

**SOLICITUD DE UNIFICACION JURISPRUDENCIAL - No se da trámite una solicitud de unificación jurisprudencial sobre asignación de riesgos en el contrato estatal / SOLICITUD DE UNIFICACION JURISPRUDENCIAL - La petición debe exponer las razones que determinan la importancia jurídica o la trascendencia económica o social que impongan la necesidad de unificar o sentar jurisprudencia**

De manera especial solicita la recurrente que, según ella en aras de la seguridad jurídica, se resuelva este recurso de anulación mediante sentencia de unificación jurisprudencial toda vez que la trascendencia del tema que fue objeto de debate en el Tribunal de Arbitramento así lo amerita. Los artículos 270 y 271 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señalan respectivamente cuáles se consideran sentencias de unificación jurisprudencial y las razones o motivos que ameritan una decisión de esa naturaleza. Pero además la norma últimamente mencionada dispone que para asumir el trámite a solicitud de parte, la petición debe exponer las razones que determinan la importancia jurídica o la trascendencia económica o social que impongan la necesidad de unificar o sentar jurisprudencia. (...) Es suficientemente sabido que el recurso extraordinario de anulación no constituye una segunda instancia ya que él persigue fundamentalmente la protección de la garantía del debido proceso y por ende el laudo no puede ser atacado por errores en el juzgamiento sino por errores en el procedimiento. El recurso de anulación que aquí se propone se fundamenta en las causales 6ª y 8ª del Decreto 1818 de 1998, esto es, habiéndose fallado en conciencia debiendo ser en derecho y haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido. Ahora, la razón para solicitar la unificación jurisprudencial la hace consistir la parte recurrente en los siguientes términos (...) nótese cómo los argumentos que se traen para sustentar la petición de unificación, en primer lugar, no indican de manera clara por qué aquellas cuestiones requieren de una unificación jurisprudencial ya que por ninguna parte se mencionan las supuestas decisiones de esta Corporación que sean contradictorias o disímiles que determinan la necesidad de una única posición de la jurisprudencia y, en segundo lugar y esta es la circunstancia más trascendente para la decisión que habrá de tomarse en relación con la solicitud de unificación, toda la argumentación de la recurrente se centra en las cuestiones de fondo del laudo cuando ha debido remitirse a argüir y a precisar por qué un pronunciamiento sobre las causales 6ª y 8ª del Decreto 1818 de 1998 requieren de una unificación jurisprudencial, ya que su petición debe partir de la manifestación y de la demostración de que existen decisiones contradictorias o disímiles sobre estas causales, pues no debe olvidarse que el análisis de estos motivos de anulación es el que constituye precisamente el thema decidendum de este recurso extraordinario de anulación y no las cuestiones de fondo que resolvieron los árbitros. Puestas así las cosas resulta claro que no es procedente darle trámite a la solicitud de unificación jurisprudencial que ha propuesto la parte recurrente.

**FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 270 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 271**

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Persigue el debido proceso / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - No reabre el debate probatorio del proceso arbitral / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Taxatividad, sólo puede cimentarse en las causales que la ley ha previsto / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Reiteración jurisprudencial. No se constituye en una doble instancia**

En recientes providencias esta Subsección expuso las razones que a continuación se expresan y que nuevamente son pertinentes para resolver un asunto como el que ahora es materia de ésta decisión: "(...) Por averiguado se tiene que el recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales, tal como lo ha pregonado la Sección Tercera del Consejo de Estado en múltiples providencias que ya son multitud, persigue fundamentalmente la protección de la garantía del debido proceso y por consiguiente es improcedente que por su intermedio se aborde nuevamente el estudio de la cuestión de fondo que ya fue resuelta por el Tribunal de Arbitramento. Por esta razón es que se afirma que al juez del recurso no le es permitido revivir el debate probatorio que se surtió en el trámite arbitral ni entrar a cuestionar los razonamientos jurídicos o la valoración de las probanzas que en su momento hicieron los árbitros para soportar la decisión. De otro lado, el recurso de anulación por ser extraordinario sólo puede cimentarse en las causales que la ley ha previsto de manera taxativa y en consecuencia el ataque al laudo que se apoye en causal distinta debe ser rechazado por improcedente. Todo lo anterior se resume, en conclusión, en que el recurso de anulación no constituye una segunda instancia, razón por la cual el laudo no puede ser atacado por errores en el juzgamiento sino por errores en el procedimiento y con fundamento en las causales taxativamente señaladas en la ley."

**NOTA DE RELATORIA:** En esta materia ver, las sentencias: 21 de febrero de 2011, exp. 38621; 24 de marzo de 2011, exp. 38484; 30 de marzo de 2011, exp. 39496; 1º de febrero de 2012, exp. 41471

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION - Causal 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION - Error in procedendo en sus dos modalidades por fallos ultra petita y por fallos extra petita**

Sobre la causal 8ª del Decreto 1818 de 1998 ésta Subsección ha expresado reiteradamente lo siguiente: (...). El numeral 8º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 prevé como causal de anulación el "haberse (sic) recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido." Esta Subsección sobre ésta causal ha dicho que ella "busca hacer efectivo el principio de congruencia de las sentencias judiciales que, sin referirse la Sala a la incongruencia por la disonancia con las excepciones del demandado, es desarrollado, entre otros, en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil. (...) Y esto es precisamente lo que se persigue garantizar y hacer efectivo con la causal 8ª de anulación al disponer (sic) (sic) que el laudo es nulo cuando recae sobre asuntos no sometidos a la decisión de los árbitros o cuando se concede más de lo pedido. (...) Pero además, el laudo cuestionado negó la totalidad de las pretensiones, es decir las principales y las subsidiarias, y estas por supuesto constituían el asunto materia de la decisión, y como resultaron imprósperas es imposible que se presente una condena por más de lo pedido o por objeto o por causa diferente al expresado en la demanda, así que sostener que en una sentencia absolutoria se puede presentar una condena ultra o extra petita, implica una protuberante falta de sindéresis. (...) Por esta razón es que se afirma que al juez del recurso no le es permitido revivir el debate probatorio que se surtió en el trámite arbitral ni entrar a cuestionar los razonamientos jurídicos o la valoración de las probanzas que en su momento hicieron los árbitros para soportar la decisión.

