

**RECURSO DE ANULACION CONTRA LAUDO ARBITRAL - Requisitos para su procedencia / SUSTENTACION DEL RECURSO - No es requisito sustentarlo cuando se interpone / SUSTENTACION DEL RECURSO DE ANULACION CONTRA LAUDO ARBITRAL - Término / TERMINO PARA SUSTENTAR RECURSO - Cinco días de manera sucesiva / VIOLACION AL DEBIDO PROCESO - No se configuró / ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA - No se impidió**

El artículo 22 de la ley 1150 de 2007 y el art. 161 del Decreto 1818 de 1998 se refieren a la procedencia del recurso de anulación contra el laudo arbitral, y señalan que 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. Esto significa que no es requisito sustentarlo cuando se interpone. Así las cosas, el artículo 164, inciso 2, del Decreto 1818 es claro al indicar que: "... En el auto por medio del cual el Tribunal Superior avoque el conocimiento ordenará el traslado sucesivo por cinco (5) días al recurrente para que lo sustente, y a la parte contraria para que presente su alegato. Los traslados se surtirán en la Secretaría". De conformidad con la norma, que el término sea sucesivo significa que tan pronto venza el concedido a una parte se inicia el conferido a la otra. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, esto significa: "Dicho de una cosa: Que sucede o se sigue a otra. (...) los cinco días que confirió la ley para sustentar el recurso trascurren a favor del recurrente y al vencimiento empiezan a correr los cinco días conferidos a la parte contraria para que alegue. De esta manera la última puede conocer los argumentos de inconformidad con la decisión que presentó la primera, para aducir los suyos, pues el término no era simultáneo sino sucesivo. En ese orden de ideas, resulta indiscutible que el convocado no asumió la carga procesal que le correspondía, es decir, observar el término procesal con diligencia, y por lo tanto, no es de recibo que pretenda evitar las consecuencias que ello trae, comoquiera que "las cargas procesales son aquellas situaciones instituidas por la ley que comportan o demandan una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejadas para él consecuencias desfavorables, como la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal e inclusive hasta la pérdida del derecho sustancial debatido en el proceso". En conclusión, no se violó el derecho al debido proceso ni se le impidió el acceso a la administración de justicia, porque las normas procesales enunciadas realizan el derecho sustancial, al permitir oponerse a los argumentos del recurrente, a continuación de que éste los haya presentado. Así las cosas, la Sala abordará el estudio del fondo del asunto, no sin antes advertir que el recurso se declarará infundado, y así se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

**FUENTE FORMAL:** LEY 1150 DE 2007 - ARTICULO 22 / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 161 / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 164.2

**ANULACION LAUDO ARBITRAL - Decreto 1818 de 1998. Artículo 163. Numeral 6 / CAUSAL SEXTA DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo / FALLO EN DERECHO - Características / FALLO EN CONCIENCIA - Características**

El Consejo de Estado ha sostenido, como criterio básico y constante, que el fallo en derecho debe observar el ordenamiento jurídico, de allí que el marco de referencia sólo está en él. Por esa razón, el juez no sólo se encuentra sometido a las reglas adjetivas que regulan el proceso arbitral, sino a las normas sustantivas

que rigen los derechos pretendidos, no pudiendo conocer sino lo permitido en la ley. En cambio, cuando el juez decide en conciencia se mueve en un marco diferente, más amplio, porque, como lo dice la jurisprudencia, cuando actúa así tiene la facultad de decidir conforme a la equidad o según su leal saber y entender o verdad sabida y buena fe guardada -ex aequo et bono-. En este orden de ideas, sólo cuando el fallo deje de lado, de manera evidente, el marco jurídico que tiene de referencia, podrá asimilarse a un fallo en conciencia. Pero si el juez adquiere la certeza con apoyo en el ordenamiento jurídico, en el acervo probatorio y en las reglas de la sana crítica, la decisión se dicta en derecho. (...) puede suceder que el fallo sea técnico, y no en derecho ni en equidad, pues los arbitramentos adoptan alguna de estas tres formas. No obstante, la causal de anulación prevista en el art. 163.6 sólo se configura cuando el laudo que debió ser en derecho se dicta en conciencia; de manera que: i) si debió ser técnico y los árbitros lo dictan en derecho o en equidad no procede la anulación de la decisión, o ii) si debió ser en derecho y se dicta un laudo técnico tampoco procede la anulación, por la taxatividad de las causales del art. 163 del decreto 1818 de 1998 y la necesidad de que su interpretación sea estricta.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163. 6

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre fallo en derecho, consultar sentencia de 6 de 2005.exp. 28990. En relación con el fallo en conciencia, ver sentencia de 28 de noviembre de 2002, exp. 22191

#### **FALLO EN DERECHO - Noción. Definición. Concepto / FALLO EN DERECHO - Apoyado en el derecho positivo**

Para distinguir el fallo en derecho de los demás, el inciso primero del art. 115 del Decreto 1818 indica que: "es aquel en el cual los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente", de manera que la concreción de esta expresión resulta problemática, pero decisiva, para entender su alcance, porque la causal de anulación que está asociado a ella consiste en dictar un fallo en conciencia cuando debió ser en derecho. En consecuencia, si la norma indica que el fallo en derecho es el que se apoya en el "derecho positivo" es necesario delimitar este concepto jurídico indeterminado para concretarlo. Lo inmediato que cabe advertir es que la noción más pura y fuerte de la expresión derecho positivo alude al derecho escrito, bien por el legislador, bien por el gobierno, o bien por la autoridad que en cada caso tenga la potestad de crear normas. Esto significa que derecho positivo es el contenido en normas expedidas por las autoridades competentes para hacerlo. En la filosofía, en cambio, lo positivo es lo existente, lo tangible, lo establecido y dado de manera objetiva, por oposición a lo intangible y subjetivo, acepción que ayudó a construir la más técnica que usa el derecho.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 115

**NOTA DE RELATORIA.** Sobre características del fallo en derecho consultar sentencia de 22 de julio de 2009, exp.35564

#### **LAUDO EN DERECHO POSITIVO - El derecho positivo y el derecho natural**

Derecho positivo se opone a derecho natural, es decir, al derecho implícito, sobreentendido en sus reglas y alcance, cuando en realidad nadie lo ha producido y menos explicado con autoridad. Que un laudo sea en derecho positivo autoriza a los árbitros a usar las mismas fuentes del derecho que aplica el juez natural de la controversia que las partes voluntariamente excluyeron de la jurisdicción de lo

contencioso administrativo, instituida de manera permanente por el Estado. No entenderlo así conduce a pensar que si un tribunal que debe fallar en derecho se apoya en la jurisprudencia entonces decide en conciencia, porque no se apoyó en el derecho vigente. Lo mismo cabe decir de la doctrina aplicable a un contrato o de la costumbre que lo inspira, si se utilizan como apoyo de la decisión arbitral. Esta posición es inadmisibles. Por el contrario, los casos mencionados son típicos fallos en derecho, porque se sirven del ordenamiento positivo, es decir, de las fuentes formales del derecho –prácticamente todas escritas, aunque la costumbre no- lo que garantiza que la decisión no se inspira en el leal saber y entender del árbitro, ni en la noción o idea de justicia personal, ni en un criterio subjetivo sobre lo que es una decisión correcta, porque aplicando las fuentes del derecho el árbitro queda compelido a desprenderse de su pasión personal, de su opinión y convicción íntima -alejada de las reglas y los criterios-, nacidos de su pura conciencia, para entregarse a un sistema de la razón –jurídica- que preexiste a él y se ubica encima de su propia humanidad.

### **FALLO EN CONCIENCIA - Noción. Definición. Concepto / FALLO EN CONCIENCIA - Ningún Juez puede fallar en conciencia**

Un laudo se profiere en conciencia cuando la valoración de la causa petendi y su resolución es producto de la libre apreciación del juez, quien se aleja de las pautas que le impone el ordenamiento jurídico vigente, es decir, que su decisión se basa en el entendimiento personal del debate, ponderando las circunstancias de hecho y de derecho que lo configuran según su comprensión íntima de justicia, de lo correcto, de lo bueno y lo justo, dejando al margen las reglas jurídicas imperativas y no imperativas que contienen preceptos de valoración, todas externas, de una buena parte de los factores que inciden en la toma de la decisión judicial. En este orden de ideas, lo que se reprocha de un fallo en conciencia es la desestimación que el juez hace de las reglas jurídicas que delimitan la valoración de ciertos temas, aspectos y condiciones para proceder en el ordenamiento jurídico, social, comercial, etc., que se encuentran predeterminadas y valoradas por órganos usualmente dotados de legitimidad para expedir esas disposiciones –por ejemplo, el Congreso y el Gobierno- y que el juez debe aplicar. En este sentido, la libertad de formas y de contenido jurídico no está a disposición de los árbitros, que deben acatar las reglas predispuestas por el ordenamiento, así que su inobservancia hace incurrir al laudo en una decisión dictada en conciencia, puesto que la manera como resuelve el conflicto se fundamenta en una idea de justicia personal o individual, y esta forma de razonar la justicia hace abstracción de las reglas positivas vigentes –salvo voluntad del mismo juez en sentido contrario-, pero en realidad estas disposiciones son las que le interesan al sistema jurídico que se observen cuando se dicta un laudo donde es parte una entidad estatal. Dicho sea de paso, ni siquiera el juez natural del conflicto –en este caso la jurisdicción de lo contencioso administrativo- puede fallar en conciencia, y por eso quien lo reemplaza, en principio, tampoco puede hacerlo (...) un laudo se dicta en conciencia cuando a prima facie, sin mayores esfuerzos de comprensión jurídica, se descubre que la decisión no se fundamenta en las normas y en el razonamiento jurídico en general, sino en la convicción íntima del juez, con independencia de las directrices y determinaciones que provienen del sistema jurídico

### **FALLO EN CONCIENCIA - Requisito para su configuración**

El fallo en conciencia, para que configure la causal de anulación del laudo, exige que “esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo” –art. 163.6, Decreto 1818 de 1998-, de modo que en virtud de este requisito el legislador impuso una exigencia superlativa para valorarlo. Por esta razón, identificarlo no debería

imponer mayores esfuerzos intelectuales, porque la ley exige que la circunstancia sea manifiesta, lo que en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua significa –según la acepción apropiada a este contexto-: “1. adj. Descubierta, patente, claro”, de manera que un laudo en conciencia debe ser evidente, es decir, no admitir duda sobre su carácter. Si el laudo ofrece dudas respecto a su calidad no puede calificarse como dictado en conciencia. La Sala ya ha destacado esta nota, porque “De la simple lectura de la norma transcrita emerge que la causal se estructura cuando se presenta la circunstancia de haber fallado en conciencia y este hecho resulta patente en el laudo, esto es, sin que se requiera de mayores argumentaciones para demostrar ese acontecimiento pues es ostensible.” – Sección Tercera, Subsección C, sentencia de marzo 24 de 2011. Exp. 38.484-. En estos términos, la ley procesal establece una especie de presunción, por cuya virtud ha de entenderse que un laudo se dicta en derecho, pero si la parte lo pone duda debe recurrir para demostrar lo contrario, cuya apreciación exige un análisis simple. Si el estudio que se requiere es complejo, si la calificación admite dudas o debates, no es posible calificar la providencia como laudo en conciencia, porque el legislador exige una evidencia protuberante del vicio, que lo haga indiscutible. (...) Este requisito dista en demasía de lo que estableció el legislador para las demás causales de anulación, donde la omisión de una condición semejante significa que esta Corporación debe auscultar intensamente la eventual configuración del vicio que se alega, lo que amerita estudios exhaustivos de sus elementos constitutivos. Por ejemplo, si la causal es por fallo extemporáneo, inevitablemente se revisarán las providencias que influyeron en el término para dictarlo, sin que se admita un estudio somero, general o que eluda la valoración completa de los documentos que indiquen en la causal. Lo propio aplica al vicio por fallo extrapetita, cuya valoración exige ponderar la demanda, su contestación –con las pretensiones y excepciones- y el laudo, para concretar con mucho rigor técnico si se incurrió o no en él. Por el contrario, si la norma estableciera que estos dos vicios se configuran sólo si es manifiesta su materialización, no cabe duda que la ponderación cambiaría, porque la intensidad de la apreciación variaría sustancialmente.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163.6

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema, consultar sentencia de junio 20 de 2002, exp. 20129

#### **LAUDO EN CONCIENCIA - Acreditación. Estudio**

La acreditación del laudo en conciencia no impone -ni puede hacerlo- un estudio profundo y detallado de carácter normativo o probatorio, sino uno externo y más superficial, sin que sea incompleto, que acredite que el laudo se dictó en conciencia sin mayores intervenciones conceptuales de fondo. Esta técnica de control al laudo, a través de esta causal, protege una elección que las partes del contrato hicieron cuando prefirieron la justicia alternativa a la natural: la decisión de única instancia. para que un laudo se considere proferido en conciencia debe omitir la referencia al régimen jurídico aplicable a la controversia.

**MATERIALIZACION DEL LAUDO EN CONCIENCIA O EQUIDAD - Criterios jurisprudenciales y legales / MATERIALIZACION DEL FALLO EN CONCIENCIA O EQUIDAD - Criterios jurisprudenciales y legales / MATERIALIZACION DEL LAUDO EN CONCIENCIA - Criterios jurisprudenciales y legales / MATERIALIZACION DEL FALLO EN CONCIENCIA - Criterios jurisprudenciales y legales / PRIMER CRITERIO - No se apoya en derecho positivo vigente, es decir en derecho que no rige**

La primera acepción jurisprudencial -de origen legal- de lo que constituye laudo en conciencia es la decisión con fundamento en normas inexistentes al momento de dictar el laudo, y agregó la Sala que lo será siempre que la norma sea definitiva para resolver el caso concreto, porque de no serlo no habría tenido incidencia en la decisión de los árbitros. No obstante, resulta extraño, desde el punto de vista conceptual, que este defecto del juicio lo tome la ley como un caso de fallo en conciencia, porque en tal supuesto los árbitros no actúan según su leal saber y entender el conflicto y su solución, sino que yerran en la normativa aplicable, de allí que el defecto más que de conciencia, de subjetividad, de solución en equidad, es un caso típico de error o desconocimiento del derecho. Sin embargo, bien podía el legislador, en ejercicio de la libertad de configuración de las causales de anulación de los laudos arbitrales, erigir este defecto en un supuesto de fallo en conciencia o equidad.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema consultar sentencia de 27 de abril de 1999, exp. 17797; sentencia de 8 de febrero de 2001, exp.18411y sentencia de 9 de agosto de 2001, exp.19273

**MATERIALIZACION DEL LAUDO EN CONCIENCIA O EQUIDAD - Criterios jurisprudenciales y legales / MATERIALIZACION DEL FALLO EN CONCIENCIA O EQUIDAD - Criterios jurisprudenciales y legales / MATERIALIZACION DEL LAUDO EN CONCIENCIA - Criterios jurisprudenciales y legales / MATERIALIZACION DEL FALLO EN CONCIENCIA - Criterios jurisprudenciales y legales / SEGUNDO CRITERIO - Se dicta en equidad, aunque los arbitros no tienen proscrito absolutamente usarla como criterio auxiliar / FALLO EN EQUIDAD – Noción. Definición. Concepto / FALLO EN EQUIDAD - Prohibición para los arbitros**

La decisión donde el sistema jurídico no es el referente para formarse un juicio de valor no se denomina fallo en conciencia sino en equidad, según se desprende del art. 115 del Decreto 1.818 de 1998: “El arbitraje puede ser en derecho, en equidad o técnico”, y agrega: “El arbitraje en equidad es aquel en que los árbitros deciden según el sentido común y la equidad.” A juzgar por este precepto la noción de fallo en conciencia carece de respaldo normativo. Sin embargo, dicho concepto –laudo o fallo en conciencia- proviene del artículo 163.6 del mismo Decreto 1.818, concepto que funge como equivalente al de fallo en equidad, al señalar que es causal de nulidad del laudo: “haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho.” Esto significa que fallo en equidad o conciencia alude al que no se dicta en derecho ni en criterios técnicos, es decir -en términos del art 115 mencionado- donde se decide según el sentido común y la equidad, o sea, los que no se fundamentan en derecho positivo vigente ni en los criterios de una ciencia. (...) si se juzga rigurosamente por lo que expresa el numeral 6 del art. 163, se deduciría que bajo ninguna circunstancia es admisible que los árbitros juzguen en equidad (...) el fallo en equidad, en pura equidad, trasciende la actividad instrumental que esta tiene al interior del art. 230 de la CP. Se convierte en criterio preponderante, casi único, de la razón que define las pretensiones de la demanda, y desecha la aplicación de reglas jurídicas concretas vigentes que rigen el caso sub iudice, para preferir el juicio personal sobre el institucional, que se representa en las normas y reglas vigentes, incluida la jurisprudencia de casos similares. De allí que la equidad desplaza al derecho positivo, y el juez se aleja del principio de legalidad que también lo vincula, para actuar como dictador –en el caso concreto- de las reglas que deben o pueden resolver la controversia.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 230 / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 115 / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163.6

