

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL – Parcialmente infundado / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL – Anula parcialmente

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL – Causal segunda / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL – La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL – Causal séptima / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL – Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL – Causal octava / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL – Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutive o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL – Causal novena / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL - Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento / COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO - Su competencia para resolver la pretensión atinente al enriquecimiento sin causa implica un análisis distinto al relativo al estudio de los elementos que configuran el enriquecimiento sin causa / COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO – Es competente para conocer de las pretensiones de enriquecimiento sin causa / FALLO EN CONCIENCIA – Configurado / ELEMENTOS DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA – Presupuestos / ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA – La ausencia de causa es un elemento esencial para la configuración del enriquecimiento sin causa / ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - Es contradictorio concebir que un enriquecimiento sin causa tenga como fuente un incumplimiento contractual / CONFIGURACIÓN DE FALLO EN CONCIENCIA O EQUIDAD / DAÑO – Originado en un contrato y paralelamente un enriquecimiento sin causa / DAÑO - Una obligación no puede tener una fuente contractual y no tener causa a la vez

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL / COMPETENCIA – Para la resolución / EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS - Con una participación pública superior al 50%

La Sección Tercera del Consejo de Estado es competente para conocer del presente recurso de anulación, conforme con el artículo 46 de la Ley 1563 de 2012 y el numeral 7 del artículo 149 del CPACA, pues DISPAC es una empresa de servicios públicos domiciliarios con una participación pública superior al 50%.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 149 NUMERAL 7 / LEY 1563 DE 2012 – ARTÍCULO 46

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL – Causal segunda / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL – La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL – Es requisito de procedibilidad interponer recurso de reposición contra el auto que asume competencia

Pese a la posible caducidad de la acción y la cuestionable competencia del Tribunal Arbitral para conocer y decidir sobre la pretensión subsidiaria de enriquecimiento sin justa causa, la Sala no estudiará la configuración de las causales de anulación de caducidad y falta de jurisdicción o competencia del Tribunal Arbitral, pues la recurrente no agotó el requisito de procedibilidad contemplado en el penúltimo inciso del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. Esto es, no interpuso recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia.

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 – ARTÍCULO 41 NUMERAL 2 / LEY 1563 DE 2012 – ARTÍCULO 41 PENÚLTIMO INCISO

ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL – Falta de estudio de excepción de inepta demanda / ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL – No configurada

Contrario a lo afirmado por la recurrente, esta excepción sí fue estudiada y, motivadamente, negada por el Tribunal. La Sala comparte la afirmación de DISPAC, quien sostuvo que es claramente errada la apreciación del Panel según la cual en los trámites arbitrales debe preferirse la aplicación de los Laudos Arbitrales frente a la jurisprudencia del Consejo de Estado. Ello, pues el hecho de que un litigio sea resuelto por un Tribunal Arbitral no exonera al Panel de aplicar la jurisprudencia del juez de lo contencioso administrativo, ya que la cláusula compromisoria implica que un caso relacionado con un contrato estatal será decidido por un juez diferente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pero ello no conlleva una modificación en el derecho o la jurisprudencia aplicable a este. No obstante, a juicio de la Sala, el Tribunal fundamentó en derecho la negación de la excepción, pues hizo referencia a varias decisiones arbitrales con supuestos de hecho similares en las cuales la convocante solicitó que se declarara el incumplimiento de un contrato sin solicitar que se anulara su liquidación y a la consideración que el Panel no podía declarar la nulidad del acta de liquidación por el régimen privado del contrato. En virtud de lo anterior, la causal séptima se declarará infundada por este supuesto.

CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL – Causal séptima / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL – Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta

circunstancia aparezca manifiesta en el laudo / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL – Habilita al juez de anulación a estudiar si en el Laudo se exponen los fundamentos que sustentan la decisión, y le impone declarar la nulidad cuando este advierta que la misma carece de forma manifiesta de estos fundamentos / ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL – Configurada / ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL – Falta de estudio de la excepción de ejecución de los contratos de buena fe, preclusión de las etapas contractuales e imposibilidad de ir contra sus propios actos / ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL – Efectos de la anulación parcial / ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL – No califica la decisión del Tribunal como correcta o errada

La causal contenida en el numeral 7 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 dispone que el Laudo recurrido podrá ser anulado cuando el Tribunal haya “fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”. Esta causal habilita al juez de anulación a estudiar si en el Laudo se exponen los fundamentos que sustentan la decisión, y le impone declararla cuando este advierta que la misma carece –de forma manifiesta– de estos fundamentos. Puede declararse fundada cuando se verifique uno de los tres siguientes supuestos: (1) cuando el Laudo se funde exclusivamente en la equidad si debía ser en derecho; (2) cuando la decisión se haya tomado con ausencia de fundamento jurídico o cuando la fundamentación jurídica presentada por el Panel Arbitral no sustente lógicamente la decisión, y (3) cuando en esta se observe una total ausencia de un análisis probatorio o cuando el Laudo haga referencia a pruebas que no fundamenten objetivamente la decisión. [...] En conclusión, la falta de estudio de los fundamentos fácticos y jurídicos en la motivación de la decisión sobre la excepción implicó, no solo la omisión del estudio de una excepción formulada por la convocada, sino la configuración de un fallo en conciencia evidente y ostensible, con lo cual se cumple la totalidad de los requisitos legales para la configuración de la causal séptima del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. Ahora, de cara a la aplicación del primer inciso del artículo 43 de la misma ley, se impone la anulación del contenido de la parte resolutive del Laudo Arbitral, que fue fruto de este vicio. Por una parte, deberá anularse la negación de la citada excepción (numeral TERCERO, subnumeral III). Por otra, deberá anularse la declaración de incumplimiento de la convocada (numeral QUINTO, subnumeral I). Esto último, pues la eventual concesión de la excepción hubiera enervado la declaratoria de incumplimiento de DISPAC. Aunque a la Sala no le corresponde estudiar cuál debió haber sido la decisión del Tribunal respecto de la excepción, lo cierto es que, al negarse a analizarla, el Panel cercenó a la convocada la posibilidad de defenderse jurídicamente del incumplimiento alegado en la demanda. [...] No sobra advertir que, mediante esta decisión, la Sala no está pronunciándose sobre el fondo de la controversia, pues no está calificando la decisión del Tribunal como correcta o equivocada. En efecto, a la Sala le es indiferente la decisión del Panel, ya que no estudia si tal excepción debió haber sido declarada probada o debió haber sido

negada, sin embargo, la Sala recalca, en su calidad de juez de anulación, que la decisión sobre la excepción debió haber sido motivada en derecho por el Tribunal.

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 – ARTÍCULO 41 NUMERAL 7

ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL – Configurada / ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL – Falta de estudio de la excepción de inexistencia de los elementos que configuran el enriquecimiento sin causa / COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO - Su competencia para resolver la pretensión atinente al enriquecimiento sin causa implica un análisis distinto al relativo al estudio de los elementos que configuran el enriquecimiento sin causa / COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO – Es competente para conocer de las pretensiones de enriquecimiento sin causa / CONFIGURACIÓN DEL FALLO EN CONCIENCIA

La Sala declarará fundada la causal séptima de anulación por este supuesto, en virtud de que el Tribunal no estudió la excepción de “inexistencia de los elementos que configuran el enriquecimiento sin causa”, de lo cual se colige que la decisión del Tribunal respecto del enriquecimiento sin causa se tomó con ausencia de fundamento jurídico. En la contestación de la reforma de la demanda presentada por DISPAC, esta formuló la referida excepción. La convocada señaló que “el enriquecimiento sin causa, por si solo es la fuente de las obligaciones, no requiere de un acto jurídico ni un hecho que le den vida” y concluyó que en el caso concreto no se cumplían los elementos que permitían la configuración de dicha institución. Como ya se referenció al exponer las consideraciones del Laudo, luego de resolver que sí era competente para decidir sobre la pretensión relativa al enriquecimiento sin causa, el Tribunal decidió no estudiar esta excepción, por considerar que su análisis estaba subsumido dentro de la determinación de su competencia [...] La referida argumentación del Tribunal es errada. Su competencia para resolver la pretensión atinente al enriquecimiento sin causa implica un análisis distinto al relativo al estudio de los elementos que configuran el enriquecimiento sin causa. Así, es equivocada la consideración de que el análisis de la excepción estaba subsumido en la definición de su competencia, lo que da cuenta de la falta de estudio por parte del Tribunal de la citada excepción. Adicionalmente, la falta de análisis de los elementos del enriquecimiento sin causa configuró un fallo en conciencia o equidad, pues, antes de conceder la pretensión SEXTA BIS –que pretendía la declaración de enriquecimiento sin causa–, el Tribunal debió haber estudiado la presencia de los elementos definidos por la jurisprudencia para la configuración de la institución.

ELEMENTOS DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA – Presupuestos / ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA – La ausencia de causa es un elemento esencial para la configuración del enriquecimiento sin causa / ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - Es contradictorio concebir que un enriquecimiento sin causa tenga como fuente un incumplimiento contractual

/ CONFIGURACIÓN DE FALLO EN CONCIENCIA O EQUIDAD / DAÑO – Originado en un contrato y paralelamente un enriquecimiento sin causa / DAÑO - Una obligación no puede tener una fuente contractual y no tener causa a la vez

Los elementos del enriquecimiento sin causa han sido definidos por la Corte Suprema de Justicia y del Consejo del Estado. Si bien pueden encontrarse diferencias entre los pronunciamientos que los definen, la jurisprudencia de las dos Altas Cortes coincide en señalar tres elementos básicos de esta institución: “i) un aumento patrimonial a favor de una persona; ii) una disminución patrimonial en contra de otra persona, la cual es inversamente proporcional al incremento patrimonial del primero; y iii) la ausencia de una causa que justifique las dos primeras situaciones”. El Tribunal no ahondó en el estudio de los dos primeros elementos, pero concluyó, al resolver las pretensiones de la reforma de la demanda, “que hubo enriquecimiento sin justa causa a favor de [...] DISPAC, con el correlativo empobrecimiento de DISICO”. Además, el Panel no estudió y ni siquiera hizo mención al tercer elemento. Resulta incuestionable que la ausencia de causa es un elemento esencial para la configuración del enriquecimiento sin causa. [...] Así, resulta contradictorio concebir que un enriquecimiento sin causa tenga como fuente un incumplimiento contractual, pues el mismo fundamento de la figura indica que en enriquecimiento debe ser ausente de causa o fuente obligacional. No obstante, para sustentar su competencia frente a la pretensión de enriquecimiento sin justa causa, el Tribunal afirmó en el Laudo que las “pretensiones subsidiarias [de DISICO], sí guarda[ban] relación directa con la ejecución del contrato”, “se ref[erían] a controversias presentadas en el marco de la relación jurídica que da vida a este proceso” y “no se trata[ban] pues de hechos sin ninguna relación de causalidad con el contrato”. Luego, en la aclaración del Laudo, reiteró que “el enriquecimiento sin causa hac[ía] parte de las controversias relacionadas con el contrato”. Adicionalmente, el Panel falló en conciencia o en equidad al declarar el enriquecimiento sin justa causa a favor de DISPAC, en la medida en que los fundamentos fácticos y probatorios con base en los cuales el Tribunal concedió la pretensión subsidiaria de enriquecimiento sin justa causa fueron los mismos fundamentos presentados para declarar el incumplimiento de la entidad. Es decir, los mismos fundamentos son usados, a la vez, para declarar un incumplimiento y un enriquecimiento sin justa causa, sin que esta contradicción encuentre fundamento jurídico alguno en la decisión adoptada por el Tribunal; lo que revela un fallo en conciencia o equidad. [...] De la exposición del Laudo se colige que tanto el incumplimiento contractual de DISPAC como el enriquecimiento sin justa causa tienen el mismo fundamento, correspondiente a la falta de pago por parte de la empresa de las mayores cantidades de obra “acordadas por la parte convocante y la interventoría”. Además, la confusión entre incumplimiento y enriquecimiento sin justa causa se hizo evidente cuando, al estudiar este último, el Tribunal indicó que en virtud del contrato, DISICO tenía derecho a cobrarle a la convocada “todos los elementos destinados para la buena ejecución de la obra” y que “todo lo incorporado en el Proyecto” debía pagarse de conformidad con el

contrato. Lo anterior da cuenta de la falta de estudio del Tribunal del tercer elemento del enriquecimiento sin justa causa, correspondiente a su ausencia de justificación, pues al considerar que el fundamento del enriquecimiento sin justa causa es el mismo que el del incumplimiento contractual de DISPAC, el Panel desconoció la esencia misma de la institución jurídica. En efecto, el enriquecimiento sin justa causa no puede tener origen en ninguna de las fuentes de las obligaciones contempladas en el artículo 1494 del Código Civil y el contrato es una de ellas. De las consideraciones del Laudo se desprende que el daño sufrido por DISICO tiene como fuente el contrato pero, paralelamente, corresponde un enriquecimiento sin justa causa y en esa conclusión reside el fallo en conciencia, pues el Tribunal no motivó su decisión con base en el derecho vigente. Las fuentes de las obligaciones son diversas y, por lo tanto, una obligación no puede tener una fuente contractual y no tener causa, a la vez.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CIVIL – ARTÍCULO 1494

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - Desconocimiento de los elementos / ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL – Configurada la causal séptima de anulación / ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL – Tiene como efecto la anulación del contenido de la parte resolutive que fue fruto del vicio

[E]l desconocimiento de los elementos del enriquecimiento sin justa causa, cuyo análisis era el fundamento jurídico en el que el Panel estaba obligado a sustentar su decisión respecto de la pretensión SEXTA BIS implicó, no solo la omisión del estudio de una excepción formulada por la convocada, sino la configuración de un fallo en conciencia evidente y ostensible, con lo cual se cumplen la totalidad de los requisitos legales para la configuración de la causal séptima del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. Ahora, de cara a la aplicación del primer inciso del artículo 43 de la misma ley, se impone la anulación del contenido de la parte resolutive del Laudo Arbitral, que fue fruto de este vicio.

CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL – Causal séptima / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL – Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo / ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL – Configurada

[L]a Sala declarará fundada la causal 7 de anulación, en virtud de que el Tribunal falló en conciencia o equidad al omitir estudiar las excepciones de “ejecución de los contratos de buena fe, preclusión de las etapas contractuales e imposibilidad de Disico de ir contra sus propios actos” e “inexistencia de los elementos que configuran el enriquecimiento sin causa”. Con ocasión de lo anterior, se anularán integralmente los subnumerales III y VIII del numeral TERCERO y el numeral QUINTO de la parte resolutive del Laudo.

CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL – Causal octava / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL – Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutive o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral / ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL – Improcedencia

Para fundamentar esta causal, la recurrente repitió el último argumento referido, pero ahora bajo la causal 8 de anulación. En virtud de la fundamentación ya presentada, la Sala la declarará infundada.

CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL – Causal novena / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL - Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento / ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL – Improcedencia

Como consecuencia de que prosperó la anulación del Laudo por la configuración de la causal séptima, no hay lugar a emitir pronunciamiento sobre la causal novena. Ello, pues los supuestos presentados bajo esta causal persiguen que se anulen los apartes de la parte resolutive ya anulados, correspondientes al resuelve QUINTO (numerales II, III y IV).

CONDENA EN COSTAS – Improcedencia por declararse una anulación parcial del laudo arbitral / HONORARIOS – Procedencia del reembolso de honorarios de los árbitros

De conformidad con el inciso final del artículo 48, que establece que “si el recurso de anulación prospera con fundamento en las causales 3 a 5 y 7 previstas en esta ley, los árbitros reembolsarán a las partes la segunda mitad de los honorarios recibidos”, se ordenará a los tres árbitros del Tribunal reembolsar a las partes el 50% de los honorarios recibidos. Por otra parte, en virtud de que el recurso de anulación se declarará parcialmente fundado, no se condenará en costas, de acuerdo con el último inciso del artículo 43 de la Ley 1563 de 2012.

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 – ARTÍCULO 43 / LEY 1563 DE 2012 – ARTÍCULO 48

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: ALBERTO MONTAÑA PLATA

Bogotá D.C., dos (2) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 11001-03-26-000-2020-00048-00(66031)

Actor: DISICO S.A.

**Demandado: EMPRESA DISTRIBUIDORA DEL PACIFICO S.A. E.S.P. –DISPAC
RECURRENTE: EMPRESA DISTRIBUIDORA DEL PACIFICO S.A. E.S.P. –
DISPAC**

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

Laudo Arbitral recurrido

Temas: RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN – causal 7 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

Síntesis: mediante un Laudo Arbitral, un Tribunal declaró el incumplimiento de un contrato por parte de una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios y, a la vez, declaró que hubo enriquecimiento sin justa causa a favor de la contratante y, como consecuencia, la condenó a pagar al contratista las mayores cantidades de obra, material y mano de obra en los que este tuvo que incurrir. La empresa recurrió el Laudo e interpuso, entre otras, la causal séptima de anulación.

Decide la Sala el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la Empresa Distribuidora del Pacifico S.A. E.S.P. (DISPAC) en contra del Laudo Arbitral de 19 de marzo de 2020, proferido por el Tribunal Arbitral integrado para dirimir las controversias surgidas entre DISICO S.A. (DISICO), como parte convocante, y DISPAC, como parte convocada.

La Sección Tercera del Consejo de Estado es competente para conocer del presente recurso de anulación, conforme con el artículo 46 de la Ley 1563 de 2012 y el numeral 7 del artículo 149 del CPACA, pues DISPAC es una empresa de servicios públicos domiciliarios con una participación pública superior al 50%^{1 2}.

Contenido: 1. Antecedentes – 2. Consideraciones – 3. Decisión

1. ANTECEDENTES

Contenido: 1.1. Antecedentes del proceso arbitral – 1.2. Cláusula compromisoria y Laudo Arbitral – 1.3. Solicitudes de aclaración, corrección y complementación del Laudo – 1.4. Recurso extraordinario de anulación y trámite

1.1. Antecedentes del proceso arbitral

1. El 20 de septiembre de 2019, DISICO presentó **demanda arbitral**³ ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, para resolver en derecho las diferencias surgidas con DISPAC, con fundamento en la cláusula compromisoria contenida en el contrato DG-002-2013, celebrado el 16 de mayo de 2013.

2. El 4 de mayo de 2019, la convocante **reformó la demanda**⁴ y formuló pretensiones principales y subsidiarias. En las pretensiones principales (primera a sexta), se refirió a su cumplimiento del contrato y al incumplimiento de DISPAC, al no haberle pagado la totalidad de obras y actividades realizadas y solicitó la condena de la empresa. Como pretensión subsidiaria de aquella de condena, pidió que se declarara el

¹ El 75% de sus acciones pertenecen al Ministerio de Minas y Energía; y el 24% al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Empresa Distribuidora del Pacífico S.A. E.S.P., Composición Accionaria. Disponible en: <https://dispac.com.co/nuestra-empresa/composicion-accionaria/>.

² Para determinar si la convocada es una entidad pública para los efectos del artículo 46 de la Ley 1563 de 2012, deberá consultarse lo establecido en los artículos 38 y 68 de la Ley 489 de 1998, y lo dispuesto por esta Corporación y la Corte Constitucional, que han determinado que las empresas de servicios domiciliarios mixtas, independientemente de su conformación accionaria, son entidades descentralizadas. Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 2 de marzo de 2006, exp. 29.703 y Corte Constitucional, Sentencia C-736 de 2007.

³ Folios 1-75 del Cuaderno Principal No.1.

⁴ Folios 1-68 del Cuaderno Principal No 2.

enriquecimiento sin justa causa a favor de DISPAC y que se condenara a la convocada con ocasión de este. Además, dentro de las pretensiones principales incluyó un grupo de “pretensiones relacionadas con los sobre costos por mayor administración” (séptima a décima) y otro de “pretensiones relacionadas con otro sobre costo en que la demandante debió incurrir y falta de pago de materiales” (undécima a duodécima).

3. Luego, presentó dos grupos de pretensiones subsidiarias, uno relativo al desequilibrio económico del contrato y al enriquecimiento sin justa causa y el segundo atinente al abuso del derecho y a la ejecución del contrato en contra de la buena fe. A continuación, se transcribirán las pretensiones concedidas por el Tribunal y aquellas pertinentes para el estudio de la anulación del Laudo:

“a) PRINCIPALES

a.1.) Pretensiones relacionadas con la obra ejecutada y no reconocida

PRIMERA: QUE se declare que el contrato DG-002-2.013 y sus varios otrosíes incluyeron a cargo de Dispac S.A. ESP las siguiente obligaciones pertenecientes a su naturaleza, como contraprestación a las obligaciones a cargo de la contratista y ahora demandante Disico S.A., principalmente en contraprestación de obligación contenida en su cláusula tercera, parte final, conforme a la cual esta última quedó ‘responsable de realizar todas las actividades que requiera la puesto en operación y entrega a satisfacción de Dispac del proyecto...’ i) Acordar con el contratista los precios unitarios de los ítems y actividades que no se previeron en el contrato, pero cuya ejecución, para el contratista, era obligatoria bajo la exigencia consignada indicada cláusula tercera, parte fina, del contrato DG-002 de 2.013 de realizar todas las actividades que requiera la puesta en operación y entrega a satisfacción de Dispac del sistema de transmisión de energía eléctrica, objeto de dicho contrato. [...] iii) Pagar toda la obra ejecutada por el contratista, tanto aquella que representara mayor cantidad de la prevista, como la que hubiera resultado necesaria ejecutar para entregar y poner en funcionamiento el proyecto, peor que no fue prevista en el contrato; [...].

SEGUNDA: Que se declare que la demandante Disico S.A. cumplió el contrato DG-002 de 2.013 y sus varios otrosíes suscritos con la demandada Dispac S.A. ESP [...].

TERCERA: Que se declare que Dispac S.A. ESP incumplió el contrato DG- 002 de 2.013 y sus varios otrosíes e incurrió en mora, por cualquiera de las siguientes razones:

[...]

iii) Porque no le pagó al contratista la totalidad de la obra y actividades que éste realizó, la cual consta, con la firma de la interventoría, en las plantillas de obra, en los planos récord o ‘as built’

y en la certificación de ejecución para liquidación enviada por la Interventoría en correo de septiembre 23 de 2.016, carta WSP-5254-16. [...].

CUARTA: Que se declare que la correcta ejecución del contrato DG-002 de 2.013 y de sus otros ítems hizo necesario incluir los ítems, inicialmente no previstos [...], que la interventoría relaciona en su comunicación WSP 4560 de agosto 27 de 2.014, y que ello ocurrió a los precios allí sugeridos.

QUINTA: Que se declare como obra realmente ejecutada por el contratista la que aparece relacionada, con la firma de la interventoría, en las planillas de ejecución de obra y en los planos 'as built'; y que se declare que el contratista ejecutó, en las mayores cantidades que se establezcan dentro del proceso con relación a las reconocidas por Dispac en su liquidación unilateral [...] y que para la cumplida ejecución del contrato, el contratista debió ejecutar, además y en las cantidades que se determinen dentro del proceso, los ítems nuevos [...].

SEXTA: Que se condene a Dispac S.A. ESP a pagarle a Disico S.A., al día siguiente de aquel en que adquiera ejecutoria el Laudo que aquí se dicte, los siguientes valores y conceptos, tanto por concepto de mayor cantidad de obra ejecutada con relación a la reconocida por Dispac en su liquidación unilateral, como por la que el contratista debió ejecutar en cumplimiento a su obligación 'de realizar todas las actividades que requiera la puesta en operación y entrega a satisfacción de Dispac del proyecto . . .', y a título de perjuicios moratorios:

- i. La cantidad de \$ 500'924.941,42, por concepto de mayor cantidad de ejecución de los ítems 1.1, 1.8, Nuevo, 6.1.1, 6.1.2, 6.1.3, 6.1.6, 6.2.1, 6.2.2, 6.2.3, 6.2.5, 6.3.3 y 6.3.4 respecto de la que Dispac reconoció en su liquidación unilateral, la cual es el resultado de sumar sus valores de \$ 391'960.048, a costo directo, \$ 105'829.213,96 de costo indirecto y \$ 3'135.680,38 de Iva sobre la utilidad;
- ii. La cantidad de \$ 2.192'263.979,65, por concepto de la ejecución de los ítems, inicialmente no previstos en el contrato, de números 23, 24, 29, 30, 31, 50 y 71, resultado de sumar sus valores de \$ 1702'068.307,18, a costo directo, 476'579.126,01 de costo directo y \$ 13'616.546,65 de Iva sobre la utilidad.
- iii. Más los intereses moratorios sobre la cantidad indicada en el literal i) anterior (\$ 500'924.941,42), a liquidar a la tasa máxima legalmente permitida para operaciones comerciales desde el 28 de septiembre de 2.016, día siguiente a aquel en que Dispac le comunicó a la demandante la liquidó unilateral del contrato, hasta que se realice el pago íntegro de lo adeudado, o subsidiariamente desde la notificación a Dispac S.A ESP del auto que admita la presente reforma de demanda. Esta liquidación, efectuada desde entonces hasta el 30 de abril de 2.019, asciende a \$ 411'223.198,99 y aparece en el hecho 52 de esta reforma a la demanda.

SEXTA BIS: Para el caso de que el Tribunal llegase a estimar que los ítems y actividades que el contrato no previó, no fueron parte del objeto del anotado

contrato, a pesar de lo consignado en la parte final de su cláusula tercera en el sentido de que la obligación del contratista incluía ‘...realizar todas las actividades que requiera la puesta en operación y entrega a satisfacción de Dispac del proyecto...’ subsidiariamente solicito declarar que Dispac se enriqueció injustamente a causa del correlativo empobrecimiento de Disico, con lo cual le ocasionó a esta última daño antijurídico, y solicito, además, que, para su reparación, se condene a Dispac a pagarle a la demandante la misma cantidad de dinero solicitada en los puntos i) a iii) inmediatamente precedentes.

a.2.) Pretensiones relacionadas con los sobre costos por mayor administración

NOVENA: Que se declare que las sucesivas adiciones al plazo del contrato, que de haber estado inicialmente en 9 meses pasó a 24 meses, ocasionadas por hechos y circunstancias ajenos a la sociedad contratista, conllevó para ésta el ejecutar la obra a mayores costos indirectos por el concepto de administración, por encima de los pactados en el contrato DG-002 de 2.013.

DÉCIMA: Que en salvaguarda de los principios de conmutatividad (parte del de Equidad) y de buena fe a que se sometió el contrato DG-002 de 2.013, y en atención a que Dispac asumió (cláusula 14.2.) los efectos del daño emergente proveniente de fuerza mayor o de evento eximente de responsabilidad del contratista (15.3), se condene a Disapc S.A. ESP a pagarle a Disico S.A., al día siguiente a aquel en que el Laudo que aquí se dicte adquiere ejecutoria, los siguientes valores y conceptos:

- i. La suma de \$ 3.990'795.442 por concepto de la mayor administración que la parte demandante debió sufragar durante los 15 meses de las extensiones del plazo de ejecución del contrato DG-002 de 2013.
- ii. Más los intereses moratorios sobre la cantidad anterior, a liquidar a la tasa máxima legalmente permitida para operaciones comerciales desde el día siguiente al de notificación a Dispac S.A ESP del auto que admita la reforma de la demanda aquí contenida.

a.3.) Peticiones relacionadas con otro sobre costo en que la demandante debió incurrir y falta de pago de materiales

[...]

DUODÉCIMA: Que se declare que Disico entregó a Dispac materiales por valor de \$ 9.689'261.976 de los cuales Disico le facturó a Dispac la suma de \$ 8.355'783.844; que de esa cantidad, Dispac, en su liquidación unilateral, le reconoció la cantidad de \$ 7.485'730.795,94; y que en consecuencia, se condene a Dispac a pagarle a Disico la suma de \$ 1.333'478.132, que se descompone en \$ 870'053.049 por diferencia aritmética entre lo facturado por Disico y reconocido por Dispac en su liquidación unilateral, más \$ 463'425.083 por materiales no facturados, que no hubo necesidad de instalar en la obra. [...]"

