

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

EXPEDIENTE No. : 7809

FECHA : Noviembre 12 de 1993

CONSEJERO PONENTE : Dr. Daniel Suárez Hernández

<TEMA : Anulación del laudo arbitral>

<TESIS - Relatoría Consejo de Estado>.

RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Técnica / INTERES MORATORIO

El Juez de anulación no es superior jerárquico del Tribunal de Arbitramento y por consiguiente no podrá adelantarse en el arduo tema de juzgamiento por eventuales errores - in iudicando -, para so pretexto de ello cambiar las determinaciones tomadas por aquél, simplemente por no estar de acuerdo con los razonamientos, conceptos o alcances emitidos sobre los hechos controvertidos y sus consecuencias jurídicas. En otros términos, a través del recurso de anulación no podrá revocarse determinaciones basadas en razonamientos o conceptos vinculados con la aplicación de la ley material. Aceptar la revisión del concepto del Tribunal, para desembocar en lo pretendido por el Consorcio consistente en que en vez del doble del anual sobre los capitales adecuados, se aplique el doble de interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Bancaria, sería tanto como que esta Sala se convirtiera en superior jerárquico del Tribunal de arbitramento, lo que se pone de presente su desacierto, dado que la anulación no es un recurso de índole vertical sino horizontal. En síntesis el yerro conceptual, de criterio o de concepto, sobre el tema del cual ha de ser la tasa de interés aplicable para sancionar la mora de algunos pagos de la EEEB, no tiene cabida dentro del marco estricto o limitado del recurso que se desata.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO / COMPETENCIA / PLAZO DEL CONTRATO

El Tribunal no procedió con igual criterio para pronunciarse sobre un mismo aspecto controvertido por las partes, cual era el concerniente al cumplimiento o incumplimiento de los plazos contractuales, parciales o finales. El Tribunal se abstuvo, sin razón verdadera para ello, de decidir en el laudo lo relativo al cumplimiento de los pasos contractuales a cargo del contratista, en particular en lo que respecta a la entrega final de la obra. Aspecto bien distinto es el relacionado con las consecuencias de todo género, que pueden derivarse de tal reconocimiento.

JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA / COMPETENCIA / PLAZO DEL CONTRATO - Cumplimiento / LAUDO ARBITRAL - Adición

Para la Sala no hay ninguna duda de que el Consorcio cumplió a cabalidad los diversos plazos contractuales; el recurso de anulación impetrado prosperará parcialmente, tan solo para adicionar el laudo arbitral en el sentido de hacer esta declaración.

<ENCABEZADO DEL EXPEDIENTE>.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera. Santa Fe de Bogotá, D. C., doce (12) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández.

Referencia: Expediente No. 7809. Demandada: Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá. Recurso de Anulación - Laudo Arbitral Actor: CONSORCIO IMPREGILO S. P. A. ESTRUCO S. A.

<RECURSO DE ANULACION>.

Decide la sala el recurso de anulación parcial, interpuesto por el CONSORCIO IMPREGILO S. P. A., contra el LAUDO ARBITRAL proferido el 2 de septiembre de 1992 y del auto de 25 del mismo mes y año, proferidos por el tribunal de arbitramento constituido para dirimir las controversias suscitadas entre el CONSORCIO IMPREGILO S. P. A. - ESTRUCO S. A. de una parte y, de la otra la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA, cuyas resolutivas fueron:

<RESOLUTIVAS>.

a) Las del laudo arbitral.

"PRIMERO: Declárase no probada la excepción de transacción propuesta por la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA.

"SEGUNDO: Reconócese los desistimientos y renunciaciones hechas por el Consorcio integrado por las sociedades IMPRESIT - GIROLA - LODIGIANI - IMPREGILO S. P. A. - ESTRUCO S. A., en desarrollo del contrato 502 - AB - IV - 01 - A los cuales constan en los Otrosíes y Actas Convenio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este Laudo.

"TERCERO: Condénase a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA a pagar a favor del Consorcio integrado por las sociedades IMPRESIT - GIROLA - LODIGIANIIMPREGILO S. P. A. - ESTRUCO S. A., las siguientes sumas de dinero:

"A). - Mil ciento diez y nueve millones quinientos cincuenta y tres mil cuatrocientos noventa y un pesos (\$1.119.553.491.00), por concepto de mayores costos originados en circunstancias relacionadas con la geología presentada en la ejecución de la obra.

"B). - Mil doscientos cincuenta y siete millones seiscientos cincuenta mil seiscientos cuarenta y ocho pesos (\$1.257.650.648.00) por concepto de mayores costos originados en circunstancias relacionadas con la hidrología en la ejecución de la obra.

"C). - Ochenta y un millones cero catorce mil setecientos sesenta y cuatro pesos (\$81.014.764.00) por otros mayores costos originados en la ejecución de la obra por razón de cambio de especificaciones para las inyecciones de consolidación y modificación del diseño de las compuertas estancas en las ventanas del Chicó y La Vieja.

"En las cifras anteriores está incluido el ajuste monetario y los intereses legales reconocidos como costo de oportunidad, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del laudo.

"CUARTO: Condénase a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE

BOGOTA a pagar a favor del Consorcio integrado por las sociedades IMPRESIT - GIROLA - LODIGIANIIMPREGILO S. P. A - ESTRUCO S. A. la cantidad de diez millones treinta y cinco mil novecientos veintisiete pesos (\$10.035.927.00) por concepto de mayores aportes pagados al ICBF en virtud de la ley 89 de 1988.

"En la cifra anterior está incluido el ajuste monetario y los intereses legales reconocidos como costo de oportunidad.

"QUINTO: Condénase a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA a pagar a favor del Consorcio integrado por las sociedades IMPRESIT - GIROLA - LODIGIANI - IMPREGILO S. P. A. - ESTRUCO S. A., la cantidad de ochenta y un millones veintidós mil trescientos cuarenta y nueve pesos (\$81. 022. 349.00) por concepto de devolución de los descuentos hechos por la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA sobre las cuentas de cobro formuladas por él en dólares norteamericanos, en virtud de la aplicación de la ley 33 de 1985, hechos durante la ejecución del contrato 502 - AB - IV - OI - A.

"En la cifra anterior está incluido. - el ajuste monetario y los intereses legales reconocidos como costo de oportunidad.

"SEXTO: Declárase el incumplimiento del contrato 502 - AB - IV - 01 - A, por parte de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA por cuanto desconoció obligación adquirida en virtud de la cláusula sexta, literal f) del contrato, al no haber efectuado dentro del término establecido para ello los pagos de las cuentas legalmente presentadas.

"SEPTIMO: Condénase a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA a pagar a favor del Consorcio integrado por las sociedades IMPRESIT - GIROLA - LODIGIANIIMPREGILO S. P. A. - Estruco S. A., por concepto de indemnización por mora en el pago de las cuentas,

"A) La cantidad de ciento ochenta y siete millones seiscientos setenta y nueve mil setecientos treinta pesos (\$187.679.730.00) por concepto de indemnización por demora en el pago sobre las cuentas ya canceladas, tanto en pesos como en dólares norteamericanos.

"B) La cantidad de Doscientos setenta y siete millones seiscientos treinta y nueve mil novecientos pesos (\$277.639.900.00) por concepto del valor de las cuentas no canceladas aún, su actualización monetaria e indemnización por la demora en su pago hasta la fecha del laudo.

"OCTAVO: Absténesse de conocer y decidir sobre las pretensiones de las partes encaminadas a obtener un pronunciamiento sobre cumplimiento o incumplimiento, por parte del Consorcio integrado por las sociedades IMPRESIT - GIROLA - LODIGIANO - IMPREGILO S. P. A. - ESTRUCO S. A., de los plazos parciales y final pactados en el contrato 502 - AB - IV0 1 - A, por carecer de competencia para ello, según lo expuesto en la parte motiva del laudo.

"NOVENO: Declárase el incumplimiento del contrato 502 - AB - IV - 01A, por parte del Consorcio integrado por las sociedades IMPRESITGIROLA - LODIGIANI - IMPREGILO S. P. A. ESTRUCO S. A., en cuanto a los índices de eficiencia de la TBM, pactados.

"No se condena a dicho Consorcio al pago de perjuicios a favor de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA por no existir prueba de su monto.

"DECIMO: Niéganse las demás pretensiones de las partes, de acuerdo con la motivación del laudo.

"DECIMO - PRIMERO: La EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA deberá dar cumplimiento al presente laudo. dentro del término de treinta (30) días, contados a partir de la comunicación correspondiente, de conformidad con el artículo [176](#) del c.c.a.

"DECIMO - SEGUNDO: En caso de no darse cumplimiento a la disposición contenida en el numeral anterior, de conformidad con el inciso quinto del artículo [177](#) del C.C.A., las cantidades líquidas reconocidas en este laudo, devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria, y moratorias después de este término.

"DECIMO - TERCERO: De conformidad con el artículo [177](#) del C.C.A y lo dispuesto por este laudo en su parte motiva, por la Secretaria comuníquese al Procurador General de la Nación, mediante el envío de copia íntegra y auténtica del laudo, para lo de su cargo.

b) Las del auto.

" 1. - Denegar las solicitudes formuladas por el apoderado de la EMPRESA De ACUEDUCTO y ALCANTARILLADO DE BOGOTA en su memorial de correcciones, adiciones y complementaciones presentado el día (9) de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

"2. - Corregir las cifras de las condenas contenidas en el numeral tercero, de la parte resolutive del laudo, a favor del Consorcio integrado por las sociedades IMPRESIT - GIROLA - LODIGIANI IMPREGILO S.P.A. ESTRUCO S.A., así:

"Literal A): MIL DOSCIENTOS CATORCE MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS DIEZ Y SIETE PESOS (\$1.214'849.317.00).

"Literal B): MIL TRESCIENTOS VEINTIOCHO MILLONES NOVECIENTOS VEINTICINCO MIL OCHOCIENTOS CINCO PESOS (\$1.328'925.805.00).

"Literal C): OCHENTA Y TRES MILLONES VEINTE MIL QUINIENTOS SETENTA Y UN PESOS (\$83'020.571.00).

"Corregir la cifra de la condena contenida en el numeral séptimo, literal A), del laudo a favor del Consorcio integrado por las sociedades IMPRESIT - GIROLALODIGIANI - IMPREGILO S.P.A. - ESTRUCO S.A., así:

"LITERAL A): DOSCIENTOS UN MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS VEINTICUATRO PESOS (\$201'868.824.00)."

OBJETO DEL RECURSO.

A pesar de que el recurso de anulación, inicialmente fue impetrado por las dos partes del proceso arbitral, esta providencia tan solo tiene por objeto desatar el formulado y sustentado por el CONSORCIO IMPREGILO S.RA.ESTRUCO S.A., puesto que la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA desistió del suyo y le fue admitido tal desistimiento mediante auto de, 19 de noviembre de 1992 (folios 36 y 37 del cuaderno de la Anulación.).

El señor apoderado del Consorcio recurrente, en escrito que ocupa los folios 10 a 14 del cuaderno del recurso de anulación, ocurrió ante esta Corporación para, sustentar, en oportunidad, su recurso parcial de anulación incoado contra el laudo de 2 de septiembre de 1992, corregido por auto de 25 del mes y año. En dicho escrito sustentatorio se lee lo siguiente:

"En primer término, me referiré al hecho del error aritmético que se predicó también en el memorial de aclaraciones, contra el mencionado Laudo Arbitral, el cual fue parcialmente corregido según auto del mismo Honorable Tribunal Arbitral, del 25 de septiembre de 1992. Pero subsistiendo como en efecto subsiste el error aritmético relativo al cálculo de la indemnización por mora. Efectivamente, la condena finalmente impuesta a la EAAB según el numeral 17o. de la parte resolutive del Laudo es de \$201.868.824.00 para cuentas ya canceladas y \$277.639.900.00 para las cuentas sin cancelar.

"No tengo reparos que formular al procedimiento de cálculo adoptado por el Honorable Tribunal Arbitral, aparte de un único aspecto, que es el siguiente: en la columna encabezada "intereses demora" el H. Tribunal Arbitral calcula estos intereses con base en un porcentaje único del 12%.

"Al utilizar este número único, incurre el H. Tribunal Arbitral en un error sustancial, pues el porcentaje que debe utilizarse para calcular los intereses moratorias no es único, ni es éste.

"La determinación de la tasa de interés que debe aplicarse para calcular la sanción por mora sólo puede guiarse por las normas legales, que son claras al respecto. Citamos al efecto el art. 884 del Código de Comercio que dispone: "Cuando en los negocios mercantiles hayan de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente: si las partes no han estimulado el interés moratoria, será el doble... (hemos subrayado).

"Con base en lo anterior, queda claramente establecido que los intereses, y la concurrente sanción por mora, deben calcularse sobre la base del doble de la tasa de interés comercial.

"Esta tasa varía periódicamente y la certifica la Superintendencia Bancaria. En los autos obran las correspondientes certificaciones.

"Al utilizar un valor diferente, se introduce al cálculo de la "indemnización por mora" un factor aritmético errado, que lleva a resultados numéricos equivocados, y, al mismo tiempo, contradictorios frente al concepto mismo de la "indemnización por mora" que se pretende calcular después de haber establecido y claramente definido el mérito y la naturaleza de esta indemnización."

"Por lo anterior, solicito atentamente al H. Consejo de Estado, que, al revisar los cálculos correspondientes, corrija el error aritmético aún subsistente, dando aplicación para ello a los factores indicados por la Superintendencia Bancaria. A efecto de facilitar la labor mencionada, con nuestro escrito del 9 de septiembre / 92 acompañamos, como anexos cuadros de cálculo, pertinentes.

"En segundo término, me referiré a la causal No. 9 del Art. 38 del Decreto 2279 / 89 por no haberse decidido en el Laudo Arbitral lo relativo al cumplimiento de los plazos contractuales y en particular del plazo para la entrega final de la obra por parte del Consorcio contratista.

"Al efecto, en el numeral octavo de la parte Resolutive del Laudo del 2 de septiembre se dispuso: "Abstiénesse de conocer y decidir sobre las pretensiones de las partes encaminadas a obtener un pronunciamiento sobre cumplimiento o incumplimiento por parte del Consorcio integrado por

las sociedades IMPRESIT GIROLA LODIGIANI - IMPREGILO S.P.A. - ESTRUCO S.A., de los plazos parciales y final pactados en el Contrato 502 AB - IV - 01 - A, por carecer de competencia para ello, según lo expuesto en la motiva del laudo "(V. pág. 121 del laudo).

"En sus peticiones primeras del 7 de diciembre de 1990, al inicio del proceso arbitral, dijeron respectivamente las partes:

"A) Parte actora (Consortio): "Séptima Pretensión. Declárase que el Consortio cumplió con los plazos de ejecución de las obras por 348.3 días calendario que deberán también declararse por el Tribunal, según el siguiente detalle:

a) Plazo III - Excavación del Túnel entre el Parque Nacional y la Quebrada El Chicó, (véase volumen I tomo I capítulo I., Anexo 2. 1.): 160.6 días calendario, por condiciones geológicas imprevistas.