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre fallo en equidad, consultar sentencia de 24 de marzo de 2011, exp.38484 y sentencia de 18 de noviembre de 1999, exp.12202. En relación con la equidad como forma de juicio, ver sentencia de 21 de febrero de 2011, exp.38621. En cuanto a la equidad como criterio auxiliar, consultar sentencia de 5 de julio de 2012, exp.40718

**MATERIALIZACION DEL LAUDO EN CONCIENCIA O EQUIDAD - Criterios jurisprudenciales y legales / MATERIALIZACION DEL FALLO EN CONCIENCIA O EQUIDAD - Criterios jurisprudenciales y legales / MATERIALIZACION DEL LAUDO EN CONCIENCIA - Criterios jurisprudenciales y legales / MATERIALIZACION DEL FALLO EN CONCIENCIA - Criterios jurisprudenciales y legales / TERCER CRITERIO - La hermenéutica sobre las normas aplicables, sobre el contrato y sobre las actuaciones procesales**

No configura un fallo en conciencia el hecho de que el juez interprete una norma, o un concepto suyo, o toda una institución jurídica, para dirimir el conflicto. Esta operación cognitiva y del raciocinio, de hecho, es necesaria para formar un juicio correcto, porque se sabe que hace parte del análisis jurídico –y curiosamente también de un análisis en conciencia- la interpretación de los textos, para desentrañar su sentido y aplicarlos a casos concretos, y más aún si se trata de contratos, cuya vocación hermenéutica es indiscutida, tanto así que el mismo Código Civil dedica un capítulo a las reglas hermenéuticas con las que se puede aproximar su sentido –arts. 1.618 a 1.624-Claro está que también las leyes enuncian principios o reglas hermenéuticas para su comprensión, entre las que se pueden citar las leyes especiales de una materia –que actualmente acostumbran incorporar reglas interpretativas propias- y las leyes generales, como la 153 de 1887 –arts. 1 a 9, ente otros-. Lo mismo cabe decir de las actuaciones procesales –como el comportamiento de las partes o los escritos que presentan-, cuya necesidad de ser entendidas no es extraña, más bien es frecuente, y la adelanta tanto el juez arbitral como la jurisdicción de lo contencioso administrativo. De manera que para llevar a cabo esta tarea el juez se sirve de diversas técnicas, pero todas integradas al derecho, porque no están fuera de él, de allí que interpretarlo es hacer derecho, y su materialización no puede confundirse con una actuación basada en la equidad o en la conciencia:

**FUENTE FORMAL:** CODIGO CIVIL - ARTICULO 1618 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1624 / LEY 153 DE 1887 - ARTICULO 1 / LEY 153 DE 1887 - ARTICULO 9

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema consultar sentencia de 20 de junio 2002, exp.20129; sentencia de 2 de octubre de 2003, exp.24320 y sentencia de 27 de junio de 2002, exp.21040

**MATERIALIZACION DEL LAUDO EN CONCIENCIA O EQUIDAD - Criterios jurisprudenciales y legales / MATERIALIZACION DEL FALLO EN CONCIENCIA O EQUIDAD - Criterios jurisprudenciales y legales / MATERIALIZACION DEL LAUDO EN CONCIENCIA - Criterios jurisprudenciales y legales / MATERIALIZACION DEL FALLO EN CONCIENCIA - Criterios jurisprudenciales y legales / CUARTO CRITERIO - La aplicación del contrato hace parte de la nación de fallo en derecho**

Que el contrato estatal constituya derecho vigente, para decidir la controversia jurídica (...) a esta tesis le aplica la idea más ampliada de que no sólo el contrato,

como documento bilateral, es norma para las partes, y constituye derecho vigente, sino también los demás documentos que lo conforman, como el pliego de condiciones –que se integra al mismo-, la oferta y en general las comunicaciones y tratos preliminares, así como los ocurridos durante la ejecución del negocio, porque todos hacen parte de la noción de derecho ampliado que rige cada negocio jurídico.

**NOTA DE RELATORIA:** El contrato estatal constituye derecho vigente, al respecto consultar sentencia de 6 de julio de 2005, exp. 28990. Sobre la fundamentación del fallo en derecho y en la interpretación y aplicación de las normas contenidas en el contrato, ver sentencia de 24 de mayo de 2006, exp.31024

**MATERIALIZACION DEL LAUDO EN CONCIENCIA O EQUIDAD - Criterios jurisprudenciales y legales / MATERIALIZACION DEL FALLO EN CONCIENCIA O EQUIDAD - Criterios jurisprudenciales y legales / MATERIALIZACION DEL LAUDO EN CONCIENCIA - Criterios jurisprudenciales y legales / MATERIALIZACION DEL FALLO EN CONCIENCIA - Criterios jurisprudenciales y legales / QUINTO CRITERIO – La condena sin consideración a las pruebas es un fallo en conciencia**

El otro supuesto creado por la jurisprudencia lo constituyen las pruebas del proceso, que deberían ofrecer convicción al tribunal de arbitramento, pero si no existen o carecen de soporte valorativo normativo afectan la validez de la decisión. Esto lo ha precisado la Sala, sin interferir en la libertad de que gozan los árbitros para valorar las pruebas, según las reglas de la sana crítica. En palabras de la Corporación: “Revisado el laudo proferido, se observa que el Tribunal se refiere a cada una de las pruebas practicadas dentro del proceso y las valora con fundamento en la sana crítica, concluyendo, respecto de los testimonios, que algunos de ellos son dignos de credibilidad, por no presentar contradicciones y no estar demostrado que los declarantes tuvieran interés en el proceso, y otros, en cambio, debían ser rechazados, por inexactos y contradictorios, y por existir vínculos de diversa índole entre los declarantes y las partes o sus representantes. Con fundamento en estas consideraciones, establece cuáles son los hechos que se encuentran probados y, posteriormente, presenta sus ‘consideraciones jurídicas’, refiriéndose, concretamente, al incumplimiento del contrato, alegado por ambos contratantes, y a las indemnizaciones solicitadas. (...) Esta tesis, sin embargo, no admite que se controvierta el laudo, a través del recurso de anulación, aduciendo que la valoración probatoria es incorrecta, inadecuada u otro defecto que el recurrente le endilgue a la providencia, porque en tal caso no se está en presencia de un fallo en conciencia sino de una providencia errática, que no admite controversia en el proceso de anulación, porque no se trata de una segunda instancia, es decir, de un recurso de apelación.

**NOTA DE RELATORIA:** Consultar sentencia de 4 de mayo de 2000, exp.16766; sentencia de 27 de julio de 2000, exp.17591 y sentencia de 2 de octubre de 2003, exp.24320

**MATERIALIZACION DEL LAUDO EN CONCIENCIA O EQUIDAD - Criterios jurisprudenciales y legales / MATERIALIZACION DEL FALLO EN CONCIENCIA O EQUIDAD - Criterios jurisprudenciales y legales / MATERIALIZACION DEL LAUDO EN CONCIENCIA - Criterios jurisprudenciales y legales / MATERIALIZACION DEL FALLO EN CONCIENCIA - Criterios jurisprudenciales y legales / SEXTO CRITERIO – No lo constituye la incursión en una vía de hecho**

También ha expresado la Sección que la comisión de una vía de hecho no es constitutiva de un fallo en conciencia, sin que ello signifique que la jurisdicción de lo contencioso administrativo haga caso omiso de una irregularidad semejante, es sólo que no puede olvidarse que el tribunal de arbitramento tramita un proceso de única instancia y que el Consejo de Estado sólo juzga vicios específicos de la decisión, no inconformidades generales frente a ella. Al respecto ha manifestado esta Corporación: "... es necesario aclarar en primer lugar, que dentro de las taxativas causales de anulación de los laudos arbitrales proferidos para dirimir controversias surgidas de contratos estatales, contenidas en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 y recogidas por el artículo 230 del Decreto 1818 de 1998

**FUENTE FORMAL:** LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 72 / DECRETO 1818 DE 1998  
- artículo 230

**MATERIALIZACION DEL LAUDO EN CONCIENCIA O EQUIDAD - Criterios jurisprudenciales y legales / MATERIALIZACION DEL FALLO EN CONCIENCIA O EQUIDAD - Criterios jurisprudenciales y legales / MATERIALIZACION DEL LAUDO EN CONCIENCIA - Criterios jurisprudenciales y legales / MATERIALIZACION DEL FALLO EN CONCIENCIA - Criterios jurisprudenciales y legales / SEPTIMO CRITERIO - La decisión equivocada tampoco configura un fallo en conciencia. Reiteración jurisprudencial**

El Consejo de Estado ha sido enfático en señalar que el error en que incurran los árbitros al decidir no constituye un fallo en conciencia, sino una decisión equivocada, no controlable a través de la causal sexta de anulación –y de hecho a través de ninguna otra

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema consultar sentencia de 28 de noviembre de 2002, exp.22191. Reiteradas en sentencia de junio 16 de 2008, exp.35543; sentencia de junio 10 de 2009, exp.35896; sentencia de 8 de julio de 2009, exp.36364; sentencia de 3 de febrero de 2010, exp.42126; sentencia de 30 de abril de 2012, exp.38051; sentencia de 23 de agosto de 2010, exp.41029 y sentencia de 17 de noviembre de 2011

**MATERIALIZACION DEL LAUDO EN CONCIENCIA O EQUIDAD - Criterios jurisprudenciales y legales / MATERIALIZACION DEL FALLO EN CONCIENCIA O EQUIDAD Criterios jurisprudenciales y legales / MATERIALIZACION DEL LAUDO EN CONCIENCIA - Criterios jurisprudenciales y legales / MATERIALIZACION DEL FALLO EN CONCIENCIA - Criterios jurisprudenciales y legales / OCTAVO CRITERIO - La falta de motivación no es fallo en conciencia**

También se sostiene que "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 alude, como se dijo, con el marco de referencia normativo que condiciona la conducta del juzgador en uno y otro.

**NOTA DE RELATORIA:** Consultar, sentencia de 3 de abril de 1992, exp.6695 y sentencia de 4 de julio de 2002, exp.21217

**ANULACION LAUDO ARBITRAL - Decreto 1818 de 1998. Artículo 163. Numeral 6 / CAUSAL SEXTA DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - No se configuró / RECURSO DE ANULACION LAUDO ARBITRAL - Instituto**



**Municipal de Tránsito de Pereira – IMTTP – Compañía Integral de Recuperación de Cartera - CIRA S.A. y Jaime Hernando Lafourie Vega, integrantes del Consorcio SIETT Pereira / LAUDO ARBITRAL - Se falló en derecho**

Acerca de los elementos y criterios que configuran o no un laudo dictado en conciencia o equidad, resulta fácil concluir que el proferido en el caso concreto se dictó en derecho, a juzgar inclusive por las mismas razones que ofrece la parte recurrente para acreditar lo contrario, y de las cuales la Sala no puede separarse, porque marcan o delimitan el principio de la congruencia en este proceso. Lo inmediato que se destaca del recurso de anulación es que adolece de la técnica necesaria para permitir que esta Sala siquiera pueda considerar con probabilidad mínima que el laudo se dictó en conciencia. el recurso de anulación no es una instancia más –la segunda- del proceso arbitral. Éste es de única instancia, y por eso es inadmisibles plantear a través del recurso de anulación inconformidades propias de un recurso de apelación -donde caben objeciones de toda índole, principalmente por inconformidad con el sentido de la decisión-. De hecho, la parte recurrente no sólo pide mal, sino que apoyó la petición en la estructura argumentativa y discursiva del inconforme con la decisión arbitral.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION C**

**Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO**

Bogotá, DC., agosto ocho (8) de dos mil doce (2012)

**Radicado número: 11001-03-26-000-2012-00010-00(43089)**

**Convocante: INSTITUTO MUNICIPAL DE TRANSITO DE PEREIRA –I MTTP**

**Convocado: COMPAÑÍA INTEGRAL DE RECUPERACION DE CARTERA - CIRA S.A.- Y JAIME HERNANDO LAFOURIE VEGA, INTEGRANTES DEL CONSORCIO SIETT PEREIRA**

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

Conoce la Sala del recurso de anulación interpuesto contra el laudo arbitral proferido el 14 de diciembre de 2.011, por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias surgidas entre el Instituto Municipal de Tránsito y Transporte de Pereira -en adelante el Instituto, o el IMTTP, o el convocante- y Jaime Hernando Lafourie Vega y la Compañía Integral de Recuperación de Cartera CIRA S.A., integrantes del Consorcio SIETT Pereira -en adelante los

contratistas, o los convocados-, con ocasión del contrato de crédito de proveedores No. 018 de 2.006 -fls. 1.248 a 1.323 del cdno. ppal.-.

## **ANTECEDENTES**

### **1. Las demandas y su contestación**

Entre el Instituto y los convocados se celebró el contrato No. 018 de 2.006, que tiene por objeto la modernización e implementación del sistema de información del IMTTP. El plazo de ejecución del contrato –aún vigente- es de doce (12) años y se acordó remunerar mensualmente los bienes y servicios que presta el contratista.

En virtud de la cláusula compromisoria estipulada, el Instituto Municipal de Tránsito y Transporte de Pereira convocó a los contratistas al Tribunal de Arbitramento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Pereira, con el fin de revisar el capítulo IV del contrato, relacionado con el precio. Pretende que se declare que el valor del contrato es de \$6.425'204.736; que se reliquide y ordene al consorcio reintegrar al Instituto las mayores sumas recibidas, o disponer que se imputen a pagos futuros; y aplicar la “tabla de pagos mensualizada” a partir de la ejecutoria del laudo arbitral.

Sin embargo, los convocados –que contestaron la demanda individualmente pero con contenido idéntico- se opusieron a las pretensiones y propusieron las excepciones de: inexistencia de contradicción entre los términos de referencia y la propuesta económica, contrato como ley para las partes, e inexistencia de desequilibrio económico del contrato.

También formularon demanda de reconvención, para que se declare: el desequilibrio económico del contrato, originado en los sobrecostos de ejecución, y por ende solicitaron que se condene al Instituto a pagar estas sumas adicionales, que se modifiquen las cláusulas para determinar cómo se reconocerán estos ítems en el futuro, que el Instituto no efectúe el cobro de la estampilla pro hospital, que el IMTTP incurrió en mora en los pagos mensuales y que se le ordene cancelar los intereses correspondientes.

Por su parte, el Instituto se opuso a las pretensiones de la demanda, y formuló las excepciones de inexistencia de los sobrecostos aducidos y existencia de desequilibrio contractual que lo afecta.

## 2. El laudo

El Tribunal de Arbitramento, en audiencia celebrada el 14 de diciembre de 2.011 - fls. 1.248 a 1.323 del cdno. ppal.-, dictó el laudo por medio del cual negó tanto las pretensiones de la demanda principal como las de la demanda de reconvención, así como las excepciones formuladas por ambos.

Respecto de la excepción de *contrato como ley para las partes*, propuesta por los convocados<sup>1</sup>, indicó que las pretensiones de la demandante no desconocen las obligaciones pactadas, porque resultan jurídicamente viables, ya que se orientan a establecer el alcance y contenido de algunas cláusulas, como la 26, que se refiere a la tabla de pagos. Así mismo, negó la excepción denominada *inexistencia de un desequilibrio económico en contra del IMTTP*, ya que el término “desequilibrio económico del contrato” lo utilizó la entidad en una acepción diferente a la usual de la contratación estatal, porque quería precisar que el precio pactado afecta de manera injustificada el patrimonio público, puesto que existen contradicciones entre ésta y los pliegos de condiciones, la oferta del consorcio, la evaluación y la adjudicación del contrato. La excepción de *inexistencia de contradicción entre los términos de referencia y la propuesta económica* se estudió con el fondo del asunto, pues estaba directamente relacionada con la *causa petendi*. Así las cosas, el Tribunal desestimó la excepción por las mismas razones que negó las pretensiones de la demanda.

En relación con las pretensiones de la convocante, el Tribunal adujo que revisada la Resolución No. 000144 de enero 26 de 2006 -mediante la cual se adjudicó el contrato al Consorcio Siett Pereira-, encontró que el valor fue de \$7.133'003.885, *moneda constante* del 2005, y que llevado a *pesos corrientes* al finalizar los doce años de plazo, ascenderá a \$9.451'330.200; así las cosas, consideró que esta conclusión coincidía con el dictamen pericial.

---

<sup>1</sup> La Compañía Integral de Recuperación de Cartera -CIRA S.A.- y Jaime Hernando Lafourie Vega, integrantes del Consorcio Siett Pereira, presentaron contestación de la demanda y propusieron excepciones de fondo individualmente, sin embargo, por tratarse de fundamentos idénticos en lo esencial, se exponen de manera simultánea.

