

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL /
COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN ÚNICA INSTANCIA /
CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CONTRATACIÓN POR PARTE DE
ENTIDAD PÚBLICA / LAUDO ARBITRAL / CONTRATO ESTATAL / ENTIDAD
PÚBLICA**

De conformidad con lo establecido en el numeral 7º del artículo 149 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con el inciso 3º del artículo 46 de la Ley 1563 de 2012, le corresponde a la Sección Tercera del Consejo de Estado conocer en única instancia de los recursos de anulación contra laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos celebrados por las entidades públicas o por quienes desempeñen funciones administrativas o en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas.

FUENTE FORMAL: C.P.A.C.A. - ARTÍCULO 149 NUMERAL 7 / LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 46 INCISO 3

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL /
COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN ÚNICA INSTANCIA /
CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CONTRATACIÓN POR PARTE DE
ENTIDAD PÚBLICA / LAUDO ARBITRAL / CONTRATO ESTATAL / ENTIDAD
PÚBLICA / CONTRATO DE CONCESIÓN / AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA / FACULTADES DE LA AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA / ESTRUCTURA DE LA RAMA EJECUTIVA /
INTEGRACIÓN DE LA RAMA EJECUTIVA / ORGANISMOS DE LA RAMA
EJECUTIVA / CREACIÓN DE LA ENTIDAD DESCENTRALIZADA DE ORDEN
NACIONAL / NATURALEZA JURÍDICA DE LA ENTIDAD DESCENTRALIZADA
DE ORDEN NACIONAL / PERSONERÍA JURÍDICA / ENTIDAD
DESCENTRALIZADA / RAMA EJECUTIVA / AUTONOMÍA ADMINISTRATIVA /
AUTONOMÍA FINANCIERA**

En este caso, se está en presencia de un contrato de concesión en el que una de las partes, la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI, es una entidad pública. En efecto, de conformidad con el Decreto 4165 del 3 noviembre de 2011, la ANI es una Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial que forma parte del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa, financiera y técnica, adscrita al Ministerio de Transporte. Por tanto, la Sala es competente para conocer, en única instancia, del recurso extraordinario de anulación formulado por CSS CONSTRUCTORES S.A. en contra del laudo arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir diferencias surgidas con ocasión del contrato de concesión celebrado entre el recurrente y la ANI.

FUENTE FORMAL: DECRETO 4165 DE 2011

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / FACULTADES DEL ARBITRO /
DISPOSICIÓN CONSTITUCIONAL / FACULTADES DEL TRIBUNAL DE
ARBITRAMIENTO / POTESTAD DE ADMINISTRAR JUSTICIA /
ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA POR PARTICULARES / PARTES DEL
CONTRATO / ARBITRAJE / MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN
DE CONFLICTOS / ASPECTOS JURÍDICOS DEL ARBITRAJE / CONCEPTO DE
ARBITRAJE / CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE / TRIBUNAL DE
ARBITRAMIENTO / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA
CONTRATACIÓN ESTATAL / INTENCIÓN DE LAS PARTES DEL CONTRATO /**

NATURALEZA JURÍDICA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / OBJETO DEL ARBITRAJE / LAUDO

De conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la Constitución Política, los árbitros, con sujeción al principio de habilitación, se encuentran investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, en concordancia con el artículo 3º de la ley 1285 de 2009, por medio de la cual se reformó la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia (...). En este sentido, el arbitraje es entendido como“ (...) un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice”. Se desprende de lo anterior que la jurisdicción o facultad de impartir justicia por parte de los árbitros emana de la Constitución y la ley, las cuales establecen que los árbitros administran justicia con los mismos deberes y facultades de los jueces y reconocen que la voluntad de las partes puede atribuir competencia a los árbitros para resolver las controversias sometidas a su conocimiento.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 116 / LEY 270 DE 1996 / LEY 1285 DE 2009 - ARTÍCULO 3

NOTA DE RELATORÍA: En cuanto a la naturaleza jurisdiccional del arbitramento y sus principales manifestaciones, ver sentencia de la Corte Constitucional SU 174 del 14 de marzo de 2007, Exp. T 980611.