"b) Plazo IV - Terminación de la excavación del túnel, (véase Volumen I. tomo I. Capítulo I., Anexo 2): 69.5 días calendario adicionales por concepto de infiltraciones imprevistas, más 94.6 días calendario, por concepto de condiciones geológicas imprevistas.

"c) Plazo V - Revestimiento del túnel e inyecciones de consolidación. (Véase Volumen I. Tomo 2 capítulo V, anexo 2 - A): 23.6 días calendario, adicionales a los anteriores, por concepto de mayor cantidad de inyecciones.

"d) Plazo VI - Terminación de las obras: 348.3 días calendario, que corresponden a la suma de las extensiones de plazos anteriormente señaladas."

"Esta pretensión transcrita es plenamente congruente con la comunicación del 17 de septiembre de 1990 aportada válidamente a los autos y que es parte integrante del acta celebrada en la misma fecha por las partes, contenido de los puntos de divergencia a someterse a decisión del H. Tribunal Arbitral que estaba apenas conformándose.

"B) Parte Demandada (EAAB): "Punto Unico. Incumplimiento por parte del contratista de los tiempos y plazos parciales y total (final)...." (He fragmentado la cita), (V. escrito de la EAAB del 7 de Diciembre de 1990).

Esta petición de la EAAB, era coincidente con lo expuesto en el acta del 17 de septiembre de 1990 y sus anexos ya arriba indicados, firmada por las partes.

"Ya en el decurso mismo del proceso arbitral, en audiencia del 7 de diciembre de 1990 (V. Acta No. 2 del H. Tribunal Arbitral), el H. Tribunal Arbitral dispuso así:

"d. En el caso presente, resulta evidente, que existen dos grupos o clases de controversias: uno en el cual se puede unir todas las peticiones formuladas por las partes que apuntan hacia el juzgamiento de su comportamiento recíproco a propósito del cumplimiento de sus obligaciones contractuales y las consecuencias económicas que ellas pudieren producir en la ecuación económica del contrato, y otro relacionado con la aplicabilidad de las multas impuestas, mediante acto administrativo unilateral, por la entidad contratante al contratista.

"Para el Tribunal resulta claro que las peticiones incluidas en el primer grupo, pueden ser materia de su conocimiento y juzgamiento, tanto porque sobre ellas es viable la transacción, como por haber quedado cobijadas por la voluntad de las partes al incluir la cláusula compromisoria en el contrato. Por lo tanto, puede asumir competencia para conocer las y juzgarlas. Sobre la petición

formulada por la otra parte en relación con la aplicabilidad de las multas, es decir la petición ubicada en el segundo grupo debe aclarar el Tribunal, que no se trata de asumir competencia para juzgar la legalidad de los actos administrativos que las impusieron. Pero, la presunción de legalidad que cobija a tales actos no podría ser, a su vez, óbice para limitar el conocimiento y análisis por parte del Tribunal de la conducta de las partes para dirimir las cuestiones propias de su competencia.

"En otras palabras, es preciso aclarar que, si bien no habrá por parte de este Tribunal de Arbitramento juzgamiento de legalidad de los actos administrativos por medio de los cuales la EMPRESA impuso multas al contratista, la presunción de legalidad que tales actos tienen, no puede oponerse a la competencia natural del juez, y en este caso lo es el Tribunal, para cercenar su facultad de analizar y juzgar la conducta de las partes en desarrollo del contrato y dirimir las cuestiones sometidas válidamente a su conocimiento.

"En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento:

"RESUELVE:

"Asumir la competencia para conocer y decidir las cuestiones sometidas por las partes a su decisión. "Quedan notificados en audiencia los señores apoderados". "De lo dicho y transcrito hasta aquí, se tiene a título conclusivo:

" 1) Que las partes tenían divergencias relativas al cumplimiento de plazos;

"2) Que así lo reconocieron, de común acuerdo, al señalarse mutuamente y a los Señores Arbitros los temas propios del juzgamiento arbitral.

"3) Que cada una de las partes en litigio sometió al honorable Tribunal Arbitral las diferencias relativas a plazos en sus respectivos escritos del 7 de diciembre de 1990 para que las resolviera;

"4) Que el propio Honorable Tribunal en audiencia de la misma fecha (7 dic / 90), se propuso expresamente, al asumir la competencia y el conocimiento, juzgar todas las diferencias existentes entre las partes, incluida la relativa a los plazos de ejecución de la obra, con la única excepción del examen de los actos administrativos de imposición de multas contractuales al consorcio propios de otra jurisdicción, vale decir de la contencioso administrativa;

"5) Que, no obstante lo anterior, el Honorable Tribunal Arbitral, al decidir finalmente, las controversias existentes entre las partes, como ya se vio, dejo sin resolver la contención relativa al cumplimiento de los plazos contractuales y en particular del plazo para la entrega final de la obra (V, pag. 12 1, Punto Octavo, Parte Resolutiva del Laudo Arbitral).

"Es decir, que se ha incurrido por parte del Honorable Tribunal en la circunstancia prevista en la causal 9a. del Art. 38 del Decreto 2279 / 89, lo cual debe ser subsanado por el H. Consejo de Estado, al resolver el recurso que he planteado, tal como lo solicito con toda atención.

"Cuando el H. Consejo de Estado decida sobre lo solicitado en el recurso de Anulación en lo relativo a cumplimiento del plazo, encontrará en las pruebas y alegaciones finales, oportunamente aportadas al proceso, las demostraciones correspondientes. Básicamente ellas son:

"1) Acta de Entrega y Recibo Final de la Obra, a satisfacción de la

EAAB, de fecha 28 de enero de 1990 que fue aportada al proceso.

"2) Póliza de Cumplimiento del Contrato que fue devuelta, cancelada, por la EAAB, según oficio de fecha 15.IH.90 que fue aportado al expediente y su reemplazo por la póliza de estabilidad de la obra aceptada por la EAAB. con carta 451204 del 7.III.90, también aportada al expediente.

"3) Peritazgo de los señores expertos geólogos doctores de la Espriella y, Ferro Macías, en el cual evalúa como derecho del consorcio una extensión del plazo final de 102.1 días frente a un supuesto atraso real de éste de apenas 88 días.

"4) Alegato de Conclusión del consorcio, presentado en tiempo hábil, el 1o. de julio / 92, (Y pags.: 122 - 123 - 124 - 125 - 126 y 127 inc l) en el cual destacan las pertinentes probanzas que ameritan, justifican y demuestran la Séptima Pretensión del Consorcio que quedó sin resolver en el Laudo Arbitral, tal como ya se indicó arriba.

"5) Laudo Arbitral, en cuanto al calcular las condenas impuestas a la EAAB consideró 99. 1 días de inactividad de la obra sufridos por el Consorcio por causas no imputables al mismo. Lapso más amplio que el atraso real, supuesto de 88 días.

"Dejo así, con todo respeto, debidamente sustentado mi recurso de anulación, en los términos antedichos, con el objeto de que el H. Consejo de Estado aclare, corrija y complemente el laudo arbitral, tal como lo disponen los arts. 37 - 38 - 39 y 40 y s.s. y concordantes del Decreto 2279 / 89, en armonía con las disposiciones de la ley 23 / 93 contenidas en los arts 111 y 112 y concordantes de la misma".

REPLICA DE LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA.

El señor apoderado de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA, en escrito presentado oportunamente y que obra a folios 28 a 34 del cuaderno de la anulación, opone a la prosperidad de dicho recurso interpuesto por la parte actora y al efecto expuso:

"Me referiré, en el mismo orden propuesto por la parte recurrente, a cada uno de los dos cargos que formulan contra la providencia arbitral que es objeto de críticas.

"En cuanto al primer cargo: Error Aritmético:

"Aduce el recurrente que el laudo incurrió en error aritmético, en el cálculo de los intereses por mora, por cuanto el Tribunal calculó" estos intereses con base en un porcentaje único del 12%.

"Al utilizar este número único, incurre el H. Tribunal Arbitral en un error sustancial, pues el porcentaje que debe utilizar para calcular los intereses moratorias no es único, ni es éste".

"La simple lectura de la anterior transcripción, que aunque parcial, es textual, del argumento que esboza en apoyo de la solicitud de nulidad del laudo en cuestión, revela la gran debilidad del mismo y del recurso entero.

"A ningún lector por desprevenido que fuese, escapará la contradicción que encierra el argumento. Al hablar de "error sustancial", el recurrente deja sin piso su propio argumento y reniega del cargo por él formulado. Un error, que quiera presentar como de naturaleza aritmética, mal puede ser calificado de sustancial.

"Pero las observaciones que me permitiré formular contra los fundamentos del recurso, no son todas de tipo nominalista, ya que abundan razones de derecho y de hecho que conducen a desestimar los cargos planteados.

"El criterio del Tribunal para determinar el porcentaje del interés moratoria no constituye un error aritmético.

"Si se quiere criticar la decisión de determinar el interés moratoria en el 12%, podría aducir que encierra un error conceptual, en gracia de hipótesis, o un error de criterio, quizás, pero jamás cabría dentro del género de los errores aritméticos. Aceptarlo así, conduciría a que cualquier divergencia que una de las partes en un proceso judicial, tuviese con el quantum de la condena, a favor o en contra, fuese enfocada, por referir a cantidades que expresa, obviamente, en números, como un error matemático y no, como lo que es, (por ejemplo en el presente caso): como un problema conceptual o de derecho.

"El problema jurídico, que no matemático, que encierra el cargo planteado por mi ilustre contra parte, puede anunciarse así:

"Además de la corrección monetaria, puede condenarse al pago del doble del interés bancario corriente ?

"Al respecto, existen varias tesis.

"Unos sostienen que sí, y basan su afirmación en una lectura que podríamos llamar, en "bruto" de las normas legales sobre contratación administrativa y de las normas comerciales, de los principios generales que rigen la contratación administrativa, de las tipulaciones contractual e incluso de la doctrina y jurisprudencia. chilena, argentina y uruguaya. Un ejemplo, de esta tesis lo dio en el mismo laudo que es objeto de críticas, el señor árbitro Alberto Preciado Peña, con su salvamento de voto, que constituye, quizás, el mejor argumento de mi defensa en este caso, toda vez que si la materia que el señor apoderado consorcio tacha como un error aritmético no sólo fue objeto de consideraciones fundamentales por parte del Tribunal de Arbitramento, sino que fue incluso tema para un salvamento de voto, mucho menos puede invocar la causal del error aritmético. ESTE ES A TODAS LUCES UNA ASUNTO DE CARACTER DE INDUDABLE CONCEPTUAL.

"Otros sostienen, por el contrario que son excluyentes en su aplicación y que si actualiza la condena, no caben los intereses moratorias, ya que, la actualización monetaria compensa todos los perjuicios, máxime cuando contractualmente no han pactado intereses.

"El Tribunal de Arbitramento, no fue, como aprecia en forma evidente en el texto de la providencia, víctima voluntaria o involuntario de un error aritmético, sino que, de manera consciente y fundamentada acogió una tesis distinta a aquella que convenía más a los interesados de la parte que ahora recurre, razón por la cual pretexto ahora la causal del error aritmético contra el Laudo. De hecho no existió error, además por las razones que más adelante pasaré a explicar. Por lo pronto, las ya expuestas bastan para descartar, por improcedente, el cargo propuesto.

"De conformidad con lo anunciado permítame pasar a explicar las razones de fondo por las cuales considero, que el Laudo no incurrió en un error aritmético, con base en lo cual reitero mi solicitud de rechazo al recurso interpuesto.

"La pretendida aplicación del artículo 884 del Código de Comercio, al ámbito de la contratación

administrativa, riñe con la ya reconocida de vieja data, autonomía del derecho administrativo y, en particular, de la contratación administrativo. El contrato administrativo constituyen no una temática nueva o por inventarse. Por el contrario, es uno de los temas en los cuales contamos con una muy elaborada doctrina y jurisprudencia que han esculpido principios que sin lugar a dudas pueden erigirse al carácter de generales, sin cuya observancia, pervirtiere, en el más prístino de los sentidos, toda la teoría del contrato administrativo.

"El equilibrio financiero o la intangibilidad de la remuneración de los contratistas son dos de estos principios, cuya finalidad no es otra que la de proteger económicamente al contratista durante la ejecución de un contrato. Y tales principios preceptúan formas autónomas, ya inventadas y propias del derecho administrativo para compensar al contratista contra los hechos de carácter económico que lo perjudiquen, como es el caso de la mora en los pagos, en efecto existen las fórmulas de ajuste de precios o "indexaciones" (indizaciones); permite que pacten intereses razonablemente compensatorios en los contratos, en fin, existen toda una suerte de mecanismos contractuales y jurisprudenciales que preservan, sin pervertir, el contrato administrativo en su equilibrio.

"La jurisprudencia en Colombia ha llegado, incluso, a admitir una aplicación, complementaria, pero razonable, de la legislación comercial, toda vez que uno de los extremos de la relación contractual administrativa detenta el carácter de comerciante.

"En efecto, la misma jurisprudencia, del Consejo de Estado, ha admitido el principio de que pueden concurrir, en ciertos casos, la actualización monetaria y los intereses por mora, aún sin que contractualmente hubieren pactado intereses, lo que de plano descarta la tesis del error aritmético que plantea el señor apoderado del consorcio. En estos casos, condenando al pago de interés a la tabla del interés legal; o aún como lo determinó el Laudo, al doble de ésta, y procediendo a la actualización o corrección monetaria.

"En tal virtud, y sobre esos supuestos jurisprudenciales podemos abordar el caso particular, en el que es menester hacerlas siguientes precisiones acerca del porcentaje del interés moratoria y de la corrección o actualización monetaria. Veamos primero la naturaleza de esta última.

"La Actualización o Corrección Monetaria tiene por virtud, en desarrollo del principio de la intangibilidad de la remuneración del contratista, mantener los precios y consecuentemente los pagos que hagan a éste, debidamente actualizados. Es decir, que preserva el poder adquisitivo de la moneda, como un mecanismo perfectamente compensatorio de la devaluación monetaria. En un país como el nuestro las tasas de devaluación han oscilado entre el 25% y el 30% anuales.

"Con relación al interés moratoria, aplicado en concurrencia con la corrección o actualización monetaria, la jurisprudencia viene aceptando en suma, por regla general, que la indemnización por incumplimiento de obligaciones de dar sumas de dinero se encuentra limitada a la cuantía de los intereses convencionales o contractuales y a falta de ellos, a la cuantía del interés legal. (así lo ha establecido también el C.E. francés, ver citas al respecto en Philippe TERNEYRE, la Responsabilité Contractuelle des Persones Publiques en Droit Administratif. Peris (sic) Económica pág. 318 y s.s).

"Y es ese el fundamento, aún sin necesidad de acudir a forzadas extrapolaciones del Código de Comercio en materia administrativa, que serviría de base al juez administrativo para condenar al pago de la indemnización por la mora: es decir, de los intereses que compensen el daño que le causa al acreedor con la entrega extemporáneo de su dinero.

