

## **RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION - Procedibilidad sujeta verificación de la causal invocada**

Debe recordarse que en el recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales, los poderes del juez del recurso de anulación están limitados por el llamado "principio dispositivo", en razón del cual no le es dable interpretar lo expresado por el recurrente para entender o deducir la causal invocada y menos aún para pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del recurso. (...) su procedencia está condicionada a que se invoquen y sustenten debidamente las causales expresamente señaladas en la ley por errores de procedimiento, toda vez que, por disposición del artículo 39 del Decreto 2279 de 1989, modificado por el artículo 128 de la Ley 446 de 1998, el juez de la anulación debe rechazar de plano el recurso, cuando los causales no correspondan a ninguna de las señaladas en la ley. (...) No obstante lo anterior la jurisprudencia ha presentado diversos criterios sobre la oportunidad en que se debe invocar la causal que fundamenta el recurso, esto es, si deber ser al momento de interponer el recurso o si al tiempo de sustentarlo. (...) En un primer estadio la jurisprudencia señaló que la causal de anulación necesariamente ha de estar invocada al formularse el recurso, por cuanto si el mencionado artículo 128 de la Ley 446 de 1998, compilado por el artículo 164 del Decreto 1818 de 1998, impone la obligación de rechazar el recurso cuando no se invoque una de las causales taxativamente previstas en la ley, para poder calificar esta situación preliminar de viabilidad de la impugnación, necesariamente era menester indicar la causal en el escrito en el que se presenta el recurso extraordinario de anulación, so pena de considerarla extemporánea y en tal virtud inaceptable si hacer con posterioridad a la presentación del recurso. (...) posteriormente (...) cambió su posición con fundamento en el artículo 22 de la Ley 1150 de 2007, que modificó el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 y los artículos 161 y 164 del Decreto 1818 de 1993 (artículos 37 del Decreto 2279 de 1989 y 128 de la Ley 446 de 1998), para admitir la posibilidad de señalar nuevas causales al momento de la sustentación.

**FUENTE FORMAL:** LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 128

## **NULIDAD DE LAUDO ARBITRAL - Causales. Fallo extra petita / INTERESES DE MORA - Aplicación del artículo 177 del C. C. A.**

En relación con el cargo formulado, si bien en la pretensión cuarta, letra b), transcrita al inicio de esta providencia (...) se observa que la convocante en la demanda no pidió intereses moratorios a la tasa máxima legal autorizada por la Superintendencia Financiera, es claro que el tribunal en el laudo no decidió sobre puntos no sometidos al litigio, o concedió un aspecto por fuera de lo solicitado, es decir, de manera extra petita. (...) la orden de pagar intereses de mora a la tasa máxima autorizada por la Superintendencia Financiera no constituye un asunto ajeno a la controversia ni está por fuera del pronunciamiento de los árbitros ni de su competencia, dado que es aplicación de la ley en materia de pago de obligaciones dinerarias contenidas en condenas judiciales. (...) recuérdese que las expresiones del inciso quinto del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, que establecían un trato diferente para las entidades estatales en el pago de sus condenas del que se aplica según las reglas generales a los particulares, fueron declaradas inexecutable, como consecuencia de lo cual en adelante sean entidades públicas o sean particulares, todos deben someterse a las mismas reglas generales (arts. 1608 y 1617 del Código Civil y el artículo 884 del Código de Comercio, entre otras), esto es, pagar intereses cuando no se cumpla oportunamente con lo dispuesto por la sentencia judicial condenatoria (o por un laudo arbitral). (...) las cantidades líquidas reconocidas en las sentencias

emitidas por esta jurisdicción devengarán intereses a partir de la ejecutoria de la providencia, norma por supuesto aplicable a los laudos proferidos por los jueces arbitrales cuando conocen de asuntos que se ventilan en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo por virtud de un pacto arbitral. (...) el juez arbitral no incurrió en vicio extra petita, pues el laudo no recayó sobre cuestiones no sujetas al arbitraje, teniendo en cuenta que, aún sin petición expresa de parte, se deben intereses respecto de la sumas líquidas reconocidas en las sentencias cuando ellas no se paguen oportunamente, punto que no necesariamente debe ser objeto de pronunciamiento judicial en tanto lo fija ley, pero que sí así se dispone en la providencia no la hace incurrir en el aludido vicio.

**NOTA DE RELATORIA:** Al respecto ver sentencia de la Corte Constitucional C-188 de 1999.

#### **COSTAS - Noción**

Las costas representan aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial, carga económica que comprende, por una parte, las expensas, es decir, todos los gastos necesarios para el trámite del juicio distintos del pago de apoderados, tales como honorarios de peritos, impuestos de timbre, copias, gastos de desplazamiento en diligencias realizadas fuera de la sede del despacho judicial, etc. y, por otra parte, las agencias en derecho, que corresponden a los gastos incurridos por concepto de apoderamiento judicial, pero que, en todo caso, se decretan a favor de la parte y no de su representante judicial.

#### **COSTAS - Condena**

El artículo 19 de la Ley 1395 de 2010, por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial, ordena que en la misma sentencia o auto en que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de anulación interpuesto contra laudo arbitral, se fijará el valor de las agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación. (...) En las anteriores condiciones se impone concluir que, como el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la sociedad GRANADOS ESLAVA Y COMPAÑÍA S. EN C., en su calidad de convocada en el proceso arbitral, es infundado, por cuanto no prosperó alguna de las causales invocadas, en su calidad de recurrente será condenada en costas, de conformidad con lo ordenado en el inciso tercero del artículo 165 del Decreto 1818 de 1998, que compiló el artículo 40 del Decreto 2279 de 1989, reformado por el artículo 129 de la Ley 446 de 1998. (...) Teniendo en cuenta los criterios establecidos en el numeral 3 del artículo 393 del Código de Procedimiento Civil y artículo 3 del acuerdo No. 1887 de 2003, y dado que no se presentó eventualidad extraordinaria alguna en el trámite propio del recurso, que hubiere dificultado el proceso con actuaciones adicionales ni se observan otros gastos, se fijará a título de agencias en derecho el equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

**FUENTE FORMAL:** LEY 1395 DE 2010 - ARTICULO 19

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

## SECCION TERCERA

### SUBSECCION B

**Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil once (2012)

**Radicación número: 11001-03-26-000-2011-000-60-00(42126)**

**Actor: ELECTRIFICADORA DE SANTANDER S.A.**

**Demandado: GRANADOS ESLAVA Y COMPAÑIA S. EN C.**

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

Decide la Sala el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la sociedad GRANADOS ESLAVA Y COMPAÑIA S. EN C., en calidad de parte convocada en el trámite arbitral, contra el laudo proferido el 14 de julio de 2011 por el Tribunal de Arbitramento convocado para resolver las controversias surgidas entre esa sociedad con la ELECTRIFICADORA DE SANTANDER S.A, con ocasión de la suscripción del contrato de obra n.º CO-GDO-DGC-002-008-09047-05 de 9 de febrero de 2009, cuyo objeto era ejecutar: "conexión de la red eléctrica, construcción de la línea 34,5 KV y subestación de 1 MVA, 34,5/13.2 KV, para RAMBAL S.A."

### I. ANTECEDENTES

#### 1. El contrato

Entre la ELECTRIFICADORA DE SANTANDER S.A y la sociedad GRANADOS ESLAVA Y COMPAÑIA S. EN C., se suscribió el contrato de obra n.º CO-GDO-DGC-002-008-09047-05 de 9 de febrero de 2009, en virtud del cual la sociedad mencionada se comprometió a ejecutar a favor de la electrificadora, bajo su exclusiva dirección y responsabilidad el "conexión de la red eléctrica, construcción de la línea 34,5 KV y subestación de 1 MVA, 34,5/13.2 KV, para RAMBAL S.A.", ubicado en el Parque Industrial.

#### 2. El pacto arbitral

La cláusula compromisoria fundamento de la convocatoria del trámite arbitral, se encuentra contenida en la cláusula vigésima segunda del contrato de obra n.º CO-GDO-DGC-002-008-09047-05 de 9 de febrero de 2009, en los siguientes términos:

"CLÁUSULA VIGÉSIMA SEGUNDA.- SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: Si surgiere una divergencia, disputa o controversia entre las partes por razón o con ocasión del presente contrato, LAS PARTES buscarán de buena fe un arreglo directo antes de acudir al trámite arbitral aquí previsto. En consecuencia, si surgiere alguna diferencia, cualquiera de las partes notificará a la otra la existencia de dicha diferencia y una etapa de arreglo directo surgirá desde el día siguiente a la respectiva notificación. Esta etapa de arreglo directo culminará a los treinta (30)

días siguientes a la fecha de su comienzo. Si no hubiere arreglo entre las partes dentro de la etapa antedicha, cualquiera de ellas podrá dar inicio al arbitraje institucional. En consecuencia, toda controversia o divergencia relativa a este contrato, a su celebración, ejecución, desarrollo, a su terminación, a su liquidación o al cumplimiento de cualquiera de las obligaciones señaladas en el mismo, se resolverá por un tribunal de arbitramento que se sujetará a lo dispuesto por el Decreto 2279 de 1.989, Decreto 2651 de 1.991, ley 80 de 1993, ley 446 de 1.998, decreto 1818 de 1.998 y demás disposiciones legales que le sean aplicables, los reglamenten, adicionen o modifiquen y de acuerdo con las siguientes reglas: a) el tribunal arbitral estará integrado por tres (3) árbitros; b) el tribunal funcionará en la ciudad de Bucaramanga, en el centro de conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio de Bucaramanga; c) las partes delegan en el centro de conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio de Bucaramanga la designación de los árbitros mediante sorteo de la lista de árbitros que lleve el mismo centro; d) el tribunal decidirá en derecho.” (fls. 21 y 22 cd. 1).

### **3. La demanda arbitral**

El 24 de marzo de 2010 la ELECTRIFICADORA DE SANTANDER S.A., mediante apoderado, presentaron ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bucaramanga solicitud de convocatoria de un Tribunal de Arbitramento y demanda en contra de la sociedad GRANADOS ESLAVA Y COMPAÑÍA S. EN C., con el fin de solucionar las diferencias surgidas entre las partes en relación con la ejecución del contrato de obra n.º CO-GDO-DGC-002-008-09047-05 de 9 de febrero de 2009, para lo cual solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (fls. 1 a 9 cd. 1):

**“PRIMERA:** Que entre la sociedad GRANADOS ESLAVA Y COMPAÑÍA S. EN C. y la ELECTRIFICADORA DE SANTANDER S.A. E.S.P., se celebró el 09 de febrero de 2010 (sic) un contrato escrito de obra, cuya ejecución debió realizar la primera dentro del lapso comprendido entre el 04 de marzo de 2009 y el 2 de junio de 2009.

