El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: ARBITRAMENTO / RECURSO DE ANULACION DEL LAUDO ARBITRAL / DEFINICIÓN, REQUISITOS, CARACTERÍSTICAS, LÍMITES Y ALCANCES / NO PUEDE ABORDAR EL ESTUDIO DE FONDO DEL ASUNTO / ANÁLISIS DE LAS CAUSALES DE NULIDAD ALEGADAS.**

En los términos de la Ley 1563 de 2012, el arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice.

El proceso arbitral es un asunto de única instancia, lo cual impide la posibilidad de una segunda y esta Corporación que resuelve el recurso no interviene como superior jerárquico del Tribunal de Arbitramento; su competencia, está limitada exclusivamente a determinar la existencia de las causales de nulidad alegadas por el recurrente. (…)

El recurso de anulación, medio excepcional de impugnación del laudo arbitral consagrado en el artículo 40 de la Ley 1563 de 2012, se caracteriza porque es extraordinario, rigurosamente dispositivo, por cuanto elimina cualquier posibilidad de adentrarse en aspectos no planteados por el recurrente, y opera tan solo por las causales taxativamente previstas en la misma normativa, que prevé que, la autoridad judicial competente en la anulación no se pronunciará sobre el fondo de la controversia, ni calificará o modificará los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral al adoptar el laudo (art. 42)…

Se torna, entonces, a todas luces improcedente que en sede de anulación el Tribunal aborde nuevamente el estudio y análisis del asunto de fondo, reviva el debate probatorio efectuado en el curso del trámite arbitral, o cuestione los razonamientos jurídicos o la valoración probatoria utilizada por el juez arbitral para adoptar su decisión. Así lo han señalado recientemente la Corte Suprema de Justicia (Sentencia SC5207-2017), la Corte Constitucional (Sentencia SU556-2016) y el Consejo de Estado (Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección C, en fallo CE, 31 oct. 2016, rad. n° 2016-00099-00). (…)

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**Sala Civil Familia de Decisión**

**Magistrado P.: EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

Asunto: RECURSO DE ANULACIÓN LAUDO ARBITRAL

Expediente: 66001-22-13-000-2018-00078-01

Pereira, cuatro (4) de marzo de dos mil veinte (2020)

Convocante: PORTAL DE LA MACARENA SAS

Convocada: CONENCO SAS

**Acta No. 74 del 4 de marzo de 2020**

**I. ASUNTO**

Se decide el recurso de anulación formulado por la sociedad **CONENCO SAS**, frente al laudo arbitral del 22 de diciembre de 2017, aclarado y complementado mediante providencia de 9 de enero de 2018, dictado por el Tribunal de Arbitramento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Pereira, en el proceso arbitral promovido por la empresa **PORTAL DE LA MACARENA SAS.**

**II. RESEÑA FÁCTICA**

**1.** El 9 de marzo de 2012 se suscribió el contrato de obra, No. 1, entre las sociedades **PORTAL DE LA MACARENA SAS** (contratante) y **CONENCO SAS** (contratista), bajo la modalidad “llave en mano”. El contratista se obligó a la construcción de 64 apartamentos de 60 m**2**, 32 apartamentos de 43 m**2** y 102 casas de 63.6 m**2**, para el proyecto **PORTAL DE LA MACARENA**, en el municipio de Dosquebradas. El plazo para la ejecución de la obra fue de 18 meses, contados desde la fecha del acta de iniciación, lo cual ocurrió el 22 de diciembre de 2012.

**2.** El valor del contrato fue de $9.677.769.049, que se pagaría así: Primer pago: $150.000.000 a manera de anticipo, para la construcción de dos casas modelo. Segundo pago: $642.153.124, como segundo anticipo para el inicio de la construcción. El valor restante para pagar por medio de cortes de obra parciales presentadas por el contratista previa verificación y aprobación por parte del contratante.

Se estableció igualmente que, no obstante los valores antes liquidados, estos podrán ser objeto de reliquidación en caso de generar desequilibrio económico por factores de fuerza mayor o caso fortuito debidamente demostrados, que puedan generar detrimento patrimonial no calificado como culpabilidad del contratista; las partes podrán modificar, adicionar, terminar de común acuerdo este contrato mediante otrosí, previa comprobación de la gravedad de dichas alteraciones.

