRETENSIÓN DÉCIMA:

PRIMERA: Que sobre las sumas de la condena se condene al IDU y a Transmilenio al pago actualizado con la corrección monetaria desde la fecha que se causaron y la fecha del laudo, más el daño emergente por la utilización del dinero a una tasa del 6% anual.

SEGUNDA: Que sobre las sumas de condena que se acojan en el fallo, cualesquiera que ellas sean, se condene solidariamente al IDU y a Transmilenio a pagar a PÖYRY el interés legal del 6%, calculado desde cuando esas sumas se tuvieron que pagar y hasta cuando sean canceladas en su totalidad.

TERCERA: Que sobre las sumas de condena que se acojan en el fallo, cualesquiera que ellas sean, se actualicen de acuerdo con los mecanismos que considere el Tribunal de Arbitramento.

DÉCIMA PRIMERA: Que se declare que el Contrato de Interventoría 171, así como su Adicional 1, están legalmente terminados, y en virtud de ello, debe procederse a efectuar su Liquidación por vía arbitral, se declare a Pöyry a paz y salvo, por todo concepto respecto de sus

*obligaciones contractuales, y se incluyan dentro de tal Liquidación a cargo del IDU y Transmilenio, según corresponda, los valores reconocidos por el Tribunal de Arbitramento a favor de Pöyry y las compensaciones que procedan, por razón de las condenas que se ordenen.*

*DÉCIMA SEGUNDA: Que se ordene el pago de intereses moratorios sobre las sumas de condena, desde la fecha del laudo y hasta su pago efectivo.*

*DÉCIMA TERCERA: Que se condene al IDU y a Transmilenio al pago de las costas del proceso arbitral, incluyendo las agencias en derecho, correspondientes al presente proceso arbitral.*

### **1-2 PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS:**

*PRIMERA: Que se declare que entre el IDU y Transmilenio, de una parte, y de la otra, Pöyry se celebró el Contrato de Interventoría No. 171 de 2007 para la "Interventoría Técnica, Administrativa, Legal, Financiera, Ambiental y Social para las obras de construcción de todas las actividades necesarias para la adecuación de la Calle 26 (Avenida Jorge Eliécer Gaitán) y la Carrera 10ª (Av. Fernando Mazuera), al Sistema Transmilenio en Bogotá, de los Tramos del Grupo 2 Tramo 2 comprendido entre Calle 30 A Sur y Calle 3, en Bogotá D. C. y el Tramo 3 comprendido entre Calle 3 y Calle 7, incluye ramal Calle 6 entre Carrera 10 y Troncal Caracas, Avenida Comuneros entre Carrera 10 y Carrera 9 con Calle 4 y Estación Intermedia de la Calle 6, en Bogotá D.C, comprendidos en el Grupo Dos (2) de la Licitación Pública IDU-LP-DG-023-2007, en Bogotá D.C."*

*SEGUNDA: Que se declare que en la ejecución del Contrato de Interventoría se materializó para Pöyry el riesgo de mayor permanencia en la obra desde el día 16 de marzo de 2012 y hasta el día 20 de septiembre de 2012, la cual se generó por causas no atribuibles a la culpa, la desidia, la negligencia o la connivencia de la Interventoría.*

*TERCERA: Que se declare que, por virtud de lo dispuesto en el numeral 8.2 de la Cláusula 8 del Contrato de Interventoría, el IDU y Transmilenio están obligados a asumir los costos que se generaron a Pöyry por virtud de la mayor permanencia que se vio obligado a soportar.*

*CUARTA: Que se declare que el IDU y Transmilenio no asumieron los costos que se generaron a Pöyry con ocasión de la mayor permanencia a la que se vio obligado y con ello el IDU y Transmilenio incumplieron el Contrato de Interventoría.*

*QUINTA: Que como consecuencia del incumplimiento contractual del IDU y Transmilenio, se declare que ellos causaron perjuicios a Pöyry por daño emergente y lucro cesante que deben ser indemnizados íntegramente, de conformidad con lo que se pruebe dentro del proceso.*

## PRETENSIONES SUBSIDIARIAS A LA PRETENSIÓN QUINTA:

PRIMERA: Que se declare que como consecuencia del incumplimiento contractual de parte del IDU y Transmilenio se generó un daño antijurídico a Pöyry que rompió el equilibrio financiero del Contrato el cual debe ser íntegramente restablecido mediante la correspondiente indemnización, de conformidad con lo que se pruebe dentro del proceso.

SEGUNDA: Que se declare que han ocurrido circunstancias extraordinarias, imprevisibles al momento de contratar, ajenas por completo a Pöyry, y no imputables a su proceder, que han generado un rompimiento en su contra de la ecuación financiera del Contrato de Interventoría por haber hecho excesivamente oneroso a Pöyry su cumplimiento del Contrato de Concesión, y, por tanto, la ecuación económica del Contrato de Interventoría debe ser íntegramente restablecida mediante la correspondiente indemnización, de conformidad con lo que se pruebe dentro del proceso.

SEXTA: Que se declare que no existe incumplimiento de las obligaciones bajo el Contrato de Interventoría por parte de Pöyry ni en la verificación de metas físicas ni después de la terminación del plazo de ejecución del Contrato y, por tanto no existen los supuestos tácticos que dieron lugar a la expedición de las Resoluciones No. 2663 del 10 de octubre de 2013 y No. 63189 del 24 de julio de 2014, ambas de la Subdirección General de Infraestructura del Instituto de Desarrollo Urbano.

SÉPTIMA: Que como consecuencia de la pretensión anterior, y no existiendo los supuestos de hecho que le dan soporte, que se declare que no existe sustento jurídico para hacer efectiva la cláusula penal bajo el Contrato de Interventoría.

OCTAVA: Que como consecuencia de las declaraciones correspondientes a las pretensiones Primera, Segunda, Tercera, Cuarta y Quinta condene solidariamente al IDU y a Transmilenio a indemnizar y pagar a Pöyry las sumas que, conforme a lo que se pruebe dentro del proceso, haya lugar para el restablecimiento integral de la ecuación económica del Contrato de Interventoría, incluyendo la utilidad dejada de percibir, así:

- (i) La suma de \$391.119.453 por concepto del tres por ciento (3%) del valor del Contrato 171, correspondiente al último pago a favor de la Interventoría, en cumplimiento del numeral 2º de la cláusula 10.2 del Contrato 171.
- (ii) La suma de \$892.998.404 por concepto de la mayor permanencia en obra por parte de Pöyry.

- (iii) *La suma \$40.977.076 por concepto del pago del tres por ciento (3%) del valor del Contrato Adicional No. 1 al Contrato 171.*

NOVENA: *Que, como consecuencia de las declaraciones correspondientes a las pretensiones Sexta y Séptima, se condene al IDU a reintegrar la totalidad de las sumas pagadas a la fecha del Laudo a título de cláusula penal hasta por el monto \$1.823.001.852 más intereses y, en caso de que alguna parte de tales sumas no haya sido pagada a la fecha del Laudo, ordenar al IDU para que se abstenga de efectuar o preservar en cualquier cobro relacionado con tal concepto.*

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN NOVENA:  
*Que en caso en que el Tribunal no acepte la pretensión anterior, se ordene la reducción del monto de la Cláusula Penal al que el Tribunal- considere adecuado considerando criterios de proporcionalidad y en atención al estado de cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de Pöyry al momento de su imposición, todo con base en lo dispuesto en el artículo 1596 del Código Civil y en el artículo 867 del Código de Comercio.*

DÉCIMA: *Que sobre las sumas de condena que se acojan en el fallo, cualesquiera que ellas sean, se condene al IDU y a Transmilenio a pagar a Pöyry los intereses corrientes aplicables, calculados desde cuando esas sumas se tuvieron que pagar y hasta cuando sean canceladas en su totalidad.*

#### **PRETENSIONES SUBSIDIARIAS A LA PRETENSIÓN DÉCIMA:**

PRIMERA: *Que sobre las sumas de condena se condene al IDU y a Transmilenio al pago actualizado con la corrección monetaria desde la fecha que se causaron y la fecha del laudo, más el daño emergente por la utilización del dinero a una tasa del 6% anual.*

SEGUNDA: *Que sobre las sumas de condena que se acojan en el fallo, cualesquiera que ellas sean, se condene solidariamente al IDU y a Transmilenio a pagar a Pöyry el interés legal del 6%, calculado desde cuando esas sumas se tuvieron que pagar y hasta cuando sean canceladas en su totalidad.*

TERCERA: *Que sobre las sumas de condena que se acojan en el fallo, cualesquiera que ellas sean, se actualicen de acuerdo con los mecanismos que considere el Tribunal de Arbitramento.*

DÉCIMA PRIMERA: *Que se declare que el Contrato de Interventoría 171, así como su Adicional 1, están legalmente terminados, y en virtud de ello, debe procederse a efectuar su Liquidación por vía arbitral, se declare a Pöyry a paz y salvo, por todo concepto respecto de sus obligaciones contractuales, y se incluyan dentro de tal Liquidación a cargo del IDU y Transmilenio, según corresponda, los valores*

reconocidos por el Tribunal de Arbitramento a favor de Pöyry y las compensaciones que procedan, por razón de las condenas que se ordenen.

DÉCIMA SEGUNDA: Que se ordene el pago de intereses moratorios sobre las sumas de condena, desde la fecha del laudo y hasta su pago efectivo.

DÉCIMA TERCERA: Que se condene al IDU y a Transmilenio al pago de las costas del proceso arbitral, incluyendo las agencias en derecho, correspondientes al presente proceso arbitral.

### **1-3. SEGUNDO GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS:**

PRIMERA: Que se declare que entre el IDU y Transmilenio, de una parte, y de la otra, Pöyry se celebró el Contrato de Interventoría No. 171 de 2007 para la "Interventoría Técnica, Administrativa, Legal, Financiera, Ambiental y Social para las obras de construcción de todas las actividades necesarias para la adecuación de la Calle 26 (Avenida Jorge Eliécer Gaitán) y la Carrera 10ª (Av. Fernando Mazuera), al Sistema Transmilenio en Bogotá, de los Tramos del Grupo 2 Tramo 2 comprendido entre Calle 30 A Sur y Calle 3, en Bogotá D. C. y el Tramo 3 comprendido entre Calle 3 y Calle 7, incluye ramal Calle 6 entre Carrera 10 y Troncal Caracas, Avenida Comuneros entre Carrera 10 y Carrera 9 con Calle 4 y Estación Intermedia de la Calle 6, en Bogotá D.C, comprendidos en el Grupo Dos (2) de la Licitación Pública IDU-LP-DG-023-2007, en Bogotá D.C."

SEGUNDA: Que se declare que en la ejecución del Contrato de Interventoría se materializó para Pöyry el riesgo de mayor permanencia en la obra desde el día 16 de marzo de 2012 y hasta el día 20 de septiembre de 2012, la cual se generó por causas no atribuibles a la culpa, la desidia, la negligencia o la connivencia de la Interventoría.

TERCERA: Que se declare que, por virtud de lo dispuesto en el numeral 8.2 de la Cláusula 8 del Contrato de Interventoría, el IDU y Transmilenio están obligados a asumir los costos que se generaron a Pöyry por virtud de la mayor permanencia que se vio obligado a soportar.

CUARTA: Que se declare que el IDU y Transmilenio no asumieron los costos que se generaron a Pöyry con ocasión de la mayor permanencia a la que se vio obligado y con ello el IDU y Transmilenio incumplieron el Contrato de Interventoría.

QUINTA: Que como consecuencia del incumplimiento contractual del IDU y Transmilenio, se declare que ellos causaron perjuicios a Pöyry por daño emergente y lucro cesante que deben ser indemnizados íntegramente, de conformidad con lo que se pruebe dentro del proceso.

## PRETENSIONES SUBSIDIARIAS DE LA PRETENSIÓN QUINTA:

***PRIMERA:** Que se declare que como consecuencia del incumplimiento contractual de parte del IDU y Transmilenio se generó un daño antijurídico a Pöyry que rompió el equilibrio financiero del Contrato el cual debe ser íntegramente restablecido mediante la correspondiente indemnización, de conformidad con lo que se pruebe dentro del proceso.*

***SEGUNDA:** Que se declare que han ocurrido circunstancias extraordinarias, imprevisibles al momento de contratar, ajenas por completo a Pöyry, y no imputables a su proceder, que han generado un rompimiento en su contra de la ecuación financiera del Contrato de Interventoría por haber hecho excesivamente oneroso a Pöyry su cumplimiento del Contrato de Concesión, y, por tanto, la ecuación económica del Contrato de Interventoría debe ser íntegramente restablecida mediante la correspondiente indemnización, de conformidad con lo que se pruebe dentro del proceso.*

***SEXTA:** Que, con base en lo dispuesto en el artículo 1° de la ley 1563 de 2012, se declare que las Resoluciones No. 2663 del 10 de octubre de 2013 y No. 63189 del 24 de julio de 2014 no pueden producir efectos económicos por no existir los supuestos de hecho y de derecho en los que las mismas se fundamentaron.*

***SÉPTIMA:** Que como consecuencia de las declaraciones correspondientes a las pretensiones Primera, Segunda, Tercera, Cuarta y Quinta condene solidariamente al IDU y a Transmilenio a indemnizar y pagar a Pöyry las sumas que, conforme a lo que se pruebe dentro del proceso, haya lugar para el restablecimiento integral de la ecuación económica del Contrato de Interventoría, incluyendo la utilidad dejada de percibir, así:*

- (i) La suma de \$391.119.453 por concepto del tres por ciento (3%) del valor del Contrato 171, correspondiente al último pago a favor de la Interventoría, en cumplimiento del numeral 2° de la cláusula 10.2 del Contrato 171.*
- (ii) La suma de \$892.998.404 por concepto de la mayor permanencia en obra por parte de Pöyry.*
- (iii) La suma \$40.977.076 por concepto del pago del tres por ciento (3%) del valor del Contrato Adicional No. 1 al Contrato 171.*

***OCTAVA:** Que, como consecuencia de las declaraciones correspondientes a las pretensiones Sexta y Séptima, se condene al IDU a reintegrar la totalidad de las sumas pagadas a la fecha del Laudo a título de cláusula penal hasta por el monto \$1.823.001.852 más intereses y, en caso de que alguna parte de tales sumas no haya sido pagada a la fecha*

del Laudo, ordenar al IDU para que se abstenga de efectuar o preservar en cualquier cobro relacionado con tal concepto.

