

RECURSO DE ANULACION DE 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. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre fallo en derecho, consultar sentencia de 6 de 2005.exp. 28990. En relación con el fallo en conciencia, ver sentencias de: 28 de noviembre de 2002, exp. 22191; 8 de agosto de 2012, exp. 43089 y de 12 de febrero de 2014, exp. 46779

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

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

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 resolver 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. (...) 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. **NOTA DE RELATORIA.** Sobre características del fallo en derecho consultar sentencias de: 6 de julio de 2005, exp. 28990; 3 de agosto de 2006, exp. 31354; 31 de enero de 2011, exp. 37788; 18 de enero de 2012, exp. 40082; 8 de agosto de 2012, exp. 43089 y de 12 de febrero de 2014, exp. 46779

FUENTE FORMAL: DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 115

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.

REQUISITO PARA QUE SE CONFIGURE EL FALLO EN CONCIENCIA - Que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo. Regulación normativa

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. (...) 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 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 inciden 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. (...) 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. **NOTA DE RELATORIA:** Consultar sentencias de: 28 de noviembre de 2002, exp. 22526; 3 de abril de 1992, exp. 6695; 24 de marzo de 2011, exp. 38484; 30 de abril de 2012, exp. 42126 y de 12 de febrero de 2014, exp. 46779

FUENTE FORMAL: DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163.6

LAUDO EN CONCIENCIA O EQUIDAD - Criterios jurisprudenciales y legales que lo materializan

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. (...) para que un laudo se considere proferido en conciencia debe omitir la referencia al régimen jurídico aplicable a la controversia. (...) 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. (...) 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. (...) el fallo en equidad, en pura equidad, trasciende la actividad instrumental que ésta 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. (...) c). Tercer criterio definitorio de fallo en conciencia: 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. (...) d) Cuarto criterio definitorio de fallo en conciencia: La aplicación del contrato hace parte de la noción de fallo en derecho. (...) 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. (...) 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. (...) 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 (...) f) Sexto criterio definitorio de fallo en conciencia: No lo constituye la incursión en una vía de hecho. (...) 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. (...) g) Séptimo criterio definitorio de fallo en conciencia: La decisión equivocada tampoco configura un fallo en conciencia. (...) 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 sentencias de: 28 de noviembre de 2002, exp. 22191; 16 de 2008, exp. 34543; junio 10 de 2009, exp. 35288; 8 de julio de 2009, exp. 35869; 3 de febrero de 2010, exp.36364; 30 de abril de 2012, exp. 421261; e 23 de agosto de 2010, exp. 38051; 17 de noviembre de 2011, exp. 41029; 8 de agosto de 2012, exp. 43089 y de 12 de febrero de 2014, exp. 46779

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 230

RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Unión Temporal Puentes y Metrolínea S.A. / RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Causal sexta de anulación. No prospera

La Sala no advierte que se haya fallado en conciencia, y menos de manera evidente -como lo exige la norma-, porque el régimen jurídico sustantivo del contrato de obra suscrito entre las partes de este proceso sí es la Ley 80 de 1993, y no el régimen especial del Banco Mundial (...) los procesos de selección de contratistas que iniciaron antes del 16 de enero de 2008 continuaron gobernados, en su ejecución y trámite, por las normas de la Ley 80 de 1993 –sin considerar las modificaciones de la Ley 1150-. Ahora, teniendo en cuenta que el proceso de selección del contratista que condujo al contrato No. 002 de 2008 se inició en el año 2007, entonces la norma que aplica es el art. 13 original de la Ley 80. (...) el negocio jurídico era de aquellos a que refería el inciso 4 de artículo 13 de la Ley

80 original, es decir, Metrolínea tenía la facultad discrecional de escoger el régimen jurídico aplicable a la etapa precontractual, y a algunas cláusulas del contrato -ejecución, cumplimiento, pago y ajustes-, sin considerar el porcentaje de financiación que haya asumido el organismo internacional, pues el art. 13 no distinguía este aspecto, como sí pasó a ser importante en la Ley 1150 de 2007. De hecho, la situación descrita se advirtió en el proceso de selección que condujo al contrato No. 002 de 2008 (...) el cargo de anulación no prosperará, comoquiera que no se falló en conciencia sino en derecho, el que era aplicable a la controversia y estaba vigente, es decir, las normas con las cuales el tribunal analizó y resolvió el conflicto –derechos y obligaciones- sí era la pertinente, pues –se insiste-: i) el inciso 4 del artículo 13 de la Ley 80 permitía la dualidad de regímenes jurídicos contractuales, uno para el pliego y otro para el negocio; y ii) porque el pliego de condiciones fue claro en disponer que la Ley 80 de 1993 regiría el contrato No. 002 de 2008. (...) La segunda razón que se esgrime para justificar que se expidió un laudo en conciencia tampoco se acogerá, porque esta causal prospera cuando el Tribunal se apoya en su criterio personal para definir el conflicto, y se abstrae de los elementos de juicio del proceso; lo que no sucedió con la condena por concepto de “gastos administrativos” en que incurrió el contratista por la mayor permanencia en la obra.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 13.4 / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163.8 / ley 1150 de 2007

RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Decreto 1818 de 1998. Artículo 163. Numeral 8 / CAUSAL OCTAVA DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido / RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Causal octava. Límite a la actividad judicial

Esta causal protege la simetría que debe existir entre lo que las partes solicitan al juez y lo que éste decide, de manera que preserva el principio de la congruencia, previsto en el art. 305 del C. de P. Civil, constituyendo un límite a la actividad judicial. La causal se concreta en tres supuestos: i) cuando el Tribunal se pronuncie sobre aspectos que, según la Constitución y la ley, son ajenos a su conocimiento; ii) cuando las decisiones adoptadas en el laudo desborden la competencia delimitada por las partes, en el compromiso o cláusula arbitral y iii) cuando la decisión arbitral no es congruente con lo solicitado en la demanda o en la contestación, actuaciones que delimitan la relación jurídico-procesal, pues, de no ser así, el fallo sería extra o ultra petita. (...) la causal establece dos supuestos: primero, un pronunciamiento de los árbitros sobre aspectos que no son de su competencia, situación que, a su vez, se estructura en dos supuestos: a) cuando el laudo se pronuncia sobre cuestiones intransigibles, según la Constitución y la ley, y b) cuando los árbitros desbordan la competencia otorgada por las partes -en el compromiso o cláusula arbitral-, así se trate de asuntos transigibles. Según el segundo supuesto, los árbitros no pueden conceder más de lo pedido. Para definirlo el Consejo de Estado realiza un examen de la demanda y de la contestación, ya que son las pretensiones y los términos de la oposición los que definen el objeto del litigio y, por tanto, a ello se debe sujetar el Tribunal de Arbitramento, pues de extralimitarse proferirían una decisión extra o ultra petita, por tanto ajena a la voluntad de las partes, quienes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, excluyen sus controversias del conocimiento de la justicia ordinaria, para ponerlas a consideración de particulares, investidos transitoriamente de la potestad de administrar justicia. (...) sólo cuando el laudo no está en consonancia con los hechos, las pretensiones o las excepciones formuladas en la contestación

de la demanda, se configura la causal, y debe anularse. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre fallo ultrapetita, consultar sentencia de abril 4 de 2002, exp. 20356. En relación con los aspectos que estructuran la causal octava de anulación de laudo arbitral, ver sentencia de agosto 10 de 2001, exp. 15286 y sentencia de junio 8 de 2006, exp. 32398. Relativo a la congruencia de la sentencia, consultar sentencia de 21 de marzo de 2007, exp. 32841.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163.8 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 305

RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Causal octava de anulación. No prospera porque el tribunal se pronunció sobre asuntos de su competencia

La Sala advierte que el Tribunal de arbitramento no falló extra petita, cuando inaplicó las cláusulas relativas a la renuncia a reclamaciones por mayor permanencia en la obra (...) el pronunciamiento judicial sobre este tema de ninguna manera se puede calificar de extra petita, puesto que fue la misma Metrolínea quien propuso el tema en el proceso, cuando pidió que se declare que las cláusulas citadas impedían al contratista demandar ante la jurisdicción. Por esto fue que el tribunal de arbitramento se pronunció, pero en sentido diferente al que interesaba al ahora impugnante, así que decidió lo que estaba sujeto a sus definiciones. (...) el tribunal se pronunció sobre materias sujetas a su decisión, pues a pesar de que la controversia generada por la cláusula de renuncia a reclamaciones no fue objeto de las pretensiones de la demanda –lo que era apenas lógico-, sí fue parte de los medios exceptivos de la convocada –lo que también era lógico-, es decir, quien le confirió a los árbitros la facultad de referirse al tema fue, precisamente, quien ahora actúa como recurrente, pidiendo que se anule el laudo. Desde este punto de vista resulta incomprensible la posición del recurrente.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Bogotá, D.C., doce (12) de febrero de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00111-00(48117)

Actor: UNION TEMPORAL PUENTES

Demandante: METROLINEA S.A.

Referencia: RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL

Decide la Sala el recurso de anulación interpuesto por la parte convocada contra el laudo arbitral proferido el 12 de junio de 2013, por el Tribunal de Arbitramento constituido para resolver las diferencias surgidas entre las sociedades Ventanal Arquetipo S.A.; Industrias AVM S.A. y HB Estructuras Metálicas S.A. integrantes de la Unión Temporal Puentes 1 –en adelante la convocante, la demandante, la U.T., o la parte actora- y Metrolínea S.A. –en adelante Metrolínea, el convocado, el demandado o la entidad- (fls. 308 a 344, cdno. ppal.) que concedió las pretensiones, en los siguientes términos:

“PARTE RESOLUTIVA:

“Con sustento en las consideraciones que anteceden, el TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO constituido para DIRIMIR EN DERECHO las controversias surgidas entre las sociedades INDUSTRIAS AVM S.A., VENTANAL ARKETIPO S.A. y HB ESTRUCTURAS METALICAS S.A., que en la relación contractual operaron bajo la modalidad de Unión Temporal, de una parte, y METROLINEA S.A. de otra parte, derivadas del contrato de obra pública No. 002 del 3 de marzo de 2008 y específicamente sus contratos modificatorios 01 del 5 de junio de 2009, 02 del 19 de noviembre de 2009, 03 del 31 de mayo de 2010 y 04 del 15 de septiembre de 2010, en DECISIÓN UNÁNIME, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

“RESUELVE:

“**Primero:** Desestimar las objeciones por supuestos errores graves formuladas por la parte convocada con referencia a la experticia presentada por el perito contador.

“**Segundo:** Declarar no probada la excepción propuesta por la parte convocada que denominó: **‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION DEMANDADA POR EXPRESA RENUNCIA QUE A RECLAMACION ALGUNA EFECTUARAN LOS HOY ACTORES’.**

“**Tercero:** Declarar parcialmente probada y solo en cuanto respecta a la UNION TEMPORAL PUENTES I la excepción que la parte demandada señaló de **‘INEPTA DEMANDA POR INEXISTENCIA DE PERSONALIDAD JURÍDICA DEL ACTOR’.**

“**Cuarto:** Declarar que la sociedad **METROLÍNEA S.A.** por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales dio lugar a la suscripción de los contratos modificatorios del contrato No. 002 del 3 de marzo de 2008 marcados con los números 01 del 5 de junio de 2009, 02 del 19 de noviembre de 2009, 03 del 31 de mayo de 2010 y 04 del 15 de septiembre de 2010.

“**Quinto:** Condenar, como consecuencia de la declaración que antecede, a METROLÍNEA S.A. por la suma de \$ 1.363.939.191,99, suma debidamente indexada y a favor de las convocantes en las proporciones ya determinadas en la parte motiva; pago que se

deberá hacer dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria del presente laudo.

“Sexto: No condenar en agencias en derecho a ninguna de las partes.

“Séptimo: CONDENAR EN COSTAS a METROLINEA S.A. por la suma de \$113.781.307, de acuerdo con la parte motiva.

“Octavo: La condena impuesta en el numeral quinto será cumplida en los términos del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo y, de conformidad con éste causará intereses a partir de la ejecutoria del laudo.