"Empero, aún no existe unanimidad en el tema. En conocidas sentencias la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, incluso han sostenido que no cabe la "indexación" o corrección monetaria cuando trata de deudas en dinero y paguen por el deudor interés moratorias (legales o convencionales). Puede tachar de erróneas tales sentencias? A manera de ejemplo se pueden citar los fallos de la Sala de Casación Laboral de la primera, de fecha 11 de abril de 1987 ordinario de Guillermo Vélez Urreta vs. Jesús Alfonso Botero y Fábrica de Café Encanto Ltda., y de la Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, del segundo, de agosto 6 de 1987 expediente No. 3886.

"Sin embargo, como lo sostuve a lo largo del proceso arbitral, no pretendo hacer teorizaciones redundantes, y me limitaré a contradecir las pretensiones exageradas infundadas del señor apoderado del consorcio, para lo cual solamente emplearé, como hasta ahora lo he hecho, los desarrollos más actuales de la doctrina y, principalmente, de la jurisprudencia.

"Téngase en cuenta las siguientes premisas que la jurisprudencia ha destacado y expuesto:

"a) La corrección o reajuste monetario la concibe en el campo de la responsabilidad contractual (que es la que nos ocupa) como lo hace la Corte Suprema de Justicia, y posteriormente el Consejo de Estado, como consecuencia de la obligación que tiene todo deudor de pagar lo que efectivamente debe y de pagarlo íntegramente y no con el menosprecio que introduce la devaluación del peso colombiano.

"b) Los intereses, en realidad, constituyen un precio que paga por el uso del dinero, bien en el caso de un contrato de mutuo, o bien por haber privado al dueño de usar el capital cuando hay incumplimiento de una deuda dineraria que no canceló cuando debía haberse hecho; en este último evento, también tienen el carácter indemnizatorio.

"c) No es exacto que en la legislación positiva colombiana los intereses moratorias superen la tasa del sesenta por ciento; lo que acontece es que la cifra del interés corriente es alta, toda vez que en su seno involucro la corrección monetaria. (y esta última es cercana, en promedio, al 26% cada año).

"Por todos sabido, que cuando un banco presta un dinero, cobra por su uso un interés, pero allí incluye de paso, en forma automática, la corrección monetaria, a fin de evitarse, operaciones posteriores complejas innecesarias. Esa la razón por la cual en Colombia el interés corriente bancario oscila regularmente acerca de la tasa del treinta y cuatro por ciento (34%) anual: este porcentaje comprende la devaluación anual que es próxima a la cifra del veintiséis por ciento (26%) regularmente. De modo que el interés neto que cobra, puede ser del orden del ocho (8%) hasta el catorce por ciento (14%) anual. No muy diferente al que cobra en otros países. Actualmente observa que las tasas anuales son inferiores al treinta y cinco por ciento (35%), lo que indica que con una devaluación del veinticuatro por ciento (24%) anual, el interés neto es tan sólo del once por ciento (11 %), como máximo.

"Es así que, cuando habla del interés moratoria como el doble bancario corriente puede incurrir no sólo en una doble actualización monetaria sino en un evidente anatocismo, rayano con la usura, por decir lo menos. No hay que llamar a equívocos, mucho menos cuando las cifras pagadas, aunque tardíamente (mora), fueron pagadas ya con aplicación de la fórmula de ajuste. Razones estas que demuestran en el fondo lo infundado de las pretensiones del recurso.

"De hecho, lo pretendido por la parte recurrente haría elevarlos interés a tasas monstruosas cercanas a casi el ochenta (80%) por ciento o más quizás.

"El llamado anatocismo como todos sabemos, se halla prohibido en el Código Civil artículo [2235](#).

"De ahí que apenas sea procedente, cuando trata de sumas que han favorecido de la corrección monetaria por aplicación de la cláusula de ajuste de precios, la condena por mora al pago del interés legal o, incluso, del doble del interés legal, como lo determinó el Laudo; cualquier otra solución no sólo sería contraria a derechos sino a las más elementales normas de las matemáticas y de la equidad financiera.

"Por las razones expuestas, con todo respeto solícito a los señores consejeros no acceder a las pretensiones del consorcio en cuanto hace relación al cargo controvertido.

"En cuanto al segundo cargo: No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.

"En relación con este cargo, baste decir que el Laudo habla por sí sólo en forma por demás clara al respecto.

""Abstíñese de conocer y decidir sobre las pretensiones de las partes encaminadas a obtener un pronunciamiento sobre incumplimiento o incumplimiento por parte del consorcio integrado por las sociedades IMPRESIT GIROLA LODIGIANI - IMPREGILO S.P.A. - ESTRUCO S.A., de los plazos parciales y final pactados en el Contrato 502, por carecer de competencia para ello, según lo expuesto en la parte motiva del Laudo".

"La decisión de abstener de conocer de estos aspectos habla sido adoptada por el Tribunal en la audiencia del 7 de diciembre de 1991 (Acta No. 2 del Tribunal) y contra ésta, ni el consorcio ni el E.A.A.B., interpusieron recurso alguno, y por lo tanto quedó en firme.

"Esta decisión la adoptó el Tribunal en razón a que ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por demanda del mismo Consorcio Impregilo - Estruco, cursa un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho contra las resoluciones que impusieron las mentadas multas al consorcio. En este proceso se sentenciará sobre la legalidad de las multas, las cuales tuvieron como fundamento el incumplimiento de los plazos contractuales por parte de dicho consorcio. De suerte tal que, en acatamiento de la legislación colombiana, y respeto por la autonomía de las decisiones de Injusticia ordinaria, (sic), el Tribunal de Arbitramento se abstuvo de pronunciar al respecto, porque pronunciar sobre la legalidad de las multas, era controvertir claras disposiciones legales, lo mismo que el hacer lo sobre los hechos en los que fundamenta la legalidad de las mismas multas, lo que hubiera prefijado el criterio del Tribunal de Cundinamarca. Eso tan claro fue para ambas partes, que ninguna de ellas objetó la decisión que sobre la competencia que profirió el Tribunal de Arbitramento.

"Por lo demás, valga hacer hincapié en que para fortuna del Consorcio recurrente, el Tribunal de Arbitramento no pronunció sobre el tema de los plazos y su incumplimiento por parte del Consorcio, porque de haberlo hecho, habría sido en su contra, es decir, el Laudo hubiera declarado el incumplimiento de los plazos contractuales por parte del Consorcio. De hecho, no debe perder de vista, que el Laudo declaró el INCUMPLIMIENTO DEL CONSORCIO DE LOS INDICES DE RENDIMIENTO POR EL OFRECIDOS, factor éste que induce necesariamente al incumplimiento de los plazos contractuales.

"Con fundamento en las anteriores razones, solicito igualmente, como en el cargo anterior, al Honorable Consejo de Estado, que deseche el cargo controvertido en este acápite, y confirme la

providencia en los aspectos en los cuales fue recurrida".

CONSIDERACIONES DE LA SALA.

Ante todo la sala considera ser la competente para conocer y decidir el recurso de anulación propuesto, pues tal atribución la determinan los artículos [128](#) numeral 12 del Decreto Ley 01 / 84, artículo 20 del Decreto 2279 / 89, Ley 23 / 91 y Decreto 2651 / 91.

Para desatar el recurso de anulación la Sala inicialmente hará algunas precisiones de carácter general acerca de la naturaleza jurídica del recurso extraordinario de anulación de Laudos Arbitrales (Capítulo I), reiterando lo que en casos similares ha expuesto sobre el tema; a continuación resumirá los antecedentes de orden fáctico que originaron la controversia suscitada entre las partes (Capítulo II); enseguida analizará en detalle, cada uno de los cargos formulados por el recurrente, la réplica de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá y las resoluciones tomadas por el Tribunal de Arbitramento (Capítulo III): para, finalmente, deducir de allí las conclusiones que impongan conforme a derecho y proferir el fallo definitivo (Capítulo IV).

CAPITULO I- NATURALEZA JURIDICA DEL RECURSO DE ANULACION DE LAUDOS ARBITRALES.

La Sala reitera sus apreciaciones sobre el tema, plasmadas en sentencia del 15 de mayo de 1992; expediente 5326; anulación de Laudo Arbitral de Carbones de Colombia S.A. CARBOCOL Vrs. Consorcio Domi Prodeco - Auxini; y, sentencia de junio 4 de 1993: expediente No. 7215; anulación de Laudo Arbitral del Instituto de Desarrollo Urbano IDU Vs. Consorcio Jorge A. Torres y Alvaro Rivera, ambos con ponencia de quien hoy proyecta esta, en los siguientes términos:

"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 iudicando, lo cual implica que no puede impugnar 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.

"b) A través de los cargos que formulen contra el Laudo. dentro de los precisos, y estrictos límites que imponían las taxativas causas del recurso, previstas por el derogado artículo [672](#) del C. de P.C., y hoy por el art. 38 del Decreto 2279 de 1989, ha de pretender la infirmación del Laudo (iudicium rescindens), sin que la decisión que adopte el juez del recurso pueda reemplazar o sustituir la que pronunció el Tribunal de Arbitramento (iudicium rescisorium). como acontece, por ejemplo, con el recurso de apelación. exceptúa de lo anterior, como lo anota MORALES.MOLINA, la causal 9a. del derogado art. [672](#) del C. de P.C., hoy causas de los numerales 7 a 9 del art. 38 del Decreto 2279 de 1989, en cuyo caso incumbe al juez de la anulación salvar las contradicciones o colmar la laguna dejada por el Tribunal de Arbitramento (cfr. "Hernando Morales: "Estudios de derecho" Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1982, p. 237). De ahí que el penúltimo inciso del art. [672](#) citado hubiera previsto que en caso de hallar próspera una de las causas la. a 6a., se debería decretar "la nulidad de lo actuado"; en tanto que si encontrara fundada una de las causas 7a. a 9a. ambas inclusive, e corregirá o adicionará" el laudo arbitral. Eso mismo prescribe el art. 40, inciso segundo del Decreto 2279 de 1989, que hoy rige la materia, al establecer que "cuando prospere cualquiera de las causas señaladas en los numerales 1, 2, 3, 4, 5, y 6 del artículo 38 de este Decreto, declarará la nulidad del laudo. En los

demás casos corregirá o adicionará".

"c) Los poderes del juez del recurso de anulación están limitados por el llamado "principio dispositivo", conforme al cual el recurrente quien delimita, con la formulación y sustentación del recurso, el objeto que con él persigue y ello, obviamente, dentro de las precisas causales que la ley consagra. No debe olvidar, a este propósito, que el recurso de anulación de que trata, procede contra laudos arbitrales debidamente ejecutoriados (C.P.C., 672, inc. 1o., reemplazado por el art. 37 del Decreto 2279 de 1989), lo cual envuelve una excepción legal al principio de la intangibilidad de las decisiones firmes pasadas con fuerza ejecutoria. Tal excepcionalidad es pues, a la vez, fundamento y límite de los poderes del juez de la anulación para enmarcar rígidamente al susodicho recurso extraordinario dentro del concepto de lo eminentemente "rogados".

"Por las anteriores características, el laudo arbitral, una vez cobra ejecutoria adquiere fuerza ejecutiva y la interposición del recurso de anulación, por ser de naturaleza extraordinaria, no impide la efectividad o ejecución de lo decretado por la decisión arbitral, no solamente en cuanto a sus aspectos principales sino de igual manera con respecto a sus accesorios o intereses correspondientes.

CAPITULO II- SINTESIS DE ANTECEDENTES FACTICOS ORIGINARIOS DE LA CONTROVERSIA.

1. - Dentro del presente capítulo, la Sala resaltará, sintéticamente las circunstancias antecedentes al laudo arbitral que constituyen elementos importantes para desatar este recurso de anulación, prescindiendo naturalmente de todo aquello que bien pudo haber sido trascendental para el dictado del laudo, pero que hoy no lo es para la resolución a tomar en el campo delimitado estricto del recurso extraordinario que aquí se decide.

Así, en la primera audiencia de trámite, cumplida por el tribunal de arbitramento el 7 de diciembre de 1990 (Acta No. 2;), ambas partes presentaron de manera definitiva las cuestiones, de uno y otro lado, sometidas a la decisión del tribunal arbitral, consignadas en sendos escritos contentivos de sus pretensiones que incorporaron a la referida acta. En esa audiencia el tribunal arbitral después del análisis de todas y cada una de las diversas pretensiones o cuestiones litigiosas sometidas a su consideración y decisión. luego de invocar el alcance y contenido de la cláusula compromisoria o trigésima octava del contrato, el tribunal asumió su propia competencia y dijo que lo era para conocer y dirimir todas las peticiones formuladas por las partes que apuntan hacia el juzgamiento de su comportamiento recíproco a propósito del cumplimiento de sus obligaciones económicas que ellas pudieren producir en la ecuación económica de contrato También dejó claro el tribunal que si bien no habla por parte del Tribunal de Arbitramento juzgamiento de legalidad de los actos administrativos por medio de los cuales la empresa impuso multas a contratista, la presunción de legalidad que tales actos tienen, no puede oponer a la competencia natural de juez, y en ese caso lo es el tribunal, para cercenar su facultad de analizar y juzgar la conducta de las partes en desarrollo del contrato y dirimir las cuestiones sometidas válidamente a su conocimiento".

2. - Las controversias sometidas a la decisión del tribunal, parámetro delimitador de su competencia, la refiere el propio juzgador arbitral en los siguientes términos:

"Como culminación de la licitación pública internacional número AB - IV - 01 - A, abierta por la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA, fue adjudicado el

contrato para la construcción del túnel de los Rosales y obras anexas. número 502 - A - BIV - 01 - A, al consorcio integrado por las sociedades IMPRESIT GIROLA LODIGIANI - IMPREGILO S.P.A. - ESTRUCO S.A.

"Durante el desarrollo y ejecución del mencionado contrato, las partes tuvieron diferencias de las cuales surgió la controversia planteada al Tribunal de Arbitramento dentro de la audiencia celebrada el día 7 de diciembre de 1990, ACTA número 2, cuyos términos y pretensiones fueron expuestos por las partes verbalmente pero precisados en sendos memoriales entregados en la Secretaría del Tribunal, así:

"2. 1. - CONTROVERSIA PLANTEADA POR EL CONSORCIO IMPREGILO S.P.A. - ESTRUCO. -

"Expresó el apoderado del Consorcio en su escrito de diciembre 7 de 1990.:

"A). - Las diferencia entre las partes contratantes surgen de los hechos que expongo en los capítulos que presento a continuación, incluidos en el anexo Volumen I., en dos tomos, ya que la EAAB ha denegado compensaciones satisfactorias en plazo y en precio a favor del contratista, como éste lo viene demandando, Además la EAAB ha incumplido el contrato por continuada mora en los pagos.

"TOMO I:

"Capítulo I: comportamiento imprevisto del terreno y sus consecuencias programática y económica sobre la excavación y los revestimientos en concreto.

"Capítulo II: Desequilibrio económico del contrato originado en la insuficiente remuneración en liras italianas.

"Capítulo III: Consecuencias financieras de los mayores costos ocasionados por los hechos analizados en los Capítulo I y II.

