

RECURSO DE ANULACION LAUDO ARBITRAL - Metroplús S.A. y Construcciones el Cóndor S.A. / RECURSO DE ANULACION LAUDO ARBITRAL - Competencia del Consejo de Estado. Reiteración jurisprudencial / RECURSO DE ANULACION LAUDO ARBITRAL - Competencia del Consejo de Estado. Regulación normativa

El Consejo de Estado es competente para conocer del presente recurso de anulación contra laudo arbitral, por cuanto fue proferido para dirimir un conflicto surgido entre METROPLÚS S.A., que es una entidad pública, según da cuenta el certificado de existencia y representación legal de la Cámara de Comercio de Medellín de donde se desprende que se trata de una sociedad por acciones de orden municipal y la sociedad CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A., con ocasión del contrato 077 de 2006, cuyo objeto era “la construcción del corredor troncal de la Carrera 45 entre Calles 67 y 86 y adecuación de las carreras 44 y 46 entre las calles 67 y 9, en una longitud aproximada de 1.7 km de troncal y 5.0 km de adecuación.” La Sala tiene sentado que, en materia de competencia para resolver los recursos de anulación de laudos arbitrales, la Sección Tercera del Consejo de Estado puede conocerlos, porque esta atribución se la han conferido los artículos 128.5 CCA y el artículo 72 de la ley 80 de 1993., norma ésta reproducida por el artículo 230 del Decreto 1818 de 1998, el cual compila las diferentes normas relacionadas con los mecanismos de solución alternativa de conflictos; disposición que a su vez fue modificada por el artículo 22 de la Ley 1150 de 2007. De las normas anteriores se tiene que, tanto en vigencia del artículo 72 de la ley 80 de 1993, como con el artículo últimamente citado, la competencia para conocer de este recurso se radica en cabeza de esta Sección. De otra parte hay que decir que, el contrato No 077 de 2006 es de naturaleza estatal, en los términos del artículo 32 de la ley 80 de 1993, porque fue celebrado por una entidad pública - METROPLÚS S.A -, por lo que esta Corporación resulta competente para conocer la impugnación del laudo arbitral que se somete a su consideración, toda vez que con la expedición de la Ley 1.107 de 2.006, el Legislador asignó, a la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo, la competencia para juzgar las controversias en las cuales sean parte las “entidades públicas”.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 128.5 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 32 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 72 / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 230 / LEY 1150 DE 2007 - ARTICULO 22

RECURSO DE ANULACION LAUDO ARBITRAL - No es segunda instancia. Reiteración jurisprudencial

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

RECURSO DE ANULACION LAUDO ARBITRAL - Causales de anulación. Regulación normativa / RECURSO DE ANULACION LAUDO ARBITRAL - Causales de anulación. Reiteración jurisprudencial

Con anterioridad a la modificación que sufrió el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 por cuenta del artículo 22 de la Ley 1150 de 16 de julio de 2007, las causales de anulación de laudos arbitrales se encontraban previstas en dos normas: la primera en el citado artículo 72 aplicable a los contratos estatales; y la segunda en el artículo 38 del Decreto ley 2279 de 1989, para los contratos regidos exclusivamente por el derecho privado, compiladas ambas en los artículos 230 y 163 del Decreto 1818 de 1998, respectivamente. Además, según la jurisprudencia que desarrolló la Sala al amparo del texto original de la Ley 80 de 1993, las causales de anulación que resultaban aplicables a un contrato celebrado por una entidad pública pero regido por el derecho privado, debían ser las contenidas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998; en efecto, así lo señaló para cuando una empresa de servicios públicos de naturaleza estatal celebrara un contrato amparado por el derecho privado, en conformidad con los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994 Empero, este tema que motivó a la dualidad de causales de anulación de laudos arbitrales, se encuentra superado en la actualidad, por cuanto la Ley 1150 de 16 de julio de 2007, modificó en su artículo 22 el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, tal como se expuso en los incisos precedentes. Así las cosas, a partir de la vigencia del anterior precepto, se unificó el sistema de las causales para los recursos de anulación contra laudos ante el contencioso administrativo, en el sentido de que corresponden a las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, compilado en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, con independencia de que el contrato origen del conflicto dirimido en el respectivo laudo arbitral sea regido por el derecho privado o por el estatuto de contratación de la Administración Pública. En consecuencia, como quiera que en el sub examine tanto la expedición del laudo arbitral como la interposición del recurso extraordinario contra el mismo ocurrieron los días 30 de julio de 2010 y 04 de agosto del mismo año, respectivamente, esto es cuando se encontraba vigente la reforma al sistema de impugnación, entonces las causales de anulación que resultan aplicables son las establecidas por el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, que compiló el artículo 38 del Decreto ley 2279 de 1989.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 2279 DE 1989 - ARTICULO 38 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 72 / LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 31 / LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 32 / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163 / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 230 / LEY 1150 DE 2007 - ARTICULO 22 /

NOTA DE RELATORIA: En relación con las causales de anulación aplicables a un contrato celebrado por una entidad pública pero regido por el derecho privado, consultar sentencia de 24 de mayo de 2006, exp. 31024

FALLO EN CONCIENCIA - Noción. Definición. Concepto. Reiteración jurisprudencial / FALLO EN DERECHO - Noción. Definición. Concepto. Reiteración jurisprudencial

El fallo en conciencia se caracteriza porque el juez dicta la providencia sin efectuar razonamientos de orden jurídico, prescindiendo de las normas jurídicas y de acuerdo con su íntima convicción en relación con el deber ser y la solución recta y justa del litigio, luego de examinar los hechos, las pruebas y de valorar bajo su libre criterio y el sentido común las circunstancias de tiempo, modo y lugar que provocaron la controversia. De conformidad con reiterada jurisprudencia, el fallo en conciencia se presenta cuando el juez toma determinaciones siguiendo lo que le dicta su propio fuero interno, según su leal saber y entender, basado exclusivamente en el principio de la equidad, de manera que bien puede identificarse con el concepto de verdad sabida y buena fe guardada (“ex aequo et

bono”). En cambio, en el fallo en derecho el juez debe apoyarse en el ordenamiento jurídico, esto es, en el conjunto de normas sustanciales y procesales, así como en los principios que lo integran, que constituyen el marco de referencia en el que se ha de encuadrar su decisión. El Consejo de Estado respecto a esta causal ha sostenido, en diversas oportunidades, que el fallo en derecho debe observar el ordenamiento jurídico, de tal forma que el marco de referencia no podrá estar sino en él. Por tal razón, los árbitros se encuentran sometidos no sólo a las reglas adjetivas que regulan el proceso arbitral, sino a la normatividad sustantiva que rigen los derechos pretendidos. Por su parte, cuando el juez falla en conciencia, se mueve en un campo más amplio, porque, como lo dice la jurisprudencia, si actúa de esa manera tiene la facultad de decidir según su leal saber y entender. En consecuencia, solo cuando la sentencia deja de lado de manera protuberante y evidente, el marco jurídico sobre el cual tiene que moverse, podrá decirse que se está en presencia de un fallo en conciencia. Pero si el juez decide con fundamento o en apoyo del ordenamiento jurídico, el material probatorio allegado oportunamente al proceso y de conformidad a las reglas de la sana crítica, ese pronunciamiento será en derecho.

NOTA DE RELATORIA: Sobre fallo en conciencia y derecho, consultar sentencias de: 27 de abril de 1999, exp. 15623; 16 de abril de 2000, exp. 18411; 27 de abril de 1999, exp. 15623; 18 de mayo de 2000, exp. 17797; 8 de febrero de 2001, exp. 18411; 9 de agosto de 2001, exp. 19273; mayo 15 de 1992, exp. 5326; noviembre 12 de 1993, exp. 7809; junio 16 de 1994, exp. 6751; 24 de octubre de 1996, exp. 11632; mayo 18 de 2000, exp. 17797; agosto 23 de 2001, exp. 19090; junio 20 de 2002, exp. 19488; julio 4 de 2002, exp. 21217; 4 de julio de 2002, exp. 22012; agosto 1 de 2002, exp. 21041; noviembre 25 de 2004, exp. 25560; abril 28 de 2005, exp. 25811; junio 8 de 2006, exp. 32398; diciembre 4 de 2006, exp. 32871; marzo 26 de 2008, exp. 34071; mayo 21 de 2008, exp. 33643 y de mayo 13 de 2009, exp. 34525

ANULACION LAUDO ARBITRAL - Metroplús S.A. y Construcciones el Cóndor S.A / ANULACION LAUDO ARBITRAL - Decreto 1818 de 1998. Artículo 163. Numeral 6 / CAUSAL SEXTA - Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo / CAUSAL SEXTA - No prospera

El recurrente considera que el laudo se profirió en conciencia y no en derecho, incurriéndose en la causal de anulación invocada, porque (i) no se sometió previamente las divergencias a un conciliador; (ii) el domicilio del arbitramento y (iii) existió reconocimiento de interés por fuera de lo pactado. Este cargo no está llamado a prosperar, pues, como se advierte de la síntesis del recurso los reproches no están fundados en que el juez arbitral haya dictado su pronunciamiento sin apoyo en razonamientos de carácter jurídico, o que haya prescindido del marco legal aplicable a la litis, vale decir, que el pronunciamiento esté soportado en la íntima convicción o el fuero interno del fallador, o lo que es igual, en su personal criterio de justicia. (...) de lo expuesto por el recurrente, la sola lectura del laudo arbitral acusado, permite concluir sin hesitación alguna que el mismo se profirió en derecho y no en conciencia. En efecto, observa la Sala que el Tribunal Arbitral adoptó su decisión luego de un análisis en derecho (...) para que se configure la causal de anulación invocada por el censor, es necesario que sea manifiesta y ostensible la circunstancia de que el fallo se profirió en conciencia, o sea, con absoluto desconocimiento de las normas jurídicas y ausencia total de valoración del acervo probatorio que obra en el proceso. Sin embargo, verificado el contenido del laudo arbitral acusado salta a la vista todo lo contrario, esto es, que fue proferido con base en el derecho positivo vigente, dado que cumple con

los presupuestos de esa modalidad arbitral, por cuanto se encuentra estructurado en normas jurídicas y en las pruebas obrantes en el expediente, sin que sea menester entrar a juzgar en sede de este recurso extraordinario de anulación el acierto o desacierto de los razonamientos jurídicos de los árbitros, de la aplicación de la ley y del mérito que le otorgó al acervo probatorio, pues ello no está previsto dentro de las causales de anulación de laudos arbitrales, en conformidad con lo explicado al comienzo de la parte considerativa de esta providencia. 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. (...) Es preciso reiterar que el desarrollo de la autonomía negocial no puede llegar a suponer la modificación de las formas previstas en la ley para acceder a la jurisdicción y por ello las condiciones previas que las partes establezcan para intentar resolver sus eventuales diferencias no constituye un requisito previo para poder acceder a la administración de justicia (art. 229 CN, art. 2º de la Ley 270 de 1996 LEAJ). Las partes no está habilitadas para fijar, crear o convenir requisitos de procedibilidad que sólo pueden establecerse por vía legislativa. Síguese de todo lo anterior que la providencia recurrida fue proferida en derecho y no en conciencia, como adujo la convocada, motivo por el cual este cargo carece de fundamento y no prospera.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 229 / LEY 270 DE 1996 - ARTICULO 2 / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163.6

ANULACION LAUDO ARBITRAL - Causal Octava. Decreto 1818 de 1998. Artículo 163. Numeral 8 / LAUDO POR INCONSONANCIA - Causal octava. Descomposición semántica / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Aplicación

El laudo por inconsonancia atacable por esta causal, se puede descomponer semánticamente así: Por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a decisión, puede presentarse: (...) De acuerdo con el anterior criterio jurisprudencial, cabe precisar que la causal contenida en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, desarrolla de una parte, el principio de congruencia consagrado en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 1º, numeral 135 del Decreto-Ley 2282 de 1989, pues prevé los eventos de fallos o laudos ultra y extra petita, esto es, que deciden más allá o por fuera de la materia arbitral, y de otra, sanciona eventos en los cuales el tribunal de arbitramento obra sin competencia. En otros términos, para que el laudo arbitral no sea susceptible de anulación por la causal en mención, debe estar en estrecha identidad y resultar armónico con las pretensiones formuladas en la demanda, los hechos puestos en conocimiento por las partes en las oportunidades que el ordenamiento procesal contempla, y las excepciones que hubieren sido alegadas o resulten probadas; y dentro de los límites previstos en el pacto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso) celebrado por las partes, en la ley y en la Constitución Política, fuentes éstas que otorgan y enmarcan la competencia de los árbitros.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163.8 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 305 / DECRETO LEY 2282 DE 1989 - ARTICULO 1.135

ANULACION LAUDO ARBITRAL - Causal Octava. Decreto 1818 de 1998. Artículo 163. Numeral 8 / ORBITA DE COMPETENCIA - Extralimitación o exceso / CAUSAL OCTAVA - Hipótesis de configuración. Supuestos

El aparte correspondiente a la causal de anulación “por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros”, se relaciona, entonces, con la extralimitación o exceso en la órbita de competencia que la Constitución y la Ley, el pacto o convención arbitral y la relación jurídico procesal que emana del propio conflicto particular que presentan las partes con la convocatoria del Tribunal, les otorga a aquéllos como materia de conocimiento y decisión, por lo que se considera que contempla las siguientes hipótesis de configuración: iii) El laudo recayó sobre materias que no eran susceptibles de ser sometidas a arbitramento, por tratarse de asuntos que no eran de carácter transigible de acuerdo con la Constitución Política y la ley. ii) El laudo recayó sobre materias que no fueron contempladas en el pacto arbitral, de conformidad con lo acordado voluntariamente por las partes, o cuando así lo requiera o lo exija la ley, pues, como se dijo, los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente son señalados por ellas en el objeto de la cláusula compromisoria o del compromiso a condición claro está de que respeten el marco de la Constitución y la ley. El laudo recayó sobre puntos no pedidos en la demanda o en su respuesta, o que ordene la ley, es decir, no se refiere a los hechos y a las pretensiones formuladas en la demanda, ni a las excepciones alegadas o que resulten probadas, a las cuestiones que en forma oficiosa imponga el legislador, de manera que no resulta concordante, ni armónica con los extremos del proceso y, por ende, deviene en inconsonante o incongruente. De otra parte, es claro que en virtud de la filosofía del recurso de anulación de laudos, edificado por errores in procedendo y no in iudicando, el análisis de este vicio de construcción formal de la providencia debe realizarse de manera objetiva, es decir, verificar que formal y objetivamente el fallo se ajuste a las peticiones de las partes, para concluir si efectivamente en el laudo hubo un pronunciamiento de puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o se concedió más de lo pedido, pero no resulta dable, por la naturaleza de la causal que se estudia, examinar las consideraciones y los motivos determinantes que ha tenido el juzgador en su decisión.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163.8

ANULACION LAUDO ARBITRAL - - Metroplús S.A. y Construcciones el Cóndor S.A. / ANULACION LAUDO ARBITRAL - Decreto 1818 de 1998. Artículo 163. Numeral 8 / CAUSAL OCTAVA - Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido / CAUSAL OCTAVA - No prospera