4. La demanda presentó, en síntesis, los siguientes **hechos**:

5. 1) El 16 de mayo de 2013, DISPAC y DISICO celebraron el contrato DG-002-2013 *“para la construcción y puesta en servicio de la línea de interconexión eléctrica de las localidades de Istmina, Paimadó y San Miguel, en los Municipios de Istmina y Medio San Juan del Departamento del Chocó”*.

6. 2) El régimen del contrato era de derecho privado, su plazo se fijó en 7 meses y su valor se estimó en \$17.861.167.702 y se pactó a precios unitarios en su cláusula novena⁵. Según su cláusula tercera, *“el contratista e[ra] responsable de realizar todas las actividades que requi[riera] la puesta en operación y entrega a satisfacción de DISPAC del Proyecto Fase I”*.

7. 3) Las partes suscribieron 8 otrosíes, en virtud de los cuales el término del contrato se modificó a 24 meses. Mediante el otrosí 6, se adicionó \$ 1.090.632.592 al valor del contrato.

8. 4) La convocante entregó a DISPAC materiales por valor de \$ 9.689,261.976, de los cuales DISICO le facturó a DISPAC la suma de \$ 8.355.783.844.

9. 5) DISICO cumplió a cabalidad sus obligaciones contractuales. Respecto de la *“mano de obra requerida para el cumplimiento del objeto contractual”*, *“el contratista debió ejecutar, de acuerdo con los diseños, tanto las actividades previstas en el contrato, aun en mayores cantidades, como todas aquellas otras que, sin haber estado inicialmente previstas en él, fue necesario ejecutar con el objeto de cumplir la obligación”* contemplada en la cláusula tercera.

10. 6) Varias de estas obras adicionales no fueron pagadas por la convocada, pero estaban acreditadas en diferentes comunicaciones enviadas por la interventoría. *“La interventoría, en correo de fecha septiembre 23 de 2016, certificó la totalidad de lo que DISICO ejecutó, tanto en cantidades como en valor”*.

⁵ *“El valor definitivo del presente contrato será el resultante de aplicar los precios unitarios establecidos en los Formatos 3 y 4 de la Oferta Económica presentada por el contratista por las cantidades de obra y suministros realmente ejecutados con las actas de avance que apruebe el interventor”*.

11. 7) Sin embargo, “*las cantidades de obra y suministros*”, identificados en la citada comunicación, difieren de lo que DISPAC incluyó en la liquidación unilateral del contrato de 20 de septiembre de 2016. “*Esas diferencias en la ejecución contractual conducen, finalmente, al valor económico de la presente reclamación, en cuanto a obra ejecutada y no reconocida se refiere*”.

12. El 8 de junio de 2019, DISPAC presentó **contestación a la reforma a la demanda**⁶, en la que formuló, entre otras, las excepciones de “*incumplimiento del demandante por no entrega de la obra a satisfacción debidamente certificada, demoras en su ejecución, ni dentro de las exigencias contractuales acordadas*”; “*inepta demanda*”; “*ejecución de los contratos de buena fe, preclusión de las etapas contractuales e imposibilidad de Disico de ir contra sus propios actos*”; “*imposibilidad de calificar como imprevisibles y de ausencia de planeación las circunstancias que Disico presenta como causa de los mayores valores*”; “*imposibilidad jurídica una vez terminado el contrato de alegar la imprevisión y su revisan*” e “*inexistencia de los elementos que configuran el enriquecimiento sin causa*”.

13. El 22 de agosto de 2019, se llevó a cabo la **primera audiencia de trámite**⁷. Mediante el Auto 22, el Tribunal se declaró competente para conocer y resolver las pretensiones formuladas por DISICO y las partes no repusieron la referida decisión.

1.2. Cláusula compromisoria y Laudo Arbitral

14. El pacto arbitral en virtud del cual se presentó la demanda está incluido en la cláusula 23 del contrato DG-002-2013 (se transcribe):

“Cláusula 23.-Cláusula compromisoria. Toda controversia o diferencia que surja entre las Partes durante el cumplimiento o ejecución de este Contrato o al momento de su terminación, y no se pueda resolver directa y amigablemente entre éstas, será sometida a un tribunal de arbitramento designado por mutuo acuerdo entre las Partes y a falta de acuerdo, por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. El tribunal constituido se

⁶ Folios 1-68 del Cuaderno Principal No 2.

⁷ Folios 383-386 del Cuaderno Principal No.2

sujetará a lo dispuesto en el Decreto 2279 de 1989, la Ley 23 de 1991, la Ley 446 de 1998, el Decreto 1818 de 1998 y las demás normas que los complementen, modifiquen o sustituyan de acuerdo con las siguientes reglas: [...]”.

15. El 19 de marzo de 2020, el Tribunal Arbitral dictó el **Laudo**⁸, que puso fin a la controversia entre las partes. El Tribunal decidió (se transcribe):

“PRIMERO.- DESESTIMAR la tacha de sospecha formulada por la parte convocante frente al testimonio del señor JORGE JULIÁN QUINTERO POLO.

SEGUNDO.- DECLARAR, de acuerdo con lo expresado en la parte motiva, probadas las siguientes excepciones de mérito invocadas por la parte convocada:

- I. Excepción de incumplimiento del demandante por no entrega de la obra a satisfacción debidamente certificada, demoras en su ejecución, ni dentro de las exigencias contractuales acordadas, y*
- II. Excepción de inexistencia de nulidades contractuales.*

TERCERO.- DECLARAR NO PROBADAS, de acuerdo con lo expresado en la parte motiva, las siguientes excepciones propuestas por la parte convocada:

- I. Excepción de caducidad de la acción,*
- II. Excepción de falta de competencia y jurisdicción del Tribunal para conocer las pretensiones por enriquecimiento injustificado o ilícito,*
- III. Excepción de ejecución de los contratos de buena fe, preclusión de las etapas contractuales e imposibilidad de DISICO de ir contra sus propios actos,*
- IV. Excepción de inepta demanda,*
- V. Excepción de imposibilidad de calificar como imprevisibles y de ausencia de planeación las circunstancias que disico presenta como causa de los mayores valores,*
- VI. Excepción de ausencia de prueba de los mayores costos y de cobro de lo no debido,*
- VII. Excepción de ausencia de incumplimiento de DISPAC,*
- VIII. Excepción de inexistencia de los elementos que configuran el enriquecimiento sin causa,*
- IX. Excepción de prescripción y saneamiento de las pretensiones de nulidad.*
- X. Excepción de imposibilidad jurídica una vez terminado el contrato de alegar la imprevisión y su revisión, y*
- XI. Excepción de obligatoriedad de DISPAC de actuar como agente retenedor del impuesto de guerra y de estampilla pro – universidades y la calidad de sujeto pasivo de DISICO frente a los tributos.*

CUARTO.- ACOGER, de acuerdo con lo expresado en la parte motiva, la novena pretensión principal y, en consecuencia, declarar que el plazo del contrato DG-002-2013 se extendió de 9 a 24 meses por razones ajenas a la voluntad de las partes.

⁸ Cuaderno del Consejo de Estado.

QUINTO.- ACOGER PARCIALMENTE, de acuerdo con lo expresado en la parte motiva, las siguientes pretensiones formuladas por la parte convocante:

- I. Tercera pretensión principal y, en consecuencia, DECLARAR que la EMPRESA DISTRIBUIDORA DEL PACÍFICO SA ESP - DISPAC. incumplió el contrato DG-002-2013, celebrado entre ella y DISICO SA.
- II. Quinta pretensión principal y, en consecuencia, DECLARAR que la obra ejecutada por DISICO S.A. fue superior a la reconocida por la EMPRESA DISTRIBUIDORA DEL PACÍFICO SA ESP - DISPAC en su liquidación unilateral del 20 de septiembre de 2016.
- III. Pretensiones principales sexta bis, décima y duodécima y, en consecuencia, DECLARAR que hubo enriquecimiento sin justa causa a favor de la EMPRESA DISTRIBUIDORA DEL PACÍFICO SA ESP - DISPAC, con el correlativo empobrecimiento de DISICO SA.
- IV. Por lo anterior, CONDENAR a la EMPRESA DISTRIBUIDORA DEL PACÍFICO SA ESP - DISPAC a pagar a DISICO SA el valor de TRES MIL QUINIENTOS NOVENTA Y CINCO MILLONES DIEZ MIL SETECIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS M/CTE (\$3.595.010.737,43), correspondiente a las mayores cantidades de obra, material y mano de obra en que tuvo que incurrir DISICO SA y que no fueron reconocidas en la liquidación unilateral del contrato DG-002-2013.

SEXTO.- DENEGAR, de acuerdo con lo expresado en la parte motiva, las pretensiones primera, segunda, cuarta, sexta, séptima, octava, octava bis y undécima pretensión principal, así como el primer y segundo grupo de pretensiones subsidiarias propuestas por la parte convocante.

SÉPTIMO.- DECLARAR causado el saldo final de los honorarios de los árbitros y del secretario del Tribunal y DISPONER su entrega junto con el IVA correspondiente, menos las retenciones establecidas en la ley. [...]"⁹.

16. En sus consideraciones, el Tribunal, primero, estudió el incumplimiento de las partes y, luego, el enriquecimiento sin justa causa a favor de la empresa.

17. Respecto del incumplimiento de la convocante, el Tribunal consideró que "DISICO como contratista no cumplió a cabalidad con sus obligaciones contractuales", ya que "una vez finalizado el proyecto,

⁹ "OCTAVO. - ORDENAR el pago de la contribución arbitral a cargo de los árbitros y del secretario, para lo cual el presidente hará las deducciones y librará las comunicaciones respectivas.

NOVENO.- DISPONER que el presidente del Tribunal rinda cuentas a las partes de las sumas que estuvieron bajo su cuidado y haga los reembolsos que correspondan de la partida de 'otros' que no haya sido utilizada.

DÉCIMO.- ORDENAR que, por secretaría, se expidan copias auténticas de este laudo con las constancias de ley para cada una de las partes, y copia simple con destino al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá

DECIMOPRIMERO.- DISPONER que, en firme el presente laudo, se archive el expediente en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá".

DISICO no entregó la certificación exigida por las normas técnicas –RETIE [Reglamento Técnico de Instalaciones Eléctricas], como era su obligación, lo que a juicio del Juzgador constituye un incumplimiento grave de sus obligaciones contraídas en el contrato”.

18. Luego, el Tribunal concluyó que **la convocada había incumplido el contrato**, pues no había cumplido su obligación de pagar al contratista las mayores cantidades de obra ejecutadas por este (se transcribe):

“En la Liquidación realizada unilateralmente por DISPAC no se tuvieron en cuenta ni incluyeron los otros costos, mencionados en las comunicaciones de la Interventoría WSP 4560-14 del 27 de agosto de 2014, 5WSP 5309-14 del 18 de noviembre de 2014 y WSP 1437-15 del 10 de marzo de 2015, razón por la cual no se le cancelaron al Contratista, lo que le concede la razón en su pretensión de incumplimiento de la Convocada” (subrayas propias).

19. “Respecto a la mayor cantidad de obra”, el Laudo citó una Sentencia del Consejo de Estado¹⁰ en la cual este aclaró que (se transcribe):

“No se requiere la celebración de contrato adicional en los contratos de obra por precios unitarios cuando lo que varía no es el objeto del contrato sino la estimación inicial de las cantidades de obra y, como consecuencia del aumento en las mismas, el valor final del contrato aumenta. Por ello, debe ejecutarse el contrato hasta su culminación y la Administración debe realizar el manejo presupuestal requerido para atender sus propias obligaciones derivadas de la forma de contratación adoptada y pagar oportunamente al contratista la ejecución de la obra”.

20. El Tribunal llegó a la conclusión sobre el incumplimiento de DISPAC con base en las declaraciones de Gabriel Montoya –representante legal de la sociedad que actuó como interventora del contrato– y de Gustavo Ocampo –gerente del proyecto a nombre de DISPAC–, quienes acreditaron la ejecución de mayores cantidades de obra por parte del contratista. El Panel también sustentó su decisión en el otrosí 6 de 29 de diciembre de 2014 y en la liquidación unilateral del contrato de 20 de septiembre de 2016 y tuvo en cuenta varias comunicaciones de la interventoría, en la cuales esta reconoció y autorizó las mayores cantidades de obra (WSP-4363-14 de 15 de julio de 2014, WSP-4560-14 de

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de Consulta de Servicio Civil, Concepto de 18 de julio de 2002, exp. 1.439.

27 de agosto de 2014, WSP-5309-14 de 18 de noviembre de 2014 y WSP 1437-15 de 10 de marzo de 2015).

21. Según el Tribunal, los referidos incumplimientos recíprocos de las partes impidieron que se condenara a la convocada por el declarado incumplimiento del contrato (se transcribe):

“por existir en el presente caso incumplimientos recíprocos de los contratantes en relación con sus obligaciones contractuales que impiden que se produzcan los efectos propios de la pretensión de indemnización de perjuicios, lo que en los términos del artículo 1609 del Código Civil, ‘ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos’, razón por la cual en dicho supuesto no se producen las consecuencias previstas en el artículo 1615 del C.C. Por lo tanto, se negará la pretensión de la reforma de la demanda sobre la condena al pago de perjuicios”.

22. Posteriormente, el Tribunal consideró que había **“exist[ido] un enriquecimiento sin justa causa de DISPAC, con el correlativo empobrecimiento de DISICO”**, con base en lo cual declaró la prosperidad de la citada pretensión subsidiaria SEXTA BIS, declaró el enriquecimiento sin justa causa y condenó a la contratante a pagar el valor de las mayores cantidades de obra ejecutadas, pero no de los intereses moratorios de tales valores.