"TOMO 2:

"Capítulo IV. Infiltraciones imprevistas encontradas durante la excavación del túnel y sus consecuencias programáticas, económicas y financieras sobre la obra.

"Capítulo V: Otros mayores costos soportados por el consorcio y otros derechos de extensión de plazo, referente a:

" - Aumento de cantidades de obra y cambio de especificaciones para las inyecciones de consolidación.

" - Incremento de los aportes al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICB - (ley 89 de 1988).

"Modificación del diseño de las compuertas (estancas) en las ventanas del Chicó y La Vieja.

" - Mayores cantidades de excavaciones para la tubería de Usaquén.

"Aplicación de la ley. 33 de 1985 sobre la facturación en dólares.

" - Gastos financieros originados por los mayores costos anteriores.

"Capítulo VI: Mayores costos financieros por alteración en el flujo de fondos previstos.

"B). - El Consorcio solicita al H. Tribunal Arbitral que, en el laudo definitivo con el cual concluye el presente proceso, decrete a su favor las siguientes pretensiones:

"PRIMERA PRETENSION: "Condénese a la EAAB a reconocer y a pagar a favor del consorcio las sumas de \$813'842.081 (Ochocientos trece millones ochocientos cuarenta y dos mil ochenta y un pesos con 00 / 100 M / L) más la suma de US\$4'166.836 (Cuatro millones ciento sesenta y seis mil ochocientos treinta y seis dólares de los Estados Unidos de América) en las que estima el consorcio la cuantía correspondiente a los rubros precisado en el capítulo I precedente.

"Sobre las cantidades de dinero así resultantes, calcule y ordené pagar, a partir del primero de noviembre de 1990, los costos financieros, los intereses corrientes y / o moratorias, la corrección monetaria (indexación) y los demás perjuicios comprobados y liquidados en el proceso.

"SEGUNDA PRETENSION: Condénase así mismo a la EAAB a reconocer y pagar a favor del Consorcio la suma de US\$653.543.00 (Seiscientos cincuenta y tres mil quinientos cuarenta y tres dólares de los Estados Unidos de América) en la que estima el Consorcio la cuantía de los rubros precisados en el capítulo II arriba indicado.

"Sobre las cantidades de dinero así resultantes, calculé y ordené pagar, a partir del primero de noviembre de 1990, los costos financieros, los intereses corrientes y / o moratorias, y los demás perjuicios comprobados y liquidados en el proceso.

"CUARTA PRETENSION: Condénese así mismo a la EAAB a reconocer y a pagar a favor del Consorcio la suma de \$560'966.632.00 (quinientos sesenta millones novecientos sesenta y seis mil seiscientos treinta y dos pesos MIL) más la suma de US \$ 42'391.016 (cuarenta y dos millones trescientos noventa y un mil diez y seis dólares de los Estados Unidos de América) en las que estima el consorcio la cuantía correspondiente a los rubros precisados en el capítulo IV arriba indicados.

"Sobre las cantidades de dinero así resultantes, calcúlese y ordénese pagar, a partir del primero de noviembre de 1990, los costos financieros, los intereses corrientes y / o moratorias, la corrección monetaria (indexación) y los demás perjuicios comprobados y liquidados en el proceso.

"QUINTA PRETENSION: Condénese así mismo a la EAAB a reconocer y a pagar a favor del consorcio la suma de \$98'389.007 (Noventa y ocho millones trescientos ochenta y nueve mil siete pesos M / IL) más la suma de US\$273.538.00 (Doscientos setenta y tres mil quinientos treinta y ocho dólares de los Estados Unidos de América) en las que estima el consorcio la cuantía correspondiente a los rubros precisados en el capítulo V arriba indicado.

"Sobre las cantidades de dinero así resultantes, calcúlese y ordénese pagar, a partir del primero de noviembre de 1990, los costos financieros, los interés corrientes y / o moratorias, la corrección monetaria (indexación) y los demás perjuicios comprobados y liquidados en el proceso.

"SEXTA PRETENSION: Condénese a la EAAB a reconocer y pagar a favor del Consorcio la suma de \$943.578.300 (Novecientos cuarenta y tres millones quinientos setenta y ocho mil trescientos pesos M / L) más US \$ 680.900 (seiscientos ochenta mil novecientos dólares de los Estados Unidos de América) en las que estima el Consorcio la cuantía correspondiente a los

rubros precisados en el Capítulo VI arriba indicados.

"Sobre las cantidades de dinero así resultantes, calcúlese y ordénese pagar, a partir del primero de noviembre de 1990, los costos financieros, los intereses corrientes y / o moratorias, la corrección monetaria (indexación) y los demás perjuicios comprobados y liquidados en el proceso.

"SEPTIMA PRETENSION: Declárase que el Consorcio cumplió con los plazos contractuales, y, a que a su favor causaron derechos de extensión de los plazos de ejecución de las obras por 348.5 días calendario que deberán también declararse por el Tribunal, según el siguiente detalle:

a) Plazo III. - Excavaciones del túnel entre el Parque Nacional y la Quebrada el Chicó (véase Volumen I tomo I., Capítulo, anexo 2.1.): 160.6 días calendario, por condiciones geológicas imprevistas.

"b) Plazo IV. - Terminación de la excavación del túnel (véase Volumen I. tomo 1 Capítulo I., anexo 2): 29.5 días calendario adicionales por concepto de infiltraciones imprevistas, más 94.6 días calendario, por concepto de condiciones geológicas imprevistas.)

"c) Plazo V - Revestimiento del túnel e inyecciones de consolidación. (Véase Volumen I. tomo 2 Capítulo Y, Anexo 2 - a): 23.6 días calendario, adicionales a los anteriores, por concepto de mayor cantidad de inyecciones.

"d) Plazo VI. - Terminación de las obras: 348.3 días calendario, que corresponden a la suma de las extensiones de plazo anteriormente señaladas.

"OCTAVA PRETENSION: Declárese así mismo que no ha habido ni hay causa para aplicar sanciones de índole alguna contra el Consorcio y que por consiguiente deja sin efecto la multa impuesta al Consorcio por la EAAB y en el evento de que hubiere sido aplicada, devuelva su valor al consorcio, junto con los intereses pertinentes.

"Dispóngase así mismo aceptar la solicitud de suspensión de los procesos que entre las mismas partes siguen ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección tercera, expediente 6355, relativo en el artículo 24 del decreto 2279 / 89 y en armonía con las "divergencias planteadas por la EAAB" en documento de fecha 21 de septiembre de 1990 presentado a los Señores Arbitros.

"NOVENA PRETENSION. - Declárese así mismo que la EAAB incumplió el contrato 502 - AB - IV - OI - A, por grave y persistente mora en los pagos debidos al Consorcio, que a éste le causaron daños y perjuicios que deberán serle resarcidos según lo solicitado.

"DECIMA PRETENSION: condénese así mismo a la EAAB a pagar al Consorcio las cuentas de cobro pendientes de pago por concepto de obras ejecutadas y sus reajustes por valor de \$384.374.454.18 y US\$355.167.91, junto con los intereses moratorias pendientes de conformidad con lo preceptuado por el Código de Comercio artículos 883 y 884 y concordantes y sin efectuar, sobre las cuentas formuladas US\$ de los EE.UU. retención alguna por concepto de aplicación de la ley 33 de 1985.

"Sobre las cantidades de dinero así resultantes, calcúlese y ordénese pagar, a partir del primero de noviembre de 1990, los costos financieros, los intereses corrientes y / o moratorias, la corrección monetaria (indexación) y los demás perjuicios comprobados y liquidados en el

proceso".

"2.2 CONTROVERSIAS PLANTEADAS POR LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA. -

"Plantea la EAAB una única pretensión en los siguientes términos:

"Punto único. - Incumplimiento por parte del contratista de los tiempos y plazos parciales y total (final) y de los índices de eficiencia por él ofrecidos y pactado en el contrato No. 502, sus consecuencias financieras y económicas para la EAAB; y aplicabilidad de las multas impuestas".

3. - A página 112 del laudo arbitral, bajo el No. 12 "PRETENSION OPTIMA Y OCTAVA DEL CONSORCIO Y UNICA PROPUESTA POR LA EMPRESA RELACIONADA CIN EL CUMPLIMIENTOS DE LOS PLAZOS III, IV, V y VI DEL CONTRATO" el Tribunal discurrió así:

"Para resolver estas solicitudes de las partes, el Tribunal considera:

"El punto jurídico del incumplimiento de los plazos, especialmente el plazo III, está directamente vinculado con el tema que menciona explícitamente, de la "aplicabilidad de las multas" antes citado.

"La multa impuesta por la Empresa al Consorcio, cuyo origen y consecuencias fueron sometidas por las partes a la decisión del Tribunal de Arbitramento originó que, en la audiencia de 7 de diciembre de 1990, en la cual el Tribunal definió su competencia para decidir la! diferencias sometidas por las partes, expresara el Tribunal conceptos restrictivos sobre sus atribuciones legales para conocer y juzgar respecto de la multa impuesta. Al efecto, ya se transcribió anteriormente en el presente laudo, la forma como este Tribunal de Arbitramento aceptó conocer sobre ciertos aspectos relacionados con la imposición de la multa, aclarando que, en ningún caso, podía conocer del acto administrativo que impuso la multa en cuestión, pues su juzgamiento está atribuido a la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

"Ahora bien, en el momento de proferir el presente Laudo, es la oportunidad Tribunal precise, en concreto, lo que denominó anteriormente "la conducta de las partes en desarrollo del contrato y dirimir las cuestiones sometidas válidamente a su conocimiento.

"En su alegato de conclusión el apoderado de la empresa, destacando la relación directa que existe entre el concepto jurídico relativo al incumplimiento del contrato y el tema de la imposición de la multa, dice en la página 153:

"Pero el punto central lo constituye el plazo III, ya que con ocasión de su incumplimiento la empresa vio obligada a decretar las multas, que son motivo de controversia".

"Y más adelante agrega el mismo apoderado:

""Cláusula Décima, literal a)..Plazo III = 525 días calendario: Dentro de este plazo el contratista deberá terminar la excavación del tramo del túnel comprendido entre el Parque Nal y la Ventana Quebrada el Chicó".

""Pero a pesar de que estas nuevas condiciones eran más favorables al contratista, el nuevo plazo tampoco fue cumplido. De tal hecho da cuenta Vincenzo Menapace al reconocer que el Plazo III vencía el 28 de julio, sin embargo la excavación terminó el 28 de septiembre, al mismo suceso

refiere también Tazio Pola".

"No está de más recordar que el otros número instrumento bilateral de acuerdo con voluntades, lo mismo que 1 lo fue la cláusula del contrato donde introdujo la resolución aclaratorio a través de la cual había adoptado plazo III a lo contenido en la propuesta alternativa del Consorcio. Absurdo sería tachar tales instrumentos como unilaterales.

"" La importancia de la cuestión es fundamental ya que a pesar de la aplicación (sic) del subplazo III, a 525 días, el consorcio constructor incumplió con lo que él obligaba, causa ésta que dio lugar a la imposición de la multa objeto de litigio, ante la jurisdicción contencioso administrativa" (páginas 156 y 157).

"A su vez, el apoderado del Consorcio comenta sobre el tema en su alegato de conclusión:

""Por otra parte, habiéndose probado en el proceso que las causas de los mayores tiempos empleados por el contratista en alguno de los subplazos y en el plazo total final, no le son imputables, y, antes bien, que tuvieron su causa en circunstancias imprevistas, debidas a las indicaciones erróneas y / o deficientes de los mismos pliegos de licitación y a incumplimientos de la EAAB en suministros a los que estaba obligada, todo lo cual, de acuerdo con las previsiones del Contrato, amerita e impone las extensiones de plazo solicitadas por el Contratista e injustamente desconocidas por la EAAB, motiva ampliamente la declaratoria invoca del H. Tribunal en el sentido de que el contratista, al superar las dificultades circunstancias que afrontó, cumplió con todos los plazos contractuales, tal como también coinciden en reconocerlo en su dictamen los peritos". (página 127).

"Destaca también el apoderado del consorcio que la obra entregó completa, y a satisfacción de la Empresa, dentro del plazo de ampliación que convino, que vencía el 28 de enero de 1990, fecha en que firmó el acta de entrega y recibo de las obras objeto del contrato 502 - AB - IV - 1 - A.

"Así mismo el apoderado del Consorcio hace mención del hecho de que la Empresa devolvió cancelada la póliza que garantizaba el cumplimiento del contrato; y que esto junto con la declaración hecha en el Acta de Entrega Final y recibo de la obra sobre. que "la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá recibe a satisfacción las obras mencionadas y certifica que estas son aptas para el uso al que están destinadas be estos hechos deduce el apoderado del Consorcio que no hay incumplimiento por parte del mismo.

"De los planteamientos de las partes, como se dejo transcrito, es necesario concluir que están íntimamente ligados el tema del cumplimiento de los plazos y el de la aplicabilidad de las multas; no son separables, puesto que si el Tribunal declara que existió incumplimiento de parte del Consorcio en alguno de los plazos y, especialmente, respecto del plazo, con ello estaría afirmando - aunque no lo declare expresamente, que la multa fue jurídicamente impuesta, o sea que es legal, pues entre el alegado incumplimiento del plazo III y la justificación de la multa hay una estrecha relación de "causa - efecto". Y si, por el contrario, aceptara el tribunal las razones del Consorcio, sobre que el cumplimiento final del contrato sana y deja sin efectos, prácticos y jurídicos, un posible incumplimiento de uno de los plazos parciales o sea el III, estaría contribuyendo a brindar argumentos de autoridad en pro de la anulación de los actos administrativos que impusieron la multa, porque estaría destacando que, su razón de ser o sea el eventual incumplimiento de un subplazo, queda sin efectos legales por el cumplimiento del plazo final del contrato.

"En las circunstancias anotadas, el tribunal remite a la salvedad que hizo en el acta número 2 de

fecha 7 de diciembre de 1990, ya que no sería jurídico que pronunciara sobre el tema, pues por uno o por otro camino que opte, o sea aceptando una u otra de las tesis expuestas por las partes, estaría inevitablemente juzgando sobre el acto administrativo con ella relacionado, para lo cual carece de competencia.

"Los argumentos anteriores, que han expuesto para evidenciar que el Tribunal debe abstener de resolver en concreto sobre la Séptima pretensión porque carece de competencia, también tienen efecto, y con más razón, para dejar de decidir, por falta de competencia, tanto sobre la Pretensión Octava del Consorcio. (en la cual explícitamente solicita declare que no hay causa para aplicar sanciones, que deje sin efecto la multa impuesta y que ordene devolver su valor al Consorcio), como sobre la pretensión única de la Empresa, en cuanto refiere a la legalidad de las multas y a la declaratoria de incumplimiento del Consorcio por este concepto.

"De la misma manera, resulta a todas luces improcedente para su resolución por parte del Tribunal, la petición contenida en el segundo aparte de la pretensión octava del consorcio, que se encamina a que el Tribunal de arbitramento acepte suspender los procesos que siguen ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y Consejo de Estado, relativos a la imposición de multas. Para todo esto el tribunal de arbitramento carece en absoluto de competencia, pues no se trata de materias que puedan ser sujetas a transacción entre las partes, por lo cual tampoco pueden ser materias de arbitramento."