Las censuras del recurrente no aluden realmente a ninguno de los supuestos de que trata la causal del No. 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1993. De la lectura del recurso, se infiere que el impugnante pretenden involucrar verdaderos reproches sobre el fondo de la controversia en una de las hipótesis previstas por la norma en cita: que el laudo recayó sobre puntos no sujetos a decisión de los árbitros previsto en el aparte primero. En lo que hace relación con los razonamientos del juez arbitral sobre la interpretación que hizo de los eventos compensables a partir de una labor hermenéutica de la cláusula 44, conviene insistir en que el recurso extraordinario de anulación no puede convertirse –como pareciera pretenderlo el recurrente- en una segunda instancia y así de esta manera lograr revivir el debate de fondo ya decidido. En ese orden de ideas, se impone concluir que en ninguno de los eventos planteados por el recurrente se configuró la causal, puesto que si bien el arbitraje, como mecanismo de

heterocomposición de conflictos, nace del ejercicio de la voluntad de las partes, la interpretación que se haga del compromiso a que se llegue en desarrollo de la autonomía negocial, no puede llegar a suponer una limitación a las atribuciones judiciales propias que -por ministerio de la Constitución- le han sido otorgadas transitoriamente a la justicia arbitral, en temas que son propios a la decisión del conflicto que se somete a su consideración, como son la interpretación de las cláusulas del contrato. Conforme a lo anterior, el cargo expuesto por los impugnantes no configura la causal de anulación de laudo arbitral prevista en el No. 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998. Por lo expuesto, el cargo no prospera.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163.8

ANULACION LAUDO ARBITRAL - Metroplús S.A. y Construcciones el Cóndor S.A. / ANULACION LAUDO ARBITRAL - Decreto 1818 de 1998. Artículo 163. Numeral 9 / CAUSAL NOVENA - Configuración / FALLO CITRA PETITA - Vicio in procedendo

La causal se configura cuando el fallador incurre en un vicio in procedendo que se conoce normalmente como fallo citra petita y que consiste en que aquel no resuelve sobre todas las pretensiones que se le presentaron en la demanda o no se pronuncia sobre las excepciones que propuso el demandado o que encontró probadas. (...) Para establecer si se ha incurrido en el yerro a que se refiere esta causal es suficiente comparar lo pretendido y lo excepcionado, o lo uno o lo otro, con lo resuelto. Esta causal y aquella de "Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido" (numeral 8 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 o numeral 4 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993), son expresión de la garantía al principio de congruencia de los fallos, contenido en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil (modificado por el artículo 1º numeral 135 del Decreto 2282 de 1989). En consecuencia, la misma se configura cuando el laudo no decide todos los puntos objeto de arbitramento y en este evento se predica que el mismo es mínima o citra petita respecto de las pretensiones, excepciones procesales y demás aspectos de la relación jurídica procesal (artículos 304, 305 y 306 del C. de P. Civil; 87 y 164 del C.C.A.).

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 304 / CODIGO PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 305 / CODIGO PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 306 / DECRETO 2279 DE 1989 - ARTICULO 38 / DECRETO 2282 DE 1989 - ARTICULO 1.135 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 164 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 87 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 72.4 / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163.9

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN LAUDOS ARBITRALES - Noción. Definición. Concepto / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN LAUDOS ARBITRALES - Aplicación

Postulado de acuerdo con el cual la decisión final de los árbitros debe resultar armónica, consonante y concordante con los hechos y las pretensiones formuladas en la demanda, y en las demás oportunidades procesales contempladas, y con las excepciones que resulten probadas o hubieren sido alegadas, cuando así lo requiera la ley, todo esto sometido a su consideración por la voluntad de las partes en el proceso arbitral dentro de los límites previstos en el pacto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso) celebrado por ellas y en la

ley, fuentes éstas que otorgan y enmarcan la competencia de los árbitros. En efecto, el principio de congruencia implica que en la decisión de los árbitros que ponga fin a un litigio debe existir una adecuación o perfecta simetría entre lo pedido y lo resuelto, de manera que puede verse afectada cuando el juez concede más allá de lo pedido (ultra petita); o cuando decide sobre puntos no sometidos al litigio (extra petita), o cuando concede menos de lo pedido o deja de pronunciarse sobre cuestiones sujetas al proceso (infra o citra petita). Así mismo, este principio exige que el fallo de los árbitros recaiga sobre puntos que sean susceptibles de decisión, por ser materias constitucional y legalmente transigibles y que se encuentre dentro del objeto del pacto compromisorio que otorga la competencia a los árbitros para conocer y pronunciarse en relación con la materia que voluntariamente las partes les han confiado para su decisión, de manera que los quebrantos a esa regla de atribución por exceso o por defecto, se encuentran tipificados como hechos pasibles para la invocación de las causales previstas en la legislación para censurar estos eventos (numerales 8 y 9 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 o numerales 4 y 5 del artículo 72- original- de la Ley 80 de 1993). Por consiguiente, los árbitros en los precisos términos y límites del pacto arbitral y la ley, están en la obligación de decidir y proveer sobre cada uno de los extremos del litigio bajo su conocimiento y que surgen de las pretensiones y hechos de la demanda, como de las excepciones del demandado. Lo anterior con el objeto de que el fallo garantice la debida correspondencia con lo que se pide en la demanda, los hechos en que se fundan esas pretensiones y las excepciones que aparecen probadas, so pena de que ante una omisión incurra la providencia en la citada causal de nulidad (numerales 8 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989).

FUENTE FORMAL: DECRETO 2279 DE 1989 - ARTICULO 38.8 / DECRETO 2279 DE 1989 - ARTICULO 38.9 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 5 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 72.4

ANULACION LAUDO ARBITRAL - Decreto 1818 de 1998. Artículo 163. Numeral 9 / CAUSAL NOVENA - Análisis, competencia y naturaleza jurídica

Esta causal de anulación (“no haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”), debe ser analizada conforme a la 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 los árbitros como materia de conocimiento y decisión. De otra parte, es claro que en virtud de la filosofía del recurso de anulación de laudos, edificado por errores in procedendo y no in iudicando, el análisis de este vicio de construcción formal de la providencia debe realizarse de manera objetiva, es decir, verificar que formal y objetivamente el fallo se ajuste a las peticiones de las partes, independientemente de si éste es acertado o erróneo, para concluir si efectivamente se presentó o no una omisión de decidir algún extremo de la litis, pero no resulta dable por la naturaleza de la causal que se estudia, examinar las consideraciones y los motivos determinantes que ha tenido el juzgador en su decisión. Así, frente al cuestionamiento que se hace en punto de la no liquidación del contrato, se advierte no una falta de decisión sino, más bien, un pronunciamiento adverso al petitum formulado.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163.9

ANULACION LAUDO ARBITRAL - Metroplús S.A. y Construcciones el Cóndor S.A. / ANULACION LAUDO ARBITRAL - Decreto 1818 de 1998. Artículo 163.

Numeral 9 / CAUSAL NOVENA - No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento / CAUSAL NOVENA - No prospera

Aunque el contrato no fue objeto de liquidación, como era lo pretendido por el convocante, el juez arbitral decidió que las condenas que se decretaron en el laudo se incorporasen a la liquidación. Por lo mismo, la resolución adoptada en este punto por el juez arbitral no supuso violación del principio de congruencia, en la medida en que decisión sobre la materia sí hubo, sólo que a ella no se accedió en los términos planteados en la demanda arbitral. La decisión de los árbitros fue entonces consonante con las pretensiones, sólo que su concordancia no puede determinarse en cuanto que se acceda totalmente a lo pedido. Hubo, como lo puso de presente en su concepto el Agente del Ministerio Público, un pronunciamiento respecto de la pretensión, sólo que ella acogió parcialmente la petición. En tal virtud, no le asiste razón al recurrente cuando afirma que en este caso se configura la causal invocada y, de consiguiente, tampoco tiene vocación de prosperidad. Adicionalmente, el recurso termina admitiendo que sí hubo decisión sobre la liquidación, sólo que ésta es "confusa", "incongruente" y por lo tanto "contradictoria", eventos todos ellos que no permiten atacar el laudo por inconsonancia, como lo impone la causal en comento. Esta misma Corporación en la Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección "B", en pronunciamiento anterior al decidir un caso parecido al que hoy ocupa la atención de la Sala, en donde era parte la misma entidad convocada METROPLÚS S.A., y se discutían los mismos aspectos que aquí se cuestionan, asumió la misma posición que se está adoptando en este laudo. De manera que no hay duda que el juez arbitral sí se pronunció sobre la liquidación del contrato y decidió que las condenas relacionadas en el numeral 9º de la parte resolutive se incorporasen a la liquidación. Por lo tanto, la resolución adoptada en este punto por el juez arbitral no supuso violación del principio de congruencia, en la medida en que la decisión de los árbitros fue entonces consonante con las pretensiones de la demanda. En tal virtud, no le asiste razón al recurrente cuando afirma que en este caso se configura la causal invocada y, de consiguiente, tampoco tiene vocación de prosperidad. El cargo se despacha negativamente.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163.9

NOTA DE RELATORIA: Consultar sentencia de 6 de septiembre de 2011, exp. 39982

RECURSO DE ANULACION LAUDO ARBITRAL - Liquidación de costas/ LIQUIDACION DE COSTAS - No aparecen acreditados los gastos / AGENCIAS EN DERECHO - Pago

El inciso tercero del artículo 165 del Decreto 1818 de 1989 dispone que si ninguna de las causales prospera, se declarara infundado el recurso y se condenará en costas al recurrente. Por su parte el inciso primero del citado artículo prevé que en la misma sentencia se liquidarán las costas y condenas a cargo de las partes. En este asunto no aparecen acreditados expensas o gastos que se hubieren efectuado con ocasión del recurso de anulación, razón por la cual sólo habrá lugar al pago de las agencias en derecho que en este caso se estiman en la suma de DOCE MILLONES DE PESOS (\$12.000.000), a cargo del recurrente.

NOTA DE RELATORIA: Con salvamento de voto del doctor Enrique Gil Botero y Aclaración del voto del doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA
SUBSECCION C

Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil doce (2012)

Radicación número: 11001-03-26-000-2010-00054-00(39549)

Actor: METROPLUS S.A.

Demandado: CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A.

Referencia: RECURSO DE ANULACION LAUDO ARBITRAL

Procede la Sala a resolver el recurso de anulación interpuesto por la sociedad **METROPLÚS S.A.**, contra el laudo arbitral del 30 de julio de 2010 proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido con el fin de dirimir las controversias surgidas entre la referida sociedad y **CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A.**, con ocasión del contrato No 077 del 5 de junio de 2006, mediante el cual se tomaron las siguientes decisiones:

“PRIMERO.- Declarar no fundadas las objeciones por error grave presentadas por la parte convocada contra el dictamen contable.

SEGUNDO.- Declarar no fundadas las objeciones por error grave presentadas por la parte convocada contra el dictamen técnico.

TERCERO.- Declarar que **METROPLÚS S.A.** incumplió con las obligaciones legales y contractuales de planeación y de suministrar adecuada información en su condición de entidad contratante para la ejecución del contrato No. 077 de 2006, suscrito con la sociedad **CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A.**

CUARTO.- Declarar que se presentaron circunstancias que constituyen eventos compensables en los términos de la Cláusula 44 de las Condiciones del Contrato.

QUINTO.- Condenar a **METROPLÚS S.A.** a pagar a **CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A.**, la suma de **DOS MIL TRESCIENTOS VEINTICINCO MILLONES CIENTO TREINTA Y SIETE MIL SETECIENTOS SESENTA PESOS (\$ 2.325.137.760)**, por concepto de perjuicios por daño emergente y lucro cesante, derivados del incumplimiento de la entidad pública, generados por la mayor permanencia del contratista en la obra, según lo definido en la parte motiva del laudo.

SEXTO.- Negar la revisión del precio de la loseta táctil.

SÉPTIMO.- Condenar a **METROPLÚS S.A.** a pagar a **CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A.**, la suma de **VEINTIOCHO MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA MIL SEISCIENTOS DOS PESOS (\$28.840.602)** por concepto del pago tardío de las Actas mensuales de obra Nos. 03, 16, 17 y 18, según lo definido en la parte motiva del laudo.

OCTAVO.- Condenar a **METROPLÚS S.A.** a pagar a **CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A.**, la suma de **TREINTA Y UN MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS ONCE (\$ 31.944.911)**, por concepto del reintegro tardío de la segunda mitad de la retención del 3% sobre las Actas Mensuales de Obra, según lo definido en la parte motiva del laudo.

NOVENO.- Ordenar que en la liquidación del Contrato No 077 de 2006, se incluya a cargo de **METROPLÚS S.A.**, y a favor de **CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A.**, las siguientes sumas de dinero, correspondientes a los puntos quinto, séptimo y octavo anteriores:

- **DOS MIL TRESCIENTOS VEINTICINCO MILLONES CIENTO TREINTA Y SIETE MIL SETECIENTOS SESENTA PESOS (\$ 2.325.137.760)**, por concepto de sobrecostos administrativos durante el período de la mayor permanencia.

- **VEINTIOCHO MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA MIL SEISCIENTOS DOS PESOS (\$ 28.840.602)**, por concepto del pago tardío de las actas mensuales de obra Nos 03, 16, 17 y 18.
- **TREINTA Y UN MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS ONCE (\$ 31.944.911)**, por concepto del reintegro tardío de la retención del 3% sobre las actas mensuales de obra.

Las cifras anteriores corresponden a los conceptos de daño emergente y lucro cesante, según lo definido en la parte motiva del laudo, comienzan a causar intereses moratorios a partir de la ejecutoria de esta providencia según lo dispuesto en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

DÉCIMO.- Condenar a **METROPLÚS S.A.** a pagar a **CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A.**, la suma de **CIENTO TREINTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y TRES MIL NOVENTA PESOS (\$ 137.733.090)**, por concepto de costas del proceso, según lo definido en la parte motiva del laudo. Esta cifra comienza a causar intereses moratorios a partir de la ejecutoria de esta providencia según lo dispuesto en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

DÉCIMO PRIMERO.- Negar las demás pretensiones y excepciones formuladas por las partes.

DÉCIMO SEGUNDO.- Ordenar la devolución a las partes, en proporciones iguales, de las sumas no utilizadas de la partida "Protocolización, registro y otros", si a ello hubiere lugar.

DÉCIMO TERCERO.- Ordenar la protocolización del expediente en una de las notarías del círculo de Bogotá, cuyo costo se cubrirá con las sumas dispuestas por el Tribunal para tal fin.

DÉCIMO CUARTO.- Ordenar la expedición de copias auténticas de este laudo, con las constancias de ley, con destino a cada una de las partes y al señor agente del Ministerio Público".

El recurso será declarado infundado y por ende la solicitud de anulación del laudo arbitral será negada.

I. ANTECEDENTES

1. El contrato

Entre **METROPLÚS S.A.** y **CONSTRUCCIONES EL CÓNDROR S.A.**, se celebró el 5 de junio de 2006, el contrato No. 077, cuyo objeto es “la construcción del corredor troncal de la Carrera 45 entre Calles 67 y 86 y adecuación de las carreras 44 y 46 entre las calles 67 y 9, en una longitud aproximada de 1.7 km de troncal y 5.0 km de adecuación.”.