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN OCTAVA: Que en caso en que el Tribunal no acepte la pretensión anterior, se ordene la reducción del monto de la Cláusula Penal al que el Tribunal considere adecuado considerando criterios de proporcionalidad y en atención al estado de cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de Pöyry al momento de su imposición, todo con base en lo dispuesto en el artículo 1596 del Código Civil y en el artículo 867 del Código de Comercio.

NOVENA: Que sobre las sumas de condena que se acojan en el fallo, cualesquiera que ellas sean, se condene al IDU y a Transmilenio a pagar a Pöyry los intereses corrientes aplicables, calculados desde cuando esas sumas se tuvieron que pagar y hasta cuando sean canceladas en su totalidad.

#### PRETENSIONES SUBSIDIARIAS DE LA PRETENSIÓN NOVENA

PRIMERA: Que sobre las sumas de condena se condene al IDU y a Transmilenio al pago actualizado con la corrección monetaria desde la fecha que se causaron y la fecha del laudo, más el daño emergente por la utilización del dinero a una tasa del 6% anual.

SEGUNDA: Que sobre las sumas de condena que se acojan en el fallo, cualesquiera que ellas sean, se condene solidariamente al IDU y a Transmilenio a pagar a Pöyry el interés legal del 6%, calculado desde cuando esas sumas se tuvieron que pagar y hasta cuando sean canceladas en su totalidad.

TERCERA: Que sobre las sumas de condena que se acojan en el fallo, cualesquiera que ellas sean, se actualicen de acuerdo con los mecanismos que considere el Tribunal de Arbitramento.

DÉCIMA: Que se declare que el Contrato de Interventoría 171, así como su Adicional 1, están legalmente terminados, y en virtud de ello, debe procederse a efectuar su Liquidación por vía arbitral, se declare a Pöyry a paz y salvo, por todo concepto respecto de sus obligaciones contractuales, y se incluyan dentro de tal Liquidación a cargo del IDU y Transmilenio, según corresponda, los valores reconocidos por el Tribunal de Arbitramento a favor de Pöyry y las compensaciones que procedan, por razón de las condenas que se ordenen.

DÉCIMA PRIMERA: Que se ordene el pago de intereses moratorios sobre las sumas de condena, desde la fecha del laudo y hasta su pago efectivo.

**DÉCIMA SEGUNDA:** *Que se condene al IDU y a Transmilenio al pago de las costas del proceso arbitral, incluyendo las agencias en derecho, correspondientes al presente proceso arbitral.*

La parte convocante puso de presente los hechos que se resumen a continuación:

1.- El 14 de septiembre de 2007, mediante resolución n°. 4382, el IDU ordenó la apertura de la Licitación Pública IDU-LP-DG-022-2007, con el objeto de contratar *“las obras de construcción para la adecuación de la Calle 26 (Avenida Jorge Eliécer Gaitán) y de la Carrera 10 (Av. Fernando Mazuera) al sistema Transmilenio”*.

2.- El Contrato de obra fue adjudicado mediante Resolución 06673 del 21 de diciembre de 2007 al Consorcio Metrovías Bogotá, integrado por CSS Constructores S.A., Carlos Alberto Solarte Solarte, Héctor Solarte Solarte, Constructora LHS S.A. y CASS Constructores & CÍA S.C.A.

3.- El 28 de diciembre de 2007, el IDU y el Consorcio Metrovías suscribieron el Contrato de Obra 135, con el objeto, según la cláusula primera, de adelantar *“la ejecución de la totalidad de las obras de construcción y todas las actividades necesarias para la adecuación al sistema Transmilenio y el posterior mantenimiento, del grupo 2”*<sup>1</sup>.

4.-El plazo total del contrato se convino en 84 meses contados a partir del Acta de Inicio suscrita por el IDU, el Interventor y el Contratista y el valor, en la suma de CIENTO SETENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS CUATRO MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS SESENTA PESOS M/CTE (\$178.304'574.960.00)

---

<sup>1</sup> La Cláusula 1 del Contrato de Obra 135 señala: *“objeto del contrato “ejecución de la totalidad de la obras de construcción y todas las actividades necesarias para la adecuación de la calle 26 (avenida Jorge Eliécer Gaitán) y la carrera 10 (avenida Fernando Mazuera), al sistema Transmilenio en la ciudad de Bogotá D.C. de los tramos del grupo 2 comprendido entre calle 30 a sur y calle 3, en Bogotá D.C. y el tramo 2 comprendido entre calle 3 y calle 7, incluye ramal calle 6 entre carrera 10 y troncal caracas, avenida comuneros entre carrera 10 y carrera 9 con calle 4 y estación intermedia de la calle 6, en Bogotá D.C.” de acuerdo con el límite de intervención, las especificaciones generales y particulares contenidas en todos los apéndices que hacen parte integral de este contrato”*.

5.- El 24 de octubre de 2007, mediante resolución n°. 5087, el IDU ordenó la apertura del Concurso Público de Méritos IDU-CM-DG-023-07 con el objeto de contratar la Interventoría de las obras de construcción y las actividades necesarias para la adecuación de la Calle 26 (Avenida Jorge Eliécer Gaitán) y de la Carrera 10 (Av. Fernando Mazuera) al Sistema Transmilenio, referidas en el contrato n.º 035.

6.- Como consecuencia, el 27 de diciembre de 2007, el IDU adjudicó a Pöyry el Grupo 2, que tenía que ver con la interventoría técnica sobre las obras de construcción (no el mantenimiento). El 28 de diciembre, el IDU, Transmilenio y Pöyry suscribieron el contrato de interventoría n.º 171.

7.- En los términos de la cláusula 3ª del contrato en mención, la vigencia se convino en veinticinco (25) meses, desde la suscripción del acta de inicio de la etapa de pre-construcción y la firma del acta de terminación de las obras de construcción.

8.- El alcance y desarrollo de la interventoría se pactó en la cláusula cuarta<sup>2</sup>, mientras los riesgos se contemplaron en la cláusula octava.

9.- El valor del contrato, según lo indica la cláusula novena, fue de NUEVE MIL CIENTO TREINTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS NOVENTA MIL NOVENTA Y UN PESOS (\$9.136.790.091).

10.- El contrato de obra se prorrogó en ocho oportunidades y el de Interventoría en seis, por lo que este último derivó en una adición del plazo de 25 a 52 meses. El plazo para dar por terminada la etapa de construcción y el contrato de Interventoría, expiraron el 16 de marzo de 2012.

---

<sup>2</sup> La Cláusula Cuarta del Contrato 171, establece el alcance y desarrollo de la Interventoría en los siguientes términos: *"La ejecución del presente Contrato se adelantará teniendo en cuenta lo previsto en la cláusula 4. Alcance y desarrollo del contrato de obra 135 de 2007, en lo relacionado con las actividades allí asignadas expresa o tácitamente al Interventor en las etapas de pre-construcción y construcción y lo previsto en los términos de referencia"*.

11.- Durante el periodo contractual, PÖYRY INFRA S.A. solicitó al IDU, “en 135 ocasiones”, iniciar los procedimientos de imposición de multas al contratista, por razones de incumplimiento parcial de la obra. La entidad se abstuvo de hacerlo.

12.- PÖYRY INFRA S.A. continuó enviando comunicaciones al IDU y al consorcio encargado de ejecutar la obra, con el fin de notificar el estado y la finalización de los plazos establecidos.

13.- Vencido el plazo del contrato, PÖYRY INFRA S.A. informó al IDU que el Consorcio Metrovías no culminó las obras contratadas en tiempo<sup>3</sup>, por lo cual no pudo recibirlas satisfactoriamente.

14.- Ante el incumplimiento de las obligaciones de METROVIAS, el 22 de marzo de 2012, PÖYRY INFRA S.A. solicitó al IDU el inicio del procedimiento sancionatorio para declarar el incumplimiento parcial del Contrato de Obra n.º 135 y, al tiempo, pidió hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. El IDU no respondió.

15.- Al margen que la etapa de construcción debía finalizar el 16 de marzo de 2012, la Convocante continuó con la ejecución de sus obligaciones de interventoría. Esto comportó, en los términos de la cláusula 8 numeral 8.2, una mayor permanencia en la obra.

16.- Lo anterior dio lugar a que las partes adelantaran varias reuniones buscando el arreglo directo convenido en el contrato. El 20 de junio de 2012, en la tercera reunión, fue acordado el pago por mayor permanencia en la obra, que la contratante no cumplió.

17.- El 21 de agosto de 2012, el IDU envió un comunicado a PÖYRY INFRA S.A., para que suscribiera el Acta de recibo y terminación de la etapa de

---

<sup>3</sup> El Contrato de Obra 135 suscrito el 28 de diciembre de 2007, entre el IDU y el Consorcio Metrovías.

construcción"<sup>4</sup>. El 20 de septiembre de 2012, el CONSORCIO METROVÍAS, POYRY INFRA S.A. y el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU suscribieron el Acta n.º 123 de terminación de la etapa de construcción del contrato n.º 135.

18.- El 18 de septiembre de 2012, la convocante envió un comunicado al IDU informando que, terminado el contrato se debía proceder a su liquidación.

19.- El 25 de enero de 2013, POYRY INFRA S.A. hizo entrega del informe final de interventoría, cumpliendo los requerimientos realizados por el IDU, al tiempo solicitó se le reconocieran los costos por mayor permanencia.

20.- A continuación, el 20 de junio de 2013, las partes se reunieron nuevamente. En la discusión se consideraron: i) los nuevos requisitos que el IDU exigía para reconocer los costos de mayor permanencia, entre el 16 de marzo al 20 de septiembre de 2012 y ii) el incumplimiento de los compromisos contraídos por el Consorcio Metrovías.

21.- POYRY INFRA S.A. fue citado por el IDU a una audiencia que tenía por objeto declarar el incumplimiento del contrato de interventoría. La entidad omitió acompañar el informe del supervisor sobre la ejecución del contrato, necesario para respaldar los hechos y fundamentos de la sanción. La audiencia, se llevó a cabo el 29 de agosto de 2013, oportunidad en la cual la Convocante pidió el archivo de la actuación, dado el cumplimiento de sus obligaciones.

22.- El 10 de octubre de 2013, mediante resolución n.º 2663, el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO - IDU resolvió declarar el incumplimiento del contrato a PÖYRY INFRA S.A. e hizo efectiva la cláusula penal. Decisión confirmada mediante resolución n.º 63189 del 24 de julio de 2014.

---

<sup>4</sup> Terminación de la etapa de construcción, dispuesto en el Contrato de Obra N°. 135 de 2007, el Contrato de Interventoría y el Manual de Interventoría y/o Supervisión de Proyectos de Infraestructura Vial y Espacio Público del IDU.

La Convocante, al tiempo de la presentación de la reforma integral de la demanda, solicitó medidas cautelares encaminadas a suspender los efectos de las resoluciones antes señaladas. La pretensión fue negada en la primera audiencia de trámite, el 17 de diciembre de 2015.

## **1. ADMISIÓN DE LA DEMANDA ARBITRAL**

Mediante Auto n°. 7 del 29 de julio de 2015<sup>5</sup>, el Tribunal admitió la reforma de la demanda y ordenó correr traslado a los convocados Instituto de Desarrollo Urbano-IDU y a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio-TRANSMILENIO.

El 11 de agosto de 2015, el Instituto de Desarrollo Urbano-IDU interpuso recurso de reposición contra el auto admisorio de la reforma de la demanda; no obstante, mediante Auto n°. 9 de 27 de agosto de 2015 se mantuvo la decisión.

## **2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Las convocadas, tanto el Instituto de Desarrollo Urbano-IDU como la Empresa de Transporte del Tercer Milenio-TRANSMILENIO S.A. contestaron oportunamente la demanda arbitral.

### **2.1. LA EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO-TRANSMILENIO**

El 16 de septiembre de 2015, La Empresa de Transporte del Tercer Milenio-Transmilenio aceptó algunos hechos y negó otros, por no estar acreditados por la parte demandante, de igual forma se opuso a las pretensiones y propuso a título de excepciones de mérito, i) Inaplicabilidad de la Cláusula Compromisoria del contrato n°. 171 de 2007 a Transmilenio S.A, fundado en que el contrato fue suscrito entre el IDU y PÖYRY INFRA SAS y acorde con la cláusula décima del contrato solo tiene la calidad de pagador; ii) falta de legitimación en la causa para concurrir al proceso, si se considera su calidad de pagador y su cumplimiento estaba supeditado a la petición del IDU; iii) incumplimiento de las obligaciones de la demandante Pöyry Infra

---

<sup>5</sup> Visible a folio 225 y 226 del cuaderno n°2 del Tribunal de Arbitraje.

S.A., en cuanto se abstuvo de recibir las obras, no realizó los trámites para proceder en consecuencia, no agotó las gestiones necesarias para el pago de sus prestaciones, tampoco elaboró el informe final y no entregó los planos de la obra construida ni los documentos de cierre social y ambiental, si se considera que era obligación del interventor velar por la ejecución total de la obra; iv) inexistencia de solidaridad entre el IDU y TRANSMILENIO S.A. Aunado a que, de conformidad con el convenio interadministrativo de 20 de septiembre de 2001, se acordó que el IDU, de manera autónoma y bajo su responsabilidad llevaría hasta su culminación los procesos de contratación requeridos para la infraestructura física del sistema Transmilenio, así como la contratación de las interventorías necesarias. En tal caso, el IDU ordenaría la apertura de las licitaciones, adoptaría los pliegos de condiciones y adjudicaría los contratos, por lo tanto Transmilenio no puede ser declarada responsable por unos perjuicios ocasionados por el IDU; v) inexistencia del desequilibrio en la ecuación contractual, consistente en una mayor permanencia, pues las sumas reclamadas, en realidad corresponden al último pago del contrato, solo que debían cancelarse una vez recibidas, de modo que se desvirtúa la pretensión. A lo que se agrega que, en la etapa de arreglo directo, las partes convinieron que la suma reclamada por concepto de mayor permanencia, por valor de \$ 892.998.404,00, sería asumida por el interventor. Tampoco veló por el cabal cumplimiento del contrato, pues Pöyry incurrió en mora de cumplir con sus obligaciones; vi) Inexistencia de nulidad de las resoluciones 2663 del 10 de octubre de 2013 y resoluciones 63189 del 24 de julio de 2014, proferidas por Instituto de Desarrollo Urbano-IDU, mediante las cuales se declaró el incumplimiento del contrato y se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria, en cuanto la expedición de ambos actos se sujetó al ordenamiento e vii) Inepta demanda, pues no se dirigió contra el verdadero responsable del pago, esto es el Consorcio Metrovías S.A.