En consecuencia, el Tribunal desestimó las pretensiones de la demanda, porque si bien, estaban fundamentadas en un estudio financiero válido, elaborado por un contratista del IMTTP, no fue el que se utilizó para celebrar el contrato. Por último, precisó que aunque el dictamen, en algunas cuestiones sometidas a su estudio, presentaba defectos que no permitían tenerlo como prueba suficiente, tampoco implicaba que prosperara la objeción por error grave; simplemente perdía valor probatorio en estos puntos específicos.

Concluido el análisis de la demanda que convocó al Tribunal de arbitramento, se estudió el escrito de reconvención. Se negó la ruptura del equilibrio económico del contrato por razón de los sobrecostos, puesto que el dictamen pericial no fue idóneo para acreditar la existencia de costos superiores a los señalados en la oferta del consorcio y el contrato. No halló demostrado que estos costos -pago de la estampilla pro hospital, vinculación de mayor cantidad de personal, soporte en el proceso de certificación del Instituto, soporte y actualización de aplicativos, incremento en los costos administrativos y digitalización- reunieran los requisitos para dar lugar a restablecer la ecuación contractual. De otro lado, la pretensión relacionada con el cobro de la estampilla pro hospital tampoco prosperó, porque no se probó que se hubiese creado con posterioridad a la celebración del contrato, supuesto indispensable de la teoría de la imprevisión. Por último, en cuanto a la mora en los pagos, el Tribunal indicó que no se habían aportado las pruebas para declarar el incumplimiento generador de la mora, ya que no se aportaron las cuentas de cobro, acompañadas de los documentos establecidos en el contrato.

Finalmente, en cuanto a las excepciones propuestas en la demanda de reconvención, particularmente la *inexistencia de los sobrecostos aducidos por el consorcio*<sup>2</sup>, señaló que no prosperaba porque el demandado no desconoció los gastos alegados por los integrantes del Consorcio Siett, y precisó que son parte de las obligaciones pactadas, por tanto no se trata de sobrecostos que desequilibren económicamente el contrato. Por otro lado, respecto a la *existencia de desequilibrio contractual por parte del Instituto*, consideró que no se trata de una excepción, y por eso no se decidía.

### **3. El recurso de anulación y el concepto del Ministerio Público**

---

<sup>2</sup> El Tribunal de Arbitramento desentrañó el sentido de la excepción denominada "inexistencia de los sobrecostos aducidos por el consorcio" en virtud del poder de interpretación del juez.

Lo interpuso el Instituto Municipal de Tránsito y Transporte de Pereira -fl. 1.325, cdno. ppal.-. Invocó la causal No. 6 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998. Para comprender mejor el tema la Sala resumirá el recurso y a continuación hará lo mismo con la posición del Ministerio Público, comoquiera que los convocados no presentaron alegatos<sup>3</sup>.

**3.1. Causal 6 del art. 163 del decreto 1818 de 1998: “Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”.**

**a. Posición del recurrente**

El Instituto Municipal de Tránsito y Transporte de Pereira sustentó el recurso basado en tres argumentos: i) “interpretación sistemática por comparación o por aplicación práctica contenida en el artículo 1.622 del Código Civil”, ii) “aceptación del informe del perito en algunas partes de manera personalizada y no en derecho, y en otras no” y iii) “caso omiso de la irregularidad que se presentó en las pruebas o documentos que el SIETT entregó al perito, porque en unos apartes se dice no tener en cuenta y en otros sí”.

En relación con el **primer asunto**, consideró que el Tribunal de Arbitramento decidió en conciencia y no en derecho porque “con el laudo las cosas quedaron como cuando se presentó la demanda inicialmente”, sin que se resolviera la controversia principal relacionada con la contradicción entre los pliegos de condiciones y la tabla adoptada en la cláusula 26 del contrato. Planteó que las consideraciones para negar las pretensiones no se fundamentan en *razones de derecho válidas* que permitan resolver la controversia en cuanto al valor a pagar por el contrato de crédito de proveedores No. 018 de 2006. Indicó que el Tribunal simplemente transcribió el valor establecido como precio del contrato en la Resolución No. 000114 de enero 26 de 2006, por medio de la cual se adjudicó al Consorcio Siett, sin realizar un análisis jurídico; en su criterio, la variable de inflación incorporada en los pliegos de condiciones ha debido ser empleada como

---

<sup>3</sup> El 2 de mayo de 2012, estando a despacho para fallo este proceso, el señor Jaime Hernando Lafourie Vega presentó memorial alegando que no se había surtido traslado del escrito de sustentación presentado por el IMTTP, tanto a la Cámara de Comercio de Pereira como a los convocados; precisó que si bien el despacho ordenó correr traslado a las partes en el auto del 16 de febrero de 2012, aduce que no podía alegarse de conclusión sin conocer la sustentación del recurso, por lo tanto solicitó que se le concediera un nuevo término -fl. 1.377 y 1.378, cdno. ppal.-.

factor de proyección para la información solicitada en el formato 9 y no como factor de indexación de las cuotas a pagar, establecida en la tabla de la cláusula 26.

En **segundo lugar**, aduce que no se debió dar credibilidad al concepto emitido por el perito financiero, toda vez que esta prueba la objetó el Instituto, porque presentaba contradicciones, como en el caso de la hoja electrónica; no obstante, relievra que dejó de lado otros razonamientos que pudieron haber proporcionado mayor claridad al momento de decidir en derecho, como por ejemplo el informe de aclaraciones realizado por el perito, o el estudio elaborado por el consultor contratado por el IMTTP.

También planteó el recurrente que pese a la declaración del Tribunal de Arbitramento de no tener en cuenta aquellos puntos de la prueba pericial que se fundamentaron en los documentos aportados por el Consorcio, lo cierto es que a partir de la hoja electrónica "VR CUOTAS PESOS CORR" estableció el valor del contrato en \$9.451'330.200, y por consiguiente subestimó las pretensiones de la demanda. Así mismo, afirma que si el Tribunal hubiera entregado al perito los documentos que obraban en el proceso, esta prueba no tendría el resultado errado elaborado a partir de la información adulterada entregada por el Consorcio.

Por último, insiste en que se falló en conciencia porque no se encuentra el fundamento normativo que defina si se presentó o no el desequilibrio económico en contra del IMTTP, con el modelo financiero adoptado y las irregularidades durante el trámite del proceso arbitral -fls. 1.333 a 1.354, cdno. ppal.-.

#### **b. Concepto del Ministerio Público**

El 2 de mayo de 2012, estando a despacho para fallo este proceso, el señor Jaime Hernando Lafourie Vega presentó memorial alegando que no se había surtido traslado del escrito de sustentación presentado por el IMTTP, tanto a la Cámara de Comercio de Pereira como a los convocados; precisó que si bien el despacho ordenó correr traslado a las partes en el auto del 16 de febrero de 2012, aduce que no podía alegarse de conclusión sin conocer la sustentación del recurso, por lo tanto solicitó que se le concediera un nuevo término -fls. 1.377 y 1.378, cdno. ppal.-.

### **c. Concepto del Ministerio Público**

Pide que se declare infundado el recurso, comoquiera que de la lectura del laudo se advierte que no se profirió en conciencia sino en derecho, toda vez que expone las decisiones de los árbitros y se realiza una valoración de los medios probatorios. Así mismo, señala que el Tribunal analizó la normativa aplicable al contrato No. 018 de 2006, e igualmente se refirió a la contratación directa y sus principios, para lo cual acudió a la jurisprudencia, y realizó un estudio de los términos de referencia, la oferta y el contrato; por lo tanto, plantea que a partir de estos elementos resulta evidente que el Tribunal decidió en derecho.

Adicionalmente, advirtió que los argumentos del recurrente cuestionan el análisis del caso y la decisión de fondo, lo que no procede a través del recurso de anulación, que no admite estudiar el análisis del Tribunal en la parte interpretativa de la normativa, del contrato y del valor que le da a los medios de juicio, lo que pone en evidencia que el laudo no se dictó en conciencia -fls. 1.362 a 1.374, cdno. ppal.-.

### **CONSIDERACIONES**

Previo al estudio que corresponde para decidir de fondo el recurso de anulación, advierte la Sala que el laudo no se anulará, y así se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia. Para fundamentar esta conclusión se analizarán los siguientes temas: *i)* primero, la competencia del Consejo de Estado para conocer del recurso, *ii)* consideración procesal previa, en relación con una solicitud de la parte convocada; *iii)* luego se hará un estudio detallado sobre la causal sexta de anulación del art. 163 del decreto 1818 de 1998, *iv)* a continuación se expondrán los ocho criterios jurisprudenciales y legales que materializan el laudo en conciencia o equidad; *v)* y finalmente se estudiará el caso concreto, para examinar su aplicación específica al asunto objeto de debate.

**1. Competencia para conocer del recurso de anulación: Conservación de la jurisdicción y de la competencia luego de entrar en vigencia el nuevo Código Contencioso Administrativo; así como del régimen procesal con que se tramitó el recurso.**

La Sección Tercera -Subsección C- ratifica la tesis que desde hace tiempo se mantiene, según la cual, el juez de los recursos de anulación, donde son parte las entidades estatales, es la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con independencia del régimen jurídico sustantivo que rige el contrato. Esta idea se ha aplicado a distintas entidades estatales, de las cuales las regidas por la ley 80 de 1993 no ofrecen discusión académica ni jurisprudencial, como la del caso concreto, teniendo en cuenta que el Concejo Municipal de Pereira, mediante el Acuerdo No. 137 de diciembre 20 de 1994, creó el Instituto Municipal de Tránsito y Transporte de Pereira como un establecimiento público del orden municipal, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.

En efecto, en materia de competencia para conocer de los recursos de anulación de laudos arbitrales, la Sala ha dicho, *en primer lugar*, que se la han conferido los arts. 128.5 CCA.<sup>4</sup> y el 72 de la ley 80 de 1993, los cuales establecen que ésta se surtirá ante esta Sección<sup>5</sup>. No obstante, la ley 1150 de 2007 modificó el art. 72 de la ley 80 de 1993, variando algunos aspectos. Sin embargo, la nueva disposición mantuvo la competencia para conocer de este recurso:

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

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

---

<sup>4</sup> Dispone el art. 128 del CCA. que “El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá de los siguientes procesos privativamente y en única instancia: (...)”

“5. Del recurso de anulación de los laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos estatales, por las causas y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia. Contra esta sentencia solo procederá el recurso de revisión.”

<sup>5</sup> El art. 72 de la ley 80 fue reproducido por el art. 230 del Decreto 1.818 de 1998, que compila las diferentes normas relacionadas con los mecanismos de solución alternativa de conflictos.



**“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”. (Negrillas fuera de texto)

En conclusión, tanto en vigencia del art. 72 de la ley 80 de 1993, como con el art. 22 de la ley 1150, esta Sección es competente para conocer de este recurso. Pero además del anterior criterio, *en segundo lugar*, no debe olvidarse que el contrato es de naturaleza estatal, en los términos del artículo 32 de la ley 80 de 1993, porque fue celebrado por una entidad regida por la ley 80, lo que ratifica la competencia para conocer del asunto.

En *tercer lugar*, esta conclusión se confirma con la ley 1107 de 2006, en virtud de la cual esta jurisdicción conoce de las controversias donde sea parte una entidad estatal, de modo que, aplicado al caso concreto, resulta claro que por el sólo

hecho de que ambas entidades tienen naturaleza pública, la competencia queda asignada a esta jurisdicción<sup>6</sup>.

No obstante, a título puramente indicativo y esclarecedor de la nueva normativa, conviene tener en cuenta que aún con el nuevo código contencioso administrativo, la jurisdicción y la competencia para conocer de este recurso se conserva en el Consejo de Estado, por dos razones: i) de un lado, porque se asignó de manera especial la competencia, en el art. 104.7, conforme al cual "La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

"Igualmente conocerá de los siguientes procesos: (...)

---

<sup>6</sup> Dispone esta norma que "Art. 1. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedaría 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.

"Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

"La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley.

"Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional".

Sobre el alcance de esta norma puede consultarse, entre otros, el análisis realizado por la Sección Tercera en el auto de febrero 8 de 2007 -Exp. 30.903. Actor: Aguas de la Montaña-.

“7. Los recursos extraordinarios contra laudos arbitrales que definan conflictos relativos a contratos celebrados por entidades públicas o por particulares en ejercicio de funciones propias del Estado.”

Y ii) de otro lado, porque el artículo 149.7 dispuso en igual sentido que al Consejo de Estado corresponde conocer en única instancia: “7. Del recurso de anulación contra laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos celebrados por una entidad pública, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia. Contra la sentencia que resuelva este recurso sólo procederá el recurso de revisión.”

En estos términos, sin importar la cuantía del proceso, ni la naturaleza de las pretensiones, sino sólo si se está ante un laudo arbitral, que dirimió una controversia contractual donde fue parte una entidad estatal –criterio orgánico-, y al margen del régimen contractual aplicable a la entidad –derecho privado o administrativo-, el juez del recurso de anulación seguirá siendo el Consejo de Estado, en única instancia.

Ahora, el régimen procesal del recurso en el caso *sub iudice* también se conservó conforme al trámite previsto en la legislación procesal con la que inició su trámite, toda vez que el artículo 308 del nuevo código dispuso que los procesos iniciados antes de su entrada en vigencia conservarán dicha normativa:

“Art. 308. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y VIGENCIA. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

“Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.

“Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior.”

Esta competencia tampoco varió con la entrada en vigencia de la nueva ley de arbitraje –Ley 1563 de 2012- porque conservó en la jurisdicción de lo contencioso administrativo la facultad para conocer de los recursos de anulación contra los laudos donde son parte las entidades estatales o los particulares que cumplen funciones administrativas, y sobre todo porque su entrada en vigencia se previó para el 12 de octubre siguiente –art. 119-, de allí que aún no rigen sus normas procesales ni sustantivas.

## **2. Definición previa procesal**

Antes de realizar el estudio que corresponde al proceso, resulta indispensable resolver la petición presentada el 2 de mayo de 2012, por el señor Jaime Hernando Lafaurie Vega, en la que solicita se le conceda el término para presentar alegatos. Considera que si bien en el auto del 16 de febrero -notificado por estado el 28 de febrero de 2012- el Despacho corrió traslado a las partes por el término de 5 días al recurrente para sustentar el recurso y a los convocados para que presentaran los alegatos, lo cierto es que no era posible surtir esta etapa sin tener conocimiento de la sustentación del recurso de anulación, porque ésta constituía el fundamento de sus alegatos, y como los términos eran comunes “no podía controvertir algo que no existía en ese momento”.

Para la Sala resultan improcedente estos argumento porque el artículo 22 de la ley 1150 de 2007 y el art. 161 del Decreto 1818 de 1998 se refieren a la procedencia del recurso de anulación contra el laudo arbitral, y señalan que 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. Esto significa que no es requisito sustentarlo cuando se interpone.

Así las cosas, el artículo 164, inciso 2, del Decreto 1818 es claro al indicar que: “... En el auto por medio del cual el Tribunal Superior avoque el conocimiento ordenará el traslado sucesivo por cinco (5) días al recurrente para que lo sustente, y a la parte contraria para que presente su alegato. Los traslados se surtirán en la

Secretaría". De conformidad con la norma, que el término sea *sucesivo* significa que tan pronto venza el concedido a una parte se inicia el conferido a la otra. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, esto significa: "Dicho de una cosa: Que sucede o se sigue a otra. En el tiempo que ha de seguir al momento en que se está." De esta manera esta expresión se pone a *simultáneo*: "Dicho de una cosa: Que se hace u ocurre al mismo tiempo que otra".

En el caso concreto, los cinco días que confirió la ley para sustentar el recurso trascurren a favor del recurrente y al vencimiento empiezan a correr los cinco días conferidos a la parte contraria para que alegue. De esta manera la última puede conocer los argumentos de inconformidad con la decisión que presentó la primera, para aducir los suyos, pues el término no era simultáneo sino sucesivo.

En ese orden de ideas, resulta indiscutible que el convocado no asumió la carga procesal que le correspondía, es decir, observar el término procesal con diligencia, y por lo tanto, no es de recibo que pretenda evitar las consecuencias que ello trae, comoquiera que "las cargas procesales son aquellas situaciones instituidas por la ley que comportan o demandan una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejadas para él consecuencias desfavorables, como la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal e inclusive hasta la pérdida del derecho sustancial debatido en el proceso"<sup>7</sup>.