**SEGUNDA:** Que la CONTRATISTA no ejecutó, por su culpa, las obligaciones a su cargo, entre ellas las expresadas en las cláusulas primera, segunda, octava y vigésima primera del contrato.

**TERCERA:** Que la CONTRATISTA recibió de la CONTRATANTE a título de anticipo del valor de la obra contratada la suma \$32.834.406.40 en el mes de abril de 2009.

**CUARTA:** Que la CONTRATISTA, por su culpa, no dio inicio oportuno a la labor contratada, no ejecutó ninguna actividad relacionada con el objeto del contrato, ni proporcionó equipo o material alguno, razón por la cual debe pagar a la contratante las siguientes sumas de dinero:

a. TREINTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS SEIS PESOS CON CUARENTA CENTAVOS (\$32.834.406,40), más los intereses moratorios comerciales causados a partir del mes de abril de 2009 hasta cuando pague a la Contratante la totalidad de lo adeudado. Este valor corresponde a la cantidad dineraria recibida por la CONTRATISTA a título de anticipo en el mes de abril de 2009.

b. DIECISEIS MILLONES CUATROCIENTOS DIECISIETE MIL DOSCIENTOS TRES PESOS CON VEINTE CENTAVOS (\$16.417.203,20), equivalente al diez por ciento (10%) del valor del contrato, a título de perjuicios que fueron estimados anticipadamente en la cláusula DÉCIMA TERCERA, del documento contentivo del acuerdo de voluntades.

**QUINTA:** Que SEGUROS DEL ESTADO S.A. ente con NIT 0009578-6 en virtud del contrato contenido en la póliza de seguro de cumplimiento particular número 96-45-101007448, expedida el 11 de febrero de 2009, asumió los riesgos de 'INCUMPLIMIENTO' y 'BUEN MANEJO DEL ANTICIPO' en cuantías de \$16.417.203.20 y \$32.834.406.40 respectivamente, con el fin de amparar los riesgos antes expresados con ocasión del contrato reseñado en el numeral 1 de los hechos de este escrito demandatorio.

**SEXTA:** Que se realizaron los riesgos asumidos por SEGUROS DEL ESTADO S.A. en lo que respecta al 'INCUMPLIMIENTO' y el 'BUEN MANEJO DEL ANTICIPO' y por ello debe pagar a la ELECTRIFICADORA DE SANTANDER S.A., beneficiaria del seguro, el valor de los amparados convenidos con el tomador en cuantías de \$16.417.203.20 y \$32.834.406.40 respectivamente, más los intereses moratorios comerciales que señala el 1080 del Código de Comercio.

**SÉPTIMA:** Se condene en costas a las convocadas.”

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

En la demanda, en síntesis, la convocante afirmó que pese haber pagado el valor correspondiente al anticipo del contrato celebrado entre las partes en cuantía de \$32.834.406,40, el contratista incumplió las obligaciones a su cargo, toda vez que *“infringió el segmento octavo del contrato al no mantener, durante el lapso en que debió ejecutarse la obra, el personal ni el equipo o maquinaria exigidos en esta cláusula. Tampoco dio cumplimiento a la estipulación Vigésima Primera en lo que respecta a la obligación de afiliar el sistema de seguridad social (EPS, ARP y pensiones) al personal a vincular en las labores contratadas”*. Tal incumplimiento, agregó, consta en el Acta de Inspección de Obra de 26 de mayo de 2009 en la cual se indica que el contratista no dio inicio a la obra *“no ejecutó ninguna actividad relacionada con el objeto del contrato, ni proporcionó equipo o material alguno.”*

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

El 25 de junio de 2010, se celebró la audiencia de instalación del Tribunal, y mediante auto de la misma fecha se ordenó correr traslado al convocado y notificar personalmente al Ministerio Público (fls. 122-126 cd. 1).

#### **6. La oposición**

El convocado, en la contestación de la demanda (fls. 143 a 146 cd. 1) se opuso a las pretensiones, aceptó algunos hechos como ciertos y rechazó otros. Afirmó que en el presente asunto la que incumplió fue la empresa electricadora contratante, ya que, por una parte, solo hizo el pago del anticipo cuando ya había transcurrido la mitad del tiempo contractual (45 días de 90), y de otra parte, el día 15 de marzo de 2009, manifestó la imposibilidad de empezar la obra, por cuanto no se había movido las máquinas que pasaban por debajo de la subestación y que era un requisito que se debía cumplir para iniciar tales trabajos.

## 7. El laudo arbitral recurrido

El Tribunal de Arbitramento, en audiencia celebrada el 14 de julio 2011 (fls. 154 a 181 c.ppal.), dictó el laudo que se recurre, en el que se adoptaron las siguientes decisiones:

**PRIMERO:** Declarar impróspera la excepción de mérito propuesta por la sociedad convocada.

**SEGUNDO:** Declarar que entre la sociedad GRANADOS ESLAVA Y COMPAÑÍA S. EN C. y la ELECTRIFICADORA DE SANTANDER S.A. E.S.P., se celebró el 9 de febrero de 2009 un contrato escrito de obra, cuya ejecución debió realizar la primera dentro del lapso comprendido entre el 4 de marzo de 2009 y el 2 de junio de 2009.

**TERCERO:** Declarar que la CONTRATISTA no ejecutó, por su culpa, las obligaciones a su cargo, entre ellas las expresadas en las cláusulas primera, segunda, octava y vigésima primera del contrato.

**CUARTO:** Declarar que la CONTRATISTA recibió a título de anticipo del valor de la obra contratada la suma \$32.834.406.40 en el mes de abril de 2009.

**QUINTO:** Declarar que la CONTRATISTA por su culpa, no dio inicio oportuno a la labor contratada, no ejecutó ninguna actividad relacionada con el objeto del contrato, ni proporcionó equipo o material alguno, razón por la cual debe pagar a la contratante las siguientes sumas de dinero:

c. TREINTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS SEIS PESOS CON CUARENTA CENTAVOS (\$32.834.406,40), más los intereses moratorios comerciales causados a partir del día 17 de abril de 2009 hasta cuando pague a la Contratante la totalidad de lo adeudado. Este valor corresponde a la cantidad dineraria recibida por la CONTRATISTA a título de anticipo en el mes de abril de 2009.

d. DIECISEIS MILLONES CUATROCIENTOS DIECISIETE MIL DOSCIENTOS TRES PESOS CON VEINTE CENTAVOS (\$16.417.203,20), equivalente al diez por ciento (10%) del valor del contrato, a título de perjuicios que fueron estimados anticipadamente dentro de los diez (10) días calendario siguientes a la ejecutoria de esta providencia, de conformidad con lo expresado en la cláusula décima tercera. En caso de no pago de dicha suma de dinero, en el término convencionalmente pactado, se generaran intereses de mora a la tasa máxima legal autorizada por la Superintendencia Financiera.

**SEXTO:** Las pretensiones quinta y sexta se inhibe el tribunal por cuanto el apoderado de la partes convocante renunció expresamente de la demanda contra la compañía aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A.

**SÉPTIMO:** Condenar en costas a la sociedad GRANADOS ESLAVA Y COMPAÑÍA S. EN C. a favor de la ELECTRIFICADORA DE SANTANDER S.A. ESP por el valor pagado a esta última, es decir, la suma de OCHO MILLONES SETENTA Y OCHO TRESCIENTOS SESENTA PESOS (\$8.78.360) M/Cte.

**OCTAVO:** Condenar al pago a favor de la ELECTRIFICADORA DE SANTANDER S.A. ESP. Y a cargo de la sociedad GRANADOS ESLAVA Y COMPAÑÍA S. EN C.

a la suma de CINCO MILLONES DE PESOS M/CTE. (\$5.000.000), por concepto de agencias en derecho.

**NOVENO:** Ordenase el pago del saldo de honorarios a los Árbitros y Secretaría ejecutoriados el presente laudo.

**DÉCIMO:** Ejecutoriada la providencia expídase por secretaría sendas copias auténticas del presente laudo con destino a las partes con la constancia de prestar mérito ejecutivo a favor de la parte Convocante.

**DÉCIMO PRIMERO:** Protocolícese el expediente en una de las notarías del círculo de Bucaramanga, reparto, una vez quede ejecutoriado el presente laudo.

**DÉCIMO SEGUNDO:** Ordenar la devolución de las sumas no utilizadas de la partida de "gastos", a las partes en el evento de generarse remanente previa deducción de lo que corresponda por la protocolización del expediente. Agréguese al expediente las constancias respectivas."

## **8. La impugnación**

La convocada, sociedad GRANADOS ESLAVA Y COMPAÑÍA S. EN C., formuló el 22 de julio de 2011 recurso de anulación contra el laudo arbitral (fl. 185 c.ppal.), para lo cual invocó únicamente la causal 6º del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989: "*Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo*"; pues, a su juicio, "*es protuberante y abiertamente notorio dentro del desarrollo de la parte motiva y considerativa del laudo que la decisión fue tomada en conciencia, ya que fueron desconocidas en forma palmaria las normas que rigen la materia*" (fls. 185 y 187).

Posteriormente, y una vez admitido por esta Corporación en auto de 14 de octubre de 2011 (fl. 192), agregó en el escrito de sustentación del recurso (fls. 194 a 204) la causal 8 de anulación consagrada en el citado artículo: "*Haberse (sic) recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido*".

Los argumentos del impugnante, del opositor y del Ministerio Público, serán referidos al analizar cada uno de los cargos formulados en el recurso extraordinario de anulación.

## **II. CONSIDERACIONES**

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

### **1. COMPETENCIA**

El Consejo de Estado es competente para conocer del presente recurso de anulación contra laudo arbitral, por cuanto fue proferido para dirimir un conflicto surgido con ocasión del contrato de obra n.º CO-GDO-DGC-002-008-09047-05 de

9 de febrero de 2009, en el que una de las partes, ELECTRIFICADORA DE SANTANDER S.A.<sup>1</sup> es una entidad pública.

Por consiguiente, como quiera que en el negocio jurídico fuente del conflicto una de las partes es una entidad pública, esta Corporación resulta competente para conocer la impugnación del laudo arbitral que se somete a su consideración, toda vez que con la expedición de la Ley 1107 de 2006, el Legislador asignó, a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la competencia para juzgar las controversias en las cuales sean parte las “entidades públicas”<sup>2</sup>.