“Noveno: Ordenar la expedición por Secretaría de copia auténtica e íntegra de esta providencia con destino a cada una de las partes. La copia que se entregue a la parte convocante deberá llevar la constancia de ser la primera y prestar mérito ejecutivo. (art. 115 ord. 2 del C.P.C.).

“Décimo. Ordenar la entrega por Secretaría de copia de esta providencia a la Procuraduría General de la Nación para lo de su cargo.

“Undécimo: Ordenar el pago de saldo de honorarios a Arbitros (sic) y Secretaría.

“Duodécimo: Ordenar la protocolización del expediente en una Notaría de la ciudad de Bucaramanga. –fls. 344 y 345, cdno. ppal.-.

ANTECEDENTES

1. El laudo impugnado

Las sociedades Ventanal Arquetipo S.A.; Industrias AVM S.A. y HB Estructuras Metálicas S.A., integrantes de la Unión Temporal Puentes 1, en ejercicio de la acción de controversias contractuales, presentaron demanda arbitral, el 8 de febrero de 2012, contra Metrolínea S.A., con el fin de que se accediera a las siguientes pretensiones –fl. 22 y s.s., cdno. ppal.-:

“I. PRETENSIONES

“Antes de formular nuestras pretensiones queremos hacer ver al Honorable Tribunal que en el transcurso de este documento pueden apreciar que en ningún momento el ánimo es la obtención de un lucro al cual consideramos que tenemos derecho, sino que nuestras pretensiones están encaminadas exclusivamente a la RECUPERACION DE LOS DINEROS EFECTIVAMENTE GASTADOS por los conceptos que aquí se precisan. Es decir, que nos sea reintegrado el valor desembolsado por la Unión Temporal convocante, como consecuencia del incumplimiento en las

obligaciones, lo cual generó erogaciones que no están en la obligación de soportar. No estamos solicitando el reconocimiento y pago de los dineros que ha debido recibir por concepto de ADMINISTRACION (A), como componente del AIU, durante todos los meses adicionales al plazo inicialmente fijado y que en el capítulo correspondiente nos permitimos liquidar. Simplemente estamos solicitando la cancelación de aquellos dineros que se encuentran en nuestra contabilidad y que fueron efectivamente cancelados.

- “1. Que conforme con lo previsto en el Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de esta Cámara de Comercio, se proceda a integrar un Tribunal de Arbitramento compuesto por tres árbitros, quienes deberán decidir en derecho las diferencias surgidas entre METROLINEA S.A y UNION TEMPORAL PUENTES I, con ocasión del contrato de obra pública No. 002 de fecha 3 de marzo de 2008, cuyo objeto es la construcción de puentes peatonales y estaciones de parada de los tramos de Lagos II a Piedecuesta y de Bucaramanga a Girón, del sistema integrado de transporte masivo para el área metropolitana de Bucaramanga.
- “2. Que se acepte y declare que la sociedad METROLINEA S.A. representada por su gerente o quien haga sus veces, al momento de la notificación de la presente solicitud, incumplió el contrato de obra señalado en el numeral anterior, lo cual generó sobrecostos, daños y perjuicios a la Unión Temporal y a las sociedades que lo integraron, SUBSIDIARIAMENTE a esta pretensión, que se declare la presentación de circunstancias imprevistas no imputables al contratista, pero que en todo caso generaron los sobrecostos, daños y perjuicios aludidos.
- “3. Como consecuencia de lo anterior, se condene a la sociedad METROLINEA S.A. a reconocer y pagar a favor de mi mandante, el valor de los sobrecostos y perjuicios en razón al incumplimiento de la Entidad Contratante y/o de conformidad con la pretensión subsidiaria, por la ocurrencia de hechos o circunstancias imprevistas que generaron dichos sobrecostos o perjuicios.
- “4. Los valores solicitados como condena, deben ser cancelados debidamente actualizados y con sus correspondientes rendimientos e intereses moratorios a la tasa que el Tribunal determine como aplicable, sobre el monto de los sobrecostos y perjuicios ya actualizados, desde la fecha de causación, hasta la fecha de ejecutoria de laudo arbitral.
- “5. Que la entidad demandada sea condenada a cancelar las costas y agencias en derecho-
- “6. Que se ordene dar cumplimiento al laudo arbitral que ponga fin a este proceso, de conformidad con el artículo 77 del C.C.A. y se condene al pago de intereses moratorios comerciales, sobre el monto de la condena desde la fecha de ejecutoria del laudo, hasta el pago efectivo. –fls 1 a 3, cdno. 27-.

Como fundamento de la demanda, la convocante adujo que el 3 de marzo de 2008, celebró con Metrolínea el contrato de obra pública No. 002, cuyo objeto consistió en la “CONSTRUCCIÓN DE PUENTES PEATONALES Y ESTACIONES DE PARADA DE LOS TRAMOS DE LAGOS II A PIEDECUESTA Y DE BUCARAMANGA A GIRÓN, DEL SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO PARA EL ÁREA METROPOLITANA DE BUCARAMANGA” –fl. 5, cdno. 27-. El plazo se pactó en 12 meses, pero se prorrogó en tiempo en seis oportunidades, por razones no imputables al contratista.

Asimismo, señaló que a pesar de sus requerimientos, la entidad contratante no entregó los predios para tomar posesión oportuna de las zonas de obra, tal como se estipuló en el negocio. En otros términos, exteriorizó su inconformidad por la adjudicación parcial de predios –algunos incluso con escombros- y por la ubicación de postes y líneas eléctricas que igualmente dificultaron la ejecución de las obras contratadas. También señaló que la prórroga temporal del acuerdo se configuró por la falta de planeación y por el incumplimiento de Metrolínea en los plazos fijados.

En este orden, el plazo venció el 5 de abril de 2011 y el acta de terminación se suscribió el día 8 del mismo mes. Igualmente, el contrato no se liquidó, porque a pesar de que requirió la cuantificación de los valores por mayor permanencia en la obra, respecto a las adiciones 5 y 6 del negocio, la entidad le aseguró que la interventoría debía autorizarlas y, coetáneamente, señaló que tal función era de Metrolínea.

Por su parte, al *contestar la demanda* la convocada aceptó unos hechos, negó otros, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y formuló las siguientes excepciones de mérito: i) “inepta demanda por inexistencia de personalidad jurídica del actor”; ii) “inexistencia de la obligación demandada por expresa renuncia que a reclamación alguna efectuaran los hoy actores”; y iii) “incumplimiento de las obligaciones que correspondían a las personas jurídicas que conformaron la unión temporal puentes 1” –fl. 317, cdno. ppal.-.

En los términos indicados, el *tribunal de arbitramento*, en *primer lugar*, se refirió a los antecedentes del contrato, incluyendo, entre otros aspectos, la etapa precontractual y algunas razones por las que, finalmente, el negocio se prorrogó en seis 6) oportunidades. Asimismo, consideró que las normas aplicables eran: la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, porque al margen del régimen jurídico que

gobierna los contratos de Metrolínea, es una entidad estatal, naturaleza de la que también goza el negocio jurídico suscrito. En este orden, aclaró que aun cuando el proceso de adjudicación se adelantó de conformidad con las directrices del Banco Mundial, el acuerdo no se rigió por las disposiciones de tal organismo.

Por otra parte, declaró parcialmente probada la primera excepción formulada por la convocada –falta de legitimación en la causa-, porque a pesar de que el representante de la unión temporal fue quien otorgó poder para acudir al proceso arbitral, en todo caso; cada una de las sociedades que la integran, confirieron nuevamente poder, por lo que en forma independiente gozan de capacidad procesal.

También desestimó la segunda excepción –“inexistencia de la obligación demandada, por expresa renuncia que a reclamación alguna efectuaran los hoy actores”- y que se fundamentó en el texto de los contratos modificatorios No. 01, 02, 03 y 04, comoquiera que tal estipulación contravino los artículos: 4.8; 5.1; 27 y 28 de la Ley 80 de 1993. En este orden, la cláusula desconoció mandatos imperativos que imponen deberes a las entidades estatales, y correlativamente le asignan derechos al contratista, así mismo se abstrajo de otros valores del estatuto general de contratación, como la equidad y la justicia conmutativa, que le asisten a los negocios jurídicos sinalagmáticos.

En efecto, aseguró que tal acuerdo pretendía favorecer a una de las partes, sin justificación constitucional ni legal, situación reprochable, porque las partes de un contrato estatal únicamente pueden disponer y renunciar a sus derechos cuando conocen su grado de afectación, evento que se materializa con la suscripción sin salvedades del acta de liquidación bilateral.

Concluyó que esa estipulación contravino el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, que prevé que en los contratos que celebran las entidades estatales pueden incluirse las cláusulas que las partes consideren convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución y a la ley, al orden público y a los principios y finalidades del mismo estatuto. En consecuencia, al acuerdo en que se sustentó la excepción no le dio efectos.

Respecto a la tercera excepción, el tribunal afirmó que no se acreditó que dentro del término de ejecución de los contratos adicionales se presentaran multas

económicas; razón que lo limitó para decidir sobre el incumplimiento del contratista. Finalmente, los árbitros desestimaron las objeciones por error grave contra el dictamen pericial.

A continuación se pronunció sobre la mayor permanencia en la obra y sus efectos en derecho. Se refirió, en *primer término*, a la naturaleza del negocio –que calificó de estatal- y definió las características del contrato de obra pública; acto seguido aseguró que hubo mayor permanencia en la obra por parte del contratista, y por causas imputables a la administración, como se acreditó con el mismo texto de los contratos adicionales; no obstante, advirtió que no reconocería intereses moratorios porque la declaratoria del derecho se configura en la decisión.

Finalmente, condenó en costas a Metrolínea, con fundamento en el artículo 171 del C.C.A., y negó la petición de condena en agencias en derecho.

2. El recurso de anulación

Lo interpuso Metrolínea, que es la parte convocada. Cuestionó el laudo invocando las causales de anulación que contemplan los numerales 6 y 8 del artículo 163 de Decreto 1818 de 1998¹; argumentos a los que se opusieron las convocantes, y frente a los cuales el Ministerio Público emitió concepto desfavorable. A continuación se resumen las posiciones frente a cada causal, en este mismo orden, para facilitar su comprensión.

2.1. Causal No. 6 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998: “*Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo*”.

2.1.1. Posición de la recurrente

El cargo lo sustentó en cuatro cuestionamientos:

¹ Esas causales establecen: “Art. 163. Son causales de anulación del laudo las siguientes: (...)”

“6. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.”
(...)

“8. Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido”

a) Régimen jurídico aplicable al contrato

Aseguró que la causal se configuró porque el tribunal incurrió en una contradicción, al señalar que las normas que regularon el proceso de selección del contratista fueron las establecidas por el Banco Mundial, al tiempo que decidió que el negocio se rigió por el estatuto colombiano de la contratación pública. En este orden, no podía existir dicotomía entre estos, máxime si se considera que en todo acuerdo estatal el pliego de condiciones es inescindible del contrato.

Asimismo, manifestó que se incurrió en fallo en conciencia porque el pliego de condiciones estableció, con apoyo en el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007, que las normas sustantivas contractuales aplicables eran las del Banco Mundial, porque el contrato de obra No. 002 se financió con un préstamo BIRF –crédito No. No. 7231-.

b) Inexistencia de costos administrativos

Afirmó que las convocantes no pidieron el pago de “costos indirectos administrativos”, así que el tribunal no debió condenar por este concepto; además, ni siquiera se demostraron esos perjuicios con la “prueba reina” que los acredita: el dictamen pericial, que por cierto tampoco solicitaron las partes “sino que el Tribunal en su afán de ayudar al actor, lo decretó, no como prueba de oficio, sino bajo el errado entendimiento que eso había sido lo pedido.” –fl. 371, cdno. ppal.-.

A pesar de lo expuesto, el tribunal se “inventó” una fórmula teórica para condenar a pagar esta suma de dinero, a la que las convocantes no tenían derecho; en este orden, para condenar a Metrolínea por los perjuicios ocasionados por la mayor permanencia en la obra se requería “tener certeza de la causa del gasto, el nexo con el mayor plazo y la necesidad de que el gasto sirvió para garantizar el normal funcionamiento y marcha de los trabajos, nada de lo cual se acreditó durante el proceso.” –fl. 372, cdno. ppal.-.