En conclusión, no se violó el derecho al debido proceso ni se le impidió el acceso a la administración de justicia, porque las normas procesales enunciadas realizan el derecho sustancial, al permitir oponerse a los argumentos del recurrente, a continuación de que éste los haya presentado. Así las cosas, la Sala abordará el estudio del fondo del asunto, no sin antes advertir que el recurso se declarará infundado, y así se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

**3. Consideraciones generales sobre la causal 6 de anulación:  
"Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta  
circunstancia aparezca manifiesta en el laudo."**

---

<sup>7</sup> Sala de Casación Civil, M.P. Dr. Horacio Montoya Gil, auto del 17 de septiembre de 1985, que resolvió una reposición, Gaceta Judicial TOMO CLXXX - No. 2419, Bogotá, Colombia, Año de 1985, pág. 427.

Antes de abordar el estudio del caso concreto la Sala precisará el alcance que, con algún grado de detalle, la Sección Tercera le ha dado a la causal sexta de anulación –art. 163.6-, con fundamento en lo cual examinará, a continuación, los argumentos propuestos por el recurrente para que se anule el laudo. El análisis implicará el estudio de: i) la noción de fallo en conciencia; ii) requisito para que se configure el fallo conciencia: que esta circunstancia aparezca *manifiesta* en el laudo, iii) los ocho criterios jurisprudenciales y legales que materializan el laudo en conciencia o equidad, y iv) el caso concreto.

### 3.1. Noción de fallo en conciencia

Recuérdese que sobre la causal de anulación alegada, el Consejo de Estado ha sostenido, como criterio básico y constante, que el fallo en derecho debe observar el ordenamiento jurídico, de allí que el marco de referencia sólo está en él. Por esa razón, el juez no sólo se encuentra sometido a las reglas adjetivas que regulan el proceso arbitral, sino a las normas sustantivas que rigen los derechos pretendidos, no pudiendo conocer sino lo permitido en la ley<sup>8</sup>. En cambio, cuando el juez decide en conciencia se mueve en un marco diferente, más amplio, porque, como lo dice la jurisprudencia, cuando actúa así tiene la facultad de decidir conforme a la equidad o según su leal saber y entender<sup>9</sup>, o verdad sabida y buena fe guardada *-ex aequo et bono-*. En este orden de ideas, sólo cuando el fallo deje de lado, de manera evidente, el marco jurídico que tiene de referencia, podrá asimilarse a un fallo en conciencia. Pero si el juez adquiere la certeza con apoyo en el ordenamiento jurídico, en el acervo probatorio y en las reglas de la sana crítica, la decisión se dicta en derecho. En tal sentido, el Consejo de Estado indicó en el año 2000:

“El estudio de esta causal requiere de algunas consideraciones previas, acerca de las condiciones necesarias para que se configure

---

<sup>8</sup> Sentencia de 6 de julio de 2005 -Exp. 28.990-. Tesis reiterada por la Sección en la sentencia proferida el 31 de enero de 2011 –exp. 37.788-: “Respeto de esta causal el Consejo de Estado ha sostenido, en múltiples ocasiones, que el fallo en derecho debe observar el ordenamiento jurídico, de manera que el marco de referencia no podrá estar sino en él. Por esa razón, el juez se encuentra sometido no sólo a las reglas adjetivas que regulan el proceso arbitral, sino a la normatividad sustantiva que rige los derechos pretendidos, no pudiendo conocer sino lo permitido en la ley.” Tesis reiterada, a su vez, por la tesis sentencia del 18 de enero de 2012 –exp. 40.082-.

<sup>9</sup> En el mismo sentido, sentencia del 3 de agosto de 2006, exp. 31.354.

-deducidas de lo que la Jurisprudencia de esta Sala ha dicho al respecto-, a fin de evaluar si, en el presente caso, resulta aplicable, atendiendo al hecho de que los más fuertes argumentos de los recurrentes giran en torno a este punto.

“En primer lugar, resulta especialmente importante constatar que, mientras el artículo 115 del decreto 1818 de 1998 contempla la posibilidad que los arbitramentos privados sean en derecho, en equidad o técnicos; los que se profieren en relación con los contratos estatales sólo pueden ser en derecho –art. 70, inciso 2<sup>10</sup>, ley 80-, o técnicos –art. 74, ley 80<sup>11</sup>-. ”

“Sin embargo, la circunstancia de que, de ninguna manera, sea permitido por el ordenamiento jurídico administrativo un fallo en conciencia, en los Tribunales de arbitramento constituidos para dirimir controversias en contratos de carácter estatal, no puede llevar a pensar que cualquier tipo de falencia en un laudo equivalga a un fallo en conciencia.

“Al respecto, ha dicho esta Sala que: ‘Debe agregarse, por lo demás, que, conforme a lo anterior, es claro que la decisión equivocada no se identifica con la decisión en conciencia, de manera que la causal de anulación citada no puede justificar la revisión de la argumentación jurídica elaborada por el Tribunal de Arbitramento, por parte del juez del recurso. De otra manera, so pretexto de su interposición, se abriría paso para desconocer la convención celebrada por las partes, en el sentido de no acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa, sometiendo la controversia a la decisión de árbitros, que deben fallar en única instancia. De allí que, como se ha expresado, el recurso de anulación no dé lugar al trámite de una nueva instancia; que, además, las causales previstas para su interposición estén dirigidas a corregir errores *in procedendo* y, sólo de manera excepcional, errores *in judicando*, y que, en este último caso, como también se ha dicho, los límites del juez estén claramente definidos en la ley.’”<sup>12</sup>

Sin embargo, conviene hacer algunas anotaciones explicativas, y adicionales, a la tesis general que se ha sostenido. En efecto, si se atiende a la normativa que rige el tema, el fallo se dicta en conciencia cuando “... los árbitros deciden según el sentido común y la equidad”, y se profiere en derecho cuando “... los árbitros

---

<sup>10</sup> Dice esta norma que “El arbitramento será en derecho. Los árbitros serán tres (3), a menos que las partes decidan acudir a un árbitro único. En las controversias de menor cuantía habrá un sólo árbitro.”

<sup>11</sup> Dice esta norma que “Las partes podrán pactar que las diferencias de carácter exclusivamente técnico se sometan al criterio de expertos designados directamente por ellas o que se sometan al parecer de un organismo consultivo del Gobierno, al de una asociación profesional o a un centro docente universitario o de enseñanza superior. La decisión adoptada será definitiva.”

<sup>12</sup> Sección Tercera, Sentencia de 28 de noviembre de 2002, exp. 22.191.

fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente” –art. 115 del Decreto 1818 de 1998-.

Una aproximación somera a estos dos conceptos conduce a pensar que el fallo que no se dicta en derecho se profiere en equidad, cuando no necesariamente es así, porque no se trata de conceptos que se oponen de manera exclusiva y definitiva, toda vez que esa relación es más aparente que real. Es decir, que si bien el fallo en conciencia no puede serlo en derecho, ni el que es en derecho podrá serlo en conciencia, existen otras relaciones que demuestran que estas dos clases de arbitramento no son únicos: hay que considerar el arbitraje técnico, que se constituye “Cuando los árbitros pronuncian su fallo en razón de sus específicos conocimientos en una determinada ciencia, arte u oficio” –art. 115-, forma de arbitraje autorizada a las entidades estatales por la ley 80 de 1993.

De esta manera, puede suceder que el fallo sea *técnico*, y no en *derecho* ni en *equidad*, pues los arbitramentos adoptan alguna de estas tres formas<sup>13</sup>. No obstante, la causal de anulación prevista en el art. 163.6 sólo se configura cuando el laudo que debió ser en derecho se dicta en conciencia; de manera que: i) si debió ser técnico y los árbitros lo dictan en derecho o en equidad no procede la anulación de la decisión, o ii) si debió ser en derecho y se dicta un laudo técnico tampoco procede la anulación, por la taxatividad de las causales del art. 163 del decreto 1818 de 1998 y la necesidad de que su interpretación sea estricta.

No sobra recordar, para comprender mejor el tema, que la forma de los tribunales de arbitramento que puede pactar el Estado -si se rigen por la ley 80 de 1993- son: en derecho, porque el inciso segundo del art. 70 de la ley 80 de 1993 lo autoriza<sup>14</sup>; y técnico, porque el art. 74 de la misma ley lo permite<sup>15</sup>. De manera que en este

---

<sup>13</sup> Esta idea se trasluce en la sentencia de esta Sección del 22 de julio de 2009 -exp. 35.564-: “Según lo expuesto, cuando la controversia arbitral sea de orden jurídico o técnico, la decisión debe fundarse en un consciente y riguroso estudio jurídico-normativo o en una rigurosa valoración técnica, según el caso, para que el laudo se repunte válido, como quiera que, si dicha decisión se adopta con fundamento en criterios distintos, las partes podrán recurrirla y, eventualmente, el juez de la anulación, al constatar que se dictó en conciencia y no en derecho o en materia técnica, declarará su nulidad.”

<sup>14</sup> Art. 70. DE LA CLAUSULA COMPROMISORIA. (...) “El arbitramento será en derecho. Los árbitros serán tres (3), a menos que las partes decidan acudir a un árbitro único. En las controversias de menor cuantía habrá un sólo árbitro.

(...)”



ámbito no se puede pactar el arbitraje en conciencia, porque no lo autoriza la ley, y se sabe que los mecanismos de solución de conflictos que puede usar una entidad estatal son los que autoriza el legislador, comoquiera que el inciso segundo del artículo 68 de la ley 80 dispone: "... al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en esta ley y a la conciliación, amigable composición y transacción."

En este sentido, agregó esta Sección –sentencia del 7 de febrero de 2008. Exp. 33.811-: "Según estas normas, resulta obvio que si el arbitramento donde es parte el Estado es en derecho la decisión debe sujetarse a lo que dispone el ordenamiento jurídico, con todas las fuentes del derecho que él incorpora; pero si es técnico no debe hacerlo, precisamente por la connotación que tiene esta forma de solución de controversias, donde el conocimiento de un arte, ciencia o disciplina es la que determinará quien tiene la razón, en caso de disputa entre las partes del contrato.

"En este orden de ideas, las distintas causales de nulidad del laudo arbitral, contempladas en la ley 80 de 1993, sólo aplican cuando el laudo se dicta en derecho, no cuando la decisión es de carácter técnico; caso en el cual lo decidido ni siquiera admite el recurso de anulación, pues el art. 74 de la ley 80 dispone, de manera seca y contundente, que 'La decisión adoptada será definitiva.'

"Y no sería para menos, pues esta corporación no tendría elementos para controlar una decisión que no se funda, para nada, en el derecho, sino exclusivamente en valores y criterios técnicos, propios de cada disciplina, los cuales se convierten en su marco o parámetro de reflexión."

Ahora, para distinguir el *fallo en derecho* de los demás, el inciso primero del art. 115 del Decreto 1818 indica que: "es aquel en el cual los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente", de manera que la concreción de esta

---

<sup>15</sup> "Art. 74. DEL ARBITRAMENTO O PERICIA TÉCNICOS. Las partes podrán pactar que las diferencias de carácter exclusivamente técnico se sometan al criterio de expertos designados directamente por ellas o que se sometan al parecer de un organismo consultivo del Gobierno, al de una asociación profesional o a un centro docente universitario o de enseñanza superior. La decisión adoptada será definitiva."

expresión resulta problemática, pero decisiva, para entender su alcance, porque la causal de anulación que está asociado a ella consiste en dictar un fallo en conciencia cuando debió ser en derecho.

En consecuencia, si la norma indica que el fallo en derecho es el que se apoya en el “derecho positivo” es necesario delimitar este concepto jurídico indeterminado para concretarlo. Lo inmediato que cabe advertir es que la *noción más pura y fuerte* de la expresión *derecho positivo* alude al derecho escrito, bien por el legislador, bien por el gobierno, o bien por la autoridad que en cada caso tenga la potestad de crear normas. Esto significa que derecho positivo es el contenido en normas expedidas por las autoridades competentes para hacerlo. En la filosofía, en cambio, lo *positivo* es lo existente, lo tangible, lo establecido y dado de manera objetiva, por oposición a lo intangible y subjetivo, acepción que ayudó a construir la más técnica que usa el derecho.

Por tanto, surge la duda acerca de si el derecho que se expresa en las demás fuentes del ordenamiento jurídico –como la jurisprudencia, la doctrina, la costumbre, los principios generales, entre otras-, es decir, las fuentes *no normativas*, se integran al concepto *derecho positivo*. Para la Sala no cabe la menor duda que sí, es decir, que la acepción de esta expresión, en el contexto de la definición de *laudo en derecho* del art. 115, recoge todas las fuentes del ordenamiento, porque son jurídicas, establecidas, objetivas, existentes y reales –sentido afín al de la filosofía-, y si los árbitros las aplican a un caso concreto la controversia se entiende resuelta conforme al ordenamiento –es decir, al sistema normativo externo a cada individuo- que goza de la característica de la heteronomía, no de la autonomía.

En este orden ya había expresado esta Sección –sentencia del 22 de julio de 2009 exp. 35.564-: “Por tal razón, un laudo será en derecho cuando en su parte considerativa exponga, analice o haga referencia a cualquier disposición de naturaleza jurídica, incluido el contrato que le sirve de base a la controversia. De esta forma, cuando el juez del recurso de anulación advierte que la decisión arbitral no se sustentó en normas de derecho positivo, en los principios generales, en la doctrina, en la jurisprudencia o en el mismo contrato –norma principal que somete a las partes-, concluirá que dicho fallo se profirió en conciencia, pues si no existe argumento jurídico –cualquiera sea su fuente, o una combinación de ellas-, se entenderá que el Tribunal, a pesar de decidir, lo hizo con base en criterios

ajenos al ordenamiento jurídico, esto es, según la máxima ‘verdad sabida, buena fe guardada’.”

Entender que la expresión *derecho positivo* se reduce a las fuentes normativas – Constitución, Ley y reglamento- desconocería que el ordenamiento jurídico no se reduce a los preceptos, porque constituye un *sistema* que combina de manera infinita la pluralidad de sus fuentes, para producir una decisión particular. De esta manera, *derecho positivo*, en su acepción amplia, se refiere a las fuentes del derecho explícitas; es decir, objetivas; es decir, existentes, bien en normas o bien en textos que forman parte del mismo derecho, como las que lo explican. Aquí se reencuentra esta noción con la que procede de manera más pura de la filosofía del derecho<sup>16</sup>.

En este contexto, *derecho positivo* se opone a *derecho natural*, es decir, al derecho implícito, sobreentendido en sus reglas y alcance, cuando en realidad nadie lo ha producido y menos explicado con autoridad. Que un laudo sea en derecho positivo autoriza a los árbitros a usar las mismas fuentes del derecho que aplica el juez natural de la controversia que las partes voluntariamente excluyeron de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, instituida de manera permanente por el Estado. No entenderlo así conduce a pensar que si un tribunal que debe fallar en derecho se apoya en la jurisprudencia entonces decide en conciencia, porque no se apoyó en el derecho vigente. Lo mismo cabe decir de la doctrina aplicable a un contrato o de la costumbre que lo inspira, si se utilizan como apoyo de la decisión arbitral<sup>17</sup>. Esta posición es inadmisibles. Por el contrario,

---

<sup>16</sup> Al respecto indicó la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la sentencia proferida el 18 de mayo de 2000 -exp. 17.797-: “... si en el laudo se hace la más mínima referencia al derecho entendido en su más amplia acepción (normas de derecho positivo, principios generales, doctrina constitucional, o, jurisprudencia) es calificable como ‘en derecho’ y no en ‘conciencia’.”

<sup>17</sup> Sobre el uso de la doctrina, como fuente del derecho positivo, aplicable a una controversia, manifestó la Sección Tercera, en sentencia del 23 de agosto de 2001 -exp. 19.090-: “Ahora, en lo que atañe a la crítica del recurrente por la referencia que hicieron los árbitros a la doctrina contable para deducir de la misma referencia que el fallo fue en conciencia y no fue en derecho, la Sala resalta que una referencia a la doctrina como criterio auxiliar de los jueces, que no fue base única en la producción del fallo, que fue simplemente aledaña -no exclusiva- a los fundamentos jurídicos vigentes descarta por completo, esa calificación.”

“Cabe resaltar que en los laudos arbitrales, como expresión judicial del Estado, es legítima la mención a la doctrina, entre otros, a términos de la Carta Política (art. 230) que la consagra como

los casos mencionados son típicos fallos en derecho, porque se sirven del ordenamiento positivo, es decir, de las fuentes formales del derecho – prácticamente todas escritas, aunque la costumbre no- lo que garantiza que la decisión no se inspira en el *leal saber y entender* del árbitro, ni en la noción o idea de justicia personal, ni en un criterio subjetivo sobre lo que es una decisión correcta, porque aplicando las fuentes del derecho el árbitro queda compelido a desprenderse de su pasión personal, de su opinión y convicción íntima -alejada de las reglas y los criterios-, nacidos de su pura conciencia, para entregarse a un sistema de la *razón –jurídica-* que preexiste a él y se ubica encima de su propia humanidad.