2. El pacto arbitral

En el referido Contrato, las partes pactaron en el numeral 25.3 de los Datos del Contrato Anexo 2, cláusula compromisoria que fue modificada por los representantes legales de las partes en la audiencia celebrada en este trámite arbitral el 9 de febrero de 2009, como consta en el Acta No 5, para resolver las diferencias que surjan durante la ejecución, terminación o liquidación del contrato, serán sometidas a la decisión de tres árbitros nombrados por la Sociedad Colombiana de Ingenieros. El fallo se dictará en derecho y atendiendo el procedimiento consagrado en el Decreto 1818/98 o en las normas que lo modifiquen, sustituyan o adicionen. El arbitraje tendrá sede en la ciudad de Bogotá”.

3. La demanda arbitral

El 16 de septiembre de 2008 la sociedad **CONSTRUCCIONES EL CÓNDROR S.A.**, a través de apoderado judicial, presentó ante el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, solicitud de convocatoria de un Tribunal de Arbitramento y demanda contra la Sociedad **METROPLÚS S.A.**, con el fin de solucionar las diferencias surgidas entre las

partes en relación con el Contrato n.º 077 de junio 5 de 2006 (fls. 1 a 120 c. ppal. n.º 1).

Al efecto, solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“1. Que se declare que **METROPLÚS S.A.** incumplió las obligaciones contractuales y legales que le eran exigibles en su calidad de Entidad Contratante durante la ejecución del Contrato No. 077 de 2006 que tuvo por objeto “la construcción del corredor troncal de la Carrera 45 entre Calles 67 y 86 y adecuación de las carreras 44 y 46 entre las calles 67 y 9, en una longitud aproximada de 1.7 km de troncal y 5.0 km de adecuación, el cual fue celebrado con la sociedad **CONSTRUCCIONES EL CÓNDROR S.A.**,

2. En subsidio de la anterior declaración, solicitamos que se declare que por razones ajenas a la sociedad **CONSTRUCCIONES EL CÓNDROR S.A.**, se rompió en su contra el equilibrio económico del contrato No. 077 de 2006 que tuvo por objeto “la construcción del corredor troncal de la Carrera 45 entre Calles 67 y 86 y adecuación de las carreras 44 y 46 entre las calles 67 y 9, en una longitud aproximada de 1.7 km de troncal y 5.0 km de adecuación.

3. Que en cualquiera de los casos anteriores se declare que se presentaron circunstancias que constituyen eventos compensables en los términos de la cláusula 44 de las Condiciones del Contrato que forman parte del contrato No 077 de 2006.

4. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a **METROPLÚS S.A.** a pagar a la sociedad **CONSTRUCCIONES EL CÓNDROR S.A.**, la totalidad de los perjuicios sufridos, tanto por concepto de daño emergente como de lucro cesante pasado y futuro, a causa del incumplimiento de las obligaciones de **METROPLÚS S.A.**, el cual generó un mayor plazo con respecto del contratado inicialmente, lo que ocasionó perjuicios como son los mayores costos administrativos, mayores costos de equipo y mano de obra directa y costos financieros derivados de la recuperación tardía para el Contratista tanto de estos costos fijos como de la retención de garantía, perjuicios que también fueron sufridos por el Subcontratista M y Z que participó en la relocalización de las redes húmedas del proyecto, perjuicios que estimamos en la suma de \$ 3.514'702.373 de acuerdo con lo expresado en el capítulo

correspondiente a la estimación razonada de la cuantía. En todo caso el Tribunal deberá condenar al pago de los perjuicios que realmente se acrediten en el proceso, así sean mayores a los solicitados.

5.- Que se revise el precio del ítem 9.06 correspondiente a la faja en Loleta Táctil guía para invidentes que por decisión de **METROPLÚS S.A.**, cambió de especificación y a pesar de esto la pagó al precio del contrato sin reconocer el costo que originaba el cambio de especificaciones y en consecuencia se condene a **METROPLÚS S.A.** a pagar la diferencia entre el valor revisado y el valor pagado, la cual estimamos en la suma de \$ 138'610.905.

6. Que se declare que **METROPLÚS S.A.** pagó tardíamente a **CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A.**, algunos de los certificados de pago mensuales presentados por el Contratista, razón por la cual adeuda intereses de mora al Contratista los que se estiman en la suma de \$ 27'991.265.

7.- Que para efectos de ser incorporado en la liquidación del contrato que deberá realizar el Tribunal de Arbitramento, se declare que **METROPLÚS S.A.**, le adeuda al Contratista los siguientes valores que ya fueron reconocidos directamente por la entidad o a través de su supervisor y que por tanto no están en discusión:

001 Trabajos reconocidos en la zona de la Bermejala \$ 10'078.900

002 Publicidad Vallas \$ 7'851.450 “

003 Implementación plan manejo ambiental 12 feb al 15 de Marzo.

\$ 3'582.201

004 Intereses de mora \$ 7'980.125 (que se descontaran del mayor valor que por concepto de intereses reconozca este Tribunal en desarrollo de la petición No 6).

007 Evento compensable No 1 \$ 256'177.207

(Que corresponde a un reconocimiento parcial realizado por **METROPLÚS S.A.**, por concepto de costos por mayor permanencia y que por tanto se descontarán de la suma que el Tribunal reconozca en desarrollo de la petición No 4).

009 Obra básica. Acta 19 Final \$ 259'982.321.

010 Reajuste Acta 19 Final \$ 47'745.232

TOTAL \$ 593'397.455

8.- Que también para efectos de ser incorporado en la liquidación del contrato que deberá realizar el Tribunal de Arbitramento, se declare que **METROPLÚS S.A.**, le adeuda al Contratista el valor correspondiente al saldo de la retención en garantía que se efectuó por parte de **METROPLÚS S.A.**, durante la ejecución del contrato, en desarrollo de la cláusula 48 de los Datos del Contrato y que asciende a la fecha de \$ 369'329.681 que aún no le ha sido reintegrada a **CONSTRUCCIONES EL CÓNDROR S.A.**, suma que deberá ser reintegrada actualizando su valor hasta la fecha de expedición del laudo y reconociendo además la correspondiente compensación por concepto de lucro cesante ocasionado entre la fecha en que debió haberse efectuado el reintegro y la fecha de expedición del laudo, calculado a la tasa de interés bancario corriente vigente en dicho período.

9.- Que se liquide el contrato No. 077 de 2006 celebrado entre **CONSTRUCCIONES EL CÓNDROR S.A. y METROPLÚS S.A.**, el cual tuvo por objeto la construcción del corredor troncal de la Carrera 45 entre Calles 67 y 86 y adecuación de las carreras 44 y 46 entre las calles 67 y 9, en una longitud aproximada de 1.7 km de troncal y 5.0 km de adecuación, y se defina el monto del saldo a favor de **CONSTRUCCIONES EL CÓNDROR S.A.**, incluyendo, además de las condenas solicitadas en los numerales 4, 5 y 6, las obligaciones a que se hace referencia en los numerales 7 y 8 de las pretensiones, cuyo pago ha sido supeditado a la firma del Acta de liquidación, todo esto en

concordancia con las sumas que se relacionan en el capítulo correspondiente de la estimación razonada de la cuantía.

Peticiones comunes a las anteriores pretensiones

1.- Que se condene a **METROPLÚS S.A.**, a pagar debidamente actualizadas las sumas a que resulte condenada, actualizándolas entre la fecha en que se incurrió en el gasto o en que se debió haber pagado el precio según el caso, y la fecha del laudo arbitral.

2.- Que para compensar el lucro cesante ocasionado por las sumas de dinero no reconocidas oportunamente, se reconozca a favor del contratista una suma equivalente al interés bancario corriente, desde la fecha en que se incurrió en el gasto o la fecha en que se debió haber pagado el precio según sea el caso, y la fecha del laudo arbitral.

3. Que a partir de la ejecutoria del laudo arbitral se reconozcan intereses moratorios al máximo previsto en el artículo 884 del Código de Comercio, en concordancia con el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

4.- Que se condene en costas a **METROPLÚS S.A.**

4. Integración del Tribunal y admisión de la demanda

El 19 de noviembre de 2008 se celebró la audiencia de instalación del Tribunal y se decidió admitir la demanda.

5. El laudo arbitral recurrido

El Tribunal de Arbitramento, en audiencia celebrada el 30 de julio de 2010 (fls. 197 a 338 c. del recurso de anulación), dictó el laudo que se recurre, en el que se adoptaron las decisiones arriba transcritas, con base en las siguientes consideraciones.

Luego de estudiar la ley aplicable al caso, se ocupó de las objeciones formuladas a los dictámenes periciales para negarlas. En cuanto a las pretensiones de la convocatoria, estudió (i) las relativas al incumplimiento de las obligaciones contractuales, especialmente en lo que toca a la no entrega de los diseños; (ii) la “no entrega de predios y entrega desordenada”, (iii) el cambio de condiciones de la obra; (iv) sobre el cambio de diseño de la obra; (v) mayor cantidad de obra; (vi) la solicitud relacionada con la liquidación del contrato.

A continuación, procedió a pronunciarse sobre todas y cada una de las excepciones de fondo formuladas (incompetencia del Tribunal de Arbitramento, inexistencia de causal de evento compensable; cumplimiento y diligencia de **METROPLÚS**; inepta demanda; falta de legitimación en la causa por activa; indebida representación y ausencia de poder; indebida acumulación de pretensiones; petición antes de tiempo; inexistencia de desequilibrio económico o daño o perjuicio; pago; ausencia de pruebas y la “genérica”). Finalmente, condenó en costas a **METROPLÚS S.A.**

6. La impugnación

Inconforme con la decisión tomada en el laudo arbitral, oportunamente la parte convocada., formuló el 04 de agosto de 2010 recurso de anulación contra el mismo, el cual fue sustentado el 23 de septiembre de 2010 (fls. 388 y 389 y 393 a 447 c. del recurso de anulación). Se propusieron tres causales:

(i) Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo;

(ii) Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido;

(iii) No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.

7. El concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público, a través del Procurador Cuarto Delegado ante el Consejo de Estado, dentro del traslado especial, presentó concepto, en el que una vez expuestos los antecedentes del recurso extraordinario de anulación, consideró que debía declararse infundado (fls. 654 a 681 c. ppal. del recurso de anulación).

II. CONSIDERACIONES

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

1. Competencia

El Consejo de Estado es competente para conocer del presente recurso de anulación contra laudo arbitral, por cuanto fue proferido para dirimir un conflicto surgido entre **METROPLÚS S.A.**, que es una entidad pública¹, según da cuenta el certificado de existencia y representación legal de la Cámara de Comercio de Medellín de donde se desprende que se trata de una sociedad por acciones de orden municipal (original fls. 157 a 161 c. ppal. No 1.) y la sociedad **CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A.**, con ocasión del contrato 077 de 2006, cuyo objeto era “la construcción del corredor troncal de la Carrera 45 entre Calles 67 y 86 y adecuación de las carreras 44 y 46 entre las calles 67 y 9, en una longitud aproximada de 1.7 km de troncal y 5.0 km de adecuación.”

¹ Gestora y titular del sistema integrado de transporte masivo de pasajeros de mediana capacidad en el Valle de Aburrá.

La Sala tiene sentado que, en materia de competencia para resolver los recursos de anulación de laudos arbitrales, la Sección Tercera del Consejo de Estado puede conocerlos, porque esta atribución se la han conferido los artículos 128.5 CCA² y el artículo 72 de la ley 80 de 1993., norma ésta reproducida por el artículo 230 del Decreto 1818 de 1998, el cual compila las diferentes normas relacionadas con los mecanismos de solución alternativa de conflictos; disposición que a su vez fue modificada por el artículo 22 de la Ley 1150 de 2007³.

De las normas anteriores se tiene que, tanto en vigencia del artículo 72 de la ley 80 de 1993, como con el artículo últimamente citado, la competencia para conocer de este recurso se radica en cabeza de esta Sección.

De otra parte hay que decir que, el contrato No 077 de 2006 es de naturaleza estatal, en los términos del artículo 32 de la ley 80 de 1993⁴, porque fue celebrado

² ARTÍCULO 128 C.C.A. Subrogado por el artículo 36 de la Ley 446 de 1998. "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 ARTÍCULO 22. Ley 1150 de 2007. DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA EL LAUDO ARBITRAL. El artículo 72 de la Ley 80 de 1993, quedará así: "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". (Negrillas fuera de texto).

⁴ "ARTICULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. 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: (...)"

por una entidad pública - **METROPLÚS S.A** -, por lo que esta Corporación resulta competente para conocer la impugnación del laudo arbitral que se somete a su consideración, toda vez que con la expedición de la Ley 1.107 de 2.006, el Legislador asignó, a la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo, la competencia para juzgar las controversias en las cuales sean parte las “entidades públicas”⁵.

2. Del arbitramento y del recurso de anulación

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

De otra parte, conviene también puntualizar que, con anterioridad a la modificación que sufrió el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 por cuenta del artículo 22 de la Ley 1150 de 16 de julio de 2007, las causales de anulación de laudos arbitrales se encontraban previstas en dos normas: la primera en el citado artículo 72 aplicable a los contratos estatales; y la segunda en el artículo 38 del Decreto ley 2279 de

⁵ “Artículo 1°. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedará así: “*Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley (...)”.* (Subraya la Sala). Así, al modificarse la cláusula general de competencia prevista en el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, se adoptó un criterio orgánico, o lo que es igual, la competencia se fijó conforme a un elemento subjetivo, de acuerdo con el cual el factor para efectos de atribuir la competencia es la pertenencia de uno de los sujetos procesales a la estructura del Estado, abandonando así el factor funcional o material.

1989, para los contratos regidos exclusivamente por el derecho privado, compiladas ambas en los artículos 230 y 163 del Decreto 1818 de 1998, respectivamente.

Además, según la jurisprudencia que desarrolló la Sala al amparo del texto original de la Ley 80 de 1993, las causales de anulación que resultaban aplicables a un contrato celebrado por una entidad pública pero regido por el derecho privado, debían ser las contenidas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998; en efecto, así lo señaló para cuando una empresa de servicios públicos de naturaleza estatal celebrara un contrato amparado por el derecho privado, en conformidad con los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994⁶.

Empero, este tema que motivó a la dualidad de causales de anulación de laudos arbitrales, se encuentra superado en la actualidad, por cuanto la Ley 1150 de 16 de julio de 2007, modificó en su artículo 22 el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, tal como se expuso en los incisos precedentes

Así las cosas, a partir de la vigencia del anterior precepto⁷, se unificó el sistema de las causales para los recursos de anulación contra laudos ante el contencioso administrativo, en el sentido de que corresponden a las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, compilado en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, con independencia de que el contrato origen del conflicto dirimido en el respectivo laudo arbitral sea regido por el derecho privado o por el estatuto de contratación de la Administración Pública.

En consecuencia, como quiera que en el *sub examine* tanto la expedición del laudo arbitral como la interposición del recurso extraordinario contra el mismo ocurrieron los días 30 de julio de 2010 y 04 de agosto del mismo año,

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 24 de mayo de 2006, exp. 31.024, C.P. Alier Hernández Enríquez.

⁷ Vigente en la mayor parte de su articulado, incluyendo el citado, a los seis (6) meses después de su promulgación, de acuerdo con lo previstos en el artículo 33 de la citada ley, esto es, desde el 17 de enero de 2008.

respectivamente, esto es cuando se encontraba vigente la reforma al sistema de impugnación, entonces las causales de anulación que resultan aplicables son las establecidas por el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, que compiló el artículo 38 del Decreto ley 2279 de 1989.