23. Para sustentar la competencia del Tribunal frente a la pretensión de enriquecimiento sin justa causa, este afirmó que las *“pretensiones subsidiarias [de DISICO], sí guarda[ban] relación directa con la ejecución del contrato”, se ref[erían] a controversias presentadas en el marco de la relación jurídica que da vida a este proceso” y “no se trata[ban] pues de hechos sin ninguna relación de causalidad con el contrato”.*

24. Como consecuencia de haberse declarado competente para conocer de la pretensión relativa al enriquecimiento sin justa causa, el Tribunal no estudió la excepción propuesta por la convocada titulada *“inexistencia de los elementos que configuran el enriquecimiento sin justa causa”* (se transcribe):

“por considerarlo que es competente, este Tribunal no estimará l[a] excepcio[n] propuest[a] por la Convocada sobre [...] inexistencia de los elementos que configuran el enriquecimiento sin justa causa”.

25. En primer lugar, a fin de declarar el enriquecimiento sin justa causa, el Panel consideró que estaba acreditada la *“mayor cantidad de obra ejecutada”*, de conformidad con las siguientes pruebas: las declaraciones de Gabriel Montoya, de Gustavo Ocampo y de Fabián Patiño –ingeniero director del proyecto–; el otrosí 6 de 29 de diciembre de 2014 y la liquidación unilateral del contrato de 20 de septiembre de 2016, la constancia dejada por DISICO al momento de la notificación de la liquidación unilateral y varias comunicaciones de la Interventoría (WSP-4363-14 de 15 de julio de 2014, WSP-4560-14 de 27 de agosto de 2014, WSP-5309-14 de 18 de Noviembre de 2014 y WSP 1437-15 de 10 de marzo de 2015). Respecto de las comunicaciones enviadas por la interventoría, el Tribunal las calificó como *“prueba fundamental sobre los mayores costos en que incurrió el contratista”*.

26. A fin de cuantificar el valor de las obras adicionales, el Tribunal comparó los *“anexos de la Liquidación Unilateral realizada por Dispac contra los anexos 1 y 2 correspondientes a la comunicación WSP-5254 de fecha 23 de septiembre de 2016”* enviada por la interventoría y afirmó lo siguiente respecto del anexo titulado *“Balance de obra final”* de la citada comunicación, el cual indicaba *“las cantidades de materiales suministrados e instalados y cantidades de obras instaladas, según precios contractuales y nuevos precios unitarios”* (se transcribe):

“Este Tribunal destaca la siguiente información a la que llegó la firma Interventora para aprobar la obra ejecutada según los precios unitarios aprobados por ellos por coincidir con los precios acordado por la partes en el contrato DG-001-2013. Dicho resumen es el siguiente:

Grupo	Contrato Inicial	Otrosí 6	Reintegro materiales	Total ejecutado	Diferencia
Materiales	6.601.239.258.41	7.041.099.558.47	1.333.478.123.93	8.021.891.478	980.791.919.62
Cimentaciones	1.141.614.636,84	1.182.909.795.84		586.080.170	(596.829.625.58)
Mano de obra	6.840.938.946.90	7.491.181.692.35		10.166.304.348	2.675.122.655.56
Subestaciones	3.277.374.859.63	3.236.609.249.85		3.227.030.977	(9.578.273.04)
Total	17.861.167.701.78	18.951.800.296.51	1.333.478.123.93	22.001.306.973.07	3.049.506.676.56

27. Respecto del pago de los materiales reclamado por DISICO, el Tribunal concluyó:

“DISICO tenía la obligación contractual de suministrar los materiales, mano de obra calificada y no calificada, equipos y herramientas. con dicho fin era la responsable de conseguir y negociar con los proveedores que le suministraban dichos materiales, equipos y herramientas [...] Es decir, la Convocante tenía el derecho de cobrarle a la Convocada todos los elementos destinados para la buena ejecución de la obra.

[...]

No existe duda que todo lo incorporado en el Proyecto se pagaría de acuerdo con lo pactado en la cláusula 9 del contrato¹¹.

[...]

Está correctamente dispuesto y evaluado por la Interventoría que DISPAC debió haber incluido en la Liquidación Final del Contrato, el ítem reintegro de materiales por valor de \$ 1.333.478.132.93.

El valor certificado por la Interventoría por \$ 3.049.506.676.56 que corresponde a mano de obra adicional en la cual se encuentra incorporado el AIU, reclamado por la Convocante, parte a materiales instalados en la obra y parte de los reintegrados a la Convocada deberá pagarse por DISPAC a DISICO para evitar el empobrecimiento injustificado del contratista” (subrayas propias).

28. Por último, según el Panel, ya que la acción *in rem verso* no es de naturaleza compensatoria, “no cab[ía] la pretensión de pago de intereses”.

29. Respecto al enriquecimiento sin justa causa y a la prosperidad de la pretensión SEXTA BIS, afirmó el Tribunal (se transcribe):

*“Lo que pretende la acción *in rem verso* es evitar el enriquecimiento sin justa causa de una parte y el correlativo empobrecimiento de la otra. Es una acción que procura compensar dicha pérdida únicamente.*

[...]

Se admitirá parcialmente la pretensión Sexta Bis de la reforma a la demanda, reconociendo los valores certificados por la Interventoría en su comunicación WSP 5254-16 del 23 de septiembre de 2016, sobre mayores costos correspondientes a parte, por los materiales incorporados al proyecto por el contratista, y parte por reintegro de los mismos a DISPAC; mayor mano de obra, todo por la suma de \$ 3.049.506.676.56, suma esta que deberá actualizarse de acuerdo con el Índice de Precios al Consumidor (IPC) desde el

¹¹ “El valor de los materiales que sean suministrados en sitio y certificados por la interventoría, menos el 20% de dicho valor por concepto de amortización del anticipo, se pagara por la Empresa al Contratista, a partir del primer mes de ejecución del contrato, en el acta mensual correspondiente. El pago se hará dentro de los quince (15) días siguientes a la presentación de la factura correspondiente y la certificación del pago del sistema de seguridad social y demás parafiscales”.

20 de septiembre de 2016, fecha en que DISPAC hizo la liquidación unilateral del contrato, hasta el 19 de marzo de 2020 fecha del presente laudo".

30. Así pues, el Tribunal concedió las siguientes pretensiones (se transcribe) (subrayas y negrillas propias):

PRETENSIONES	CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL	DECISIÓN DEL TRIBUNAL
a.1.) Pretensiones relacionadas con la obra ejecutada y no reconocida		
<p>"TERCERA: Que se declare que Dispac S.A. ESP incumplió el contrato DG- 002 de 2.013 y sus varios otrosíes e incurrió en mora, por cualquiera de las siguientes razones: [...] iii) Porque no le pagó al contratista la totalidad de la obra y actividades que este realizó, la cual consta, con la firma de la interventoría, en las plantillas de obra, en los planos récord o 'as built' y en la certificación de ejecución para liquidación enviada por la Interventoría en correo de septiembre 23 de 2.016, carta WSP-5254-16. [...]"</p>	<p>"Prospera parcialmente. [...] DISPAC también <u>incurrió en incumplimientos graves del contrato de obra [pues] se abstuvo de pagar las cantidades de obra acordadas por la parte convocante y la interventoría.</u> En tal sentido, <u>existe un incumplimiento grave de DISPAC al no acoger la liquidación aprobada por el Interventor WSP,</u> su representante en el presente contrato. [...]"</p>	<p>"QUINTO.- ACOGER PARCIALMENTE, [...] las siguientes pretensiones formuladas por la parte convocante: I. Tercera pretensión principal y, en consecuencia, <u>DECLARAR que DISPAC incumplió el contrato DG-002-2013,</u> celebrado entre ella y DISICO SA".</p>
<p>"QUINTA: Que se declare como obra realmente ejecutada por el contratista la que aparece relacionada, con la firma de la interventoría, en las planillas de ejecución de obra y en los planos 'as built'; y que se declare que el contratista ejecutó, en las mayores cantidades que se establezcan dentro del proceso con relación a las reconocidas por Dispac en su liquidación unilateral [...] y que para la cumplida ejecución del contrato, el contratista debió ejecutar, además y en las cantidades que se determinen dentro del proceso, los ítems nuevos [...]"</p>	<p>"Prospera parcialmente. <u>Cuando se refirió al enriquecimiento sin causa (arriba en la sección 2.3), el Tribunal reconoció que la obra realmente ejecutada por DISICO fue superior a la reconocida por DISPAC en su liquidación unilateral del 20 de septiembre de 2016.</u> En tal sentido, se reconocieron como valores finales los acordados por DISICO y la interventoría, expresados en la comunicación WSP 4537 de septiembre de 2016. Por lo tanto, <u>la pretensión quinta principal prosperará, pero no en los términos indicados por la parte convocante</u> y según su interpretación, sino conforme al Balance Final de Obra aprobado por DISICO y WSP".</p>	<p>"QUINTO.- ACOGER PARCIALMENTE, [...] las siguientes pretensiones formuladas por la parte convocante: [...] II. Quinta pretensión principal y, en consecuencia, <u>DECLARAR que la obra ejecutada por DISICO fue superior a la reconocida por DISPAC en su liquidación unilateral del 20 de septiembre de 2016</u>".</p>
<p>"SEXTA BIS: Para el caso de que el Tribunal llegase a estimar que los ítems y actividades que el</p>	<p>"Prospera parcialmente. [...] Este Tribunal estima que, en el presente caso, <u>existe un</u></p>	<p>"QUINTO.- ACOGER PARCIALMENTE, [...] las siguientes</p>

<p>contrato no previó, <u>no fueron parte del objeto del anotado contrato</u>, a pesar de lo consignado en la parte final de su cláusula tercera en el sentido de que la obligación del contratista incluía ‘...realizar todas las actividades que requiera la puesta en operación y entrega a satisfacción de Dispac del proyecto...’ subsidiariamente solicito declarar que Dispac se enriqueció injustamente a causa del correlativo empobrecimiento de Disico, con lo cual le ocasionó a esta última daño antijurídico, y solicito, además, que, para su reparación, se condene a Dispac a pagarle a la demandante la misma cantidad de dinero solicitada en los puntos i) a iii) inmediatamente precedentes”.</p>	<p><u>enriquecimiento sin causa de DISPAC, con el correlativo empobrecimiento de DISICO.</u> Así las cosas, en la parte resolutive del presente laudo, el Tribunal <u>condenará a DISPAC por enriquecimiento sin causa por valor de \$3.049.506.676,56, correspondiente a los mayores cantidades de obra, material y mano de obra en que tuvo que incurrir DISICO y que no fueron reconocidas en la liquidación unilateral del contrato DG- 002/13.</u> Ahora bien, el Tribunal, de oficio, actualizará dicho monto con la respectiva corrección monetaria. [...] En conclusión y por los motivos anteriormente expuestos, el valor total por el que será condenada la parte convocada será de 3.595.010.737,43, que incluye el monto de enriquecimiento injusto más la corrección monetaria hasta la fecha del presente laudo arbitral”.</p>	<p>pretensiones formuladas por la parte convocante: [...] III. Pretensiones principales sexta bis, décima y duodécima y, en consecuencia, DECLARAR que hubo <u>enriquecimiento sin justa causa a favor de - DISPAC, con el correlativo empobrecimiento de DISICO SA.</u> IV. Por lo anterior, CONDENAR a DISPAC a pagar a DISICO SA el valor de \$3.595.010.737,43, correspondiente a las <u>mayores cantidades de obra, material y mano de obra</u> en que tuvo que incurrir DISICO SA y que no fueron reconocidas en la liquidación unilateral del contrato DG-002-2013”.</p>
--	--	--

a.2.) Pretensiones relacionadas con los sobre costos por mayor administración

<p>“NOVENA: Que se declare que las sucesivas adiciones al plazo del contrato, que de haber estado inicialmente en 9 meses pasó a 24 meses, ocasionadas por hechos y circunstancias ajenos a la sociedad contratista, conllevó para ésta el ejecutar la obra a mayores costos indirectos por el concepto de administración, por encima de los pactados en el contrato DG-002 de 2.013”.</p>	<p>“Prospera. [...] En realidad, causas ajenas, tanto a la entidad contratante, como al contratista, generaron mayores costos y gastos que fueron reconocidos, en primer lugar, en el otrosí No. 6, y, en segundo lugar, en el Balance Final aprobado por la interventoría y el contratista el 23 de septiembre de 2016. Por lo tanto, la pretensión novena prosperará, con lo que el Tribunal declarará que, de acuerdo con los hechos probados en el tramite, el plazo del contrato DG-002/13 pasó de 9 a 24 meses, por razones ajenas a la voluntad de las partes con consiguientes sobrecostos, dentro del escenario del enriquecimiento sin causa reconocido por el</p>	<p>“CUARTO.- ACOGER, de acuerdo con lo expresado en la parte motiva, la novena pretensión principal y, en consecuencia, declarar que el plazo del contrato DG-002-2013 se extendió de 9 a 24 meses por razones ajenas a la voluntad de las partes”.</p>
--	---	---