### **2.3. INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO-IDU**

El 17 de septiembre de 2015, el Instituto de Desarrollo Urbano-IDU se opuso a las pretensiones.

Aceptó unos hechos, negó otros y propuso a título de excepciones de fondo:

i) inexistencia de la ruptura del equilibrio económico del contrato de interventoría 171 de 2007, puesto que no se acreditaron los factores externos que lo afectaron, así como tampoco se probó la pérdida real, grave y anormal del contratista en su ejecución, como tampoco la falta de pago de los mayores costos directos.

ii) Incumplimiento del contrato de interventoría n°. 171 de 2007, por parte de Pöyry INFRA S.A., si se considera su obligación de presentar al IDU los productos finales, tal como se dispuso en los pliegos y se convino en el contrato. Esto porque la entidad debía disponer de las pruebas documentales necesarias para validar el cumplimiento del contrato de obra 135-2007, antes de que los plazos expiraran, de modo que el interventor estaba obligado a exigirle al contratista la información necesaria para establecer si las obras contratadas cumplían con las especificaciones exigidas. A lo que se añade que como los informes finales, no se presentaron no se tuvo certeza sobre la cobertura de las garantías, el valor real, el estado de las obras y la conformidad con el contrato. En conclusión la interventoría desatendió sus obligaciones contractuales.

iii.) improcedencia del reconocimiento por mayor permanencia en la obra. Esto si se considera que, no obstante los cuatro otro sí y las prórrogas suscritas, el interventor no dejó salvedades para que se le reconociera un mayor valor. En ese orden concluyó que no procede el reconocimiento.

iv.) la expedición de los actos administrativos demandados, resoluciones 2663 de 2013 y 63189 de 2014, no vulneraron ningún derecho, pues si bien la entidad declaró el incumplimiento y ordenó hacer efectiva la cláusula penal, el contratista dio lugar a ello y el contrato lo permitía; de modo que el IDU se encontraba habilitado para expedir los actos demandados.

v.) Inexistencia de la violación del debido proceso, pues el IDU notificó al interventor los incumplimientos que dieron lugar a la apertura de la actuación administrativa, sin perjuicio de que los actos demandados pusieron de presente que se anexaron los soportes que contienen los informes y requerimientos del supervisor que le permitieran conocer los motivos de inconformidad que tuvo el IDU, tal y como se desprende de los descargos presentados por el contratista, al tiempo que la entidad dio cumplimiento al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en el sentido que el contratista fue citado a una audiencia en la cual se dejó constancia de los hechos que motivaron la actuación administrativa. El Contratista y la Compañía de Seguros fueron citados a las distintas audiencias, de modo que el procedimiento administrativo sancionatorio, realizado en cuatro sesiones, se encuentra ajustado a derecho.

vi.) inexistencia de nulidad de las resoluciones atacadas, si se considera que la demandante no indicó los fundamentos de hecho ni de derecho para la prosperidad de su pretensión y

vii.) la falta de competencia del Tribunal de Arbitramento para declarar la nulidad de los actos administrativos, por tratarse de una facultad excepcional del resorte de la jurisdicción contenciosa.

### **3. LAUDO ARBITRAL**

El Laudo fue proferido el 3 de noviembre de 2016. Inicialmente el Tribunal declaró su competencia fundado en el pacto arbitral, en cuanto, en los términos de la cláusula veintiuno del contrato, las partes convinieron en someter sus diferencias a su conocimiento –folio 1 y siguientes de la continuación del cuaderno principal-.

Esto es, en la primera audiencia de trámite, el Tribunal<sup>6</sup> reafirmó su competencia para decidir sobre la totalidad de las pretensiones de la

---

<sup>6</sup> Audiencia de Trámite, llevada a cabo el 17 de diciembre de 2015, en auto n°. 15, visible a folio 427 del cuaderno n°. 2 del Tribunal de Arbitraje.

demanda, incluidos los actos demandados, por no ser de aquellos previstos en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y sobre las excepciones de fondo propuestas por la parte demandada.

### **3.1. LAS EXCEPCIONES**

A continuación, el tribunal resolvió las excepciones planteadas por las partes, las cuales, en su mayoría, coincidieron en su argumentación, así:

3.1.1.- Negó la excepción encaminada a cuestionar la aplicabilidad de la cláusula compromisoria frente a Transmilenio, fundada en que la cláusula 21.3 del Contrato 171 de 2007 tiene que ver con la solución de las controversias que surgieran con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, terminación y liquidación del contrato, únicamente, y no con las diferencias surgidas con ocasión del pago realizado por el Grupo Empresarial Vías Bogotá S.A.S. y la Empresa Transmilenio al contratista, pues esta última, solo se comprometió a efectuar los pagos autorizados por el IDU.

Para el Tribunal no fue de recibo el argumento encaminado a sostener que Transmilenio no es parte del contrato n.º 171 de 2007, pues lo suscribió, sin salvedades, de modo que no queda duda sobre la voluntad inequívoca de deferir en la justicia arbitral el conocimiento y solución de las controversias. Ello incluida el pago encaminado a remunerar las prestaciones ejecutadas por el contratista previa autorización del IDU, al margen que se trate de la única actividad que Transmilenio reconoce y admite haber asumido en relación con dicho contrato. Además, el pacto fue suscrito sin salvedades ni condiciones por parte de Transmilenio, no se establecieron distinciones, exclusiones o limitaciones en su alcance.

3.1.2.- En cuanto a la falta de competencia del tribunal para pronunciarse sobre la nulidad de los actos administrativos demandados, luego de referirse a la abundante jurisprudencia del Consejo de Estado, sobre el punto sostuvo:

*“El análisis detallado de los pronunciamientos jurisprudenciales antes reseñados, los cuales apenas si son una muestra –aunque*

*suficientemente significativa y representativa- de las numerosas y múltiples providencias que durante los últimos años ha venido adoptando de manera reiterada, conteste, unificada y pacífica el Honorable Consejo de Estado, permiten destacar y poner en evidencia, que a la luz de la jurisprudencia aplicable en la actualidad, los Tribunales de Arbitramento si cuentan con competencia para decidir sobre la validez de los actos administrativos que dictan las Entidades Estatales Contratantes en ejercicio de potestades diferentes a las excepcionales que de manera precisa recoge el artículo 14 de la Ley 80.*

*(...)*

*El examen de los pronunciamientos jurisprudenciales antes reseñados le permite a este Tribunal de Arbitramento concluir que el ordenamiento jurídico vigente ofrece sólido fundamento para que, en el presente caso concreto, pueda conocer, debatir y decidir sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales cuestionados a través de la respectiva demanda arbitral como quiera que ninguno de ellos corresponde al ejercicio de las mencionadas facultades excepcionales o exorbitantes.*

*En efecto, en el litigio específico que ahora se desata los actos administrativos expedidos por el IDU, cuya validez se cuestiona en la demanda, contenidos en las “Resoluciones n.º 2663 de 10 de octubre de 2013 y 62189 del 24 de julio de 2014”, no corresponden a una sola de las potestades excepcionales que consagra el citado artículo 14 de la Ley 80, las cuales se circunscriben –como ya se ha reiterado- a la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la terminación unilateral, la caducidad administrativa, la reversión y el sometimiento a las leyes colombianas, entendida esta como renuncia a reclamación diplomática, las cuales, por lo demás, resultan ajenas por completo a este tipo de contratos estatales (de Consultoría e Interventoría).*

*(...)*

*Así las cosas, para este Tribunal de Arbitramento resulta evidente entonces que en el presente caso le asiste competencia para decidir sobre la cuestionada validez de los actos administrativos antes relacionados, contenidos en las “Resoluciones n.º 2663 de 10 de octubre de 2013 y n.º 63189 de 24 de julio de 2014” que expidió el IDU y, por tanto, se encuentra en el deber ineludible de pronunciarse sobre su legalidad, junto con las consecuencias económicas que de ellos se derivan, so pena de que –Según las Jurisprudencia actual de Honorable Consejo de Estado – su laudo pueda ser anulado por infra o ultra petita.*

En resumen, a juicio de los árbitros, la administración no ejerció las facultades excepcionales de que trata el artículo 14 de la Ley 80, razón por la cual se consideraron competentes para pronunciarse sobre su legalidad.

*En conclusión, el Tribunal reafirma, tal como lo declaró mediante autos de 15 de 17 de diciembre de 2015, que en el presente proceso arbitral la controversia que se ventila gira en torno, por un lado, de aspectos patrimoniales relacionados con la ejecución del Contrato de Interventoría n.º 171 de 2007 y, por otro, acerca de la legalidad de actos administrativos contractuales expedidos por el IDU mediante los cuales se declaró y posteriormente se confirmó el incumplimiento de dicho contrato por parte de POYRY con el fin de ordenar la efectividad de la cláusula penal, asuntos respecto de los cuales, según las normas constitucionales y legales aplicables junto con la jurisprudencia actual y reiterada del Honorable Consejo de Estado sobre la materia, no existe obstáculo alguno para que en esta ocasión el Tribunal de Arbitramento realice, como es su deber realizar, los correspondientes pronunciamientos de fondo”.*

3.1.3.- En cuanto a la excepción denominada “inexistencia de solidaridad entre el IDU y TRANSMILENIO”, el Tribunal no encontró acuerdo de solidaridad entre las entidades distritales, tampoco en el convenio interadministrativo de 2001, por lo que las prestaciones obligaron a Poyry como contratista y el IDU como contrante y no ha Transmilenio. Agregó que tampoco resulta aplicable la solidaridad de que trata el artículo 825 del C.Cio, por tratarse de un contrato estatal sometido a Ley 80. Siendo así declaró probada la excepción.

3.1.4.- Sobre la inexistencia del desequilibrio económico del contrato, consideró superflua la excepción, en la medida en que se considera que no comporta una excepción que enerve las pretensiones de la demanda sino el fondo de la litis.

En igual sentido, se pronunció el tribunal en relación con las excepciones relacionadas con el incumplimiento del contrato, ruptura de la ecuación contractual, mayor permanencia en la obra, violación del debido proceso, inexistencia de la solidaridad entre Transmilenio y el IDU. Sostuvo:

*“encuentra el Tribunal de Arbitramento que más que excepciones, con virtualidad de aniquilar la acción y/o medio de control a cuyo ejercicio acudió en este caso la parte Convocante o sus respectivas pretensiones, lo que cada una de las entidades convocadas expuso bajo tales designaciones al presentar su correspondiente contestación a la demanda en realidad son argumentos de defensa a cuyo estudio y decisión se procederá en este mismo Laudo cuando se emprenda el*

*análisis correspondiente al fondo del litigio y por tanto cuando, previa valoración de los medios de prueba allegados al expediente y de los argumentos invocados tanto por la parte Convocante como los de la Defensa que esgrime la parte convocada, se resuelva sobre la prosperidad –total o parcial- de las pretensiones de la demanda.*

3.1.5.- En cuanto a la excepción de falta de legitimación en la causa, propuesta por Transmilenio S.A. se valoró como asunto de fondo.

3.1.7. La excepción de inepta demanda fue negada, dado que el reproche tenía que ver con la vinculación de Transmilenio, sociedad que también suscribió el contrato.

### **3.2. SOBRE LA NULIDAD DE LOS ACTOS ACUSADOS**

En relación con el régimen jurídico que gobernó el contrato y la prerrogativa de la administración para declarar el incumplimiento del contrato. Se sostuvo:

*“Concluye el Tribunal que la Ley que disciplina el contrato de interventoría 171 y bajo cuyo ámbito corresponde decidir este asunto es la Ley 80 de 1993 modificada por el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, esto es con la incorporación a favor de las entidades estatales contratantes de la prerrogativa de declarar unilateralmente, a través de un acto administrativo, el incumplimiento de su cocontratante y de hacer efectiva la cláusula penal, siempre que en el contrato se hubiera pactado tal cláusula, por tratarse de un elemento accidental del contrato”*

El Tribunal se ocupó de las pretensiones de nulidad de las resoluciones 2663 de 10 de octubre de 2013 y 63189 de 24 de julio de 2014, mediante las cuales el IDU declaró el incumplimiento de Pöyry y ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Puso de presente que se trata de pretensiones principales en cuanto encaminadas a la nulidad. Al tiempo distinguió las subsidiarias del primer y segundo grupo.

La parte convocante alegó: i) violación del derecho de defensa, en cuanto no se acompañó con la citación el informe del supervisor del contrato, como lo prevé el artículo 86 de la Ley 1474; ii) violación del debido proceso, por cuanto las resoluciones demandas se fundamentaron en hechos distintos

a los invocados en la audiencia citada para el efecto; iii) falsa motivación por indebida aplicación de las normas (errónea calificación jurídica) y porque en realidad los hechos son exclusivamente imputables al IDU; iv) ilegalidad de la imposición de la cláusula penal y falta de competencia para imponerla, pues solo podía hacerla efectiva hasta la suscripción del acta de recibo de la obra y vii) desproporción en la sanción.

El Tribunal advirtió que la Ley 1150 de 2007 restableció la competencia para declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato y hacer efectiva la cláusula penal, sin perjuicio de garantizar previamente el debido proceso. En lo que respecta a la Ley 1474 de 2011, destacó el procedimiento que deben observar las entidades estatales contratantes, cuando pretenden declarar el incumplimiento del contrato, cuantificar los perjuicios, imponer las multas y hacer efectiva la cláusula penal.

A juicio del Tribunal, el contrato fue suscrito en vigencia de las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, última que comenzó a regir para la mayoría del articulado el 16 de enero de 2008, con excepción del artículo 17 que entró en vigencia el 16 de julio de 2007, el día de su promulgación. Esto es, destacó el tránsito legislativo entre el perfeccionamiento, ejecución y terminación del contrato. Sostuvo que la Ley 80 no atribuyó competencia a las entidades estatales para pactar en sus contratos la prerrogativa de declarar unilateralmente el incumplimiento y hacer efectiva la cláusula penal, al margen que puedan convenirla, en tanto la Ley 1150 revivió varias de las prerrogativas previstas en el Decreto 222. Puntualmente el artículo 17 reguló el debido proceso sancionatorio y dispuso su aplicación a contratos, en ejecución, celebrados con anterioridad a su vigencia, en los cuales se hubiera previsto la competencia de las entidades estatales para imponer multas y hacer efectiva la cláusula penal. Y así concluyó la validez de la cláusula 26 del contrato de interventoría, en cuanto previó la facultad de la administración para declarar el incumplimiento y hacer efectiva la penalidad.