Asimismo, el hecho de no probar la existencia de los costos por mayor permanencia debió bastar para negar la pretensión, no obstante, el tribunal, a pesar de admitir que el dictamen no acreditaba el perjuicio, inventó –guiado por la equidad- una fórmula teórica para deducir esos costos, con base en un acuerdo

de voluntad posterior. En los términos indicados considera que el fallo se dictó en conciencia.

c) Condena en costas

Advirtió que conforme al artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, la condena en costas se impone conforme a la conducta asumida por las partes. Sin embargo, el tribunal optó, sin razón ni justificación, por condenar a Metrolínea, dejando de lado el ordenamiento jurídico, lo que a su juicio configura el fallo en conciencia.

d) Ineficacia de renunciaciones válidas a reclamaciones

En forma confusa, y además breve, trató de justificar que la conducta del tribunal también constituyó un fallo en conciencia, porque “lo relativo a este punto genera a sí mismo un fallo en derecho y además un pronunciamiento sobre asuntos no sujetos a la decisión de los árbitros, motivo por el cual se lo explica en el siguiente aparte de este recurso.” –fl. 374, cdno. ppal.-

2.1.2. Posición de METROLÍNEA frente al anterior cargo de anulación

En forma preliminar, precisó que el régimen jurídico aplicable al recurso de anulación era el Decreto 1818 de 1998, porque la demanda arbitral se interpuso antes del 12 de octubre de 2012, de conformidad con los criterios de algunas decisiones adoptadas en la Sección Tercera de esta Corporación. Acto seguido, se refirió a la causal de anulación, en los siguientes términos:

a. Régimen jurídico aplicable al contrato de obra

Defendió que la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 regulaban el contrato estatal, porque Metrolínea es una sociedad anónima pública por acciones; en este orden, el auto en virtud del cual el Tribunal de arbitramento determinó su competencia ni siquiera fue objeto de reproche, actuación que, por demás, se sustentó siempre en las normas que rigen el derecho público.

b. Inexistencia de costos administrativos

Señaló que por medio del recurso de anulación no se podían debatir cuestiones de mérito de la decisión, razón que le llevó a cuestionarlo por falta de técnica. No obstante, aseguró que en su demanda sí pidió la condena al pago de “costos administrativos” por mayor permanencia en la obra, y que esta solicitud se incluyó en la pretensión principal.

También afirmó que el perito, precisamente, rindió su dictamen con base en la solicitud de una inspección a la contabilidad de la Unión Temporal, donde se requería su intervención. En el mismo sentido, sostuvo que la discusión frente a la valoración de las pruebas allegadas o practicadas durante el trámite arbitral no podía ser objeto de discusión en el recurso, y menos de aquello que se enmarca en la causal de anulación.

c. Condena en costas

La convocante aseguró que las costas se impusieron porque constituyen erogaciones a cargo de la parte vencida en un proceso judicial, y que correspondieron a los gastos demostrados por causa del trámite del tribunal.

d. Ineficacia de renunciaciones válidas a reclamaciones

Precisó que el cargo no ameritaba pronunciamiento, porque el recurrente ni siquiera tenía certeza de la causal que se configuró con la conducta del Tribunal.

2.1.3. Concepto del Ministerio Público

Se pronunció en el mismo orden en que se plantearon las acusaciones.

a) Régimen jurídico aplicable al contrato

Defendió el hecho de que el tribunal se pronunciara respecto al régimen jurídico aplicable al contrato, porque Metrolínea –recurrente- se refirió a este tema en su alegato de conclusión. Asimismo, en el contrato No. 002 de 2008, y en sus modificaciones, las partes remitieron expresa y tácitamente a las disposiciones de la Ley 80 de 1993, y en el pliego de condiciones también se expresó que la ley del contrato sería la de la República de Colombia. Finalmente, indicó que un

eventual error en la elección del régimen contractual no constituía fallo en conciencia.

b) Costos administrativos

Para el Ministerio Público el tribunal sí analizó el objeto de la *litis*, los fundamentos de las pretensiones, las pruebas que daban cuenta de los incumplimientos del contrato por parte de Metrolínea y aquellas pruebas que acreditaban la cuantía declarada. Precisó que, en su lugar, el recurrente cuestionó la valoración que el tribunal hizo de un “acta de un acuerdo” suscrita por las partes y de un el dictamen pericial, y este tópico no se ajusta al recurso de anulación, que no admite esta clase de cuestionamientos de la decisión arbitral.

c) Costas

El Ministerio Público señaló que la condena en costas en contra de Metrolínea se ajustó a derecho, porque el tribunal decidió con fundamento en los artículos 144 y 154 del Decreto 1818, que así las regulan.

d) Ineficacia de renunciaciones válidas a reclamaciones

En sentido coincidente con la posición de la parte convocante, estimó que la manera en que Metrolínea formuló esta inconformidad no permite hacer un pronunciamiento, porque que la impugnante afirmó que en este aspecto se produjo un “fallo en derecho”, así que no se comprende el alcance de la diferencia con el laudo, pues debió decirse que se trata de un fallo en conciencia para mostrar la inconformidad.

2.2 Causal No. 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998: “Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido.”

2.2.1 Posición de la recurrente

El cargo por esta casual de anulación la justificó en dos razonamientos:

a) En primer lugar, aseguró que el tribunal se pronunció sobre aspectos no sujetos a su decisión, porque concedió más de lo pedido, toda vez que la *cláusula* del contrato en virtud de la cual el contratista *renunció a presentar reclamaciones* por mayor permanencia en la obra, como consecuencia de la suscripción de los contratos adicionales, se apoyó en el artículo 15 del Código Civil, y a pesar de que las convocantes no solicitaron su inaplicabilidad los árbitros no la tuvieron en cuenta para decidir. Adicionalmente, reprochó al tribunal que en la parte resolutive no se pronunció sobre la invalidez de la renuncia a reclamaciones, tema al que sí se refirió en la parte motiva, cuando analizó la procedencia de las excepciones que formuló la demandada.

Igualmente, aun en el supuesto de que se hubiera pretendido la declaratoria de nulidad de esas cláusulas, por vicios en el consentimiento de las convocadas, el tribunal no podía actuar de oficio, porque así lo establece el artículo 1743 del Código Civil.

b) La causal octava de anulación también se configuró porque el tribunal condenó a Metrolínea a pagar “costos administrativos” por mayor permanencia en la obra-, pero esta pretensión no se formuló en la demanda, incluso se excluyó expresamente de las peticiones, pues las convocantes hicieron constar que: “NO ESTAMOS SOLICITANDO EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LOS DINEROS QUE HA DEBIDO DE RECIBIR POR CONCEPTO DE ADMINISTRACION (A) COMO COMPONENTE DEL AIU, DURANTE TODOS LOS MESES ADICIONALES AL PLAZO INICIALMENTE FIJADO...”

2.2.2. Posición de las convocantes frente al cargo

a) Las convocantes, en sentido contrario a Metrolínea, señalaron que el tribunal se pronunció sobre aspectos sujetos a su decisión, porque como bien lo expresaron en las pretensiones, no se solicitó la declaratoria de nulidad de la “cláusula de renuncia a reclamaciones” por mayor permanencia en la obra, pero en la parte resolutive tampoco se decidió al respecto.

No obstante, el tribunal se refirió a la mencionada estipulación porque la misma demandada la invocó como excepción de mérito, para enervar la pretensión indemnizatoria del contratista, así que ameritaba un análisis completo para establecer si debía o no prosperar el medio de defensa.

b) Sucintamente, afirmó que los sobrecostos administrativos gastados hicieron parte de las pretensiones de la demanda.

2.2.3. Concepto del Ministerio Público

a) Aclaró que el tribunal de arbitramento no declaró la nulidad de la “cláusula de renuncia a reclamaciones” por mayor permanencia en obra, como se advierte al leer la parte resolutive del laudo. No obstante, si bien los árbitros se refirieron a dicha estipulación, lo hicieron, precisamente, para resolver la excepción que formuló la demandada, por tanto las consideraciones sobre el tema sí hicieron parte del litigio.

b) Reiteró que el reclamo por costos administrativos hizo parte de las pretensiones de la demanda, razón por la que el tribunal podía decidirlo.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

El laudo decidió la controversia surgida entre las sociedades Ventanal Arquetipo S.A.; Industrias AVM S.A. y HB Estructuras Metálicas S.A. -integrantes de la Unión Temporal Puentes 1- y Metrolínea S.A. Bajo esta perspectiva, y de conformidad con el artículo 128.5 del CCA.², el Consejo de Estado conoce, privativamente y en única instancia, de los recursos de anulación originados en contratos estatales, sin importar la cuantía de las pretensiones.

Ahora bien, los contratos que originaron las controversias son estatales -según el artículo 32 de la Ley 80 de 1993³-, porque además de que los celebró una entidad

² Art. 128.5, CCA.: “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 causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia. Contra esta sentencia sólo procederá el recurso de revisión.”

³ Según dicha norma: “Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: (...)”

estatal, en el pliego de condiciones se determinó que el régimen jurídico era el del estatuto de la contratación pública. Bajo este entendimiento, considerando que el contrato celebrado es de naturaleza estatal, la competencia para conocer del recurso corresponde a la Sección Tercera del Consejo de Estado⁴.

Además de estas razones, en relación con el criterio orgánico, la Ley 1107 de 2006 –aplicable al caso concreto- también prescribe que las controversias relacionadas con la actividad de las entidades públicas son de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Por tanto, como Metrolínea S.A. es una entidad estatal, esta jurisdicción es competente para conocer los litigios generados con sus actuaciones. Es así como el artículo 1 de la Ley 1107 de 2.006 –que modificó el artículo 82 del CCA.- dispone:

“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.”

Por lo anterior, esta Sección es competente para conocer y decidir el recurso de anulación presentado contra el aludo arbitral proferido el 12 de junio de 2013, por el Tribunal de Arbitramento constituido para resolver las diferencias surgidas entre las partes referidas.

⁴ Esto, de conformidad con el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 –modificado por el artículo 22 de la Ley 1.150 de 2007-, que establece: “Contra el laudo arbitral procede el recurso de anulación. Este deberá interponerse por escrito presentado ante el Tribunal de Arbitramento dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente.

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

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

2. El caso concreto

2.1. Primer Cargo -causal No. 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.”

2.1.1. Generalidades sobre la causal

La Sala se apoyará en el análisis teórico expresado en la sentencia del 8 de agosto de 2012 –exp. 43.089, Sección Tercera, Subsección C, con ponencia de quien cumple la misma función en el caso concreto- que precisó el alcance de la causal sexta de anulación –art. 163.6-, con fundamento en lo cual examinará los argumentos propuestos por el recurrente para que se anule el laudo. Este análisis involucra 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, y iii) los siete criterios jurisprudenciales y legales que materializan el laudo en conciencia o equidad.

i) Noción de fallo en conciencia

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 ley⁵. 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 entender⁶, 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

⁵ 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 sentencia del 18 de enero de 2012 –exp. 40.082-.

⁶ En el mismo sentido, sentencia del 3 de agosto de 2006, exp. 31.354.

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 -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 2⁷, ley 80-, o técnicos –art. 74, ley 80⁸-. ”

“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.’”⁹

⁷ 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.”

⁸ 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.”

⁹ Sección Tercera, Sentencia de 28 de noviembre de 2002, exp. 22.191.

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 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 formas¹⁰. 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:

¹⁰ 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."

en derecho, porque el inciso segundo del art. 70 de la ley 80 de 1993 lo autoriza¹¹; y técnico, porque el art. 74 de la misma ley lo permite¹². De manera que en este 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 quién 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."

¹¹ 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. (...)"

¹² "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."

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 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 derecho¹³.

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 arbitral¹⁴. Esta posición es inadmisibles. Por el contrario,

¹³ 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’.”

¹⁴ 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 aceptar sin reparos, porque respetan su juicio y ponderación en la manera de

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

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 es¹⁵. 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.

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

¹⁵ 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.”

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."¹⁶

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 sentido, la libertad de formas y de contenido jurídico no está a disposición de los árbitros, que deben acatar las reglas predisuestas 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

¹⁶ 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."