## 2. DEL ARBITRAMIENTO Y DEL RECURSO DE ANULACIÓN

Conforme a la jurisprudencia reiterada de la Sala<sup>3</sup>, el recurso extraordinario de anulación no puede utilizarse como si se tratara de una segunda instancia, razón por la cual no es admisible que por su intermedio se pretenda continuar o replantear el debate sobre el fondo del proceso. En otros términos, a través del recurso de anulación no podrán revocarse determinaciones del Tribunal de Arbitramento basadas en razonamientos o conceptos derivados de la aplicación de la ley sustancial, al resolver las pretensiones y excepciones propuestas, así como tampoco por la existencia de errores de hecho o de derecho al valorar las pruebas en el asunto concreto, que voluntariamente se les sometió a su consideración y decisión.

De otra parte, conviene también puntualizar que, con anterioridad a la modificación que sufrió el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 por cuenta del artículo 22 de la Ley 1150 de 16 de julio de 2007, las causales de anulación de laudos arbitrales se encontraban previstas en dos normas: la primera en el citado artículo 72 aplicable a los contratos estatales; y la segunda en el artículo 38 del Decreto ley 2279 de 1989, para los contratos regidos exclusivamente por el derecho privado, compiladas ambas en los artículos 230 y 163 del Decreto 1818 de 1998, respectivamente.

Además, según la jurisprudencia que desarrolló la Sala al amparo del texto original de la Ley 80 de 1993, las causales de anulación que resultaban aplicables a un contrato celebrado por una entidad pública pero regido por el derecho privado, debían ser las contenidas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998; en efecto,

---

<sup>1</sup> Es una empresa de servicios públicos mixta, domiciliada en Bucaramanga, constituida como una sociedad por acciones, del tipo de anónimas, mediante escritura pública n.º 2380 de 16 de septiembre de 1950 de la Notaría Segunda del Círculo de Bucaramanga y sometida al régimen general de los servicios públicos domiciliarios (Cfr. certificado de existencia y representación a fls. 71 a 74 cd. 1).

<sup>2</sup> “Artículo 1º. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedará así: “*Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley (...)*”. (Subraya la Sala). Así, al modificarse la cláusula general de competencia prevista en el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, se adoptó un criterio orgánico, o lo que es igual, la competencia se fijó conforme a un elemento subjetivo, de acuerdo con el cual el factor para efectos de atribuir la competencia es la pertenencia de uno de los sujetos procesales a la estructura del Estado, abandonando así el factor funcional o material.

<sup>3</sup> Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 8 de junio de 2006, exp. 29.476, Actor: Bellco Comunicaciones Limitada - Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom – En Liquidación y Sentencia de 8 de junio de 2006, exp. 32.398 Actor: Sociedad Concesionaria Obras y Proyectos del Caribe S.A. - Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

así lo señaló para cuando una empresa de servicios públicos de naturaleza estatal celebrara un contrato amparado por el derecho privado, en conformidad con los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994<sup>4</sup>.

Empero, este tema que motivó a la dualidad de causales de anulación de laudos arbitrales, se encuentra superado en la actualidad, por cuanto la Ley 1150 de 16 de julio de 2007, modificó en su artículo 22 el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, para establecer:

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

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

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

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

Así las cosas, a partir de la vigencia del anterior precepto<sup>5</sup>, se unificó el sistema de las causales para los recursos de anulación contra laudos ante el contencioso administrativo, en el sentido de que corresponden a las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, compilado en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, con independencia de que el contrato origen del conflicto dirimido en el respectivo laudo arbitral sea regido por el derecho privado o por el estatuto de contratación de la Administración Pública.

En consecuencia, como quiera que en el *sub exámine* tanto la expedición del laudo arbitral como la interposición del recurso extraordinario contra el mismo ocurrieron los días 14 de julio y 22 de julio de 2011, respectivamente, esto es cuando ya se encontraba vigente la reforma al sistema de impugnación, entonces las causales de anulación que resultan aplicables son las establecidas por el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, que compiló el artículo 38 del Decreto ley 2279 de 1989.

### **3. DEL RECURSO DE ANULACIÓN EN EL CASO CONCRETO**

El laudo arbitral de 14 de julio de 2011 impugnado no será anulado, decisión que se fundamentará en el análisis de los cargos formulados por el recurrente y en la sustentación presentada en el término previsto por la ley<sup>6</sup>, teniendo en cuenta los criterios que la jurisprudencia de la Sala ha adoptado en torno a las causales de anulación de laudos arbitrales.

---

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 24 de mayo de 2006, exp. 31.024, C.P. Alier Hernández Enríquez.

<sup>5</sup> Vigente en la mayor parte de su articulado, incluyendo el citado, a los seis (6) meses después de su promulgación, de acuerdo con lo previstos en el artículo 33 de la citada ley, esto es, desde el 17 de enero de 2008.

<sup>6</sup> Escrito 30 de noviembre de 2011 a fls. 194 a 204 del c.ppal.

**3.1 Primera causal: “Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo” (Causal 6 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998)**

**3.1.1. Sustentación del recurrente**

Según el recurrente esta causal se configura con fundamento en que en el proceso arbitral se probó: *“a) Que el pago del ANTICIPO sólo se realizó por la ELECTRIFICADORA cuarenta y cinco (45) días después de lo pactado, siendo el contrato de noventa (90) días. b) Que el terreno nunca pudo ser entregado al CONTRATISTA para la ejecución de la misma obra, y c) Que la misma ELECTRIFICADORA DE SANTANDER S.A. E.S.P., manifestó su incumplimiento debido al cambio de propietario que sufrió la Electrificadora por la venta de las acciones del gobierno nacional a las EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN y la firma RAMBAL beneficiaria del contrato manifestó no poder aceptar la construcción sino hasta el día 15 de julio, es decir, ya fuera del término del contrato”.*

Así las cosas, estimó que *“el Tribunal desestimó completamente las pruebas arrojadas en el proceso”* porque no entiende cómo podría el contratista de una obra realizar la misma sin la disposición del terreno. Adujo que *“existe prueba donde consta que por la responsabilidad de la Contratante no se ha realizado la obra, y esta prueba es aceptada por ésta (Electrificadora de Santander), prueba que fue encontrada o hallada en la diligencia de Inspección Judicial efectuada en las dependencias de la demandante.”*

A su juicio los árbitros ignoraron las razones que el contratista tuvo para su abstención cual fue la disposición del terreno y desechando totalmente las pruebas desconocieron también la jurisprudencia (Corte Suprema de Justicia de 12 de febrero de 1980) que ordena al árbitro indicar el mérito que le asigna a cada prueba y los motivos que tuvo para hacerlo.

En síntesis, consideró que el Tribunal Arbitral *“cayó en un fallo en conciencia, pues desconoció la totalidad de las pruebas allegadas violando el derecho de defensa, y no teniendo en cuenta la verdad (...) del proceso al proferir el fallo”, y “ni siquiera le da el derecho a su contradicción”.* En apoyo de sus argumentos cita doctrina relacionada con el derecho al debido proceso y su corolario de defensa (art. 29 C.P.), haciendo especial énfasis en la posibilidad de controvertir las pruebas allegadas en su contra, la de traerlas al proceso y lograr que sean decretadas, practicadas y tenidas en cuenta las que existan a su favor.

Finalmente, allegó a su recurso documentos que dice que obran en el proceso de arbitral (copias simples de la comunicación de 21 de abril de 2009 dirigida por la Electrificadora de Santander a Rambal S.A. y comunicación de ésta última con fecha 1 de junio de 2009 dirigida a la primera).

**3.1.2. La oposición al recurso extraordinario de anulación**

La parte convocante solicitó desestimar este cargo porque la inconformidad del recurrente se fundamenta en que se desconoció el valor, el derecho probatorio y el alcance de las pruebas que en forma contundente enervaban la acción del demandante.

Indicó que en el auto de pruebas del Tribunal Arbitral, se procedió a decretar las solicitadas por las partes, y a la convocada se le decretaron testimonios,

interrogatorio de parte e inspección judicial con exhibición de documentos, pruebas practicadas y analizadas una a una en el laudo proferido, situación diferente es que la convocada no comparta el análisis y la conclusión a la que llegó el Tribunal con base en dichas pruebas. Incluso, anotó, la convocada desistió de pruebas, como el testimonio del interventor, quien mediante oficios le recordaba el cumplimiento del contrato y la fecha en la que debía terminar la obra (2 de junio de 2009).

En su concepto, la convocada pretende eludir su obligación de pago, sin que hubiese utilizado el procedimiento para suspender el contrato si se presentaba una fuerza mayor (cláusula duodécima), por lo que *“es absurdo querer plantearlo hoy, cuando pretendemos que se devuelvan los dineros entregado a título de anticipo”*.

Agregó que *“como lo narra el Tribunal se encuentra absolutamente probado que existían obras que podían ejecutarse por fuera de la sede Rambal, lo que demuestra el total desinterés por parte de la convocada en ejecutar la obra”,* y que se dieron *“un sin número de notificaciones y solicitudes por parte de ESSA a la convocada en las que advertía el incumplimiento que se venía presentando en el desarrollo del contrato, por lo tanto es absurdo justificar su negligencia...”*

Así mismo, reiteró el argumento expuesto en el proceso arbitral según el cual de no encontrarse listo el terreno donde se iba a practicar la obra, no se entiende por qué la convocada suscribió el acta de inicio de actividades n.º 1 de 4 de marzo de 1999, sin dejar constancia al respecto.

Finalmente, compartió lo expuesto por el tribunal arbitral en el sentido de que en el contrato no se plasmó obligación del contratante de entrega de terreno y por lo mismo no podía exigirse tal obligación, encontrándose absolutamente probado que la obra contratada ni siquiera empezó a ejecutarse por la sociedad Granados Eslava.

### **3.1.3. Concepto de la vista fiscal**

El Ministerio Público, señaló que del texto del laudo arbitral no se deduce ninguna de las características del laudo en conciencia, en la medida en que la decisión sobre las pretensiones se fundamentó en las normas que regulan la actividad contractual, las pruebas que obran en el proceso y en la aplicación de los principios procesales, entre ellos la sana crítica para la valoración de la prueba.

En su concepto, si bien esta no es la etapa para realizar una valoración probatoria, porque el trámite del recurso no constituye una instancia para estudiar de fondo el laudo, si se puede afirmar que en el proceso arbitral se encuentra probada cada una de las conductas constitutivas de incumplimiento por parte del contratista que permiten inferir que la falta de ejecución del contrato se debió a él y no a la intervención de terceros.