Ahora, en lo que respecta a la indefinición en el procedimiento sancionatorio, trajo a colación el artículo 86 la Ley 1174 de 2011 –Estatuto

Anticorrupción-, aplicable al caso concreto, incluso en relación con los contratos celebrados bajo la legislación anterior y que tienen que ver con la citación al contratista, acompañada del informe del supervisor, para que ejerza adecuadamente su defensa y para que pueda impugnar la decisión. Sin perjuicio de la necesidad de escuchar al contratista en audiencia.

Sin embargo, echó de menos el informe del supervisor del contrato sobre los requerimientos, desde el 6 de marzo de 2012, para que la convocante entregara los informes, conforme lo exigía el manual de interventoría y los términos de referencia y concluyó que la convocada, en todo caso inició la actuación sancionatoria, por lo que se puso en evidencia la omisión.

A juicio del tribunal, aunque no cualquier irregularidad en el procedimiento tiene la capacidad de generar la nulidad de los actos, puesto que el vicio debe ser sustancial sobre el derecho de defensa y no meramente formal, la citación al contratista a la audiencia pública en la que debía discutirse el tema del incumplimiento, debía cumplir con el requisito de adjuntar el informe del supervisor del contrato, para garantizar la defensa. Requisito que no se solventa, como lo pretende la convocada, con las comunicaciones enviadas por la contratante al contratista. Señaló el tribunal:

*Debe contener mención expresa y detallada de los hechos que la soportan*

*Debe incluir la enunciación de las normas o cláusulas posiblemente violadas.*

*Debe advertir las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación.*

*Debe indicar el lugar, fecha y hora para la audiencia.*

*Debe ser enviada también al garante en idénticas condiciones.*

*Debe ir acompañada del informe del interventor o del supervisor en que se sustenta la actuación.*

En consecuencia, para el juez arbitral la citación debía contener un recuento de los hechos y el informe elaborado por el supervisor, requisitos que concurrentes, sin que le sea dado a la administración prescindir de uno de ellos. Advirtieron que la citación al trámite sancionatorio debió estructurarse con base en el informe del supervisor, quien dada su especial posición sobre la vigilancia del contrato, era el destinatario de la obligación.

Siendo así, encontró demostrado que la citación omitió el informe del supervisor, en los términos del artículo 86 de la Ley 1474, de donde se advirtió una irregularidad en el procedimiento sancionatorio adelantado contra Poyry con la virtualidad de viciar de ilegalidad las resoluciones demandadas. Al tiempo, se sostuvo que la prosperidad del cargo relevaba a la Sala de resolver sobre: i) la violación al debido proceso fundada en otros hechos; ii) falsa motivación por indebida aplicación de las normas y por incongruencia entre lo afirmado por el IDU y la realidad; iii) excepción de contrato no cumplido; iv) ilegalidad de la cláusula penal. En consecuencia, se consideraron las excepciones relativas a la legalidad de los actos demandados.

En cuanto al restablecimiento del derecho, con ocasión de la nulidad, se echó de menos la prueba sobre el pago de la penalidad, por lo tanto se consideró que no procedía disponer la devolución de lo pagado. Igualmente, se consideró que la nulidad de los actos, relevaba al tribunal de pronunciarse sobre la reducción del monto fijado por cláusula penal, conforme el planteamiento de las pretensiones subsidiarias.

### **3.3. SOBRE LA MAYOR PERMANENCIA EN LA OBRA**

Ahora, en lo que tiene que ver con la mayor permanencia en obra, puso de presente que, mediante resolución n.º 006673 de 21 de diciembre de 2007, el IDU abrió licitación pública para contratar la construcción y las obras necesarias para la adecuación de la calle 26 (avenida Jorge Eliecer Gaitán) y de la carrera 10 (avenida Fernando Mazuera), al sistema Transmilenio y su posterior mantenimiento; que la adjudicación favoreció al Consorcio METROVIAS y que el contrato se suscribió a precio global, por el término de 84 meses contados a partir del acta de iniciación, del 17 de octubre de 2008, suscrita entre el interventor, el IDU y el contratista.

Explicó el tribunal que, dada la naturaleza del contrato, la supervisión en las etapas de pre-construcción y construcción comprometieron al interventor del contrato, obligado desde la revisión de los diseños hasta el recibo, esto es la entrega del 100% de las actividades y obras requeridas, en los términos establecidos en el numeral 42 del contrato. Al margen de que la interventoría del mantenimiento estaría a cargo de diferente contratista, a partir de la finalización de la etapa de construcción. Aclaró el tribunal que el

contrato IDU-135 de 2007, se ejecutó entre el 17 de octubre de 2008 y el 20 de septiembre de 2012, según consta en el acta n.º 123 y puso de presente que si bien el interventor no lo suscribió, los efectos de la mayor permanencia lo tocan directamente.

Siendo así, el tribunal consideró el proceso de contratación abierto mediante resolución n.º 5087 de 24 de octubre de 2008, que luego de varias modificaciones y finalizado el concurso de méritos fue adjudicado, mediante resolución n.º 6824 de 27 de diciembre de 2007 a la sociedad Pöyry e igualmente la suscripción del contrato el 28 de diciembre de 2007.

La contratista asumió su labor, que entre otras obligaciones tenía que ver con el control *“técnico, ambiental, de gestión social, financiera, presupuestal, operativo y administrativo de cumplimiento del proyecto”*, relativo a la adecuación de la calle 26 tramo 2. Esto es, se trató de ejercer obligaciones de vigilancia y supervisión. A juicio del Tribunal, aunque la ley no consagra una definición expresa del contrato de interventoría y se limita a incluirlo, en la categoría de contratos de consultoría, que entrañan obligaciones de medio y no de resultado, en el entendido que al deudor le basta demostrar que ha obrado de manera diligente para eximirse de responsabilidad, lo importante es definir el grado de satisfacción conseguida.

Para el tribunal, el IDU debe tener presente que la convocante asumió obligaciones de medio, de donde no son de recibo las exigencias de resultado. Esto en cuanto el IDU señaló que *“si no hay supervisión y no hay vigilancia de la ejecución de la obra es imposible verificar el cumplimiento del contrato conforme a los diseños y especificaciones técnicas contratadas”*. Advirtió el Tribunal que *“el éxito de las labores de la interventoría no dependía exclusivamente de la ejecución oportuna de sus obligaciones y en algún grado, depende de factores externos o ajenos a su mera conducta”*. Puso de presente que las obligaciones de resultado asumidas por el contratista de la obra, representadas en la entrega material difieren de las obligaciones que surgen del contrato de interventoría, relacionadas con la vigilancia, control y supervisión. Destacó el Tribunal:

*“En concepto del Tribunal la ejecución y cumplimiento de las obligaciones del interventor se predica cuando éste realizó con la diligencia de un profesional especializado las labores encomendadas, dentro de los parámetros que aconsejan el manual de interventoría y los conocimientos propios de su ciencia, para obtener o intentar obtener el cumplimiento del contrato de obra, que es el objetivo perseguido por la ley para su existencia.*

*Este resultado además se cumplirá en mayor grado para satisfacer a la entidad pública en cuanto mayor sea la exigencia y rigor con los cuales se cumpla la obra, sin desconocer que, si llegaren a ocurrir circunstancias ajena a la voluntad del interventor o extrañas a su control o hechos de la entidad contratista o de la propia contratante que impidan o demoren la ejecución de la obra, no puede concluirse entonces que el resultado no se obtuvo por culpa del interventor.*

*Tampoco puede concluirse que las obligaciones que asume el interventor están sujetas a la condición de que el contratista cumpla las obligaciones bajo el contrato de obra y que en la medida en que estas no se cumplan tampoco nació a la vida jurídica la obligación del interventor, porque la diferencia entre las obligaciones de medio y de resultado se limita a definir los parámetros de responsabilidad de las partes, pero no convierten la obligación de medio en una obligación modal.*

*En conclusión, aún bajo la más estricta de las interpretaciones al acoger simplemente el tenor literal del clausulado, se estaría en presencia de obligaciones de medio y el IDU le correspondería entonces probar la falta de diligencia del interventor en la ejecución contractual o al interventor demostrar que la imposibilidad de obtener el logro esperado por el acreedor, en este caso la entidad pública, habría tenido origen en una causa extraña suficiente para impedirle ejecutar totalmente la obligación, no obstante su conducta diligente.*

*Con base en dichas consideraciones sobre la naturaleza de las obligaciones del interventor, analizará el Tribunal la ejecución o inexecución de las obligaciones de cada una de las partes, al tiempo definir la responsabilidad alegada”.*

Advirtió que si bien las partes no pactaron fecha cierta, el plazo del contrato de interventoría podía determinarse en cuanto relacionado con la terminación de las obras. Sostuvo:

*En razón a las diferencias que han surgido entre las partes en torno a este plazo, el Tribunal considera que el término de vigencia del contrato de interventoría no puede analizarse exclusivamente con base en la fecha del vencimiento del plazo estimado y en la fecha de la firma de un documento que en desarrollo del contrato deja constancia de la terminación de ese plazo estimado por parte del IDU, para concluir*

*tajantemente que las obligaciones de las partes se extinguieron en esa fecha; de un lado porque como se expuso antes. (...) la extinción del plazo no extinguió las obligaciones reciprocas entre las partes y de otro, porque surgen de las estipulaciones contractuales y del acervo probatorio elementos que arrojan una conclusión diferente, a la luz de la conducta contractual de las partes”.*

A juicio del Tribunal, si bien se trata de contratos principales, el de interventoría se encontraba atado a la terminación del contrato de obra. Ello explica la extensión del plazo. Así, revisados los contratos adicionales, concluyó que la interventoría se prorrogó, pues no de otra manera se entiende la obligación de recibir y suscribir el acta de terminación de la construcción, sin perjuicio de algunas obligaciones pendientes. En ese orden, a juicio del Tribunal, la realidad contradice lo sostenido por el IDU, en cuanto a que el plazo de la interventoría, según lo convenido, habría vencido el 16 de marzo de 2012, siendo que las obras concluyeron el 20 de septiembre de 2012. Como lo muestra el acta de la fecha, a lo que se añade lo convenido sobre costos por mayor permanencia, determinante para efecto de la definición de la controversia, así:

**CLÁUSULA 8 RIESGOS.**

(...)

Plazo: El IDU asume los Costos por mayor permanencia, siempre y cuando ésta no provenga de culpa, desidia, negligencia o connivencia del interventor (subraya el Tribunal)

En suma, se concluyó que el IDU asumió el riesgo de mayor permanencia por la modificación del plazo, por lo que debía responder. Consideró el Tribunal:

*“En consecuencia, procede el Tribunal a examinar, con base en la relación entre el objeto, el plazo y el precio global, bajo que modalidad estaba pactada la remuneración por el cumplimiento y ejecución de esas obligaciones y actividades realizadas por el interventor después del vencimiento del plazo estimado, para encuadrarlas en alguno de los siguientes supuestos:*

- 1.- Si eran obligaciones que estaban pendientes de ejecución y por ello eran exigibles al interventor, evento en el cual estarían comprendidas en la remuneración pactada como parte del precio global como compensación económica por la ejecución de sus actividades y, por ende, estarían subsumidas en el acápite del numeral 1 de la cláusula 10.*
- 2.- Si eran obligaciones cuya remuneración estaba contemplada en el numeral 10.2 de la misma cláusula 10 del contrato y, por ende, el*

*derecho a recibir su precio equivalía a la contraprestación por obligaciones que debían ejecutarse simultáneamente o después de extinguido el plazo.*

*3.- Si se trataba de obligaciones propias de la actividad contractual que se adelantaron con posterioridad a la fecha en que la entidad estatal consideró terminado el plazo, pero cuya remuneración no estaba incluida en uno solo de los supuestos anteriores, evento en el cual se estaría en presencia de la mayor permanencia reclamada.*

Trató el Tribunal de definir a la luz de las prestaciones convenidas y atendiendo a la realidad contractual, el derecho de la sociedad convocante al reconocimiento y pago de la labor de interventoría, entre el 16 de marzo de 2012 y el 20 de septiembre del mismo año. Esto es el plazo contractual, en relación con el correspondiente al de la obra y sus prórrogas.

(...)

*Respecto del periodo comprendido entre la fecha de inicio del contrato y la fecha de terminación del plazo estimado, no obra en el expediente manifestación alguna de que durante la vigencia del contrato de tracto sucesivo o interventoría se hubieren surtido actuaciones administrativas o solicitudes de la entidad contratante en las cuales la entidad pública hubiere manifestado al contratista ni el incumplimiento de sus obligaciones ni su falta de diligencia en la ejecución.*

*Tampoco obra en el expediente constancia de incumplimiento de las obligaciones del contratista que puedan tener origen en la conducta desidiosa, dolosa, negligente o culposa del interventor por omisión en sus deberes de supervisión, ni estos hechos fueron alegado ni probados por el IDU.*

(...)

*Se encuentran reseñadas y ubicadas en el material probatorio las actas e informes periódicos del interventor de las cuales puede el Tribunal concluir que el interventor realizó sus actividades con sujeción al contrato, al manual de interventoría y a los hitos y etapas señalados en los respectivos anexos y apéndices.*

(...)

*En conclusión, no se ventilaron discrepancias entre los contratantes en cuanto al periodo anterior al 16 de marzo de 2012 y parecen coincidir los contratantes en que el interventor atendió oportunamente esas obligaciones; en consecuencia no quedaría duda alguna de que tendría derecho a reclamar y a recibir el precio global pactado para remunerar esas actividades ejecutadas antes de esa fecha, con base en los diferentes precios que fueron modificados en cada una de las prórrogas adicionales*

*La anterior afirmación se confirma en el hecho de que la entidad contratante estaba en la obligación de atender los pagos mensuales previstos en el numeral 10.1 de la cláusula décima, los cuales fueron debidamente cumplidos por el IDU.*

(...)

*Obligaciones del interventor ejecutadas entre marzo 16 de 2012 y septiembre 20 de 2012.*

*En cuanto la reclamación de la convocante en sus pretensiones es claro que la misma se contrae de una parte al derecho de obtener el pago derivado de las prestaciones ejecutadas entre marzo 16 de 2012 y septiembre 20 del mismo año y, en el ítem separado, reclama por el derecho al pago del 3% que surge de las obligaciones descritas en el numeral 10.2 del contrato, el tribunal las analizará por separado.*

*Actividades propias de la labor de interventoría y mayor permanencia*

*Se concretan en aquellas obligaciones propias de la naturaleza de la interventoría, que se debían ejecutar periódica y simultáneamente con las obligaciones del contrato de obra. Estas obligaciones solamente se podían cumplir en paralelo y correlativamente con la ejecución de algunas obligaciones del contratista de la obra.*

(...)