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.

ii) 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 en 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 indiscutible¹⁷. 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.”¹⁸

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

¹⁷ “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-.

¹⁸ 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 1993 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-.

en el. 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.

iii) 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.”¹⁹

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.”²⁰ (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.

“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.”²¹

¹⁹ 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.

²⁰ 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.”

²¹ Sentencia del 6 de julio de 2005, Exp. 28.990.

“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.”²²

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 caducidad de la acción contractual como en los de liquidación de los contratos estatales.”²³

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

²² 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.”

²³ 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).”

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*²⁴, 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.”²⁵ Esto significa que fallo en equidad o conciencia alude al que no se dicta en derecho ni en criterios técnicos, es decir -en

²⁴ 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.”

²⁵ 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”.

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 igualdad²⁶ 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.²⁷”

“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 ley o enmienda las omisiones en que esta incurre al no poder preverlo todo por ser general y abstracta.²⁸”

“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.²⁹”

“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.³⁰”

(...)

“**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.³¹”

²⁶ P. G. CARON. “*Aequitas*” Romana, “*Misericordia*” Patristica Ed “*Epicheia*” Aristotelica Nella Dottrina Dell’*Aequitas*” Canonica. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano 1971, p. 2.

²⁷ Ibidem.

²⁸ ARISTOTELES. *Etica a Nicomaco*. 5. 10. 1137 b. Trad. María Araujo y Julián Marías. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1985, p. 86.

²⁹ P. G. CARON. “*Aequitas*... Opus. Cit., p. 6.

³⁰ Ibidem, p. 98-104.

“También ha dicho que esa estirpe de decisiones se caracterizan por prescindir totalmente del acervo probatorio³² o de las normas jurídicas,³³ por la ausencia de razonamientos jurídicos³⁴ o por basarse en el concepto de verdad sabida y buena fe guardada.³⁵

“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.”³⁶

“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 habilitan³⁷ para ello, o si, en los demás casos, el proceso versa sobre derechos disponibles y las partes, siendo plenamente capaces, lo solicitan.³⁸

³¹ Sentencias de abril 3 de 1992, mayo 4 de 2000 y octubre 2 de 2003 (Expedientes 6695, 16766 y 24320).

³² Sentencia de septiembre 14 de 1995 (Expediente 10468).

³³ Sentencia de junio 18 de 2008 (Expediente 34543).

³⁴ Sentencias de agosto 9 de 2001, agosto 23 de 2001, febrero 13 de 2006, junio 18 de 2008 (Expedientes 19273, 19090, 29704 y 34543).

³⁵ Sentencia de abril 27 de 1999 y abril 16 de 2000 (Expedientes 15623 y 18411).

³⁶ Artículo 116 de la Constitución Política.

³⁷ Artículo 116 de la Constitución Política.

“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.”³⁹

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 Constitución⁴⁰. Tal es el caso de la fijación de una condena por perjuicios morales,

³⁸ Numeral 1º del artículo 38 del C. P. C.

³⁹ Esta tesis se reiteró en la sentencia del 24 de marzo del 2011, Sección Tercera, Subsección C, Exp. 38.484.

⁴⁰ 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 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,

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 realza 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'."⁴¹ 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, 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.

para evitar inequidades o injusticias y asegurar la misión de la Administración de Justicia en el Estado de Derecho".

⁴¹ La equidad y el arte de juzgar. Ed. Aranzadi. Segunda edición. Pamplona. 1990. Págs. 53 a 54.

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 1.624-⁴².

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 acostumbra incorporar reglas interpretativas propias- y las leyes generales, como la 153 de 1887 –arts. 1 a 9, entre otros-⁴³.

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

⁴² 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-.

⁴³ 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”.

extraña, más bien es frecuente, y la adelanta tanto el juez arbitral como la jurisdicción de lo contencioso administrativo⁴⁴.

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 conciencia⁴⁵. 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 2012 –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 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

⁴⁴ 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.”

⁴⁵ 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”.

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 él⁴⁶. 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.”⁴⁷

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

⁴⁶ “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.”

⁴⁷ El Consejo de Estado indicó en la sentencia del 27 de junio de 2.002 -exp. 21.040-: “Como se pudo observar el recurrente - INVIAS controversió 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.”

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 omnicompreensivo que las solas normas producidas por el legislador, entre otras normas creadas por órganos formalmente establecidos.

“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.”⁴⁸

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.

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.

⁴⁸ Esta tesis la reiteró la sentencia del 24 de mayo de 2.006, exp. 31.024.

“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.”⁴⁹

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, 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

⁴⁹ 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.

la decisión debe ser expresión de las pruebas que obran en el proceso, y su valoración según las reglas de la sana crítica.”⁵⁰

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. (...)”

“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.”⁵¹

“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.

⁵⁰ 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.”

⁵¹ Sección Tercera. Sentencia de 6 de julio de 2005. Exp. 28.990.

“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.”⁵²

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 apelación⁵³.

⁵² 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-.

⁵³ 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.”

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 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

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."

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.

2.1.2. El caso concreto

Apoyados en la fundamentación extensamente expresada, se recuerda que el recurrente cuestionó el laudo por haberse dictado en conciencia, por cuatro razones: i) la errada aplicación del régimen jurídico del contrato; ii) la condena al pago de “costos administrativos” no solicitados en la demanda; iii) la condena al pago de costas; y iv) la declaración de ineficacia de las cláusulas de “renuncia a reclamaciones por sobrecostos” derivados de la mayor permanencia en la obra. La Sala advierte que el cargo será desestimado, por las razones que se exponen a continuación.

Los supuestos de hecho puestos en consideración por Metrolínea no se circunscriben a la causal de anulación propuesta, como se desprende del texto del numeral 6 del artículo 163, que establece: “Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.”

Es decir, para que el laudo se dicte en conciencia debe existir una desconexión entre las pruebas de las que se vale el juez y la decisión proferida. En este orden, el laudo es en conciencia si no se sustenta en los elementos de discernimiento del proceso, sino en criterios personales del juzgador. No obstante, para el caso concreto se advierte que el laudo no se dictó en conciencia, y que la intención del recurrente es que se valore nuevamente el material probatorio, como si se tratara de una instancia ordinaria del proceso, porque realmente en ello radica su inconformidad.

a) Régimen jurídico aplicable al contrato

Respecto a esta inconformidad, la Sala no advierte que se haya fallado en conciencia, y menos de manera evidente -como lo exige la norma-, porque el régimen jurídico sustantivo del contrato de obra suscrito entre las partes de este proceso sí es la Ley 80 de 1993, y no el régimen especial del Banco Mundial, como se explicará a continuación.

Antes de la Ley 1150 de 2007, que modificó a la Ley 80 de 1993, el inciso 4 del artículo 13 disponía que:

“Art. 13. (...)

“Los contratos financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito o celebrados con personas extranjeras de

derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades en todo lo relacionado con procedimientos de formación y adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes.”

Esta norma, que aplica al contrato No. 002 del 3 de marzo de 2008, estableció una facultad limitada para las entidades públicas que celebraron negocios jurídicos con recursos provenientes, total o parcialmente, de organismos multilaterales de crédito, de personas extranjeras de derecho público o de organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, que consistió en la sujeción voluntaria del contrato a los reglamentos de las instituciones de quienes los financiaban, pero exclusivamente en los procesos de formación y adjudicación de los contratos, y en cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes.

Esto significaba que la entidad estatal podía escoger el régimen aplicable a: i) la etapa de selección del contratista y ii) de algunas cláusulas o condiciones del contrato. Es decir, la elección sólo aplicaba, como se indicó, a la fase precontractual –formación y adjudicación- y a algunas cláusulas de naturaleza definida –ejecución, cumplimiento, pago y ajustes-. Es decir, que el tipo de negocio, las cláusulas exorbitantes y las demás condiciones y derechos que le asisten a la administración pública seguían gobernados por el estatuto contractual. En otros términos, no se elegía entre uno y otro régimen jurídico, en bloque; sino entre uno u otro pero parcialmente, en los aspectos que se viene de destacar.

Esta norma provocó conductas muy reprochables de algunas entidades públicas, e incluso de algunos organismos internacionales, porque ambos celebraron contratos de administración de recursos públicos, donde los últimos decían financiar proyectos, con lo cual buscaban que el presupuesto de las entidades públicas quedara excluido de la Ley 80, es decir, haciendo aportes excesivamente pequeños –daban poco dinero o prestaban ayudas ínfimas en especie- las entidades quedaban excluidos de la Ley 80. En la práctica, las entidades estatales aprovecharon esta oportunidad para *huir* de la ley de contratación estatal y contratar a través de regímenes jurídicos extraños y más flexibles.

Este defecto se corrigió parcialmente con la Ley 1150 de 2007, que modificó parcialmente el estatuto de contratación pública. Su vigencia la definió el artículo 33, así:

“Artículo 33. Vigencia. La presente ley empieza a regir seis (6) meses después de su promulgación, con excepción del artículo 6o que entrará a regir a los dieciocho (18) meses de su promulgación.

“Parágrafo 1o. En tanto no entre en vigor el artículo 6o de la presente ley las entidades podrán verificar la información de los proponentes a que se refiere el numeral 1 del artículo 5o de la presente ley.

“Parágrafo 2o. Los artículos 9o y 17 entrarán a regir una vez se promulgue la presente ley.”

Esto significa, en términos prácticos, que el 16 de enero de 2008 empezaron a regir la mayoría de las modificaciones que se introdujeron a la Ley 80 de 1993, a excepción de los artículos 6 y 17, cuya vigencia inició con la publicación de la Ley 1150, y el artículo 6, aplicable desde el 16 de febrero del mismo año. Ahora, el artículo 32 de la nueva ley derogó el artículo 13 de la Ley 80, y en su lugar dispuso:

“Artículo 20. *De la contratación con organismos internacionales.* Los contratos o convenios financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades. En caso contrario, se someterán a los procedimientos establecidos en la Ley 80 de 1993. Los recursos de contrapartida vinculados a estas operaciones podrán tener el mismo tratamiento.

“Los contratos o convenios celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de derecho internacional cuyo objeto sea el desarrollo de programas de promoción, prevención y atención en salud; contratos y convenios necesarios para la operación de la OIT; contratos y convenios que se ejecuten en desarrollo del sistema integrado de monitoreo de cultivos ilícitos; contratos y convenios para la operación del programa mundial de alimentos; contratos y convenios para el desarrollo de programas de apoyo educativo a población desplazada y vulnerable adelantados por la Unesco y la OIM; los contratos o convenios financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito y entes gubernamentales extranjeros, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades.

“Las entidades estatales no podrán celebrar contratos o convenios para la administración o gerencia de sus recursos propios o de aquellos que les asignen los presupuestos públicos, con organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional.

“Parágrafo 1o. Los contratos o acuerdos celebrados con personas extranjeras de derecho público, podrán someterse a las reglas de tales organismos.

“Parágrafo 2o. Las entidades estatales tendrán la obligación de reportar la información a los organismos de control y al Secop relativa a la ejecución de los contratos a los que se refiere el presente artículo.

“Parágrafo 3o. En todo Proyecto de cooperación que involucre recursos estatales se deberán cuantificar en moneda nacional, los aportes en especie de la entidad, organización o persona cooperante, así como los del ente nacional colombiano. Las contralorías ejercerán el control fiscal sobre los proyectos y contratos celebrados con organismos multilaterales.”

En términos generales, la nueva ley limitó sustancialmente la aplicación de los regímenes jurídicos contractuales propios de los organismos internacionales, sujetando a la posibilidad de hacerlo al porcentaje de financiación efectiva que hicieran en los contratos estatales; en este orden, el art. 20 dispuso que si los aportes superan el 50% del valor del contrato, los negocios podrán –sigue siendo facultativo- someterse a los reglamentos de dichas entidades. Por tanto, mientras que para el art. 13 la financiación del valor del contrato podía ser del uno por ciento (1%), y no obstante eso regirse parte del negocio por las reglas de contratación especiales de los organismos internacionales; en la ley 1150 la financiación mínima para que se rijan por esos estatutos debe ser mínimo del 50%.