**FUENTE FORMAL:** CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 305 / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163 NUMERAL 8

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre este tema ver el fallo de 9 de mayo de 2011, exp. 40193

**PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral. Necesidad de su aplicación / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION - Principio de congruencia. Ante su vulneración se declara la nulidad del laudo**

Este principio de congruencia de las sentencias lo trae ahora el Código General del Proceso al expresar: “La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta...” Por consiguiente es mandato, tanto en el anterior Código de Procedimiento Civil como en el ahora vigente Código General del Proceso, que la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y con las pretensiones de la demanda y por ende el demandado no puede ser condenado por objeto distinto al pretendido ni por causa diferente a la invocada en la demanda.

**FUENTE FORMAL:** LEY 1564 DE 2012 - ARTICULO 281 CODIGO GENERAL DEL PROCESO

**NOTA DE RELATORIA:** En esta materia, ver: la decisión de 1º de febrero de 2012, exp. 41471

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION - Causal 6 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION - El recurrente debe sustentar la causal invocada**

En lo que atañe a la causal 8ª del artículo 163 (sic) (sic) Decreto 1818 de 1998, es claro que la recurrente vuelve a plantear su inconformidad argumentando que el Tribunal resolvió las pretensiones subsidiarias utilizando su “propio y subjetivo criterio,” desconociendo las pruebas del proceso y sin tener en cuenta los pactos de las partes. Esta argumentación es similar a la que se utilizó para sustentar la causal 6ª, pero lo que definitivamente la condena al fracaso es que semejantes argumentos en manera alguna configuran los supuestos normativos de la causal 8ª, que como ya se ha dicho reiteradamente, se estructura cuando se condena al demandado por objeto distinto al pretendido (ultra o extra petita) o por causa diferente a la invocada en la demanda y también cuando los árbitros carecen de competencia para resolver sobre la cuestión sometida a su decisión, bien por haber caducado la acción o bien por no estar comprendida dentro del pacto arbitral. En efecto, ya se ha dicho que el recurrente debe sustentar el recurso de anulación, sustentación que supone que se expresen las razones que configuren la causal que se aduce y por lo tanto es inadmisibles que al amparo de la descripción que trae la ley de un motivo de anulación se aduzcan argumentaciones que en verdad no configuran la prevista por el legislador. (...) Todas estas razones son más que suficientes para que este cargo tampoco prospere.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 1818 DE 1989 - ARTICULO 163 NUMERAL 6 / DECRETO 1818 DE 1989 - ARTICULO 163 NUMERAL 8

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION - Se declara infundado.  
Aplicación del inciso tercero del artículo 165 del Decreto 1818 de 1989**

El inciso tercero del artículo 165 del Decreto 1818 de 1989 dispone que si ninguna de las causales prospera, se declarará infundado el recurso y se condenará en costas al recurrente.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 1818 DE 1989 - ARTICULO 165 INICISO 3

**COSTAS - Liquidación. Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral, aplicación del artículo 165 del Decreto 1818 de 1989**

El inciso primero del citado artículo prevé que en la misma sentencia se liquidarán las costas y condenas a cargo de las partes. En este asunto no aparecen acreditadas expensas o gastos que se hubieren efectuado con ocasión del recurso de anulación, razón por la cual sólo habrá lugar al pago de las agencias en derecho que en este caso se estiman en la suma de (...) a cargo de la parte recurrente.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 1818 DE 1989 - ARTICULO 165

**NOTA DE RELATORIA:** Con aclaración de voto del consejero Enrique Gil Botero

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION C**

**Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil trece (2013).

**Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00041-00(46696)**

**Actor: CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE Y OTROS**

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

**Referencia: RECURSO DE ANULACION (APELACION SENTENCIA)**

Procede la Sala a resolver el recurso de anulación interpuesto por **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE, LUIS HÉCTOR SOLARTE SOLARTE, CONSTRUCTORA LHS S.A. y CASS CONSTRUCTORES Y CÍA EN S.C.A.** contra el laudo arbitral del 26 de febrero de 2013 y su providencia aclaratoria del 21 de marzo de 2013, proferidas por el Tribunal de Arbitramento constituido con el

fin de dirimir las controversias surgidas entre el **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO –IDU-** y el **CONSORCIO METROVÍAS MALLA VIAL**, con ocasión del contrato No. 074 del 29 de diciembre de 2008.