*En comunicaciones cruzadas entre el contratista, el IDU y el interventor en el periodo comprendido entre los meses de febrero y marzo de 2012 se evidencian las dificultades en el desarrollo de las obras y las posibles consecuencias de éstas en el cumplimiento de las obligaciones del interventor, quien con anterioridad al vencimiento del plazo estimado manifestó en diversas cartas sus preocupaciones ante la imposibilidad de cumplir con todas las obligaciones pendientes a su cargo”.*

Para el Tribunal, las labores a cargo de la interventoría tuvieron que ver con la vigilancia sobre la ejecución, antes del recibo, de donde y como al respecto no queda sino concluir que la interventoría respondió al objeto contratado, no recibió requerimiento alguno y tampoco el IDU alegó incumplimiento, al margen de plazo estimado, si se considera que este se extendió hasta la terminación de la etapa de construcción. Es así como la sociedad Pöyry permaneció y desarrolló sus labores hasta el 20 de septiembre de 2012 y así mismo debe ser retribuida, al margen del desfase en la programación del contrato de obra.

A juicio del tribunal, no queda duda de que el plazo del contrato de interventoría se encontraba ligado a la terminación de la etapa de

construcción, porque así fue convenido. De tal forma que no se requería suscribir prórrogas, porque la vigencia se extendía hasta la ejecución de la obra. De donde la convocante procedió como correspondía a reclamar la retribución, agotando, previamente la etapa de arreglo directo.

En ese orden, fundado en los artículos 3, 13 y 32 de la Ley 80 de 1993 y en los artículos 1494, 1602, 1603, 1604 y 1618 del Código Civil se accedió a las pretensiones, para mantener la conmutatividad del contrato. A lo que añadió que *“la conducta del IDU frente al interventor respecto de las actuaciones que se surtieron entre marzo 16 de 2012 y septiembre 20 de 2012 resultó una serie de actos que generaron en el interventor la expectativa legítima de obtener el reconocimiento económico por unas actividades dentro del plazo real de vigencia contractual (...) la conducta asumida por la entidad y su negativa a pagar las facturas presentadas por aspectos formales, no obstante haber concluido en las mesas de arreglo directo en unas sumas iniciales a favor del contratista, encuadra dentro del concepto de acto propio contrario a la buena fe contractual que afianza la confianza legítima del interventor frente a la administración”*.

Ahora, para efectos de calcular las sumas debidas, por la prestación del servicios de interventoría entre el 16 de marzo y el 20 de septiembre de 2012, el Tribunal acogió el dictamen del experto contable, quien concluyó que los costos y gastos por dicho periodo ascienden a la suma de \$ 311.701.121, suma sobre la que se reconocerán intereses corrientes, sin actualización. Ahora, como los intereses de mora no fueron solicitados tampoco se dispuso su reconocimiento.

Al tiempo, el tribunal negó el pago del 3% restante del valor del contrato, pedido por el contratista, pues, tal como lo sostuvo la convocante no se encontraba obligado a suscribir los planos con posterioridad al mes de septiembre de 2012, ni a recibir las obras de alcantarillado y acueducto entre mayo y agosto de 2012, dado que las entidades obligadas no hicieron lo propio. Esto aunque el IDU, categóricamente, *“sostuvo que el interventor había incumplido con la entrega de esos ítems contractuales”*, para el Tribunal

*“dichas obligaciones tenían una correlación directa con el cumplimiento íntegro de las obligaciones del contratista, del IDU y las empresas de servicios públicos y, tanto el IDU como el propio interventor aceptan, por razones diferentes, la no ejecución de estas obligaciones”.* Señaló el tribunal:

*“El interventor ha sostenido que efectivamente no llevó a cabo esas actividades cuando le fue solicitado por el IDU por cuanto las obligaciones estaban sujetas al cumplimiento de una condición que no ocurrió y que, en consecuencia, no nacieron a la vida jurídica ni le eran exigibles. De aceptarse esa conclusión, la consecuencia sería única: Si la obligación nunca existió, no se ejecutó y no se tiene derecho a obtener remuneración.*

*(...)*

*En efecto, obran en el expediente documentos en los cuales se acredita el desarrollo de las etapas desplegadas por cada uno de los actores en las actividades encaminadas a la entrega de los planos y de las obras de redes de servicios públicos y se concluye que no dependía exclusivamente del interventor su ejecución. En ese medida, no está obligado a compensar daños a la entidad porque su inejecución tuvo origen en causas extrañas a su conducta. Sin embargo, en cuanto no ejecutó la obligación tampoco tendrá derecho a recibir la remuneración correspondiente.*

*La misma conclusión se predica de la obligación relacionada con el cierre social y ambiental.*

*Por las anteriores consideraciones, en lo que respecta a la remuneración convenida en el numeral 10.2 (pactada en el contrato y en sus adicionales) el Tribunal considera que ni el IDU estaba obligado a pagar al interventor el 3 % del valor total del contrato, pactado como retribución especial para remunerar actividades que debían desarrollarse simultáneamente o con posterioridad al vencimiento del plazo real, ni el interventor está obligado contractualmente a responder por el incumplimiento y a resarcir ese incumplimiento, análisis que resulta suficiente para desestimar las alegaciones que han esgrimido las Entidades convocadas en el sentido de invocar en su defensa el supuesto incumplimiento contractual por parte del interventor que aquí funge como Convocante.*

Por último, procedió justificar la liquidación judicial del contrato.

Mediante providencia contenida en acta n.º 25 de 15 de noviembre de 2016, el Tribunal de Arbitramento negó la solicitud de aclaración presentada por el IDU y por la Empresa de Transporte del Tercer Milenio –

TRANSMILENIO-. Se sostuvo, para el efecto, que los cuestionamientos sobre la motivación atinentes a que no ofrecen verdadero motivo duda, no se encuentran contenidos la parte resolutive de la sentencia y tampoco influyen en ella.

#### **4. RECURSO DE ANULACIÓN**

##### **4.1. PARTE CONVOCADA**

El 28 de diciembre de 2016, el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO –IDU-, parte convocada, mediante apoderado, interpuso recurso de anulación contra el laudo proferido el 3 de noviembre de 2016, fundado en las causales previstas en los numerales 2, 5, 7 y 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

##### **4.1.1 FALTA DE COMPETENCIA**

El recurrente solicita declarar la nulidad del laudo arbitral, en cuanto en la instancia arbitral no es dable pronunciarse sobre la validez de los actos administrativos, es decir sobre el contenido y legalidad de las resoluciones 2663 de 10 de octubre de 2013, por medio del cual el IDU declaró el incumplimiento del contrato de interventoría n.º IDU-171 2007 y de la n.º 63189 de 24 de julio de 2014 que confirmó la decisión.

A juicio del recurrente, las facultades excepcionales no deben analizarse en forma taxativa y restrictiva, en cuanto habrían de considerarse como tales todas las asignadas a la administración, en procura del interés general. A su parecer, la jurisprudencia señala que entre las facultades excepcionales se comprenden el ejercicio del poder coercitivo de la cláusula penal, la tasación del perjuicio y sus características. Y agrega que en los términos de la Ley 1150 de 2007 (artículo 17), en orden al cumplimiento de los deberes de control y vigilancia, las entidades estatales tendrán la facultad de imponer multas o declarar el incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, mediante el procedimiento sumario de que trata la Ley 1474 a la luz del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011. En consecuencia, establecida la facultad, aboga por una interpretación sistemática que comprenda, además el artículo 17 de la Ley 1150, lo que daría lugar a la anulación del Laudo por la causal invocada.

#### **4.1.2 FALLÓ EN CONCIENCIA O EQUIDAD, DEBIENDO SER DERECHO.**

Para el recurrente, el Laudo se basó en unas pruebas testimoniales que le generó un convencimiento errado de la justicia, sin tener en cuenta todos los elementos probatorios allegados por el IDU, de lo que concluye que la íntima convicción de los árbitros, en razón al déficit probatorio, los llevó a aplicar el principio de la verdad sabida y buena fe guardada.

Esto porque la convocante alegó que en el oficio de citación a audiencia de descargos no se acompañó el informe de supervisión, lo que comportaría la nulidad del acto, en cuanto no se cumplió con los requisitos del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. La afirmación *“no es consecuente con lo reflejado en el trámite administrativo que precipitaron la nulidad de las Resoluciones n.º 2663 de 2013 y 63189 de 2014, habida cuenta que con innumerables comunicaciones el IDU le hizo saber a la sociedad demandante de las cascadas de incumplimientos reportados por el Coordinador en los términos de la cláusula 14 del Contrato IDU-171 de 2007”*.

En ese orden, puso de presente las comunicaciones enviadas por el IDU a la interventora que advirtieron los incumplimientos y en consecuencia la apertura de la actuación administrativa.

Añade el recurrente:

*“(...) es de aclarar que en relación con el informe de la supervisión del contrato, el mismo es el consolidado de documentos cruzados entre la Entidad y la interventoría POYRY INFRA S.A. donde se evidencia las numerosas solicitudes presentadas por la entidad y la respuesta negativa por parte de la interventoría de suscribir los pendientes documentales del contrato IDU-135-2007 de conformidad con lo previsto en el Manual de Interventoría, los términos de referencia y aquellos otros requeridos por el IDU en desarrollo de la ejecución del contrato IDU-171-2007, los cuales son requisito para iniciar el proceso de liquidación del contrato de interventoría, el mencionado informe hizo parte del documento con el cual se realizó la citación a audiencia a la firma POYRY INFRA S.A. y a la compañía aseguradora CONFIANZA S.A. mediante los consecutivos IDU n.º 20133461326751 de agosto 8 de 2013 y 20133461326781 de agosto 8 de 2013 respectivamente.*

*Por lo anterior y teniendo en cuenta que el informe se circunscribe a la consolidación de la documentación que prueba las numerosas solicitudes realizadas a la interventoría para el cumplimiento de sus obligaciones y las respuestas negativas por parte de la firma POYRY*

*INFRA S.A., informadas en los oficios mencionados en el párrafo anterior, no es posible aceptar la afirmación realizada por la interventoría que el Instituto adelanta el proceso sancionatorio con un documento secreto que no fue dado a conocer a la interventoría y su aseguradora.*

Siendo así y dado que la contratista conoció sobre los hechos o motivos que sirvieron de fundamento para la actuación administrativa sancionatoria, es claro que los árbitros fundamentaron la decisión en su propia convicción.

#### **4.1.3. EL LAUDO RECAYÓ SOBRE ASPECTOS NO SUJETOS A LA DECISIÓN DE LOS ARBITROS**

Sobre este aspecto alega que en cuanto el Tribunal sostuvo que *“Lo anterior sin perjuicio de que dados los efectos erga omnes de la decisión anulatoria 170 (sic), los actos administrativos que se anulan desaparecen del mundo jurídico, frente a cualquier afectado con el mismo, con independencia de que hayan intervenido o no el juicio de anulación”*; es claro que la decisión adolece de falta de congruencia.

Para el recurrente, el tribunal pasó por alto el artículo 189 del CPACA y encuentra evidente la contradicción de la decisión con el numeral noveno de la parte resolutive, pues permite que actores ajenos al proceso arbitral puedan eventualmente pretender el recobro de lo pagado. En ese orden, encuentra el fallo *“claramente desconocedor de los efectos inter partes de las sentencias de nulidad y restablecimiento del derecho y, por ende, en conciencia, ya que le permite bajo el principio de verdad sabida y buena fe guardada que, se abran nuevos debates judiciales y se beneficie, sin ser parte del proceso a otros agentes jurídicos, como es el caso de las aseguradoras que intervinieron dentro del debate administrativo, laudo en conciencia y bajo los principios de la equidad ajenos a este procedimiento”*. Y en ese orden señala que se está ante un fallo extra petita.

Por último, con fundamento en las mismas razones, el IDU sostuvo la motivación antes transcrita, además de incongruente es claramente indicadora de que los árbitros fallaron acorde con su íntima convicción.

## **5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

La parte convocante y la Procuraduría 144 Judicial II Asuntos Administrativos presentaron sus intervenciones finales.

## **5.1. PARTE CONVOCANTE**

En relación con la falta de competencia de los árbitros para conocer de la legalidad de los actos demandados, la sociedad contratista sostiene que la justicia arbitral es competente para conocer de los actos administrativos contractuales, en cuanto no tienen que ver con el ejercicio de las facultades previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

En cuanto al cargo relacionado con el fallo en conciencia y falta de congruencia, invocado por las mismas razones, sostiene que no le asiste razón al IDU, en cuanto advirtió déficit probatorio, si se considera que los árbitros fundaron su decisión en las pruebas debidamente practicadas y resolvieron conforme lo previsto en la ley aplicable, no siendo esta una instancia, de suerte que no es dable la apertura del debate probatorio a la que insta la recurrente.

Por último, rechaza la causal de falta de congruencia. Al respecto señala que no se advierte contradicción entre la parte motiva y la resolutive puesto que aunque el Tribunal negó el restablecimiento del derecho, como consecuencia de la nulidad declarada, no resulta aplicable lo previsto en el inciso 5º del artículo 189 del CPACA. Al tiempo que pone en cuestión los efectos de la decisión, si se considera que terceros ajenos podrían solicitar el recobro de las sumas de dinero pagadas. Por las mismas razones solicita negar la anulación fundada en la causal 9ª de la Ley 1563 de 2012.

## **2.2.2 MINISTERIO PÚBLICO**

Al parecer de la Procuradora 144 Judicial II para asuntos administrativos el recurso interpuesto deberá declararse infundado. Para el efecto compartió los argumentos expuestos por la parte convocante.

## **III CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **1. Competencia**

Esta Sala es competente para conocer del recurso extraordinario de anulación interpuesto por el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO –IDU-, parte convocada, contra el Laudo arbitral proferido el 3 de noviembre de 2016, conformado a instancias de Pöyry Infra S.A., contra el Instituto de Desarrollo Urbano-IDU y la Empresa de Transporte del Tercer Milenio-Transmilenio S.A., fundado en las causales previstas en el numeral 2, 5, 7 y 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, que en lo fundamental tienen que ver con la falta de competencia de la justicia arbitral para conocer de la legalidad de los actos acusados, fallo en conciencia y falta de congruencia.

Además, conforme lo preceptúan los artículos 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y 13 del Acuerdo n.º 58 de 1999, modificado por el Acuerdo n.º 55 de 2003 de esta Corporación, corresponde a la Sección Tercera conocer en única instancia del recurso de anulación contra laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos celebrados por una entidad pública. Para el caso concreto, el Instituto de Desarrollo Urbano-IDU, establecimiento público del orden Distrital y la Empresa de Transporte del Tercer Milenio-Transmilenio S.A, sociedad por acciones.