**3.** Al mencionado contrato se le hicieron unas modificaciones mediante otrosí de fecha 9 de enero de 2012 y por otrosí del 20 de junio de 2014. Además, existe acta de conciliación de fecha 7 de julio de 2014, mediante la cual se adicionó la suma de $2.128.573.106.

**4.** La convocante **PORTAL DE LA MACARENA SAS,** en ejercicio de la cláusula compromisoria, corregido el libelo, demanda del Tribunal de Arbitramento conformado para tal efecto, se declare, entre otras peticiones, que entre las partes solo existió una relación contractual para la ejecución del proyecto **PORTAL DE LA MACARENA PH**, tal y como quedó consignado en el contrato general de obra No. 001 de fecha 9 de marzo de 2012, cuya modalidad era “llave en mano” y sus adiciones a través de otrosí. Y que los contratos de obra No. 001 (celebrado con **CONENCO SAS**) y 002 (suscrito con **CONSTRUCCIONES Y FORMALETAS SAS**) fueron el producto de una maniobra engañosa para desnaturalizar el contrato general de obra No. 001 modalidad “llave en mano”.

Igualmente se declare que la empresa **CONENCO SAS** incumplió dicho contrato.

Que **CONENCO SAS** debe reconocer y pagar a la sociedad **PORTAL DE LA MACARENA SAS**, las sumas de dinero por concepto de la adición al contrato general de obra No. 001, la cual no fue con ocasión de la ocurrencia de los factores de fuerza mayor o caso fortuito debidamente demostrados.

Así mismo las sumas que se indican y corresponden a unos gastos que asumió la convocante por concepto de pólizas, movimiento de tierra, levantamiento topográfico, interventorías, servicio de energía y acueducto, avances de construcción del sendero ecológico. En total $3.016.693.154.

**5.** El Tribunal de Arbitramento, una vez aclarado el laudo, resolvió, entre otros:

**PRIMERO:** Declarar que entre la sociedad **PORTAL DE LA MACARENA SAS** y **CONENCO SAS** existió una sola relación contractual derivada del denominado contrato general de obra No. 001, de fecha 9 de marzo de 2012, bajo la modalidad “llave en mano”. En consecuencia las modificaciones suscritas por las partes a dicho contrato carecen de eficacia.

**SEGUNDO:** Declarar que los contratos de obra 001 y 002 de fecha 10 de abril de 2012, suscritos por la sociedad **PORTAL DE LA MACARENA SAS** y la sociedad **CONENCO SAS**, el primero; y el segundo entre **ACABADOS Y ADECUACIONES SAS** con la sociedad **CONSTRUCCIONES Y FORMALETAS SAS** carecen de eficacia.

**TERCERO:** Declarar que la sociedad **CONENCO SAS** incumplió el **CONTRATO GENERAL DE OBRA No. 001** de fecha marzo 9 de 2012, de acuerdo a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

**CUARTO:** Condenar a la sociedad **CONENCO SAS** a pagar a la sociedad **PORTAL DE LA MACARENA SAS** la suma de **DOS MIL CIENTO VEINTIOCHO MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y TRES MIL CIENTO SEIS PESOS** **($2.128.573.106.00)** por concepto del mayor valor pagado por la antes mencionada con ocasión del incumplimiento del contrato general de obra No. 001, modalidad llave en mano.

**QUINTO:** Condenar a la sociedad **CONENCO SAS** a pagar a la sociedad **PORTAL DE LA MACARENA SAS** el valor de **SESENTA Y SEIS MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL CIENTO SIETE PESOS** **($66.843.107.00)**, por concepto del pago parcial de la prima correspondiente a la póliza **No. 23 CU009768** adquirida con la Cía. **ASEGURADORA DE FIANZAS S.A.**

**SEXTO:** Condenar a la sociedad **CONENCO SAS** a pagar a la sociedad **PORTAL DE LA MACARENA SAS** la suma de **NOVENTA Y NUEVE MILLONES SETECIENTOS VEINTICUATRO MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS** ($99.724.836) por concepto de corte y lleno mecánico respecto de los movimientos de tierra que debía efectuar la sociedad **CONENCO SAS** dentro del proyecto **PORTAL DE LA MACARENA**.