#### I. ANTECEDENTES

1. El 29 de diciembre de 2008 el **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO –IDU-** y el **CONSORCIO METROVÍAS MALLA VIAL** celebraron el contrato No. 074 por medio del cual *“el CONSTRATISTA se compromete para con el IDU a ejecutar, a precios unitarios y a monto agotable, las OBRAS Y ACTIVIDADES PARA LA MALLA VIAL ARTERIAL, INTERMEDIA Y LOCAL DEL DISTRITO DE CONSTRUCCIÓN DEL GRUPO 6 (OCCIDENTE) en la ciudad de Bogotá, D.C.”*

2. Como valor total del contrato se fijó la suma de \$115.088.938.111 la cual sería cancelada mensualmente de acuerdo con lo estipulado en las cláusulas 3 y 4 denominadas respectivamente forma de pago y anticipo.

3. El término de duración del contrato se pactó en 46 meses contados a partir del 17 de febrero de 2009, fecha ésta en la cual se suscribió el Acta de Inicio de Obra.

4. Durante la ejecución del contrato, las partes suscribieron el Otro sí No. 1 del 29 de marzo de 2011 por medio del cual modificaron el párrafo 7 de la cláusula 5 del contrato No. 074 denominada Anticipo; el Otro sí No. 2 del 4 de abril de 2011 por medio del cual modificaron el numeral 8.1 del apéndice 3 del pliego de condiciones de la licitación pública No. IDU-LP-DG-006-2008 denominado forma de pago; así como el Otro sí No. 3 del 19 de agosto de 2011 por medio del cual modificaron la cláusula 30 del contrato No. 074 relativa a los medios de solución de controversias.

5. El equilibrio económico del contrato No. 074 de 2008 se quebrantó cuando la Administración realizó las respectivas actas de pago mensual trasladando al contratista la disminución del precio del kilo de asfalto, sin tener en cuenta que el precio final de éste ítem también incluye el valor de los demás componentes de la mezcla asfáltica tales como los agregados pétreos, el transporte de mezcla, la mano de obra, los equipos, etc., los cuales, según el Índice General para la Construcción Pesada –ICCP-, tuvieron un incremento desde diciembre de 2008.

Como quiera que la Administración realizó dicho descuento amparada en las

cláusulas 7 y 8 denominadas respectivamente ajustes y actualización de precios, el consorcio Metrovías Malla Vial solicitó que se revisara su interpretación y aplicación en razón a que con éstas se buscaba mantener vigentes los precios de la oferta con independencia de que ello alterara el equilibrio económico del contrato.

**6.** El consorcio **METROVÍAS MALLA VIAL**, con fundamento en los hechos que se acaban de sintetizar, pidió la declaratoria del rompimiento del equilibrio económico del contrato por el advenimiento de circunstancias imprevistas y que, por consiguiente, se revisara el contrato No. 074 de 2008, en especial, las cláusulas 7 y 8 denominadas respectivamente ajustes y actualización de precios con el fin de que se ordenara el reajuste que la equidad indicara según lo preceptuado en el artículo 868 del Código de Comercio; y se condenara al accionado al pago de los sobrecostos y perjuicios ocasionados con la negativa de acceder a la solicitud de revisar las cláusulas ya señaladas, junto con los respectivos intereses moratorios.

En subsidio de la anterior pretensión, el consorcio **METROVÍAS MALLA VIAL** solicitó la declaratoria del incumplimiento del contrato No. 074 de 2008 y, en consecuencia, que se condenara al accionado a aplicar en debida forma el ajuste y la actualización de precios establecidos en las cláusulas 7 y 8 del contrato, así como la debida aplicación de la matriz de riesgos financieros o de mercado establecidos en los numerales 12, 13 y 14; y que se condenara al accionado a reintegrar la totalidad del valor pagado en exceso y el descontado en virtud de la indebida aplicación de la matriz de riesgos, sumas todas éstas que se deberán actualizar y sobre las que se liquidarán los respectivos intereses de mora.

**7.** El Tribunal de Arbitramento que se convocó para el efecto profirió el correspondiente laudo el 26 de febrero de 2013 mediante el cual desestimó la objeción por error grave que el IDU formuló contra el dictamen pericial de parte y el que fue practicado durante el proceso judicial, denegó las excepciones propuestas por el IDU y denegó todas las pretensiones de la demanda.

**8.** El consorcio **METROVÍAS MALLA VIAL** presentó escrito de complementación y en subsidio de aclaración del laudo arbitral del 26 de febrero de 2013 única y exclusivamente respecto de las motivaciones y decisiones en él consignadas sobre las pretensiones subsidiarias para que el Tribunal de Arbitramento indicara cuál pronunciamiento formulado por las partes fundamentó la decisión de denegar tales pretensiones de la demanda o en subsidio, si el Tribunal llegó a esa decisión en

virtud de consideraciones realizadas de oficio, precisar la normatividad que le sirvió de fundamento a sus conclusiones.

Mediante auto No. 24 del 21 de marzo de 2013, el Tribunal de Arbitramento resolvió denegar la solicitud de complementación y en subsidio de aclaración.

**9. CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE, LUIS HÉCTOR SOLARTE SOLARTE, CONSTRUCTORA LHS S.A. y CASS CONSTRUCTORES Y CÍA S.C.A.**, con fundamento en las causales 6ª y 8ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1993, interpusieron el recurso de anulación contra el laudo proferido.

**10.** El 5 de abril de 2013 la Secretaria del Tribunal de Arbitramento radicó el expediente ante el Consejo de Estado para que se le diera trámite al recurso que fue interpuesto.

**11.** En auto del 24 de junio de 2013 ésta Corporación avocó el conocimiento del asunto y corrió el traslado para que se sustentara el recurso y se presentaran los correspondientes alegatos.