## **2.- LA CONTROVERSIA ARBITRAL**

### **2.1. ANTECEDENTES**

El 28 de diciembre de 2007, el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO –IDU-, la Empresa de Transporte del Tercer Milenio-Transmilenio S.A. y la firma Pöyry Infra S.A. suscribieron el contrato n.º 171 de 2007, con el objeto de adelantar la labor de *“INTERVENTORÍA TÉCNICA, ADMINISTRATIVA, LEGAL, FINANCIERA AMBIENTAL Y SOCIAL PARA LAS OBRAS DE CONSTRUCCIÓN Y TODAS LAS ACTIVIDADES NECESARIAS PARA LA ADECUACIÓN DE LA CALLE 26 (AVENIDA JORGE ELIECER GAITÁN) Y LA CARRERA 10ª (...) de acuerdo con la descripción, especificaciones y demás condiciones establecidas en los términos de referencia ...”* –folio 128 cuaderno de pruebas n.º 19-.

Se considera de interés para la resolución del recurso lo convenido por las partes conforme a que las cláusulas a continuación se transcriben:

### **2.1.1.- CLÁUSULA COMPROMISORIA Y DE ARREGLO DIRECTO**

En los términos de la cláusula 21.3 del contrato n.º 171 suscrito el 28 de diciembre de 2007, las partes convinieron en que las diferencias surgidas con ocasión del contrato se someterían a la decisión de un tribunal de arbitramento, integrado por tres miembros designados de común acuerdo, así:

*“21.3 ARBITRAMENTO: Las diferencias que surjan con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, terminación y liquidación del contrato, se solucionarán a través de un Tribunal de Arbitramento integrado para el efecto por 3 árbitros, designados de común acuerdo.*

*En caso de no haber acuerdo en la selección de los árbitros, la designación se hará por medio de un sorteo en presencia del Director del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, de una lista de 10 personas, integrada por cinco propuestos por cada parte. El procedimiento será el que la ley establece para estos efectos y el domicilio será la ciudad de Bogotá.*

*El laudo arbitral será definitivo y vinculante para las partes, de forma que se podrá impetrar decisión jurisdiccional de cumplimiento del laudo en cualquier corte con jurisdicción sobre parte que incumpliere.*

*La solución de controversias por medio de arreglo directo, perito para aspectos técnicos, arbitramento o cualquier otro mecanismo no suspenderá la ejecución del contrato, salvo aquellos aspectos cuya ejecución dependa necesariamente de la solución de la controversia”.*

Las partes debían acudir previamente a la etapa de arreglo directo, como ocurrió. Se convino:

*21.1. Arreglo Directo. En los casos en que el presente contrato no establezca otro plazo, cuando surja una controversia con ocasión del mismo, las partes tratarán de llegar a un acuerdo al respecto dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de una parte a la otra del motivo de la controversia, plazo que se podrá prorrogar de común acuerdo con las partes. La etapa de arreglo directo será inicialmente promovida y adelantada por los representantes legales de cada una de las partes, quienes intentarán de manera rápida y oportuna, llegar a un*

*acuerdo que resuelva la controversia. En caso de no ser esto posible, dentro de los diez (10) días siguientes, los representantes legales de cada una de las partes integrarán un Comité de Convivencia, con facultades suficientes para alcanzar un acuerdo, quienes en un plazo máximo de treinta (30) días buscarán resolver de manera definitiva la diferencia. En caso de no ser posible llegar a un acuerdo en la etapa de arreglo directo, las partes acordarán someter la diferencia al mecanismo establecido para estos aspectos en el numeral 21.2. o al Arbitramento estipulado en el numeral 21.3 de esta cláusula. Si no logran ponerse de acuerdo sobre a cual mecanismo acudir, cualquiera de las partes podrá convocar el Tribunal de Arbitramento dispuesto en la cláusula 21.3*

### **2.1.2. PLAZO Y PRECIO**

Según la cláusula 3º del contrato de interventoría objeto de controversia, si bien *“el plazo total estimado del contrato es de 25 meses contados a partir de la firma del Acta de inicio del contrato por parte del IDU y el Interventor (...) **el plazo real de ejecución del contrato corresponderá al que corra entre la fecha de firma del Acta de Inicio de la entrega de preconstrucción y la fecha de firma del Acta de terminación de las obras** de construcción objeto del contrato n.º 135 de 2007 adjudicado en la Licitación Pública IDU-LP-DG-023-2007”* (se destaca).

Conforme la cláusula 9ª, el precio del contrato se pactó en la suma de \$ 9.136.790.091,00 –precio global- y acorde con la 10 el precio se pagaría así:

#### **10.1 VALOR CORRESPONDIENTE A LA ETAPA DE INTERVENTORÍA DE PRECONSTRUCCIÓN:**

*El dos por ciento (2%) del valor total del contrato, correspondiente a la interventoría de preconstrucción, se pagará mediante dos (2) pagos bimensuales iguales contra entrega y aprobación de los informes mensuales satisfactorios de avance y estado general del proyecto por parte de la Dirección Técnica de Construcciones del Instituto de Desarrollo Urbano.*

#### **10.2 Valor correspondiente a la etapa de interventoría de obras.**

*El noventa y ocho por ciento (98%) del valor total del contrato correspondiente a la etapa de construcción se pagará de la siguiente manera.*

- 1) El noventa y cinco por ciento (95%) del valor total del contrato, mediante pagos mensuales iguales contra entrega y aprobación de los correspondientes informes mensuales ...*
- 2) El tres (3%) restante, una vez se efectúe el recibo de las obras tanto por parte de la interventoría como de las empresas de servicios públicos e*

*igualmente se hayan recibido, por parte del IDU, el informe final de obra, los planos record de la obra construida y los documentos de cierre social y ambiental. ...*

### **2.1.3. RIESGOS**

En lo que atañe a los riesgos a cargo del interventor se acordó:

#### **8.1. RIESGOS QUE ASUME EL INTERVENTOR**

*Considerando que el presente contrato implica para el interventor obligaciones de resultado, las que se concretan en el control, la supervisión y la vigilancia de la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones a cargo del Contratista, el interventor asume los riesgos normales que se presentan durante la ejecución y desarrollo de este, en especial las que provienen de ser un contrato a precio global de interventoría de una obra*

*(...)*

### **2.1.4. CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA**

*“CLÁUSULA 26 PENAL PECUNIARIA. Si se declara la caducidad del contrato o si se incumplen las obligaciones previstas en este contrato, el interventor pagará a título de cláusula penal pecuniaria los siguientes valores .....*

### **2.1.5. MODIFICACIÓN SOBRE EL VALOR LA LABOR Y EL PLAZO**

2.1.5.1. Las partes firmaron seis prorrogas así:

2.1.5.1. El 30 de diciembre de 2008, el IDU y la sociedad Pöyry Infra S.A. suscribieron el adicional n.º 1, para incrementar el valor del contrato n.º 171 y ampliar la labor de la contratista –folio 248 del cuaderno n.º 19-.

2.1.5.2. El 1º de julio de 2010, ampliaron el plazo por dos meses -folio 265 del cuaderno n.º 19-; el 16 de septiembre de 2010, suscribieron la prórroga n.º 2, lo ampliaron en diez meses y quince días –folio 251 del cuaderno n.º 19-; el 19 de julio de 2011, por dos meses –folio 260 del cuaderno n.º 19-; el 16 de septiembre de 2011, por un mes y medio –folio 269 del cuaderno n.º 19-; el 3 de noviembre, por cincuenta y ocho días –folio 272 del cuaderno n.º 19- y el 30 de diciembre siguiente suscribieron la prórroga n.º 6 para adicionar el plazo en un mes y medio –folio 281 del cuaderno de pruebas n.º 19-.

## **3.- ANÁLISIS DEL PACTO ÁRBITRAL**

Los extremos del contrato, en ejercicio de la facultad conferida en el inciso 4º del artículo 116 de la C. P., acordaron que particulares investidos transitoriamente de la función de administrar justicia resolverían en derecho, las diferencias surgidas en razón del contrato, esto es, las partes renunciaron a hacer valer sus pretensiones ante la justicia ordinaria<sup>7</sup>, en el ejercicio del derecho a disponer de lo suyo. Esto es, convinieron sobre un eventual litigio comprensivo de sus derechos e intereses al margen de asuntos reglados por imperativos legales y constitucionales no susceptibles de disposición.

Cabe advertir el espectro amplio de la cláusula compromisoria, generadora de la competencia; en cuanto comprende todas las diferencias originadas en la relación contractual con ocasión de su ejecución, su cumplimiento y su terminación. Siendo así bien puede afirmarse que los extremos sujetaron todas las controversias que podían surgir en torno de la celebración, ejecución y terminación del contrato. Universo que comprendió todas las materias de naturaleza netamente patrimonial y económica, susceptibles de transacción y disposición, generadas en el ámbito de la vinculación negocial.

#### **4. CUESTIÓN PREVIA ALCANCE DE LA DECISIÓN**

Corresponde a la Sala resolver sobre la procedencia de las causales previstas en los numerales 2, 7 y 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, invocadas por la parte recurrente que tiene que ver con la falta de competencia; fallo en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho y decisión sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros. También se recurrió el Laudo con fundamento en la causal n.º 5 de la norma en cita, que tiene que ver con *“haberse negado el decreto de una prueba pedida oportunamente o haberse dejado de practicar una prueba decretada”*. Cargo que no fue sustentado, en cuanto no se especificaron las pruebas dejadas de practicar, por lo que la Sala queda relevada de pronunciarse al respecto.

---

<sup>7</sup> *Hernán Fabio López Blanco Procedimiento Civil Parte Especial Octava Edición.*

Ahora, para una mejor comprensión, la Sala se ocupará inicialmente del cargo relacionado con la falta de competencia del Tribunal de Arbitramento para conocer de la legalidad de los actos administrativos y a continuación, se resolverán las causales que tienen que ver con el fallo en conciencia y falta de congruencia, relacionadas con pretensiones de carácter económico y por ende de naturaleza transigible.

## **5. NATURALEZA DEL RECURSO**

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

Para el caso, la Ley 1563 de 2012, derogatoria de los artículos 70 a 72 de la Ley 80 de 1993, regula íntegramente la materia -art. 119- y dispone que la anulación del laudo procede en los siguientes casos:

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

- 1. La inexistencia, invalidez o inoponibilidad del pacto arbitral.*
- 2. La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia.*
- 3. No haberse constituido el tribunal en forma legal.*
- 4. Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación, o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no se hubiere saneado la nulidad.*
- 5. Haberse negado el decreto de una prueba pedida oportunamente o haberse dejado de practicar una prueba decretada, sin fundamento legal, siempre y cuando se hubiere alegado la omisión oportunamente mediante el recurso de reposición y aquella pudiera tener incidencia en la decisión.*

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

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

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

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

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

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

Y, conforme a las disposiciones del artículo 43 *ibídem*, “...cuando prospere cualquiera de las causales señaladas en los numerales 1 a 7 del artículo 41, se declarará la nulidad del laudo”; en los demás casos se corregirá o adicionará.

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

Se tiene, entonces, que el recurso de anulación fue concebido para proteger los derechos constitucionales del debido proceso, defensa y acceso a la justicia; sin perjuicio de la preservación de mandatos imperativos, para el caso la preservación de la jurisdicción y competencia. Se aprecia entonces que el recurso de anulación corrige irregularidades en el trámite arbitral que

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

La Sala en este punto en particular ha sostenido:

*“a) El recurso de anulación de laudos ataca la decisión arbitral por errores in procedendo en que haya podido incurrir el Tribunal de Arbitramento, y excluye de su órbita los errores in judicando, lo cual implica que no puede impugnarse el laudo en cuanto a cuestiones de mérito. Por ello carecen de técnica los cargos formulados contra un laudo, que tiendan a establecer si el Tribunal arbitral obró o no conforme al derecho sustancial al resolver sobre las pretensiones propuestas<sup>8</sup>.*

Conforme con la jurisprudencia reiterada de la Sala<sup>9</sup>, el recurso extraordinario de anulación no puede utilizarse como si se tratara de una segunda instancia, razón por la cual no es admisible replantear el debate sobre el fondo del proceso, ni podrán revocarse determinaciones del Tribunal de Arbitramento fundadas en la aplicación de la ley sustancial o por la existencia de errores de hecho o de derecho, relacionados con la valoración probatoria.

A lo anterior se agrega que la competencia del juez del recurso de anulación se rige por el principio dispositivo, esto es, el recurrente delimita mediante la formulación y sustentación del recurso y con sujeción a las causales previstas en el ordenamiento la competencia del juez del recurso. Sin perjuicio de los asuntos confiados a la potestad del juzgador, los que no

---

<sup>8</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de octubre 24 de 1996, Radicación 11632.

<sup>9</sup> Ver: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 8 de junio de 2006, Exp. 29.476, Actor: Bellco Comunicaciones Limitada - Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom – En Liquidación y Sentencia de 8 de junio de 2006, Exp. 32.398 Actor: Sociedad Concesionaria Obras y Proyectos del Caribe S.A. - Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

pueden quedar al arbitrio las partes, en cuanto establecidos para asegurar la prevalencia del orden público.

## **6.- FALTA DE COMPETENCIA**

Por un lado, el recurrente solicitó declarar la nulidad del laudo, en cuanto el juez arbitral carecía de competencia para pronunciarse sobre la validez de los actos administrativos contenidos en las resoluciones 2663 de 10 de octubre de 2013 y 63189 de 24 de julio de 2014, mediante las cuales el IDU declaró el incumplimiento del contrato de interventoría n.º IDU-171 2007. Se sostiene que la competencia de la entidad demandada comporta el ejercicio de facultades extraordinarias de la administración.

Por su parte, el tribunal puso al descubierto que aunque la Ley 1150 de 2007 restableció la competencia de las entidades estatales, para declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato y hacer efectiva la cláusula penal, el contrato fue suscrito en el tránsito legislativo que dio lugar a la vigencia de la Ley 1150 de 2007 y que, al margen de la validez de dicha cláusula, lo cierto es que a la luz de la jurisprudencia, en la actualidad, los Tribunales de Arbitramento cuentan con la competencia suficiente para decidir sobre la validez de los actos administrativos que dicten las entidades estatales contratantes en ejercicio de las potestades diferentes a las previstas en el artículo 14 de la Ley 80, de modo que el ordenamiento jurídico ofrece fundamento para el pronunciamiento sobre la legalidad de los actos contractuales demandados. Para llegar a esta conclusión se apoyó en la sentencia C-1436 de 2000, sobre la constitucionalidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993 y en las sentencias de 10 de junio de 2009, expediente n.º 36252; 22 de octubre de 2012, expediente n.º 39942; auto de 18 de abril de 2013, expediente 17859; auto de 26 de enero de 2015, expediente n.º 35765, decisiones de esta Corporación, entre otras citadas.