Por último, indicó que el hecho de que el Tribunal no haya mencionado en sus considerandos los documentos que echa de menos el recurrente no implica que se hayan desconocido las circunstancias constitutivas del incumplimiento, por lo que se trata de un argumento con el cual busca la sociedad convocada que se valore nuevamente los documentos aportados por ella en la etapa probatoria del proceso arbitral.

### **3.2.3. Análisis de la Sala**

3.2.3.1. El artículo 1º del Decreto 2279 de 1989, establece que el arbitraje puede ser en derecho, en equidad o técnico<sup>7</sup>: (i) en derecho cuando los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente; (ii) en conciencia cuando deciden con fundamento en el sentido común y la equidad; y (iii) técnico cuando se pronuncian en razón a sus específicos conocimientos en una determinada ciencia, arte u oficio; igualmente, señala el precepto aludido que en la cláusula compromisoria o en el compromiso, las partes indicarán el tipo de arbitraje al que deseen someter su controversia y, en silencio de las mismas, el fallo será en derecho.

De manera pues que el fallo en conciencia se caracteriza porque el juez dicta la providencia sin efectuar razonamientos de orden jurídico, prescindiendo de las normas jurídicas y de acuerdo con su íntima convicción en relación con el deber ser y la solución recta y justa del litigio, luego de examinar los hechos, las pruebas y de valorar bajo su libre criterio y el sentido común las circunstancias de tiempo, modo y lugar que dieron lugar a la controversia.

De conformidad con reiterada jurisprudencia, el fallo en conciencia se presenta cuando el juez toma determinaciones siguiendo lo que le dicta su propio fuero interno, según su leal saber y entender, basado exclusivamente en el principio de la equidad o no, de manera que bien puede identificarse con el concepto de verdad sabida y buena fe guardada ("*ex aequo et bono*")<sup>8</sup>, y significa que va más allá que decidir en equidad. En cambio, en el fallo en derecho el juez debe apoyarse en el ordenamiento jurídico, esto es, en el conjunto de normas sustanciales y procesales, así como en los principios que lo integran, que constituyen el marco de referencia en el que se ha de encuadrar su decisión.

La Sala en sentencia de 3 de abril de 1992, exp. 6695, precisó los requisitos y alcances de la causal relativa a haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, así:

"El arbitramento puede ser en derecho, en conciencia o técnico; tanto el fallo en conciencia como en derecho tiene que reposar sobre un motivo justificativo.

"...El laudo en derecho que carezca de motivación no se convierte en fallo en conciencia. La diferencia entre estos fallos no radica en ese aspecto formal o accidental, sino que toca con el marco de referencia normativo que condiciona la conducta del juzgador en uno y otro.

"Es cierto que el juez de derecho debe motivar sus fallos y que dentro de esa motivación las pruebas merecen tratamiento especial. Pero si incumple ese deber en forma absoluta el fallo podrá ser anulable, pero no cambiará su esencia para convertirse en fallo en conciencia. Esto como principio procesal general, porque frente a los laudos arbitrales esa falta de motivación no aparece contemplada dentro de las causales de anulación de los mismos y menos cuando no se niega sino que se clasifica como deficiente o irregular.

---

<sup>7</sup> El artículo 116 de la Constitución Política establece: "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".

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. María Elena Giraldo Gómez, sentencia de 27 de abril de 1999, exp.15623, C.P. Daniel Suárez Hernández, y sentencia de 16 de abril de 2000, exp. 18.411, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

“(…) Solo cuando el fallo que se dice en derecho deje de lado en forma ostensible, el marco jurídico que deba acatar para basarse en la mera equidad podrá asimilarse a un fallo en conciencia; porque si el juez adquiere la certeza que requiere para otorgar el derecho disputado con apoyo en el acervo probatorio y en las reglas de la sana crítica, ese fallo será en derecho, así no hable del mérito que le da a determinado medio o al conjunto de todos.”<sup>9</sup> (Subraya la Sala)

Por otro lado, la Sección también ha señalado que la decisión equivocada no se identifica con la decisión en conciencia, razón por la que la causal de anulación en estudio no puede justificar -por parte del juez del recurso- la revisión de la argumentación jurídica elaborada por el Tribunal de Arbitramento (sentencia de 28 de noviembre de 2002, exp. 22.191). Además, ha puntualizado que para que se configure un fallo en conciencia, es necesario que dicha circunstancia sea evidente, ostensible y clara, por cuanto no resulta admisible que con esta causal se abra un debate propio de la segunda instancia.

Igualmente, la Sala ha sostenido que con base en esta causal no será posible verificar el fondo del fallo, ni menos aún modificar el valor probatorio que el juzgador le otorgó a cada una de las pruebas, en atención a los límites que la ley ha fijado a este recurso o, lo que es igual, no es laudo en conciencia el que tiene una valoración de las pruebas que no comparte el juez del recurso<sup>10</sup>.

Fue así como, en sentencia de 18 de junio de 2008 (Exp. 34.543), la Sección precisó que la naturaleza del yerro que se sanciona con esta causal, es *in procedendo* y no *in iudicando*, de manera que so pretexto de invocar la misma no será posible para el juez del recurso verificar el fondo del fallo, ni menos aún modificar el valor probatorio que el juzgador arbitral le otorgó a cada una de las pruebas, en atención a los límites que la ley ha fijado a este recurso; esto es, dejó en claro que no es viable plantear y menos aún estudiar una violación indirecta a la norma sustancial por la existencia de errores de hecho o de derecho al valorar las pruebas, dado que este aspecto es un error *in iudicando* sobre el cual no está edificado el recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales. Así lo explicó:

“[P]or vía de esta causal no es viable plantear y menos aún estudiar una violación indirecta a la norma sustancial por la existencia de errores de hecho o de derecho al valorar las pruebas en el asunto concreto.

En efecto, recuérdese que al quebrantamiento de las normas de derecho sustancial puede llegarse por dos vías diferentes: la directa y la indirecta; la primera cuando con independencia de la prueba, el juzgador al dictar sentencia, infringe la norma por falta de aplicación, por indebida aplicación o por interpretación errónea; al paso que en la segunda incurre en esa violación por errores en relación con las pruebas producidas en el proceso para acreditar las circunstancias fácticas relevantes del litigio, bien por error de hecho evidente o manifiesto o bien por error de derecho.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 3 de abril de 1992. Expediente 6695. Actor: Consorcio Vianini Entrecanales Empresa Energía de Bogotá Tavora S.A., C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 5 de julio de 2006, 4 de mayo de 2000, exp. 16.766, 27 de julio de 2000, exp. 17.591; 14 de junio de 2001, exp. 19.334 y 26287 de 24 de mayo de 2004.

<sup>11</sup> Nota de la providencia transcrita: “En cuanto al error de hecho y error de derecho en general, ver: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL: Sentencia N° 065 de fecha 13 de julio de 1995; Sentencia N° 34 de fecha 10 de agosto de 1999; Sentencia N° 035 de fecha 17 de agosto de 1999; Sentencia

Suficientemente se encuentra decantado en la jurisprudencia que el error probatorio de hecho ocurre cuando el Tribunal cree equivocadamente en la existencia o inexistencia de un medio probatorio en el proceso o cuando al existente le da una interpretación ostensiblemente contraria a su contenido real, es decir, cuando desacierta en la contemplación objetiva de la prueba, en cuanto la omitió, ignoró o creyó que existía o al apreciarla distorsionó la situación fáctica<sup>12</sup>. Y el error de derecho, se presenta cuando la prueba fue exacta y objetivamente apreciada, pero, al valorarla o contemplarla jurídicamente, el juzgador infringe las normas legales que regulan tanto su producción (decreto, aducción y práctica), como su eficacia al determinarle una fuerza de convicción que la ley no le asigna, es decir, vio la prueba en su materialidad misma, pero no le otorgó el valor demostrativo que la ley le asigna, o le atribuyó uno que ésta le niega.<sup>13</sup> Por tanto, en el error de hecho se trata de una falsa noción del hecho, y en el error de derecho, de una equivocada noción de la ley probatoria...<sup>14</sup>

Por consiguiente, revisar la valoración que de las pruebas hacen los árbitros, se erige en un juicio *juris in judicando* conforme lo ha reiterado la Sala en múltiples oportunidades, entre ellas en sentencia de 23 de abril de 2009, en los siguientes términos:

“[S]e debe tener en cuenta que si bien el artículo 31 Decreto Ley 2279 de 1989, compilado en el artículo 151 decreto 1818 de 1998, dispone que en materia probatoria el Tribunal de Arbitramento cuenta con ‘las mismas facultades y obligaciones que se señalan al juez en el Código de Procedimiento Civil’, lo cual da lugar a la aplicación de los artículos 179 y 180 referidos a la facultad otorgada al juez para decretar pruebas de manera oficiosa, tal prerrogativa se encuentra prevista para los supuestos en los cuales ‘*el magistrado o juez las considere útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes*’ (artículo 179).

---

Nº 111 de fecha 1º de diciembre de 1999; Sentencia de fecha 19 de octubre de 2000; exp. 5442; Sentencia de fecha 23 de febrero de 2001, exp. 5619. Respecto de error de hecho: Sentencia Nº 06 de fecha 12 de febrero de 1998; Sentencia Nº 04 de fecha 11 de marzo de 1999; Sentencia de fecha 14 de febrero de 2001; exp: 6347; Sentencia de fecha 23 de febrero de 2001, exp. 6399; Sentencia de fecha 21 de mayo de 2001; exp: 5924; Sentencia de fecha 15 de marzo de 2001 exp: 6142; Sentencia Nº 80 de fecha 18 de septiembre de 1998; Sentencia Nº 90 de fecha 22 de octubre de 1998; Sentencia Nº 006 de fecha 12 de febrero de 1998; Sentencia Nº 11 de fecha 3 de marzo de 1998; Sentencia Nº 80 de fecha 18 de septiembre de 1998; Sentencia Nº 28 de fecha 27 de julio de 1999; Sentencia de fecha 14 de mayo de 2001; exp: 6752; Sentencia de fecha 14 de mayo de 2001; exp: 6752; Sentencia de fecha 15 de septiembre de 1993, reiterada en sentencia de junio 28 de 2000, exp.: 5430; Sentencia de fecha 27 de marzo de 2001; exp: 5676; Sentencia de fecha 2 de febrero de 2001; exp: 5670. Y Sobre error de derecho: Auto No.307 de 25 de noviembre de 1997; Sentencia No. 009 de 22 de abril de 1997; Sentencia Nº 019 de fecha 8 de junio de 1999; Sentencia 28 del 11 de noviembre de 1999, entre otras.”