<p>"DÉCIMA: Que en salvaguarda de los principios de conmutatividad (parte del de Equidad) y de buena fe a que se sometió el contrato DG-002 de 2.013, y en atención a que Dispac asumió (cláusula 14.2.) los efectos del daño emergente proveniente de fuerza mayor o de evento eximente de responsabilidad del contratista (15.3), se condene a Dispac S.A. ESP a pagarle a Disico S.A., al día siguiente a aquel en que el Laudo que aquí se dicte adquiera ejecutoria, los siguientes valores y conceptos:</p> <p>i. La suma de \$ 3.990'795.442 por concepto de la mayor administración que la parte demandante debió sufragar durante los 15 meses de las extensiones del plazo de ejecución del contrato DG-002 de 2013.</p> <p>ii. Más los intereses moratorios sobre la cantidad anterior [...]"</p>	<p>Tribunal".</p> <p>"Prospera parcialmente. <u>[...] la pretensión principal décima prosperará; pero no por las razones indicadas por la parte convocante (principios de conmutatividad, principio de buena fe y daño emergente proveniente de fuerza mayor), sino para evitar un enriquecimiento sin justa causa a favor de DISPAC.</u> <u>Así, se condenará a la parte convocada a pagar los mayores costos por administración, como concepto ya incluido en el 'Balance Final' o cruce de cuentas de 23 de septiembre de 2016.</u> En cuanto a los intereses moratorios solicitados, estos serán denegados por las razones ya explicadas en relación con la pretensión principal sexta". [...].</p>	<p>"QUINTO.- ACOGER PARCIALMENTE, [...] las siguientes pretensiones formuladas por la parte convocante: [...] III. Pretensiones principales sexta bis, décima y duodécima y, en consecuencia, DECLARAR que <u>hubo enriquecimiento sin justa causa a favor de - DISPAC, con el correlativo empobrecimiento de DISICO SA</u>".</p>
<p>a.3.) Peticiones relacionadas con otro sobre costo en que la demandante debió incurrir y falta de pago de materiales</p>		
<p>DUODÉCIMA: Que se declare que Disico entregó a Dispac materiales por valor de \$ 9.689'261.976 de los cuales Disico le facturó a Dispac la suma de \$ 8.355'783.844; que de esa cantidad, Dispac, en su liquidación unilateral, le reconoció la cantidad de \$ 7.485'730.795,94; y que en consecuencia, se condene a Dispac a pagarle a Disico la suma de \$ 1.333'478.132, que se descompone en \$ 870'053.049 por diferencia aritmética entre lo facturado por Disico y reconocido por Dispac en su liquidación unilateral, más \$ 463'425.083 por materiales no facturados, que no hubo necesidad de instalar en la obra.</p>	<p>"Prospera parcialmente. <u>En relación con los materiales (a quién le pertenecían y quien debía pagar por ellos), el Tribunal realizó consideraciones sustantivas en la sección 2.3 sobre enriquecimiento sin causa.</u> Hechas dichas consideraciones, el Tribunal especifica que el monto de condena por este concepto corresponde al reconocido con respecto a materiales en el 'Balance Final' de 23 de septiembre de 2016. Tampoco reconocerá el tribunal intereses de mora habida cuenta del incumplimiento recíproco, que no permite la reclamación de intereses en cuanto estos son perjuicios. [...].</p>	<p>"QUINTO.- ACOGER PARCIALMENTE, [...] las siguientes pretensiones formuladas por la parte convocante: [...] III. Pretensiones principales sexta bis, décima y duodécima y, en consecuencia, DECLARAR que <u>hubo enriquecimiento sin justa causa a favor de - DISPAC, con el correlativo empobrecimiento de DISICO SA</u>".</p>

[...]		
-------	--	--

31. Por último, el Tribunal consideró innecesario el estudio de las pretensiones subsidiarias en virtud de la prosperidad de las pretensiones SEXTA BIS, DÉCIMA y DUODÉCIMA.

32. Entre otras, el Tribunal declaró no probadas las excepciones de “inepta demanda”; “ejecución de los contratos de buena fe, preclusión de las etapas contractuales e imposibilidad de Disico de ir contra sus propios actos”; “imposibilidad de calificar como imprevisibles y de ausencia de planeación las circunstancias que Disico presenta como causa de los mayores valores”; “imposibilidad jurídica una vez terminado el contrato de alegar la imprevisión y su revisan” e “inexistencia de los elementos que configuran el enriquecimiento sin causa”.

1.3. Solicitudes de aclaración, corrección y complementación del Laudo

33. El 19 de marzo de 2020, la convocada presentó una **solicitud de aclaración, corrección y complementación al Laudo**¹² y el Ministerio Público presentó una **solicitud de complementación**¹³.

34. El 6 de abril de 2020, **el Tribunal aclaró y corrigió el Laudo**¹⁴. Cabe destacar las siguientes consideraciones (se transcribe):

“Para mayor claridad, en ejercicio de sus facultades oficiosas, el Tribunal incluirá la siguiente expresión a los ordinales (I) de los numerales segundo y quinto de la parte resolutive del laudo arbitral: “sin perjuicio del incumplimiento recíproco de las partes del contrato debidamente probado en el proceso”.

“El Tribunal aclara que la condena pecuniaria (acápito cuarto del numeral quinto de la parte resolutive) corresponde íntegramente a la compensación por el enriquecimiento sin causa causado por DISPAC en perjuicio de DISICO, actualizado a la fecha del laudo con la indexación correspondiente”.

“Tampoco hubo condena pecuniaria alguna por conceptos como equilibrio contractual o incumplimiento a las obligaciones de buena fe”.

¹² Folios 186-205 del Cuaderno Principal No 4.

¹³ Folios 182-184 del Cuaderno Principal No 4.

¹⁴ Folios 209-230 del Cuaderno Principal No 4.

35. Respecto de la competencia del Tribunal para conocer de las controversias de enriquecimiento sin causa, el Panel reiteró la relación de causalidad entre estas y el contrato y afirmó que *“el enriquecimiento sin causa hace parte de las controversias relacionadas con el contrato”*.

1.4. Recurso extraordinario de anulación y trámite

36. El 27 de abril de 2020, DISPAC interpuso recurso extraordinario de anulación¹⁵ contra el Laudo arbitral con fundamento en las causales contenidas en los numerales 2, 7, 8 y 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, y solicitó la suspensión del cumplimiento de lo decidido por el Tribunal. En resumen, la recurrente expuso los siguientes argumentos:

1.4.1. Causal 2

Caducidad de la acción

37. A juicio de la convocada, erró el Tribunal al haber contado el término de caducidad desde la *“liquidación unilateral”* del contrato –la cual se realizó fuera del término pactado por las partes– y al haber aplicado la Ley 1150 de 2007 para el efecto, en un contrato regido por derecho privado. El computo de la caducidad debía iniciar al vencimiento de la fecha acordada para realizar la liquidación del contrato, por lo que la demanda debía presentarse solo hasta el 29 de septiembre de 2017 y, por lo tanto, la acción estaba caducada.

Falta de jurisdicción o competencia

38. Para la convocada, *“el Tribunal Arbitral no era competente ni tenía jurisdicción para conocer pretensiones por enriquecimiento injustificado”*, pues estas se referían a un daño extracontractual sufrido por el particular. Las *“situaciones referentes a responsabilidades por acción u omisión del Estado no pueden ser sujetas al estudio del juez arbitral, no solo porque no*

¹⁵ Cuaderno del Consejo de Estado.

están contenidas en la cláusula compromisoria, sino porque no son propias de la relación contractual”.

1.4.2. Causal 7

39. El recurso señaló que (se transcribe):

“el eje piramidal de esta causal se enerva cuando el Tribunal Arbitral se niega a estudiar las excepciones [...] formuladas en la respuesta de la demanda así como las normas de derecho que las sustentan, por considerar que al encontrar probados los hechos que soportan la pretensión no es procedente ni necesario analizar los argumentos de derecho que buscan [...] atacar la demanda”.

Falta de estudio de la excepción de inepta demanda

40. En la referida excepción, la convocada alegó la ineptitud de la demanda, ya que DISICO solicitó que se declarara el incumplimiento del contrato, pero no atacó su liquidación unilateral. A su juicio, el Laudo no ahondó en los argumentos y Sentencias presentados por DISPAC. Además, la recurrente llamó la atención en el presunto error cometido por el Tribunal, según el cual la diferencia entre la jurisprudencia invocada por la convocada y los Laudos referidos por el Tribunal obedecía a que los primeros eran “casos judiciales tramitados ante la jurisdicción contenciosa administrativa” y los segundos “litigios sometidos a decisiones de tribunales de arbitramento”¹⁶. El Tribunal prefirió aplicar los Laudos.

Falta de estudio de la excepción de “ejecución de los contratos de buena fe, preclusión de las etapas contractuales e imposibilidad de Disico de ir contra sus propios actos”

41. A juicio de DISPAC, fue errado el razonamiento del Tribunal, según el cual era innecesario el estudio de esta excepción, pues, según el Panel (se transcribe):

¹⁶ “Se puede concluir prima facie que las jurisprudencias invocadas por la parte convocada son discrepantes de las que aquí hemos transcrito por la circunstancia que las primeras se referían a casos judiciales tramitados ante la jurisdicción contenciosa administrativa y las segundas a litigios sometidos a decisiones de tribunales de arbitramento”.

“pareciera estar dirigida especialmente a enervar las alegaciones de incumplimiento contractual de la convocada, así como el segundo grupo de pretensiones subsidiarias relacionadas con violación al principio de buena fe y abuso del derecho [y] las pretensiones principales sobre incumplimiento fueron rechazadas y no hubo necesidad de estudiar las pretensiones subsidiarias sobre buena fe”.

42. Según la recurrente, *“al negarse el Tribunal a estudiar un medio defensivo [...], su decisión se sale del ámbito del derecho, pasando a generar un fallo en conciencia y en equidad, lo que da lugar a que la causal invocada prospere”.*

Falta de estudio de las excepciones de “imposibilidad de calificar como imprevisibles y de ausencia de planeación las circunstancias que disico presenta como causa de los mayores valores” e “imposibilidad jurídica una vez terminado el contrato de alegar la imprevisión y su revisan”

43. Para DISPAC, fue errado el razonamiento del Tribunal, según el cual era innecesario el estudio de las referidas excepciones, ya que estas estaban dirigidas a enervar las pretensiones de la demanda relativas al rompimiento de la conmutatividad del contrato. Según el Tribunal, las citadas excepciones no merecían ser analizadas en virtud de que este no condenó a la empresa por desequilibrio del contrato.

Falta de estudio de la excepción de inexistencia de los elementos que configuran el enriquecimiento sin causa

44. Tal como se referenció previamente, el Tribunal decidió *“no estima[r]”* esta excepción por considerarse competente para decidir sobre la pretensión relativa al enriquecimiento sin justa causa. La recurrente consideró equivocado este razonamiento, pues la excepción no se encaminaba a atacar la competencia del Panel (se transcribe):

“Por el contrario, la ‘EXCEPCION DE INEXISTENCIA DE LOS ELEMENTOS QUE CONFIGURAN EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA’ fue redactada por el suscrito para atacar el no cumplimiento de los requisitos que el derecho exige para que se configure el enriquecimiento alegado en la demanda y en tal sentido no se pudieran conceder las pretensiones que se incaban sobre dicha argumentación”.

45. A juicio de la recurrente, al no haber estudiado los elementos que configuran el enriquecimiento sin causa, el Tribunal falló en conciencia, pues declaró dicho enriquecimiento cuando los referidos elementos no se cumplieron.

Contradicción del Laudo al haber declarado probada la excepción de “incumplimiento del demandante por no entrega de la obra a satisfacción debidamente certificada, demoras en su ejecución, ni dentro de las exigencias contractuales acordadas” y haber condenado a DISPAC

46. Según la recurrente, para efectos de lograr la condena de la convocada, la convocante debió haber probado su propio cumplimiento y no acreditó.

1.4.3. Causal 8

Contradicción del Laudo al haber declarado probada la excepción de “incumplimiento del demandante por no entrega de la obra a satisfacción debidamente certificada, demoras en su ejecución, ni dentro de las exigencias contractuales acordadas” y haber condenado a DISPAC

47. La recurrente repitió el último argumento referido, pero ahora bajo la causal 8 de anulación.

1.4.4. Causal 9

48. A juicio de DISPAC, el Laudo recayó “sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros” por varios motivos:

Los árbitros no fueron convocados para resolver sobre la validez de la liquidación unilateral realizada por DISPAC

49. Pese a lo enunciado, según la recurrente, el Laudo sí se pronunció sobre la liquidación unilateral y con fundamento en sus supuestos errores fundamentó el resuelve QUINTO (numerales II y IV). Para la recurrente, dicho razonamiento es errado, ya que tal liquidación no fue demandada.

El Tribunal concedió las pretensiones QUINTA y DÉCIMA con base en un sustento que no fue sometido a su decisión

50. Según DISPAC, ninguna de tales pretensiones fue presentada con fundamento en el enriquecimiento sin justa causa, sin embargo, el Tribunal las concedió con base en dicha institución.

La pretensión SEXTA BIS estaba sometida a una condición que no fue estudiada por el Tribunal

51. La citada pretensión era subsidiaria de la SEXTA principal y estaba sometida a la condición de que *“los ítems y actividades que el contrato no previo no fuer[an] parte del objeto del anotado contrato”*, la cual no fue estudiada por el Panel para efectos de concederla.

La pretensión DUODÉCIMA se presentó únicamente a la luz del incumplimiento contractual

52. Según la recurrente, la citada pretensión, relacionada con la falta de pago de materiales, se presentó como efecto del incumplimiento de pago de DISPAC, por lo que, al reconocerla como consecuencia del enriquecimiento sin justa causa, el Tribunal decidió sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros.

El Tribunal concedió más de lo pedido, pues actualizó de oficio la condena impuesta a la entidad (se transcribe):

“En las paginas 162, 163 y 164 del Laudo el Tribunal desarrolla los factores que intervienen en el otorgamiento de la pretensión sexta [...] entre los diferentes aspectos que se listan por concedidos a la Convocante, encontramos la corrección monetaria, pretensión que no fue solicitada por la Actora”

53. El Ministerio Público presentó **concepto** frente al recurso¹⁷ y consideró que existía mérito para declarar fundado el recurso de anulación en virtud de la invocada causal séptima, ya que el Tribunal decidió en equidad o conciencia *“particularmente para evitar un enriquecimiento de la entidad*

¹⁷ Cuaderno del Consejo de Estado.

contratante". A su juicio, el Panel no estudió la excepción de "inexistencia de los elementos que configuran el enriquecimiento sin causa" (se transcribe):

"Era ineludible abordar de fondo el estudio de la excepción propuesta, para constatar si en efecto se reunían los requisitos para la procedencia de esta fuente obligacional.

[...]

El tribunal encontró demostradas las mayores cantidades de obra con base en la prueba documental tales como planillas de ejecución de obras, informes de interventoría y la prueba testimonial que estableció que efectivamente en ejecución del contrato, se habían efectuado mayores cantidades de obra, lo que conduce indefectiblemente a tener por demostrado que la controversia no era de naturaleza extracontractual, sino puramente contractual; y en este orden de ideas el contratista sí tenía acción judicial para su reclamación a través del medio de control de controversias contractuales".