El mejor ejemplo de una decisión dictada en conciencia –en un campo distinto, sólo aparentemente alejado del derecho- es la que adoptan los padres de familia cuando resuelven los conflictos cotidianos de la convivencia con sus hijos. Aquellos deciden frente a éstos quién tiene la razón en una disputa, no apoyados en el ordenamiento jurídico –pero si en algunas reglas propias de la vida en el hogar- sino guiados por una idea de justicia futura para los involucrados, de solidaridad, de ejemplo para alguno, de perdón forzado, de modo que los *jueces-padres* asignan a alguno de ellos o a ambos hijos premios o castigos con fundamento en una especie de sabiduría que ponen en la decisión, con el fin de perfeccionar la educación y de fortalecer los lazos familiares –por lo menos eso pretenden-. Lo sugestivo es que esta forma de resolver los conflictos ordinarios de la casa produce consecuencias firmes, seguras y prácticas, usualmente incuestionables, porque los destinatarios de la decisión admiten lo decidido, lo acatan y cumplen, confiados en la sapiencia de sus *jueces*. En el entorno de la amistad, de algunas relaciones laborales, y en otros círculos similares, la decisión en conciencia es la base y usanza en la solución de conflictos.

Incluso, otras relaciones humanas más formales se fundamentan en esta modalidad de solución de controversias. Es el caso de los negocios entre particulares, donde la decisión en conciencia, sometida a un tribunal de arbitramento, tiene la aptitud de dirimir el conflicto, porque las partes se muestran dispuestas a aceptar la decisión que toma una persona –árbitro- que goza ante ellas de una altura moral, académica, ética o profesional que les es digna de

---

criterio auxiliar del juez, más aún cuando éste se ve avocado a irrumpir en temas no jurídicos, como es la ciencia contable financiera”.

aceptar sin reparos, porque respetan su juicio y ponderación en la manera de percibir la justicia de un caso concreto. El problema es que este juicio no lo admite la ley tratándose de los tribunales de arbitramento donde es parte una entidad estatal.

Por el contrario, el fallo en derecho obedece a un sistema instituido por el juicio jurídico objetivo, cuyas reglas no crea ni propone cada sujeto que funge de juez, sino que se origina en un contexto general que si bien integra a todos los individuos no necesita de cada uno para que exista. El derecho positivo, por estas mismas razones, se impone y antepone al juez. Su deber es observarlo, incluso si no lo comparte –salvo el juicio propio de la excepción de inconstitucionalidad de la norma que debe aplicar-.

Claro está que un juicio de control, aún más complejo de realizar, sobre la actividad arbitral consiste en establecer con precisión si un laudo se dicta en conciencia, pese a que se utiliza una sola fuente del derecho, y no varias, pudiendo hacerlo. Lo que cabe advertir a este respecto, sobre el que no existe tarifa legal o jurisprudencial, es que esa ponderación corresponde hacerla caso a caso, y que *a priori* no se puede sostener que por usar una cualquiera de las fuentes del ordenamiento jurídico el laudo se dictó derecho; ni que por usar una sola no lo es<sup>18</sup>. La sentencia del 4 de julio de 2002 –Sección Tercera, exp. 21.217- ya había manifestado que: “En el mismo sentido, puede decirse que el desconocimiento de una norma jurídica por parte del Tribunal de Arbitramento, valga decir, su inaplicación en un caso concreto, tampoco da lugar a que se concluya que el laudo, en ese aspecto particular, fue proferido en conciencia, a menos que resulte evidente que aquél pretendió basarse en la mera equidad”. De modo que al Consejo de Estado le corresponde develar eventuales laudos en conciencia que se apoyan en fuentes del derecho –que sólo anuncian usarlas sin aplicarlas-, o confirmar fallos en derecho que se fundamentaban en una cualquiera de esas fuentes.

---

<sup>18</sup> En la sentencia de la Sección Tercera, del 3 de abril de 1992 –Exp. 6.695- se indicó: “En suma de lo anterior, 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 requiera 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.”

No obstante, también ha quedado claro que no cualquier referencia al derecho vigente satisface la necesidad de fallar en derecho –Sección Tercera, sentencia del 7 de junio de 2007, exp. 32.896- porque: “No obstante la reiteración de cuanto hasta aquí se ha referido en torno a la caracterización que la Sala ha efectuado de esta causal de anulación, sí resulta oportuno matizar, en relación con la cita recién transcrita, de acuerdo con la cual *‘la más mínima referencia que el árbitro haga al derecho positivo, hace que el laudo sea calificable como ‘en derecho’ y no ‘en conciencia’*, que lo dicho no supone admitir que incluso la mera invocación de algún precepto jurídico, aún si toda la argumentación del laudo se construye al margen de consideraciones realmente basadas en el Derecho, permita sostener que la decisión de los árbitros no está incurso en la causal de anulación que se viene comentando.”<sup>19</sup>

En consecuencia, un laudo se profiere en conciencia cuando la valoración de la *causa petendi* y su resolución es producto de la libre apreciación del juez, quien se aleja de las pautas que le impone el ordenamiento jurídico vigente, es decir, que su decisión se basa en el entendimiento personal del debate, ponderando las circunstancias de hecho y de derecho que lo configuran según su comprensión íntima de justicia, de lo correcto, de lo bueno y lo justo, dejando al margen las reglas jurídicas imperativas y no imperativas que contienen preceptos de valoración, todas externas, de una buena parte de los factores que inciden en la toma de la decisión judicial.

En este orden de ideas, lo que se reprocha de un fallo en conciencia es la desestimación que el juez hace de las reglas jurídicas que delimitan la valoración de ciertos temas, aspectos y condiciones para proceder en el ordenamiento jurídico, social, comercial, etc., que se encuentran predeterminadas y valoradas por órganos usualmente dotados de legitimidad para expedir esas disposiciones – por ejemplo, el Congreso y el Gobierno- y que el juez debe aplicar. En este

---

<sup>19</sup> Agrego la misma providencia: “La *‘más mínima referencia al derecho positivo’* —como en anteriores ocasiones lo ha sostenido la Sala—, hace alusión, por tanto, a que esa *‘mínima referencia’* esté realmente conectada con el sentido de la decisión, cualquiera que éste sea —pues el del contenido del pronunciamiento arbitral no es un asunto fiscalizable por el juez del recurso de anulación—, vale decir, que la referencia al Derecho en realidad ha de constituir fundamento de lo que se resuelve y no tratarse de una simple anotación absolutamente descontextualizada del hilo argumentativo que en verdad conduce a la resolución del caso, orientada a dar al laudo la apariencia de estar sustentado en un precepto jurídico que no desempeña papel alguno en la cadena justificativa construida por los árbitros con el propósito de motivar su determinación.”

sentido, la libertad de formas y de contenido jurídico no está a disposición de los árbitros, que deben acatar las reglas predispuestas por el ordenamiento, así que su inobservancia hace incurrir al laudo en una decisión dictada en conciencia, puesto que la manera como resuelve el conflicto se fundamenta en una idea de justicia personal o individual, y esta forma de razonar la justicia hace abstracción de las reglas positivas vigentes –salvo voluntad del mismo juez en sentido contrario-, pero en realidad estas disposiciones son las que le interesan al sistema jurídico que se observen cuando se dicta un laudo donde es parte una entidad estatal.

Dicho sea de paso, ni siquiera el juez natural del conflicto –en este caso la jurisdicción de lo contencioso administrativo- puede fallar en conciencia, y por eso quien lo reemplaza, en principio, tampoco puede hacerlo. No obstante, la razón más inmediata de esta conclusión se expresó antes: en los tribunales de arbitramento donde es parte el Estado no se puede pactar que el fallo se dicte en conciencia.

Ahora bien, la ratificación de la posición que se comenta, es decir, la idea ampliada de derecho positivo, tiene respaldo en la jurisprudencia inveterada de esta Sección, que se organiza según los criterios que se analizarán a continuación.

### **3.2. Requisito para que se configure el fallo conciencia: que esta circunstancia aparezca *manifiesta* en el laudo.**

El fallo en conciencia, para que configure la causal de anulación del laudo, exige que “esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo” –art. 163.6, Decreto 1818 de 1998-, de modo que en virtud de este requisito el legislador impuso una exigencia superlativa para valorarlo. Por esta razón, identificarlo no debería imponer mayores esfuerzos intelectuales, porque la ley exige que la circunstancia sea manifiesta, lo que en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua significa –según la acepción apropiada a este contexto-: “1. *adj.* Descubierta, patente, claro”, de manera que un laudo en conciencia debe ser evidente, es decir, no admitir duda sobre su carácter. Si el laudo ofrece dudas respecto a su calidad no puede calificarse como dictado en conciencia. La Sala ya ha destacado esta nota, porque “De la simple lectura de la norma transcrita emerge que la causal se

estructura cuando se presenta la circunstancia de haber fallado en conciencia y este hecho resulta patente en el laudo, esto es, sin que se requiera de mayores argumentaciones para demostrar ese acontecimiento pues es ostensible.” – Sección Tercera, Subsección C, sentencia de marzo 24 de 2011. Exp. 38.484-.

En estos términos, la ley procesal establece una especie de presunción, por cuya virtud ha de entenderse que un laudo se dicta en derecho, pero si la parte lo pone duda debe recurrir para demostrar lo contrario, cuya apreciación exige un análisis simple. Si el estudio que se requiere es complejo, si la calificación admite dudas o debates, no es posible calificar la providencia como laudo en conciencia, porque el legislador exige una evidencia protuberante del vicio, que lo haga indiscutible<sup>20</sup>. Esta Sección ya lo ha destacado -sentencia del 20 de junio de 2002, exp. 20.129-: “Para que se configure la causal segunda de anulación del laudo prevista en el art. 72 de la ley 80 de 1993 es necesario que la separación de los árbitros de la aplicación de las reglas de derecho ‘aparezca manifiesta en el laudo’, y en el que se examina no se evidencia tal despropósito de los árbitros.”<sup>21</sup>

Este requisito dista en demasía de lo que estableció el legislador para las demás causales de anulación, donde la omisión de una condición semejante significa que esta Corporación debe auscultar intensamente la eventual configuración del vicio

---

<sup>20</sup> “En ocasiones se ha agregado, de la mano de lo que dispone la ley, que la causal se configura cuando los árbitros se apartan de la aplicación de las reglas de derecho en forma ‘manifiesta’, es decir, que la inobservancia de la normatividad debe ser evidente, luego, no se trata de una simple o discutida omisión normativa o de falta de referencia constante a las normas del ordenamiento jurídico, sino que es necesario que esa circunstancia se refleje claramente en el laudo.” -Sentencia del 28 de noviembre de 2002, rad. 22.526-. En el mismo sentido, sentencia del 3 de abril de 1992 -exp. 6695-.

<sup>21</sup> El requisito legal lo exige invariablemente rigurosamente la jurisprudencia, cuando señala: “Para que pueda predicarse que el laudo fue proferido en conciencia, dicha circunstancia de acuerdo con la exigencia de la causal segunda de anulación prevista en el art. 72 de la ley 80 de 199 debe ser manifiesta.” -sentencia del 4 de julio de 2002, exp. 22.012-

- “En estas circunstancias se debe negar la petición de nulidad, porque, como si esto fuera poco, el artículo 163.6 del decreto 1818 de 1998 exige que para que el fallo sea en conciencia debe aparecer esta circunstancia “... manifiesta en el laudo”, lo que de modo alguno percibe la Sala, pues por manifiesto debe entenderse, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua española, aquello que es “patente, claro”, connotación que no se cumple en el laudo que se analiza”. -sentencia del 24 de mayo de 2006, exp. 31.024-.
- “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.” -sentencia del 30 de abril de 2012, exp. 42.126-.



que se alega, lo que amerita estudios exhaustivos de sus elementos constitutivos. Por ejemplo, si la causal es por fallo extemporáneo, inevitablemente se revisarán las providencias que influyeron en el término para dictarlo, sin que se admita un estudio somero, general o que eluda la valoración completa de los documentos que indiquen en la causal. Lo propio aplica al vicio por fallo *extrapetita*, cuya valoración exige ponderar la demanda, su contestación –con las pretensiones y excepciones- y el laudo, para concretar con mucho rigor técnico si se incurrió o no en él. Por el contrario, si la norma estableciera que estos dos vicios se configuran sólo si es manifiesta su materialización, no cabe duda que la ponderación cambiaría, porque la intensidad de la apreciación variaría sustancialmente.

En el caso concreto, la acreditación del laudo en conciencia no impone -ni puede hacerlo- un estudio profundo y detallado de carácter normativo o probatorio, sino uno externo y más superficial, sin que sea incompleto, que acredite que el laudo se dictó en conciencia sin mayores intervenciones conceptuales de fondo. Esta técnica de control al laudo, a través de esta causal, protege una elección que las partes del contrato hicieron cuando prefirieron la justicia alternativa a la natural: la decisión de única instancia.

En estos términos, un laudo se dicta en conciencia cuando a *prima facie*, sin mayores esfuerzos de comprensión jurídica, se descubre que la decisión no se fundamenta en las normas y en el razonamiento jurídico en general, sino en la convicción íntima del juez, con independencia de las directrices y determinaciones que provienen del sistema jurídico.

#### **4. Criterios jurisprudenciales y legales que materializan el laudo en conciencia o equidad.**

**a) Primer criterio definitorio de fallo en conciencia: es el que no se apoya en derecho positivo vigente, es decir en derecho que no rige.**

Según lo expuesto, para que un laudo se considere proferido en conciencia debe omitir la referencia al régimen jurídico aplicable a la controversia. En este sentido, expresó la sentencia de 27 de abril de 1999: “Por consiguiente, si en el laudo se hace la más mínima referencia al derecho entendido en su más amplia acepción

(normas de derecho positivo, principios generales, doctrina constitucional, o, jurisprudencia) es calificable como 'en derecho' y no en conciencia.

“El fallo en conciencia se caracteriza porque el juez dicta la providencia sin efectuar razonamientos de orden jurídico; toma determinaciones siguiendo lo que le dicta su propia conciencia, basado o no en el principio de la equidad, de manera que bien puede identificarse con el concepto de verdad sabida y buena fe guardada.”<sup>22</sup>

En sentencia de 9 de agosto de 2001 se reiteró la misma ideas: “Por consiguiente, si en el laudo se hace referencia al derecho positivo vigente se entiende que el fallo es *en derecho* y no *en conciencia*, el cual se caracteriza, en su contenido de motivación por la ausencia de razonamientos jurídicos; el juzgador decide de acuerdo con su propia conciencia y de acuerdo, hay veces, con la equidad, de manera que bien puede identificarse el fallo en conciencia con el concepto de verdad sabida y buena fe guardada.”<sup>23</sup> (Negrillas fuera de texto)

En sentencia de 6 de julio de 2005 se señaló que el fallo en conciencia excluye la reflexión jurídica, dejando en el fuero interno del árbitro no sólo la motivación de la decisión, sino, y sobre todo, el parámetro o marco de referencia dentro del cual se juzga la controversia. En tal sentido agregó: “De hecho, para que se pueda hablar de un fallo en conciencia, la decisión judicial arbitral debe adolecer de toda referencia al régimen jurídico aplicable a la controversia contractual, de manera que sea posible sostener que, efectivamente, al margen del derecho, la decisión ha partido del fuero interno de los árbitros, sin justificación normativa alguna.

---

<sup>22</sup> Sentencia de 27 de abril de 1999; exp. 15.623; reiterada en: Sentencia de 18 de mayo de 2000, exp. 17.797; sentencia de 8 de febrero de 2001, exp. 18.411 y sentencia del 9 de agosto de 2001, exp. 19.273.

<sup>23</sup> Sentencia de 9 de agosto de 2001 -Exp. 19.273-. Agregó esta providencia: “Esas cuatro anotaciones jurídicas del laudo hacen visible que fue proferido *en derecho positivo vigente*. En efecto se cumplen los supuestos de esa modalidad de arbitraje. *En primer lugar* porque se citaron normas jurídicas y, *en segundo lugar*, porque ellas eran las vigentes para ese momento, tanto en los aspectos de caducidad de la acción contractual como en los de liquidación de los contratos estatales.”