## **II. EL RECURSO DE ANULACION**

El recurrente pide la anulación del laudo arbitral proferido el 26 de febrero de 2013 así como de la providencia del 21 de marzo del mismo año por medio de la cual se aclaró el primero, pero sólo con respecto a la desestimación de las pretensiones subsidiarias de la demanda.

Adicionalmente el recurrente formula la solicitud especial contenida en los artículos 270 y 271 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo con el fin de que al resolver el presente recurso extraordinario, el Consejo de Estado unifique la jurisprudencia sobre la asignación de riesgos en el contrato estatal por ser éste un tema de gran relevancia jurídica.

En primer lugar el recurrente señala que el Tribunal de Arbitramento emitió un fallo en conciencia debiendo ser en derecho pues desestimó las pretensiones subsidiarias de la demanda con base en argumentos que contravinieron tanto la ley como las estipulaciones contractuales relativas a la asignación, estimación y

límite de la matriz de riesgos, y gracias a que hizo caso omiso a las pruebas que obran en el expediente por la simple razón de que no soportaban su criterio.

Sostiene el recurrente que los árbitros desestimaron las pretensiones subsidiarias de la demanda con base en criterios subjetivos que se apartaron de los planteamientos expuestos por las partes en la demanda, en las excepciones de la parte convocada y en los alegatos de conclusión.

En segundo lugar el recurrente señala que el Laudo Arbitral se pronunció sobre la matriz de riesgos del contrato No. 074 de 2008 sin que ésta cuestión hubiera sido planteada por los convocantes, por el convocado o por el Ministerio Público y que además, lo hizo en abierta transgresión de lo expresamente estipulado por el INVIAS y el consorcio Metrovías Malla Vial desatendiendo así la regla de interpretación según la cual *“conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse más a ella que a los literal de las palabras”*.

### III. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público pidió que se declarara infundado el recurso de anulación interpuesto por **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE, LUIS HÉCTOR SOLARTE SOLARTE, CONSTRUCTORA LHS S.A. y CASS CONSTRUCTORES Y CÍA EN S.C.A.** apoyándose en las razones que se sintetizan así:

Con respecto a la causal del numeral 6 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 esto es *haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo*, el precedente del Consejo de Estado ha señalado que el fallo en conciencia se configura cuando el juez prescinde de las normas jurídicas vigentes y aplicables al caso o cuando a pesar de haber hecho referencia a ellas, resuelve sin explicar las razones probatorias que dan lugar a su decisión.

El Ministerio Público encuentra que el Tribunal de Arbitramento negó las pretensiones subsidiarias de la demanda con fundamento en razones de derecho pues a esa decisión arribó luego de interpretar, a la luz de las normas jurídicas aplicables al caso y los medios de prueba que obran en el expediente, la matriz de riesgo estipulada en el contrato.

Señala que si los recurrentes pretenden controvertir la decisión del Tribunal de Arbitramento porque no comparten el análisis jurídico y probatorio realizado, el recurso de anulación no es el medio judicial apropiado porque ninguna de las causales taxativamente señaladas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 contemplan ese supuesto.

En relación con la causal del numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 esto es *haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido*, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que ésta se configura cuando se decide o concede más allá de lo pedido (*ultra petita*), cuando el fallo recae o decide sobre puntos no sometidos al litigio (*extra petita*), cuando se decide con base en *causa petendi* diferente a la invocada por las partes o cuando el pacto compromisorio se refiere a controversias que no son transigibles por orden constitucional o legal.

El Ministerio público considera que el Tribunal de arbitramento resolvió la cuestión planteada por los convocantes, esto es, la interpretación y consecuente aplicación de las cláusulas 7 y 8 del contrato No. 074 de 2008, particularmente lo relacionado con la determinación del límite en la asunción de los riesgos que le correspondía a cada una de las partes.

Finalmente señala que el hecho de que el Tribunal de Arbitramento haya resuelto la controversia planteada sin acoger los argumentos planteados por las partes, no quiere decir que haya emitido un fallo *extra petita*.

No advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado se procede a resolver el recurso de anulación previas las siguientes

#### **IV. CONSIDERACIONES**

1. De manera especial solicita la recurrente que, según ella en aras de la seguridad jurídica, se resuelva este recurso de anulación mediante sentencia de unificación jurisprudencial toda vez que la trascendencia del tema que fue objeto de debate en el Tribunal de Arbitramento así lo amerita.

Los artículos 270 y 271 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señalan respectivamente cuáles se consideran sentencias de unificación jurisprudencial y las razones o motivos que ameritan una decisión de esa naturaleza.

Pero además la norma últimamente mencionada dispone que para asumir el trámite a solicitud de parte, la petición debe exponer las razones que determinan la importancia jurídica o la trascendencia económica o social que impongan la necesidad de unificar o sentar jurisprudencia.

**1.1.** Es suficientemente sabido que el recurso extraordinario de anulación no constituye una segunda instancia ya que él persigue fundamentalmente la protección de la garantía del debido proceso y por ende el laudo no puede ser atacado por errores en el juzgamiento sino por errores en el procedimiento.

El recurso de anulación que aquí se propone se fundamenta en las causales 6ª y 8ª del Decreto 1818 de 1998, esto es, habiéndose fallado en conciencia debiendo ser en derecho y haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido.