<sup>12</sup> Nota de la Providencia Transcrita: “Vid. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia Nº 34 de 10 de agosto de 1999.”

<sup>13</sup> Nota de la Providencia transcrita: “Vid. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 19 de octubre de 2000, Exp. 5442. Además, “*Cuando en el cargo se imputa a la sentencia la violación de normas sustanciales como consecuencia de errores de derecho, debe el recurrente, para aspirar a la admisión de ese cargo, indicar las normas de carácter probatorio que se consideren infringidas y explicar en qué consiste la infracción, que es lo que de manera diáfana consagra el artículo 374 in fine del Código de Procedimiento Civil, como requisito para la admisión de la demanda.*” Cfr. Ídem, Auto No.307 de 25 de noviembre de 1997.”

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 18 de junio de 2008, exp. 34.543, Actor: Teleacceso S.A. en Liquidación, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Dicha atribución conlleva entonces para el juez la necesidad de valorar el asunto sometido a su consideración a efectos de determinar si los hechos que dieron lugar al mismo requieren para su comprobación el decreto de pruebas de oficio, más aún si se tiene en cuenta que el decreto oficioso de pruebas no debe entrar a suplir la ausencia absoluta de prueba, como tampoco a 'mejorar el estado probatorio de la parte demandante'<sup>15</sup>, pues tales circunstancias, sin lugar a dudas, pueden afectar el derecho a la igualdad de las partes en el proceso así como la imparcialidad que debe orientar la labor del juez en la resolución de la respectiva controversia.

De allí que el cuestionamiento de la decisión del Tribunal de Arbitramento en esa materia por la vía del recurso de anulación necesariamente implica para el juez de dicho recurso enjuiciar la valoración que al respecto efectuaron los árbitros, circunstancia que recae sobre el fondo del litigio y, por lo mismo, en modo alguno resulta constitutivo de vicios *in procedendo*, únicos pasibles del recurso extraordinario de anulación.

Finalmente, resulta oportuno recordar que en el trámite arbitral opera igualmente el principio consagrado en el artículo 177 del citado código que atribuye a las partes la carga de probar 'el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen', exigencia que debió ser satisfecha en el respectivo proceso.

Por manera que el fundamento del cargo planteado por el recurrente, además de no estar previsto por el precepto normativo que consagra la respectiva causal de anulación, lo que en realidad pretende es un cuestionamiento a la manera en la cual los árbitros encausaron el análisis de la controversia sometida a su consideración, así como a la consecuente decisión de la misma, aspectos que, se reitera, en manera alguna resultan constitutivos de algún vicio *in procedendo* y, por lo tanto, no pueden ser debatidos por la vía del recurso extraordinario de anulación<sup>16</sup> (el subrayado no es original).

De esta forma, según la jurisprudencia uniforme y reiterada de la Sala debe entenderse que la causal de anulación en comento no se configura cuando no se comparte el mérito que los jueces arbitrales le dieron al conjunto de las pruebas obrantes en el proceso, sino cuando se prescinde de las normas jurídicas en la solución del caso sometido a la consideración de los árbitros.

En conclusión, el fallo en conciencia cuando debió ser en derecho y que se censura por medio de esta causal corresponde a la falta de sustento en el derecho para trasladar dicho juicio a la conciencia o razón subjetiva de los árbitros, siempre y cuando esta circunstancia aparezca de manifiesto en el laudo. Por el contrario, cuando el juez llega a la convicción con sustento en las reglas jurídicas y principios generales del derecho y en la valoración jurídica del acervo probatorio ese fallo será en derecho.

3.2.3.2. En el caso concreto, el recurrente consideró que el laudo se profirió en conciencia y no en derecho, porque el tribunal ignoró las razones que tuvo como contratista para abstenerse de ejecutar el contrato -como fue la disposición del terreno de la obra- y desestimó completamente las pruebas arrimadas en el proceso que las demostraban.

<sup>15</sup> Sentencia de 18 de marzo de 2004. Expediente No. 14.338.

<sup>16</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 23 de abril de 2009, Rad. 110010326000200800058 00, exp. 35.484, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

La Sala coincide con el Ministerio Público en sus apreciaciones según las cuales este cargo no está llamado a prosperar, pues, *contrario sensu* de lo esgrimido por el recurrente, la sola lectura del laudo arbitral acusado permite concluir que el mismo se profirió en derecho y no en conciencia, toda vez que la decisión estuvo sustentada en las normas jurídicas y en la valoración del acervo probatorio.

En efecto, observa la Sala que el tribunal arbitral adoptó su decisión realizando el siguiente análisis:

En primer término desestimó la excepción propuesta de imposibilidad de desarrollo de la obra por no haber entregado la Electrificadora de Santander S.A. el lugar donde se debían ejecutar los trabajos, al afirmar:

(i) Que al analizar el contrato de obra n.º CO-GDO-DGC-002-008-09047-05 de 9 de febrero de 2009, advirtió que existían obras que podían ejecutarse por fuera de la sede de Rambal S.A. (acometidas, subestación, celda de transformador, tablero de seccionamiento, acometidas de media tensión áreas y algunos *ítems* de la acometida de media tensión), lo cual confirmó a partir de comunicación dirigida por la sociedad Granados Eslava y Cía. S. en C. al contratante donde expresaba que podía comenzar la red de alta tensión y lo manifestado por su representante legal en la declaración rendida ante el Tribunal arbitral.

(ii) Que, además, en el contrato no se pactó que la contratante tuviera esa obligación, lo cual se corrobora a partir del hecho de que la convocada suscribió el acta de n.º 01 de fecha 4 de marzo de 2009 en donde se comprometió a iniciar las actividades y cumplir la obra en el término de 90 días, esto es, hasta el 2 de junio de 2009, de manera que no podía excusarse so pretexto de no haber recibido el terreno o porque la empresa Rambal S.A. se encontraba certificando su planta física, cuando lo importante era cumplir el objeto del contrato por entrañar la ejecución de este un interés público; aceptar la disculpa del contratista de que su incumplimiento se debió a la falta de entrega del terreno a pesar de haber suscrito el acta, sería atentar contra el principio de que nadie puede obtener un resultado benéfico de sus propios errores.

En segundo término, al revisar las pruebas documentales encontró el tribunal arbitral que no tiene fundamento alguno el argumento de que el pago del anticipo fue extemporáneo, toda vez que la factura fue expedida por la contratista el 3 de abril de 2009, de manera que sólo hasta el 8 de abril de ese año pudo expedirse por la contratante la orden de pago, como tampoco tiene sustento que la comunicación de 22 de abril de 2009 del interventor constituya una muestra clara del incumplimiento de la contratante.

En tercer término, consideró demostrado que el contratista no cumplió o lo hizo tardíamente las obligaciones de entrega del cronograma; remisión de los pagos de seguridad social, EPS, ARP y pensión, subsidio familiar, aportes de SENA y ICBF; y la afiliación tiempo completo del personal vinculado a las labores propias del contrato y, así mismo, que al 26 de mayo de 2009 no había dado inicio al contrato, ni ejecutó ninguna actividad relacionada con el mismo, ni proporcionó equipo o material alguno.

Una vez estudiadas las declaraciones de parte, las etapas precontractual y contractual con base en las pruebas aportadas al proceso, observó el tribunal arbitral que el contratista incurrió en contradicciones, pues, no obstante conocer sus obligaciones, luego pretende imputarle un incumplimiento a la otra parte para

quedarse con un dinero que no le corresponde y exonerarse de pagar la cláusula penal pecuniaria.

De acuerdo con lo anterior, el tribunal arbitral estudió lo relacionado con el anticipo y los intereses moratorios, con fundamento en la Ley 80 de 1993 y en la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia, y al aplicar estas consideraciones al caso concreto concluyó que si la obra debía ejecutarse en un término de 90 días contados a partir de la suscripción del acta de inicio (4 de marzo de 2009) y el contratista no la ejecutó como consta en el acta de liquidación, resulta claro que su incumplimiento le impone el pago de los perjuicios causados a la contratante.

Igualmente, analizaron los árbitros la cláusula décima tercera, penal pecuniaria, del contrato de obra n.º CO-GDO-DGC-002-008-09047-05 de 9 de febrero de 2009, en el marco de la doctrina en torno a esta figura, para colegir de allí que teniendo en cuenta que lo pactado es ley para las partes y que el contratista Granados y Eslava S. en C. no cumplió con el objeto contractual dentro del término allí fijado, es claro para este tribunal la procedencia del pago de la suma \$16.417.203.20 por concepto de la cláusula penal pecuniaria pactada como indemnización anticipada de perjuicios.

Por las razones expuestas, concluyó el tribunal arbitral que en el contexto de todo el material probatorio no puede admitirse que hubo incumplimiento del contrato por parte de la Electricadora de Santander S.A. E.S.P. y sí por el contrario, aparece debidamente acreditado el incumplimiento de la sociedad contratista, *“pues visto el objeto de la obra, al que se refiere la cotización y el presupuesto general presentado por GRANADOS ESLAVA Y COMPAÑÍA S. EN C. y el mismo contrato y su anexo n.º 1, se aprecia que no se cumplió, todo lo cual quedó consagrado en el acta de fecha 26 de mayo de 2009, suscrita por parte de la ESSA por el interventor (...) y por parte de RAMBAL S.A.”*

Así las cosas, como ya se señaló, para que se configure la causal de anulación invocada por el recurrente, es necesario que sea manifiesta y ostensible la circunstancia de que el fallo se profirió en conciencia, o sea, con absoluto desconocimiento de las normas jurídicas y ausencia total de valoración del acervo probatorio que obra en el proceso.

Sin embargo, verificado el contenido del laudo arbitral acusado salta a la vista todo lo contrario, esto es, que el laudo arbitral fue proferido con base en el derecho y en la valoración de las pruebas obrantes en el expediente (contrato, comunicaciones, declaraciones de parte, facturas y órdenes de pago, entre otros), sin que sea menester entrar a juzgar en sede de este recurso extraordinario de anulación el acierto o desacierto de los razonamientos jurídicos, la aplicación de la ley y el mérito que los árbitros le otorgaron al acervo probatorio, pues ello no está previsto dentro de las causales de anulación de laudos arbitrales, en conformidad con lo ya explicado.