**SÉPTIMO**: (…)

**6.** **CONENCO SAS** formuló recurso de anulación, con fundamento en las causales 5ª, 7ª y 9ª del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, a las que más adelante se hará mención.

**III. CONSIDERACIONES**

**1.** Esta Corporación es competente para conocer del recurso, en virtud del mandato consagrado en el ordinal 5º del artículo 31 del CGP, pues se trata de un laudo arbitral no atribuido a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

**2.** En los términos de la Ley 1563 de 2012, el arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice.

El proceso arbitral es un asunto de única instancia, lo cual impide la posibilidad de una segunda y esta Corporación que resuelve el recurso no interviene como superior jerárquico del Tribunal de Arbitramento; su competencia, está limitada exclusivamente a determinar la existencia de las causales de nulidad alegadas por el recurrente. El laudo arbitral es la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje y puede ser en derecho, en equidad o técnico.

Respecto de la naturaleza jurídica del arbitramento y sus características, es pertinente traer a colación lo expuesto por la Corte Constitucional, que en la sentencia T-1089/02 señaló:

***“1. El fundamento constitucional del arbitramento se encuentra en el artículo 116 Superior cuando, en su inciso final, dispone que “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.***

***El arbitramento es un negocio jurídico en el que las partes acuerdan someter sus controversias actuales o futuras al conocimiento y decisión de árbitros, es decir, de particulares que administran justicia. Con base en el arbitramento, ya sea que se acuerde en cláusula compromisoria o en compromiso, se genera un proceso declarativo en el que hay lugar a conformación del contradictorio, a una etapa probatoria, a una etapa de alegación y, finalmente, a la emisión del laudo arbitral. El laudo tiene valor de cosa juzgada y presta mérito ejecutivo ante los jueces ordinarios.***

***2. El proceso arbitral es un proceso de única instancia. De allí que, en estricto sentido, no existan superiores de los particulares constituidos en tribunal de arbitramento. Por este motivo, ejecutoriado el laudo arbitral debe procederse a su cumplimiento en el plazo indicado por el tribunal. Con todo, el ordenamiento jurídico consagra varios recursos extraordinarios que proceden contra el laudo arbitral y de los que conoce la justicia ordinaria o contencioso administrativa. En materia laboral existe el recurso de homologación que se surte ante la sala laboral de los Tribunales Superiores o ante la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, según se trate de convocatorias voluntarias u obligatorias de tribunales de arbitramento. En materia civil, comercial y contencioso administrativa procede el recurso de anulación que se surte ante los Tribunales Superiores o ante el Consejo de Estado si se trata de contratos estatales. Finalmente, contra la sentencia que decide el recurso de anulación procede el recurso de revisión.***

***3. Las facultades del juez que conoce del recurso de anulación se limitan a la verificación de las causales de nulidad invocadas por el actor, causales que han sido consagradas por el legislador y que son de interpretación restrictiva. No se trata, entonces, de una nueva oportunidad para revivir el debate planteado ante el tribunal de arbitramiento pues al juez ordinario o contencioso le está vedado pronunciarse sobre el fondo del litigio conocido por aquél. Por ello, la labor del juez que conoce del recurso de anulación se circunscribe a la verificación de la validez del compromiso o cláusula compromisoria y del laudo arbitral y ateniéndose siempre a las causales invocadas por el recurrente.”***

**3.** El recurso de anulación, medio excepcional de impugnación del laudo arbitral consagrado en el artículo 40 de la Ley 1563 de 2012, se caracteriza porque es extraordinario, rigurosamente dispositivo, por cuanto elimina cualquier posibilidad de adentrarse en aspectos no planteados por el recurrente, y opera tan solo por las causales taxativamente previstas en la misma normativa, que prevé que, la autoridad judicial competente en la anulación no se pronunciará sobre el fondo de la controversia, ni calificará o modificará los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral al adoptar el laudo (art. 42). Por este mecanismo de impugnación, entonces, no se pretende construir una nueva decisión por carecer de segunda instancia, puesto que los árbitros fallan inapelablemente. Este solo procede por vicios procedimentales o *in procedendo*, más no de juzgamiento o *in iudicando* y con fundamento en las causales expresa y taxativamente señaladas en la ley.