54. Por su parte, **DISICO se opuso a la prosperidad de la anulación**¹⁸. La convocante señaló que la causal séptima debía declararse infundada, ya que "el recurso de anulación no constituye una segunda instancia contra los laudos arbitrales" y el juez no puede pronunciarse sobre el fondo del Laudo. Adicionalmente afirmó (se transcribe):

"el enriquecimiento sin causa que se demandó y que el laudo acogió, como antes lo manifesté, no surgió por generación espontánea, ni surgió desprendido de toda causa, sino como consecuencia directa del no pago por parte de Dispac de la totalidad de la obra ejecutada por Disico en el marco del contrato DG-002-2013, es decir, por el incumplimiento de Dispac en el pago de parte de la obra ejecutada (fls. 133 y ss.). Y dichos aspectos, repito, son a los que se refieren las peticiones tercera, sexta bis y duodécima de la demanda".

55. Respecto de lo afirmado por el Ministerio Público, la convocante sostuvo (se transcribe):

"así el Laudo recurrido se hubiese apartado de la jurisprudencia del H. Consejo de Estado [...] ello no significa que esa decisión se hubiese adoptado en conciencia o en equidad, ni que sea revisable a través del recurso de anulación".

56. Mediante el Auto de 4 de septiembre de 2020¹⁹, este Despacho **admitió** el recurso y **suspendió** los efectos del Laudo Arbitral.

¹⁸ Cuaderno del Consejo de Estado.

¹⁹ Cuaderno del Consejo de Estado.

2. CONSIDERACIONES

Contenido: 2.1. Objeto del litigio – 2.2. Causal 2 – 2.3. Causal 7 – 2.4. Causal 8 – 2.5. Causal 9 – 2.6. Sobre el reembolso de honorarios y la condena en costas

2.1. Objeto del litigio

57. En consideración a los argumentos presentados en el recurso extraordinario, la Sala deberá establecer si procede la anulación del Laudo Arbitral por la configuración de las causales 2, 7, 8 y 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. De conformidad con las razones que se expondrán a continuación, la Sala declarará que resulta fundada la causal de anulación séptima invocada.

58. A continuación, se estudiará la configuración de cada una de las causales invocadas por la recurrente:

2.2. Causal 2

59. Pese a la posible caducidad de la acción y la cuestionable competencia del Tribunal Arbitral para conocer y decidir sobre la pretensión subsidiaria de enriquecimiento sin justa causa, la Sala no estudiará la configuración de las causales de anulación de caducidad y falta de jurisdicción o competencia del Tribunal Arbitral, pues la recurrente no agotó el requisito de procedibilidad contemplado en el penúltimo inciso del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012²⁰. Esto es, no interpuso recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia²¹.

2.3. Causal 7

60. La causal contenida en el numeral 7 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 dispone que el Laudo recurrido podrá ser anulado cuando el Tribunal

²⁰ Que dispone que estas causales "sólo podrán invocarse si el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia".

²¹ El 22 de agosto de 2019, se llevó a cabo la primera audiencia de trámite. Mediante el Auto 22, el Tribunal se declaró competente para conocer y resolver las pretensiones formuladas por DISICO y las partes no repusieron la referida decisión. Folios 383-386 del Cuaderno Principal No.2.

haya “fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”.

61. Esta causal habilita al juez de anulación a estudiar si en el Laudo se exponen los fundamentos que sustentan la decisión, y le impone declararla cuando este advierta que la misma carece –de forma manifiesta– de estos fundamentos. Puede declararse fundada cuando se verifique uno de los tres siguientes supuestos: (1) cuando el Laudo se funde exclusivamente en la equidad si debía ser en derecho; (2) cuando la decisión se haya tomado con ausencia de fundamento jurídico o cuando la fundamentación jurídica presentada por el Panel Arbitral no sustente lógicamente la decisión²², y (3) cuando en esta se observe una total ausencia de un análisis probatorio o cuando el Laudo haga referencia a pruebas que no fundamenten objetivamente la decisión²³. Así lo ha afirmado esta Corporación²⁴ (se transcribe):

81. *“Esta causal se basa en el deber de los jueces de motivar sus decisiones, lo cual les impone incluir en sus providencias los razonamientos legales necesarios para fundamentar su decisión, así como un análisis crítico de las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, tal como lo disponen los artículos 187 del C.P.A.C.A. y 279, 280 y 164 del C.G.P.*

82. *Ya que el artículo 116 superior atribuye transitoriamente a los árbitros la función de administrar justicia, el Tribunal Arbitral también está obligado por el ordenamiento jurídico a analizar los motivos sustantivos y probatorios que soportan la parte resolutive del laudo, como expresión del derecho fundamental al debido proceso de las partes. [...].*

83. *Así, la causal séptima habilita al juez de la anulación a estudiar si en el laudo se exponen los fundamentos que sustentan la decisión y le impone declararla cuando este advierta que la misma carece -en forma manifiesta- de estos fundamentos.*

84. *Esta causal puede declararse fundada cuando se verifique uno de los tres siguientes supuestos: cuando el laudo se funde exclusivamente en la equidad si debía ser en derecho, cuando la decisión se haya tomado con ausencia de*

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 24 de mayo de 2006, exp. 35564. Ver también Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 7 de junio de 2007, exp. 32896; Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 27 de mayo de 2015, exp. 52930; Subsección B, Sentencia de 26 de abril de 2017, exp. 5585; Subsección A, Sentencia de 17 de agosto de 2017, exp. 56347.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 3 de abril de 2020, exp. 63513 y Sentencia de 26 de abril de 2017, exp. 55852.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 3 de abril de 2020, exp. 63513.

fundamento jurídico o cuando en ella se observe la ausencia de un análisis probatorio²⁵.

85. El primer supuesto alude a la prohibición en cabeza del Tribunal Arbitral de fundamentar su decisión únicamente en la fuente de la equidad, cuando el laudo debía ser en derecho, como en el caso en que una de las partes sea una entidad pública²⁶.

86. En lo que respecta al segundo de los aludidos supuestos [...] no es suficiente con que el laudo haga una simple referencia a una norma constitucional o legal vigente para catalogar a la providencia como sujeta a derecho, sino que los supuestos fácticos del caso bajo estudio deben poder subsumirse lógicamente en el fundamento jurídico citado por el Tribunal, de manera que la fundamentación jurídica sustente lógicamente la decisión. Lo anterior, al margen de un juicio sobre la pertinencia o corrección sustantiva de los argumentos jurídicos del Tribunal.

87. Ahora, respecto del tercer supuesto planteado [...] no solo la inexistencia absoluta del sustento probatorio configura la causal, sino también la referencia por parte de los árbitros de pruebas que no fundamentan objetivamente la decisión²⁷. Ello, en la medida en que debe haber una relación clara entre la valoración probatoria y la decisión adoptada por los árbitros. Además, el Panel Arbitral está obligado a resolver cada una de las pretensiones y excepciones propuestas con base en un análisis del material probatorio allegado al proceso²⁸. La Sala comparte esta postura.

88. En este orden de ideas, respecto de la motivación del laudo arbitral, se colige que el juez de anulación debe encuadrar su análisis en un juicio de validez del laudo. Así, en aras de determinar si la providencia se profirió en derecho, al juez le corresponde establecer si el Tribunal incluyó normas jurídicas y material probatorio en su decisión. Adicionalmente, debe verificar si el derecho positivo y el material probatorio citado por el Panel Arbitral corresponde efectivamente al fundamento de la decisión y está contextualizado con el caso concreto. Este segundo análisis resulta esencial, pues evita que tengan efectos jurídicos decisiones arbitrales que contengan mínimas referencias sobre su fundamento jurídico y probatorio, descontextualizadas del caso concreto e incoherentes con la parte resolutive de la decisión²⁹, incluidas para crear una cortina de humo que esconde una decisión ausente de motivación.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 26 de abril de 2017, exp. 55852.

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 26 de abril de 2017, exp. 55852.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 26 de abril de 2017, exp. 55852.

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 19 de septiembre de 2019, exp. 62027; Sentencia de 17 de agosto de 2017, exp. 56347; Sección Tercera, Sentencia de 16 de junio de 2008, exp. 34543.

²⁹ "En lo que tiene que ver con la motivación, como quedó expuesto en la explicación de este criterio con base en los desarrollos jurisprudenciales, es claro que la inexistencia de motivos en estricto sentido sí constituye un laudo en conciencia, en tanto así se ha sostenido de manera pacífica al señalar que la falta de motivos de derecho o probatorios o, incluso, la apariencia de esos fundamentos (bien porque se citan normas o pruebas

89. Lo anterior no implica, de manera alguna, estudiar el fondo del litigio, pues el juez de anulación debe centrar su objeto de estudio en el fundamento del laudo y no en la decisión adoptada por los árbitros. Así pues, el juez debe limitarse a determinar si la decisión está o no motivada conforme las exigencias de nuestro ordenamiento jurídico, al margen de realizar un juicio sobre la misma. La anterior conclusión se confirma al considerar que, incluso si una decisión es correcta jurídicamente, si el juez de anulación halla que esta no estaba fundamentada, debe anular el laudo, con indiferencia de la corrección de la parte resolutive.

90. En la medida en que al juez le está vedado pronunciarse sobre la interpretación de los árbitros sobre las normas legales y sobre su valoración de las pruebas, tampoco es posible que la recurrente invoque esta causal para manifestar sus inconformidades respecto de la decisión de fondo del laudo.

91. Por último, en relación con la redacción de la causal, cabe puntualizar que esta solo procede cuando se configure de forma 'manifiesta', es decir cuando el fallo en conciencia o en equidad sea 'evidente, ostensible y claro'³⁰.

62. En el recurso de anulación, DISPAC planteó varios supuestos en los cuales, a su juicio, se configuró la causal, la Sala pasará a estudiar cada uno de ellos.

Falta de estudio de la excepción de inepta demanda

63. Contrario a lo afirmado por la recurrente, esta excepción sí fue estudiada y, motivadamente, negada por el Tribunal. La Sala comparte la afirmación de DISPAC, quien sostuvo que es claramente errada la apreciación del Panel según la cual en los trámites arbitrales debe preferirse la aplicación de los Laudos Arbitrales frente a la jurisprudencia del Consejo de Estado. Ello, pues el hecho de que un litigio sea resuelto por un Tribunal Arbitral no exonera al Panel de aplicar la jurisprudencia del juez de lo contencioso administrativo, ya que la cláusula compromisoria implica que un caso relacionado con un contrato estatal será decidido por un juez diferente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pero ello no

para dar la apariencia de una decisión en derecho, en tanto buscan desviar el fundamento subjetivo de la decisión), corresponden a una decisión subjetiva de los jueces". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 26 de abril de 2017, exp. 55852.

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 16 de junio de 2009, exp. 35288.

conlleve una modificación en el derecho o la jurisprudencia aplicable a este.

64. No obstante, a juicio de la Sala, el Tribunal fundamentó en derecho la negación de la excepción, pues hizo referencia a varias decisiones arbitrales con supuestos de hecho similares en las cuales la convocante solicitó que se declarara el incumplimiento de un contrato sin solicitar que se anulara su liquidación y a la consideración que el Panel no podía declarar la nulidad del acta de liquidación por el régimen privado del contrato. En virtud de lo anterior, la causal séptima se declarará infundada por este supuesto.

Falta de estudio de la excepción de “ejecución de los contratos de buena fe, preclusión de las etapas contractuales e imposibilidad de Disico de ir contra sus propios actos”

65. La Sala declarará fundada la causal séptima de anulación por este supuesto, pues el Tribunal decidió, sin fundamento jurídico, no estudiar la referida excepción. Por lo que la decisión del Panel de declarar no probada la excepción de “ejecución de los contratos de buena fe, preclusión de las etapas contractuales e imposibilidad de Disico de ir contra sus propios actos” fue en conciencia o en equidad.

66. En la citada excepción, formulada en la contestación de la reforma de la demanda, la convocada señaló que las partes celebraron 8 otrosíes y que “en forma expresa [habían] acepta[do] las prorrogas y determinaron que ello no generaría cargas económicas para la mismas, ni daría lugar a incumplimientos”³¹. Dicha pretensión, tal como lo señaló el Tribunal, estaba dirigida a enervar la pretensión TERCERA principal, en la cual la convocante solicitó que “se declar[ara] que Dispac S.A. ESP incumplió el contrato”.

³¹ Para sustentar la excepción, la convocada citó una Sentencia en la cual esta Subsección señaló que “las reclamaciones objeto de demanda solo pueden prosperar cuando previamente el contratista demandante las ha incluido en los actos bilaterales de modificación, adición, prorroga y suspensión”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 8 de mayo de 2019, exp. 40524.

67. A fin de decidir sobre esta excepción, al Tribunal le correspondía determinar si lo señalado por DISPAC estaba acreditado y, en caso de confirmarlo, estudiar si el contratista actuó de buena fe al haber aceptado las prorrogas y acordado que estas no generarían cargas económicas para las partes; para luego solicitar, mediante una demanda arbitral, la declaratoria de incumplimiento de la contratante y su consecuencial condena. Con base en lo anterior, el Tribunal debió declarar probada o no la excepción, y si la excepción se hubiera declarado probada, el Tribunal no debía haber declarado el incumplimiento del contrato por parte de DISPAC.

68. El Panel, sin embargo, se limitó a afirmar que esta excepción (se transcribe):

“pareciera estar dirigida especialmente a enervar las alegaciones de incumplimiento contractual de la convocada [...] las pretensiones principales sobre incumplimiento fueron rechazadas”.

69. La referida justificación no se ajustó a lo realmente decidido por el Tribunal, ni al ordenamiento jurídico. Por una parte, en el numeral QUINTO (subnumeral I) de la parte resolutive, el Tribunal sí declaró el incumplimiento de la convocada –lo cual implicó la concesión de la TERCERA pretensión principal sobre incumplimiento–. Por otra, no existe fundamento de derecho alguno que le hubiera permitido al Panel abstenerse de estudiar dicha excepción. De lo anterior se colige que el Tribunal decidió negar la excepción sin efectuar un razonamiento de orden jurídico en su motivación, sin analizar las circunstancias de hecho y derecho que exigía su análisis y, por lo tanto, de acuerdo con su íntima convicción. Lo anterior, según la jurisprudencia, configura un fallo en conciencia³².