3. Del recurso de anulación en el caso concreto

El laudo arbitral de 30 de julio de 2010 impugnado no será anulado, decisión que se fundamentará en el análisis de los cargos formulados por la recurrente y de la sustentación presentada en el término previsto por la ley⁸, teniendo en cuenta los criterios que la jurisprudencia de la Sala ha adoptado en torno a las causales de anulación de laudos arbitrales.

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

3.1.1. Sustentación del recurso por METROPLÚS S.A.

La configuración de esta causal la sustenta el censor en tres situaciones a saber:

1.1) Sometimiento de las divergencias a un conciliador:

Precisó que si el contrato estableció unos mecanismos para la solución de conflictos y previó en primera instancia “la intervención de un conciliador”, a ello se debe acudir, sin más interpretaciones que hagan posible su aplicabilidad, y si agotada la instancia del “Conciliador” las partes no terminan sus diferencias, entonces sí era posible acudir al arbitraje, según el numeral 25 de los datos del contrato y condiciones del contrato. Pero ello no fue atendido por el contratista, ni considerado en el Laudo Arbitral, y si por el contrario, en esta instancia, se optó por interpretar que el mecanismo del “Conciliador no era aplicable”, sino en las

⁸ Escrito 23 de septiembre de 2010 a fls. 393 a 447 del c.ppal. del recurso.

reclamaciones dirigidas al Supervisor únicamente y al hacerlo se ignoró el procedimiento y los plazos previstos para tener decisión del Conciliador.

Destacó que la figura del conciliador del contrato corresponde a la de la “amigable composición” de la Ley 640, al cual debió acudir y en caso de que no se hubiese llegado a un acuerdo, el paso siguiente sí era el arbitramento. Al desconocerse tal realidad, agregó, se desbordó el marco de la competencia del Tribunal de Arbitramento, por lo que estamos frente a la causal invocada de fallo en conciencia.

1.2.- El domicilio del Arbitramento:

Esgrimió que la Cláusula compromisoria estableció como domicilio del arbitraje la ciudad de Medellín, el cual por no tener sede en Medellín el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, se surtieron los trámites en la ciudad de Bogotá, sin tener en cuenta el domicilio previsto en el Contrato. Si bien, las partes aceptaron en la audiencia de Conciliación, en un término muy distante a la terminación del contrato, teniendo en cuenta que el contrato venció el 15 de marzo de 2008 y el 9 de febrero de 2009 las partes estiman la modificación en la audiencia de conciliación del Tribunal (o sea, 11 meses después de finalizado el plazo contractual, se procede a la modificación de su clausulado), dicha modificación que inicialmente estipuló el Tribunal de Arbitramento es atentatoria a la autonomía de las partes contractuales, al haber variado las condiciones del contrato y los datos del contrato, que previeron el lugar donde debía funcionar el Tribunal de Arbitramento, configurándose sin más discusión un exceso de las facultades y competencias del mismo.

1.3.- Reconocimiento de interés fuera de lo pactado, atentario (sic) contra las normas de derecho público.

Argumentó que haciendo referencia a la especialidad del Contrato 77 de 2006, el que se rige por unos anexos denominados “Condiciones Generales del Contrato” y “Datos del Contrato”, se previó en su contenido los intereses moratorios que se generan como consecuencia de todos los “pagos” que se derivaren del Contrato, siendo uno de ellos lógicamente, los que se originen por la ocurrencia de alguna de las causales previstas como “Eventos Compensables”, los que en el Laudo Arbitral fueron decretadas de manera general, sin especificación de las causales que llevarán a concluir la configuración de tales eventos.

Que el Tribunal desestimó el argumento expuesto en la contestación de la demanda, consistente en que el interés moratorio a cancelar en caso de encontrarse probado la ocurrencia de alguna o algunas de las causales de los eventos compensables fuera del 8%, por así haberlo considerado las partes contractuales, aduciéndose en el Laudo Arbitral que éste interés rige solamente para los pagos mensuales por valor de los trabajos ejecutados; razón que resulta incongruente, si se tiene en cuenta que la decisión de la configuración de eventos compensables que se aduce en el Laudo se traduce en pagos que deben realizarse con ocasión a la ejecución del contrato.

Por ello, resulta contraria la apreciación que contiene el Laudo, cuando hace alusión a que el interés de mora pactado en el contrato se centra únicamente por el no pago de las actas mensuales que se derivan por la ejecución de la obra contratada, cuando el mismo se da para todo tipo de pago que se origine en el mismo contrato y por las circunstancias previstas en las causales de eventos compensables y para ello debió requerirse la constitución en mora a la parte que lo originó.

3.1.2. Oposición de la convocante Construcciones El Cóndor S.A.

Al pronunciarse con respecto a esta primera causal, expuso que el Consejo de Estado ha reiterado hasta la saciedad que a través de la causal que prevé la anulación del laudo cuando se falló en conciencia debiéndose haber fallado en derecho, no pueden adelantarse discusiones probatorias o de interpretación de la

ley puesto que en el recurso de anulación sólo pueden alegarse vicios in procedendo.

Alegar que el laudo fue fallado en conciencia por el hecho de que no se aceptó que el proceso arbitral debió haberse sometido a un supuesto requisito de procedibilidad que estaba pactado en el contrato, o por que se modificó la sede de funcionamiento del Tribunal o porque se reconocieron intereses por fuera de lo pactado, es pretender revivir discusiones de índole jurídico o probatorio frente a la inconformidad que tiene **METROPLÚS** con el alcance del laudo.

Afirma que el desacuerdo con esta conclusión no puede tomarse como que los árbitros hubieran fallado en conciencia. Alega que de todas maneras el Consejo de Estado ha sido claro en el sentido de que los mecanismos de solución de conflictos que las partes acuerden previamente a la convocatoria de un tribunal de arbitramento, no pueden tener el carácter de requisito de procedibilidad y que los árbitros sustentaron de manera completa y con el suficiente soporte normativo, por qué no era necesario someter el asunto a un conciliador.

En cuanto al domicilio del Tribunal de Arbitramento adujo que lo primero que debe destacarse frente al hecho de sustentarse la impugnación del laudo alegando que se trata de un fallo en conciencia por el hecho de que el Tribunal hubiera tenido su sede en Bogotá y no en Medellín, es que esta discusión nada tiene que ver con que el fallo haya sido en conciencia o en derecho.

En gracia de discusión esta circunstancia hubiera podido sustentar la causal segunda del artículo 163 del decreto 1818 de 1998 por una eventual demanda de indebida forma, pero bien se sabe que esta causal requiere que sea alegada de manera expresa en la primera audiencia de trámite, y si no se hace se tiene por saneada, aspecto que no ocurrió dentro de la citada audiencia; antes por el contrario, tal como lo confiesa la misma entidad convocada, las partes acordaron modificar la cláusula compromisoria en la audiencia de conciliación en el sentido de definir que la sede del Tribunal sería la ciudad de Bogotá y no Medellín, por lo que no es razonable afirmar que el laudo debe anularse con fundamento en la

causal No 6 (fallo en conciencia) so pretexto de que el Tribunal hubiera sesionado en Bogotá.

Los árbitros analizaron en detalle tal aspecto afirmando que “Con relación al lugar de funcionamiento del proceso arbitral acordado contractualmente en la ciudad de Medellín, los representantes de las partes en la audiencia de conciliación correspondiente, efectuada el 9 de febrero de 2009 (Acta No 5), modificaron la Cláusula Compromisoria (Datos del Contrato 25.3), determinando que la sede del arbitraje sería la ciudad de Bogotá”.

En relación con la sustentación del fallo en conciencia por el supuesto “Reconocimiento de interés fuera de lo pactado, atentatorio contra normas de derecho público”, expuso que la sola enunciación de la circunstancia en la cual se fundamenta la causal del fallo en conciencia, nos muestra que lo que pretende discutir **METROPLÚS** no es que el laudo arbitral se hubiera expedido en conciencia debiendo ser en derecho, sino que es una discusión jurídica sobre la forma como debe liquidarse el lucro cesante sobre sumas de dinero no percibidas por el contratista en el momento en el cual debieron haberse recibido. El argumento central de **METROPLÚS** es que el cálculo del lucro cesante sobre las sumas de dinero que el laudo fijó como compensación por los perjuicios calculados, debió haber sido la tasa de interés moratorio pactada en el contrato y no ninguna otra diferente.

Que el fallo no fue en conciencia sino en derecho lo demuestra el análisis realizado por el Tribunal en el numeral 4.1.16 del laudo.

3.1.3 Concepto del Ministerio Público

Consideró que los arbitramentos que se fallan en derecho deben tener como fundamento normas, principios legales y/o supraleales, mientras que los que se deciden en conciencia únicamente se fundan en el criterio de justicia interno del

juzgador emitidos sin el sometimiento a disposiciones jurídicas y con abstracción total del material probatorio.

Indicó que para que la anulación del laudo prospere por esta causal, se debe advertir de la simple lectura del laudo que los árbitros dejaron de lado el ordenamiento jurídico y/o hicieron total abstracción del material probatorio, para definir el litigio con base en su personal e íntimo criterio de justicia. Y en este caso se advierte que el arbitramento no fue en conciencia sino en derecho, pues así se evidencia de su lectura, en tanto que las consideraciones expuestas se fundamentaron en el derecho positivo, en la jurisprudencia y en la doctrina.

Sobre los cuestionamientos del recurrente convocado, indicó que el no acudir previamente a la figura del conciliador, se remite al Concepto No 038/2011 de 15 de febrero de 2011, emitido por esta misma Delegada en el expediente No 39.982, donde se sostuvo que “(...) De acuerdo con el alcance de la causa resulta evidente que este argumento no constituye el supuesto de haberse fallado en conciencia por lo cual el cargo no prospera. Y añadió “que no acudir al conciliador tampoco limita la competencia del Tribunal arbitral. Adujo que del contenido del pacto arbitral resulta claro que la voluntad de las partes fue la de someter las diferencias sobre la ejecución, terminación y liquidación del contrato a un tribunal de arbitramento y que ello no se supeditó a una etapa previa ante el conciliador.

Sin embargo, aún en el evento en que para tales divergencias se hubiere pactado acudir al Conciliador, lo cierto es que la voluntad de las partes no puede modificar las normas procesales imponiendo tal requisito de procedibilidad, pues podría suceder que por el trámite de aquellos las partes no puedan acudir al juez dentro del término para demandar. Cita en respaldo jurisprudencia del Consejo de Estado.

Respecto de los dos otros cuestionamientos dijo que en el caso bajo estudio las partes suscribieron el pacto arbitral en la modalidad de cláusula compromisoria, la cual contiene todos los elementos esenciales. Se incluyó en el contrato celebrado

con su consentimiento- no se alega vicio-, indica el objeto del pacto y la voluntad de someter esas controversias a los árbitros; tiene objeto y causa lícita.

También de común acuerdo las partes modificaron la cláusula para que el Tribunal sesionara en Bogotá y no en Medellín y procede a historiar lo que fue el trámite del proceso arbitral relacionado con la sede del Tribunal, para concluir diciendo que “El 24 de abril de 2009, teniendo en cuenta que las partes modificaron la cláusula compromisoria fijando la sede del Tribunal en la ciudad de Bogotá, se dispuso que se hacía innecesario pronunciarse sobre el recurso presentado en tanto la materia ya quedó definida por las partes. Notificado a las partes estas guardaron silencio. El 15 de mayo de 2009 se llevó a cabo la primera audiencia de trámite sin que se alegara falta de competencia por **METROPLÚS**.”

Se observa que la cláusula compromisoria como negocio jurídico que es fue modificada de común acuerdo por las partes, lo que descarta que los árbitros hubieran actuado de manera irregular, pues estaban habilitados por los co-contratantes. Además, se advierte que aun en el caso en que el tribunal hubiere actuado en sede distinta a la prevista por las partes en la cláusula compromisoria ese hecho no significa que se hubiera proferido un fallo en conciencia, en tanto que un laudo en conciencia es aquél que se profiere sin sustento jurídico y/o probatorio.

3.1.4 Consideraciones de la Sala

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

De conformidad con reiterada jurisprudencia, el fallo en conciencia se presenta cuando el juez toma determinaciones siguiendo lo que le dicta su propio fuero interno, según su leal saber y entender, basado exclusivamente en el principio de la equidad, de manera que bien puede identificarse con el concepto de verdad sabida y buena fe guardada (*“ex aequo et bono”*)⁹.

En cambio, en el **fallo en derecho** el juez debe apoyarse en el ordenamiento jurídico, esto es, en el conjunto de normas sustanciales y procesales, así como en los principios que lo integran, que constituyen el marco de referencia en el que se ha de encuadrar su decisión.

El Consejo de Estado respecto a esta causal ha sostenido, en diversas oportunidades, que el fallo en derecho debe observar el ordenamiento jurídico, de tal forma que el marco de referencia no podrá estar sino en él. Por tal razón, los árbitros se encuentran sometidos no sólo a las reglas adjetivas que regulan el proceso arbitral, sino a la normatividad sustantiva que rigen los derechos pretendidos.

Por su parte, cuando el juez falla en conciencia, se mueve en un campo más amplio, porque, como lo dice la jurisprudencia, si actúa de esa manera tiene la facultad de decidir según su leal saber y entender. En consecuencia, solo cuando la sentencia deja de lado de manera protuberante y evidente, el marco jurídico sobre el cual tiene que moverse, podrá decirse que se está en presencia de un fallo en conciencia. Pero si el juez decide con fundamento o en apoyo del ordenamiento jurídico, el material probatorio allegado oportunamente al proceso y de conformidad a las reglas de la sana crítica, ese pronunciamiento será en derecho.

En efecto: el Consejo de Estado en sentencia del 9 de agosto de 2001, refiriéndose al tema materia de dijo lo siguiente: “Por consiguiente, si en el laudo se hace referencia al derecho positivo vigente se entiende que el fallo es en

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 27 de abril de 1999, exp.15623, C.P. Daniel Suárez Hernández y sentencia de 16 de abril de 2000, Exp.

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”¹⁰.

Así mismo ha dicho la Jurisprudencia de la Corporación que, el fallo es en derecho y no en conciencia, cuando las normas en que se fundamenta están vigentes. Fue así como en sentencia de 9 de agosto de 2001, dijo la Sala lo siguiente:

“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.

“Tales supuestos concurrentes descartan de plano que el laudo recurrido se hubiese proferido en conciencia. Esta circunstancia descarta la prosperidad del cargo pues la ley edifica la causal, en estudio, en que el laudo se haya proferido “en conciencia debiendo ser en derecho”¹¹.

La Jurisprudencia de la Sala en recientes pronunciamientos se ha referido al tema de las pruebas para 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”.

Es así como en sentencia del 21 de febrero de 2011. Exp. 38.621, proferida por esta Subsección, con ponencia del doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, se refirió al tema tratado, del cual transcribimos los siguientes apartes:

18.411, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

¹⁰ Sentencia de 27 de abril de 1999; expediente No. 15623. Posición reiterada en sentencia de 18 de mayo de 2000. Rad: 17797, Sentencia de 8 de febrero de 2001. Rad: 18411.

¹¹ Sección Tercera. Sentencia de 9 de agosto de 2001. Exp. 19273.