PARTICULAR QUE EJERCE FUNCIÓN JUDICIAL TRANSITORIA / FACULTADES DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / POTESTAD DE ADMINISTRAR JUSTICIA / ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA POR PARTICULARES / EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL / PACTO ARBITRAL / OBJETO DEL PACTO ARBITRAL / PROCEDENCIA DEL PACTO ARBITRAL / REQUISITOS DEL PACTO ARBITRAL / CONTRATO ESTATAL / CLÁUSULAS DEL CONTRATO ESTATAL / CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE / MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / INTENCIÓN DE LAS PARTES DEL CONTRATO

[L]os árbitros ejercen función jurisdiccional, administrando justicia de manera transitoria y para efectos de la disputa sometida a su conocimiento, en virtud de la habilitación que mediante el pacto arbitral han realizado las partes, quienes les confieren competencia para el conocimiento y decisión de determinados asuntos. Bajo el anterior contexto, la justicia arbitral se caracteriza porque: (i) es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, en virtud del cual las partes confieren a los particulares la función de la administrar justicia; (ii) se rige por el principio de voluntariedad o libre habilitación, en tanto que la competencia de los árbitros para impartir justicia surge en virtud de un acuerdo de voluntades previo y libre entre las partes, en el sentido de sustraer la resolución de su controversia del sistema ordinario de administración de justicia; (iii) es de carácter temporal, porque su existencia es transitoria, limitada en el tiempo y sujeta a la resolución del conflicto específico sometido a consideración de los árbitros; (iv) es excepcional, dado que se encuentra sujeta a claras limitaciones materiales, (...) y (v) se entiende como una institución de carácter procesal, dado que el arbitramento garantiza los derechos de las partes enfrentadas, disponiendo de una serie de etapas y oportunidades para la discusión de los argumentos y la valoración de las pruebas aportadas.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la facultad de los árbitros, ver sentencia del 8 de marzo de 2017, Exp. 46745, C.P. Hernán Andrade Rincón y sentencia de la Corte Constitucional, C 330 de 2012, Exp. D 8677.

RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / NATURALEZA DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL - No constituye una segunda instancia / FINALIDAD DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / FACULTADES DEL JUEZ EN EL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / PROCEDENCIA DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / FUNCIÓN DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / ERROR IN PROCEDENDO / CONTROL DEL LAUDO ARBITRAL POR ERROR IN IUDICANDO - Errores de fondo no son competencia del juez del recurso de anulación / CONTROL DEL LAUDO ARBITRAL POR ERROR IN PROCEDENDO - Por inobservancia al debido proceso / DERECHO AL DEBIDO PROCESO / GARANTÍAS DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / DERECHO DE DEFENSA

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha precisado la naturaleza y características del recurso de anulación, destacando de manera pacífica y uniforme, lo siguiente: i) El recurso de anulación es de carácter excepcional, restrictivo y extraordinario y, por lo tanto, no puede ser utilizado como una segunda instancia a través de la cual se pretenda reabrir el debate sobre el fondo del litigio. ii) La finalidad del recurso consiste en la protección del derecho al debido proceso en cabeza de las partes, razón por la cual el recurso debe orientarse a cuestionar la decisión arbitral por errores in procedendo y no por errores in iudicando, por lo cual el juez de la anulación está instituido para analizar vicios de carácter procesal, no sustancial (...), tal y como está previsto en el artículo 42 de la Ley 1563 de 2012, el cual determina que “[l]a autoridad judicial competente en la anulación no se pronunciará sobre el fondo de la controversia, ni calificará o modificará los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral al adoptar el laudo”.