70. En conclusión, la falta de estudio de los fundamentos fácticos y jurídicos en la motivación de la decisión sobre la excepción implicó, no solo la omisión del estudio de una excepción formulada por la convocada, sino la configuración de un fallo en conciencia evidente y ostensible, con lo cual

³² Corte Constitucional, Sentencia SU-173 de 16 de abril de 2015; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 3 de abril de 2020, exp. 63513; Sección Tercera, Sentencia de 5 de julio de 2012, exp. 011-00019.

se cumple la totalidad de los requisitos legales para la configuración de la causal séptima del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

71. Ahora, de cara a la aplicación del primer inciso del artículo 43 de la misma ley³³, se impone la anulación del contenido de la parte resolutive del Laudo Arbitral, que fue fruto de este vicio. Por una parte, deberá anularse la negación de la citada excepción (numeral TERCERO, subnumeral III). Por otra, deberá anularse la declaración de incumplimiento de la convocada (numeral QUINTO, subnumeral I). Esto último, pues la eventual concesión de la excepción hubiera enervado la declaratoria de incumplimiento de DISPAC. Aunque a la Sala no le corresponde estudiar cuál debió haber sido la decisión del Tribunal respecto de la excepción, lo cierto es que, al negarse a analizarla, el Panel cercenó a la convocada la posibilidad de defenderse jurídicamente del incumplimiento alegado en la demanda.

72. Se transcriben los apartes que serán anulados:

*TERCERO.- DECLARAR NO PROBADAS, de acuerdo con lo expresado en la parte motiva, las siguientes excepciones propuestas por la parte convocada:
[...]*

III. Excepción de ejecución de los contratos de buena fe, preclusión de las etapas contractuales e imposibilidad de DISICO de ir contra sus propios actos".

"QUINTO.- ACOGER PARCIALMENTE, [...] las siguientes pretensiones formuladas por la parte convocante:

I. Tercera pretensión principal y, en consecuencia, DECLARAR que la EMPRESA DISTRIBUIDORA DEL PACÍFICO SA ESP - DISPAC. incumplió el contrato DG-002-2013, celebrado entre ella y DISICO SA; sin perjuicio del incumplimiento recíproco de las partes del contrato, debidamente probado en el proceso".

73. No sobra advertir que, mediante esta decisión, la Sala no está pronunciándose sobre el fondo de la controversia, pues no está calificando la decisión del Tribunal como correcta o equivocada. En efecto, a la Sala le es indiferente la decisión del Panel, ya que no estudia si tal excepción debió haber sido declarada probada o debió haber sido negada, sin embargo, la Sala recalca, en su calidad de juez de anulación,

³³ "Cuando prospere cualquiera de las causales señaladas en los numerales 1 a 7 del artículo 41, se declarará la nulidad del laudo [...]".

que la decisión sobre la excepción debió haber sido motivada en derecho por el Tribunal.

Falta de estudio de las excepciones de “imposibilidad de calificar como imprevisibles y de ausencia de planeación las circunstancias que Disico presenta como causa de los mayores valores” e “imposibilidad jurídica una vez terminado el contrato de alegar la imprevisión y su revisan”

74. La Sala considera que la motivación del Tribunal fue en derecho, pues, según el Laudo, era innecesario el estudio de las referidas excepciones, ya que estas estaban dirigidas a enervar las pretensiones de la demanda relativas al rompimiento de la conmutatividad del contrato. Según el Panel, las citadas excepciones no merecían ser analizadas en virtud de que este no estudió las pretensiones relativas al desequilibrio económico del contrato. Además, en la aclaración del Laudo, el Panel reiteró que no “hubo condena pecuniaria alguna por conceptos como equilibrio contractual”. En virtud de lo anterior, la causal séptima se declarará infundada por este supuesto.

Falta de estudio de la excepción de inexistencia de los elementos que configuran el enriquecimiento sin causa

75. La Sala declarará fundada la causal séptima de anulación por este supuesto, en virtud de que el Tribunal no estudió la excepción de “inexistencia de los elementos que configuran el enriquecimiento sin causa”, de lo cual se colige que la decisión del Tribunal respecto del enriquecimiento sin causa se tomó con ausencia de fundamento jurídico.

76. En la contestación de la reforma de la demanda presentada por DISPAC, esta formuló la referida excepción. La convocada señaló que “el enriquecimiento sin causa, por si solo es la fuente de las obligaciones, no requiere de un acto jurídico ni un hecho que le den vida” y concluyó que en el caso concreto no se cumplían los elementos que permitían la configuración de dicha institución.

77. Como ya se referenció al exponer las consideraciones del Laudo, luego de resolver que sí era competente para decidir sobre la pretensión relativa

al enriquecimiento sin causa, el Tribunal decidió no estudiar esta excepción, por considerar que su análisis estaba subsumido dentro de la determinación de su competencia (se transcribe):

“por considerarlo que es competente, este Tribunal no estimará l[a] excepcio[n] propuest[a] por la Convocada sobre [...] inexistencia de los elementos que configuran el enriquecimiento sin justa causa”.

78. La referida argumentación del Tribunal es errada. Su competencia para resolver la pretensión atinente al enriquecimiento sin causa implica un análisis distinto al relativo al estudio de los elementos que configuran el enriquecimiento sin causa. Así, es equivocada la consideración de que el análisis de la excepción estaba subsumido en la definición de su competencia, lo que da cuenta de la falta de estudio por parte del Tribunal de la citada excepción.

79. Adicionalmente, la falta de análisis de los elementos del enriquecimiento sin causa configuró un fallo en conciencia o equidad, pues, antes de conceder la pretensión SEXTA BIS –que pretendía la declaración de enriquecimiento sin causa–, el Tribunal debió haber estudiado la presencia de los elementos definidos por la jurisprudencia para la configuración de la institución.

80. Los elementos del enriquecimiento sin causa han sido definidos por la Corte Suprema de Justicia y del Consejo del Estado. Si bien pueden encontrarse diferencias entre los pronunciamientos que los definen, la jurisprudencia de las dos Altas Cortes coincide en señalar tres elementos básicos de esta institución: *“i) un aumento patrimonial a favor de una persona; ii) una disminución patrimonial en contra de otra persona, la cual es inversamente proporcional al incremento patrimonial del primero; y iii) la ausencia de una causa que justifique las dos primeras situaciones”*³⁴.

81. El Tribunal no ahondó en el estudio de los dos primeros elementos, pero concluyó, al resolver las pretensiones de la reforma de la demanda, “que

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 30 de marzo de 2006, exp. 25662 y Sentencia de 31 de mayo de 2007, exp. 14669. Ver también Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 3 de agosto de 2020, exp. 52405; Sección Tercera, Sentencia de 12 de noviembre de 2019, exp. 24897; Sentencia de 22 de julio de 2009, exp. 35026; Sentencia de 7 de junio de 2007; Sentencia de 6 de septiembre de 1991, exp. 6306.

hubo enriquecimiento sin justa causa a favor de [...] DISPAC, con el correlativo empobrecimiento de DISICO". Además, el Panel no estudió y ni siquiera hizo mención al tercer elemento.

82. Resulta incuestionable que la ausencia de causa es un elemento esencial para la configuración del enriquecimiento sin causa. Según esta Corporación (se transcribe):

*"la ausencia de causa o falta de justificación en el enriquecimiento, se toma en el sentido de que la circunstancia que produjo el desplazamiento de un patrimonio a otro no haya sido generada por un contrato o un cuasicontrato, un delito o un cuasidelito, como tampoco por una disposición expresa de la ley"*³⁵.

83. Así, resulta contradictorio concebir que un enriquecimiento sin causa tenga como fuente un incumplimiento contractual, pues el mismo fundamento de la figura indica que en enriquecimiento debe ser ausente de causa o fuente obligacional. No obstante, para sustentar su competencia frente a la pretensión de enriquecimiento sin justa causa, el Tribunal afirmó en el Laudo que las *"pretensiones subsidiarias [de DISICO], sí guarda[ban] relación directa con la ejecución del contrato"*, *"se ref[erían] a controversias presentadas en el marco de la relación jurídica que da vida a este proceso"* y *"no se trata[ban] pues de hechos sin ninguna relación de causalidad con el contrato"*. Luego, en la aclaración del Laudo, reiteró que *"el enriquecimiento sin causa hac[ía] parte de las controversias relacionadas con el contrato"*.

84. Adicionalmente, el Panel falló en conciencia o en equidad al declarar el enriquecimiento sin justa causa a favor de DISPAC, en la medida en que los fundamentos fácticos y probatorios con base en los cuales el Tribunal concedió la pretensión subsidiaria de enriquecimiento sin justa causa fueron los mismos fundamentos presentados para declarar el incumplimiento de la entidad. Es decir, los mismos fundamentos son usados, a la vez, para declarar un incumplimiento y un enriquecimiento sin justa causa, sin que esta contradicción encuentre fundamento jurídico

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 31 de mayo de 2007, exp. 14669 y Sentencia de 22 de julio de 2009, exp. 35026.

alguno en la decisión adoptada por el Tribunal; lo que revela un fallo en conciencia o equidad.

85. Como se expuso previamente, el Tribunal concedió parcialmente la pretensión TERCERA de la reforma de la demanda, relativa al incumplimiento de DISPAC, pues, a su juicio, la empresa *“se abstuvo de pagar las cantidades de obra acordadas por la parte convocante y la interventoría. En tal sentido, existe un incumplimiento grave de DISPAC al no acoger la liquidación aprobada por el Interventor WSP”*. Según el Panel, la liquidación unilateral no incluyó los costos de las mayores cantidades de obra mencionados en varias comunicaciones de la interventoría ya citadas.

86. Luego, para definir el fundamento fáctico del enriquecimiento sin justa causa, el Panel consideró que estaba acreditada la *“mayor cantidad de obra ejecutada”* con base en declaraciones y pruebas documentales ya citadas. Respecto del pago de los materiales reclamado por DISICO, el Tribunal concluyó que *“DISICO tenía la obligación contractual de suministrar los materiales, mano de obra calificada y no calificada, equipos y herramientas [...] Es decir, la Convocante tenía el derecho de cobrarle a la Convocada todos los elementos destinados para la buena ejecución de la obra”* y afirmó que *“todo lo incorporado en el Proyecto se pagaría de acuerdo con lo pactado en la cláusula 9 del contrato”*.

87. Por último, *“el Tribunal conden[ó] a DISPAC por enriquecimiento sin causa por valor de \$3.049.506.676,56, correspondiente a los mayores cantidades de obra, material y mano de obra en que tuvo que incurrir DISICO y que no fueron reconocidas en la liquidación unilateral del contrato”*.

88. De la exposición del Laudo se colige que tanto el incumplimiento contractual de DISPAC como el enriquecimiento sin justa causa tienen el mismo fundamento, correspondiente a la falta de pago por parte de la empresa de las mayores cantidades de obra *“acordadas por la parte convocante y la interventoría”*. Además, la confusión entre incumplimiento y enriquecimiento sin justa causa se hizo evidente cuando, al estudiar este último, el Tribunal indicó que en virtud del contrato, DISICO tenía derecho a

cobrarle a la convocada “*todos los elementos destinados para la buena ejecución de la obra*” y que “*todo lo incorporado en el Proyecto*” debía pagarse de conformidad con el contrato.

89. Los fundamentos probatorios que sustentaron la declaración de incumplimiento y de enriquecimiento sin justa causa son los mismos. En efecto, el Panel citó las siguientes pruebas al definir la configuración de las dos figuras jurídicas:

- Declaración de Gabriel Jaime Montoya;
- Declaración de Gustavo Ocampo;
- Comunicación WSP-4363-14 de la interventoría de 15 de julio de 2014;
- Comunicación WSP-4560-14 de la interventoría de 27 de agosto de 2014;
- Comunicación WSP-5309-14 de la interventoría de 18 de noviembre de 2014;
- Otrosí 6 de 29 de diciembre de 2014;
- Comunicación WSP 1437-15 de la interventoría de 10 de marzo de 2015;
- Liquidación unilateral del Contrato de 20 de septiembre de 2016;

90. Lo anterior da cuenta de la falta de estudio del Tribunal del tercer elemento del enriquecimiento sin justa causa, correspondiente a su ausencia de justificación, pues al considerar que el fundamento del enriquecimiento sin justa causa es el mismo que el del incumplimiento contractual de DISPAC, el Panel desconoció la esencia misma de la institución jurídica. En efecto, el enriquecimiento sin justa causa no puede tener origen en ninguna de las fuentes de las obligaciones contempladas en el artículo 1494 del Código Civil³⁶ ³⁷ y el contrato es una de ellas.

91. De las consideraciones del Laudo se desprende que el daño sufrido por DISICO tiene como fuente el contrato pero, paralelamente, corresponde un enriquecimiento sin justa causa y en esa conclusión reside el fallo en conciencia, pues el Tribunal no motivó su decisión con base en el derecho vigente. Las fuentes de las obligaciones son diversas y, por lo tanto, una

³⁶ “Artículo 1494. Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia”.

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 22 de julio de 2009, exp. 35026.

obligación no puede tener una fuente contractual y no tener causa, a la vez.

92. Así las cosas, el Panel contravino las ya citadas normas del CPACA y del CGP relativas al deber de los jueces de motivar sus decisiones en referencia a la declaración y a la consecuente condena a la convocada por enriquecimiento sin justa causa, pues no existe una explicación jurídica para sustentar que un enriquecimiento sin justa causa tenga como fundamento el incumplimiento de un contrato.