“Queda claro, por tanto, que a la jurisdicción contenciosa sólo se le encomendó -en el caso de la causal segunda analizada- vigilar que la decisión del proceso se haya apoyado en normas jurídicas -errores *in procedendo*-; al margen, incluso, del sentido de la decisión misma, aspecto éste que quedó amparado en una especie de única instancia del proceso, así consentida por las partes cuando decidieron pactar la cláusula compromisoria, en tanto que la revisión del contenido de la decisión no es del resorte de esta instancia, es decir, que los errores *in iudicando* no se discuten a través de este recurso y esta causal.”<sup>24</sup>

“En ocasiones se ha agregado, de la mano de lo que dispone la ley, que la causal se configura cuando los árbitros se apartan de la aplicación de las reglas de derecho en forma ‘manifiesta’, es decir, que la inobservancia de la normatividad debe ser evidente, luego, no se trata de una simple o discutida omisión normativa o de falta de referencia constante a las normas del ordenamiento jurídico, sino que es necesario que esa circunstancia se refleje claramente en el laudo.”<sup>25</sup>

No obstante, el art. 115 no se limita a señalar que fallo en derecho es el que se dicta apoyado en *derecho positivo*, sino que agrega que debe ser derecho *vigente*. De esta manera, surge la primera acepción de la expresión que aproxima de manera casi natural la idea de fallo en conciencia: es el que no se apoya en el derecho, debiendo hacerlo, o apoyándose en el derecho no lo hace en el vigente sino en el derogado, en el declarado nulo o inexecutable o el que se apoya en normas, principios o criterios jurídicos que no existen o carecen de vigencia y validez. En la sentencia del 9 de agosto de 2001 manifestó la Sala que: “Esas cuatro anotaciones jurídicas del laudo hacen visible que fue proferido en derecho positivo vigente. En efecto se cumplen los supuestos de esa modalidad de arbitraje. En primer lugar porque se citaron normas jurídicas y, en segundo lugar, porque ellas eran las vigentes para ese momento, tanto en los aspectos de

---

<sup>24</sup> Sentencia del 6 de julio de 2005, Exp. 28.990.

<sup>25</sup> En el mismo sentido ver: Sentencia del 28 de noviembre de 2002, rad. 22.526; sentencia de 3 de abril de 1992, exp. 6695; sentencia de 20 de junio de 2002, exp. 20.129. Se dijo en esta última oportunidad: “Para que se configure la causal segunda de anulación del laudo prevista en el art. 72 de la ley 80 de 1993 es necesario que la separación de los árbitros de la aplicación de las reglas de derecho ‘aparezca manifiesta en el laudo’, y en el que se examina no se evidencia tal despropósito de los árbitros.”

caducidad de la acción contractual como en los de liquidación de los contratos estatales.”<sup>26</sup>

De esta manera, la primera acepción jurisprudencial -de origen legal- de lo que constituye laudo en conciencia es la decisión con fundamento en normas inexistentes al momento de dictar el laudo, y agregó la Sala que lo será siempre que la norma sea definitiva para resolver el caso concreto, porque de no serlo no habría tenido incidencia en la decisión de los árbitros.

No obstante, resulta extraño, desde el punto de vista conceptual, que este defecto del juicio lo tome la ley como un caso de fallo en conciencia, porque en tal supuesto los árbitros no actúan según su leal saber y entender el conflicto y su solución, sino que yerran en la normativa aplicable, de allí que el defecto más que de conciencia, de subjetividad, de solución en equidad, es un caso típico de error o desconocimiento del derecho. Sin embargo, bien podía el legislador, en ejercicio de la libertad de configuración de las causales de anulación de los laudos arbitrales, erigir este defecto en un supuesto de fallo en conciencia o equidad.

**b) Segundo criterio definitorio de fallo en conciencia: es el que se dicta en equidad; aunque los árbitros no tienen proscrito absolutamente usarla como criterio auxiliar.**

Rigurosamente, la decisión donde el sistema jurídico no es el referente para formarse un juicio de valor no se denomina fallo en *conciencia* sino en *equidad*<sup>27</sup>,

---

<sup>26</sup> Sección Tercera. Sentencia de 9 de agosto de 2001. Exp. 19.273. También dispuso la Sala en la sentencia del 27 de junio de 2002 -exp. 21.040-: “Esas anotaciones jurídicas del laudo, hacen visible que laudo fue proferido en derecho positivo vigente. En efecto se cumplen los supuestos de esa modalidad de arbitraje. En primer lugar, porque la decisión estuvo fundamentada en normas jurídicas y, en segundo lugar, porque ellas eran las vigentes para ese momento (Carta Política de 1991, ley 80 de 1993, pliego de condiciones, contrato de obra pública No. 403/94 y sus adicionales, como ley de las partes).”

<sup>27</sup> En la sentencia de marzo 24 de 2011 -Sección Tercera, Subsección C, exp. 38.484- se expresó al respecto: “4.1. En el sistema jurídico colombiano la calificación ‘en conciencia’ fue usada por la mayoría de las regulaciones sobre arbitramento para referirse a una de las modalidades del arbitraje, sin embargo las disposiciones más recientes utilizan la expresión ‘en equidad.’”

“Hoy la ley define al arbitraje en equidad como aquel en que los árbitros deciden según el sentido común y la equidad.”

según se desprende del art. 115 del Decreto 1.818 de 1998: “El arbitraje puede ser en derecho, en equidad o técnico”, y agrega: “El arbitraje en equidad es aquel en que los árbitros deciden según el sentido común y la equidad.” A juzgar por este precepto la noción de fallo en conciencia carece de respaldo normativo.

Sin embargo, dicho concepto –laudo o fallo en conciencia- proviene del artículo 163.6 del mismo Decreto 1.818, concepto que funge como equivalente al de fallo en equidad, al señalar que es causal de nulidad del laudo: “haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho.”<sup>28</sup> Esto significa que fallo en equidad o conciencia alude al que no se dicta en derecho ni en criterios técnicos, es decir -en términos del art 115 mencionado- donde se decide *según el sentido común y la equidad*, o sea, los que no se fundamentan en *derecho positivo vigente* ni en los criterios de una ciencia.

Acerca de la idea de equidad como forma de juicio, esta Subsección expresó en la sentencia del 21 de febrero del 2011 –Sección Tercera, Subsección C, exp. 38.621-:

**“4.2.** Inicialmente en el derecho romano la noción de equidad se entendió como simple igualdad<sup>29</sup> pero en la época clásica se equiparó al concepto de justicia conmutativa de tal suerte que ella consistió, fundamentalmente, en dar a cada cual lo suyo y en dar un tratamiento igual en causa igual.<sup>30</sup>

“Posteriormente la influencia de Aristóteles determinó que la equidad, a la que llamó epiqueya, se entendiera como lo justo en el sentido de ser una rectificación de la justicia legal toda vez que corrige las iniquidades que pueden derivarse de la aplicación de la

---

<sup>28</sup> El Consejo de Estado, en sentencia del 18 de noviembre de 1999 -exp. 12.202- señaló en este sentido: “Con respecto al cargo examinado, la Sala ha de reiterar lo expresado en providencias anteriores, en el sentido de precisar que el fallo en conciencia se presenta sólo en aquellos casos en los cuales la decisión, antes que en una fundamentación jurídica, se produce primordialmente con sustento en razones de equidad”.

<sup>29</sup> P. G. CARON. “*Aequitas*” Romana, “*Misericordia*” Patristica Ed “*Epicheia*” Aristotelica Nella Dottrina Dell’*Aequitas*” Canonica. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano 1971, p. 2.

<sup>30</sup> Ibidem.

ley o enmienda las omisiones en que esta incurre al no poder preverlo todo por ser general y abstracta.<sup>31</sup>

“La equidad también sufrió el influjo del pensamiento cristiano al ser considerada como un mecanismo de misericordia, de indulgencia y de benignidad que en casos especiales atempera el rigor de la ley.<sup>32</sup>

“Todas estas concepciones condujeron a elaborar con fundamento en la equidad dos postulados: **a)** El negativo según el cual el juez puede inaplicar la ley al caso concreto cuando ella se muestra inicua o conduce a una iniquidad; **b)** El positivo que le permite al juez buscar por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido.<sup>33</sup>

(...)

“**4.3.** La Sección Tercera del Consejo de Estado ha estimado que el fallo en conciencia se configura cuando el juzgador se aparta del marco jurídico y decide con fundamento en la mera equidad, razón por la que la motivación no es esencial para la validez de su decisión.<sup>34</sup>

“También ha dicho que esa estirpe de decisiones se caracterizan por prescindir totalmente del acervo probatorio<sup>35</sup> o de las normas jurídicas,<sup>36</sup> por la ausencia de razonamientos jurídicos<sup>37</sup> o por basarse en el concepto de verdad sabida y buena fe guardada.<sup>38</sup>

---

<sup>31</sup> ARISTOTELES. *Ética a Nicomaco*. 5. 10. 1137 b. Trad. María Araujo y Julián Marías. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1985, p. 86.

<sup>32</sup> P. G. CARON. *“Aequitas...”* Opus. Cit., p. 6.

<sup>33</sup> Ibidem, p. 98-104.

<sup>34</sup> Sentencias de abril 3 de 1992, mayo 4 de 2000 y octubre 2 de 2003 (Expedientes 6695, 16766 y 24320).

<sup>35</sup> Sentencia de septiembre 14 de 1995 (Expediente 10468).

<sup>36</sup> Sentencia de junio 18 de 2008 (Expediente 34543).

<sup>37</sup> Sentencias de agosto 9 de 2001, agosto 23 de 2001, febrero 13 de 2006, junio 18 de 2008 (Expedientes 19273, 19090, 29704 y 34543).

<sup>38</sup> Sentencia de abril 27 de 1999 y abril 16 de 2000 (Expedientes 15623 y 18411).

“En conclusión, podríamos decir que el fallo en conciencia es aquel en el que el juzgador se apoya en su íntima convicción, no da razones de su decisión o prescinde de toda consideración jurídica o probatoria.

“El cambio de la expresión legal “en conciencia” por la de “en equidad” no implica una simple modificación de denominación pues en esa variación va envuelta la defensa de la garantía fundamental al debido proceso.

“La garantía del debido proceso está compuesta por múltiples elementos entre los cuales nos interesa destacar para lo que aquí se discurre el deber que tiene el juez de motivar sus decisiones y el derecho de los asociados a que la solución de sus conflictos se fundamenten en la ley y en las pruebas oportunamente y regularmente allegadas al proceso.

“Esta garantía cobija cualquier actuación jurisdiccional, sin que constituya una excepción la de los particulares que en determinados casos administran justicia como ocurre con los árbitros, pues estos pueden, si las partes los habilitan, proferir fallos en derecho o en equidad aunque “en los términos que determine la ley.”<sup>39</sup>

“Por consiguiente, los fallos de los árbitros, por ser decisiones judiciales, deben ser motivadas y fundarse en las pruebas oportuna y regularmente allegadas al proceso, tal como lo preceptúan los artículos 170 del C. C. A., 303 y 174 del C. P. C.

“Ahora, los jueces, y entre ellos los árbitros, están sometidos al imperio de la ley pero podrán recurrir a la equidad como criterio auxiliar de su actividad, o como criterio único, si en éste último caso, en tratándose de los árbitros, las partes los habilitan<sup>40</sup> para ello, o si, en los demás casos, el proceso versa sobre derechos disponibles y las partes, siendo plenamente capaces, lo solicitan.<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> Artículo 116 de la Constitución Política.

<sup>40</sup> Artículo 116 de la Constitución Política.

<sup>41</sup> Numeral 1º del artículo 38 del C. P. C.

“Sin embargo, debe recordarse lo que atrás se expresó en el sentido que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 70 de la Ley 80 de 1993, el arbitramento para la solución de controversias contractuales debe ser siempre en derecho, sin olvidar que se puede pactar que las diferencias de carácter exclusivamente técnico se sometan al criterio de expertos.

“Así que en conclusión, los fallos en equidad, sea que los profieran los jueces o sea que los emitan los árbitros en los casos que proceden, no quedan exentos de estar motivados ni de fundamentarse en las pruebas oportuna y legalmente allegadas al proceso.”<sup>42</sup>

Ahora bien, si se juzga rigurosamente por lo que expresa el numeral 6 del art. 163, se deduciría que bajo ninguna circunstancia es admisible que los árbitros juzguen en equidad, conclusión que vale la pena revisar. En efecto, como lo acaba de señalar la Sala –según lo expuesto en la sentencia que se viene de citar- la equidad no está proscrita de los juicios jurídicos, incluidos los arbitrales donde es parte el Estado. Además, cabe agregar, de conformidad con lo expresado en la sentencia del 5 de julio de 2012 –Sección Tercera, exp. 40.718-, que la Constitución Política establece, en el inciso segundo del art. 230, que: “La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”, y esto significa que los jueces, incluidos los árbitros, pueden valorar en equidad, como criterio auxiliar de su actividad, algunos problemas jurídicos del proceso, y por eso su ponderación conforme a los dictados de la justicia abstracta es jurídicamente posible y tutelada por la Constitución<sup>43</sup>. Tal es el caso de la fijación de una condena por perjuicios morales,

---

<sup>42</sup> Esta tesis se reiteró en la sentencia del 24 de marzo del 2011, Sección Tercera, Subsección C, Exp. 38.484.

<sup>43</sup> En este sentido ya se expresó la Sección Tercera, en la sentencia proferida el 8 de julio de 2009 -35.896-: “Ahora bien, lo anterior no significa ni mucho menos que el fallo en derecho excluya el concepto de equidad, en tanto una conclusión semejante repugna con el concepto de justicia y con ello con la finalidad de su administración; amen de ser una interpretación alejada de los postulados de la Constitución Política, en cuyo artículo 230, se establece que: (...)”

“Y es que la equidad, sin duda, realiza el valor justicia, toda vez que constituye el criterio que permite materializarla en los casos particulares; en efecto, dado que las leyes consagran supuestos generales y situaciones en abstracto que se presentan en la sociedad, al ser aplicada a los casos particulares a los cuales está dirigida, requiere de la intervención de criterios y principios que como la equidad permiten desatar cualesquier controversia concretando el valor de justicia; es decir, su importancia reside en que con ella se precave una injusticia derivada de la aplicación de la ley a un



donde la equidad participa de manera importante en la concreción del monto justo que se debe asignar a quien sufrió un daño emocional. Pero lo que no puede ampararse en la equidad es la determinación misma de la responsabilidad, cuya definición se encuentra vinculada a reglas jurídicas precisas, así como a la prueba de los hechos.

Añadió la providencia del 5 de julio que se viene citando que cuando la equidad se usa como criterio auxiliar no autoriza que el juicio y la decisión que contiene el laudo se dicte en conciencia, sino que siendo en derecho se admite que la equidad actúe como criterio auxiliar, pero no principal ni único, para ponderar ciertas decisiones del proceso. Esta circunstancia, sin embargo, sólo puede apreciarse en cada caso, para examinar judicialmente la participación adecuada, correcta y perfecta que la equidad haya tenido en la decisión. Desenmascarar el fallo en conciencia, que encubre la aplicación irracional del art. 230 de la CP., exige un control judicial muy estricto y cualificado que el juez del recurso de anulación ejercerá con rigor. Carlos M. Entrena Klett advierte esta tensión al señalar: "... con lo que se realiza la relatividad de los términos *ius strictum* y *ius aequum*. Estas normas rígidas, necesarias en honor a la seguridad jurídica, a la paz social, deben ser detalladamente vigiladas por el legislador para evitar que mantengan su virtualidad cuando ya están obsoletas... 'el destino trágico de tales preceptos formales estriba en que todavía rigen cuando ya carecen de sentido'."<sup>44</sup> Y añade citando a Castán que "la equidad no sirve para formular nuevas normas, sino que es un método para la aplicación de las existentes a los casos de la vida."  
-pág. 59-

De manera que el fallo en equidad, en pura equidad, trasciende la actividad instrumental que esta tiene al interior del art. 230 de la CP. Se convierte en criterio preponderante, casi único, de la razón que define las pretensiones de la demanda,

---

caso particular. Por eso, en derecho siempre hay que encontrar decisiones y soluciones que, bajo el principio de equidad y sin abdicar o desconocer la ley, resulten justas, tarea en la cual el juez no se opone a la voluntad soberana del legislador sino que la concreta en atención a la situación particular y en forma tal que esté en consonancia con las circunstancias reales y propias del caso, para evitar inequidades o injusticias y asegurar la misión de la Administración de Justicia en el Estado de Derecho".

<sup>44</sup> La equidad y el arte de juzgar. Ed. Aranzadi. Segunda edición. Pamplona. 1990. Págs. 53 a 54.

y desecha la aplicación de reglas jurídicas concretas vigentes que rigen el caso *sub iudice*, para preferir el juicio personal sobre el institucional, que se representa en las normas y reglas vigentes, incluida la jurisprudencia de casos similares. De allí que la equidad desplaza al derecho positivo, y el juez se aleja del principio de legalidad que también lo vincula, para actuar como dictador –en el caso concreto- de las reglas que deben o pueden resolver la controversia.

**c). Tercer criterio definitorio de fallo en conciencia: La hermenéutica sobre las normas aplicables, sobre el contrato y sobre las actuaciones procesales.**

También considera la Sala que no configura un fallo en conciencia el hecho de que el juez interprete una norma, o un concepto suyo, o toda una institución jurídica, para dirimir el conflicto. Esta operación cognitiva y del raciocinio, de hecho, es necesaria para formar un juicio correcto, porque se sabe que hace parte del análisis jurídico –y curiosamente también de un análisis en conciencia- la interpretación de los textos, para desentrañar su sentido y aplicarlos a casos concretos, y más aún si se trata de contratos, cuya vocación hermenéutica es indiscutida, tanto así que el mismo Código Civil dedica un capítulo a las reglas hermenéuticas con las que se puede aproximar su sentido –arts. 1.618 a 1.624-<sup>45</sup>.