Ahora, la razón para solicitar la unificación jurisprudencial la hace consistir la parte recurrente en los siguientes términos:

*“Se trata de contar con la plataforma jurisprudencial que elimine la interpretación de la Ley y permita asegurar el flujo natural de los contratos, en el marco del respeto a los pactos legítimos de las partes y, por sobre todo, a los acuerdos iniciales, que válida y pacíficamente, celebraron las partes de conformidad con los principios que informan la contratación pública, principalmente los de la autonomía de la voluntad, de planeación y legitimidad, respecto de la **IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ESTIMACIÓN, CUANTIFICACIÓN Y ASIGNACIÓN** de los **RIESGOS** propios del contrato estatal.*

*En el Laudo Arbitral que se impugna, el Tribunal **DESCONOCE** los válidos y pacíficos convenios de las partes sobre la materia, y en un momento en el que ya había concluido la ejecución del contrato y las partes se disponían a su liquidación, **MODIFICA** su entendimiento (pacífica interpretación y ejecución) sobre la asignación de riesgos en el contrato...*

*Por esta razón (...) solicito al H. Consejo de Estado que al desatar este recurso **UNIFIQUE** la jurisprudencia sobre la materia, de modo que los operadores jurídicos cuenten con directrices claras que den certeza a sus actuaciones y protejan los derechos de los asociados, garanticen la aplicación de los principios que debe observar con rigor la ejecución del presupuesto público.”<sup>1</sup>*

Pues bien, nótese cómo los argumentos que se traen para sustentar la petición de unificación, en primer lugar, no indican de manera clara por qué aquellas cuestiones requieren de una unificación jurisprudencial ya que por ninguna parte se mencionan las supuestas decisiones de esta Corporación que sean contradictorias o disímiles que determinan la necesidad de una única posición de la jurisprudencia y, en segundo lugar y esta es la circunstancia más trascendente para la decisión que habrá de tomarse en relación con la solicitud de unificación, toda la argumentación de la recurrente se centra en las cuestiones de fondo del laudo cuando ha debido remitirse a argüir y a precisar por qué un pronunciamiento sobre las causales 6ª y 8ª del Decreto 1818 de 1998 requieren de una unificación jurisprudencial, ya que su petición debe partir de la manifestación y de la demostración de que existen decisiones contradictorias o disímiles sobre estas causales, pues no debe olvidarse que el análisis de estos motivos de anulación es el que constituye precisamente el *thema decidendum* de este recurso extraordinario de anulación y no las cuestiones de fondo que resolvieron los árbitros.

Puestas así las cosas resulta claro que no es procedente darle trámite a la solicitud de unificación jurisprudencial que ha propuesto la parte recurrente.

2. En recientes providencias<sup>2</sup> esta Subsección expuso las razones que a continuación se expresan y que nuevamente son pertinentes para resolver un asunto como el que ahora es materia de ésta decisión:

*“(...) Por averiguado se tiene que el recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales, tal como lo ha pregonado la Sección Tercera del Consejo de Estado en*

---

<sup>1</sup> Folios 482 y 483 del c. No. 1.

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 21 de febrero de 2011 (Expediente 38.621); Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 24 de marzo de 2011 (Expediente 38.484); Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 30 de marzo de 2011 (Expediente 39.496); y Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 1º de febrero de 2012 (Expediente 41.471).

*múltiples providencias que ya son multitud,<sup>3</sup> persigue fundamentalmente la protección de la garantía del debido proceso y por consiguiente es improcedente que por su intermedio se aborde nuevamente el estudio de la cuestión de fondo que ya fue resuelta por el Tribunal de Arbitramento.*

*Por esta razón es que se afirma que al juez del recurso no le es permitido revivir el debate probatorio que se surtió en el trámite arbitral ni entrar a cuestionar los razonamientos jurídicos o la valoración de las probanzas que en su momento hicieron los árbitros para soportar la decisión.*

*De otro lado, el recurso de anulación por ser extraordinario sólo puede cimentarse en las causales que la ley ha previsto de manera taxativa y en consecuencia el ataque al laudo que se apoye en causal distinta debe ser rechazado por improcedente.*

*Todo lo anterior se resume, en conclusión, en que el recurso de anulación no constituye una segunda instancia, razón por la cual el laudo no puede ser atacado por errores en el juzgamiento sino por errores en el procedimiento y con fundamento en las causales taxativamente señaladas en la ley.*

*(...) Según lo preceptuado por el artículo 22 de la Ley 1150 de 2007 las causales de anulación del laudo arbitral son las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 o las normas que lo modifiquen, deroguen o sustituyan.*

*El Decreto 1818 de 1998 compila las normas existentes sobre arbitramento, entre ellas las contenidas en el Decreto 2279 de 1989, razón por la que finalmente las causales de nulidad de los laudos arbitrales que se relacionen con los contratos estatales son las consagradas en el artículo 163 del Decreto primeramente citado.*

---

<sup>3</sup> Entre ellas las siguientes: Sentencia de mayo 15 de 1992 (Expediente 5326); Sentencia de noviembre 12 de 1993 (Expediente 7809); Sentencia de junio 16 de 1994 (Expediente 6751); Sentencia de octubre 24 de 1996 (Expediente 11632); Sentencia de mayo 18 de 2000 (Expediente 17797); Sentencia de agosto 23 de 2001 (Expediente 19090); Sentencia de junio 20 de 2002 (Expediente 19488); Sentencia de julio 4 de 2002 (Expediente 21217); Sentencia de julio 4 de 2002 (Expediente 22.012); Sentencia de agosto 1º de 2002 (Expediente 21041); Sentencia de noviembre 25 de 2004 (Expediente.25560); Sentencia de abril 28 de 2005 (Expediente 25811); Sentencia de junio 8 de 2006 (Expediente 32398); Sentencia de diciembre 4 de 2006 (Expediente 32871); Sentencia de marzo 26 de 2008 (Expediente 34071); Sentencia de mayo 21 de 2008 (Expediente 33643); y Sentencia de mayo 13 de 2009 (Expediente 34525).