En estas circunstancias, se observa que el Tribunal Arbitral tuvo en cuenta el precepto establecido en el artículo 174 del C. de P. Civil, por cuya inteligencia *“[t]oda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”*, en tanto basó la providencia dictada no en su conocimiento privado o personal de los hechos, sino en los elementos de convicción incorporados al proceso y a los cuales hizo referencia precisando el mérito que a su juicio les correspondía para adoptar la decisión, dentro del sistema de libre apreciación o valoración que rige en esta materia y bajo las reglas de la sana

crítica o persuasión racional (art. 187 *ibídem*), que obligan al juez a motivarla, esto es, a exponer y exteriorizar los criterios y razonamientos de la ciencia, de la experiencia y de la lógica en la construcción de la providencia.

Para la Sala no puede pasar desapercibida la clara intención del recurrente que el juez del recurso de anulación estudie errores *in iudicando* de la decisión arbitral, mediante una nueva valoración de la prueba, lo cual no es posible en sede de este recurso extraordinario, tal y como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Sección, dado que, se reitera que “[n]o existe causal de anulación de los laudos arbitrales fundada en las objeciones que las partes hagan a la valoración probatoria, se insiste que la revisión que hace el juzgador extraordinario del laudo, se limita a los errores *in procedendo* y no a la materia de fondo del fallo y bajo esta perspectiva no puede modificar el valor probatorio que el juzgador le otorgó a cada una de las pruebas.”<sup>17</sup>

En fin, la discrepancia del censor estriba en que no acepta la solución que en derecho fue adoptada por los árbitros, lo que lo lleva a cuestionar las conclusiones jurídicas y la valoración de las pruebas consignadas en el laudo, por lo que es necesario reiterar que la causal invocada no se estructura por el sólo hecho de que los argumentos y la valoración que realizaron los árbitros se aparte de los que el recurrente esgrimió durante sus intervenciones en el trámite arbitral, toda vez que precisamente la actividad del juzgador supone el ejercicio de contrastar los medios probatorios con las normas jurídicas aplicables, de manera que a partir de ese juicio pueda llegar -como en efecto lo hizo- a sus propias conclusiones respecto de las situaciones fácticas debatidas y los derechos reclamados.

Lo que hace el impugnante es reclamar por vicios *in iudicando* tratando de acomodar su inconformidad en una de las enlistadas en la ley como causal de nulidad sin que en verdad se configure ella.

Síguese de todo lo anterior que la providencia recurrida fue proferida en derecho y no en conciencia, como adujo la recurrente, motivo por el cual este cargo carece de fundamento y no prospera el recurso.

### **3.2 Segunda causal invocada: “Haberse -sic- recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido” (numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998)**

#### **3.2.1 Sustentación del recurrente**

Sostiene el recurrente que “*al proferir su laudo arbitral el Tribunal falló ultra y extra petita, que es la causal séptima de anulación ya que la pretensión cuarta de la demanda, literal b) el demandante solicita única y exclusivamente el pago \$16.417.203.20 a título de perjuicios, y el Tribunal al fallar el punto quinto literal b) de la parte resolutive, falla ultra petita condenando al pago de los intereses de mora a la tasa máxima legal autorizada por la Superintendencia Financiera, luego por lo tanto, le dio más al demandante de lo que pidió, y esto constituye causal de nulidad por fallo ultra y extra petita.*”

#### **3.2.2. La oposición al recurso extraordinario de anulación**

---

<sup>17</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 2 de octubre de 2003, exp. 11001-03-26-000- 2003-00007-01 (24320).

La parte convocante no expuso argumentos específicos en relación con esta causal, aun cuando es menester señalar que de todos modos en su escrito pidió que se desestimaran los argumentos presentados por la parte convocada al sustentar el recurso de anulación interpuesto contra el laudo arbitral.

### 3.2.3. Concepto de la vista fiscal

El Agente del Ministerio Público expuso que no se configura esta causal, porque si bien es cierto en la pretensión cuarta no se encuentra peticionado el interés moratorio, a la tasa máxima autorizada por la Superintendencia Financiera, como lo reconoció el Tribunal, al revisar la demanda se encuentra que en la pretensión sexta formulada contra la aseguradora hace relación a dichos intereses moratorios, de donde se puede interpretar que las pretensiones de la demanda iban encaminadas a pedir dicho concepto al solicitar que se hiciera efectiva la garantía que cubría el riesgo de incumplimiento. Además, los intereses moratorios legalmente están concebidos por el no pago oportuno de la obligación.

### 3.2.3 Análisis de la Sala

3.2.3.1. A propósito de la causal “...*Haberse (sic) recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido...*” (numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, equivalente a la prevista en el numeral 4 del artículo 72 original de la Ley 80 de 1993), la Sala ha dicho que:

“ [E]s similar a la segunda del recurso de casación, contemplada en el artículo 368 del C. de P. Civil, y con ella se persigue, tal y como lo han sostenido la Corte Suprema de Justicia y esta Corporación, garantizar la simetría que debe existir entre lo decidido y lo solicitado por las partes, para salvaguardar el principio de congruencia consagrado en el artículo 305 *ibídem*, por cuya virtud “La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley”, que constituye un límite en la actividad del juzgador.<sup>18</sup>

De conformidad con la jurisprudencia vigente, la causal se configura en los siguientes casos: a) cuando en la sentencia se decide o concede más allá de lo pedido, o sea *ultra petita*; b) cuando el fallo recae o decide sobre puntos no sometidos al litigio, es decir, de manera *extra petita*; c) también se presenta incongruencia cuando se decide con base en “*causa petendi*” distinta a la invocada por las partes; y, d) cuando el pacto compromisorio se refiere a controversias que no son transigibles por orden constitucional y legal.

La Sala se ha pronunciado en el sentido de que el laudo por inconsonancia atacable por esta causal, se puede descomponer semánticamente así:

---

<sup>18</sup> Señala a este propósito la Corte Suprema de Justicia, Sentencia N° 042 de fecha 26 de marzo de 2001, Exp. 5562. “...El precepto citado fija los límites dentro de los cuales debe el juzgador desarrollar su actividad decisoria, en forma tal que si los desborda, bien porque concede más de lo pedido por los litigantes, o provee sobre pretensiones no deducidas por ellos, u omite la decisión que corresponda sobre alguna de las pretensiones o excepciones en los términos fijados por la norma, incurre en un error de procedimiento, originado en la violación de la regla mencionada, que le impone el deber de asumir un específico comportamiento al momento de fallar, yerro para cuya enmienda está instituida la causal segunda de casación...”

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

- O cuando las materias del pacto de compromiso contienen controversias que no son transigibles por orden constitucional y legal; es decir cuando el laudo, en su materia de decisión, define contenciones por fuera de la competencia potencial máxima que pueden conocer los árbitros y

O cuando la materia transigible sobre la cual se pronunciaron los árbitros no fue objeto del pacto de compromiso por las partes, es decir éstas no se la atribuyeron a los árbitros (fallo incongruente por decisión extrapetita).’

“ **Por haberse concedido más de lo pedido**, este hecho de incongruencia del laudo se presenta cuando decidió sobre cuestiones que aunque son transigibles van más allá de las peticiones de la demanda (fallo ultra petita).”<sup>19</sup>

Por ello, la jurisprudencia de la Sección ha manifestado que la competencia de los árbitros está atribuida por el pacto arbitral y enmarcada en los precisos límites de la Constitución y la ley, competencia que se traduce en la facultad para conocer y pronunciarse en relación con la materia que voluntariamente las partes le han conferido a los árbitros que son investidos temporalmente de la calidad de jueces para administrar justicia en el caso concreto; también, ha dicho que el quebranto a esa regla de atribución por exceso, se encuentra tipificado como hecho pasible para la invocación de la causal prevista en el numeral 4 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993<sup>20</sup>, dado que implica que la materia transigible sobre la cual decidieron los árbitros no fue objeto del pacto de compromiso por las partes, con lo cual se presenta, un fallo incongruente o una decisión *extrapetita*.<sup>21</sup>(...)”<sup>22</sup> (Subraya la Sala).

De acuerdo con el anterior criterio jurisprudencial, cabe precisar que la causal contenida en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 (equivalente al numeral 4 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993 antes de su modificación), desarrolla, de una parte, el principio de congruencia consagrado en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 1º, numeral 135 del Decreto-Ley 2282 de 1989, pues prevé los eventos de fallos o laudos *ultra* y *extra petita*, esto es, que deciden mas allá o por fuera de la materia arbitral; y de otra, sanciona eventos en los cuales el tribunal de arbitramento obra sin competencia.

En otros términos, para que el laudo arbitral no sea susceptible de anulación por la causal en mención, debe estar en estrecha identidad y resultar armónico con las

<sup>19</sup> Sentencia de 4 de abril de 2002, Exp. 20356, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

<sup>20</sup> Sentencia de 23 de agosto de 2001, Exp. 19090, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

<sup>21</sup> Sentencia de 4 de abril de 2002, Exp. 20356, C.P. María Elena Giraldo Gómez. Igualmente, en Sentencia de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326, C.P. Daniel Suárez Hernández, se dijo: “En el trámite arbitral la competencia de los árbitros y los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente, han de ser señalados de manera expresa, clara y taxativa por las partes. Son las partes quienes habrán de señalar las estrictas materias que constituyen el objeto del arbitramento. Si los árbitros hacen extensivo su poder jurisdiccional transitorio a temas exógenos a los queridos por las partes, atentarán contra el principio de congruencia, puesto que estarán decidiendo por fuera de concreto tema arbitral.”

<sup>22</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 8 de junio de 2006, Exp. 29.476, Actor: Bellco Comunicaciones Limitada - Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom – En Liquidación y Sentencia de 8 de junio de 2006, Exp. 32.398 Actor: Sociedad Concesionaria Obras y Proyectos del Caribe S.A. - Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

pretensiones formuladas en la demanda, los hechos puestos en conocimiento por las partes en las oportunidades que el ordenamiento procesal contempla, y las excepciones que hubieren sido alegadas o resulten probadas; y dentro de los límites previstos en el pacto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso) celebrado por las partes, en la ley y en la Constitución Política, fuentes éstas que otorgan y enmarcan la competencia de los árbitros.

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

i) El laudo recayó sobre materias que no eran susceptibles de ser sometidas a arbitramento, por tratarse de asuntos que no eran de carácter transigible de acuerdo con la Constitución Política y la ley.

ii) El laudo recayó sobre materias que no fueron contempladas en el pacto arbitral, de conformidad con lo acordado voluntariamente por las partes, o cuando así lo requiera o lo exija la ley, pues, como se dijo, los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente son señalados por ellas en el objeto de la cláusula compromisoria o del compromiso a condición claro está de que respeten el marco de la Constitución y la ley.

iii) El laudo recayó sobre puntos no pedidos en la demanda o en su respuesta, o que ordene la ley, es decir, no se refiere a los hechos y a las pretensiones formuladas en la demanda, ni a las excepciones alegadas o que resulten probadas, a las cuestiones que en forma oficiosa imponga el legislador, de manera que no resulta concordante, ni armónica con los extremos del proceso y, por ende, deviene en inconsonante o incongruente.