Se torna, entonces, a todas luces improcedente que en sede de anulación el Tribunal aborde nuevamente el estudio y análisis del asunto de fondo, reviva el debate probatorio efectuado en el curso del trámite arbitral, o cuestione los razonamientos jurídicos o la valoración probatoria utilizada por el juez arbitral para adoptar su decisión. Así lo han señalado recientemente la Corte Suprema de Justicia (Sentencia SC5207-2017), la Corte Constitucional (Sentencia SU556-2016) y el Consejo de Estado (Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección C, en fallo CE, 31 oct. 2016, rad. n° 2016-00099-00).

Las causales de anulación del laudo se encuentran incorporadas en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

**IV. ESTUDIO DE LAS CAUSALES DE ANULACIÓN INVOCADAS**

A continuación se estudiarán las causales y motivos invocados por la recurrente, en el orden que enseguida se propone, advirtiendo que las partes acordaron el procedimiento para el proceso arbitral, indicando al respecto que “el Tribunal decidirá en derecho”.

**1.** **HABERSE FALLADO EN CONCIENCIA O EN EQUIDAD Y NO EN DERECHO (causal 7ª).**

**1.1.** La sociedad impugnante sostiene que desde la óptica que se contemplaron los supuestos analizados, la conclusión no es otra que el laudo tuvo un criterio total de conciencia, de favorabilidad a una de las partes en detrimento de la otra, sin que las fundamentaciones del fallo, especialmente las jurídicas, tuvieran relación con lo pedido. Dice que, en un mar de suposiciones terminó el Tribunal aplicando la figura jurídica de reserva mental, exclusiva para un trámite de simulación.

Igualmente, manifiesta que a lo anterior es indispensable agregar el total desconocimiento, la omisión total a pruebas que demostraban hasta la saciedad que los dineros que se ordenan pagar no fueron recibidos por la única sociedad afectada por las condenas.

**1.2.** En relación con esta causal, debe decirse, que un fallo emitido en conciencia puede ser considerado aquel cuya decisión no aparece sustentada en la normativa aplicable y, en los peores casos, es lejana de los supuestos fácticos y probatorios. En otras palabras, en un fallo en derecho se debe observar de manera estricta el ordenamiento jurídico, con sujeción tanto a normas sustantivas como procesales, en un fallo en conciencia se deja de lado, de manera evidente, este campo de acción.

También se dice que un laudo arbitral ha sido fallado en conciencia, cuando se decide sin pruebas sobre los hechos que sustentan las pretensiones o las excepciones, es decir, sin tener en consideración el material probatorio que obra en el plenario. En otras palabras, podríamos decir que el fallo en conciencia es aquel en el que el juzgador se apoya en su íntima convicción, no da razones de su decisión o prescinde de toda consideración jurídica o probatoria.

**1.3.** El fallo en conciencia, para que configure la causal de anulación del laudo, exige que *“esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”* –art. 41 num. 7 Ley 1563 de 2012. De modo que en virtud de este requisito el legislador impuso una exigencia superlativa para valorarlo. Por esta razón, identificarlo no debería imponer mayores esfuerzos intelectuales, porque la ley exige que la circunstancia sea manifiesta, lo que en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua significa –según la acepción apropiada a este contexto-: *“1. adj. Descubierto, patente, claro”*, de manera que un laudo en conciencia debe ser evidente, es decir, no admitir duda sobre su carácter. Si el laudo ofrece dudas respecto a su calidad no puede calificarse como dictado en conciencia. De la simple lectura de la norma transcrita emerge que la causal se estructura cuando se presenta la circunstancia de haber fallado en conciencia y este hecho resulta patente en el laudo, esto es, sin que se requiera de mayores argumentaciones para demostrar ese acontecimiento pues es ostensible.

**1.4.** De entrada advierte esta Sala que no tiene razón la recurrente, porque, revisado el asunto se observa que el Tribunal arbitral, tuvo como marco de referencia la naturaleza jurídica del contrato “llave en mano”, de donde surge la controversia entre las partes, como un contrato atípico, fundamentado en doctrina y jurisprudencia, el artículo 247 del Decreto 222 de 1983 y el Código del Comercio en sus artículos 822 y 864, que establecen los principios que gobiernan los actos y contratos en el derecho civil, aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles.