Claro está que también las leyes enuncian principios o reglas hermenéuticas para su comprensión, entre las que se pueden citar las leyes especiales de una materia

---

<sup>45</sup> El Consejo de Estado en sentencia del 20 de junio de 2002 –exp. 20.129 – señaló a este respecto: “De los planteamientos anteriores, extraídos del laudo arbitral que se impugna, se aprecia claramente su juridicidad frente al ordenamiento positivo vigente, ya que el tribunal de arbitramento se atuvo a la voluntad de las partes, en tanto de varios de los documentos de la relación contractual se desprendía que si bien hicieron modificaciones al contrato, la intención siempre fue la de ‘no variar el valor del mismo’ y esto conducía, como lo interpretaron los árbitros, que si una obra del contrato se suprimía para darle cabida a una nueva, su valor se mantendría en los términos originales con fundamento en la ‘compensación’ que siempre se invocó por las partes.

“Que el tribunal de arbitramento haya concluido que las partes convinieron que el valor del contrato no se modificaría no significa que se hubiera proferido el laudo en conciencia, pues con criterio jurídico y previo el análisis del material allegado y recaudado en el proceso negaron las pretensiones de la demanda.”

En el mismo sentido -es decir, sobre la posibilidad hermenéutica de los contrato, por parte de los árbitros- se pronunció la sentencia del 4 de julio de 2002 –exp. 22.012-.

–que actualmente acostumbran incorporar reglas interpretativas propias- y las leyes generales, como la 153 de 1887 –arts. 1 a 9, ente otros-<sup>46</sup>.

Lo mismo cabe decir de las actuaciones procesales –como el comportamiento de las partes o los escritos que presentan-, cuya necesidad de ser entendidas no es extraña, más bien es frecuente, y la adelanta tanto el juez arbitral como la jurisdicción de lo contencioso administrativo<sup>47</sup>.

De manera que para llevar a cabo esta tarea el juez se sirve de diversas técnicas, pero todas integradas al derecho, porque no están fuera de él, de allí que interpretarlo es hacer derecho, y su materialización no puede confundirse con una actuación basada en la equidad o en la conciencia<sup>48</sup>. Por esto ha dicho la Sección –sentencia del 9 de agosto de 2001 –exp. 19.273-: “... cuando el recurrente critica la interpretación de los árbitros sobre las normas legales y el contrato mismo hace ostensible su queja sobre un punto de derecho, cual es la interpretación indebida de la ley y corrobora la anterior afirmación de la Sala sobre que el laudo sí se profirió en derecho”. Y en la sentencia de 5 de julio de 2.012 –exp. 40.718- agregó:

“Ahora, la interpretación por analogía, que fue lo que aplicó el Tribunal cuando se remitió a la noción de usuario prevista en la ley 142 de 1.994 -que regula los servicios públicos domiciliarios, no la infraestructura vial-, es una técnica jurídica aceptable, que esta

---

<sup>46</sup> En la sentencia del 10 de junio de 2009 –exp. 35.288- la Sección Tercera indicó: “Para la Sala las apreciaciones y conclusiones del laudo no son indicativas de un fallo en conciencia, sino de una **decisión en derecho**, producto de la interpretación y aplicación de la ley por parte del juez arbitral con el fin de resolver la controversia que le fue sometida a su resolución, sin que para que se predique tal connotación de la providencia necesariamente deba coincidir con las argumentaciones de las partes”.

<sup>47</sup> El Consejo de Estado, en sentencia del 24 de mayo de 2006 –exp. 31.024-, señaló: “Para la Sala los argumentos expuestos no conducen a concluir que el laudo se hubiera proferido en conciencia, pues su censura se refiere a la actitud de los árbitros, es decir a la forma en que asumieron la interpretación de la demanda y la valoración de las pruebas, los cuales, a su juicio, lesionaron su derecho de defensa.

“Los hechos descritos dejan ver, una vez más, que el recurrente pretende discutir aspectos del proceso que no encajan en los supuestos del recurso de anulación del laudo -para este caso, en la causal de haberse fallado en conciencia-, aduciendo que el actor no precisó los incumplimientos que le imputaba al demandado.”

<sup>48</sup> En la sentencia del 2 de octubre de 2003 –exp. 24.320- se sostuvo: “Ni tampoco es causal de anulación la equivocada interpretación que el juzgador haga sobre las disposiciones contractuales y las normas sustanciales que rigen la materia, de modo que el recurso tiene un alcance limitado fijado por la ley”.

jurisdicción no reprocha como forma de razonamiento jurídico para entender un concepto precisamente jurídico, desde el derecho mismo. Ahora, el resultado de esa operación intelectual no lo juzgará esta Sala, porque implicaría entrometerse en la decisión de fondo, cuando tan sólo debe verificar que la decisión no haya sido en conciencia sino en derecho, y lo que se viene indicando es que por esta sola reflexión la calidad de su contenido es, sin duda alguna, jurídica.

“Lo mismo cabe señalar de la posibilidad de interpretar una expresión con ayuda de un diccionario de la lengua española – cualquiera que sea-, teniendo en cuenta dos circunstancias, que califican su utilización como una herramienta al servicio del análisis jurídico riguroso, y no de la equidad o la conciencia. De un lado, el hecho de que se trata de una técnica que utilizan los jueces para llenar de contenido conceptos que no necesariamente tienen un alcance jurídico especial que lo diferencia del lenguaje común. En este orden de ideas, es usual que las sentencias de las altas cortes interpreten los conceptos jurídicos con ayuda del diccionario, para precisar el sentido que adquiere una expresión en el derecho.

“De otro lado, la posibilidad y la necesidad de interpretar un concepto incorporado en una norma, que corresponde al mismo del idioma español, puede hacerse con ayuda del diccionario, lo que, incluso, goza de apoyatura normativa. Se trata de los artículos 28 y 29 del Código Civil –que proceden de la ley 153 de 1.887-, que disponen que las palabras de una ley se deben interpretar según su uso natural -es decir, el del idioma español-, salvo cuando tengan un alcance técnico-legal, en cuyo evento habrá de atenderse a él<sup>49</sup>. Esto significa que el juez, por mandato de esta disposición, puede interpretar la norma ayudado del sentido natural de las palabras, y por esta misma razón esta forma de proceder es jurídica en sí misma, porque la ampara la ley.”

En este sentido, también declaró la Sala -sentencia de 9 de agosto de 2001, exp. 19.273-: “Puede definirse en este punto que cuando el recurrente critica la interpretación de los árbitros sobre las normas legales y el contrato mismo hace ostensible su queja sobre un punto de derecho, cual es la interpretación indebida de la ley y corrobora la anterior afirmación de la Sala sobre que el laudo sí se profirió en derecho.”<sup>50</sup>

---

<sup>49</sup> “Art. 28. Significado de las palabras. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.”

“Art. 29. Palabras técnicas. Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han formado en sentido diverso.”

**d) Cuarto criterio definitorio de fallo en conciencia: La aplicación del contrato hace parte de la noción de fallo en derecho.**

Que el contrato estatal constituya *derecho vigente*, para decidir la controversia jurídica, es un criterio consolidado en la Sección Tercera, con especial referencia a la siguiente decisión, que puede calificarse de fundadora de la materia, porque recogió las razones principales para considerarlo así -sentencia del 6 de julio de 2005, exp. 28.990- y se transcribirá extensamente por su claridad y pertinencia para el análisis que se viene haciendo:

*“Las cláusulas de un contrato, y no sólo las normas positivas, constituyen derecho, para efectos de la causal segunda de anulación. Del recuento hecho en el subnumeral anterior, vale la pena aclarar algunos aspectos que confirman a la Sala la conclusión de que el fallo no se produjo en conciencia, sino en derecho.*

*“Un fallo en derecho, en materia contractual, no es aquél que se apoya única y exclusivamente en normas con rango de ley, o en decretos, o similares -como parecen entenderlo los recurrentes-; puede estar sustentado en las cláusulas del contrato, y en los documentos que forman parte del negocio jurídico -pliegos de condiciones, cartas, actas, etc.-.*

*“En efecto, en este campo, el derecho no es sólo el producido por los órganos institucionalmente establecidos para el efecto –tal como ocurre con las materias reservadas a la ley, o con la exclusividad que tienen otras normas, fundamentalmente reglamentos de diversas autoridades, para regular algunos temas-, sino que en esta materia el derecho mismo puede ser, y de hecho tiene que serlo, de creación de las partes.*

*“Téngase presente, además, que la causal segunda de anulación que se analiza, se estructura sobre la base de que el fallo debe ser en “derecho”, con lo que se quiere significar que el “derecho” es mucho más amplio y omnicomprendido que las solas normas producidas por el legislador, entre otras normas creadas por órganos formalmente establecidos.*

---

<sup>50</sup> El Consejo de Estado indicó en la sentencia del 27 de junio de 2002 -exp. 21.040-: “Como se pudo observar el recurrente - INVIAS controvertió el laudo, en el aspecto visto, porque no compartió la decisión a los problemas jurídicos planteados; porque objetó, por una parte, la forma como fue interpretada la demanda de convocatoria, el alcance jurídico dado en el laudo a la institución de la ruptura del equilibrio económico del contrato, la aplicación de la teoría de la responsabilidad como fuente de reparación integral del daño, la interpretación efectuada sobre la cláusula contractual sobre plazo del contrato y la fórmula de ajuste prevista en el pliego de condiciones, la aplicación de la teoría de la responsabilidad por hechos materiales imprevistos, y la valoración probatoria efectuada frente a los hechos de incumplimiento contractual de las partes, y su incidencia en el atraso de la obra y en la alteración del equilibrio económico del contrato.”

“Incluso el propio Código Civil -al cual remite la ley 80 de 1993, en los arts. 13 y 40- es el que establece que ‘Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales’ (art. 1602), y más adelante agrega que ‘los contratos deben cumplirse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella.’ (art. 1603)

“De estas normas se desprende que, efectivamente, la capacidad creadora de derecho –con efecto exclusivo entre las partes-, a través de un contrato, es una de las fuentes normativas, a través de las cuales se resuelve, en derecho, un conflicto contractual. Incluso puede ser la más importante fuente de derecho para realizar este cometido encomendado al juez.

“He aquí una diferencia importante, en relación con otras instituciones jurídicas -como por ejemplo la material laboral, o la impositiva, etc.-, cuyo derecho es eminentemente externo a las partes; mientras que en materia contractual, buena parte de su contenido es definido libremente por ellas –desde luego que con una debida cobertura legal-, lo que hace que al momento de definir las controversias el juez se deba ajustar, primero, a los acuerdos alcanzados, por supuesto que manteniendo una permanente observancia de las normas legales con incidencia sobre la relación negocial, y que no pueden ser alteradas por las partes –como es el caso de la ampliación o la creación de causales de anulación del laudo-, según se analizó arriba.

“En el caso objeto de este recurso se aprecia, precisamente, que el fallo se fundamentó en derecho, y, principalmente, en la interpretación y aplicación de las normas contenidas en el contrato –junto con sus aclaraciones, modificaciones y en el pliego de condiciones-, lo que hace que por este aspecto se encuentre apoyado en el derecho.”<sup>51</sup>

Desde luego que a esta tesis le aplica la idea más ampliada de que no sólo el contrato, como documento bilateral, es norma para las partes, y constituye derecho vigente, sino también los demás documentos que lo conforman, como el pliego de condiciones –que se integra al mismo-, la oferta y en general las comunicaciones y tratos preliminares, así como los ocurridos durante la ejecución del negocio, porque todos hacen parte de la noción de derecho ampliado que rige cada negocio jurídico.

**e) Quinto criterio definitorio de fallo en conciencia: La condena sin consideración a las pruebas es un fallo en conciencia.**

---

<sup>51</sup> Esta tesis la reiteró la sentencia del 24 de mayo de 2.006, exp. 31.024.

El otro supuesto creado por la jurisprudencia lo constituyen las pruebas del proceso, que deberían ofrecer convicción al tribunal de arbitramento, pero si no existen o carecen de soporte valorativo normativo afectan la validez de la decisión. Esto lo ha precisado la Sala, sin interferir en la libertad de que gozan los árbitros para valorar las pruebas, según las reglas de la sana crítica. En palabras de la Corporación: "Revisado el laudo proferido, se observa que el Tribunal se refiere a cada una de las pruebas practicadas dentro del proceso y las valora con fundamento en la sana crítica, concluyendo, respecto de los testimonios, que algunos de ellos son dignos de credibilidad, por no presentar contradicciones y no estar demostrado que los declarantes tuvieran interés en el proceso, y otros, en cambio, debían ser rechazados, por inexactos y contradictorios, y por existir vínculos de diversa índole entre los declarantes y las partes o sus representantes. Con fundamento en estas consideraciones, establece cuáles son los hechos que se encuentran probados y, posteriormente, presenta sus 'consideraciones jurídicas', refiriéndose, concretamente, al incumplimiento del contrato, alegado por ambos contratantes, y a las indemnizaciones solicitadas.

"No existe, por lo anterior, evidencia alguna de que el laudo recurrido hubiere sido proferido en conciencia. Por el contrario, del análisis de sus motivaciones se concluye que la decisión en él contenida fue adoptada en derecho, con fundamento en las pruebas obrantes en el proceso, que fueron valoradas conforme a lo dispuesto en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil. Es evidente, además, que la argumentación planteada por el impugnante está dirigida, como se demostró anteriormente, a cuestionar las conclusiones obtenidas con fundamento en la valoración efectuada por el Tribunal, lo que sería posible en un trámite de instancia y resulta totalmente improcedente en el recurso de anulación. Así las cosas, se concluye que no puede prosperar la causal invocada, en tanto se sustenta en los argumentos relativos a la valoración de la prueba testimonial."<sup>52</sup>

Esta tesis se ha reiterado en muchas providencias, entre ellas la sentencia del 6 de julio de 2005 -Sección Tercera, exp. 28.990- donde se planteó: "Adicional a lo anterior, si bien el fallo en conciencia radica, básicamente, en la falta de apoyo normativo para la solución del problema planteado, también el aspecto probatorio,

---

<sup>52</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de mayo de 2000, exp. 16.766. En sentido parecido véase la referencia al tema probatorio frente a la causal segunda de anulación en la sentencia de esta misma Sección, de julio 27 de 2000, exp. 17.591 y en la sentencia de junio 14 de 2001, exp. 19.334.

asociado al problema normativo, puede ser discutido desde esta perspectiva. Según esto, puede ocurrir que el fallo en conciencia se derive del hecho de que las pruebas que deberían ofrecer convicción a los árbitros, carecen de soporte valorativo normativo, y se radican, fundamentalmente, en la pura y simple conciencia del árbitro.

“No obstante, esto no significa que los árbitros no tengan la libertad de valoración de las pruebas, según las reglas de la sana crítica, lo cual ha sido sostenido por esta Sala, cuando a expresado que: (...)

“En este orden de ideas, para que un fallo sea considerado en conciencia, se exige que su contenido no se haya apoyado en el derecho objetivo que regula la controversia, y que por tanto sea producto de la libre apreciación del juez, sin consideración alguna a las normas del ordenamiento jurídico, además de que el aspecto probatorio debe guardar armonía con esta idea, en tanto que el sentido de la decisión debe ser expresión de las pruebas que obran en el proceso, y su valoración según las reglas de la sana crítica.”<sup>53</sup>

Finalmente, ha considerado: “Adicional a lo anterior, si bien el fallo en conciencia radica, básicamente, en la falta de apoyo normativo para la solución del problema planteado, también el aspecto probatorio, asociado al problema normativo, puede ser discutido desde esta perspectiva. Según esto, puede ocurrir que el fallo en conciencia se derive del hecho de que las pruebas que deberían ofrecer convicción a los árbitros, carecen de soporte valorativo normativo, y se radican, fundamentalmente, en la pura y simple conciencia del árbitro. (...)

---

<sup>53</sup> Esta providencia la reiteró la Sección Tercera en la sentencia del 3 de agosto de 2006 -exp. 31354- y en la sentencia del 16 de junio de 2008 -exp. 34.543-.

No obstante, la tesis se había insinuado tímidamente en la sentencia del 14 de septiembre de 1995 -exp. 10.468- que dispuso: “La Sala considera que si los árbitros conculcan en forma íntegra el recaudo probatorio del proceso arbitral para consultar su propia verdad, dejarán en el ambiente un pronunciamiento en conciencia en la antesala de la decisión y entonces en la motivación del fallo, los miembros del Tribunal harán saber a las partes que sus conclusiones no tuvieron su origen en el procedimiento probatorio. Sin embargo, en este caso, el censor reconoce, que los árbitros se apoyaron en la complementación de la prueba pericial, o sea en la voluntad de la ley, hipótesis contraria al fallo en conciencia, que no tiene base probatoria como ya se dijo.”