4. - Aspecto íntimamente vinculado con el que acaba de transcribir, vale decir el de los plazos III, IV, V y VI, es el relacionado con la declaración de incumplimiento de los rendimientos ofrecidos por el Consorcio pedida por la EAAB, y sus consecuencias Financieras y económicas" de lo cual ocupó el laudo a folios 115 a 118, en los siguientes términos:

"Esta pretensión, planteada dentro del punto único sometido por la empresa a la consideración del Tribunal, fue analizado por el apoderado de la misma desde el documento entregado al tribunal en la audiencia llevada a cabo el día 7 de diciembre de 1990, así:

""(...)La empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, firmó con el Consorcio Impregilo S.P.A. - Estruco el Contrato No. 502 - AB - IV - 1 - A para la construcción del Túnel de Rosales, de fecha agosto 29 de 1987 (sic). La construcción del túnel inició el día 14 de mayo de 1987, desde el portal de salida, localizado en el K 9 +088, utilizando el método convencional de excavación por voladura. A partir del 21 de septiembre de 1987 cuando el túnel iba en la abscisa k 8+830 inició la excavación con la máquina fresadora, método alternativo de excavación ofrecido por el Consorcio, la cual se terminó el día 31 de mayo de 1989, con un retardo de 151 días respecto al plazo ofrecido (sic) por Impregilo SPA Estruco, y pactado en el contrato 502 (...)" (página 2).

""(...)Acorde con los plazos y el tipo de máquina ofrecida el consorcio constructor propuso los siguientes avances:

""En (sic) ba al sistema de excavación propuesto, preveamos los siguientes avances:

"a) En terreno tipo I: 40 M / día.

"b) En terreno tipo II - III - IV: un promedio de 30 M / día.

""Lamentablemente para la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, ninguno de los anteriores índices efectivamente cumplió. La eficiencia del "topo" fue muy inferior a la ofrecida

y los anteriores plazos tampoco cumplieron(..) páginas 4 y 5).

"Así pues no queda duda acerca de los incumplimientos injustificados del Consorcio Contratista, a no ser por razón de haber empleado una máquina cuyo rendimiento y capacidad no fueron los ofrecidos sino muy inferiores (...)"

"En el alegato de conclusión, el apoderado de la empresa, dedicó un capítulo al análisis del comportamiento de la máquina fresadora, páginas 86 a 111.

"Por su parte, el apoderado del Consorcio en su alegato de conclusión, en síntesis, sostiene que la falta de coincidencia entre lo ofrecido y el resultado se debe a insuficiencia, que refiere a la información sobre las fallas, brechas de falla y desprendimientos que afectaron, dice, significativamente la operación de la fresadora, ocasionando retardos e interrupciones; igualmente refiere a la mayor fiabilidad que la deducible de la información de referencia, la cual, afirma, hace trabar la fresadora. Como ejemplos de los errores en la información de Referencia refirió al débil flujo de agua anunciado o su ausencia en lugares en los que el muy significativo flujo paralizó el funcionamiento de la TBM; por contraste lugares en los que anunciaba notable flujo y éste no se presentó. Igualmente, la información de la licitación preveía grandes dificultades en la zona de transición entre lutitas y areniscas, pero la TBM no tuvo allí dificultades.

"Los peritos Doctores Maldonado y Charry, fueron interrogados por ambas partes sobre el particular y sobre sus respuestas solicitaron aclaraciones. Del estudio conjunto de todas las respuestas, iniciales y aclaratorias, debe concluir que, evidentemente, el consorcio no cumplió con los índices de rendimiento ofrecidos en la propuesta, pues sobrestimó la capacidad de horadar de la TBM, ya que según los registros del mismo Consorcio, la penetración que ejecutó la TBM tuvo una longitud de 8.579.89 metros, dato confirmado por los resultados de los registros del Interventor y del Asesor. El número de horas en las que la TBM ocupó en la penetración fue de 2.571.6. según los datos del Consorcio ratificados por la interventoría y el asesor. Así, si para horadar 8.579.89 la TBM empleó 2.571.6 horas, cabe decir que la penetración horaria media fue de 3.3364 metros.

"El Consorcio supuso turnos de 10 horas, con 8 horas de operación de la TBM y un 38% de operación para horadar, tal como lo describen los peritos en el cuadro de tiempos, página 33 de su dictamen, es decir, $8 \times 0.38 = 3.040$ horas por turno en penetración. Si tomara en cuenta la penetración horaria media podría suponer un avance medio en un turno de $3.040 \times 3.3364 = 10.143$ metros.

"Según datos que el Consorcio dio al dr. Tarkoy, al construir el túnel se halló que en la horadación la TBM únicamente se ocupaba un 18.3 % del tiempo, tal como lo indican los Peritos en la página 35 del dictamen, es decir: $8 \times 0.183 = 1.464$ horas por turno. Así que el avance medio en turno era de $1.464 \times 3.3364 = 4.884$ metros.

"Sin embargo, debe tener en cuenta que, las dificultades y demoras de origen geotécnico (debidas a fallas, brechas de falla, friabilidad, desprendimientos, flujo de aguas y otras causas) reconocidos por el, Tribunal como hechos imprevistos o no anunciados en la información de referencia, afectaron en parte los rendimientos ofrecidos por el Consorcio en su propuesta, pero, también el Tribunal reconoció que hubo algunos hechos que debieron ser previstos por el Contratista y que también afectaron la excavación. Sin embargo, la proporción en que unos y otros afectaron dichos rendimientos no fue establecida por los Peritos.

"Por lo mismo, no puede establecerse el grado de responsabilidad que cabe atribuir al consorcio por el no cumplimiento de dichos índices, ni determinar con exactitud los efectos de tipo económico o financiero que de ella pudiera derivarse.

"A contrario sensu, tampoco puede establecer en qué magnitud los hechos reconocidos por el tribunal como no atribuibles a responsabilidad del Contratista ocurridos en la excavación del túnel y que redundaron en los índices de rendimiento de la TBM. tuvieron influencia en eventuales perjuicios ocasionados a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, para poder determinar cuál pudo ser la responsabilidad del Contratista en la ocurrencia de dichos eventuales perjuicios.

"Los peritos Torres y Cáceres, al responder algunas preguntas planteadas por la EAAB, aclararon cómo no estimaban que hubiera producido perjuicio alguno a la misma por la no venta de agua, pues su distribución para la ciudad requería de obras complementarias al túnel, particularmente las líneas Silencio - Casablanca y Silencio - Vitelma que empalmaban con aquél en el portal de salida, obras que demoraron en ser puestas en operación más allá de la fecha de entrega del túnel.

"Los demás costos indicados por los Peritos como posibles perjuicios, fueron establecidos globalmente en la cifra de \$105.794.297. Sin embargo, como indicó, no tiene el Tribunal elementos de juicio para establecer de ellos cuántos podrían corresponder a incumplimiento real en los índices de eficiencia de la máquina, ni qué proporción podría atribuirse a las circunstancias imprevistas ya analizadas. Por lo demás, tampoco está discriminado en el proceso, el porcentaje en que otros factores distintos (eventuales incumplimiento! en los plazos, tema sobre el cual el Tribunal abstuvo de pronunciar) incidió en el perjuicio reclamado por la EAAB.

"Todas las anteriores razones llevan al Tribunal a declarar que aunque existe comprobación del incumplimiento de los índices de eficiencia de la TBM ofrecidos por el Consorcio, no puede efectuar condena por los eventuales perjuicios económicos que ellos pudiera significar, pues no existe prueba conducente sobre su cuantía".

5. - Consta en el Acta No. 36 que el Tribunal, el 25 de septiembre de 1992, sesionó para, resolver solicitudes de corrección por error aritmético, aclaraciones y complementaciones o adiciones del laudo arbitral y a páginas 2 a 4 de dicha acta, sobre aspectos que deberán ser tenidos en cuenta por la Sala para desatar el recurso de anulación, se lee:

"A. - Para decidir la solicitud de adición, observa el Tribunal:

"Como es natural y lógico, los rendimientos ofrecidos por el consorcio respecto de la TBM (topo o fresadora), en el comienzo de la contratación, se refieren a las condiciones del terreno anunciadas en la información de referencia; y en ella no consideraron aquellas situaciones que, posteriormente, han sido declaradas por el Tribunal como "imprevistas", "desconocidas" o "no anunciadas" en tal información, las cuales vinieron a constituirse parcialmente en la causa de sobrecostos y retardos, base de las indemnizaciones ordenadas en el Laudo a favor del Consorcio.

"Todo ello influyó en el ritmo de velocidad de ejecución de los trabajos y, por ende, contribuyó en parte, junto con otros factores, a impedir que logran los índices de efectividad o penetración ofrecidos inicialmente por el consorcio respecto de la TBM. En el Laudo el Tribunal hizo mención expresa y detallada, apoyado en las conclusiones de los dictámenes periciales, de las situaciones "imprevistas" no "anunciadas" o "desconocidas" que encontraron durante la

excavación y que causaron mayores costos y demoras. No considera necesario repetir en esta oportunidad todos los factores que tuvieron en cuenta y fueron analizados para establecer las indemnizaciones en favor del Consorcio por razón de las condiciones geológicas e hidrogeológicas no anunciadas, las cuales, como fue analizado ampliamente en la providencia, influyeron para disminuir los rendimientos previstos en un comienzo para las labores de la fresadora.

"Como el memorialista toca el tema, el Tribunal resalta que efectivamente tuvo en cuenta el dictamen pericial de que habla, (página 125 del dictamen de los peritos Torres y Cáceres). El tribunal analizó este experticio, como jurídicamente debía hacerlo; en su contenido mismo en conjunto y en armonía con todas las pruebas que obran en el proceso; y al efecto resulta pertinente mencionar que los mismos expertos doctores Torres y Cáceres, en la página 124 de su dictamen, que cita el memorialista, afirman que, si por el aspecto que analiza, hubiera algún incumplimiento, "el que generara extracostos a la EAAB sería el incumplimiento del plazo de entrega final"; y anotan también: "No parece que dicho incumplimiento haya tenido consecuencias en la venta de agua". Agregan los peritos: Por consiguiente, los extracostos de un incumplimiento en el plazo de entrega final, generarían para la EAAB fundamentalmente en lo relativo a mayores costos de la Interventoría, de la Asesoría y de la propia EAAB en su labor de administración y control del proyecto".

Los peritos citados mencionan, página 125 de su experticio, que los "mayores costos en el plazo de entrega final", fueron:

"Costos de personal y vehículo de la empresa..... \$ 5.125.590

"Consorcio Gómez - Cajiao, Integral, por asesoría.. \$32.815.900

"Ingetec S.A \$67.852.807

"Total \$105.794.297

que es la suma que el memorialista destaca como "PRUEBA FEACIENTE" (sic) del monto de los perjuicios soportados por la empresa. Las cantidades que integran el total relacionado, las conocieron los peritos, como lo afirman en su dictamen, "según la información suministrada por las propias entidades involucradas", (Se subraya), es decir, no la obtuvieron por certificaciones oficiales, ni de datos contables, ni de averiguaciones confrontadas por los mismos peritos.

"Pero, de otra parte, como lo analizó el tribunal en el Laudo, página 117, no estableció en el proceso, que proporción de los costos anotados fue provocada por los hechos no previstos y cuál correspondió por hechos atribuibles al consorcio, por lo que no puede establecer con certeza el grado de responsabilidad que a éste cabe. Así, no se trata de que el tribunal haya omitido la decisión sobre una parte de la pretensión, sino que aunque el hecho fue probado en el proceso no resultó igualmente probado, con prueba idónea su quantum, su valor, pues si bien los peritos se refirieron a unas cifras y obran en el proceso unos contratos celebrados con el interventor y el asesor, no es posible establecer una proporcionalidad en su incidencia en los factores que generaron tales extracostos y demoras en la ejecución de la obra. En otras palabras, no probó adecuadamente ni el valor del perjuicio mismo, ni la proporción en que los hechos atribuibles a la responsabilidad del Consorcio incidieron en su causación. Por ello, el Tribunal declaró la existencia del hecho pero no encontró prueba del valor mismo del perjuicio para condenar al Consorcio por tales hechos y así lo declaró. El tribunal decidió sobre la pretensión en su totalidad.

"Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal denegará la solicitud de adición prima formulada por el apoderado de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado.

"En lo relativo a la segunda solicitud de adición del Laudo, el Tribunal considera:

Consecuencia obligada y obvia de la conclusión a que llegó respecto de la primera solicitud de adición, es que no puede acceder a adicionar el Laudo para efectuar descuento alguno de las condenas a favor del Consorcio, como lo solicita el peticionario, pues no hay posibilidad de establecer un quantum o valor del perjuicio atribuible a responsabilidad del consorcio, como ya dejó expuesto, pues no hay prueba idónea sobre el particular."

CAPITULO III- ANALISIS DE CADA UNO DE LOS CARGOS FORMULADOS CONTRA EL LAUDO ARBITRAL POR EL RECURSO DE ANULACION; SU REPLICA; DECISIONES Y OMISIONES DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO.

A) Supuesto error aritmético y el cálculo de la indemnización por mora (interés de mora al 12%).

Como se señaló precedentemente al transcribir los cargos formulados contra el laudo, la recurrente discurrió así:

"No tengo reparos que formular al procedimiento de cálculo adoptado por el Honorable Tribunal Arbitral, aparte de un único aspecto, que es el siguiente: en la columna encabezada "Interés de mora" el H. Tribunal Arbitral calcula estos intereses con base en un porcentaje único del 12%.

"Al utilizar este número único, incurre el H. Tribunal Arbitral en un error sustancial, pues el porcentaje que debe utilizar para calcular los intereses moratorias no es único, ni es éste.

"La determinación de la tasa de interés que debe, aplicarse para calcular la sanción por mora solo puede guiarse por las normas legales, que son claras al respecto. Citamos al efecto el art. 884 del Código de Comercio que dispone: "cuando en los negocios mercantiles hayan de pagar créditos de un capital, sin que especifique por convenio el interés, éste será el bancario comente, si las l2artes no han estipulado el interés moratoria, será el doble... (hemos subrayado).

"Con base en lo anterior, queda claramente establecido que los interés, y la concurrente sanción por mora, deben calcularse sobre la base del doble de la tasa de interés comercial.

"Esta tasa varía periódicamente y la certifica la superintendencia bancaria. En los autos obran las correspondientes certificaciones.

"Al utilizar un valor diferente, introduce al cálculo de la "indemnización por mora" un factor aritmético errado, que lleva a resultados numéricos equivocados, y, al mismo tiempo, contradictorios frente al concepto mismo de la "indemnización por mora que se pretende calcular después de haber establecido y claramente definido el mérito y la naturaleza de esta indemnización".