**1.5.** Por otra parte, el Tribunal en su decisión final tampoco desconoció el acervo probatorio. De un lado, hizo consideraciones generales sobre las pruebas y las analizó, comentando en el estudio de cada pretensión, las atinentes a ella (la documental, las declaraciones de las partes, los testimonios, el dictamen del perito) y, por último, también abordó las excepciones planteadas por la demandada, la llamada en garantía y la compañía de seguros, lo que aleja totalmente de que se trate de un fallo a conciencia y no en derecho. En consecuencia resulta infundada la causal.

Y es que aquí no aparece que al resolver el asunto el Tribunal de Arbitramento, haya dejado de lado, de manera evidente, las normas legales que debía aplicar, así como el acervo probatorio obrante en el expediente, o que su decisión la tomó de manera exclusiva en su leal saber y entender, el sentido común o la verdad sabida y buena fe guardada. Lo que se avizora es un simple desacuerdo de la recurrente con las razones, interpretaciones y valoraciones hechas por el Tribunal al proferir el laudo, lo que no configura un fallo en conciencia, ni faculta la procedencia de la causal. Precisamente, solo cuando el fallo omite, de manera evidente, el marco jurídico dentro del que se debe decidir o no cuenta con razonamientos jurídicos podrá decirse que se está en presencia de un fallo en conciencia. Aquí, en criterio de esta Corporación, ello no ha ocurrido.

**2.** **HABERSE NEGADO EL TRIBUNAL AL DECRETO DE UNA PRUEBA O HABERLA DEJADO DE PRACTICAR, SIN FUNDAMENTO LEGAL (causal 5ª).**

**2.1.** Se refiere la sociedad recurrente a que se configura esta causal en la posición que asumió el Tribunal respecto del testimonio del señor **CARLOS ARTURO CASTRO COHECHA**, interventor del proyecto **PORTAL DE LA MACARENA**, cuando al momento de su declaración optó por ampararse en un equivocado concepto del secreto profesional, para no dar cuenta de la forma como desarrolló su interventoría y de cómo se cristalizaron los aumentos presupuestales. Posición solidaria asumida por el Tribunal, sin fundamento jurídico, pues dice, no hay ley que contemple tal aspecto en cabeza de los arquitectos.

**2.2.** Revisada la actuación pertinente, se nota que en audiencia del 8 de mayo de 2016, se dio inicio a la etapa probatoria, en la que se decretó, entre otros, la pedida por la parte convocante y la codemandada **CONSTRUCCIONES Y FORMALETAS SAS**, esto es, el testimonio de **CARLOS ARTURO CASTRO COHECHA** (fl. 2108), quien expresa que conforme a la cláusula 4ª, literal c), del contrato de prestación de servicio de interventoría con la sociedad **PORTAL DE LA MACARENA SAS**, se encuentra impedido para rendir su testimonio, postura atendida por el Tribunal con fundamento en el artículo 209, inciso 1º, numeral 2 del Código General del Proceso sobre excepciones al deber de testimoniar. Decisión recurrida por la citada codemandada, más no así por la recurrente **CONENCO SAS**.

Debe decirse que el presupuesto de éxito de la causal de anulación invocada, según el ordinal 5º del artículo 41 de la Ley 1563, es que el interesado hubiere alegado la omisión oportunamente mediante el recurso de reposición, actuación dejada de lado por quien ahora propone la anulación del laudo con fundamento en esta causal.

**2.3.** La sociedad interesada plantea que la causal no impone una coincidencia en el sentido de que el recurrente sea quien solicitó la prueba y que tampoco haya propuesto el recurso; sostiene que basta para que esta prospere, que la prueba, en este caso dejada de practicar, pueda tener incidencia en la decisión.

No es así. Si bien la prueba fue pedida por la convocante y la litisconsorte, al resolver el Tribunal de Arbitramento abstenerse de practicarla, ningún reparo formuló la convocada **CONENCO SAS**, de modo que su conformidad con dicha decisión se convierte en un obstáculo para resolver favorablemente sobre la causal implorada, toda vez que la norma que la consagra, habilita a quien la alega, *“siempre y cuando se hubiere alegado la omisión oportunamente mediante el recurso de reposición”*. Situación que, reitera esta Corporación pasó por alto la quejosa.

**2.4.** Así las cosas, concluye esta Colegiatura infundada la invalidación reclamada, pues la impugnante incumplió con la obligación legal de recurrir el proveído mediante el cual se aceptó la decisión del testigo de no declarar por cobijar en su contrato cláusula de confidencialidad.