Sin embargo, no se ahondará más en el entendimiento del art. 20 de la Ley 1150 porque –advirtase de una vez- no aplica al contrato *sub iudice*, es decir el No. 002 de 2008, toda vez que ella dispuso, en el artículo 31, un régimen de transición del siguiente tenor:

“Art. 31. Los procesos de contratación en curso a la fecha en que entre a regir la presente ley, continuarán sujetos a las normas vigentes al momento de su iniciación. Los contratos o convenios a que se refiere el artículo 20 de la presente ley que se encuentren en ejecución al momento de su entrada en vigencia, continuarán rigiéndose por las normas vigentes al momento de su celebración hasta su liquidación, sin que sea posible adicionarlos ni prorrogarlos.”

Esto significa que los procesos de selección de contratistas que iniciaron antes del 16 de enero de 2008 continuaron gobernados, en su ejecución y trámite, por las normas de la Ley 80 de 1993 –sin considerar las modificaciones de la Ley 1150-. Ahora, teniendo en cuenta que el proceso de selección del contratista que condujo al contrato No. 002 de 2008 se inició en el año 2007, entonces la norma que aplica es el art. 13 original de la Ley 80.

Con fundamento en lo expuesto hay que definir si le asistió o no la razón al tribunal de arbitramento, cuando concluyó que el régimen jurídico aplicable al contrato de

obra era la Ley 80 de 1993, o si por el contrario debieron ser las reglas contractuales especiales del Banco Mundial –como lo propone el recurrente-.

Para responderlo, en *primer lugar*, se reitera que el pliego de condiciones de la contratación se expidió en octubre de 2007, es decir que el proceso de selección es anterior a la Ley 1150, porque aunque se publicó en el Diario Oficial el 16 de julio del mismo año, su vigencia -como se aclaró- inició el 16 de enero de 2008, según lo estableció el artículo 33 citado arriba.

La conclusión que se sigue de este dato es que el negocio jurídico era de aquellos a que refería el inciso 4 de artículo 13 de la Ley 80 original, es decir, Metrolínea tenía la facultad discrecional de escoger el régimen jurídico aplicable a la etapa precontractual, y a algunas cláusulas del contrato -ejecución, cumplimiento, pago y ajustes-, sin considerar el porcentaje de financiación que haya asumido el organismo internacional, pues el art. 13 no distinguía este aspecto, como sí pasó a ser importante en la Ley 1150 de 2007. De hecho, la situación descrita se advirtió en el proceso de selección que condujo al contrato No. 002 de 2008, porque en el pliego de condiciones se estableció lo siguiente -fl. 59, tomo 1-:

“la licitación se llevará a cabo conforme al procedimiento de la licitación pública internacional indicado en el folleto del Banco Mundial titulado Normas: Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF de Mayo de 2005, y podrán participar en ella todos los licitantes de países de origen que sean elegibles, según se especifica en dichas normas.”

En otros términos, Metrolínea optó por la opción que le confería el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, es decir, adelantar la etapa precontractual de conformidad con el reglamento del organismo internacional que financió el proyecto. Sin embargo, el contrato mismo no se gobernó por ese reglamento, porque –una vez más, en forma voluntaria- en el pliego de condiciones se dispuso lo contrario.

Para mayor claridad, en el pliego -folio 117- se estipuló que el “idioma” y la “Ley que regiría el contrato” se especificarían en los “*datos del contrato*”; lugar donde finalmente se estableció lo siguiente: “*la Ley por la que se regirá el Contrato es la de la Republica de Colombia.*” Esto significa con mucha claridad y contundencia que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública colombiano sería el régimen sustantivo del negocio; sin incluir la modificación que introdujo la Ley 1150 de 2007, porque en esa fecha aún no estaba vigente.

Por las razones expuestas el cargo de anulación no prosperará, comoquiera que no se falló en conciencia sino en derecho, el que era aplicable a la controversia y estaba vigente, es decir, las normas con las cuales el tribunal analizó y resolvió el conflicto –derechos y obligaciones- sí era la pertinente, pues –se insiste-: i) el inciso 4 del artículo 13 de la Ley 80 permitía la dualidad de regímenes jurídicos contractuales, uno para el pliego y otro para el negocio; y ii) porque el pliego de condiciones fue claro en disponer que la Ley 80 de 1993 regiría el contrato No. 002 de 2008.

b) Costos administrativos

La segunda razón que se esgrime para justificar que se expidió un laudo en conciencia tampoco se acogerá, porque esta causal prospera cuando el Tribunal se apoya en su criterio personal para definir el conflicto, y se abstrae de los elementos de juicio del proceso; lo que no sucedió con la condena por concepto de “gastos administrativos” en que incurrió el contratista por la mayor permanencia en la obra.

En efecto, desde esta otra perspectiva Metrolínea cuestiona el laudo por varios motivos: i) porque el tribunal de arbitramento ordenó el pago de los “costos indirectos administrativos”, cuando no se solicitaron en la demanda; ii) porque esos gastos no se demostraron con la “*prueba reina*”, que a juicio del recurrente era el dictamen pericial; además de que los costos no se demostraron de otro modo admisible; iii) porque el dictamen pericial no lo solicitaron las partes, y se decretó como si se tratara de una de las pruebas cuya práctica solicitó el demandante; y iv) porque el tribunal inventó un criterio para determinar esos sobrecostos, aplicando unos acuerdos de voluntades de las mismas partes suscribieron para resolver otra controversia del contrato, y que son posteriores a las prórrogas del plazo del mismo.

i) Para definir si se falló en conciencia, por reconocer costos administrativos que no fueron objeto de las pretensiones, es innecesario acudir al *petitum* de la demanda, puesto que esta conducta no se enmarca en la causal que se alega -numeral 6 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998-, pues se falla en conciencia, como se indicó, cuando la decisión deja de lado, de manera evidente, el acervo probatorio y el marco jurídico que tiene de referencia, es decir,

es necesario que el juez, atendiendo a su libre saber y entender, se abstraiga del derecho aplicable y/o desconozca los elementos de convicción que deben sustentar la decisión, lo que no parece que sucedió en este caso, a juzgar por esta inconformidad, pues una cosa es el fallo *extra petita* y otra la decisión proferida en conciencia. De hecho, el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 establece esta causal de anulación autónoma, que corresponde a la conducta del tribunal que controvierte y cuestiona el recurrente, razón por la que no puede prosperar el cargo formulado, por lo menos por el vicio analizado.

ii) El segundo aspecto que alega Metrolínea para justificar la anulación del laudo es el hecho de que el juez se apoyó en un medio de prueba diferente del que servía para demostrar los gastos por mayor permanencia en la obra: la prueba pericial.

No obstante, de ser cierto lo que se alega de ninguna manera configuraría el vicio de fallo en conciencia, toda vez que en realidad lo que el impugnante pretende es que se reexaminen las pruebas del proceso, y que se les asigne un valor distinto al que el tribunal les confirió, actitud prohibida al interior de un recurso de anulación. En efecto, mientras el tribunal declaró probado el monto del perjuicio apoyado en una *acta de conciliación* suscrita por las mismas partes del proceso arbitral, donde resolvieron un litigio que involucraba conceptos similares a los reclamados en éste, el impugnante considera que esa prueba no era pertinente y que en su lugar sólo era aceptable la prueba pericial. Este sólo enfoque del debate hace impróspero el recurso de anulación, pues es sabido que el proceso arbitral es de única instancia, y por tanto no procede debatir problemas relacionados con la corrección de la decisión, con su acierto o desacierto, con la valoración probatoria, con la interpretación de las normas aplicadas, con la valoración de las obligaciones surgidas del contrato, porque –se repite– el proceso tiene una sola instancia: la arbitral.

Ahora, la condena sin pruebas sí constituye un fallo en conciencia, pero ese no es el caso *sub iudice*, ya que para demostrar los sobrecostos los árbitros tuvieron en cuenta los medios de prueba practicados en el proceso, unos los desestimaron, con razones; y otros los estimaron, también con razones expresas.. En este orden de ideas, el tribunal condenó precedido del siguiente análisis –fls. 338 y 339, cdno. ppal.-:

“Básicamente son dos los aspectos de los que se deriva la mayor permanencia en obra:

“5.3.1. La demora por parte de METROLÍNEA S.A. en la entrega de los predios sobre los cuales la UNIÓN TEMPORAL PUENTES I debía construir los puentes, y

“5.3.2. La demora en definir la cota roja, que se consideraba necesaria para el adelantamiento de la obra pública

“Estas dos circunstancias, que debían ser materia de prueba a instancias de la parte convocante por ser quien las argumentó, encuentran su demostración en los contratos modificatorios o términos de conveniencia de las prórrogas, cuyas causas siempre fueron derivadas por causa imputables a la administración, que se reitera conforme a cuadro atrás establecido así:

Contrato modificatorio	Causa o razón de la modificación
01	Reubicación de las redes existentes en la etapa de preconstrucción por presentar Interferencias en la implantación de los puentes peatonales y estaciones de parada
02	El Area (sic) Metropolitana de Bucaramanga no ha podido terminar los procesos de negociación y no se cuenta con una entrega del 100% de los predios para poder tomar posesión de la zona de obras y poder perfeccionar los diseños así como también la ESSA no ha ejecutado las obras de traslados de las torres de energía y las redes eléctrica; así como también cambio construcción del puente Aranzoque por puente de Cajasan
03	Retrasos en la entrega del sitio de obras por dificultades presentadas por las redes de servicio público a cargo de la ESSA y demoras por la Concesión Vial Comuneros en la entrega de la zona de obra ocasionando retraso en la estación campo alegre y en los puestos Mensulí, la Estancia y Palmichal, así como también en la estación Rio (sic) de Hato.
04	Demoras en el cronograma de obras sustentadas en la no entrega de la información técnica de campo (cotas rojas de resante) y de Isoo (sic) sitios para la construcción de las estaciones de parada Mensulí y Palmichal no solucionadas pro la Concesión Los Comuneros.

“Debe concluir el Tribunal que existió una mayor permanencia en obra, cuyas razones se originaron en causas imputables a la administración.

En las pruebas referenciadas, y con los análisis transcritos, el tribunal concluyó que hubo mayor permanencia en la obra por parte del constructor, e imputable a Metrolínea. A continuación el tribunal se apoyó en un “acta de acuerdo conciliatorio” suscrita por las mismas partes del proceso, que resolvió un problema contractual idéntico al debatido ahora, incluso derivado del mismo contrato de obra, donde se evidenció la intención de Metrolínea de reconocer al constructor los perjuicios derivados de otra “mayor permanencia en obra”, sólo que provenía de los contratos adicionales Nos. 5 y 6, cuando en el proceso arbitral se discutían los problemas de mayor permanencia causada por los contratos adicionales Nos. 1, 2, 3 y 4; El tribunal se pronunció en los siguientes términos –fl. 341, cdno. ppal.-:

“ii) Una segunda prueba está representada en el ACTA DE ACUERDO CONCILIATORIO fechada el 15 de junio de 2012 (Cfr. Folio 25 del Tomo III) la que no fue objetada por ninguna de las partes y contiene valoraciones que estas tuvieron en cuenta para definir lo relacionado con las prórrogas 5 y 6 que inicialmente hacían parte de la controversia.

“En este documento de manera explícita METROLÍNEA S.A. reconoce a la parte convocante, una cantidad relacionada con el reconocimiento y pago de la mayor permanencia en obra, según reconocimiento de la interventoría como reza el acta en mención, concretándose el valor por la mayor permanencia en obra durante 126 días, por la cantidad de \$297.004.518.00, lo que a su vez determina para cada día de mayor permanencia una cifra de \$2.357.178.71.

“Este criterio de valoración adoptado por las partes, considera el Tribunal que corresponde a la prueba sobre el valor de la mayor permanencia en obra, por cada día de su ocurrencia. Razón por la cual teniendo en cuenta que los contratos modificatorios 1 a 4, que son el objeto de pronunciamiento de este Tribunal, tuvieron una duración de 534 días, da como resultado que multiplicando este número de días por el valor diario reconocido de manera expresa y por la cantidad de \$ 2.357.178.71, de un valor total por la mayor permanencia sometida a la consideración del Tribunal por la cantidad de UN MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y UN PESOS CON 14/100 (\$ 1.258.733.431.14), valor este que se reconoce para efectos de despachar la petición a que se ha venido haciendo mención en este apartado de la sentencia.”