*(...) La impugnación del laudo por la vía del recurso de anulación supone que se cimente en las causales previstas en la ley, como ya se dijo, pero además que se sustente, so pena de que se declare desierto.*

*De la carga de sustentación se desprende que el impugnante debe expresar las razones que le sirven de fundamento para acusar el laudo de incurrir en la causal o causales que invoca.*

*Por supuesto que las razones que indique el recurrente deben configurar la causal que aduce y por lo tanto la causal invocada será la que estructure la cadena argumentativa de la impugnación y no su nombre o denominación.*

*Conjugando todo lo que se acaba de expresar resulta que la sustentación del recurso no consiste en la sola indicación del texto legal que consagra una determinada causal, como tampoco en que, al amparo de la mención de alguna o de varias de las causales enlistadas en la ley, se aduzcan argumentaciones que en verdad no configuran ninguna de las previstas por el legislador.”*

*(...) El numeral 6º del artículo 163 del decreto 1818 de 1998 prevé como causal de anulación el “haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.”*

*Como puede verse, la causal se configura cuando se decide en conciencia debiendo ser en derecho y ésta circunstancia resulta evidente en el laudo, es decir que ese hecho aparece sin necesidad de recurrir a mayores argumentaciones para demostrarlo.*

*(...). En la providencia inicialmente citada<sup>4</sup> también se expresó que “...la causal [6ª] de anulación prevista en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 se configura cuando: **a)** El laudo es conciencia, esto es, cuando los árbitros se apoyan en su íntima convicción y por lo tanto no dan razones de su decisión o prescinden de toda consideración jurídica o probatoria; **b)** Debiendo ser el laudo en derecho, los árbitros inaplican la ley al caso concreto porque consideran que ella es inicua o que conduce a una iniquidad o también cuando buscan por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido.*

---

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 21 de febrero de 2011 (Expediente 38621).

*Se configura la causal en el primer caso porque si se sanciona con anulación el laudo en equidad cuando ha debido ser en derecho, lo que significa que en ciertos casos está permitido, con mayor razón debe ser fulminado con la sanción aquel que está proscrito en todos los casos por apoyarse en la íntima convicción del juzgador, no dar motivación alguna y prescindir de toda consideración jurídica o probatoria.*

*Se estructura la causal en el segundo caso porque todo juzgador debe someterse al imperio de la ley y sólo podrá acudir a la equidad si la misma ley o las partes lo facultan para ello, de donde se concluye que si no está autorizado y falla buscando por fuera del ámbito legal la solución o inaplicando la ley por considerarla inicua o que conduce a una iniquidad, su decisión es ilegal.”*

**3.** Sobre la causal 8ª del Decreto 1818 de 1998 ésta Subsección ha expresado reiteradamente lo siguiente:

*(...). El numeral 8º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 prevé como causal de anulación el “haberse (sic) recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido.”*

*Esta Subsección sobre ésta causal ha dicho que ella “busca hacer efectivo el principio de congruencia de las sentencias judiciales que, sin referirse la Sala a la incongruencia por la disonancia con las excepciones del demandado, es desarrollado, entre otros, en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil.*

*Según éste precepto los fallos judiciales deben estar en consonancia con las pretensiones y los hechos de la demanda y por consiguiente “no podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta.”*

*Este vicio in procedendo presenta dos modalidades que son conocidos tanto en la doctrina como en la jurisprudencia como fallos ultra petita, cuando se condena al demandado por más de lo pedido, o fallos extra petita, cuando se condena al demandado por objeto distinto al pretendido o por causa diferente a la invocada en la demanda.*

*De lo anterior se deduce que, por regla general, la existencia de éste vicio debe establecerse a partir del cotejo entre las pretensiones de la demanda o su causa petendi, o lo uno y lo otro, con lo contenido en la parte resolutive de la sentencia, por lo que se descarta que, también por regla general, la inconsonancia como vicio in procedendo se configure cuando haya discrepancia entre aquellas y las motivaciones de la decisión.*

*No otra cosa significa la perentoria expresión del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil al señalar que “no podrá condenarse al demandado...”*

*Pero aún más el vicio sobre el que aquí se discurre se presenta cuando la sentencia es condenatoria, y no cuando es absolutoria, pues no podría entenderse cómo una sentencia que niega las pretensiones de la demanda pueda incurrir en tal yerro por estar **condenando al demandado**, se resalta, “por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda...” o “por causa diferente a la invocada en ésta.”<sup>5</sup>*

*Ahora, como en materia arbitral la competencia de los árbitros queda circunscrita a los precisos puntos que las partes quisieron someter a su decisión, resulta claro que cualquier pronunciamiento ajeno a éste thema decidendum se hará sin competencia alguna y se abriría paso la causal de nulidad comentada.*

*Sin embargo puede distinguirse un evento más que puede quedar comprendido en la causal que aquí se menciona y que es precisamente el que aducen las recurrentes.*

*Este evento no es otro que el haber resuelto el laudo una cuestión litigiosa a pesar de haber operado el fenómeno de la caducidad de la acción.*

*En efecto, si la acción ha caducado ya no hay posibilidad, por mandato legal, de ventilar judicialmente la cuestión litigiosa y por ende el juez que asuma el conocimiento de un asunto en estas circunstancias lo estará haciendo sin competencia para ello y por ende finalmente resolverá “puntos no sujetos a la decisión” de ese juzgador, lo que indudablemente configuraría la aludida causal.”<sup>6</sup>*

---

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de mayo 9 de 2011, Expediente No. 40.193.