**3.** **HABER RECAÍDO EL LAUDO SOBRE ASPECTOS NO SUJETOS A LA DECISIÓN DE LOS ÁRBITROS, HABER CONCEDIDO MÁS DE LO PEDIDO O NO HABER DECIDIDO SOBRE CUESTIONES SUJETAS AL ARBITRAMENTO (causal 9ª).**

**3.1.** En palabras del Consejo de Estado, la causal objeto de consideración protege el principio de congruencia que gobierna las decisiones jurisdiccionales e impone el deber de observar una consonancia lógica y jurídica entre lo pretendido y lo excepcionado con lo decidido en el fallo, por ello, en la averiguación de cuándo un laudo se encuentra inmerso en vicio de incongruencia por haber concedido cosa diferente a la pedida (fallo extra petita), como en este caso se alega, demanda la necesidad de elaborar o desarrollar un test de incongruencia del laudo, con parámetros objetivos a partir de los cuales el Juez de anulación se aproxime a la valoración de la causal respetando la prohibición legal expresa de abordar el fondo de la controversia arbitral. De esta manera, señala el Alto Tribunal:

***“Así, la primera de las averiguaciones que se hace cuando se fustiga un fallo de ser extra petita entraña un examen formal del asunto a los fines de determinar una situación de incongruencia, punto este donde los parámetros de valoración están objetivamente determinados por tres ejes estructurales de la causal arbitral: a) lo pedido en la demanda, b) lo excepcionado por la convocada y c) lo resuelto por el panel en el laudo.***

***8.3.3.2.- Si de la apreciación integral de esos elementos se colige que la relación trabada entre el objeto del litigio arbitral (compuesto por los pretendido por el actor y lo alegado como defensa por el convocado) y el fallo no se encuentra sustancialmente alterado en sus extremos jurídicos relevantes, forzoso será predicar la congruencia del laudo.***

***8.3.3.3.- En sentido opuesto, habrá incongruencia si el sentenciador trastocó de manera relevante el debate contradictorio objeto de arbitraje, sorprendiendo el colegiado con un dictamen que se pronunció o concedió derecho o cosa diferente a la pedida por la parte interesada, caso en el cual el fallo será extra petita ubicándose por fuera de las cuestiones que componen la controversia litigiosa (pues nadie pidió lo que se concedió); al tiempo que se revelará como ultra petita cuando lo reconocido o condenado por el sentenciador, pese a estar comprendido dentro del marco litigioso, excede en cantidad o cuantía lo demandado; en este último caso el vicio se contraerá a la concedido en exceso.”*** (Sentencia del Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección C, del 27 de noviembre de 2017, CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Rad. 11001-03-26-000-2017-00122-00 (59913).

**3.2.** Conforme al marco conceptual propuesto, se analizaran los cargos de incongruencia. Dos situaciones plantea la recurrente bajo esta causal.

**3.2.1. PRIMERA SITUACIÓN**

Se pregona una incongruencia entre lo solicitado en la pretensión primera de la demanda y lo resuelto por el Tribunal arbitral.

**3.2.1.1.** Indica la recurrente que la parte convocante jamás solicitó que se declarara la invalidez o ineficacia de los **OTRO SÍ** al contrato 001 de fecha 9 de marzo de 2012, invocado como la única realidad contractual. Los dos **OTRO SÍ** que se referían a aumentos de precio, fueron atacados con el argumento central que no fueron con “ocasión de la ocurrencia de fuerza mayor o caso fortuito debidamente demostrados”. Así insistió la convocante en la demanda y en los alegatos de conclusión, sin embargo el Tribunal arbitral decide declarando la carencia de validez y más tarde de la eficacia de las adiciones que nunca fueron puestas en duda sobre tales aspectos, incurriendo de esta forma en una inconsonancia entre lo pedido y lo resuelto.