Adicionalmente, vale la pena citar la valoración y los argumentos que expuso el tribunal de arbitramento para descalificar la prueba que para el recurrente era la

“reina” para establecer los sobrecostos por mayor permanencia en la obra: el dictamen pericial –fls. 340 y 341, cdno. ppal.-:

“De acuerdo con las probanzas oportunamente recaudadas existen con referencia al tema al que se refiere el epígrafe de este acápite:

“i) El dictamen del perito contable, que soportado en la extensa documentación existente en la empresa que lleva la contabilidad a la UNIÓN TEMPORAL PUENTES I, procedió a establecer todas las erogaciones contabilizadas DURANTE los tiempos que con ocasión de las prórrogas originaron la mayor permanencia en obra, sin que exista una discriminación concreta de cuáles de esas erogaciones en lo que atañe con los factores o elementos a considerar se dieron por causa de dicha permanencia, que para el caso que nos ocupa solo son los mayores costos administrativos, por haberse concretado así por la convocante..

“Esto es, esta prueba no da al tribunal los elementos de juicio que permitan sin hesitación alguna, entrar a hacer las valoraciones concretas con referencia a las condenaciones impetradas. Y, es que en la experticia se ha debido incluir (y no se hizo), la discriminación exacta y precisa de los costos directos, esto es los que estando directamente relacionados con la construcción de la obra, tuvieron incrementos en razón de la mayor permanencia con el señalamiento de su valor; los costos indirectos que corresponden a los rubros que no estando directamente relacionados con la construcción, se requirieron como costos adicionales por la mayor permanencia y para ejecutar el proyecto (esto es referentes al arriendo, gastos de administrativos de la oficina, honorarios del director de obra, honorarios del residente de obra,...).”

El hecho de que el tribunal no acogiera el dictamen pericial, y en cambio se apoyara en otros medios de prueba para establecer la existencia de los sobrecostos administrativos, no configura un fallo en conciencia, porque -como se explicó- éste consiste –en una de sus varias facetas- en el juicio con abstracción de los medios de prueba, lo que claramente no sucedió en este caso; más bien se hace evidente que a través de este recurso Metrolínea intenta reabrir el debate probatorio, que sólo pudo surtirse en la única instancia de este conflicto: el proceso arbitral. Por estas razones no prosperará la acusación.

iii) Otra razón aducida por Metrolínea para explicar que el laudo se dictó en conciencia fue que el dictamen pericial no lo solicitaron las partes, pero a pesar de ello el tribunal lo decretó.

No se necesitan muchas explicaciones para entender que esta conducta tampoco se enmarca en alguno de los presupuestos identificados por la jurisprudencia como constitutivos de fallo en conciencia, porque no se trata, como reiteradamente se explicó, del desconocimiento del marco jurídico o probatorio de referencia, constituye una pura y simple inconformidad con el decreto de la prueba pericial.

Este reproche, francamente incomprensible como argumento para anular el laudo, no puede conducir a ese resultado, porque además de que no se ajusta a la causal, tampoco permite manifestar la inconformidad por los defectos de una actuación procesal. Por lo señalado, no prosperará el cargo.

iv) La entidad pública también sostuvo que no se demostraron los eventuales sobrecostos administrativos objeto de la condena, además de que el tribunal utilizó una fórmula teórica para deducirlos: unos “acuerdos conciliatorios” posteriores a la prolongación del plazo del contrato principal.

La Sala insiste –como ya se transcribió, que el tribunal consideró y se apoyó en varias pruebas para demostrar los sobrecostos causados por la mayor permanencia en la obra -incluidos los costos administrativos-, razón por la que desestima la impugnación del recurrente, porque mal puede calificarse como laudo en conciencia una decisión donde los árbitros identifican y estudian los elementos de juicio que la sustentan, comportamiento que descarta un criterio puramente personal sobre la solución del litigio; por el contrario, se dictó un fallo a partir de las pruebas que obraban en el proceso.

Por tanto, es inaceptable el reproche por la valoración innecesaria de los acuerdos de voluntades posteriores a los contratos que adicionaron en plazo el negocio inicial, aduciéndose que el dictamen pericial era la prueba “reina” para establecer los eventuales sobrecostos administrativos; es decir, el laudo no se anulará por este motivo, pues se trata de una diferencia de apreciación probatoria y no de una omisión de las obligaciones judiciales del tribunal.

c) Costas

La tercera razón por la que Metrolínea invocó la casual de fallo en conciencia se refiere a la condena en costas en su contra, porque de conformidad con el artículo

177 del Código Contencioso Administrativo, el juez podrá condenar a la parte vencida teniendo en cuenta la conducta asumida en el proceso.

No obstante, es evidente que por este aspecto el laudo tampoco se dictó en conciencia, toda vez que para decidir sobre las costas el tribunal de arbitramento se apoyó en el acervo probatorio y en el marco jurídico que tenía de referencia; aspectos que se verifican fácilmente en la providencia, pues para imponer esta condena el tribunal expresó que se orientó por el criterio de la estimación o desestimación de las pretensiones y por los gastos en que se incurrió, debidamente acreditados. Es decir, que ganar o perder el proceso fue el factor tenido en cuenta para definir las costas. En efecto, se expresó –fl. 343, cdno. ppal.-:

“Como quiera que el fallo es estimatorio de las pretensiones, con base en lo preceptuado en el artículo 171 del C.C.A. y 392 del C.P.C., la parte convocada debe asumir los gastos en que incurrió la parte Convocante por este concepto, así:

“Valor honorarios árbitros y Secretaria Tribunal	\$ 94.966.644 sin iva
“Gastos de funcionamiento del Tribunal	\$ 13.566.663 sin iva
“Gastos por desgravaciones	\$ 80.000
“Gastos del Tribunal	\$ 168.000
“Honorarios del perito	\$ 5.000.000
“Gastos de Protocolización	\$ <u>8.000.000</u>
“TOTAL COSTAS	\$ 121.781.307

“Estos valores corren a cargo de METROLÍNEA S.A., parte vencida en este proceso arbitral.”

Ahora, como lo indicó el tribunal, el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil faculta al juez para imponer la condena en costas a la parte vencida en el proceso –incluido el arbitral- o a quien se le resuelva desfavorablemente un recurso –apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación-. De otra parte, el artículo 171 del Decreto 01 de 1984 establece que “[e]n todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil.”

En este contexto, también se ajustó a las previsiones de los artículos 143 y 144 del Decreto 1818 de 1998 que regulan los gastos y los honorarios del tribunal, y definen el momento y proporción del pago. Por tanto, las normas señaladas permiten concluir que no se falló en conciencia, comoquiera que el tribunal resolvió, acertadamente, condenar a pagar las costas en función del criterio estimatorio de las pretensiones y a las evidencias que verificaron el gasto en que incurrió la convocante, lo cual refleja la obediencia del tribunal al régimen jurídico o marco de referencia del proceso y al acervo probatorio.

d) Ineficacia de renunciaciones válidas a reclamaciones

Para el recurrente la decisión en su contra relativa a la ineficacia de la cláusula de renuncia a reclamaciones -que suscribió con el contratista- "... es en sí mismo un fallo en derecho" –fl. 360, cdno. ppal.-.

Para la Sala la invocación de esta razón es muy confusa, y por lo expresado la exime de pronunciamiento, ya que además de que no estructuró el cargo, el impugnante declaró que la decisión sobre la inaplicabilidad de las cláusulas de los contratos adicionales que contenían la renuncia es un asunto *ajustado a derecho*, y a que se obedecieron los medios de conocimiento practicados en el proceso arbitral; de allí que se origina un gran desconcierto, porque Metrolínea en lugar de reprochar la decisión la considera ajustada a derecho, razón por la cual redundará más análisis, y la Sala entiende que no existe cargo que resolver.

3.2. Segundo Cargo -Causal No. 8-: “*Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido.*”

3.2.1. Generalidades sobre la causal

Esta causal protege la simetría que debe existir entre lo que las partes solicitan al juez y lo que éste decide, de manera que preserve el principio de la congruencia,

previsto en el art. 305 del Código de Procedimiento Civil⁵⁴, constituyendo un límite a la actividad judicial.

La causal se concreta en tres supuestos: i) cuando el Tribunal se pronuncie sobre aspectos que, según la Constitución y la ley, son ajenos a su conocimiento; ii) cuando las decisiones adoptadas en el laudo desborden la competencia delimitada por las partes, en el compromiso o cláusula arbitral y iii) cuando la decisión arbitral no es congruente con lo solicitado en la demanda o en la contestación, actuaciones que delimitan la relación jurídico-procesal, pues, de no ser así, el fallo sería *extra* o *ultra petita*. Sobre el tema, la jurisprudencia ha expresado:

“b. La causal legal de nulidad en estudio contempla dos tipos de supuestos: *) Por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a decisión y *) Por haberse concedido más de lo pedido, como pasa a explicarse:

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

- O cuando las materias del pacto de compromiso contienen controversias que no son transigibles por orden constitucional y legal; es decir cuando el laudo, en su materia de decisión, define contenciones por fuera de la competencia potencial máxima que pueden conocer los árbitros y
- O cuando la materia transigible sobre la cual se pronunciaron los árbitros no fue objeto del pacto de compromiso por las partes, es decir éstas no se la atribuyeron a los árbitros (fallo incongruente por decisión extrapetita).

=> Por haberse concedido más de lo pedido, este hecho de incongruencia del laudo se presenta cuando decidió sobre cuestiones que aunque son transigibles van más allá de las peticiones de la demanda (fallo *ultra petita*).⁵⁵

En igual sentido, esta Sección, en sentencia de junio 8 de 2006, expuso los aspectos que estructuran la presente causal. En esa oportunidad señaló:

“En otros términos, para que el laudo no sea susceptible de anulación por la causal en mención, debe estar en estrecha identidad con las pretensiones, los hechos y las excepciones

⁵⁴ Artículo 305 “La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley”.

⁵⁵ Sección Tercera. Sentencia de abril 4 de 2002, exp. 20.356.

sometidas a consideración en el proceso arbitral y dentro de los límites previstos en el pacto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso) celebrado por las partes y en la ley, fuentes éstas que otorgan y enmarcan la competencia de los árbitros.

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

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

“ii.) El laudo recayó sobre materias que no fueron contempladas en el pacto arbitral, de conformidad con lo acordado voluntariamente por las partes, en tanto, como se dijo, los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente son señalados por ellas en el objeto de la cláusula compromisoria o del compromiso.

“iii.) El laudo recayó sobre puntos no pedidos en la demanda o en su respuesta, es decir, no se refiere a los hechos y a las pretensiones formuladas en la demanda, ni a las excepciones alegadas, de manera que no resulta concordante, ni armónica con los extremos del proceso y, por ende, deviene en inconsonante o incongruente.”⁵⁶

De esta forma, la causal establece dos supuestos: primero, un pronunciamiento de los árbitros sobre aspectos que no son de su competencia, situación que, a su vez, se estructura en dos premisas: a) cuando el laudo se pronuncia sobre cuestiones intransigibles, según la Constitución y la ley, y b) cuando los árbitros desbordan la competencia otorgada por las partes -en el compromiso o cláusula arbitral-, así se trate de asuntos transigibles.