"Por lo anterior, solicito atentamente al H. Consejo de Estado, que, al revisar los cálculos correspondientes, corrija el error aritmético aún subsistente, dando aplicación para ello a los factores indicados por la Superintendencia Bancaria. A efecto de facilitar la labor mencionada, con nuestro escrito del 9 de septiembre / 92 acompañamos, como Anexo 7, los cuadros de cálculo pertinentes."

Por su parte la EAAB, replicó este cargo así:

"Aduce el recurrente que el Laudo incurrió en error aritmético, en el cálculo de los intereses por mora, por cuanto el Tribunal calculó "estos intereses con base en un porcentaje único del 12%.

"Al utilizar este número único, incurre el H. Tribunal Arbitral en un error sustancial, pues el porcentaje que debe utilizar para calcular los intereses moratorias no es único, ni es éste".

"La simple lectura de la anterior transcripción, que aunque parcial, es textual, del argumento que esboza en apoyo de la solicitud de nulidad del Laudo en cuestión, revela la gran debilidad del mismo y del recurso entero.

"A ningún lector por desprevenido que fuese, escaparía la contradicción que encierra el argumento. Al hablar de "error sustancial", el recurrente deja sin piso su propio argumento y reniega del cargo por él formulado. Un error, que quiera presentar como de naturaleza aritmética, mal puede ser calificado de sustancial.

"Pero las observaciones que me permitiré formular contra los fundamentos del recurso, no son todas de tipo nominalista, ya que abundan razones de derecho y de hecho que conducen a desestimar los cargos planteados.

"El criterio del Tribunal para determinar porcentaje del interés moratoria no constituye un error aritmético.

"Si se quiere criticar la decisión de determinar el interés moratoria en el 12%. podría aducirse que encierra un error conceptual, en gracia de hipótesis, o un error de criterio, quizás, pero jamás cabría dentro del género de los errores aritméticos. Aceptarlo así, conducirla a que cualquier divergencia que una de las partes en un proceso judicial, tuviere con el quantum de la condena, a favor o en contra. fuese enfocada, por referir a cantidades que se expresa, obviamente, en números, como un error matemático y no, como lo que es, (por ejemplo en el presente caso): como un problema conceptual o de derecho.".

El Tribunal de Arbitramento sobre el aspecto de intereses moratorias razonó de la siguiente manera:

"A juicio del Tribunal, si bien no encuentra posible reconocer intereses corrientes o moratorias en la forma descrita y pedida por el consorcio pues, como ha analizado en este laudo, uno de los factores que contribuyen a la integración del concepto de interés corriente (el cual sirve, a su vez, para determinar el concepto de interés moratoria), ya fue satisfecho por la EAAB, si deberá analizar, en aras de una recta administración de justicia, cuál debe ser la condena adecuada, a título de sanción, que deberá decretar en razón a la mora en que la EAAB incurrió en los pagos.

"Y es que el interés corriente está integrado por dos factores esenciales, cuales son: la actualización del dinero y, además, el factor ya efectuado por la EAAB en cumplimiento del contrato y del mandato del artículo 323 del Código Fiscal y, además, ordenar el pago del interés moratoria, esto es, el valor del interés corriente doblado, significa, claramente ordenar y aceptar tres veces el pago del "ajuste", "actualización" o "corrección monetaria".

"La situación aquí planteada no aparece prevista ni expresa por la ley, por lo cual corresponde al Juez efectuar la interpretación pertinente y darle solución al caso, de conformidad con los artículos [26](#) del Código Civil y 48 de la ley 153 de 1887.

"Establecido está, que hubo mora en los pagos y que, efectuado el pago tardíamente, solamente fue recibido por el Consorcio la actualización de su valor en virtud de los reajustes. Sin embargo, no ha compensado, en su totalidad, el perjuicio que la mora en el pago causó al consorcio, pues la actualización simplemente permite efectuar "pago integro" de la deuda, en valores equivalentes, esto es, la misma capacidad adquisitiva del dinero debido. No es, entonces, la actualización una noción indemnizatoria, ni medida punitiva o resarcitoria de perjuicios: simplemente reconoce el mismo valor intrínseco del dinero en representación monetaria actualizada, a fin de que cumpla "integra" la obligación de pagar.

"Que tiene derecho el Contratista a recibir, a título de perjuicios y como sanción para la Empresa, un reconocimiento pecuniario, también es claro para la mayoría del Tribunal, pues la ley ha establecido con precisión tal mandato. en efecto, tanto las normas del Código Civil como las del Código de Comercio, parten de la base de que quien no cumple una obligación dineraria en el plazo estipulado incurre en mora, por ese solo hecho genera un daño y su conducta debe ser sancionada con el pago de la indemnización económica correspondiente. Así, el artículo [1617](#) del Código Civil prevé:

"Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:

"1. - Se siguen debiendo los interés convencionales, si ha pactado un interés superior al legal O EMPIEZAN A DEBERSE LOS INTERES LEGALES, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos, (resalta el Tribunal). "El interés legal fija en el seis por ciento anual.

"2. - El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando. sólo cobra intereses; basta el hecho del retardo.(...)".

"Por su parte, el Código de Comercio, artículos 883 y 884, reitera el principio: el deudor debe al acreedor, a título de indemnización de perjuicios por la mora en el cumplimiento de su obligación, el valor doblado del crédito del dinero.

"Como dije, no podrá aplicar literalmente al caso controvertido la regulación de los artículos citados del código de comercio, pues ya canceló la parte correspondiente a la corrección monetaria como factor integrante de los intereses comentados. Por ello, estima el tribunal, que resulta acorde con el espíritu de la ley, como mandato imperativo, y con la justicia que debe impartir interpretando al efecto la ley, el reconocimiento del valor de los intereses legales doblados, pues en ello armoniza el derecho del acreedor a recibir la indemnización de perjuicios por mora en los pagos, prevista por el legislador en el doble del valor remuneratorio del dinero, pero evita incurrir en el pago de dos o tres veces el valor de la corrección monetaria, actualización del dinero o ajuste del mismo, fenómeno que, como ha reiterado, no significa lucro o remuneración del dinero sino simplemente actualización de la representatividad numérica de un mismo valor.

"Pero, además debe aclarar el Tribunal que no puede aceptar, por ser contrario a la ley, que la mora en los pagos por parte de las entidades públicas, pueda ser fuente de obtención de ventajas para ellas. En efecto, si aceptara la tesis del apoderado de la empresa, en virtud de la cual supone que no se "debe" ninguna indemnización por cuanto no probó un perjuicio específico, estaría el Tribunal aceptando, de una parte, que es "legítima" la violación del contrato, pues de ella no deriva ninguna consecuencia y, además, desconocería el principio definido por la ley según el

cual, cuando debe una suma de dinero el perjuicio está determinado por el rédito del dinero. Pero si solo reconoce a título de indemnización el interés legal del 6%, también sugerido por el apoderado de la empresa en su alegato, violaría también la ley, pues estaría convirtiendo a los contratistas estatales en financiadores del Estado, pues lógicamente resulta más ventajoso, desde el punto de vista económico, para el valor del ajuste y del 6% a título de "interés moratoria" antes que reconocer los intereses moratorias existentes en el mercado de capitales, todo lo cual vulnera los expesos mandatos legales que imponen una y "sanción" al deudor moroso y que no prevén que el contratista sea siempre el financiador del Estado. Para que esto último ocurriera, es preciso que así se pacte en el contrato y que, como tal, determinen los costos financieros del dinero, como expresamente lo establecen el Código Fiscal de Bogotá y el Decreto 222 de 1983. (caso de contratos especiales o llamados llave en mano, o de crédito de proveedores).

"Así, se reconocerán, a título de intereses por mora, el 12% anual sobre las sumas adeudadas en pesos colombianos, por el período de mora en cada caso."

Para resolver este cargo la Sala CONSIDERA:

a) El recurso extraordinario de anulación, reitera la sala, está concebido fundamentalmente para corregir yerros de procedimiento y excepcionalísimamente para hacer correcciones de orden puramente aritméticas o de cálculo, como también para subsanar omisiones en las determinaciones deprecadas al Tribunal de Arbitramento. En estos últimos eventos el juez de la anulación está facultado para hacer las correcciones del caso y suplir los vacíos complementando las decisiones del Tribunal. Surge de lo anterior la conclusión elemental consistente en que el juez de anulación no es superior jerárquico del Tribunal de Arbitramento y por consiguiente no podrá adentrarse en el arduo tema de juzgamiento por eventuales errores - in indicando, para so pretexto de ello cambiar las determinaciones tomadas por aquél, simplemente por no estar de acuerdo con los razonamientos, conceptos o alcances emitidos sobre los hechos controvertidos y sus consecuencias jurídicas. En otros términos, a través del recurso de anulación no podrá revocar determinaciones basadas en razonamientos o conceptos vinculados con la aplicación de la ley material. En esto, se ha dicho, el recurso de anulación difiere de la casación en cuanto en este bien puede atacar el fallo por indebida aplicación de la ley sustancial, por inaplicación de esta o por error en su interpretación o alcance.

b) Como ya se vio, especialmente al transcribir lo pertinente de las páginas 103 a 105 del laudo arbitral, el tribunal razonó ampliamente sobre el tema de los intereses moratorias deprecadas por el consorcio como consecuencia del cumplimiento tardío de algunas obligaciones a cargo de la EAAB. En síntesis el Tribunal entendió que no podía reconocer simultáneamente la actualización o indexación o corrección monetaria de los capitales adeudados junto con los intereses comerciales de que ocupan los artículos 883 y 884 de la Cámara de Comercio. En su lugar, fue criterio explícito del tribunal el que se aplicará el interés legal doblado, previsto por el Código Civil vale decir, el doble del 6% anual y así los liquidó conforme a la elemental fórmula bien conocida de

$$I = (c \times r \times t)$$

100

Esto quiere decir, que acertado esto quiere decir, que acertado o desacertado el razonamiento jurídico del Tribunal, aplicó consecencialmente a la operación aritmética respectiva, en la cual a dicho de paso, no observa anomalía ni desacierto alguno.

Aceptar la revisión de este criterio o concepto, del Tribunal. para desembocar en lo pretendido por el Consorcio consistente en que en vez del doble del 6% anual sobre los capitales adecuados, se aplique el doble del interés bancario comente certificado por la Superintendencia Bancaria, sena tanto como, que esta Sala se convirtiera en superior jerárquico del Tribunal de Arbitramento, lo que pone de presente su desacierto, dado que la anulación no es un recurso de índole vertical sino horizontal. En síntesis, el yerro conceptual, de criterio o de concepto, sobre el tema de cuál ha de ser la tasa de interés aplicable para sancionar la mora de algunos pagos de la EAAB, no tiene cabida dentro del marco estricto o limitado del recurso que hoy se desata.

c) Inteligentemente el Consorcio plantea el cargo que estudia, como un eventual error aritmético en que incurrió el tribunal arbitral. Pero bien sabido es que equivocaciones de este linaje, no pueden apoyar en yertos conceptuales que bien pueden constituir el fundamento de la liquidación. El error puramente aritmético o error de cálculo, como en múltiples oportunidades lo ha dicho esta Sala, no puede ser otro que la equivocación que se presenta al efectuar una simple y elemental operación aritmética o matemática. Así, un error de suma, de resta, de multiplicación, etc.

La circunstancia de que bajo el ropaje de un eventual error aritmético haya sustentado el cargo, no impide que el Juez de la anulación deduzca lo que efectivamente subyace en el fondo del mismo. como sucede en el presente caso, dado que está en presencia de querer la corrección de un supuesto error de naturaleza sustancial o equivocación de criterio o concepto, tema vedado, repite, en el recurso de anulación.

Para la Sala resulta claro que el consorcio aspiraba a que los intereses moratorias fueran aquellos previstos por los artículos 883 y 884 del Código de Comercio, esto es el doble del bancario corriente. El tribunal, después de razonar ampliamente sobre este tópico, bien o mal, acertada o desacertadamente, concluyó y decidió que debía reconocer el doble del interés legal, previsto por los artículos [1617](#) y [2232](#) del Código Civil, con base en los cuales realizó las operaciones correspondientes, de manera correcta. para deducir el monto ha reconocer por este concepto. Como se ve en el fondo la inconformidad del recurrente estriba en la falta de aplicación, por parte del Tribunal, de los artículos 883 y 884 del Código Mercantil y la indebida aplicación de los artículos [1617](#) y [2232](#) del Código Civil. Pero, para satisfacer tal desacuerdo no está concebido ni dado el recurso extraordinario de anulación.

Por lo expuesto este primer cargo no prospera.

B) Haber omitido decidir lo relativo al cumplimiento de plazos contractuales, en particular el convenido para la entrega final de la obra. (causal 9a. del art. 38 Decreto 2279 / 89).

Como se recordará, por las transcripciones precedentes, en punto tocante con plazos contractuales, su cumplimiento y consecuencias jurídicas y económicas derivadas del mismo, el consorcio, de manera expresa impetró las siguientes pretensiones:

"SEPTIMA PRETENSION: Declárase que el consorcio cumplió con los plazos contractuales, ya que a su favor causaron derechos de extensión de los plazos de ejecución de las obras por 348.5 días calendario que deberán también declararse por el Tribunal, según el siguiente detalle:

"a) Plazo III. - Excavaciones del túnel entre el Parque Nacional y la quebrada el Chicó (Véase Volumen 1 tomo 1., Capítulo 1, Anexo 2.1.): 160.6 días calendario, por condiciones geológicas imprevistas.

"b) Plazo IV. - Terminación de la excavación del Túnel (Véase Volumen I. tomo 1 Capítulo I., Anexo 2): 29.5 días calendario adicionales por concepto de infiltraciones imprevistas, más 94,6 días calendario, por concepto de condiciones geológicas imprevistas).

"c) Plazo V - Revestimiento del Túnel e inyecciones de consolidación. (Véase Volumen I. tomo 2 Capítulo Y, Anexo 2 - A): 23.6 días calendario, adicionales a los anteriores, por concepto de mayor cantidad de inyecciones.

"d) Plazo VI. - Terminación de las obras: 348.3 días calendario, que corresponden a la suma de las extensiones de plazo anteriormente señaladas.

"OCTAVA PRETENSION: Declárese así mismo que no ha habido ni hay causa para aplicar sanciones de índole alguna contra el consorcio y que por consiguiente deja sin efecto la multa impuesta al Consorcio por la EAAB y en el evento de que hubiere sido aplicada, devuelva su valor al Consorcio, junto con los interés pertinentes.

"Dispóngase así mismo aceptar la solicitud de suspensión de los procesos que entre las mismas partes siguen ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Acción Tercera, Expediente 6355, relativos en el artículo 24 del decreto 2279 / 89 y en armonía con las "divergencias planteadas por la EAAB" en documento de fecha 21 de septiembre de 1990 presentado a los Señores Arbitros."

Por su parte, la EAAB formuló una sola petición a saber:

"Punto único. - Incumplimiento por parte del contratista de los tiempos y plazos parciales y total (final) y de los índices de eficiencia por él ofrecidos y pactados en el contrato No. 502, sus consecuencias financieras y económicas para la EAAB; y aplicabilidad de las multas impuestas.