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 1º de febrero de 2012 (Expediente 41.471).

Este principio de congruencia de las sentencias lo trae ahora el Código General del Proceso al expresar:

*“La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.*

*No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta...”<sup>7</sup>*

Por consiguiente es mandato, tanto en el anterior Código de Procedimiento Civil como en el ahora vigente Código General del Proceso, que la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y con las pretensiones de la demanda y por ende el demandado no puede ser condenado por objeto distinto al pretendido ni por causa diferente a la invocada en la demanda.

Y esto es precisamente lo que se persigue garantizar y hacer efectivo con la causal 8ª de anulación al disponer (sic) (sic) que el laudo es nulo cuando recae sobre asuntos no sometidos a la decisión de los árbitros o cuando se concede más de lo pedido.

Pero por supuesto que la causal también se configurará cuando, no obstante haberse pretendido en la demanda, el asunto materia de la decisión no estaba comprendido en la cláusula compromisoria o en el compromiso.

**4.** En esta cuestión litigiosa, como ya se dijo, la parte recurrente invoca como causales de anulación las previstas en el numeral 6º y en el numeral 8º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, es decir, el *“haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”* y *“haberse (sic) recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido.”*

Fundamenta la primera causal esgrimida, esto es la del numeral 6º, en que el Tribunal desestimó las pretensiones subsidiarias de la demanda desechando la masa probatoria, circunstancia esta que deduce del hecho de que, a su juicio,

---

<sup>7</sup> Artículo 281.

esas mismas pruebas no sirven de fundamento para apoyar la opinión que expresó el juzgador.

Así lo dijo:

[El Tribunal] *“no sólo dejó de lado... el derecho, por cuanto deroga la ley misma, sino la expresa intención de las partes en la adopción de la matriz de riesgos... además, excediendo la orbita de su competencia, al despachar las pretensiones subsidiarias de la demanda, desechó el acervo probatorio del proceso, por la potísima razón que las pruebas practicadas en el trámite, no servían de fundamento a su criterio...”*<sup>8</sup>

Sustenta la segunda causal, esto es la del numeral 8º, en que el Tribunal desconociendo las pruebas y desestimando los pactos de las partes, decidió según su propio criterio, el que es totalmente ajeno a lo pretendido por las partes, y por esto decide pretensiones inexistentes en el proceso.

Así lo expresó:

[El Tribunal] *“ adoptó las decisiones por fuera y con desconocimiento total de las pruebas del proceso, desestimando los evidentes y expresos pactos de las partes, utilizando como fundamento del fallo, su propio y subjetivo criterio, totalmente ajeno a las pretensiones de las partes; y excedió su competencia al fallar pretensiones inexistentes en el trámite.”*<sup>9</sup>

Antes de empezar a hilar la cadena argumentativa, si es que se puede decir que esto se hizo, la parte recurrente advierte que *“esta solicitud de anulación refiere exclusivamente a la “ratio decidendi” y las decisiones adoptadas por el Tribunal en relación con las PRETENSIONES SUBSIDIARIAS DE LA DEMANDA...”*<sup>10</sup> y resume su inconformidad en que el Tribunal negó las pretensiones subsidiarias de la demanda con sus propias razones, sin tener en cuenta lo pretendido en la demanda, lo excepcionado por el demandado, lo alegado por las partes y el Ministerio Público e ignorando las pruebas practicadas en el proceso.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> Folio 489 del c. No. 1

<sup>9</sup> Folio 491 del c. No. 1.

<sup>10</sup> Ibidem.

<sup>11</sup> Ibidem.

De lo anteriormente dicho y citado se desprende que la parte impugnante en verdad se duele es de la valoración probatoria que hizo el Tribunal para desestimar las pretensiones subsidiarias de la demanda, pues no es cierto lo que afirma la recurrente cuando expresa que la decisión se tomó con prescindencia de las pruebas practicadas en el proceso.

En efecto, en el punto 2 del laudo se acomete el estudio de las pretensiones subsidiarias<sup>12</sup> y luego de precisarlas empieza por analizar el régimen jurídico de la distribución de riesgos y para ello no sólo trae a cuento la normatividad aplicable<sup>13</sup> sino también lo que sobre el punto expresó el pliego de condiciones y el contrato.<sup>14</sup>

Además, y como si fuera poco, analiza las objeciones formuladas contra las experticias practicadas,<sup>15</sup> valora la matriz de riesgos,<sup>16</sup> el documento CONPES 3714 del 1º de diciembre de 2001,<sup>17</sup> el testimonio de Edwin Díaz Pinzón,<sup>18</sup> la comunicación del interventor de fecha 23 de febrero de 2011,<sup>19</sup> la comunicación de la Directora Técnica de Mantenimiento del IDU de fecha mayo 30 de 2011<sup>20</sup> y la conducta asumida por las partes durante el *iter contractual*.<sup>21</sup>

Y si a todo esto se le suma que el Tribunal trajo en su auxilio jurisprudencia<sup>22</sup> y doctrina<sup>23</sup>, no aparece demostrado por parte alguna que el Tribunal para negar las pretensiones subsidiarias haya prescindido totalmente de consideraciones jurídicas o probatorias, o que haya inaplicado la ley por considerarla inicua o inequitativa, o que haya buscado la solución del caso por fuera de la ley.