Según el segundo supuesto, los árbitros no pueden conceder más de lo pedido. Para definirlo el Consejo de Estado realiza un examen de la demanda y de la contestación, ya que son las pretensiones y los términos de la oposición los que definen el objeto del litigio y, por tanto, a ello se debe sujetar el Tribunal de Arbitramento, pues de extralimitarse proferirían una decisión *extra* o *ultra petita*, por tanto ajena al querer de las partes, quienes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, excluyen sus controversias del conocimiento de la justicia ordinaria, para

⁵⁶ Expediente 32.398.

ponerlas a consideración de particulares, investidos transitoriamente de la potestad de administrar justicia. En este sentido, también se ha dicho que:

“El aparte correspondiente a la causal de anulación “por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros”, se relaciona, entonces, con la extralimitación o exceso en la órbita de competencia que la Constitución y la Ley, el pacto o convención arbitral y la relación jurídico procesal que emana del propio conflicto particular que presentan las partes con la convocatoria del Tribunal, les otorga a aquellos como materia de conocimiento y decisión, por lo que se considera que contempla las siguientes hipótesis de configuración: 1. El laudo recayó sobre materias que no eran susceptibles de ser sometidas a arbitramento, por tratarse de asuntos que no eran de carácter transigible de acuerdo con la Constitución Política y la ley. 2. El laudo recayó sobre materias que no fueron contempladas en el pacto arbitral, de conformidad con lo acordado voluntariamente por las partes, en tanto, como se dijo, los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente son señalados por ellas en el objeto de la cláusula compromisoria o del compromiso. 3. El laudo recayó sobre puntos no pedidos en la demanda o en su respuesta, es decir, no se refiere a los hechos y a las pretensiones formuladas en la demanda, ni a las excepciones alegadas, de manera que no resulta concordante, ni armónica con los extremos del proceso y, por ende, deviene en inconsonante o incongruente.”⁵⁷

⁵⁷ Sentencia de 8 de junio de 2006. Exp. 32.398. También se ha sostenido al respecto –Sección Tercera, sentencia de 21 de marzo de 2007, exp. 32.841- que “Esta causal es idéntica a la contenida en el artículo 72, num. 4, de la ley 80 de 1993, y, al igual que la anterior, recoge dos supuestos perfectamente diferenciados. El recurrente se apoya en la primera parte de la norma, es decir, en el aspecto relativo a ‘haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros’.

“Sobre dicha causal la Sala entiende que el problema que allí se plantea no es otro que el de la congruencia del laudo, que se verifica con la comparación entre las pretensiones de la demanda y la parte resolutive del laudo. De tal manera que, en las decisiones *ultra petita* se enmarca este tipo de situaciones.

“Esta causal guarda consonancia con el artículo 305 del CPC, que establece que ‘No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda...’. Por tanto, el juez del recurso de anulación debe verificar si la parte resolutive de la decisión concedió más de lo pedido, para que pueda prosperar el recurso.

“Sobre esta causal la Sala ha dicho, en sentencia del 10 de agosto de 2001 –Rad. 11001-03-26-000-1998-5286-01(15.286) -, que:

“Las dos causales que sustentó el recurrente buscan garantizar el principio de congruencia de las providencias judiciales. Por tanto su prosperidad pende de acreditar que mediante el laudo se contrarió ese principio.

“El principio de congruencia del laudo garantiza la correspondencia entre lo pedido y lo decidido por el Tribunal de arbitramento; que la decisión proferida por el Tribunal se ajuste a la materia arbitral enunciada por las partes, puesto que son ellas quienes de manera expresa señalan los límites dentro de los cuales los árbitros pueden actuar válidamente. Si los árbitros hacen extensivo su poder jurisdiccional transitorio, a temas exógenos a los queridos por las partes, atentarán contra este principio, puesto que estarán decidiendo por fuera del concreto tema arbitral.

En este orden de ideas, sólo cuando el laudo no está en consonancia con los hechos, las pretensiones o las excepciones formuladas en la contestación de la demanda, se configura la causal, y debe anularse.

3.2.2. El caso concreto

La Sala analizará los dos aspectos propuestos por el recurrente, es decir, la decisión *extra petita* del laudo, en relación con: a) la inaplicación de las cláusulas relativas a la “renuncia a reclamaciones” por mayor permanencia en la obra; y b) el reconocimiento que hizo de presuntos sobrecostos administrativos, no pretendidos por la convocante -incluso excluidos expresamente del *petitum* de la demanda-.

a) Sobre el **primer aspecto**, la Sala advierte que el Tribunal de arbitramento no falló *extra petita*, cuando inaplicó las cláusulas relativas a la renuncia a reclamaciones por mayor permanencia en la obra, teniendo en cuenta lo siguiente:

i) Al contestar la demanda, Metrolínea propuso la excepción que denominó: “inexistencia de la obligación demandada por expresa renuncia que a reclamación alguna efectuaran los hoy actores”, medio de defensa que consistió en advertir que los mayores valores por la permanencia en la obra -que el

“Ha señalado la jurisprudencia que la incongruencia de las providencias judiciales, para efectos del recurso extraordinario de anulación, tiene ocurrencia cuando se presenta alguna de las siguientes hipótesis:

“- Cuando el laudo decide más allá de lo pedido, *ultra petita*.

“- Cuando en el laudo se decide sobre puntos no sometidos a litigio, *extra petita*.

“- Cuando el laudo omite pronunciarse sobre alguna de las pretensiones contenidas en la convocatoria del Tribunal de Arbitramento o sobre las excepciones propuestas por el demandado, *citra petita*.

(...)

“La congruencia de las providencias judiciales se busca entonces mediante el proceso comparativo entre la relación jurídico procesal y lo resuelto por el fallador, inconsonancia que sólo se da en presencia de una cualquiera de las hipótesis ya referidas que reflejen la carencia de la debida armonía entre las pretensiones y oposiciones y la decisión arbitral.

“Conforme a lo expuesto se deduce que la procedibilidad de las citadas causales que invocó el recurrente, pende de que se acredite la incongruencia del laudo arbitral; en otras palabras las causales invocadas se constituyen mediante la prueba de que: el laudo recayó sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros, no decidió asuntos sujetos a su conocimiento, o concedió más de lo pedido.”

demandante denominó costos indirectos-, fueron materia de renuncia expresa por parte del contratista, cuando suscribió el primer contrato adicional en plazo, y luego los demás. Concretamente sostuvo que acordaron, en la modificación No. 04 al contrato inicial, lo siguiente:

“El contratista manifiesta que renuncia a presentar cualquier clase de reclamaciones judiciales, extrajudiciales o administrativas por mayor permanencia en la obra, considerando que el plazo concedido es requerido para terminar la obra, el cual recoge y compensa factores que pudieron afectar el plazo inicial así como los mayores costos que puedan ocasionar por concepto de Plan de Manejo Ambiental y Plan de Manejo de Tráfico.” –fl. 330, cdno. ppal.-.

Con fundamento en esta cláusula, le propuso al tribunal de arbitramento que negara las pretensiones indemnizatorias del contratista, porque voluntariamente desistió de exigir las.

ii) Esta excepción fue resuelta –desde luego- por el tribunal, quien señaló: “[l]a disposición contenida en la CLAUSULA (SIC) SEGUNDA a todos los Contrato Modificatorios Nos. 1 de 5 de junio de 2009, No. 2 del 18 de noviembre de 2009, No. 3 del 31 de mayo de 2010, y No. 4 de 14 de septiembre de 2010, es contraria a los preceptos de los artículos 4 (numeral 8), 5 (numeral 1), 27 y 28 de la Ley 80 de 1993.” –fl. 326, cdno. ppal.-.

Acto seguido expuso, respecto de la cláusula, las consideraciones que a continuación se transcriben, calificando el pacto de ilegal –fls.326 a 328, cdno. ppal.-:

“En efecto, en la cláusula sub - examine, las partes pactaron que el contratista renunciaba expresamente a presentar cualquier clase de reclamación judicial, extrajudicial o administrativa por mayor permanencia en la obra, pero tal estipulación desconoce los mandatos imperativos atinentes a los deberes de las entidades estatales en la contratación y, a su turno, los derechos de los contratistas; además, desconoce los valores de equidad y de justicia (conmutativa), que informan a los contratos sinalagmáticos perfectos.

“Una cláusula contractual así concebida es, además, abusiva, porque propende por el favorecimiento de una de las partes en la relación contractual, sin que exista una justificación constitucional o legal válida.

“El artículo 5 (numeral 1) de la Ley 80 de 1993 dispone que, para la realización de los fines que se persiguen con la contratación estatal, los contratistas tienen derecho ‘...a recibir oportunamente la

remuneración pactada y a que el valor intrínseco se la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato...'

“El principio de equilibrio económico del contrato se concreta en mandatos jurídicos de orden imperativo, que fungen como límites de la autonomía de la voluntad de las partes y, por ello, no pueden ser desconocidos por éstas al momento de estructurar el contrato, porque, de lo contrario, se modificaría la naturaleza del mismo (conmutativo, oneroso, sinalagmático perfecto o bilateral perfecto, para convertirlo en aleatorio), de modo que, cuando las partes pactan en el contrato que el contratista renuncia a presentar reclamaciones judiciales o extrajudiciales por mayor permanencia en la obra, la disposición contractual no está acorde con los principios que informan nuestra legislación en punto de la contratación estatal, porque excede o desborda el marco de libertad que las partes tienen para autorregular la relación negocial, debido a que, de un lado, no es posible que ellas modifiquen la esencia o la naturaleza del contrato (conmutativo - aleatorio) y, de otro lado, no pueden concebir las disposiciones contractuales en contravía de los preceptos legales imperativos.

“En ese sentido, las partes sólo pueden renunciar a los derechos económicos cuando conocen realmente el grado de afectación, lo que, dicho en otros términos, significa que sólo pueden renunciar a tales derechos en el acta de liquidación bilateral del contrato, bien sea por la manifestación expresa en tal sentido o bien sea de manera tácita suscribiendo el documento sin salvedad de ninguna clase.

“Constituye un principio cardinal en la contratación estatal el mantener durante el desarrollo y la ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer (en caso de licitación) o de contratar (en caso de contratación directa, artículo 27, Ley 80 de 1993), equilibrio que se puede afectar por varios factores, entre ellos y haciendo alusión únicamente al aspecto económico, por la imprevisión en la ejecución del contrato. Cuando esto ocurre, la ley ordena utilizar los mecanismos de ajuste y revisión de precios (artículo 4 numeral 1, Ley 90 de 1993).

“El artículo 40 *ibidem* prevé que en los contratos que celebran las entidades estatales pueden incluirse las cláusulas que las partes consideren convenientes, pero la misma ley señala que las estipulaciones contractuales no pueden ser contrarias ‘... a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración’ y sucede, precisamente, que la estipulación contractual analizada desconocen las normas imperativas de los artículos 4 (numeral 8), 5 (numeral 1), 27 y 28 de la Ley 80 de 1993 y el principio de mantenimiento de la ecuación contractual.

“Por lo anterior, la cláusula de renuncia contenida en los Contratos Modificatorios Nos. 1 de 5 de junio de 2009, No. 2 de 18 de noviembre de 2009, No. 3 de 31 de mayo de 2010, y No. 4 del 14 de septiembre de 2010 del Contrato de Obra Pública No. 002 de 3 de

marzo de 2008, analizada, no será tenida en cuenta por este Tribunal, y, por tanto no prospera la excepción de merito (sic) propuesta.”

En consecuencia, el pronunciamiento judicial sobre este tema de ninguna manera se puede calificar de *extra petita*, puesto que fue la misma Metrolínea quien propuso el tema en el proceso, cuando pidió que se declare que las cláusulas citadas impedían al contratista demandar ante la jurisdicción. Por esto fue que el tribunal de arbitramento se pronunció, pero en sentido diferente al que interesaba al ahora impugnante, así que decidió lo que estaba sujeto a sus definición.

iii) Pese a lo anterior, Metrolínea recurre en anulación invocando la causal 8 del art. 163, toda vez que la “inaplicación de los apartes relativos a la renuncia por parte del contratista” no coinciden con las pretensiones de la demanda; comoquiera que en la parte resolutive de la decisión los árbitros no se pronunciaron sobre la invalidez de la cláusula; y porque aun cuando procediera la nulidad relativa de la cláusula, el tribunal no podía declararla de oficio, lo que a su juicio hizo.

A estas alturas de la argumentación la Sala advierte que también desestimaré el cargo, por las razones que a continuación se reiteran: en *primer lugar*, el tribunal se pronunció sobre materias sujetas a su decisión, pues a pesar de que la controversia generada por la cláusula de renuncia a reclamaciones no fue objeto de las pretensiones de la demanda –lo que era apenas lógico-, sí fue parte de los medios exceptivos de la convocada –lo que también era lógico-, es decir, quien le confirió a los árbitros la facultad de referirse al tema fue, precisamente, quien ahora actúa como recurrente, pidiendo que se anule el laudo. Desde este punto de vista resulta incomprensible la posición del recurrente.