De otra parte, es claro que en virtud de la filosofía del recurso de anulación de laudos, edificado por errores *in procedendo* y no *in iudicando*, el análisis de este vicio de construcción formal de la providencia debe realizarse de manera objetiva, es decir, verificar que formal y objetivamente el fallo se ajuste a las peticiones de las partes, para concluir si efectivamente en el laudo hubo un pronunciamiento de puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o se concedió más de lo pedido, pero no resulta dable, por la naturaleza de la causal que se estudia, examinar las consideraciones y los motivos determinantes que ha tenido el juzgador en su decisión.

3.1.3.2. Sea lo primero manifestar que revisada la actuación, se observa que en escrito de 22 de julio de 2011, mediante el cual se interpuso el recurso extraordinario de anulación por parte de la sociedad GRANADOS ESLAVA Y COMPAÑÍA S. EN C. (folio 185 cuaderno principal), no se hizo alusión alguna a la causal que se enuncia (“*Haberse [sic] recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido*”). La causal fue presentada en el memorial de fecha 28 de noviembre de 2011, recibido en esta Corporación el día 29 de los mismos mes y año, en el que se sustentó el recurso en mención (folios 194 - 204 *ídem*).

A este respecto, debe recordarse que en el recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales, los poderes del juez del recurso de anulación están limitados por

el llamado "principio dispositivo", en razón del cual no le es dable interpretar lo expresado por el recurrente para entender o deducir la causal invocada y menos aún para pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del recurso.

De ahí que su procedencia está condicionada a que se invoquen y sustenten debidamente las causales expresamente señaladas en la ley por errores de procedimiento, toda vez que, por disposición del artículo 39 del Decreto 2279 de 1989, modificado por el artículo 128 de la Ley 446 de 1998, el juez de la anulación debe rechazar de plano el recurso, cuando los causales no correspondan a ninguna de las señaladas en la ley.

No obstante lo anterior la jurisprudencia ha presentado diversos criterios sobre la oportunidad en que se debe invocar la causal que fundamenta el recurso, esto es, si deber ser al momento de interponer el recurso o si al tiempo de sustentarlo.

En un primer estadio la jurisprudencia señaló que la causal de anulación necesariamente ha de estar invocada al formularse el recurso, por cuanto si el mencionado artículo 128 de la Ley 446 de 1998, compilado por el artículo 164 del Decreto 1818 de 1998, impone la obligación de rechazar el recurso cuando no se invoque una de las causales taxativamente previstas en la ley, para poder calificar esta situación preliminar de viabilidad de la impugnación, necesariamente era menester indicar la causal en el escrito en el que se presenta el recurso extraordinario de anulación, so pena de considerarla extemporánea y en tal virtud inaceptable si hacer con posterioridad a la presentación del recurso<sup>23</sup>. Así la lo recalzó en anteriores oportunidades, de la siguiente manera:

"Ahora bien, de la lectura del escrito contentivo de la sustentación del recurso de anulación, la Sala encuentra formulados cargos que son ajenos o extraños a las causales relacionadas al interponer inicialmente el recurso.

En efecto:

1. El primer cargo: "Se falló en conciencia cuando ha debido fallarse en derecho", no corresponde a ninguna de las causales inicialmente relacionadas por el apoderado de la parte impugnante. Por el contrario, este cargo hace alusión a una causal legalmente consagrada en el numeral 6 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, reiterada en el ordinal 2º del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, causal ésta última no relacionada al interponerse el recurso y frente a la cual el Tribunal mal podía, dado el desconocimiento de la inconformidad que la impugnante mantenía sobre el particular, conceda el recurso de anulación.

En tales condiciones estima la Sala que no hay lugar a pronunciamiento alguno relacionado con el cargo comentado. Se recuerda que el recurso de anulación (...) no puede ocuparse sino exclusivamente de las causales expresa y oportunamente invocadas. Como en el *sub judice* el primer cargo corresponde a una causal no relacionada al interponer el recurso, ni conocida por el Tribunal de Arbitramento al concederlo, se impone concluir que dicho cargo resulta absolutamente inoperante y, por consiguiente, carece de prosperidad."<sup>24</sup>

<sup>23</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 20 de mayo de 2004, Radicación No. 110010326000200300045 01, exp. 25.456, actor: Fondo Financiero Distrital del Salud, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

<sup>24</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 24 de octubre de 1996, exp.11632.

Sin embargo, posteriormente mediante sentencia de 28 de enero de 2009 cambió su posición con fundamento en el artículo 22 de la Ley 1150 de 2007, que modificó el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 y los artículos 161 y 164 del Decreto 1818 de 1993 (artículos 37 del Decreto 2279 de 1989 y 128 de la Ley 446 de 1998), para admitir la posibilidad de señalar nuevas causales al momento de la sustentación:

[E]n relación con la causal invocada por el recurrente al momento de sustentar el recurso de anulación –fls. 714 a 717 Cdo. Ppal.-, consistente en la “incompetencia de los árbitros” para fallar en el caso concreto de acuerdo con el numeral 2 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, se advierte que se analizará la causal, pues la Sala considera que esta etapa constituye una oportunidad válida para proponer las causales de anulación. Esta postura se fundamenta en las siguientes razones:

De un lado, en que el artículo 22 de la ley 1.150 de 2007 decreto 1818 de 1998 contempla la posibilidad de que los laudos se impugnen a través del recurso de anulación, señalando, simplemente, que: “... *Este deberá interponerse por escrito presentado ante el Tribunal de Arbitramento dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente*” –negrilla fuera de texto-. Una norma similar contiene el artículo 160 del decreto 1818 de 1998, el cual tampoco exige sustentar para ese momento el recurso, ni señalar las causales que se alegarán.

Esta norma lo único que exige es interponer el recurso dentro del término previsto, sin más condiciones y requisitos, es decir, sin exigir un contenido mínimo. En esto se parecería en algo a la interposición del recurso de apelación de una sentencia ordinaria –conservadas las grandes diferencias que tienen-, para el cual basta con interponerlo.

De otro lado, cuando se da el traslado para sustentar -lo cual hace la Sección Tercera del Consejo de Estado, con fundamento en el art. 164, inciso 2 del decreto 1818 de 1998-, las partes pueden señalar las causales que alegarán indicando los fundamentos que sirven de apoyo a cada una de ellas, pues esta norma perfectamente admite que en dicho momento se haga. En efecto, ella establece que ese es el instante para sustentar el recurso, dentro de cuyo criterio debe entenderse incluida la identificación de las casuales, haciendo parte de la sustentación del recurso.”<sup>25</sup>

Por lo tanto, en atención al anterior criterio jurisprudencial es viable el estudio de esta nueva causal esgrimida en el escrito de sustentación.

3.1.3.3. Ahora bien, en relación con el cargo formulado, si bien en la pretensión cuarta, letra b), transcrita al inicio de esta providencia (Vid. n.º 3), se observa que la convocante en la demanda no pidió intereses moratorios a la tasa máxima legal autorizada por la Superintendencia Financiera, es claro que el tribunal en el laudo no decidió sobre puntos no sometidos al litigio, o concedió un aspecto por fuera de lo solicitado, es decir, de manera *extra petita*.

En la pretensión cuarta, letra b, de la demanda se lee:

---

<sup>25</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 28 de enero de 2009, exp. 11001032600020080002900 (35.262), sentencia de 28 de enero de 2009, C.P. Enrique Gil Botero.

“**CUARTA:** Que la CONTRATISTA, por su culpa, no dio inicio oportuno a la labor contratada, no ejecutó ninguna actividad relacionada con el objeto del contrato, ni proporcionó equipo o material alguno, razón por la cual debe pagar a la contratante las siguientes sumas de dinero:

(...)

b. DIECISEIS MILLONES CUATROCIENTOS DIECISIETE MIL DOSCIENTOS TRES PESOS CON VEINTE CENTAVOS (\$16.417.203,20), equivalente al diez por ciento (10%) del valor del contrato, a título de perjuicios que fueron estimados anticipadamente en la cláusula DÉCIMA TERCERA, del documento contentivo del acuerdo de voluntades.”

Y en el laudo arbitral los árbitros fallaron de la siguiente forma:

“**QUINTO:** Declarar que la CONTRATISTA por su culpa, no dio inicio oportuno a la labor contratada, no ejecutó ninguna actividad relacionada con el objeto del contrato, ni proporcionó equipo o material alguno, razón por la cual debe pagar a la contratante las siguientes sumas de dinero:

(...)

b) DIECISEIS MILLONES CUATROCIENTOS DIECISIETE MIL DOSCIENTOS TRES PESOS CON VEINTE CENTAVOS (\$16.417.203,20), equivalente al diez por ciento (10%) del valor del contrato, a título de perjuicios que fueron estimados anticipadamente dentro de los diez (10) días calendario siguientes a la ejecutoria de esta providencia, de conformidad con lo expresado en la cláusula décima tercera. En caso de no pago de dicha suma de dinero, en el término convencionalmente pactado, se generaran intereses de mora a la tasa máxima legal autorizada por la Superintendencia Financiera.”

Sin embargo, la orden de pagar intereses de mora a la tasa máxima autorizada por la Superintendencia Financiera no constituye un asunto ajeno a la controversia ni está por fuera del pronunciamiento de los árbitros ni de su competencia, dado que es aplicación de la ley en materia de pago de obligaciones dinerarias contenidas en condenas judiciales.

En efecto, recuérdese que las expresiones del inciso quinto del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo<sup>26</sup>, que establecían un trato diferente para las entidades estatales en el pago de sus condenas del que se aplica según las reglas generales a los particulares, fueron declaradas inexecutable, como consecuencia de lo cual en adelante sean entidades públicas o sean particulares, todos deben someterse a las mismas reglas generales (arts. 1608 y 1617 del Código Civil y el artículo 884 del Código de Comercio, entre otras), esto es, pagar intereses cuando no se cumpla oportunamente con lo dispuesto por la sentencia judicial condenatoria (o por un laudo arbitral).