“1. Por averiguado se tiene que el recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales, tal como lo ha pregonado la Sección Tercera del Consejo de Estado en múltiples providencias que ya son multitud,¹² persigue fundamentalmente la protección de la garantía del debido proceso y por consiguiente es improcedente que por su intermedio se aborde nuevamente el estudio de la cuestión de fondo que ya fue resuelta por el Tribunal de Arbitramento.

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

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

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

“(...)”

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

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

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.

De otro lado, debe advertirse desde ya que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 70 de la Ley 80 de 1993, el arbitramento para la solución de las controversias contractuales debe ser siempre en derecho.

4.1. *En el sistema jurídico colombiano la calificación “en conciencia” fue usada por la mayoría de las regulaciones sobre arbitramento¹³ para referirse a una de las modalidades del arbitraje, sin embargo las disposiciones más recientes utilizan la expresión “en equidad.”¹⁴*

Hoy la ley¹⁵ define al arbitraje en equidad como aquel en que los árbitros deciden según el sentido común y la equidad.

“(…)”

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.¹⁶*

¹³ Ley 105 de 1931, artículo 1216; Ley 2ª de 1938, artículo 6; Decreto 410 de 1971, artículo 2012; Decreto 2279 de 1989, artículo 1º; Ley 23 de 1991, artículo 96

¹⁴ Constitución Política, artículo 116; Ley 270 de 1996, artículo 13; Ley 446 de 1998, artículo 111; Decreto 1818 de 1998, artículo 115; y Ley 1285 de 2009, artículo 3º.

¹⁵ Ley 446 de 1998, artículo 111.

También ha dicho que esa estirpe de decisiones se caracteriza por prescindir totalmente del acervo probatorio¹⁷ o de las normas jurídicas,¹⁸ por la ausencia de razonamientos jurídicos¹⁹ o por basarse en el concepto de verdad sabida y buena fe guardada.²⁰

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.”²¹

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.

¹⁶ Sentencias de abril 3 de 1992, mayo 4 de 2000 y octubre 2 de 2003 (Expedientes 6695, 16766 y 24320).

¹⁷ Sentencia de septiembre 14 de 1995 (Expediente 10468).

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

¹⁹ Sentencias de agosto 9 de 2001, agosto 23 de 2001, febrero 13 de 2006, junio 18 de 2008 (Expedientes 19273, 19090, 29704 y 34543).

²⁰ Sentencia de abril 27 de 1999 y abril 16 de 2000 (Expedientes 15623 y 18411).

²¹ Artículo 116 de la Constitución Política.

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 habilitan²² para ello, o si, en los demás casos, el proceso versa sobre derechos disponibles y las partes, siendo plenamente capaces, lo solicitan.²³

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.

Luego, la gran conclusión es que los fallos en conciencia están proscritos en nuestro sistema jurídico y que se podrá acudir a la equidad como criterio único si la ley o las partes facultan al juzgador para ello.

Pero, ¿Qué es lo que caracteriza a un fallo en equidad?

A juicio de la Sala nada mejor que los dos postulados que atrás se mencionaron para determinar si se rotula con la equidad a una decisión.

En efecto, la providencia será en equidad cuando: a) El juez o el árbitro inaplica la ley al caso concreto porque considera que ella es inicua o que conduce a una

²² Artículo 116 de la Constitución Política.

²³ Numeral 1º del artículo 38 del C. P. C.

iniquidad; b) El juez o el árbitro busca por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido.

Pero, se repite, ninguna de estas hipótesis supone que el juzgador prescinda de la motivación o de las pruebas porque entonces ya no sería en equidad sino en conciencia y las decisiones de ésta naturaleza están proscritas de nuestro sistema jurídico tal como se deduce de los artículos 29, 116 y 230 superiores.

4.4. *Corolario de todo lo que hasta aquí se ha expuesto en este aparte es que la causal de anulación prevista en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 se configura cuando: a) El laudo es conciencia, esto es, cuando los árbitros se apoyan en su íntima convicción y por lo tanto no dan razones de su decisión o prescinden de toda consideración jurídica o probatoria; b) Debiendo ser el laudo en derecho, los árbitros inaplican la ley al caso concreto porque consideran que ella es inicua o que conduce a una iniquidad o también cuando buscan por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido.*

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

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

La posición anterior es reiterada por esta misma Subsección, en las sentencias del 24 y 30 de marzo de 2011. Expedientes. 38.484 y 39.496 C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, “consolidando la perspectiva jurisprudencial sobre el tema”.

La misma Subsección en reciente pronunciamiento, proferido el 18 de enero de 2012, dentro del expediente 40.082, con ponencia del doctor Enrique Gil Botero, refiriéndose a la causal analizada, expuso lo siguiente:

“(...)”

“la Sala advierte que el recurrente no denuncia que el laudo, en su integridad, esté afectado del vicio al que se ha aludido, sino que una de sus decisiones de condena - concretamente la económica-, no se fundamenta en pruebas que lo soporte, sino en el capricho del tribunal. Y no es para menos, toda vez que no cabe duda en que el laudo se profirió en derecho, porque a lo largo del mismo se evidencia la fundamentación en las normas que regulaban el tema, así como en el contrato - principalmente en este-, para valorar el alcance de las obligaciones de las partes, y de ahí para declarar el incumplimiento de una de ellas”

“(...)”

La Sala considera que si acaso el recurrente no comparte con el tribunal la manera de calcular el perjuicio sufrido, como consecuencia del incumplimiento del contrato, este no es un asunto que pueda debatirse a través de la causal denominada fallo en conciencia, porque claramente reflejaría que se trata de una inconformidad con la decisión, un desacuerdo con la manera como se obtuvo el monto del perjuicio padecido, aspectos que no cabe debatir a través de este recurso”

Aplicando los postulados anteriores al caso concreto, el recurrente considera que el laudo se profirió en conciencia y no en derecho, incurriéndose en la causal de anulación invocada, porque (i) no se sometió previamente las divergencias a un conciliador; (ii) el domicilio del arbitramento y (iii) existió reconocimiento de interés por fuera de lo pactado.

Este cargo no está llamado a prosperar, pues, como se advierte de la síntesis del recurso los reproches no están fundados en que el juez arbitral haya dictado su pronunciamiento sin apoyo en razonamientos de carácter jurídico, o que haya prescindido del marco legal aplicable a la litis, vale decir, que el pronunciamiento esté soportado en la íntima convicción o el fuero interno del fallador, o lo que es igual, en su personal criterio de justicia.

Los reproches, por el contrario, suponen en realidad de verdad reabrir la discusión de fondo objeto de decisión arbitral, todo lo cual resulta exótico en sede de recurso de anulación. Asuntos como los que plantea el recurrente (pretermisión de la fase convenida de acudir al conciliador, el domicilio del arbitramento y que se señalaron intereses por fuera de lo pactado en el contrato), a todas luces no tienen relación alguna –ni siquiera remota- con la causal invocada de haber fallado en conciencia.

A contrario de lo expuesto por el recurrente, la sola lectura del laudo arbitral acusado, permite concluir sin hesitación alguna que el mismo se profirió en derecho y no en conciencia. En efecto, observa la Sala que el Tribunal Arbitral adoptó su decisión luego de un análisis **en derecho** que implicó abordar los siguientes aspectos:

i) Marco Jurídico del contrato 077 de 2006 y el estudio de las normas legales correspondientes a la solución de controversias contractuales;

i) Análisis y estudio de las objeciones que por error grave se impetraron contra los dictámenes (2) rendidos dentro del trámite arbitral;

ii) Acomete el estudio de la pretensión del incumplimiento propuesta por la convocante en puntos como la “no entrega de los diseños”, el incumplimiento relacionado con la no entrega de predios y entrega desordenada de los mismos; los incumplimientos relacionados con el cambio de condiciones de la obra y cambio de diseño; las actividades ejecutadas por mayor cantidad de obra; la solicitud relacionada con la liquidación del contrato.

iii) Estudio de la licitación y la celebración del contrato; iv) El objeto y obligaciones de las partes derivadas del contrato y la conducta asumida por las partes en la etapa precontractual y contractual v). Análisis de las causas que dieron lugar a la adición y prórroga del contrato y la incidencia de la demora en la entrega de predios por parte del contratista; vi) Estudio de la naturaleza de las causas del atraso del contrato y sus efectos; vii) Estudio de la obligación de Planeación; viii) Estudio de los perjuicios derivados de la mayor permanencia de la obra, analizando aspectos como “imprevistos”, “Formula de reajuste”, “Obra extra y adicional” “Ampliación de Plazo”, “Utilidades”, “Cuantía de los perjuicios por la mayor permanencia de la obra”, “Mayores costos administrativos”, “La causalidad del gasto y la mayor permanencia”, “Perjuicios derivados de los sobrecostos administrativos”, “Los perjuicios por mano de obra operativa y por equipo y maquinaria operativa”, “Sobrecostos financieros derivados de la mayor permanencia, incluido en este ítem el concepto de “lucro cesante”, “Sobre el pago de los perjuicios ocasionados al Contratista M y Z”; revisión del precio de la loseta táctil “; “Pago tardío de algunos de los certificados de pago”; “la retención en garantía” ; “la liquidación del contrato” y finalmente sobre las excepciones planteadas (incompetencia del Tribunal de Arbitramento, inexistencia del incumplimiento alegado por la parte actora); inepta demanda; falta de legitimación en la causa por activa; Indebida representación e insuficiencia de poder; indebida acumulación de pretensiones; petición antes de tiempo; Inexistencia de desequilibrio económico o daño o perjuicio; pago; ausencia de pruebas; la “genérica”).

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

Sin embargo, verificado el contenido del laudo arbitral acusado salta a la vista todo lo contrario, esto es, que fue proferido con base en el derecho positivo vigente, dado que cumple con los presupuestos de esa modalidad arbitral, por cuanto se encuentra estructurado en normas jurídicas y en las pruebas obrantes en el expediente, sin que sea menester entrar a juzgar en sede de este recurso extraordinario de anulación el acierto o desacierto de los razonamientos jurídicos de los árbitros, de la aplicación de la ley y del mérito que le otorgó al acervo probatorio, pues ello no está previsto dentro de las causales de anulación de laudos arbitrales, en conformidad con lo explicado al comienzo de la parte considerativa de esta providencia.

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.

En consecuencia, la Sala coincide con el Ministerio Público en sus apreciaciones según las cuales la situación descrita por el censor no se subsume en la causal invocada. El juez del recurso de anulación no puede entrar a cuestionar, plantear o revivir el debate probatorio, ni establecer si hubo o no un error en la valoración de las pruebas, como tampoco el alcance que le imprimió el juzgador arbitral al contenido obligacional acordado por vía de su interpretación del negocio jurídico. Como ya se señaló, una mala práctica de una prueba, como tampoco una interpretación del contrato que no sea compartida por una de las partes no convierte a una decisión arbitral en un laudo en conciencia.

Por otra parte, el no acudir previamente a la figura del conciliador no constituye tampoco un evento de fallo en conciencia y al haberse pactado, como advirtió el Ministerio Público, tal requisito no puede entrañar la modificación de las normas procesales sobre acceso a la justicia que son de orden público.

Es preciso reiterar que el desarrollo de la autonomía negocial no puede llegar a suponer la modificación de las formas previstas en la ley para acceder a la jurisdicción y por ello las condiciones previas que las partes establezcan para intentar resolver sus eventuales diferencias no constituye un requisito previo para poder acceder a la administración de justicia (art. 229 CN, art. 2º de la Ley 270 de 1996 LEAJ). Las partes no está habilitadas para fijar, crear o convenir requisitos de procedibilidad que sólo pueden establecerse por vía legislativa.

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

3.2 Segunda causal: *“Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido...”* (Numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998).

3.2.1 Sustentación de la causal por METROPLÚS S.A.

El recurrente fundamenta su impugnación a través de esta causal en dos aspectos:

a) El relativo a la solicitud de liquidación y b) el de haber determinado otras circunstancias, que no se encuentran previstas en las causales de eventos compensables consagradas en el Contrato 77 de 2006.

Afirma que en las pretensiones de la parte convocante se solicitó de manera expresa se realizará la liquidación del Contrato 77 de 2006 por parte del Tribunal, pero que este ordena para efectos de la liquidación incorporar unas sumas de dinero, y en el acápite de la decisión repite tal circunstancia, más no procede conforme a la solicitud contenida en las pretensiones de liquidar el contrato 77 de

2006 por parte del mismo Tribunal. Simplemente el Tribunal de Arbitramento no liquidó el contrato, ni lo declaró liquidado, ni determinó el valor del mismo y los pagos dados en la ejecución del contrato, ni especificó la suma final, que contenga la cantidad en la que se establece el valor final de la liquidación del contrato. Dice que la decisión referida a la liquidación es confusa, incongruente y por tanto contradictoria, al no llevar implícita la precisión o la correlación entre lo pedido y perseguido por la parte convocante y la misma decisión proferida por el Tribunal de Arbitramento, al no disponer una cosa distinta a la solicitada.

Al darse una orden que se entiende es para **METROPLÚS S.A.** quien debe incluir en la liquidación las sumas contenidas en los puntos señalados, cuando de acuerdo con el texto de las pretensiones se le está solicitando al Tribunal fue que él realizara la liquidación del contrato y no otro, “por lo que el laudo recurrido recayó sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros, al asignársele allí un contenido y alcance distintos de la real de la pretensión de la parte convocante”.

b) Haber determinado otras circunstancias que no se encuentran previstas en las causales previstas en los eventos compensables

El censor alega que el contrato 77 de 2006 consagró unas causales de eventos compensables, que ante el acaecimiento de uno de ellos o varios, puede generar reclamaciones, bajo la condición que ellas se encuentren fundadas en las causales previstas en los numerales que regulan la materia en las Condiciones del contrato. Para el efecto, determinó en forma taxativa las causales de Eventos Compensables en los numerales 44, complementadas en los numerales 21, 27.4, 34 y 40.4. De modo que cualquier reclamación o solicitud de indemnización que surgiera de la ejecución del Contrato debía enmarcarse dentro de las causales determinadas como Eventos Compensables. Que a su juicio, “se excede el Tribunal de Arbitramento, al analizar y conceptuar de manera crítica, la forma como se encuentran redactadas las causales de Eventos Compensables y la interpretación que se hace, dándole a las causales un mayor alcance al previsto por las partes.

Aduce que “el Tribunal no tiene facultades para desmeritar (sic) la redacción de las cláusulas contractuales, cuando ellas han sido fruto de la voluntad de las partes y por ello, debe partir de la realidad que su contenido conlleva, sin extralimitarse en adiciones a su contenido o en interpretaciones, que no se derivan de sus propios textos. Es así que no se puede aprovechar la labor interpretativa” para extender “ostensiblemente” las causales consagradas en el contrato y sobre las cuales debe recaer la decisión.