## **PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

En cuanto a la naturaleza de las facultades exorbitantes, se ha sostenido que las mismas derivan su nombre de las potestades con que el ordenamiento reviste a sus autoridades en orden a preservar valores y principios superiores no sujetos a la autonomía de la voluntad y por lo mismo excepcionales en el marco contractual al que concurren la administración en igualdad de condiciones con los particulares que respondieron al llamado de colaboración<sup>10</sup>.

Ahora, vale precisar que en sentencia C-1436 del 2000<sup>11</sup>, sobre la constitucionalidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, se sostuvo que el arbitramento, como mecanismo alternativo de solución de conflictos, deroga la jurisdicción frente a un conflicto determinado, actual o futuro, que será definido por terceros erigidos temporalmente como jueces, en derecho o equidad, porque las partes involucradas en el conflicto así lo convinieron. En materia contractual, el legislador faculta a las partes para sustraer del conocimiento de la jurisdicción contenciosa los conflictos que, en virtud de la celebración, el desarrollo, la ejecución y la liquidación de los contratos estatales llegasen a surgir. Siendo así, también el Estado, como los particulares, pueden convenir en someter las divergencias surgidas en el marco de la relación negocial a la decisión de terceros, sin que por este solo hecho se considere vulnerado el interés público que los contratos comprometen. Bajo ese razonamiento, los límites del juez arbitral se determinan por la naturaleza misma del arbitramento y las prescripciones legales sobre la materia, a cuyo tenor la competencia arbitral se circunscribe a derechos e intereses de naturaleza dispositiva<sup>12</sup>.

Bajo esta perspectiva, la Corte declaró exequibles los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, en el entendido que los árbitros no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en el marco de las relaciones contractuales y acorde con sus

---

<sup>10</sup> Palacio Jaramillo, María Teresa, Potestades Excepcionales y su Nueva Regulación Legal y Reglamentaria-Poderes de la Administración; *“Reforma al Régimen de Contratación Estatal”*, Universidad de los Andes, Primera Edición 2010, pag 343.

<sup>11</sup> Sentencia de 25 de octubre del año 2000, proferida por la H. Corte Constitucional. Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra.

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia de 15 de febrero de 2012, expediente n.º 40247. M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

poderes excepcionales, consagrados de manera expresa en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, es decir interpretación, modificación y terminación unilateral, el sometimiento a las leyes nacionales, la caducidad y la reversión. De manera que decisiones ajenas a las restricciones señaladas, extrañas a las prerrogativas estatales, pueden ser sometidas al estudio, al examen, al conocimiento y a la decisión de los árbitros<sup>13</sup>.

Puntualmente se señaló:

*“En este orden de ideas, las cláusulas excepcionales a los contratos administrativos, como medidas que adopta la administración y manifestación de su poder, sólo pueden ser objeto de examen por parte de la jurisdicción contenciosa y no por particulares investidos temporalmente de la facultad de administrar justicia, pues si bien los mencionados actos a través de los cuales estas cláusulas se hacen aplicables, tienen implicaciones de carácter patrimonial tanto para el contratista particular como para el Estado, asunto éste que no se puede desconocer y que sería la base para que los árbitros pudieran pronunciarse, estas implicaciones son consecuencia del ejercicio por parte del Estado de sus atribuciones y, por consiguiente, el análisis sobre éstas, sólo es procedente si se ha determinado la legalidad del acto correspondiente, asunto éste que es de competencia exclusiva de los jueces e indelegable en los particulares, dado que la determinación adoptada en esta clase de actos, es expresión directa de la autoridad del Estado y como tal, únicamente los jueces, en su condición de administradores permanentes de justicia, tienen la función de establecer si el acto correspondiente se ajusta a los parámetros legales, analizando, específicamente, si las motivaciones expuestas en él, tienen como sustento real, la prevalencia del interés público y el cumplimiento de los fines estatales, aspectos estos que son el fundamento del ejercicio de las facultades excepcionales reconocidas al Estado-contratista. Este análisis, entonces, no puede quedar librado a los particulares, pues a éstos no se les puede transferir la competencia de decidir sobre las cuestiones que tocan con funciones de carácter estatal, atribución ésta, exclusiva de los jueces.*

*Por consiguiente, y como manifestación del poder público del Estado, el examen en relación con el ejercicio de las cláusulas exorbitantes por parte de la administración, no puede quedar librado a los particulares. Por otra parte, las consecuencias patrimoniales que se pueden derivar de aplicación de estas cláusulas, no pueden ser fundamento suficiente para que se considere procedente la derogación de la jurisdicción contenciosa administrativa. Las consideraciones de tipo económico no pueden justificar una separación de competencias entre la jurisdicción*

---

<sup>13</sup> *Ibídem.*

*contenciosa y los árbitros, que permita a estos últimos pronunciarse sobre el aspecto económico de la decisión unilateral de la administración, dejando en cabeza de la jurisdicción contenciosa el pronunciamiento sobre la validez del acto respectivo. La unidad de jurisdicción en este punto debe prevalecer, como manifestación no sólo de un poder que es indelegable, sino en la seguridad jurídica que debe darse a los asociados.*

*Significa lo anterior que cuando la materia sujeta a decisión de los árbitros, se refiera exclusivamente a discusiones de carácter patrimonial que tengan como causa un acto administrativo, éstos podrán pronunciarse, como jueces de carácter transitorio. Más, en ningún caso la investidura de árbitros les otorga competencia para fallar sobre la legalidad de actos administrativos como los que declaran la caducidad de un contrato estatal, o su terminación unilateral, su modificación unilateral o la interpretación unilateral, pues, en todas estas hipótesis, el Estado actúa en ejercicio de una función pública, en defensa del interés general que, por ser de orden público, no puede ser objeto de disponibilidad sino que, en caso de controversia, ella ha de ser definida por la jurisdicción contencioso administrativa, que, como se sabe, es el juez natural de la legalidad de los actos de la administración, conforme a lo dispuesto por los artículos 236, 237 y 238 de la Carta Política. Tal es la orientación, entre otras, de las sentencias de 15 de marzo de 1992 y 17 de junio de 1997, proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado.*

*Tanto es ello así, que de manera exclusiva y excluyente, el citado artículo 238 de la Constitución autoriza a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para "suspender provisionalmente" los efectos de los actos administrativos susceptibles de impugnación por la vía judicial, asunto este que, ni por asomo, podría dejarse dentro del campo de acción de los particulares investidos en forma transitoria de jurisdicción como árbitros.*

*Entonces, a fortiori, ha de concluirse que si dentro de la competencia de los árbitros no queda comprendida, ni puede quedar en ningún caso, competencia para la suspensión provisional de los efectos de actos administrativos, con mucha mayor razón queda excluida tal competencia para decidir sobre la legalidad de tales actos, pues, en guarda de la lógica jurídica, ha de reiterarse que quien no puede lo menos, jamás podrá lo más.*

*De idéntica manera, ha de recordarse que la regla general es la de la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer*

*de los litigios con la administración y sólo por excepción de ellos conocerán los árbitros, en virtud de la autorización constitucional contenida en el artículo 116 de la Carta. Por ello, lo atinente a la competencia de los árbitros es de interpretación restrictiva, sin que pueda llegar a trocarse lo que es la excepción en la regla general, ni tampoco autorizarse como legítima una interpretación que transforme la regla general, es decir la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, en la excepción para concluir en contravía de la Constitución que esta sólo puede actuar en ausencia de los Tribunales de Arbitramento.*

*Así las cosas, pese a que las normas acusadas de la ley 80 de 1993 no señalan expresamente que los árbitros tienen la competencia para pronunciarse en relación con los actos administrativos de carácter unilateral que dicta la administración, con fundamento en la autoridad que le es propia y reconocida expresamente por el legislador, para salvaguardar el interés público que está implícito en los contratos estatales y lograr el cumplimiento de los fines estatales, éstas tampoco pueden interpretarse en tal sentido, pues ello desconocería no sólo la naturaleza del mecanismo arbitral, sino las potestades del Estado, en cuanto a la administración de justicia y su indelegabilidad en aspectos que son esenciales a él.*

En cuanto a las facultades de los Tribunales de Arbitramento para pronunciarse sobre la validez de los actos administrativos y, en particular, de aquellos expedidos con ocasión de la celebración de los contratos estatales, ésta Sala se pronunció inicialmente sobre la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, para el juzgamiento de los actos de la administración en general y privativamente de aquellos que comprometen el ejercicio del poder público, que por lo mismo no resultan transigibles, pues no se sujetan a la autonomía negocial<sup>14</sup>. Empero, en decisión posterior, la Sala morigeró la línea jurisprudencial para sostener, en armonía con lo decidido por la Corte Constitucional, en la sentencia C-1436 de 2000, que las controversias relacionadas con la celebración, ejecución y liquidación de los contratos estatales pueden ser sometidas al conocimiento de la justicia arbitral, siempre que no confronten la legalidad de los actos dictados por la administración, en

---

<sup>14</sup> Sentencia de 23 de febrero de 2000. Expediente n.º 16.394. Actor: Consorcio Hispano-Alemán. Consejero Ponente Dr. Germán Rodríguez Villamizar.

desarrollo de los poderes excepcionales relacionados en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

En efecto, en sentencia de 10 de junio de 2009<sup>15</sup>, la Sala se pronunció sobre la base de que el pacto arbitral confiere competencia para resolver las controversias contractuales que le fueren propuestas a los particulares temporalmente investidos de jurisdicción, enmarcadas en los precisos límites fijados en la Constitución y la ley. Precisó que, con excepción de los actos administrativos proferidos en ejercicio de los poderes excepcionales, previstos de manera expresa en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, los árbitros pueden resolver litigios sobre actos administrativos, así la litis comprenda su validez, siempre que el legislador no los hubiere excluido expresamente.

En suma se sostuvo:

#### *4.- Conclusión*

*A partir de lo expuesto y con base en las argumentaciones que aquí se han desarrollado, la Sala modifica la tesis que ha venido sosteniendo jurisprudencialmente para sostener entonces que con excepción de los actos administrativos que sean proferidos en ejercicio de los poderes excepcionales previstos de manera expresa en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 –a los cuales la Corte Constitucional circunscribió el condicionamiento del cual hizo pender la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993–, todos los demás actos administrativos contractuales que expidan las entidades del Estado – independientemente de que en la concepción de la mayoría de esta Corporación, según ya se explicó ampliamente, esos otros actos administrativos contractuales también puedan considerarse como especies del género de los poderes o cláusulas excepcionales o exorbitantes– bien pueden ser sometidos al conocimiento de la denominada justicia arbitral en procura de obtener los pronunciamientos a que haya lugar sobre la validez y los efectos de los mismos.*

*Naturalmente esta conclusión tiene que aparejarse con la anotación adicional, que le resulta inescindible, de que al ejercer las funciones judiciales que en relación con los actos administrativos contractuales*

---

<sup>15</sup> Proceso n.º 36252. Actor Consorcio Porvenir. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Mauricio Fajardo Gómez.

*distintos de los previstos en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, les autorizan la Constitución Política y las normas legales vigentes, los árbitros debidamente habilitados para ello por las partes no podrán, en evento alguno, suspender provisionalmente los efectos de tales actos administrativos contractuales, puesto que, de conformidad con los dictados del artículo 238 de la Carta, esa competencia la reservó el Constituyente de 1991 a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de la cual no forman parte los jueces particulares (árbitros).*

La anterior línea de argumentación se ha mantenido por la Sala, en cuanto ha analizado la competencia de la justicia arbitral respecto de los actos administrativos de índole contractual, con excepción de los proferidos en ejercicio de los poderes excepcionales a que se refiere el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, tal y como se sostiene en la abundante jurisprudencia recogida en el Laudo acusado. Ahora, para resolver el cargo sobre la falta de competencia del juez arbitral, corresponde volver sobre el alcance de los poderes excepcionales de la administración.

Se destaca entonces que, el privilegio de autotutela administrativa, comporta la capacidad de las entidades públicas contratantes para tutelar sus propios intereses en vía declarativa o ejecutiva, sin necesidad de acudir a un juez, una competencia funcional que la entidad no puede adquirir por convención. En ese orden, vale recordar el tránsito legislativo desde la vigencia del Decreto 222 de 1983, mediante el cual las cláusulas excepcionales se entendían incorporadas en los contratos gobernados por dicho estatuto a la luz del artículo 65, al tiempo que el artículo 60 previó cuales cláusulas forzosamente debían contener los contratos. La norma derogada preveía:

**Artículo 60°. De las cláusulas que forzosamente deben contener los contratos.** *Salvo disposición en contrario, en todo contrato se estipularán las cláusulas propias o usuales conforme a tu naturaleza y, además, las relativas a caducidad administrativa; sujeción de la cuantía y pagos a las apropiaciones presupuestales; garantías; multas; penal pecuniaria y renuncia a reclamación diplomática cuando a ello hubiere lugar. Así mismo en los contratos administrativos y en los de derecho privado de la administración en que se pacte la caducidad, se incluirán como cláusulas obligatorias los principios previstos en el título IV de este estatuto.*

*Siempre deberán precisarse el objeto, la cuantía y el plazo para la ejecución completa del contrato.*

La jurisprudencia reiteradamente sostuvo que, en vigencia del Decreto 222 de 1983, la administración tenía competencia para declarar el incumplimiento del contrato para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, por constituir una valoración anticipada de los perjuicios, en virtud del incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Competencia que desapareció en vigencia de la Ley 80 de 1993, de modo que las partes bien podían convenir en una sanción pecuniaria, pero no atribuir la facultad de imponerla unilateralmente a la entidad contratante. Facultades que se encontraban reguladas y limitadas en el numeral 2º del artículo 14 del estatuto contractual, así:

***Artículo 14º.-** De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:*

*(...)*

*2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.*

*Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.*

*En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente*

Lo anterior, significa que en vigencia de la Ley 80 compete al juez del contrato resolver sobre las multas e inclusive sobre la cláusula penal pecuniaria convenida, contrario a la modificación introducida por la Ley 1150 de 2007<sup>16</sup>, conforme a la cual la administración si puede en ejercicio de su

---

<sup>16</sup> Ley 1150 de 2007. ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales. En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas

autoridad sancionar al contratista en los términos del artículo 17, así como hacer efectiva la penalidad por el incumplimiento de su colaborador estatal.