Es decir, como lo señaló la Corte Constitucional en sentencia C-188-1999, bajo el principio de igualdad y la equidad, que impone en estos casos que las dos partes reciban igual trato respecto de sus mutuas obligaciones, plazos como los señalados

---

<sup>26</sup> “Artículo 177. Efectividad de condenas contra entidades públicas. Cuando se condene a la Nación, a una entidad territorial o descentralizada al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero, se enviará inmediatamente copia de la sentencia a quien sea competente para ejercer las funciones del ministerio público frente a la entidad condenada (...) Las cantidades líquidas reconocidas en tales sentencias devengarán intereses comerciales (durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria) y moratorios (después de este término)”. Este inciso fue declarado EXEQUIBLE por unidad normativa, salvo los apartes entre paréntesis que se declararon INEXEQUIBLES, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-188-99 de 24 de marzo de 1999, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

en las expresiones que declaró inexecutable (“durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria” y “después de este término”) del artículo en comento no se ajustan a la Constitución Política en tanto:

“[E]s claro que el principio de igualdad y la equidad imponen que en estos casos las dos partes reciban igual trato, sin que se justifique en modo alguno que mientras el Estado cobra a los contribuyentes intereses moratorios cuando ellos no pagan a tiempo los impuestos, y ello a partir del primer día de retardo en el pago, las obligaciones en mora a cargo del Estado deban forzosamente permanecer libres de la obligación de cancelar dichos réditos durante seis meses, con notorio perjuicio para los particulares que han debido recibir oportunamente los recursos pactados. Durante ese tiempo, el dinero no recibido por el acreedor pierde poder adquisitivo y no existe razón válida para que esa pérdida la deba soportar el particular y no el Estado, que incumple. Es evidente la vulneración del artículo 13 de la Constitución Política, toda vez que, con independencia de si el deudor es el gobernado o el ente oficial, el hecho es el mismo; la circunstancia es equivalente; el daño económico que sufre el acreedor por causa de la mora es idéntico; y las obligaciones asumidas por las entidades públicas no tienen alcance jurídico diverso de las que están a cargo de las personas privadas. Se declararán inexecutable las expresiones que, en la norma, dan lugar a la injustificada e inequitativa discriminación objeto de examen, y que favorecen la ineficiencia y la falta de celeridad en la gestión pública.”<sup>27</sup>

En consecuencia, como lo ha señalado esta Corporación procede el pago de intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la providencia, pues con base en el citado fallo de la Corte Constitucional, no hay lugar al pago de intereses comerciales “a menos que la sentencia que impone la condena señale un plazo para el pago”<sup>28</sup>.

Dicho otro modo, las cantidades líquidas reconocidas en las sentencias emitidas por esta jurisdicción devengarán intereses a partir de la ejecutoria de la providencia, norma por supuesto aplicable a los laudos proferidos por los jueces arbitrales cuando conocen de asuntos que se ventilan en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo por virtud de un pacto arbitral.

Lo anterior es una consecuencia que opera de pleno derecho (*ope legis*), de suerte que bien puede el juez o el árbitro, según el caso, hacer referencia a este punto o no sin incurrir en uno u otro evento en incongruencia (por *extra* o *citra petita*). Incluso en caso de que no se realice tal declaración por la administración de justicia surte efectos jurídicos para quienes resulten condenados (Nación, entidades territoriales y descentralizadas o particulares), los cuales en el evento en que incumplan la prestación de pago de la condena, con fundamento en las disposiciones legales pertinentes, están obligados a pagar intereses sobre la cantidad líquida contenida en la sentencia o laudo.

Así lo ha señalado esta Corporación, en tratándose de entidades públicas, razonamiento que por supuesto como ya se indicó resulta aplicable, *mutatis mutandi*, a condenas contra particulares en asuntos de que conozca o pueda conocer esta jurisdicción o los árbitros respecto de los mismos asuntos con fundamento en un pacto arbitral:

---

<sup>27</sup> Corte Constitucional, sentencia C-188 de 24 de marzo de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>28</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, auto 7 de diciembre 2006, exp. 25000-23-27-000-2000-01496-01(14444), C.P. Ligia López Díaz.

“[P]ara evitar el perjuicio que pueda sufrir el demandante por la mora en que incurre la administración por el no pago oportuno de una sentencia condenatoria, la ley expresamente tasa unos intereses que se deben reconocer y pagar por equidad, por respeto del derecho a la igualdad y por eficacia de los principios de economía y celeridad que deben gobernar la actividad de la administración.

Los intereses que devengan las cantidades líquidas reconocidas en las sentencias de esta jurisdicción se deben reconocer y pagar, sin que necesariamente el punto deba ser objeto de un pronunciamiento expreso por parte del fallador pues el inciso quinto del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo prevé una situación que no hace parte de la contención sino de la ejecución ante el ente administrativo, que opera como una consecuencia legal de la imposición de la condena.”<sup>29</sup> (Se subraya).

En otros términos, en el *sub exámine* el tribunal arbitral en el laudo impugnado, en la letra b del numeral 5 de la parte resolutive, al condenar a la convocada al pago de \$16.417.203,20, dentro de los diez (10) días calendario siguientes a la ejecutoria de esa providencia, por concepto de la cláusula penal (décima tercera), y disponer que en caso de no pago de esa suma de dinero, en el término convencionalmente pactado en dicha cláusula, se generarían intereses de mora a la tasa máxima legal autorizada por la Superintendencia Financiera, lo único que hizo fue reiterar la consecuencia jurídica prevista en la ley, en materia de condenas judiciales que involucre el pago de sumas de dinero, según la cual se deben intereses de mora por el retardo en el cumplimiento de la condena impuesta.

En síntesis, el juez arbitral no incurrió en vicio *extra petita*, pues el laudo no recayó sobre cuestiones no sujetas al arbitraje, teniendo en cuenta que, aún sin petición expresa de parte, se deben intereses respecto de la sumas líquidas reconocidas en las sentencias cuando ellas no se paguen oportunamente, punto que no necesariamente debe ser objeto de pronunciamiento judicial en tanto lo fija ley, pero que sí así se dispone en la providencia no la hace incurrir en el aludido vicio.

Por lo anterior, el cargo analizado tampoco prospera.

#### **4. CONDENA EN COSTAS**

El artículo 19 de la Ley 1395 de 2010, por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial, ordena que en la misma sentencia o auto en que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de anulación interpuesto contra laudo arbitral, se fijará el valor de las agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación.

A su turno, el inciso tercero del artículo 165 del Decreto 1818 de 1998, que compiló el artículo 40 del Decreto 2279 de 1989, modificado por el artículo 129 de la Ley 446 de 1998, preceptúa en forma objetiva y perentoria que cuando ninguna de las causales invocadas del recurso extraordinario de anulación contra laudos prospere, se declarará infundado el recurso y se condenará en costas al recurrente.

En las anteriores condiciones se impone concluir que, como el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la sociedad GRANADOS ESLAVA Y

---

<sup>29</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, providencia de 3 de abril de 2008, exp. 25000-23-25-000-2003-07833-01(4592-05), C.P. Jesús María Lemus Bustamente.

COMPAÑÍA S. EN C., en su calidad de convocada en el proceso arbitral, es infundado, por cuanto no prosperó alguna de las causales invocadas, en su calidad de recurrente será condenada en costas, de conformidad con lo ordenado en el inciso tercero del artículo 165 del Decreto 1818 de 1998, que compiló el artículo 40 del Decreto 2279 de 1989, reformado por el artículo 129 de la Ley 446 de 1998.

Siguiendo lo normado en los artículos 392 y ss. del Código de Procedimiento Civil, es viable afirmar que las costas representan aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial, carga económica que comprende, por una parte, las expensas, es decir, todos los gastos necesarios para el trámite del juicio distintos del pago de apoderados, tales como honorarios de peritos, impuestos de timbre, copias, gastos de desplazamiento en diligencias realizadas fuera de la sede del despacho judicial, etc. y, por otra parte, las agencias en derecho, que corresponden a los gastos incurridos por concepto de apoderamiento judicial, pero que, en todo caso, se decretan a favor de la parte y no de su representante judicial.

El artículo 393 *ibídem* (modificado por los artículos 1º numeral 199 del Decreto 2282 de 1989 y 43 de la Ley 794 de 2003), dispone que para determinar la fijación de las agencias en derecho, deberá aplicarse las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura, y que sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación (numeral 9).

Así, mediante el Acuerdo n.º 1887 de 26 de junio de 2003, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se establecieron las tarifas de Agencias en Derecho aplicables a los procesos judiciales y se señaló en relación con el recurso de anulación de laudos arbitrales una tarifa hasta de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes<sup>30</sup>.

En el caso *sub examine* se observa que la apoderada de la parte convocante, registró como actuación en el trámite del recurso extraordinario de anulación la presentación de los alegatos de conclusión (fls. 209 a 212 del cuaderno principal).

Teniendo en cuenta los criterios establecidos en el numeral 3 del artículo 393 del Código de Procedimiento Civil y artículo 3 del acuerdo No. 1887 de 2003, y dado que no se presentó eventualidad extraordinaria alguna en el trámite propio del recurso, que hubiere dificultado el proceso con actuaciones adicionales ni se observan otros gastos, se fijará a título de agencias en derecho el equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Por consiguiente, como el salario mínimo legal mensual vigente para el año de 2012 es de \$566.700, las agencias en derecho ascienden en este caso a \$2.833.500.

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

#### **FALLA**

**PRIMERO: DECLÁRASE INFUNDADO** el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la sociedad **GRANADOS ESLAVA Y COMPAÑÍA S. EN C.**, contra el laudo proferido el 14 de julio de 2011 por el Tribunal de Arbitramento

---

<sup>30</sup> Numeral 1.12.2.3 del acuerdo 1887 de 26 de junio de 2003.

convocado para resolver las controversias surgidas entre esa sociedad y la **ELECTRIFICADORA DE SANTANDER S.A.**, con ocasión de la suscripción del contrato de obra n.º CO-GDO-DGC-002-008-09047-05 de 9 de febrero de 2009.

**SEGUNDO: CONDÉNASE** en costas a la recurrente convocada, sociedad **GRANADOS ESLAVA Y COMPAÑÍA S. EN C.**, para lo cual se fija en la suma de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, equivalentes a dos millones ochocientos treinta y tres mil quinientos pesos M/cte. (\$2.833.500,00) en favor de la parte convocante **ELECTRIFICADORA DE SANTANDER S.A.**, el valor de las agencias en derecho.

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

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**DANILO ROJAS BETANCOURTH**  
Presidente de la Sala

**STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO**

**RUTH STELLA CORREA PALACIO**