93. En conclusión, el desconocimiento de los elementos del enriquecimiento sin justa causa, cuyo análisis era el fundamento jurídico en el que el Panel estaba obligado a sustentar su decisión respecto de la pretensión SEXTA BIS implicó, no solo la omisión del estudio de una excepción formulada por la convocada, sino la configuración de un fallo en conciencia evidente y ostensible, con lo cual se cumplen la totalidad de los requisitos legales para la configuración de la causal séptima del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

94. Ahora, de cara a la aplicación del primer inciso del artículo 43 de la misma ley³⁸, se impone la anulación del contenido de la parte resolutive del Laudo Arbitral, que fue fruto de este vicio.

95. La única pretensión concedida por el Tribunal en la cual la convocante se refirió al enriquecimiento sin justa causa fue la pretensión SEXTA BIS, que fue acogida mediante el numeral QUINTO (subnumeral III) de la parte resolutive. Sin embargo, esta no fue la única pretensión concedida con base en el “*enriquecimiento sin justa causa a favor de DISPAC, con el correlativo empobrecimiento de DISICO SA*”, pues el Tribunal decidió (se transcribe):

“QUINTO.- ACOGER PARCIALMENTE, [...] las siguientes pretensiones formuladas por la parte convocante:
[...] III. Pretensiones principales **sexta bis, décima y duodécima** y, en consecuencia, DECLARAR que hubo enriquecimiento sin justa causa a favor de - DISPAC, con el correlativo empobrecimiento de DISICO SA” (Negritas propias).

³⁸ “Cuando prospere cualquiera de las causales señaladas en los numerales 1 a 7 del artículo 41, se declarará la nulidad del laudo [...]”.

96. Así, con fundamento en el enriquecimiento sin justa causa de DISPAC, el Tribunal concedió parcialmente la pretensión DÉCIMA, en la cual DISICO pidió que se condenara a la demandada *“por concepto de la mayor administración que aquella debió sufragar durante los 15 meses de las extensiones del plazo de ejecución del contrato”* y la pretensión DUODÉCIMA, relativa a la declaración de la falta de pago de materiales por parte de la empresa.

97. Adicionalmente, en la pretensión QUINTA, la convocante pidió que se declararan que había ejecutado mayores cantidades de obra y que *“para la cumplida ejecución del contrato”*, el contratista había ejecutado ítems nuevos. El Tribunal concedió parcialmente tal pretensión pero de conformidad a lo que había referido en las consideraciones relativas al enriquecimiento sin justa causa. Se tiene, entonces, que el Panel concedió las pretensiones QUINTA, SEXTA BIS, DÉCIMA Y DUODÉCIMA con fundamento en el supuesto enriquecimiento sin justa causa de DISPAC.

98. Por último, con ocasión de la declaración del enriquecimiento sin justa causa, el Tribunal condenó a DISPAC a pagar a DISICO el valor de \$3.595.010.737,43.

99. Debido a que el Tribunal omitió estudiar la excepción de inexistencia de los elementos que configuran el enriquecimiento sin causa y falló en conciencia al no analizar tales elementos y, por ende, considerar configurada dicha institución sin fundamentación jurídica alguna, la Sala anulará la parte resolutive del Laudo atinente a: (i) la negación de la referida excepción (numeral TERCERO, subnumeral VIII); (ii) la concesión de pretensiones QUINTA, SEXTA BIS, DÉCIMA Y DUODÉCIMA con fundamento en el enriquecimiento sin justa causa (numeral QUINTO, subnumerales II y III); (iii) la declaración de enriquecimiento sin justa causa (numeral QUINTO, subnumeral III) y (iv) la condena derivada de la declaración de enriquecimiento sin justa causa (numeral QUINTO, subnumeral IV). Se trasciben los apartes que serán anulados:

“TERCERO.- DECLARAR NO PROBADAS, de acuerdo con lo expresado en la parte motiva, las siguientes excepciones propuestas por la parte convocada:

[...]

VIII. Excepción de inexistencia de los elementos que configuran el enriquecimiento sin causa",

QUINTO.- ACOGER PARCIALMENTE, de acuerdo con lo expresado en la parte motiva, las siguientes pretensiones formuladas por la parte convocante:

- II. Quinta pretensión principal y, en consecuencia, DECLARAR que la obra ejecutada por DISICO S.A. fue superior a la reconocida por la EMPRESA DISTRIBUIDORA DEL PACÍFICO SA ESP - DISPAC en su liquidación unilateral del 20 de septiembre de 2016.
- III. Pretensiones principales sexta bis, décima y duodécima y, en consecuencia, DECLARAR que hubo enriquecimiento sin justa causa a favor de la EMPRESA DISTRIBUIDORA DEL PACÍFICO SA ESP - DISPAC, con el correlativo empobrecimiento de DISICO SA.
- IV. Por lo anterior, CONDENAR a la EMPRESA DISTRIBUIDORA DEL PACÍFICO SA ESP - DISPAC a pagar a DISICO SA el valor de TRES MIL QUINIENTOS NOVENTA Y CINCO MILLONES DIEZ MIL SETECIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS M/CTE (\$3.595.010.737,43), correspondiente a las mayores cantidades de obra, material y mano de obra en que tuvo que incurrir DISICO SA y que no fueron reconocidas en la liquidación unilateral del contrato DG-002-2013".

100. No sobra advertir que mediante esta decisión la Sala no está pronunciándose sobre el fondo de la controversia, pues no está calificando la decisión del Tribunal como correcta o equivocada. Ello, pues lejos de evaluar la parte resolutive del Laudo, lo que analizó la Sala fueron sus fundamentos de derecho, al margen de la decisión tomada.

101. Igualmente, se destaca que, mediante la jurisprudencia reiterada de esta Corporación y, particularmente de esta Subsección, se ha aclarado que, si bien la mayoría de causales de anulación proceden cuando existen errores procesales en el Laudo, la causal séptima se configura, entre otros, cuando la fundamentación jurídica o las pruebas referidas por el Panel Arbitral no sustentan lógicamente la decisión del Panel. En esa medida, corresponde al juez de anulación estudiar la motivación del Laudo y definir si en este se exponen los fundamentos que sustentan en derecho la decisión³⁹.

³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 24 de mayo de 2006, exp. 35564; Sentencia de 7 de junio de 2007, exp. 32896; Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 27 de mayo de 2015, exp. 52930; Subsección B, Sentencia de 26 de abril de 2017, exp. 5585; Subsección A, Sentencia de 17 de agosto de 2017, exp. 56347; Subsección B, Sentencia de 3 de abril de 2020, exp. 63513; Subsección B, Sentencia de 8 de mayo de 2019, exp. 56343; Subsección B, Sentencia de 28 de abril de 2021, exp. 66109.

Contradicción del Laudo al haber declarado probada la excepción de “incumplimiento del demandante por no entrega de la obra a satisfacción debidamente certificada, demoras en su ejecución, ni dentro de las exigencias contractuales acordadas” y haber condenado a DISPAC

102. La causal séptima se declarará infundada por este supuesto, pues no existe la alegada contradicción. Por una parte, el Tribunal declaró el incumplimiento de la convocante, pues *“una vez finalizado el proyecto, DISICO no entregó la certificación exigida por las normas técnicas –RETIE, como era su obligación”*. Por otra, declaró el enriquecimiento sin justa causa a favor de DISPAC en virtud de la ejecución de mayores cantidades de obra.

Conclusión sobre la causal 7

103. Así las cosas, la Sala declarará fundada la causal 7 de anulación, en virtud de que el Tribunal falló en conciencia o equidad al omitir estudiar las excepciones de *“ejecución de los contratos de buena fe, preclusión de las etapas contractuales e imposibilidad de Disico de ir contra sus propios actos”* e *“inexistencia de los elementos que configuran el enriquecimiento sin causa”*. Con ocasión de lo anterior, se anularán integralmente los subnumerales III y VIII del numeral TERCERO y el numeral QUINTO de la parte resolutive del Laudo.

2.4. Causal 8

Contradicción del Laudo al haber declarado probada la excepción de “incumplimiento del demandante por no entrega de la obra a satisfacción debidamente certificada, demoras en su ejecución, ni dentro de las exigencias contractuales acordadas” y haber condenado a DISPAC

104. Para fundamentar esta causal, la recurrente repitió el último argumento referido, pero ahora bajo la causal 8 de anulación. En virtud de la fundamentación ya presentada, la Sala la declarará infundada.

2.5. Causal 9

105. Como consecuencia de que prosperó la anulación del Laudo por la configuración de la causal séptima, no hay lugar a emitir pronunciamiento sobre la causal novena. Ello, pues los supuestos presentados bajo esta causal persiguen que se anulen los apartes de la parte resolutive ya anulados, correspondientes al resuelve QUINTO (numerales II, III y IV)⁴⁰.

2.6. Sobre el reembolso de honorarios y la condena en costas

106. De conformidad con el inciso final del artículo 48, que establece que *“si el recurso de anulación prospera con fundamento en las causales 3 a 5 y 7 previstas en esta ley, los árbitros reembolsarán a las partes la segunda mitad de los honorarios recibidos”*, se ordenará a los tres árbitros del Tribunal reembolsar a las partes el 50% de los honorarios recibidos.

107. Por otra parte, en virtud de que el recurso de anulación se declarará parcialmente fundado, no se condenará en costas, de acuerdo con el último inciso del artículo 43 de la Ley 1563 de 2012⁴¹.

3. DECISIÓN

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

RESUELVE:

⁴⁰ Con el argumento de que *“los árbitros no fueron convocados para resolver sobre la validez de la liquidación unilateral realizada por DISPAC”*, la recurrente pretendía que se anulara el resuelve QUINTO (numerales II y IV). Con el argumento de que *“el Tribunal concedió las pretensiones QUINTA y DÉCIMA con base en un sustento que no fue sometido a su decisión”*, la recurrente pretendía que se anulara el resuelve QUINTO (numerales II, III y IV). Con los argumentos de que *“la pretensión SEXTA BIS estaba sometida a una condición que no fue estudiada por el Tribunal”* y *“la pretensión DUODÉCIMA se presentó únicamente a la luz del incumplimiento contractual”*, la recurrente pretendía que se anulara el resuelve QUINTO (numerales III y IV). Con el argumento de que el Tribunal también concedió más de lo pedido, pues actualizó de oficio la condena impuesta a la entidad, la recurrente pretendía que se anulara el resuelve QUINTO (numeral IV).

⁴¹ *“Artículo 43. Efectos de la sentencia de anulación.*

(...)

Si el recurso no prospera se condenará en costas al recurrente, salvo que dicho recurso haya sido presentado por el Ministerio Público”.

PRIMERO: DECLARAR PARCIALMENTE FUNDADO el recurso extraordinario de anulación interpuesto contra el Laudo Arbitral de 19 de marzo de 2020, proferido por el Tribunal Arbitral integrado para dirimir las controversias surgidas entre DISICO S.A. y la Empresa Distribuidora del Pacífico S.A. E.S.P.– DISPAC, en el marco del contrato DG-002-2013, celebrado el 16 de mayo de 2013, por haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho.

SEGUNDO: Como consecuencia, **ANULAR PARCIALMENTE** el Laudo Arbitral de 19 de marzo de 2020, así:

ANULAR INTEGRALMENTE los subnumerales III y VIII del numeral TERCERO de la parte resolutive del Laudo Arbitral de 19 de marzo de 2020, que establecen que se declararán no probadas las siguientes excepciones propuestas por la parte convocada (se transcribe): “III. Excepción de ejecución de los contratos de buena fe, preclusión de las etapas contractuales e imposibilidad de DISICO de ir contra sus propios actos” y “VIII. Excepción de inexistencia de los elementos que configuran el enriquecimiento sin causa”.

ANULAR INTEGRALMENTE el numeral QUINTO de la parte resolutive del Laudo Arbitral de 19 de marzo de 2020, que establece (se transcribe):

“QUINTO.- ACOGER PARCIALMENTE, de acuerdo con lo expresado en la parte motiva, las siguientes pretensiones formuladas por la parte convocante:

- I. Tercera pretensión principal y, en consecuencia, DECLARAR que la EMPRESA DISTRIBUIDORA DEL PACÍFICO SA ESP - DISPAC. incumplió el contrato DG-002-2013, celebrado entre ella y DISICO SA; sin perjuicio del incumplimiento recíproco de las partes del contrato, debidamente probado en el proceso”.*
- II. Quinta pretensión principal y, en consecuencia, DECLARAR que la obra ejecutada por DISICO S.A. fue superior a la reconocida por la EMPRESA DISTRIBUIDORA DEL PACÍFICO SA ESP - DISPAC en su liquidación unilateral del 20 de septiembre de 2016.*
- III. Pretensiones principales sexta bis, décima y duodécima y, en consecuencia, DECLARAR que hubo enriquecimiento sin justa causa a favor de la EMPRESA DISTRIBUIDORA DEL PACÍFICO SA ESP - DISPAC, con el correlativo empobrecimiento de DISICO SA.*
- IV. Por lo anterior, CONDENAR a la EMPRESA DISTRIBUIDORA DEL PACÍFICO SA ESP - DISPAC a pagar a DISICO SA el valor de TRES MIL QUINIENTOS NOVENTA Y CINCO MILLONES DIEZ MIL SETECIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS M/CTE (\$3.595.010.737,43), correspondiente a las mayores cantidades de*

obra, material y mano de obra en que tuvo que incurrir DISICO SA y que no fueron reconocidas en la liquidación unilateral del contrato DG-002-2013".

SE ADVIERTE a las partes que pueden dar trámite a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 43 del Estatuto Arbitral.

TERCERO: DECLARAR INFUNDADO el recurso extraordinario de anulación interpuesto contra el Laudo Arbitral de 19 de marzo de 2020 respecto de los demás cargos formulados.

CUARTO: ORDENAR a los árbitros reembolsar a las partes la mitad de los honorarios recibidos.

QUINTO: LEVANTAR la suspensión de la ejecución del Laudo Arbitral de 19 de marzo de 2020, decretada mediante Auto de 4 de septiembre de 2020.

SEXTO: SIN CONDENA en costas.

SÉPTIMO: En firme esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

firmado electrónicamente
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

salvamento de voto

firmado electrónicamente
RAMIRO PAZOS GUERRERO

firmado electrónicamente
ALBERTO MONTAÑA PLATA