“En este orden de ideas, para que un fallo sea considerado en conciencia, se exige que su contenido no se haya apoyado en el derecho objetivo que regula la controversia, y que por tanto sea producto de la libre apreciación del juez, sin consideración alguna a las normas del ordenamiento jurídico, además de que el aspecto probatorio debe guardar armonía con esta idea, en tanto que el sentido de la decisión debe ser expresión de las pruebas que obran en el proceso, y su valoración según las reglas de la sana crítica.”<sup>54</sup>

“Debe advertirse, sin embargo, frente a esta último requisito, que la posibilidad de que el aspecto probatorio de un proceso arbitral configure una violación al deber de fallar en derecho, radica en que los árbitros estimen y asuman las pruebas y su apreciación con absoluto desdén, capricho o desconocimiento de las reglas básicas que el derecho ofrece para su valoración, convirtiéndose, auténticamente, en una violación al deber de fallar según las reglas jurídicas, expresadas a través de los medios de convencimiento de que disponen los árbitros.

“No se trata pues, y eso está claro, de que el recurrente esconda sus divergencias sobre la manera como el tribunal estimó y valoró las pruebas del proceso, que le ha sido desfavorable, para deducir de allí que se está en presencia de un fallo en conciencia, cuando normalmente, en un caso como este, el juez suele expresar claramente, a lo largo de la motivación de la sentencia, las razones por las cuales los medios de prueba le han conducido a tomar una u otra posición, gracias a la libertad de valoración –sana crítica- que la ley procesal le confiere.”<sup>55</sup>

---

<sup>54</sup> Sección Tercera. Sentencia de 6 de julio de 2005. Exp. 28.990.

<sup>55</sup> Sentencia de febrero 7 de 2008. Exp. 33.811. La Consejera Myriam Guerrero de Escobar, en aclaración de voto a la sentencia 35.288, proferida el 10 de junio de 2009, expresó: “... deberá tenerse en cuenta que también se configura la causal de fallo en conciencia cuando el juez no obstante haber hecho referencia al derecho positivo y efectuado la valoración de la prueba en forma detallada y conjunta y de armonizarla en debida forma, finalmente y sin razón que lo justifique, se aparta de ella y falla a su leal saber y entender, manteniéndose al margen de su contenido y de lo que se ha demostrado a través de su análisis.

“La prueba debe constituirse en fundamento del fallo y no simplemente en una apariencia para darle legalidad a la sentencia puesto que el juez no está facultado para desechar la prueba válidamente aportada al proceso y en su lugar crear su propia prueba que pueda acomodarse a la decisión que en equidad profiere. Una cosa es que el juez tenga potestad para valorar e interpretar la prueba, aspecto que no puede ser cuestionado por vía del recurso de anulación y otra muy diferente es que la ignore de plano, evento en el cual hay lugar a que se configure el fallo en conciencia”. Finalmente, en sentido similar se pronunció la sentencia de agosto 23 de 2010 –exp. 38.051-.

Esta tesis, sin embargo, no admite que se controvierta el laudo, a través del recurso de anulación, aduciendo que la valoración probatoria es incorrecta, inadecuada u otro defecto que el recurrente le endilgue a la providencia, porque en tal caso no se está en presencia de un fallo en conciencia sino de una providencia errática, que no admite controversia en el proceso de anulación, porque no se trata de una segunda instancia, es decir, de un recurso de apelación<sup>56</sup>.

**f) Sexto criterio definitorio de fallo en conciencia: No lo constituye la incursión en una vía de hecho.**

También ha expresado la Sección que la comisión de una vía de hecho no es constitutiva de un fallo en conciencia, sin que ello signifique que la jurisdicción de lo contencioso administrativo haga caso omiso de una irregularidad semejante, es

---

<sup>56</sup> En la sentencia del 2 de octubre de 2003 –exp. 24.320- la Sección indicó, en el sentido que se viene comentando, que: “Ahora bien, si en sentir del recurrente el análisis probatorio no se sujetó a la verdad de lo sucedido y, el alcance que el juzgador le dió al contrato resultaba equivocado; dicho argumento en realidad constituye una inconformidad sustancial con lo decidido, bien porque resultaba equivocada la valoración o la interpretación del contrato. Pero, esta inconformidad no constituye un error in-procedendo que hubiese afectado la validez de la actuación o que hubiese desconocido el derecho de defensa; en realidad, la inconformidad del recurrente obedece simplemente a la intención que tiene el recurrente de que por esta vía procesal se efectúe otro análisis de las pruebas y del contrato, para lograr una conclusión y una decisión diferente.

(...)

“El fallo en conciencia sólo se evidencia cuando la sentencia proferida no se sujeta al marco jurídico vigente y de esta manera se basa en la mera equidad, lo que no ocurre en el caso que ocupa la atención de la Sala, por cuanto los árbitros profirieron la decisión impugnada con apoyo en el acervo probatorio, en cumplimiento de las reglas de la sana crítica, con sujeción a las disposiciones legales y a las normas contractuales. Cosa distinta es que en sentir del recurrente, la valoración y el alcance que el juzgador le dió a cada uno de los medios probatorios sea abiertamente equivocado.”

En el mismo sentido, agregó la sentencia del 10 de marzo de 2.005 –exp. 27.946-: “La deficiencia en la apreciación probatoria el legislador la ha tenido en cuenta pero como supuesto de otros medios de defensa, como el recurso extraordinario de casación, al establecer dentro de las causales de casación, la violación de norma de derecho sustancial y señalar que puede ocurrir como consecuencia de error de derecho por violación de una norma probatoria o por error de hecho manifiesto en la apreciación de determinada prueba (art. 368 num. 1 del C. P. C.). Pero se repite que el legislador no contempla los defectos en la apreciación de las pruebas o la pretermisión de alguna de ellas al momento de decidir, como causa jurídica de imputación en un recurso extraordinario de anulación contra un laudo arbitral y menos bajo el enunciado de haberse emitido fallo en conciencia, debiendo haber sido en derecho. Partiendo de esos conceptos, la Sala examinará si la causal alegada, para anulación del laudo recurrido, se configura.”

sólo que no puede olvidarse que el tribunal de arbitramento tramita un proceso de única instancia y que el Consejo de Estado sólo juzga vicios específicos de la decisión, no inconformidades generales frente a ella. Al respecto ha manifestado esta Corporación: "... es necesario aclarar en primer lugar, que dentro de las taxativas causales de anulación de los laudos arbitrales proferidos para dirimir controversias surgidas de contratos estatales, contenidas en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 y recogidas por el artículo 230 del Decreto 1818 de 1998 a las que ya se hizo alusión, no se halla la vía de hecho.

"Y en segundo lugar, no se puede afirmar que cuando un juez incurre en una vía de hecho, está profiriendo un fallo en conciencia. Ya se dijo en qué consistía este último: Es la decisión que se toma sin tener en cuenta el derecho positivo aplicable y con fundamento en el sentido de justicia del juzgador, que puede ser perfectamente válido, cuando existe autorización legal para tomar esta clase de decisiones, tal y como sucede con los laudos arbitrales regidos exclusivamente por el Decreto 2279 de 1989, que pueden ser de tres clases: en derecho, en conciencia o técnicos.

"En cambio, la vía de hecho implica siempre un desbordamiento del ordenamiento jurídico por parte del juez, que permite afirmar la inexistencia de una sentencia como tal y por lo tanto, acudir a la interposición del mecanismo de la tutela para amparar derechos fundamentales y evitar los perjuicios derivados de tal actuación.

"De acuerdo con lo anterior, resulta evidente el error en que incurre el apoderado del INVIAS al equiparar la vía de hecho, con el fallo en conciencia, que es la circunstancia consagrada como causal de anulación del laudo arbitral".

**g) Séptimo criterio definitorio de fallo en conciencia: La decisión equivocada tampoco configura un fallo en conciencia.**

Como consecuencia de lo que se ha mencionado en los aspectos analizados, el Consejo de Estado ha sido enfático en señalar que el error en que incurran los árbitros al decidir no constituye un fallo en conciencia, sino una decisión equivocada, no controlable a través de la causal sexta de anulación –y de hecho a través de ninguna otra-. Así, por ejemplo, en la sentencia del 28 de noviembre de 2002 –exp. 22.191- precisó: "... es claro que la decisión equivocada no se

identifica con la decisión en conciencia, de manera que la causal de anulación citada no puede justificar la revisión de la argumentación jurídica elaborada por el Tribunal de Arbitramento, por parte del juez del recurso. De otra manera, so pretexto de su interposición, se abriría paso para desconocer la convención celebrada por las partes, en el sentido de no acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa, sometiendo la controversia a la decisión de árbitros, que deben fallar en única instancia. De allí que, como se ha expresado, el recurso de anulación no dé lugar al trámite de una nueva instancia; que, además, las causales previstas para su interposición estén dirigidas a corregir errores *in procedendo* y, sólo de manera excepcional, errores *in judicando*, y que, en este último caso, como también se ha dicho, los límites del juez estén claramente definidos en la ley”.

Esta tesis se ha reiterado en muchas providencias, entre ellas: exp. 34.543, de junio 16 de 2008; exp. 35.288, de junio 10 de 2009; exp. 35.896, de julio 8 de 2009; exp. 36.364, de febrero 3 de 2010; exp. 42.126, de abril 30 de 2012; exp. 38.051, de 23 de agosto de 2010 y exp. 41.029, de noviembre 17 de 2011.

**g) Octavo criterio definitorio de fallo en conciencia: La falta de motivación no es fallo en conciencia.**

Finalmente, también se sostiene que “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 alude, como se dijo, 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 del mismo y menos cuando no se niega sino que se clasifica como deficiente o irregular.”<sup>57</sup>

---

<sup>57</sup> Sección Tercera, sentencia del 3 de abril de 1992. Exp. 6695; reiterada en la sentencia del 4 de julio de 2002, exp. 21.217.

## 5. El caso concreto

A partir de los aspectos comentados con gran detalle, hasta ahora, acerca de los elementos y criterios que configuran o no un laudo dictado en conciencia o equidad, resulta fácil concluir que el proferido en el caso concreto se dictó en derecho, a juzgar inclusive por las mismas razones que ofrece la parte recurrente para acreditar lo contrario, y de las cuales la Sala no puede separarse, porque marcan o delimitan el principio de la congruencia en este proceso.

Lo inmediato que se destaca del recurso de anulación es que adolece de la técnica necesaria para permitir que esta Sala siquiera pueda considerar con probabilidad mínima que el laudo se dictó en conciencia. Para demostrarlo basta empezar por la parte final del recurso, donde se solicita: "... revocar el laudo arbitral y en su lugar accederse a las súplicas de la demanda arbitral." –fl. 1.354, cdno. ppal.-

Lo expuesto hasta ahora permite explicar en este lugar, con sencillez, ideas que allí quedaron profusamente sustentadas, porque ofrecen la base conceptual para entender la aplicación concreta que ahora se hará de ellas. En particular, se sabe que el recurso de anulación no es una instancia más –la segunda- del proceso arbitral. Éste es de única instancia, y por eso es inadmisibles plantear a través del recurso de anulación inconformidades propias de un recurso de apelación -donde caben objeciones de toda índole, principalmente por inconformidad con el sentido de la decisión-. De hecho, la parte recurrente no sólo pide mal, sino que apoyó la petición en la estructura argumentativa y discursiva del inconforme con la decisión arbitral.

En este sentido, el primer argumento de inconformidad pone en cuestión la manera como el tribunal de arbitramento entendió las cláusulas 25 y 26 del contrato, para advertir que "... no hubo pronunciamiento de fondo o en derecho por parte del tribunal, pues con el laudo las cosas quedaron como cuando se presentó la demanda inicialmente, sin que se resolviera el fondo del asunto a pesar de las múltiples irregularidades encontradas en todas las etapas del contrato, afectándose con ello las finanzas del Instituto Municipal de Tránsito." –fl. 1335, cdno. ppal.- Y añade que no se estableció si en realidad hubo contradicciones entre el pliego de condiciones y el contrato, no obstante que se negaron las pretensiones de la demanda principal. En definitiva, cuestiona que el

tribunal, dando aplicación al art. 1622 del Código Civil, le haya concedido la razón a la convocada, aduciendo que la forma como las partes del contrato han entendido una cláusula es una manera de interpretarla. Con esta perspectiva de análisis se muestra inconforme con el entendimiento de la norma, y por eso considera que el laudo se dictó en conciencia.

Para al Sala, semejante consideración no exige mayor análisis para hacer ver que, efectivamente, el recurrente cree que este recurso es el mismo de apelación. Es más, la contradicción interna de sus argumentos radica en que admite que el tribunal aplicó una norma jurídica al caso *sub iudice* -que es en lo que consiste, esencialmente, el fallo en derecho- pero que no le parece que su perspectiva de análisis fuera correcta. Basta recordar que si en gracia de discusión el tribunal de arbitramento hubiera errado en la comprensión del problema y en el entendimiento de la norma -que la Sala ni siquiera aprecia a primera vista-, tampoco esta circunstancia daría lugar a la anulación del laudo. Definitivamente, la indebida comprensión del alcance de este recurso fue lo que llevó al recurrente a proponer esta perspectiva de análisis, inadmisibles como se ha dicho<sup>58</sup>.

Con la misma lógica, anunciándose dos argumentos más para demostrar que se expidió un laudo en conciencia, el IMTTP mantiene el análisis que se comenta -y ahora se reprocha-, sólo que en adelante centra su estudio en la indebida valoración de la prueba pericial, como si lo permitiera alguno de los ocho supuestos de configuración de lo que es un fallo en conciencia. A lo sumo, la jurisprudencia repudia que se falle sin consideración a las pruebas que obran en el proceso, pero de ninguna manera que se controvierta su valoración, cuando ésta se apoya en razones objetivas. Por el contrario, el IMTTP se esfuerza en demostrar que ciertas conclusiones del peritazgo no son admisibles -fls. 1348-: "Resulta claro que si el tribunal hubiese hecho una correcta lectura de lo indicado por el perito financiero al informe de aclaraciones, los magistrados que lo conformaron habrían tenido entonces que subestimar los valores consignados en la hoja electrónica denominada 'VR CUOTAS PESOS CORR'..." -fl. 1350-; y añade: "Otro elemento que el tribunal no tuvo en cuenta para decidir en torno al

---

<sup>58</sup> A folio 1339 del cdno. ppal. agrega el recurrente: "... no resulta cierto lo argumentado por parte del tribunal de arbitramento, al indicar que los criterios contemplados en el formato 10 de los pliegos... se obtiene el valor de la primera cuota a pagar, la cual resulta de dividir el monto total a pagar en 144 cuotas mensuales, indicando luego que al comienzo de cada año el valor de la cuota se indexa con un incremento del 5,5%, puesto que los criterios relacionados en dicho formato no establecen que las cuotas deban calcularse de dicha manera..." ¿Qué duda cabe que se controvierte la decisión, lo que no admite este recurso?

asunto de controversia y que versa en el informe de aclaraciones del perito punto 5, es el concerniente a la opinión que sobre el estudio elaborado por el Dr. Álvaro Eduardo Salazar, realizó el perito como respuesta a la pregunta formulada por parte del Tribunal, y que sobre el particular se indica: ...” –fl. 1351-. Semejantes argumentos que pretenden demostrar que el laudo se dictó en conciencia y no en derecho son inadmisibles, porque los errores de apreciación de las pruebas –si en gracia de discusión los hubiera- no se discuten a través de este recurso.

Finalmente, el tercer argumento del recurso se soporta en la misma lógica de análisis, sólo que en esta ocasión se fundamenta en las pruebas documentales que aportó el consorcio contratista –fls. 1352 a 1354-, que calificó de irregulares. Para la Sala no hay discusión acerca de que esta clase de objeciones tampoco son admisibles a través del recurso de anulación, de allí que lo expresado en los párrafos anteriores aplica para desestimar la solicitud de anulación.

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

**FALLA:**

**Primero:** Deniégase la solicitud de traslado del recurso de anulación, presentada por la parte convocada.

**Segundo:** Declárase infundado el recurso de anulación interpuesto contra el laudo arbitral proferido el 14 de diciembre de 2.011, por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias surgidas entre el Instituto Municipal de Tránsito y Transporte de Pereira y Jaime Hernando Lafourie Vega y la Compañía Integral de Recuperación de Cartera CIRA S.A., integrantes del Consorcio SIETT Pereira, con ocasión del contrato de crédito de proveedores No. 018 de 2006.

**Tercero.** Sin condena en costas en contra del Instituto Municipal de Tránsito y Transporte de Pereira, porque la parte convocada no actuó en este proceso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

**OLGA DEL VALLE DE DE LA HOZ**  
Presidenta

**ENRIQUE GIL BOTERO**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO G.**