3.2.2 Oposición de Construcciones El Cóndor S.A.

En relación con la liquidación del contrato, dijo que no es fácil entender como pretende encuadrarse la decisión adoptada por el Tribunal de Arbitramento con respecto al monto final de la liquidación del contrato en la causal propuesta por **METROPLÚS** de haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros, cuando la misma apoderada de la entidad comienza la sustentación de este punto expresando que **CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A.**, solicitó de manera expresa la liquidación del contrato. En los numerales 7 y 8 de las pretensiones se habían relacionado los conceptos que en sentir de la convocante deberían ser incorporados en la liquidación del contrato y sobre ellos hubo pronunciamiento expreso en el laudo. La sola lectura de los apartes mencionados por la parte recurrente permiten demostrar que efectivamente el Tribunal de Arbitramento liquidó el contrato pues definió con claridad cuál era la suma final que debería pagar **METROPLÚS S.A.**, a **CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A.**, por los asuntos objeto de discusión en el proceso arbitral, que eran los únicos asuntos pendientes de ser resueltos entre las partes.

Sobre la invocación de causales en el laudo, que no se encuentran previstas en los eventos compensables, explicó que este aspecto tampoco puede aceptarse, pues resulta claro que no es cierto que los árbitros hayan tomado decisiones sobre asuntos que no eran objeto de su competencia o que hubieran concedido más de lo pedido. Dicho de otra manera, es evidente que los árbitros no fallaron ni ultra ni extra petita pues el reconocimiento de la indemnización otorgada al contratista por el incumplimiento de las obligaciones de la entidad estatal fue objeto de una petición expresa contenida en la convocatoria al Tribunal, otra cosa es que

METROPLÚS, actuando como recurrente, quiera revivir la discusión jurídica y probatoria relacionada con la ocurrencia o no de circunstancias que justificaban la indemnización reconocida a favor de **CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A.**, y eso es inaceptable.

3.2.3 Concepto del Ministerio Público

Consideró que, a partir de lo previsto en la cláusula compromisoria, las pretensiones relacionadas con la ejecución y liquidación del contrato, están incluidas dentro del pacto arbitral. Si bien no se liquidó el contrato como se solicitó en la demanda, lo cierto es que se resolvió que las condenas hicieran parte de la misma y se decidió en forma expresa negar la pretensión como fue solicitada. No puede sostenerse que se omitió el pronunciamiento respecto de la pretensión porque explícitamente el laudo negó las restantes pretensiones, en donde debe entenderse aquella en la que se solicitaba por la parte convocante efectuar judicialmente la liquidación.

Tampoco se incurre en la causal de anulación porque el tribunal hubiera invocado otras causales de eventos compensables. Los argumentos del recurrente se dirigen a criticar el análisis que efectuó el tribunal en la parte motiva del laudo y no al hecho de haber decidido en la parte resolutive un aspecto que no fue puesto en su conocimiento.

3.2.4 Consideraciones de la Sala

A propósito de esta causal, la Sala ha dicho que:

“...es similar a la segunda del recurso de casación, contemplada en el artículo 368 del C. de P. Civil, y con ella se persigue, tal y como lo han sostenido la Corte Suprema de Justicia y esta Corporación, garantizar la simetría que debe existir entre lo decidido y lo solicitado por las partes, para salvaguardar el principio de congruencia consagrado en el artículo 305 *ibídem*, por cuya virtud ‘La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que

aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley', que constituye un límite en la actividad del juzgador.²⁴

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

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

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*).²⁵

Por ello, la jurisprudencia de la Sección ha manifestado que la competencia de los árbitros está atribuida por el pacto arbitral y enmarcada en los precisos límites de la Constitución y la ley, competencia que se traduce en la facultad para conocer y pronunciarse en relación con la materia que voluntariamente las partes le han conferido a los árbitros que son investidos temporalmente de la calidad de jueces para administrar justicia en el caso concreto; también, ha dicho que el quebranto a esa regla de

²⁴ Señala a este propósito la Corte Suprema de Justicia, sentencia n° 042 de fecha 26 de marzo de 2001, exp. 5562. "(...) El precepto citado fija los límites dentro de los cuales debe el juzgador desarrollar su actividad decisoria, en forma tal que si los desborda, bien porque concede más de lo pedido por los litigantes, o provee sobre pretensiones no deducidas por ellos, u omite la decisión que corresponda sobre alguna de las pretensiones o excepciones en los términos fijados por la norma, incurre en un error de procedimiento, originado en la violación de la regla mencionada, que le impone el deber de asumir un específico comportamiento al momento de fallar, yerro para cuya enmienda está instituida la causal segunda de casación (...)".

²⁵ Sentencia de 4 de abril de 2002, exp. 20356, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

atribución por exceso, se encuentra tipificado como hecho pasible para la invocación de la causal prevista en el numeral 4 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993²⁶, dado que implica que la materia transigible sobre la cual decidieron los árbitros no fue objeto del pacto de compromiso por las partes, con lo cual se presenta, un fallo incongruente o una decisión *extrapetita*.²⁷(...) (Subraya la Sala).

De acuerdo con el anterior criterio jurisprudencial, cabe precisar que la causal contenida en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, desarrolla de una parte, el **principio de congruencia** consagrado en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 1º, numeral 135 del Decreto-Ley 2282 de 1989, pues prevé los eventos de fallos o laudos *ultra* y *extra petita*, esto es, que deciden más allá o por fuera de la materia arbitral, y de otra, **sanciona eventos en los cuales el tribunal de arbitramento obra sin competencia.**

En otros términos, para que el laudo arbitral no sea susceptible de anulación por la causal en mención, debe estar en estrecha identidad y resultar armónico con las pretensiones formuladas en la demanda, los hechos puestos en conocimiento por las partes en las oportunidades que el ordenamiento procesal contempla, y las excepciones que hubieren sido alegadas o resulten probadas; y dentro de los límites previstos en el pacto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso) celebrado por las partes, en la ley y en la Constitución Política, fuentes éstas que otorgan y enmarcan la competencia de los árbitros.

Así, el aparte correspondiente a la causal de anulación “*por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros*”, se relaciona, entonces, con **la extralimitación o exceso en la órbita de competencia** que la Constitución y la

²⁶ Sentencia de 23 de agosto de 2001, exp. 19090, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

²⁷ Sentencia de 4 de abril de 2002, exp. 20356, C.P. María Elena Giraldo Gómez. Igualmente, en sentencia de 15 de mayo de 1992, exp. 5326, C.P. Daniel Suárez Hernández, se dijo: “En el trámite arbitral la competencia de los árbitros y los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente, han de ser señalados de manera expresa, clara y taxativa por las partes. Son las partes quienes habrán de señalar las estrictas materias que constituyen el objeto del arbitramento. Si los árbitros hacen extensivo su poder jurisdiccional transitorio a temas exógenos a los queridos por las partes, atentarán contra el principio de congruencia, puesto que estarán decidiendo por fuera de concreto tema arbitral.”

Ley, el pacto o convención arbitral y la relación jurídico procesal que emana del propio conflicto particular que presentan las partes con la convocatoria del Tribunal, les otorga a aquéllos como materia de conocimiento y decisión, por lo que se considera que contempla las siguientes hipótesis de configuración:

- iii) El laudo recayó sobre materias que no eran susceptibles de ser sometidas a arbitramento, por tratarse de asuntos que no eran de carácter transigible de acuerdo con la Constitución Política y la ley.
- ii) El laudo recayó sobre materias que no fueron contempladas en el pacto arbitral, de conformidad con lo acordado voluntariamente por las partes, o cuando así lo requiera o lo exija la ley, pues, como se dijo, los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente son señalados por ellas en el objeto de la cláusula compromisoria o del compromiso a condición claro está de que respeten el marco de la Constitución y la ley.
- iii) El laudo recayó sobre puntos no pedidos en la demanda o en su respuesta, o que ordene la ley, es decir, no se refiere a los hechos y a las pretensiones formuladas en la demanda, ni a las excepciones alegadas o que resulten probadas, a las cuestiones que en forma oficiosa imponga el legislador, de manera que no resulta concordante, ni armónica con los extremos del proceso y, por ende, deviene en inconsonante o incongruente.

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

Las censuras del recurrente no aluden realmente a ninguno de los supuestos de que trata la causal del No. 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1993. De la

lectura del recurso, se infiere que el impugnante pretenden involucrar verdaderos reproches sobre el fondo de la controversia en una de las hipótesis previstas por la norma en cita: que el laudo recayó sobre puntos no sujetos a decisión de los árbitros previsto en el aparte primero.

En lo que hace relación con los razonamientos del juez arbitral sobre la interpretación que hizo de los **eventos compensables** a partir de una labor hermenéutica de la cláusula 44, conviene insistir en que el recurso extraordinario de anulación no puede convertirse –como pareciera pretenderlo el recurrente- en una segunda instancia y así de esta manera lograr revivir el debate de fondo ya decidido.

En ese orden de ideas, se impone concluir que en ninguno de los eventos planteados por el recurrente se configuró la causal, puesto que si bien el arbitraje, como mecanismo de heterocomposición de conflictos, nace del ejercicio de la voluntad de las partes, la interpretación que se haga del compromiso a que se llegue en desarrollo de la autonomía negocial, no puede llegar a suponer una limitación a las atribuciones judiciales propias que -por ministerio de la Constitución- le han sido otorgadas transitoriamente a la justicia arbitral, en temas que son propios a la decisión del conflicto que se somete a su consideración, como son la interpretación de las cláusulas del contrato.

Conforme a lo anterior, el cargo expuesto por los impugnantes no configura la causal de anulación de laudo arbitral prevista en el No. 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

Por lo expuesto, el cargo no prospera.

3.3 Tercera causal: *“No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”* (Numeral 9 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998).

3.3.1 Sustentación del recurso por METROPLÚS

El censor se fundamentó en dos aspectos: (i) No haber decidido sobre la liquidación del contrato elevada en las pretensiones séptima y octava y (ii) no haber decidido sobre el rompimiento del equilibrio contractual.

En relación con la no decisión sobre la liquidación del contrato, indicó que se solicitó directamente a los integrantes del Tribunal de Arbitramento la liquidación del Contrato 77 de 2006 y en su defecto no declararon el contrato liquidado y por lo tanto no incluyeron las cifras relativas a la liquidación del mismo. Aunque en el laudo arbitral no se guarda silencio sobre la materia que fue objeto de conocimiento, al estar planteado en las pretensiones séptima y octava formuladas por la parte convocante, no se decidió sobre las mismas en la forma como fueron planteadas.

En cuanto a no haber decidido sobre el rompimiento del equilibrio contractual, adujo que “guarda silencio el Laudo arbitral sobre tal pretensión, ante la cual no determina el acaecimiento de circunstancias de rompimiento del equilibrio económico del Contrato y por tal motivo resulta incongruente establecer posteriormente condenas para **METROPLÚS S.A.**”

3.3.2 Oposición de la convocante Construcciones el Cóndor S.A.

Insiste la convocante al decir “que de una lectura desapasionada del laudo permite concluir que el contrato fue efectivamente liquidado pues todos los asuntos que eran objeto de discusión entre las partes fueron objeto de pronunciamiento y finalmente se arrojó un saldo final a cargo de **METROPLÚS** y a favor de **CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A.**, que ascendió a la suma de \$ 2.385'923.273”. Y se formula el siguiente interrogante: “¿Que más necesita **METROPLÚS** para saber cuál es el saldo final del contrato que es precisamente el objeto de la liquidación de un contrato?. Y termina diciendo “que el contrato si fue

liquidado así no se hubiera utilizado la frase sacramental que **METROPLÚS** esperaba oír”

En relación con no haber decidido sobre la pretensión de reconocimiento del desequilibrio contractual, sostuvo que **METROPLÚS** “se duele de que los árbitros no se hubieran pronunciado sobre esta causal pero no se percata que ella tenía el carácter de subsidiaria y siendo claro que el Tribunal de Arbitramento accedió a la primera pretensión (declaratoria de incumplimiento) es también diáfano que no había necesidad de pronunciarse sobre la petición subsidiaria”.

3.3.3 Concepto del Ministerio Público

En relación al cuestionamiento hecho por el recurrente, en el sentido que el Tribunal dejó de decidir sobre la liquidación del contrato, consideró que si bien no se liquidó el contrato como se solicitó en la demanda, lo cierto es que se resolvió que las condenas hicieran parte de la misma y se decidió en forma expresa negar en la forma como fue solicitada.

En lo que respecta a que el Tribunal no decidió sobre la pretensión relativa al desequilibrio de la ecuación económica, que contrario a lo que afirma la convocada, en criterio de esa Agencia el tribunal no dejó de pronunciarse sobre la referida pretensión, sólo que como esa pretensión era subsidiaria de la primera, esto es, el incumplimiento del contrato, al prosperar esta, era lógico que no se acogiera la subsidiaria, la cual se entiende negada en el numeral Décimo Primero. Por ello en su sentir tampoco debe prosperar esta causal.

3.3.4 Consideraciones de la Sala

La causal se configura cuando el fallador incurre en un vicio *in procedendo* que se conoce normalmente como fallo *citra petita*²⁸ y que consiste en que aquel no resuelve sobre todas las pretensiones que se le presentaron en la demanda o no se pronuncia sobre las excepciones que propuso el demandado o que encontró probadas.

“Y es que, en relación con el último evento que se acaba de mencionar, el juzgador tiene la obligación de reconocer oficiosamente las excepciones de fondo que encuentre demostradas con excepción de las de prescripción, compensación y nulidad relativa que deben siempre alegarse en la contestación de la demanda, tal como lo preceptúa el artículo 306 del C. P. C. Sin embargo, el inciso segundo del artículo 306 del C. P. C. prevé que si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones puede abstenerse de examinar las restantes”.

Para establecer si se ha incurrido en el yerro a que se refiere esta causal es suficiente comparar lo pretendido y lo excepcionado, o lo uno o lo otro, con lo resuelto.

Esta causal y aquella de “*Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido*” (numeral 8 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 o numeral 4 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993), son expresión de la garantía al **principio de congruencia** de los fallos, contenido en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil (modificado por el artículo 1º numeral 135 del Decreto 2282 de 1989).

En consecuencia, la misma se configura cuando el laudo no decide todos los puntos objeto de arbitramento y en este evento se predica que el mismo es *mínima* o *citra petita* respecto de las pretensiones, excepciones procesales y demás aspectos de la relación jurídica procesal (artículos 304, 305 y 306 del C. de P. Civil; 87 y 164 del C.C.A.).

²⁸ La Corte Suprema de justicia en algunas oportunidades la ha denominado *minima petita* pero esta expresión debe quedar reservada para cuando se concede menos de lo pedido, decisión ésta que no configura una causal de incongruencia.

Postulado de acuerdo con el cual la decisión final de los árbitros debe resultar armónica, consonante y concordante con los hechos y las pretensiones formuladas en la demanda, y en las demás oportunidades procesales contempladas, y con las excepciones que resulten probadas o hubieren sido alegadas, cuando así lo requiera la ley, todo esto sometido a su consideración por la voluntad de las partes en el proceso arbitral dentro de los límites previstos en el pacto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso) celebrado por ellas y en la ley, fuentes éstas que otorgan y enmarcan la competencia de los árbitros.

En efecto, el principio de congruencia implica que en la decisión de los árbitros que ponga fin a un litigio debe existir una adecuación o perfecta simetría entre lo pedido y lo resuelto, de manera que puede verse afectada cuando el juez concede más allá de lo pedido (*ultra petita*); o cuando decide sobre puntos no sometidos al litigio (*extra petita*), o cuando concede menos de lo pedido o deja de pronunciarse sobre cuestiones sujetas al proceso (*infra o citra petita*).