**3.2.1.2.** Para una mejor visión de lo pedido y lo resuelto, teniendo en cuenta la corrección de la demanda (folios 461 a 506) y la aclaración del fallo, esta Colegiatura elaboró el siguiente cuadro:

|  |  |
| --- | --- |
| **PRETENSIONES DE LA DEMANDA** | **DECISIÓN DEL TRIBUNAL** |
| **PRIMERA:** Que se declare por parte del Tribunal de Arbitramento que entre la empresa **PORTAL DE LA MACARENA SAS** y **CONENCO SAS**, sólo existió una relación contractual para la ejecución del **Proyecto Portal de la Macarena PH**, tal y como quedó consignado y aprobado por las partes en el contrato General de obra No 001 de fecha 9 de marzo de 2012 cuya modalidad era “Llave en Mano”, y sus adiciones a través de otro sí. | **PRIMERO:** Declarar que entre la sociedad **PORTAL DE LA MACARENA SAS** y la sociedad **CONENCO SAS** existió una sola relación contractual derivada del denominado **CONTRATO GENERAL DE OBRA No. 001** de fecha marzo 9 de 2012, bajo la modalidad “llave en mano”. En consecuencia las modificaciones suscritas por las partes a dicho contrato carecen de eficacia. |

**3.2.1.3.** Realizado el correspondiente cotejo entre lo pedido y lo resuelto, se observa que la causal invocada no está llamada a prosperar.

**3.2.1.4.** En efecto, como se puede apreciar, en la demanda se pidió declarar que entre las partes solo existió una relación contractual para la ejecución del proyecto **PORTAL DE LA MACARENA PH**, tal y como quedó consignado en el contrato general de obra No. 001 de fecha 9 de marzo de 2012, cuya modalidad era “llave en mano” y sus adiciones a través de otro sí. El Tribunal arbitral a ello accedió, empero también resolvió que las modificaciones suscritas por las partes a dicho contrato carecían de eficacia, apoyando o fundamentando su decisión en los artículos 116 de la Constitución Política, 11 de la Ley 270 de 1996 modificado por el artículo 4º de la Ley 1285 de 2009 y 114 y 118 de la Ley 1563 de 2012, que facultan a los árbitros a pronunciarse sin ninguna limitación sobre la existencia y validez de un contrato, cuando las partes pactan una cláusula compromisoria; es decir, cuando acuerdan que todas las diferencias surgidas con ocasión del mismo, serán resueltas por este medio, en consecuencia, dicha competencia en virtud de la ley se extiende a su validez y a las eventuales nulidades del negocio jurídico.

Nótese que lo pedido en la demanda coincide con lo resuelto en el laudo, en cuanto a que entre las partes solo existió una relación contractual para la ejecución del proyecto **PORTAL DE LA MACARENA PH**, tal y como quedó consignado en el contrato general de obra No. 001 de fecha 9 de marzo de 2012 y, aunque resolvió que las modificaciones suscritas por las partes a dicho contrato carecían de eficacia, no considera esta Magistratura que el Tribunal se haya pronunciado por fuera de las cuestiones que componen la controversia litigiosa, toda vez que es el valor de las modificaciones al contrato a través de los otro si, las que sirven de sustento para la reclamación por parte de la sociedad convocante. El Tribunal de Arbitramento ha expuesto los fundamentos jurídicos de dicha determinación y a esta Colegiatura le está vedado inmiscuirse en el fondo del asunto.

**3.2. SEGUNDA SITUACIÓN**

**3.2.1.** De otro lado y bajo la misma causal se cuestionan los ordinales **TERCERO** y **CUARTO** de la resolutiva del fallo, por el Tribunal haber ordenado la devolución de una suma de dinero con ocasión del incumplimiento del contrato, cuando lo que se pidió fue su reintegro por no haberse originado en fuerza mayor o caso fortuito:

**3.2.2.** Indica la recurrente que la parte convocante jamás solicitó que se declarara la invalidez o ineficacia de los **OTRO SI** al contrato 001 de fecha 9 de marzo de 2012, invocado como la única realidad contractual. Los dos **OTRO SI** que se referían a aumentos de precio, fueron atacados con el argumento central que no fueron con “ocasión de la ocurrencia de fuerza mayor o caso fortuito debidamente demostrados”. Así insistió la convocante en la demanda y en los alegatos de conclusión, sin embargo el Tribunal arbitral decide declarando la carencia de validez y más tarde de la eficacia de las adiciones que nunca fueron puestas en duda sobre tales aspectos, incurriendo de esta forma en una inconsonancia entre lo pedido y lo resuelto.