Resulta imprescindible insistir en este aspecto, en tanto y en cuanto, el contrato se suscribió en vigencia de la Ley 1150 de 2007, norma promulgada el 16 de julio de la misma anualidad, según da cuenta el Diario Oficial No. 46.691 y aunque la mayoría del articulado entró en vigencia seis meses después, el artículo 17 comenzó a regir desde la promulgación de la ley, mismo que facultó a las entidades estatales para imponer multas e inclusive para declarar el incumplimiento del contrato para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, disposición que gobierna la ejecución del contrato 171 de 2007.

En ese orden, el privilegio de autotutela administrativa, para que las entidades públicas contratantes puedan tutelar sus propios intereses en vía declarativa o ejecutiva, comporta una competencia funcional otorgada expresamente por la Ley y en el ámbito de la misma, se define el alcance y límites de las facultades con que cuentan la administración.

Ahora, aunque no se puede pasar por alto que en sentencia C-499 de 15 de agosto de 2016, la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011<sup>17</sup>, en cuanto facultó a las entidades públicas cuantificar los perjuicios generados por el contratista, al tiempo de declarar el

---

*con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. **Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.***

*PARÁGRAFO. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.*

*PARÁGRAFO TRANSITORIO. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.*

<sup>17</sup> Corte Constitucional, expediente C-499 de 2015, M.P. Mauricio González Cuervo.

incumplimiento de los contratos estatales. En esa oportunidad, el argumento central que llevó al Juez Constitucional, luego de analizar el cargo relacionado con la violación al principio de igualdad tuvo que ver con:

*4.5.3.2. El medio empleado para obtener las anteriores finalidades: facultar a la entidad estatal para cuantificar los perjuicios que se hubieren causado por el incumplimiento del contratista, previa declaración del mismo, luego de haberse surtido un proceso administrativo, de haberse practicado pruebas y de haberse citado y oído al contratista y a su garante, tampoco está prohibido por la Constitución<sup>18</sup>. Por lo tanto, es un medio legítimo. Esta facultad está reglada y se ejerce conforme a un procedimiento administrativo, del que debe darse cuenta en un acto administrativo motivado, de tal suerte que la cuantificación de los perjuicios no obedece a la mera discrecionalidad de la entidad estatal, ni es fruto de su capricho. Además, frente a dicho acto administrativo el contratista o su garante pueden presentar, en la vía gubernativa, el recurso de reposición, y, además, pueden someter el acto administrativo al control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.*

*4.5.3.3. Al ser legítimos tanto los fines perseguidos como el medio empleado por la expresión demandada, resta por establecer si el medio es adecuado para conseguir el dichos fines. La cuantificación de los perjuicios por parte de la entidad estatal, que es una facultad que se desprende de la declaración unilateral del incumplimiento del contrato, es una herramienta adecuada para la protección efectiva del interés general, en la medida en que permite a la entidad estatal actuar de manera expedita, pero sometida a un procedimiento reglado y con el deber de dar cuenta de su decisión, y, en esta medida, también es adecuada para luchar contra la corrupción, en tanto representa una herramienta idónea para la intervención pronta y cumplida de la entidad estatal frente a prácticas que tienen una alta probabilidad de causarle perjuicios y que pueden deberse, en no pocos eventos, a prácticas corruptas.*

Y en cuanto a la violación del debido proceso, sostuvo:

*(i) para advertir que la cuantificación de los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato estatal debe hacerse por medio de una resolución motivada de la entidad estatal, luego haberse seguido un procedimiento administrativo, al cual el contratista y su garante son citados, pueden intervenir y tienen la posibilidad de presentar pruebas y controvertir las que se presenten en su contra; (ii) para indicar que ni la existencia de los perjuicios ni su cuantía se presumen, sino que resultan del ejercicio probatorio, que brinda los elementos empíricos necesarios para desvirtuar la presunción de buena fe; (iii) para constatar que, al fundarse en pruebas, la cuantificación de los perjuicios obedece a la*

---

<sup>18</sup> Infra II, 5.5.3., 5.5.4. y 5.5.5.

*realidad de la ejecución del contrato y, en modo alguno, comporta la prevalencia de las formas sobre el derecho sustancial; y (iv) para destacar que el procedimiento administrativo en su trámite y, en especial, en cuanto atañe a la práctica, controversia y valoración de las pruebas, no desconoce el derecho a un debido proceso.*

**6. Razón de decisión.** *Establecer, en el contexto de los contratos estatales, un trato especial en favor de las entidades estatales, para permitirles, en caso de declararse el incumplimiento del contrato por parte del contratista, cuantificar los perjuicios que de él se deriven, en el marco de un procedimiento administrativo reglado, que prevé su audiencia y participación, y con fundamento en las pruebas en él practicadas, para luchar contra la corrupción y para garantizar la protección efectiva del interés general, tiene justificación constitucional y, en consecuencia, no desconoce ni el preámbulo ni los artículos 13, 29, 83 y 228 de la Constitución.*

Lo dicho por el juez constitucional resulta suficiente para entender que la declaratoria de incumplimiento del contrato, más allá de ejercer una competencia legítima, reglada y especial, que afecta a los extremos contractuales, también tiene que ver con una justificación que protege intereses generales, en tanto el contratista tiene la condición de colaborador estatal. Ahora, al margen de la declaratoria de constitucionalidad de la norma, tampoco se pasa desapercibido el hecho que la misma ley, si bien le atribuyó su carácter especial, no le otorgó el carácter de exorbitante a la decisión de la administración relativa a la penalidad, para efectos de cuantificar los perjuicios.

En efecto, el artículo 17 de la Ley 1150 guardó silencio, en cuanto no le atribuyó dicho carácter, pues la efectividad de la cláusula penal, más bien comporta la posibilidad de la administración de tasar anticipadamente los perjuicios, dado el incumplimiento de su extremo contractual. La facultad que tiene la administración para hacer efectiva la penalidad, encierra una decisión que pone al descubierto una situación jurídica nueva, que no existía con anterioridad y en ese ámbito busca cuantificar los perjuicios causados.

En ese orden, debe entenderse que el legislador solo quiso excluir del conocimiento de la justicia arbitral las facultades previstas en el artículo 14 de

la Ley 80 de 1993 y así lo entendió atinadamente la Corte Constitucional, cuando declaró la Constitucionalidad de los artículos 70 y 71 referidos.

Lo anterior significa que, los árbitros tenían competencia para conocer sobre la legalidad de las Resoluciones 2663 de 10 de octubre de 2013 y 63189 de 24 de julio de 2014, mediante las cuales el IDU declaró el incumplimiento del contrato de interventoría n.º IDU-171 2007 y ordenó hacer efectiva la penalidad, por no constituir una decisión exorbitante.

En consecuencia, el cargo no tiene vocación de prosperidad, al margen de la facultad de la administración para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.

## **6. SEGUNDO CARGO. LOS ÁRBITROS FALLARON EN CONCIENCIA DEBIENDO HACERLO EN DERECHO**

Para la parte recurrente los árbitros resolvieron conforme su sentido común, profiriendo un fallo en conciencia cuando tenía que haber sido en derecho, en cuanto i) fundaron la decisión sin tener en cuenta todos los elementos probatorios allegados por el IDU; ii) la existencia de un “déficit probatorio”; iii) no tuvo en cuenta las innumerables comunicaciones proferidas por el IDU mediante las cuales le notificó al contratista su incumplimiento.

Por su lado, la parte convocante sostuvo que no le asiste razón al IDU, en cuanto afirmó que existía un déficit probatorio, si se considera que los árbitros motivaron su decisión en las pruebas debidamente practicadas y resolvieron conforme lo previsto en la ley, no siendo esta una nueva instancia para pretender reabrir el debate probatorio y enjuiciar los fundamentos de la decisión.

La causal invocada no tiene vocación de prosperidad porque, contrario a lo afirmado, los árbitros fallaron en derecho. Al respecto se advierte que inicialmente se ocuparon de su propia competencia, al margen de la interpretación que les mereció el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, luego resolvieron sobre las excepciones propuestas por las entidades convocadas

y consideraron las pruebas recaudadas en el proceso. A su turno, se pronunciaron sobre la legalidad de los actos demandados y las pretensiones que tienen que ver con el reconocimiento por mayor permanencia en la obra.

Ahora, la Sala encuentra que la recurrente no pretende el restablecimiento de su derecho al debido proceso, puesto que su inconformidad tiene que ver con la decisión en sí, en tanto no comulga con la valoración de las pruebas y en consecuencia controvierte la decisión de fondo tomada por el juez arbitral, especialmente en lo que toca con la nulidad de los actos acusados y lo resuelto por mayor permanencia en la obra. En rigor, no busca el restablecimiento de garantías procesales, sino una solución diferente, a la que se llegaría, previa nueva valoración probatoria, esta vez acorde con las pretensiones de la recurrente.

Vale reiterar que el fallo en conciencia se presenta cuando la sentencia proferida hace caso omiso del ordenamiento, dejando a un lado incluso lo pactado por las partes. Lo que no ocurre en el caso que ocupa la atención de la Sala, por cuanto el Tribunal de arbitramento profirió la decisión impugnada conforme las disposiciones legales y contractuales, con sustento en las cláusulas, en la interpretación y alcance de las pruebas solicitadas y debidamente decretadas. Es de advertir que una interpretación equivocada o contraria a los intereses de la convocante, no significa violentar el debido proceso. En suma sobre el fallo en conciencia, se ha sostenido:<sup>19</sup>

*“En relación con esta causal, para que se pueda predicar que un laudo fue proferido en conciencia, se requiere la comprobación de que los árbitros al resolver, lo hicieron dejando de lado las normas legales que debían aplicar, así como las estipulaciones contractuales de las que derivan las obligaciones para las partes y el acervo probatorio obrante en el plenario, basando su decisión exclusivamente en su sentido de justicia, en su leal saber y entender, aplicando el sentido común y el*

---

<sup>19</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sub Sección “B”, sentencia de 5 de diciembre de 2016, expediente n.º 56084, Consejero Ponente Danilo Rojas Betancourth.

*principio de la verdad sabida y buena fe guardada, siguiendo únicamente los dictados de su propia conciencia, sin acudir a razonamientos jurídicos, basados en el ordenamiento legal regulador de la controversia sujeta a su decisión.*

Se advierte eso sí que la aplicación de principios y valores, imperativo en todas las decisiones judiciales, en cuanto se trata de realizar el ordenamiento jurídico que los consagra sin restricciones, no tendrían que considerarse, por ser violatorio del debido proceso, en particular el derecho de defensa, en cuanto se trata de examinar los hechos, acorde con las pruebas interpretadas conforme a las reglas de la lógica y la experiencia, e orden a aplicar el ordenamiento al caso concreto, de modo que la equidad deberá estar presente siempre que se trate de conciliar pretensiones opuestas, cuya resolución puramente normativa no la satisface.<sup>20</sup>

De suerte que el cargo fundado en que los árbitros fallaron en conciencia habrá de negarse y así se declarara, pues dicha pretensión no se acompasa con la realidad procesal y probatoria, de modo que lo resuelto por el Juez Arbitral en cuanto a lo concerniente a la mayor permanencia en la obra habrá de negarse.

## **7. TERCER CARGO. EL LAUDO RECAYÓ SOBRE PUNTOS NO SUJETOS A LA DECISIÓN ÁRBITRAL**

Para el recurrente la mención que se hace en la página 141 comporta una falta de congruencia y también un fallo en equidad. Sostiene que los árbitros se equivocaron cuando afirmaron que la decisión de declarar la nulidad de los actos genera efectos erga omnes, pues dicha motivación abre la posibilidad que actores ajenos al proceso arbitral puedan posteriormente pretender el recobro de sumas pagadas y en ese sentido, el fallo es

---

<sup>20</sup> Corte Constitucional, sentencia SU 173/2015, del 16 de abril de 2015.M.P. Gabriel Eduardo Mendoza.

*“claramente desconocedor de los efectos inter partes de las sentencias de nulidad y restablecimiento del derecho”*

Para la Sala, no existe contradicción alguna entre lo expresado en la parte motiva y la resolutive, pues por tratarse de una sentencia declarativa y de condena, en cuanto resolvió sobre la nulidad de un acto, los efectos erga omnes operan por ministerio de la ley y su motivación no altera lo resuelto en la sentencia, por el contrario resulta congruente y la confirma.

Al respecto, la Sala debe precisar que la causal invocada en principio se configura cuando los árbitros se pronuncian sobre cuestiones no sujetas a su juzgamiento, es decir, por fuera de lo pedido en la demanda, bien porque lo decidido no comprende lo pretendido –extrapetita-, excede lo pretendido –suprapetita- o se ubica por fuera de la competencia asignada.

Además, la Sala observa que el juez arbitral interpretó el contenido obligacional y se pronunció sobre los hechos y pretensiones aducidos en la demanda, al igual que resolvió sobre las excepciones propuestas, lo que de suyo descarta el cargo endilgado. Es de agregar que para decidir consideró las pruebas y que se pronunció sobre la controversia. No sobra reiterar que el estrecho margen conferido al juez del recurso de anulación le impide a la Sala considerar como se resolvieron los pedimentos de ambos extremos, en tanto ello comportaría discurrir sobre aspectos sustanciales de la decisión, empero se puede afirmar, que contrario a lo sostenido por la entidad recurrente, las consideraciones responden en todo con las pretensiones y estas deciden el litigio, de donde no queda sino concluir en su congruencia, al tiempo que los árbitros decidieron en derecho y el laudo consulta en todo el artículo 189 de la Ley 1437 de 2011.

En consecuencia, el cargo fundado en la causal 9ª del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, no tiene vocación de prosperidad.

En los términos de los artículos 5º y 6º del Acuerdo n.º 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, se fijan en diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes las agencias en derecho que la parte recurrente

deberá pagar a PÖYRY INFRA S.A. Las costas serán liquidadas por Secretaría.

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

### **FALLA:**

**PRIMERO: DECLARAR INFUNDADO** el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la parte convocada contra el laudo proferido por el Tribunal de Arbitramento, conformado a instancias de Pöyry Infra S.A. el 3 de noviembre de 2016 y en providencia de 15 de noviembre que negó la aclaración.

**SEGUNDO: CONDENAR** a la parte recurrente a pagar las costas a favor de PÖYRY INFRA S.A., al tiempo que se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de esta sentencia.

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

**COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

**Presidente**

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**