Así mismo, este principio exige que el fallo de los árbitros recaiga sobre puntos que sean susceptibles de decisión, por ser materias constitucional y legalmente transigibles y que se encuentre dentro del objeto del pacto compromisorio que otorga la competencia a los árbitros para conocer y pronunciarse en relación con la materia que voluntariamente las partes les han confiado para su decisión, de manera que los quebrantos a esa regla de atribución por exceso o por defecto, se encuentran tipificados como hechos pasibles para la invocación de las causales previstas en la legislación para censurar estos eventos (numerales 8 y 9 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 o numerales 4 y 5 del artículo 72- original- de la Ley 80 de 1993).

Por consiguiente, los árbitros en los precisos términos y límites del pacto arbitral y la ley, están en la obligación de decidir y proveer sobre cada uno de los extremos del litigio bajo su conocimiento y que surgen de las pretensiones y hechos de la demanda, como de las excepciones del demandado. Lo anterior con el objeto de que el fallo garantice la debida correspondencia con lo que se pide en la demanda, los hechos en que se fundan esas pretensiones y las excepciones que aparecen probadas, so pena de que ante una omisión incurra la providencia en la citada causal de nulidad (numerales 8 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989).

Por lo demás, esta causal de anulación (“no haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”), debe ser analizada conforme a la 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 los árbitros como materia de conocimiento y decisión.

De otra parte, es claro que en virtud de la filosofía del recurso de anulación de laudos, edificado por errores *in procedendo* y no *in iudicando*, el análisis de este vicio de construcción formal de la providencia debe realizarse de manera objetiva, es decir, verificar que formal y objetivamente el fallo se ajuste a las peticiones de las partes, independientemente de si éste es acertado o erróneo, para concluir si efectivamente se presentó o no una omisión de decidir algún extremo de la litis, pero no resulta dable por la naturaleza de la causal que se estudia, examinar las consideraciones y los motivos determinantes que ha tenido el juzgador en su decisión²⁹.

Así, frente al cuestionamiento que se hace en punto de la **no liquidación del contrato**, se advierte no una falta de decisión sino, más bien, un pronunciamiento adverso al petitum formulado. En efecto, en la demanda arbitral se formuló en este punto las siguientes pretensiones:

7.- Que para efectos de ser incorporado en la liquidación del contrato que deberá realizar el Tribunal de Arbitramento, se declare que **METROPLÚS S.A.**, le adeuda al Contratista los siguientes valores que ya fueron reconocidos directamente por la entidad o a través de su supervisor y que por tanto no están en discusión:

001 Trabajos reconocidos en la zona de la Bermejala \$ 10'078.900

002 Publicidad Vallas \$ 7'851.450 “

003 Implementación plan manejo ambiental 12 feb al 15 de Marzo.

²⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 6 de diciembre de 1993, Exp. 4046.

\$ 3'582.201

004 Intereses de mora \$ 7'980.125 (que se descontaran del mayor valor que por concepto de intereses reconozca este Tribunal en desarrollo de la petición No 6).

007 Evento compensable No 1 \$ 256'177.207

(Que corresponde a un reconocimiento parcial realizado por **METROPLÚS S.A.**, por concepto de costos por mayor permanencia y que por tanto se descontarán de la suma que el Tribunal reconozca en desarrollo de la petición No 4).

009 Obra básica. Acta 19 Final \$ 259'982.321.

010 Reajuste Acta 19 Final \$ 47'745.232

TOTAL \$ 593'397.455

8.- Que también para efectos de ser incorporado en la liquidación del contrato que deberá realizar el Tribunal de Arbitramento, se declare que **METROPLÚS S.A.**, le adeuda al Contratista el valor correspondiente al saldo de la retención en garantía que se efectuó por parte de **METROPLÚS S.A.**, durante la ejecución del contrato, en desarrollo de la cláusula 48 de los Datos del Contrato y que asciende a la fecha de \$ 369'329.681 que aún no le ha sido reintegrada a **CONSTRUCCIONES EL CÓNDROR S.A.**, suma que deberá ser reintegrada actualizando su valor hasta la fecha de expedición del laudo y reconociendo además la correspondiente compensación por concepto de lucro cesante ocasionado entre la fecha en que debió haberse efectuado el reintegro y la fecha de expedición del laudo, calculado a la tasa de interés bancario corriente vigente en dicho período.

9.- Que se liquide el contrato No. 077 de 2006 celebrado entre **CONSTRUCCIONES EL CÓNDROR S.A. y METROPLÚS S.A.**, el cual tuvo por objeto la construcción del corredor troncal de la Carrera 45 entre Calles 67 y 86 y adecuación de las carreras 44 y 46 entre las calles 67 y 9, en una longitud aproximada de 1.7 km de troncal y 5.0 km de adecuación, y se defina el monto del saldo a favor de **CONSTRUCCIONES EL CÓNDROR S.A.**, incluyendo, además de las condenas solicitadas en los numerales 4, 5 y 6, las obligaciones a que se hace referencia en los numerales 7 y 8 de las pretensiones, cuyo pago ha sido supeditado a la firma del Acta de liquidación, todo esto en concordancia con las sumas que se relacionan en el capítulo correspondiente de la estimación razonada de la cuantía.

Al decidir esta última pretensión, el Laudo atacado decidió:

“9.- Para efectos de la liquidación del Contrato solicitada en la pretensión novena, el Tribunal ordena que en dicha liquidación se incorporen las siguientes condenas a cargo de **METROPLÚS S.A.** y a favor de **COSNTRUCCIONES EL CÓNDROR S.A.**:

Concepto	Valor
Sobrecostos derivados de la mayor permanencia	1.555.895.687
Lucro cesante mayor permanencia en obra	\$ 769.242.073
Intereses por el pago tardío de algunos certificados	\$ 21.749.986
Lucro cesante pago tardío de algunos certificados	\$ 7.090.616
Devolución tardía de la retención en garantía	\$ 26.624.630
Lucro cesante devolución tardía de la retención en garantía	\$ 5.320.281

Total a pagar por parte de Metroplús Construcciones el Cóndor S.A. en virtud de la liquidación del contrato.	2.385.923.273
---	----------------------

“(...)”

“Las cifras anteriores corresponden a los conceptos de daño emergente y lucro cesante, según lo definido en la parte motiva del laudo, comienzan a causar intereses moratorios a partir de la ejecutoria de esta providencia según lo dispuesto por el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.”

De manera que aunque el contrato no fue objeto de liquidación, como era lo pretendido por el convocante, el juez arbitral decidió que las condenas que se decretaron en el laudo se incorporasen a la liquidación. Por lo mismo, la resolución adoptada en este punto por el juez arbitral no supuso violación del principio de congruencia, en la medida en que decisión sobre la materia sí hubo, sólo que a ella no se accedió en los términos planteados en la demanda arbitral.

La decisión de los árbitros fue entonces consonante con las pretensiones, sólo que su concordancia no puede determinarse en cuanto que se acceda totalmente a lo pedido. Hubo, como lo puso de presente en su concepto el Agente del Ministerio Público, un pronunciamiento respecto de la pretensión, sólo que ella acogió parcialmente la petición.

En tal virtud, no le asiste razón al recurrente cuando afirma que en este caso se configura la causal invocada y, de consiguiente, tampoco tiene vocación de prosperidad.

Adicionalmente, el recurso termina admitiendo que sí hubo decisión sobre la liquidación, sólo que ésta es “confusa”, “incongruente” y por lo tanto “contradictoria”, eventos todos ellos que no permiten atacar el laudo por inconsonancia, como lo impone la causal en comento.

Esta misma Corporación en la Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección “B”, en pronunciamiento anterior al decidir un caso parecido al que hoy ocupa la atención de la Sala, en donde era parte la misma entidad convocada METROPLÚS S.A., y se discutían los mismos aspectos que aquí se cuestionan, asumió la misma posición que se está adoptando en este laudo³⁰.

De manera que no hay duda que el juez arbitral sí se pronunció sobre la liquidación del contrato y decidió que las condenas relacionadas en el numeral 9º de la parte resolutive se incorporasen a la liquidación. Por lo tanto, la resolución adoptada en este punto por el juez arbitral no supuso violación del principio de congruencia, en la medida en que la decisión de los árbitros fue entonces consonante con las pretensiones de la demanda.

En tal virtud, no le asiste razón al recurrente cuando afirma que en este caso se configura la causal invocada y, de consiguiente, tampoco tiene vocación de prosperidad.

El cargo se despacha negativamente.

En conclusión, compartiendo el concepto del Ministerio Público, ninguno de los cargos formulados está llamado a prosperar y en consecuencia se declarará infundado el recurso de anulación y se condenará en costas a los recurrentes.

³⁰ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección “B” Sentencia de seis (6) de septiembre de dos mil once (2011), radicado (39.982)

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

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

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

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

R E S U E L V E

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADO el recurso de anulación que propuso la entidad convocada - **METROPLÚS S.A** - contra el laudo arbitral proferido el 30 de julio de 2010.

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

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

Presidenta de la Sala

ENRIQUE GIL BOTERO

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR ENRIQUE GIL BOTERO

ANULACION LAUDO ARBITRAL - Metroplús S.A. y Construcciones el Cóndor S.A. / ANULACION LAUDO ARBITRAL - Decreto 1818 de 1998. Artículo 163. Numeral 9 / CAUSAL NOVENA - No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento / CAUSAL POR MINIMA PETITA - Configuración / CAUSAL NOVENA DE ANULACION - Se configuró

Tiene establecido esta Sección que la causal por mínima petita se configura cuando el juez omite pronunciarse sobre asuntos sometidos a su conocimiento, solicitados en la demanda o en la contestación, o sobre asuntos que hubiesen surgido dentro del juicio arbitral, de aquellos sobre los que obligatoriamente la ley exige manifestarse. Y para vincular directamente esta idea con el caso sub iudice, se tiene establecido que la parte convocante, en su demanda, solicitó al tribunal de arbitramento –pretensiones séptima, octava y novena-: es claro, porque no necesita más interpretación de la que surge diáfananamente de la lectura pura y simple que se haga de ellas, que la parte convocante solicitó al tribunal de arbitramento que liquidara el contrato No. 077, suscrito entre METROPLÚS SA. y CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR SA., el 5 de junio de 2006, cuyo objeto fue “la construcción del corredor troncal de la Carrera 45 entre Calles 67 y 86 y adecuación de las carreras 44 y 46 entre las calles 67 y 9, en una longitud aproximada de 1.7 km de troncal y 5.0 km de adecuación”. Al resolver estas pretensiones el tribunal decidió: (...) el tribunal de arbitramento en lugar de liquidar judicialmente el contrato, como lo solicitó la convocante, le ordenó a la entidad estatal, pura y simplemente, que lo hiciera ella, con la advertencia de que tuviera en cuenta algunas condenas decretadas por él. Ahora bien, al resolver la causal de anulación propuesta, la Sala dispuso que la actuación del tribunal se ajustó a derecho -pese a que en el primer párrafo que sigue dice lo contrario (...) En mi criterio, el tema no exige mayores consideraciones para demostrar que la causal de anulación sí se configuró, porque su estudio sólo exige comparar las pretensiones de la demanda con la decisión del tribunal, para definir si éste se pronunció o no sobre todas las pretensiones. Al realizar esta confrontación no me queda la menor duda que la convocante pidió al tribunal que liquidara el contrato – tres pretensiones contienen la misma solicitud-, pero éste se limitó a ordenarle a la entidad estatal que lo liquidara ella, con la advertencia de que tuviera en cuenta varias condenas decididas en este mismo proceso. entiendo que el tribunal no liquidó el contrato, y la prueba de ello es que le ordenó a la entidad estatal que lo hiciera, lo que acredita que dejó de resolver, él, cuestiones sujetas al tribunal de arbitramento, para entregárselas a METROPLUS SA., y por esa razón la causal de anulación de anulación debió prosperar, y debió esta misma Sala complementar el laudo, en la parte ausente de decisión.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163.9

NOTA DE RELATORIA: Consultar sentencia de 6 de septiembre de 2011, exp. 39982

CONTRATO ESTATAL - Liquidación

La liquidación de un contrato se ha definido, doctrinaria y jurisprudencialmente, como un corte de cuentas, es decir, una etapa del negocio jurídico en que las partes hacen un balance económico, jurídico y técnico de lo ejecutado, y en virtud de ello el contratante y el contratista definen el estado en que queda el contrato, o mejor, la situación en que las partes están dispuestas a recibir y asumir el resultado de su ejecución. La liquidación supone, en el escenario normal y usual, que el contrato se ejecuta, y más adelante las partes, o el Estado -de manera unilateral- o el juez –como debió suceder en el caso concreto-, valoran el resultado del negocio, teniendo como epicentro del análisis el cumplimiento o incumplimiento de los derechos y de las obligaciones surgidos del negocio, pero también -en ocasiones- la ocurrencia de hechos o circunstancias ajenos a ellos, y que afectan la ejecución normal del mismo, con la finalidad de determinar el estado en que quedan las partes frente a éste. En condiciones ideales, el contrato celebrado y ejecutado -según lo acordado-, conduce a que se liquide satisfactoriamente para ambas partes. Sin embargo, en ocasiones la ejecución se caracteriza por una serie de irregularidades, contratiempos y demás circunstancias sobrevenidas en esta etapa, que alteran las condiciones normales de desarrollo, lo que hace que una o ambas partes queden insatisfechas, y que por ende la liquidación no sea tranquila o normal, como pudo imaginarse cuando celebraron el contrato. En este último caso, las partes suelen formularse reproches, que se espera –no obstante- se resuelvan mancomunadamente en la liquidación, y para eso intentan definir cómo quedan los derechos y las obligaciones, luego de la ejecución. En este último caso, el esfuerzo que realizan puede frustrarse, es decir, no conducir a una liquidación de mutuo acuerdo, ya que las diferencias pueden ser tan profundas que impiden suscribir un documento que resuelva la situación. Cuando esto acontece, la ley contempla la posibilidad de que la administración liquide el contrato, es decir, que lo haga unilateralmente, asumiendo el poder excepcional de declarar el estado en que queda el negocio jurídico.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil doce (2012)

Radicación número: 11001-03-26-000-2010-00054-00(39549)

Actor: METROPLUS S.A.

Demandado: CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A.

SALVAMENTO DE VOTO

Con mi acostumbrado respeto frente a las decisiones de la Sala, salvo mi voto en relación con la sentencia proferida el 29 de febrero de 2012, en el proceso de la referencia –CP. Olga Mélida Valle de De la Hoz-, y expresaré, en los términos que siguen, las razones que me condujeron a disentir de la mayoría.

1. Síntesis del problema

La sentencia se pronunció sobre tres (3) causales de anulación propuestas por la empresa estatal recurrente -METROPLUS SA.- contra el laudo arbitral que dirimió las controversias surgidas entre ella y Construcciones El Cóndor SA., y si bien dos de ellas se resolvieron correctamente, desde mi punto de vista la tercera no tuvo la misma suerte: “No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”.

El problema consiste en que la parte convocante le pidió al tribunal de arbitramento –entre muchas otras pretensiones- que liquidará el contrato estatal, pero al dictar el laudo éste resolvió –entre otras condenas impuestas a Metroplús SA.- que la entidad estatal lo debía liquidar, y que debía tener en cuenta los valores de la condena que se impusieron en el mismo. En particular, resolvió:

“NOVENO.- Ordenar que en la liquidación del contrato No. 077 de 2006, se incluya a cargo de METROPLÚS SA. y a favor de CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR SA., las siguientes sumas de dinero, correspondientes a los puntos quinto, séptimo y octavo anteriores: (...)