**3.2.3.** Para una mejor visión de lo pedido y lo resuelto, teniendo en cuenta la corrección de la demanda (folios 461 a 506) y la aclaración del fallo, esta Colegiatura elaboró el siguiente cuadro:

|  |  |
| --- | --- |
| **PRETENSIONES DE LA DEMANDA** | **DECISIÓN DEL TRIBUNAL** |
| **SEGUNDA:** Que se declare por parte del Tribunal de Arbitramento que la empresa **CONENCO SAS** incumplió el contrato General de obra No 001 cuya modalidad era “Llave en Mano”, suscrito con la sociedad **PORTAL DE LA MACARENA SAS** de fecha 9 de marzo de 2012 , y sus adiciones a través de otro sí.  **CUARTA:** Que se declare por parte del Tribunal de Arbitramento que la empresa **CONENCO SAS** debe reconocer y pagar a la sociedad **PORTAL DE LA MACARENA SAS** la suma de **DOS MIL CIENTO VEINTIOCHO MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y TRES MIL CIENTO SEIS PESOS (2.128.57.106)**, por concepto de la adición al Contrato General de Obra No 001, la cual no fue con ocasión de la ocurrencia de los factores de fuerza mayor o caso fortuito debidamente demostrados. | **TERCERO:** Declarar que la sociedad **CONENCO SAS** incumplió el **CONTRATO GENERAL DE OBRA No. 001** de fecha marzo 9 de 2012, de acuerdo a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.  **CUARTO:** Condenar a la sociedad **CONENCO SAS** a pagar a la sociedad **PORTAL DE LA MACARENA SAS** la suma de **DOS MIL CIENTO VEINTIOCHO MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y TRES MIL CIENTO SEIS PESOS (2.128.573.106.oo)** por concepto del mayor valor pagado por la antes mencionada con ocasión del incumplimiento del contrato general de obra No. 001, modalidad llave en mano. |

**3.3.4.** Realizado el correspondiente cotejo entre lo pedido y lo resuelto, tampoco se observa que la causal invocada esté llamada a prosperar.

**3.3.5.** En efecto, en la demanda se pidió declarar que la empresa **CONENCO SAS** incumplió el contrato General de obra No 001 cuya modalidad era “Llave en Mano”; así lo decidió el Tribunal arbitral.

De la misma manera, se solicitó en la demanda que la empresa **CONENCO SAS** debe reconocer y pagar a la sociedad **PORTAL DE LA MACARENA SAS** la suma indicada, por concepto de la adición al Contrato General de Obra No 001, la cual no fue con ocasión de la ocurrencia de los factores de fuerza mayor o caso fortuito debidamente demostrados. En la pare resolutiva, se ordenó a la sociedad **CONENCO SAS** pagar por concepto del mayor valor pagado con ocasión del incumplimiento del contrato general de obra No. 001, modalidad llave en mano.

**3.3.6.** En criterio de esta Magistratura, está claro en el laudo que la orden de pago a la sociedad **CONENCO SAS** no está fundamentada en razón a una fuerza mayor o caso fortuito, como se deprecó en la demanda. Lo fue por un mayor valor pagado al contratista, habiéndose demostrado previamente, según la sentencia, el incumplimiento de dicho contrato, tal como se pidió en libelo inicial, lo cual no riñe con las pretensiones ni con lo resuelto.

**4.** Con fundamento en lo expresado anteriormente, se declarará infundado el recurso de anulación formulado. Se condenará en costas a la sociedad impugnante.

**V. DECISIÓN**

En armonía con lo expuesto, la Sala de decisión Civil Familia del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: DECLARAR INFUNDADO** el recurso de anulación formulado por la sociedad **CONENCO SAS**, frente al laudo del 22 de diciembre de 2017, aclarado y complementado mediante providencia de 9 de enero de 2018, proferido por el Tribunal de Arbitramento del Centro de Arbitraje y Conciliación de Cámara de Comercio de Pereira, en el proceso arbitral promovido por la empresa **PORTAL DE LA MACARENA SAS.**

**SEGUNDO: CONDENAR** a la sociedad impugnante al pago de las costas procesales. Inclúyase como agencias en derecho la cantidad de dos millones de pesos ($2’000.000). La Secretaría de la Sala practicará la respectiva liquidación.

**TERCERO: DEVOLVER** el expediente del proceso arbitral al Centro de Arbitraje y anéxese copia de este fallo.

Notifíquese,

Los Magistrados,

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**