En efecto, el tribunal no está limitado a atender los argumentos y peticiones de una de las partes, sino que, en garantía del derecho de defensa y contradicción, tiene la obligación de observar los cuestionamientos de la otra; en otros términos, el recurrente no puede lamentarse del pronunciamiento sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, porque el medio de excepción es idóneo para oponerse a las pretensiones, y por eso el juez debe pronunciarse sobre ellos.

Finalmente, el tribunal no necesitaba pronunciarse en la parte resolutive de la decisión sobre la inaplicabilidad de la cláusula, porque los árbitros llegaron a esta conclusión con el fin de determinar o no la prosperidad de la excepción de

“inexistencia de la obligación demandada por expresa renuncia que a reclamación alguna efectuaran los hoy actores”, aspecto que sí se resolvió, en los siguientes términos –fl. 344, cdno. ppal.-:

“Segundo: Declarar no probada la excepción propuesta por la parte convocada que denominó: **‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION DEMANDADA POR EXPRESA RENUNCIA QUE A RECLAMACION ALGUNA EFECTUARAN LOS HOY ACTORES’**”

Por lo expuesto, tampoco se accederá a la solicitud de anulación del laudo impugnado.

b) Sobre el **segundo aspecto** -reconocimiento de sobrecostos administrativos no pretendidos-, la Sala nuevamente advierte que el tribunal de arbitramento sí se pronunció sobre asuntos sujetos a su decisión, teniendo en cuenta el siguiente análisis:

i) El contratista, antes de formular las pretensiones de la demanda, precisó -con gran advertencia y cuidado- lo que a continuación se transcribe, expresión en la que se apoya el recurrente para justificar su solicitud de anulación –fl. 2, cdno. 1-:

“Antes de formular nuestras pretensiones queremos hacer ver al Honorable Tribunal que en el transcurso de este documento pueden apreciar que en ningún momento el ánimo es la obtención de un lucro al cual consideramos que tenemos derecho, sino que nuestras pretensiones están encaminadas exclusivamente a la RECUPERACION DE LOS DINEROS EFECTIVAMENTE GASTADOS por los conceptos que aquí se precisan. Es decir, que nos sea reintegrado el valor desembolsado por la Unión Temporal convocante, como consecuencia del incumplimiento en las obligaciones, lo cual generó obligaciones que no está en la obligación de soportar. No estamos solicitando el reconocimiento y pago de los dineros que ha debido percibir por concepto de ADMINISTRACION (A), como componente del AIU, durante todos los meses adicionales al plazo inicialmente fijado y que en el capítulo correspondiente nos permitimos liquidar. Simplemente estamos solicitando la cancelación de aquellos dineros que se encuentran en nuestra contabilidad y que fueron efectivamente cancelados.”

Sin embargo, esta no fue la única anotación contenida en la demanda que se refiere al tema. En el acápite denominado “CUANTIFICACIÓN DE MAYORES VALORES”, en que incurrió la convocante, se señaló que se incurrió en mayores costos administrativos por la mayor permanencia en la obra, y que estos serían

reclamados pero sólo en la medida y hasta el monto de lo efectivamente gastado.

En este sentido, afirmó:

“Como ha quedado establecido, el contratista por causas (sic) ajenas a su voluntad, se demoró en la terminación de la obra, un plazo mayor al inicialmente convenido, razón por la cual se acepta prórroga o adición y no se declaró incumplimiento o se impusieron multas. SI HUBIERA SIDO RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA, NO HUBIERA EXISTIDO LA PRORROGA (SIC) DE PLAZO Y SE HUBIERA DECLARADO EL INCUMPLIMIENTO O IMPUESTO LAS MULTAS DE MANERA OPORTUNA PARA CONMINAR AL CONTRATISTA A LA TERMINACIÓN. **Indudablemente, este mayor plazo del contrato incrementa los costos, porque se requiere la permanencia mayor en el tiempo, de una organización administrativa, incluso exigida por el Contratante, para poder, cumplir con la totalidad del objeto contratado. Estos costos indirectos se refieren, entre otros rubros, al personal, gastos administrativos, seguridad, pólizas, legalizaciones, servicios, gastos financieros, Plan de Manejo Ambiental, y de Gestión Social, Plan de manejo de tráfico, señalización y Desvíos.” (Resaltado fuera de texto)**

Esto significa, con gran claridad, que la nota de advertencia puesta antes de formular las pretensiones –en la que se apoya la impugnante para pedir la nulidad del laudo- no se debe leer sin contexto; más bien, para comprender su alcance, es decir, el que pretendía la convocante, se debe armonizar con la denominada “cuantificación de los mayores valores”, de donde surge con claridad que la advertencia significa que de esos costos administrativos no se pedirá el reconocimiento de la suma nominal declarada en la oferta –expresada en un porcentaje del valor del contrato-, sino la suma realmente pagada. En este sentido señaló –fl. 20, tomo 1-:

“Como ya lo manifestamos en la parte inicial de esta solicitud de convocatoria, nuestras pretensiones no tienen un ánimo de lucro, sino que las pretensiones se limitan a lo que realmente se debió invertir y que son gastos que están reflejados en la contabilidad de la UNIÓN TEMPORAL PUENTES y que se discriminan ítem por ítem en el cuadro que se anexa a esta solicitud. La sumatoria de estos valores asciende a la suma **de \$2.186.956.517.62 que es el valor total de nuestras pretensiones.**
(...)

“No obstante como lo expresamos nos permitimos anexar el cuadro de liquidación discriminando el componente de la Administración (A) dentro del AIU, que sería el valor correspondiente a la administración, liquidado de manera proporción al mayor valor de administración dentro del tiempo que debimos permanecer

terminando la obra por causas no imputables a nuestra condición de contratistas. **Este valor es de \$ 9.760.861.908=**

Esta interpretación de la demanda -que por cierto coincide con la del tribunal de arbitramento-, tiene respaldo decisivo en otro acápite de la misma, confirmando la comprensión del tema. Resulta que al concretar los “VALORES” de las pretensiones la convocante señaló con absoluta claridad que:

“... nos permitimos anexar el cuadro de liquidación discriminando el componente de la Administración (A) dentro del AIU, que sería el valor correspondiente a la administración, liquidado de manera proporcional al mayor valor de administración dentro del tiempo que debimos permanecer terminando la obra por causas no imputables a nuestra condición de contratistas...”

Esto significa que desde luego el contratista pretendía que Metrolínea pagara el sobrecosto de Administración (A) del AIU, por eso afirma que en el “cuadro” al que remite se discrimina ese componente.

Ahora, ese “Cuadro” -que se encuentra a folios 168 a 198 del cdno. 1- discrimina con detalle los sobrecostos que pidió la convocante, e identifica, entre otros conceptos, los pagos hechos por: honorarios a asesores jurídicos, servicios de contabilidad, consultorías y asesorías tributarias, pólizas de cumplimiento, equipos de computación y comunicación, gastos bancarios, asesoría ambiental y manejo de ruidos, alquiler de camionetas, equipos de oficina, procesamiento electrónico de datos, servicios públicos, transporte de materiales, fotocopias, entre otros -fls. 168 a 197, cdno. 1-, que ascienden a \$2.186'956.517,62, que corresponde exactamente a la suma pretendida por la convocante, en cuantía que -a su juicio- equivale, únicamente, a lo efectivamente gastado por concepto de sobrecostos por mayor permanencia en la obra.

Todos estos conceptos corresponden a la denominada Administración (A) del AIU, propia de los contratos de obra⁵⁸; por tanto, mal podría entenderse que este

⁵⁸ Para entender el concepto de Administración (A), su contenido y alcance como componente del AIU, en el libro *El Precio* se explica: “**b**). *La administración -A-* también se expresa como un porcentaje del valor del contrato, y oscila entre el 20% y el 22% de él, aunque perfectamente puede aumentar o disminuir. Con esta suma el contratista cubre parte de los costos indirectos del contrato, es decir, los que sin constituir el valor de los materiales, de la mano de obra, de la maquinaria y otros directamente relacionados con la inversión requerida para ejecutar la obra, de todos modos afectan su valor, porque el contratista necesariamente incurre en esos gastos para ejecutar el trabajo.

“Cuadro” identifica los costos que se reclaman por concepto de Administración, y pensar que no se reclaman los mayores costos de administración. Sería un contrasentido. Sencillamente la lectura que hace la parte impugnante es recortada, y desconoce que la demanda aclara con suficiencia el alcance de las pretensiones: la Administración, pero no en el porcentaje nominal expresado en la oferta, sino por el valor efectivamente gastado.

En razón a lo señalado, el cargo también será desestimado, porque el tribunal de arbitramento se pronunció sobre aspectos sujetos a su decisión.

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

“Que el porcentaje sea superior o inferior, o que para una empresa sea mayor o menor que para otra, depende de muchas razones, por ejemplo: del personal que se requiera en la obra –unas empresas emplean más o menos que otras-; de la magnitud del trabajo; de las cargas administrativas que cada empresa tiene –pensionados, convenciones colectivas y otros-; del tamaño de la misma –mientras más grande es la A tiende a ser mayor-; del costo de los campamentos; del transporte del personal; del sitio de las obras –si la empresa tiene domicilio en el lugar del trabajo su A tiende a ser menor, y si se encuentra en otra ciudad tiende a subir, por ejemplo porque el salario de los ingenieros se incrementa por los viáticos-.

“Para entender mejor el tema conviene especificar que entre los gastos que hacen parte de la A se encuentran: i) el pago de salarios y prestaciones sociales del personal profesional y especializado necesario para ejecutar la obra –es el caso del Director de obra, los arquitectos, ingenieros y contadores, eventualmente abogados u otros; pero no se incluyen los obreros-, ii) pago de salarios y prestaciones sociales del personal logístico y de apoyo no dedicado directamente a la ejecución del contrato –por ejemplo: las secretarías de la empresa, el servicio de cafetería, el mensajero, la vigilancia, los seguros, etc.- sin los que la empresa no puede funcionar; iii) pago de arrendamiento de las instalaciones necesarias para el funcionamiento de la empresa –oficinas y campamentos de la obra-; iv) pago de impuestos y gravámenes en general que afectan la actividad o el contrato; v) valor de las fotocopias, papelería en general y equipos de oficina, vi) transporte terrestre, tiquetes aéreos y arrendamiento de vehículos –distintos de la maquinaria que se emplea en la obra-, vii) pólizas del contrato, viii) pago de servicios públicos y otras comunicaciones –como el servicio celular- y ix) gastos en que se incurra para realizar ensayos de laboratorio.

“Este porcentaje del valor del contrato también lo determina cada oferente-contratista con libertad, pues a él incumbe establecer a cuánto ascienden sus gastos de administración, y si resultan superiores no puede exigir de la entidad, por esa sola circunstancia, un reembolso mayor al presupuestado, porque para ella se trataba de un dato indicativo sobre la manera como se halla el valor total de la obra, de ninguna manera determinante de la forma como se paga cada actividad. A la inversa sucede lo mismo, si el gasto es inferior al presupuestado la entidad no puede pagar menos de lo pactado, sino los precios unitarios acordados, que están afectados por la A –y dicho se de paso, también por la I y la U-.” (Fabián G. Marín Cortés. Editorial Jurídica Sánchez y Centro de Estudios de Derecho Administrativo -CEDA-. Medellín. 2012. Págs. 76 a 78)

Primero: Declárase infundado el recurso de anulación interpuesto por la parte convocante contra el laudo arbitral proferido el 12 de junio de 2013, por el Tribunal de Arbitramento constituido para resolver las diferencias surgidas entre las sociedades Ventanal Arquetipo S.A.; Industrias AVM S.A. y HB Estructuras Metálicas S.A. integrantes de la Unión Temporal Puentes 1 y Metrolínea S.A.

Segundo: Condénase a Metrolínea S.A. a pagar a favor de las sociedades Ventanal Arquetipo S.A.; Industrias AVM S.A. y HB Estructuras Metálicas S.A. integrantes de la Unión Temporal Puentes 1, la suma de veinte (20) salarios mínimos mensuales legales vigentes, por concepto de las costas de este proceso.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO G. OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Impedido