La Sala consideró, conforme a esta decisión, que el tribunal sí se pronunció sobre la pretensión que buscaba la liquidación judicial del contrato, y por eso negó la solicitud de anulación, por esta causal.

2. Razones de mi disentimiento con la Sala

Tiene establecido esta Sección que la causal por *mínima petita* se configura cuando el juez omite pronunciarse sobre asuntos sometidos a su conocimiento, solicitados en la demanda o en la contestación, o sobre asuntos que hubiesen surgido dentro del juicio arbitral, de aquellos sobre los que obligatoriamente la ley exige manifestarse. Y para vincular directamente esta idea con el caso *sub iudice*, se tiene establecido que la parte convocante, en su demanda, solicitó al tribunal de arbitramento –pretensiones séptima, octava y novena-:

“7.- Que **para efectos de ser incorporado en la liquidación del contrato que deberá realizar el Tribunal de Arbitramento**, se declare que METROPLÚS S.A., le adeuda al Contratista los siguientes valores que ya fueron reconocidos directamente por la entidad o a través de su supervisor y que por tanto no están en discusión:

“001 Trabajos reconocidos en la zona de la Bermejala \$ 10'078.900

“002 Publicidad Vallas \$ 7'851.450 “

“003 Implementación plan manejo ambiental 12 feb al 15 de Marzo.

\$ 3'582.201

“004 Intereses de mora \$ 7'980.125
“(que se descontaran del mayor valor que por concepto de intereses reconozca este Tribunal en desarrollo de la petición No 6).

"007 Evento compensable No 1 \$ 256'177.207

"(Que corresponde a un reconocimiento parcial realizado por **METROPLÚS S.A.**, por concepto de costos por mayor permanencia y que por tanto se descontarán de la suma que el Tribunal reconozca en desarrollo de la petición No 4).

"009 Obra básica. Acta 19 Final \$ 259'982.321.

"010 Reajuste Acta 19 Final \$ 47'745.232

"TOTAL \$ 593'397.455

"8.- Que también **para efectos de ser incorporado en la liquidación del contrato que deberá realizar el Tribunal de Arbitramento**, se declare que METROPLÚS S.A., le adeuda al Contratista el valor correspondiente al saldo de la retención en garantía que se efectuó por parte de METROPLÚS S.A., durante la ejecución del contrato, en desarrollo de la cláusula 48 de los Datos del Contrato y que asciende a la fecha de \$ 369'329.681 que aún no le ha sido reintegrada a CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A., suma que deberá ser reintegrada actualizando su valor hasta la fecha de expedición del laudo y reconociendo además la correspondiente compensación por concepto de lucro cesante ocasionado entre la fecha en que debió haberse efectuado el reintegro y la fecha de expedición del laudo, calculado a la tasa de interés bancario corriente vigente en dicho período.

"9.- **Que se liquide el contrato No. 077 de 2006 celebrado entre CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A. y METROPLÚS S.A.**, el cual tuvo por objeto la construcción del corredor troncal de la Carrera 45 entre Calles 67 y 86 y adecuación de las carreras 44 y 46 entre las calles 67 y 9, en una longitud aproximada de 1.7 km de troncal y 5.0 km de adecuación, y se defina el monto del saldo a favor de CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A., incluyendo, además de las condenas solicitadas en los numerales 4, 5 y 6, las obligaciones a que se hace referencia en los numerales 7 y 8 de las pretensiones, cuyo pago ha sido supeditado a la firma del Acta de liquidación, todo esto en concordancia con las sumas que se relacionan en el capítulo correspondiente de la estimación razonada de la cuantía."

Según las pretensiones trascritas, es claro, porque no necesita más interpretación de la que surge diáfana de la lectura pura y simple que se haga de ellas, que la parte convocante solicitó al tribunal de arbitramento que liquidara el contrato No. 077, suscrito entre METROPLÚS SA. y CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR SA., el 5 de junio de 2006, cuyo objeto fue “la construcción del corredor troncal de la Carrera 45 entre Calles 67 y 86 y adecuación de las carreras 44 y 46 entre las calles 67 y 9, en una longitud aproximada de 1.7 km de troncal y 5.0 km de adecuación”. Al resolver estas pretensiones el tribunal decidió:

“NOVENO.- Ordenar que en la liquidación del Contrato No 077 de 2006, se incluya a cargo de METROPLÚS S.A., y a favor de CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A., las siguientes sumas de dinero, correspondientes a los puntos quinto, séptimo y octavo anteriores:

- DOS MIL TRESCIENTOS VEINTICINCO MILLONES CIENTO TREINTA Y SIETE MIL SETECIENTOS SESENTA PESOS (\$ 2.325.137.760), por concepto de sobrecostos administrativos durante el período de la mayor permanencia.
- VEINTIOCHO MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA MIL SEISCIENTOS DOS PESOS (\$ 28.840.602), por concepto del pago tardío de las actas mensuales de obra Nos 03, 16, 17 y 18.
- TREINTA Y UN MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS ONCE (\$ 31.944.911), por concepto del reintegro tardío de la retención del 3% sobre las actas mensuales de obra.

“Las cifras anteriores corresponden a los conceptos de daño emergente y lucro cesante, según lo definido en la parte motiva del laudo, comienzan a causar intereses moratorios a partir de la ejecutoria de esta providencia según lo dispuesto en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.”

De esta manera, el tribunal de arbitramento en lugar de liquidar judicialmente el contrato, como lo solicitó la convocante, le ordenó a la entidad estatal, pura y simplemente, que lo hiciera ella, con la advertencia de que tuviera en cuenta algunas condenas decretadas por él.

Ahora bien, al resolver la causal de anulación propuesta, la Sala dispuso que la actuación del tribunal se ajustó a derecho -pese a que en el primer párrafo que sigue dice lo contrario-, porque:

“De manera que aunque el contrato no fue objeto de liquidación, como era lo pretendido por el convocante, el juez arbitral decidió que las condenas que se decretaron en el laudo se incorporasen a la liquidación. Por lo mismo, la resolución adoptada en este punto por el juez arbitral no supuso violación del principio de congruencia, en la medida en que decisión sobre la materia sí hubo, sólo que a ella no se accedió en los términos planteados en la demanda arbitral.

“La decisión de los árbitros fue entonces consonante con las pretensiones, sólo que su concordancia no puede determinarse en cuanto que se acceda totalmente a lo pedido. Hubo, como lo puso de presente en su concepto el Agente del Ministerio Público, un pronunciamiento respecto de la pretensión, sólo que ella acogió parcialmente la petición.

“En tal virtud, no le asiste razón al recurrente cuando afirma que en este caso se configura la causal invocada y, de consiguiente, tampoco tiene vocación de prosperidad.

“Adicionalmente, el recurso termina admitiendo que sí hubo decisión sobre la liquidación, sólo que ésta es “confusa”, “incongruente” y por lo tanto “contradictoria”, eventos todos ellos que no permiten atacar el laudo por inconsonancia, como lo impone la causal en comento.

“Esta misma Corporación en la Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección “B”, en pronunciamiento anterior al decidir un caso parecido al que hoy ocupa la atención de la Sala, en donde era parte la misma entidad convocada METROPLÚS S.A., y se discutían los mismos aspectos que aquí se cuestionan, asumió la misma posición que se está adoptando en este laudo³¹.

³¹ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección “B” Sentencia de seis (6) de septiembre de dos mil once (2011), radicado (39.982)

“De manera que no hay duda que el juez arbitral sí se pronunció sobre la liquidación del contrato y decidió que las condenas relacionadas en el numeral 9º de la parte resolutive se incorporasen a la liquidación. Por lo tanto, la resolución adoptada en este punto por el juez arbitral no supuso violación del principio de congruencia, en la medida en que decisión de los árbitros fue entonces consonante con las pretensiones de la demanda.

“En tal virtud, no le asiste razón al recurrente cuando afirma que en este caso se configura la causal invocada y, de consiguiente, tampoco tiene vocación de prosperidad.”

En mi criterio, el tema no exige mayores consideraciones para demostrar que la causal de anulación sí se configuró, porque su estudio sólo exige comparar las *pretensiones* de la demanda con la *decisión* del tribunal, para definir si éste se pronunció o no sobre todas las pretensiones. Al realizar esta confrontación no me queda la menor duda que la convocante pidió al tribunal que liquidara el contrato – tres pretensiones contienen la misma solicitud-, pero éste se limitó a ordenarle a la entidad estatal que lo liquidara ella, con la advertencia de que tuviera en cuenta varias condenas decididas en este mismo proceso.

La anormalidad de esta orden pone de presente tres cosas: *de un lado*, que aunque con algunas limitaciones, en varios aspectos -los decididos directamente por el tribunal-, la entidad asumió el poder de liquidación unilateral del contrato, y ahora la convocante ni siquiera tiene derecho a pedir su participación en ella.

De otro lado, que en los aspectos o materias no limitadas por el tribunal de arbitramento –que son la inmensa mayoría de los que hacen parte de la liquidación de un contrato de obra- METROPLUS SA. quedó en libertad de definir el contenido de la liquidación, lo que es fuente segura de nuevas controversias, pues el poder de liquidación unilateral pasó de las manos del juez a las de la administración, por gracia de aquél, sin tener en cuenta el alcance de esta facultad.

En *tercer lugar*, esta forma de proceder del tribunal de arbitramento, a quien le pidieron que liquidara el contrato, pero prefirió usar la fórmula ingeniosa de ordenarle a la entidad estatal que lo hiciera ella, desconoce la naturaleza de la liquidación judicial de un contrato, por cuya virtud las partes –incluida la administración en su unilateralidad- pierden el poder de establecer el estado en que queda el negocio jurídico, para asumirlo el juez, quien en adelante controla la decisión de todos y cada uno de los aspectos que hacen parte de un contrato: los jurídicos, técnicos y financieros.

Y es que recuérdese que la liquidación de un contrato se ha definido, doctrinaria y jurisprudencialmente, como un corte de cuentas, es decir, una etapa del negocio jurídico en que las partes hacen un balance económico, jurídico y técnico de lo ejecutado, y en virtud de ello el contratante y el contratista definen el estado en que queda el contrato, o mejor, la situación en que las partes están dispuestas a recibir y asumir el resultado de su ejecución.

La liquidación supone, en el escenario normal y usual, que el contrato se ejecuta, y más adelante las partes, o el Estado -de manera unilateral- o el juez –como debió suceder en el caso concreto-, valoran el resultado del negocio, teniendo como epicentro del análisis el cumplimiento o incumplimiento de los derechos y de las obligaciones surgidos del negocio, pero también -en ocasiones- la ocurrencia de hechos o circunstancias ajenos a ellos, y que afectan la ejecución normal del mismo, con la finalidad de determinar el estado en que quedan las partes frente a éste.

En condiciones ideales, el contrato celebrado y ejecutado -según lo acordado-, conduce a que se liquide satisfactoriamente para ambas partes. Sin embargo, en ocasiones la ejecución se caracteriza por una serie de irregularidades, contratiempos y demás circunstancias sobrevenidas en esta etapa, que alteran las

condiciones normales de desarrollo, lo que hace que una o ambas partes queden insatisfechas, y que por ende la liquidación no sea tranquila o normal, como pudo imaginarse cuando celebraron el contrato. En este último caso, las partes suelen formularse reproches, que se espera –no obstante- se resuelvan mancomunadamente en la liquidación, y para eso intentan definir cómo quedan los derechos y las obligaciones, luego de la ejecución.

En este último caso, el esfuerzo que realizan puede frustrarse, es decir, no conducir a una liquidación de mutuo acuerdo, ya que las diferencias pueden ser tan profundas que impiden suscribir un documento que resuelva la situación. Cuando esto acontece, la ley contempla la posibilidad de que la administración liquide el contrato, es decir, que lo haga unilateralmente, asumiendo el poder excepcional de declarar el estado en que queda el negocio jurídico.

Es bueno precisar que si bien lo normal es que la liquidación se produzca tan pronto termina la ejecución del contrato, existen situaciones en las cuales esto ocurre antes. Tal es el caso en que el contrato termina por una razón distinta a la ejecución: como cuando las partes lo hacen de común acuerdo, o lo hace el Estado en forma unilateral, o porque se declara la caducidad, o se presenta otra circunstancia imprevista que hace imposible continuar la ejecución. En estos, y en otros casos de similar naturaleza, la liquidación procede en los términos indicados.

En este orden de ideas, aplicado al caso concreto, entiendo que el tribunal no liquidó el contrato, y la prueba de ello es que le ordenó a la entidad estatal que lo hiciera, lo que acredita que dejó de resolver, él, cuestiones sujetas al tribunal de arbitramento, para entregárselas a METROPLUS SA., y por esa razón la causal de anulación de anulación debió prosperar, y debió esta misma Sala complementar el laudo, en la parte ausente de decisión.

En estos términos dejo sustentado mi salvamento de voto.

Respetuosamente,

Enrique Gil Botero

**ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR JAIME ORLANDO SANTOFIMIO
GAMBOA**

**RECURSO DE ANULACION LAUDO ARBITRAL - Principio de congruencia /
PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Fallo mínima petita. No incurren en
congruencia**

La mayoría de la Sala afirma que "...en efecto, el principio de congruencia implica que en la decisión de los árbitros que ponga fin a un litigio debe existir una adecuación o perfecta simetría entre lo pedido y lo resuelto, de manera que puede verse afectada... cuando concede menos de lo pedido o deja de pronunciarse sobre cuestiones sujetas al proceso." Semejante afirmación lleva consigo sostener que un fallo es incongruente cuando no se concede la totalidad de lo pretendido, lo cual está en abierta contradicción con lo dispuesto por el inciso tercero del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil al prever que "si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último." Así que entonces mi aclaración va dirigida a precisar que los fallos mínima petita no incurren en incongruencia alguna a diferencia de lo que ocurre cuando la sentencia no se pronuncia sobre todas las pretensiones que se adujeron en la demanda.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 305

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil doce (2012)

Radicación número: 11001-03-26-000-2010-00054-00(39549)

Actor: METROPLUS S.A.

Demandado: CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A.

ACLARACION DE VOTO

Reiterando mi consabido respeto por las motivaciones y las decisiones de la Sala, presento la razón que determina la aclaración de mi voto:

La mayoría de la Sala afirma que “...en efecto, el principio de congruencia implica que en la decisión de los árbitros que ponga fin a un litigio debe existir una adecuación o perfecta simetría entre lo pedido y lo resuelto, de manera que puede verse afectada... cuando concede menos de lo pedido o deja de pronunciarse sobre cuestiones sujetas al proceso.”

Semejante afirmación lleva consigo sostener que un fallo es incongruente cuando no se concede la totalidad de lo pretendido, lo cual está en abierta contradicción con lo dispuesto por el inciso tercero del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil al prever que *“si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último.”*

Así que entonces mi aclaración va dirigida a precisar que los fallos *minima petita* no incurren en incongruencia alguna a diferencia de lo que ocurre cuando la sentencia no se pronuncia sobre todas las pretensiones que se adujeron en la demanda.

En estos términos dejo presentada la aclaración de mi voto.

Con toda consideración y respeto,

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Magistrado