Para sustentar el cargo, en lo pertinente, el Consorcio adujo:

"En segundo término, me referiré a la causal No. 9 del Art. 38 del Decreto 2279 / 89 por no haber decidido en el Laudo arbitral lo relativo al cumplimiento de los plazos contractuales y en particular del plazo para la entrega final de la obra por parte del Consorcio Contratista.

"Al efecto, en numeral Octavo de la parte Resolutiva del Laudo del 2 de septiembre se dispuso: "Abstiénesse de conocer y decidir sobre las pretensiones de las partes encaminadas a obtener un pronunciamiento sobre cumplimiento o incumplimiento por parte del Consorcio integrado por las Sociedades IMPRESIT GIROLA LODIGIANI - IMPREGILO S.P.A. - ESTRUCO S.A., de los plazos parciales y final pactados en el Contrato 502 AB - IV - OI - A, por carecer de competencia para ello, según lo expuesto en la motiva del laudo" (V. pág. 121 del laudo).

"En sus peticiones primeras del 7 de diciembre de 1990, al inicio del proceso arbitral, dijeron respectivamente las partes:

"A) Parte actora (Consortio): "Séptima Pretensión. Declárase que el consorcio cumplió con los plazos ejecución de las obras por 348.3 días calendario que deberán también declarar por el Tribunal, según el siguiente detalle:

"a) Plazo III - Excavación del túnel entre el parque Nacional y la quebrada. El Chicó, Volumen I tomo I Capítulo I. Anexo 2.1.): 160.6 días calendario, por condiciones geológicas imprevistas.

"b) Plazo IV - Terminación de la excavación del túnel, (Véase Volumen I. tomo I. Capítulo _,

Anexo 2): 69.5 días calendario adicionales por concepto de infiltraciones imprevistas, más 94.6 días calendario, por concepto de condiciones geológicas imprevistas.

"c) Plazo V - Revestimiento del túnel e inyecciones de consolidación. (Véase Volumen I. Tomo 2 Capítulo V, Anexo 2 - A): 23.6 días calendario, adicionales a los anteriores, por concepto de mayor cantidad de inyecciones.

"d) Plazo VI - Terminación de las obras: 348.3 días calendario, que corresponden a la suma de las extensiones de plazos anteriormente señaladas".

.....

"Esta pretensión transcrita es plenamente congruente con la comunicación del 17 de septiembre de 1990 aportada válidamente a los autos y que es parte integrante del acta celebrada en la misma fecha por las partes, contentivo de los puntos de divergencia a someterse a decisión del H. Tribunal Arbitral que estaba apenas conformándose".

La EAAB replica este cargo de la siguiente manera:

"En relación con este cargo, baste decir que el Laudo habla por sí sólo en forma por demás clara al respecto.

""Abstíñese de conocer y decidir sobre las pretensiones de las partes encaminadas a obtener un pronunciamiento sobre cumplimiento o incumplimiento por parte del Consorcio integrado por las sociedades IMPRESIT GIROLA LODIGIANIIMPREGILO S.P.A. - ESTRUCO S.A., de los plazos parciales y final pactados en el Contrato 502, por carecer de competencia para ello, según lo expuesto en la parte motiva del Laudo".

"La decisión de abstenerse de conocer de estos aspectos había sido adoptada por el Tribunal en la audiencia del 7 de diciembre de 1991 (acta No. 2 del Tribunal) y contra ésta ni el Consorcio ni la E.A.A.B., interpusieron recurso alguno, y por lo tanto quedó en firme.

"Esta decisión la adoptó el Tribunal en razón a que ante el tribunal administrativo de Cundinamarca, por demanda del mismo consorcio Impregilo - estruco, cursa un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho contra las resoluciones que impusieron las mentadas multas al consorcio. En este proceso sentenciará sobre la legalidad de las multas, las cuales tuvieron como fundamento el incumplimiento de los plazos contractuales por parte de dicho consorcio. De suerte tal que, en acatamiento de la legislación colombiana, y respeto por la autonomía de las decisiones de la justicia ordinaria, (sic). el Tribunal de arbitramento abstuvo de pronunciar al respecto, porque pronunciar sobre la legalidad de las multas, era controvertir claras disposiciones legales, lo mismo que el hacerlo sobre los hechos en los que fundamenta la legalidad de las mismas multas, lo que hubiera prefijado el criterio del Tribunal de Cundinamarca. Eso tan claro fue para ambas partes, que ninguna de ellas objeto la decisión que sobre la competencia profirió el Tribunal de Arbitramento.

"Por lo demás, valga hacer hincapié en que para fortuna del consorcio recurrente,

el tribunal de arbitramento no pronunció sobre el tema de los plazos y su

incumplimiento por parte del consorcio, porque de haberlo hecho, habría sido en

su contra, es decir, el Laudo hubiera declarado el incumplimiento de los plazos

contractuales por parte del Consorcio. De hecho, no debe perder de vista, que el Laudo declaró EL INCUMPLIMIENTO DEL CONSORCIO DE LOS INDICES DE RENDIMIENTO POR EL OFRECIDOS, factor éste que induce necesariamente al incumplimiento de los plazos contractuales.

"Con fundamento en las anteriores razones, solicito igualmente, como en el cargo anterior, al Honorable Consejo de Estado, que deseche el cargo controvertido en este acápite, y confirme la providencia en los aspectos en los cuales fue recurrida".

Para resolver este cargo la Sala CONSIDERA:

a) A efecto de concluir si el laudo arbitral omitió decidir el punto tocante al cumplimiento de los plazos contractuales, en especial el referido a la entrega final de, la obra, y si no existe causa para aplicar sanciones al consorcio, con miras a dejar sin efecto la multa que le fue impuesta, con claras incidencias en cuanto a la legalidad o ilegalidad del acto administrativo impositivo de las multas, cuyas divergencias están siendo juzgadas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la Sala detendrá en el análisis de dos razonamientos efectuados por el referido Tribunal Arbitral, a saber: 1) los consignados en la audiencia de 7 de diciembre de 1990 para asumir su propia competencia, para, con base en ella poder decidir las diferencias sometidas por las partes; y 2) Lo consignado a partir de la página 112 del Laudo Arbitral del 2 de septiembre de 1992.

En el Acta No. 2 del expediente del Tribunal, que da cuenta de lo ocurrido el 7 de diciembre de 1990, en lo referente al tema de la competencia para tramitar y decidir las diversas cuestiones planteadas por las partes lee:

"En el caso presente, resulta evidente, que existen dos grupos o clases de controversias: uno en el cual puede unir todas las peticiones formuladas por las partes que apuntan hacia el juzgamiento de su comportamiento recíproco a propósito del cumplimiento de sus obligaciones contractuales y las consecuencias económicas que ellas pudieren producir en la ecuación económica del contrato, y otro relacionado con la aplicabilidad de las multas impuestas, mediante acto administrativo unilateral, por la entidad contratante al contratista.

"Para el Tribunal resulta claro que las peticiones incluidas en el primer grupo pueden ser materia de su conocimiento y juzgamiento, tanto por que sobre ellas es viable la transacción, como por haber quedado cobijadas por la voluntad de las partes al incluir la cláusula compromisoria en el contrato. Por tanto, puede asumir competencia para conocerlas y juzgarlas.

"Sobre la petición formulada por una y otra partes en relación con la aplicabilidad de las multas, es decir la petición ubicada en el segundo grupo, debe aclarar el tribunal, que no trata de asumir competencia para juzgar la legalidad de los actos administrativos que las impusieron. Pero la presunción de legalidad que cobija a tales actos no podría ser, a su vez, óbice para limitar el conocimiento y análisis por parte del Tribunal de la conducta de las partes para dirimir las cuestiones propias de su competencia.

"En otras palabras, es preciso aclarar que, si bien no habrá por parte de este tribunal de arbitramento juzgamiento de legalidad de los actos administrativos por medio de los cuales la EMPRESA impuso multas al contratista, la presunción de legalidad que tales actos tienen, no

puede oponerse a la competencia natural de juez, y en este caso lo es el Tribunal. Para cercenar su facultad de analizar y juzgar, la conducta de las partes en desarrollo del contrato y dirimir las cuestiones sometidas válidamente a su conocimiento. (Subrayas de la Sala).

En mérito de lo expuesto, el tribunal de arbitramento

"RESUELVE:

"Asumir competencia para conocer y decidir las cuestiones sometidas por las cuestiones sometidas por las partes a su decisión.

"Quedan notificados en audiencia los señores apoderados". (folios 124 a 122) Cdno ppal). Por su parte, el Laudo Arbitral proferido el 2 de septiembre de 1992, contiene:

"De los planteamientos de las partes, como dejó transcrito, es necesario concluir que están íntimamente ligados el tema del cumplimiento de los plazos y el de la aplicabilidad de las multas; no son separables, puesto que si el Tribunal declara que existió incumplimiento de parte del consorcio en alguno de los plazos y, especialmente, respecto del plazo III, con ello estaría afirmado - aunque no lo declare expresamente -, que la multa fue jurídicamente impuesta, o sea que es legal, pues entre el alegado incumplimiento del plazo III y la justificación de la multa hay una estrecha relación de "causa - efecto". Y si, por el contrario, aceptara el tribunal las razones del consorcio, sobre que el cumplimiento final del contrato sana y deja sin efectos, prácticos y jurídicos, un posible incumplimiento de uno de los plazos parciales o sea el III, estaría contribuyendo a brindar argumentos de autoridad en pro de la anulación de los actos administrativos que impusieron la multa, porque estaría su razón de ser o sea el eventual incumplimiento de un subplazo, queda sin efectos legales por el cumplimiento del plazo final del contrato.

"En las circunstancias anotadas, el tribunal remite a la salvedad que hizo en el acta número 2 de fecha 7 de diciembre de 1990, ya que no sería jurídico que se pronunciara sobre el tema, pues por uno o por otro camino que opte, o sea aceptando una u otra de las tesis expuestas por las partes, estaría inevitablemente juzgando sobre el acto administrativo con ella relacionado, para lo cual carece de competencia.

"Los argumentos anteriores, que ha expuesto para evidenciar que el tribunal debe abstener de resolver en concreto sobre la Séptima Pretensión porque carece de competencia, también tienen efecto, y con más razón, para dejar de decidir, por falta de competencia, tanto sobre la Pretensión Octava del Consorcio, (en la cual explícitamente se solicita declare que no hay causa para aplicar sanciones, que deje sin efecto la multa impuesta y que ordene devolver su valor al consorcio), como sobre la Pretensión Unica de la Empresa, en cuanto refiere a la, legalidad de las multas y a la declaratoria de incumplimiento del Consorcio por este concepto". (folios 114 y 115 del Laudo).

b) Es cuestión incontrovertible que la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos originados en un contrato cuyo juzgamiento radica en sede arbitral, no puede ser materia sometida a juzgamiento de árbitros, desde luego que tal juicio de valor no constituye objeto de transacción; dicho de otra manera, solamente el Juez de lo Contencioso Administrativo resulta ser el competente para juzgar la legalidad o legalidad de tales actos emanados de las potestades exorbitantes de la administración. Pero también resulta comprensible que las causas y efectos relacionados con tales actos administrativos, si puedan ser solucionados por Injusticia arbitral, cuando las partes los sometan a su resolución y, por otra parte, no exista normatividad que

prohiba su eventual solución a través del negocio jurídico transacción. Así, temas como los del cumplimiento o incumplimiento de los plazos contractuales, los de la proporcionalidad, cuantía y forma de pago de ciertas cantidades de dinero a cargo de alguna de las partes del contrato, o, las relacionadas con aspectos atinentes a las garantías sobre el objeto material del negocio, bien podrían constituir tema arbitral, por cuanto sobre los mismos es procedente la transacción, por razón de la materia y por no encontrarse expresamente exceptuados de la órbita arbitral por normativa alguna.

c) No puede perderse de vista que con la providencia mediante la cual el Tribunal de Arbitramento asume su propia competencia, en el sub júdece la del 7 de diciembre de 1990, como era apenas obvio, se declaró competente para conocer y decidir sobre todas las diversas cuestiones sometidas a él por las partes, salvo lo relacionado con el "juzgamiento de legalidad de los actos administrativos por medio de los cuales la Empresa impuso multas al contratista". Todo lo cual por considerar, acertadamente, que "la presunción de legalidad que tales actos tienen, no puede oponerse a la competencia natural de Juez, y en este caso lo es el Tribunal, para cercenar su facultad de analizar y juzgar la conducta de las partes en desarrollo del contrato y dirimir las cuestiones sometidas válidamente a su conocimiento" (subraya la sala).

Este proveído, transcrito en lo pertinente, que no fue protestado ni recurrido por las partes, constituye fuerza vinculante para el Tribunal y los extremos subjetivos de la litis, justamente por cuanto con él inició el debate jurisdiccional - arbitral; por lo que admitida esa competencia, sin que aparezcan nuevos factores que no fueron tenidos en cuenta para tal conclusión, ahora no puede ser variada, so pretexto de un cambio de concepción interpretativa, puesto que ello introduciría el desorden y la inseguridad en el trámite arbitral, con detrimento de la imagen de dicho proceso y con graves consecuencias para las partes. Tan solo, a través del recurso extraordinario de anulación, podrá reviviese el debate sobre la referida competencia asumida entonces por el Tribunal de arbitramento, para que a el juez de la anulación quien califique si tal proveído ajusta o no a derecho. El tribunal de arbitramento no podrá unas veces atribuirse competencia y en otras despojarse de ella.

d) Razonar como lo hizo el tribunal de arbitramento en el laudo de 2 de septiembre de 1992, a efecto de abstenerse de desatar la pretensión séptima impetrada por el Consorcio, so pretexto de ser incompetente para ello, es tanto como admitir que un Tribunal arbitral dé saltos dialécticos extremos para en un comienzo decir que declara competente y posteriormente decir todo lo contrario, con consecuencias tan graves como perder honorarios y gastos propios del trámite arbitral, el haber transcurrido tiempos preciosos que bien pueden consolidar prescripciones y caducidades, etc.; en síntesis, sería tanto como patrocinar la tesis de que el Tribunal pueda decir SI para finalmente decir NO, en materia tan seria como el de definición de la competencia. Esa atribución que arrogó el tribunal en el laudo arbitral para declararse incompetente, o, lo que es igual, abstener de resolver la pretensión séptima deprecada por el Consorcio, no le era jurídicamente posible al tribunal de arbitramento. La Sala reitera que el control de la competencia en casos como este, solamente es viable a través del juez de la anulación.

e) Para la Sala resulta inexplicable que el Tribunal de Arbitramento se abstenga de desatar la pretensión SEPTIMA formulada por el Consorcio, so pena de su incompetencia al efecto, mientras que en cuanto respecta a la pretensión única formulada por la Empresa, como puede leerse a folio 117 del laudo para negar esta pretensión si tuvo en cuenta diversos aspectos, todos relacionados con el fondo de la controversia, para concluir en que al no haber determinado con exactitud los efectos de tipo económico que de ellos derivaban, no efectuaba condena por dichos

ítem. En otros términos, concluye absolviendo al Consorcio, con respecto a esa pretensión y no propiamente absteniendo de desatlarla por falta de competencia. Es decir, el Tribunal no procedió con igual criterio para pronunciarse sobre un mismo aspecto controvertido por las partes, cual era el concerniente al cumplimiento o incumplimiento de los plazos contractuales. parciales o finales. En efecto, el Tribunal dijo:

"Sin embargo, debe tener en cuenta que, las dificultades y demoras de origen geotécnico (debidas a fallas, fiabilidad, desprendimiento, flujo de aguas y otras causas) reconocidos por el Tribunal como hechos, imprevistos o no anunciados en la información de referencia, afectaron en parte los rendimientos ofrecidos por el Consorcio en su propuesta, pero también el Tribunal reconoció que hubo algunos hechos que debieron ser previstos por el contratista y que también afectaron la excavación. Sin embargo, la proporción en que unos y otros afectaron dichos rendimientos no fue establecida por los peritos.