Por el contrario, lo que enseña el expediente es que el Tribunal, amén de valorar las pruebas recaudadas, trajo como sustento de su decisión normas jurídicas, jurisprudencia y doctrina, todo lo cual hace incuestionable que la decisión fue en derecho y no en conciencia o en equidad como lo quiere hacer ver la parte recurrente.

---

<sup>12</sup> Folio 371 del c. No. 1

<sup>13</sup> Folio 374 del c. No. 1

<sup>14</sup> Folios 372, 374, 376, 377 y 378 del c. No. 1.

<sup>15</sup> Folios 352 a 356 del c. No. 1.

<sup>16</sup> Folios 379 y 380.

<sup>17</sup> Folio 382 del c. No. 1.

<sup>18</sup> Folios 386 a 389 del c. No. 1

<sup>19</sup> Folios 390 y 391 del c. No. 1.

<sup>20</sup> Folios 396 a 398 del c. No. 1.

<sup>21</sup> Folios 376, 402 y 403 del c. No. 1.

<sup>22</sup> Folios 375, 381, 383 y 394 del c. No. 1.

<sup>23</sup> Folios 399 a 402 del c. No. 1.

Esta es razón suficiente para que no prospere el cargo apuntado en la causal 6ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

Ahora, en lo que atañe a la causal 8ª del artículo 163 (sic) (sic) Decreto 1818 de 1998, es claro que la recurrente vuelve a plantear su inconformidad argumentando que el Tribunal resolvió las pretensiones subsidiarias utilizando su "*propio y subjetivo criterio*," desconociendo las pruebas del proceso y sin tener en cuenta los pactos de las partes.

Esta argumentación es similar a la que se utilizó para sustentar la causal 6ª, pero lo que definitivamente la condena al fracaso es que semejantes argumentos en manera alguna configuran los supuestos normativos de la causal 8ª, que como ya se ha dicho reiteradamente, se estructura cuando se condena al demandado por objeto distinto al pretendido (ultra o extra petita) o por causa diferente a la invocada en la demanda y también cuando los árbitros carecen de competencia para resolver sobre la cuestión sometida a su decisión, bien por haber caducado la acción o bien por no estar comprendida dentro del pacto arbitral.

En efecto, ya se ha dicho que el recurrente debe sustentar el recurso de anulación, sustentación que supone que se expresen las razones que configuren la causal que se aduce y por lo tanto es inadmisibles que al amparo de la descripción que trae la ley de un motivo de anulación se aduzcan argumentaciones que en verdad no configuran la prevista por el legislador.

Y es que lo que ocurre en este caso es que ninguno de los argumentos expuestos alrededor de la causal 8ª se arrima a una decisión ultra o extra petita o sin competencia de los árbitros por caducidad de la acción o por no estar comprendida en el pacto arbitral, lo que en verdad acontece es que la parte recurrente pretende que se aborde nuevamente el estudio de fondo de la cuestión litigiosa olvidando que el recurso de anulación no constituye una segunda instancia pues lo que persigue fundamentalmente es proteger el debido proceso.

Por esta razón es que se afirma que al juez del recurso no le es permitido revivir el debate probatorio que se surtió en el trámite arbitral ni entrar a cuestionar los razonamientos jurídicos o la valoración de las probanzas que en su momento hicieron los árbitros para soportar la decisión.

Pero además, el laudo cuestionado negó la totalidad de las pretensiones, es decir las principales y las subsidiarias, y estas por supuesto constituían el asunto materia de la decisión, y como resultaron imprósperas es imposible que se presente una condena por más de lo pedido o por objeto o por causa diferente al expresado en la demanda, así que sostener que en una sentencia absolutoria se puede presentar una condena ultra o extra petita, implica una protuberante falta de sindéresis.

Todas estas razones son más que suficientes para que este cargo tampoco prospere.

**5.** El inciso tercero del artículo 165 del Decreto 1818 de 1989 dispone que si ninguna de las causales prospera, se declarará infundado el recurso y se condenará en costas al recurrente.

Por su parte el inciso primero del citado artículo prevé que en la misma sentencia se liquidarán las costas y condenas a cargo de las partes.

En este asunto no aparecen acreditados expensas o gastos que se hubieren efectuado con ocasión del recurso de anulación, razón por la cual sólo habrá lugar al pago de las agencias en derecho que en este caso se estiman en la suma de DOCE MILLONES DE PESOS (\$12.000.000) a cargo de la parte recurrente.

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

## **RESUELVE**

**PRIMERO: NO DARLE TRÁMITE** a la solicitud de unificación jurisprudencial que ha propuesto la parte recurrente.

**SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADO** el recurso de anulación que propuso la convocante contra el laudo arbitral proferido el 26 de febrero de 2013.

**TERCERO: CONDENAR** en costas a la recurrente y por consiguiente al pago de **DOCE MILLONES DE PESOS (\$12.000.000)** que es el valor en que se estiman las agencias en derecho.

**CUARTO: ORDENAR** devolver el expediente al Tribunal de Arbitramento por conducto de su Secretaría.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**OLGA VALLE DE DE LA HOZ**  
Magistrada

**ENRIQUE GIL BOTERO**  
Magistrado  
Aclaró voto

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**  
Presidente