"Por lo mismo, no puede establecerse el grado de responsabilidad que cabe atribuir al Consorcio por el no cumplimiento de dichos índices, ni determinar con exactitud los efectos de tipo económico o financiero que de ella pudiera derivarse.

"A contrario sensu, tampoco puede establecerse en qué magnitud los hechos reconocidos por el Tribunal como no atribuibles a responsabilidad del Contratista ocurridos en la excavación del túnel y que redundaron en los índices de rendimiento de la TBM, tuvieron influencia en eventuales perjuicios ocasionados a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, para poder determinar cuál pudo ser la responsabilidad del Contratista en la ocurrencia de dichos eventuales perjuicios.

"Los peritos Torres y Cáceres, al responder algunas preguntas planteadas por la EAAB, aclararon cómo no estimaban que hubiera producido perjuicio alguno a la misma por la no venta de agua, pues su distribución para la ciudad requería de obras complementarias al túnel, particularmente las líneas Silencio - Casablanca y Silencio - Vitelma que empalmaba con aquél en el portal de salida, obras que demoraron en ser puestas en operación más allá de la fecha de entrega del túnel.

"Los demás costos indicados por los Peritos como posibles perjuicios, fueron establecidos globalmente en la cifra de \$105.794.297. Sin embargo, como indicó no tiene el tribunal elementos de juicio para establecer de ellos cuántos podrían corresponder a incumplimiento real en los índices de eficiencia de la maquina, ni que proporción podría atribuir a las circunstancias imprevistas ya analizadas. Por lo demás, tampoco está discriminado en el proceso, el porcentaje en que otros factores distintos (eventuales incumplimiento en los plazos, tema sobre el cual el Tribunal abstuvo de pronunciarse) incidió en el perjuicio reclamado por la EAAB.

"Todas las anteriores razones llevan al tribunal a declarar que aunque existe comprobación del incumplimiento de los índices de eficiencia de la TBM ofrecidos por el Consorcio, no puede efectuar condena por los eventuales perjuicios económicos que ello pudiera significar, pues no existe prueba conducente sobre su cuantía". (folios 117 y 118 del laudo).

f) De la confrontación anterior en cuanto a lo pedido por las partes y lo resuelto en definitiva por el Tribunal, pasando por la providencia mediante la cual dicho ente asumió su propia competencia el 7 de diciembre de 1990, habiendo quedado excluida de ella solamente la pretensión 'OCTAVA del Consorcio, pues como, ya dijo, el tema de la legalidad o legalidad del acto administrativo mediante el cual impuso multas al contratista es del resorte exclusivo del Juez Contencioso Administrativo, la Sala concluye que el cargo que ahora analiza está llamado a

prosperar parcialmente, por cuanto ajusta en un todo a la preceptiva contenida en la causal 9a. del artículo 38 del decreto 2279 de 1989, dado que el Tribunal abstuvo, sin razón valedera para ello, de decidir en el laudo lo relativo al cumplimiento de los plazos contractuales a cargo del contratista, en particular en lo que respecta a la entrega final de la obra. Aspecto bien distinto es el relacionado con las consecuencias de todo género, que puedan derivar de tal reconocimiento.

Ahora bien, conforme al inciso 2 del artículo 40 del Decreto 2279 de 1989, al prosperar el recurso extraordinario de anulación por la causal 9a invocada, no procede declarar la nulidad del laudo, pero la Sala si deberá adicionarlo entrando a analizar las circunstancias de hecho y de derecho en que el consorcio estribo su pretensión SEPTIMA, a lo cual pasa seguidamente.

Pretensiones formadas por el Consorcio no resueltas por el Tribunal de Arbitramento. -

Atrás se ha dicho en varias oportunidades. que la pretensión SEPTIMA del Consorcio, relacionadas con el cumplimiento de los plazos - III - IV - V y VI del contrato, fue legal y oportunamente impetrada; que el Tribunal arbitral se declaró competente para su juzgamiento, asunción de competencia que la Sala califica como legal. Pero, como el laudo omitió fa decisión de dicho pedimento. ahora la Sala procederá a decidirlo para adicionarlo, como manda la ley.

<CONSIDERACIONES>.

PARA RESOLVER, LA SALA CONSIDERA:

1) La pretensión SEPTIMA incoada por el Consorcio, es del siguiente tenor: "Declárase que el Consorcio cumplió con los plazos contractuales, ya que a su favor causaron derechos de extensión de los plazos de ejecución de las obras por 348.5 días calendario que deberán también declararse por el Tribunal, según el siguiente detalle:

"a) Plazo III. - Excavación del túnel entre el Parque Nacional y la quebrada el chicó (véase volumen 1 tomo I, capítulo I, anexo 2.1): 162.6 días calendario, por condiciones geológicas imprevistas.

"b) Plazo IV - Terminación de la excavación del Túnel (Veáse Volumen 1 tomo 1 Capítulo 1, Anexo 2): 29.5 días calendario adicionales por concepto de infiltraciones imprevistas).

"c) Plazo V. - Revestimiento del Túnel e inyecciones de consolidación. (Véase, Volumen 1 tomo 2 capítulo V. Anexo 2 - A): 23.6 días calendario, adicionales a los anteriores. por concepto de mayor cantidad de inyecciones.

"d) Plazo VI. - Terminación de las obras: 348.3 días calendario, que corresponden a la suma de las extensiones de plazo anteriormente señaladas". (folio 9 del laudo).

El Consorcio fundamentó esa pretensión básicamente en circunstancias fácticas consideradas como imprevistas, las cuales fueron encontradas y puestas de presente durante la ejecución de la obra, algunas de orden geológico e hidrogeológico, otras consecuencia del aumento en cantidades de obra, como las inyecciones para consolidación del tramo del túnel Chicó - Usaquén ? a mas de los incumplimientos de la EAAB en los suministros a su cargo, todo lo cual según el Consorcio. acarreó en atraso en la ejecución parcial y terminación final de la obra, sin que fuere suficiente todo su empeño y capacidad técnica para hacer Desaparecer dicho impacto en la confrontación con el cronograma inicial de la obra.

En su alegato de conclusión, el Consorcio a folio 123, concretamente dice: "fue así como, a pesar

de la extensión del plazo total a la cual el contratista tiene derecho y que suma 348.3 días calendario, se logró completar y entregar la obra con una demora, respecto al plazo final establecido originalmente en el contrato, de apenas 88 días calendario, que corresponde al lapso transcurrido entre el 1o. de noviembre de 1989 - fecha que corresponde al plazo VI de 990 días original - y el 28 de enero de 1990 - fecha entrega final de todas las obras del contrato 502 - AB - IV - 01 - A - ".

2) No solamente en cuanto hace relación a este ítem, sino a los diversos temas controvertidos durante el proceso arbitral, practicaron y aportaron innumerables pruebas de carácter documental, testimonial, pericial, etc. En punto tocante con los plazos parciales y plazo final, la Sala encuentra que el contratista aspira a que le reconozcan 348.3 días calendario, puesto que según él, todas las circunstancias imprevistas que quedaron anotadas atrás, le permitían extensión del plazo originalmente pactado (990 días), para contabilizar finalmente con 1.338.3 días calendario.

Para tomar decisión a este respecto, la Sala fundamentalmente apoyará en el dictamen de los señores peritos geólogos y en contenido del Acta No. 4 suscrita conjuntamente por las partes el 15 de diciembre de 1989, documento obrante en autos con beneplácito de ambos extremos de la litis.

a) En cuanto respecta a la de peritación de los señores ingenieros geólogos, resulta claro que presentaron múltiples situaciones imprevistas de las denunciadas por el consorcio como tal carácter, pero que estas y aquellas afectaron seriamente a programación inicial de la obra. Después de amplísimo estudio sobre estos temas, el dictamen de los expertos referidos, no solamente el original sino también sus aclaraciones y complementaciones, establece que por tales fenómenos imprevistos el contratista tendría derecho a una ampliación de plazo originalmente pactado en la cantidad de 102.1 días calendario, los cuales se encuentran justificados así:

En los folios 68 y 69 del volumen IV, por razones hidrogeológicas: 84.1 días: a folio 34 del cuaderno de aclaraciones y complementaciones al dictamen, por razones hidrogeológicas, agregan 3 días: y c) a folio 61 del dictamen volumen IV, por razones de revestimiento, calculan en 15 días.

b) En cuanto hace al Acta No. 4. suscrita por las partes el 15 de octubre de 1989, estas extienden el plazo para la construcción del túnel hasta el 15 de diciembre de 1989 al mismo tiempo que determinaron como plazo final de las obras faltantes, o plazo final del contrato, el día 28 de enero de 1990, atendiendo razones aducidas por el Consorcio en cuanto que aún no habían concluido ciertas obras principales complementarias del pozo de la Almenara obra vinculada al contrato No. 939, o sea, a cargo de la entidad contratante.

c) Con carta No. 456270 de 31 de mayo de 1990, la E.A.A.B. deduce 103 días calendario como total del atraso del contratista, a la vez que habla de un plazo total originalmente fijado en 975 días al calendario; dichas cuantificaciones temporales la Sala no las patrocina, por dos elementales razones a saber: la primera por cuanto desde los propios albores del contrato 502 - ABIV - 01 - A y sus anexos, las partes señalaron el plazo total en 990 días calendario por lo que no existe razón para que, por si y ante si, después de entregada y recibida la obra a satisfacción, la EAAB pretenda señalarlo en uno menor cual es de 975 días; y, la segunda, por cuanto el acta No. 4 suscrita conjuntamente por los interesados el 15 de diciembre de 1989, contiene la determinación libre y espontánea de que el plazo final extendía hasta el 28 de enero de 1990, fecha que correspondía al plazo VI. No puede, válidamente. la EAAB. de manera unilateral y a

posteriori, mutar dicho acuerdo.

3) Tal como quedó visto en el numeral inmediatamente anterior s habida cuenta de que el contratista. después de hechos los diversos cómputos de los, varios plazos parciales para la realización de la obra y el plazo final convenido para la entrega de la misma, objetivamente el atraso fue de 89 días calendario. Pero, que según los auxiliares de la justicia tal consorcio tenía derecho a que. para efectos contractuales. se le reconocieran 102.1, días por diversas razones tildadas como imprevistas o como incumplimiento de la entidad contratante. Dictamen que por ser claro, lógico, fundado y razonado ampliamente por expertos profesionales sobre el tema, la Sala acoge plenamente.

Para la Sala no cabe ninguna duda de que el Consorcio cumplió a cabalidad los diversos plazos contractuales; en especial, los denominados "plazo III", "plazo IV", "plazo V", y, "plazo V", o "plazo final", o, de terminación y entrega de las obras, tal como lo afirmó al consignar la pretensión séptima del pliego sometido a consideración del Tribunal de Arbitramento. Por estos razonamientos, el recurso de anulación impetrado prosperará parcialmente, tan solo para adicionar el laudo arbitral en el sentido de hacer esta declaración.

4) En cuanto respecta a la pretensión Octava deprecada por consorcio al tribunal de arbitramento en audiencia de 7 de diciembre de 1990, relacionada con la declaración de dejar sin valor: ni efecto las sanciones impuestas por la EAAB, y otras consecuenciales, como la devolución de lo que hubiere pagado con ocasión de esos actos administrativos, la Sala reiterarlo dicho precedentemente, vale decir, que tal pretensión es ajena al proceso arbitral, por lo que el Tribunal acertó al declararse ab initio incompetente para hacer pronunciamiento alguno a este respecto, pues conforme a la ley el es del resorte exclusivo de la jurisdicción contencioso administrativa. Por esta razón y en cuanto a este tópico, habrá de declararse impróspero el recurso de anulación.

CAPITULO IV. CONCLUSIONES Y DECISIONES.

Habiendo encontrado prosperidad parcial uno de los cargos formulados. por el sensor, y en acatamiento a lo prescrito por el decreto 2279 de 1989. artículo 40 inciso 2, adicionará el laudo recurrido en cuanto se declarará la prosperidad de la pretensión séptima formulada por el consorcio; también declarará impróspero dicho recurso de anulación en cuanto a lo demás. Por esta razón no habrá lugar a condenación en costas para ninguna de las partes.

<FALLO>.

En mérito de lo expuesto. la sección tercera del consejo de estado, sala de contencioso administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: NIÉGASE la pretendida corrección por error aritmético del laudo arbitral de fecha 2 de septiembre de 1992 y del auto complementario del 25 del mismo mes y año, proferidos por el tribunal de arbitramento constituido para dirimir controversias suscitadas entre el Consorcio integrado por la Sociedad Impregilo SPA Estruco S.A. de una parte y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, hoy de Santa Fe de Bogotá D.C., de la otra.

SEGUNDO: NIÉGASE la pretendida adición del referido laudo arbitral, en cuanto se abstuvo de resolver sobre la pretensión OCTAVA propuesta por el consorcio Impregilo S.P.A. Estruco S.A.

contra la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, hoy Santafé de Bogotá, D.C. por falta de competencia de la justicia arbitral.

TERCERO: ADICIONASE el laudo arbitral de fecha 2 de septiembre de 1992 y el auto complementario del mismo mes y año, proferidos por el tribunal de arbitramento, en el sentido de declarar que el consorcio Impregilo S.P.A. Estruco S.A. cumplió con los plazos contractuales, puesto que a su favor extendieron los plazos de ejecución de las obras en 102.1 días calendario, lo que hizo que tal contratista cumpliera en el tiempo contractual convenido todas las obras a que se contrajo el contrato 502 - AB - V - 01 - A -.

CUARTO: NIEGANSE las demás peticiones.

QUINTO: Sin costas en el recurso de anulación.

SEXTO: Expídanse copias auténticas de este proveído, con constancias de ejecutoria con destino a cada una de las partes, en los términos del artículo [115](#) del C. de P.C.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase y devuélvase al

Presidente de Tribunal de Arbitramento para lo de su cargo.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha de

once (11) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993)

Juan de Dios Montes Hernández

Presidente de la Sala;

Carlos Betancur Jaramillo

Daniel Suárez Hernández

Julio César Uribe Acosta

Ruth Stella Correa Palacio

Secretaria.



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior

n.d.

Última actualización: 16 de mayo de 2024