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 42

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la naturaleza y características del recurso de anulación, ver Sentencia del 18 de enero de 2019, Exp. 62476, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, sentencia de 23 de abril de 2018, Exp. 59731, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, sentencia del 19 de julio de 2017, Exp. 59067, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, sentencia de 31 de agosto de 2015, Exp. 53585, C.P. Olga Mérida Valle de De la Hoz y sentencia del 9 de abril de 2018, Exp. 59270, C.P. Guillermo Sánchez Luque.

RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / FACULTADES DEL JUEZ EN EL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / PRINCIPIO DISPOSITIVO / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / TAXATIVIDAD / FINALIDAD DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / LÍMITES DE LAS FACULTADES DEL JUEZ / SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL

Las facultades del juez del recurso de anulación están limitadas por el llamado “principio dispositivo”, según el cual el recurrente, al formular y sustentar su recurso, dentro de las precisas y taxativas causales que la ley consagra, delimita el objeto que persigue con su interposición. En consecuencia, al juez de la anulación no le está permitido establecer cuál es la causal que se invoca ni

interpretar lo expresado por el impugnante o deducir la causal invocada y, menos aún, pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del recurso, por lo que deberá rechazar de plano el recurso cuando las causales que se invoquen o propongan no correspondan a las señaladas en la ley. En suma, dado el carácter restrictivo que caracteriza este recurso, su procedencia se encuentra condicionada a que se determinen y sustenten, debidamente, las causales previstas taxativamente en la ley.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre las facultades del juez del recurso de anulación, sentencia del 28 de junio de 2019, Exp. 63494, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas y sentencia de 31 de agosto de 2015, Exp. 53585, C.P. Olga Mérida Valle de De la Hoz.

RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / FALLO EN CONCIENCIA / REQUISITOS DEL FALLO EN CONCIENCIA / CARACTERÍSTICAS DEL FALLO EN CONCIENCIA / ARBITRAJE EN CONCIENCIA / DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / MATERIALIZACIÓN DEL LAUDO EN CONCIENCIA - Cuando el tribunal se aparta del marco jurídico o probatorio aplicable a la controversia / DESCONOCIMIENTO DE LA PRUEBA / DESCONOCIMIENTO DE LA TOTALIDAD DE LOS MEDIOS DE PRUEBA / MOTIVACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA SENTENCIA - Omisión / DEBER DE OBEDIENCIA AL ORDENAMIENTO JURÍDICO / PARTE MOTIVA DE LA SENTENCIA / APLICACIÓN INDEBIDA DE LA LEY

[E]sta Corporación ha concluido que la causal séptima de anulación se configura cuando: i) El laudo es en conciencia, esto es, cuando los árbitros se apoyan en su íntima convicción y por lo tanto no dan motivación alguna o excluyen toda consideración jurídica o probatoria; y ii) Debiendo ser el laudo en derecho, los árbitros inaplican la ley al caso concreto, porque consideran que ella es inicua o que conduce a una iniquidad o también cuando buscan por fuera del ámbito legal la solución al caso sub iudice. Por otra parte, el Consejo de Estado también ha precisado que no basta la mención de normas de derecho positivo para que el laudo pueda calificarse como proferido “en derecho”, sino que es necesario que las normas invocadas como sustento de la decisión tengan relación directa con el objeto de la litis, de modo que no debe tratarse de una simple referencia descontextualizada, pues de esta manera el fallo tendría la apariencia de estar sustentado en el ordenamiento jurídico, pese a que las normas invocadas no tengan relación alguna con el caso planteado.

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 41 NUMERAL 7 / LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 1 NUMERAL 7

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el laudo en conciencia, ver sentencia del 7 de junio de 2007, Exp. 32896, C.P. Mauricio fajardo Gómez, sentencia del 21 de febrero de 2011, Exp. 38621, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia del 18 de enero de 2019, Exp. 62476, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, sentencia del 24 de mayo de 2017, Exp. 58675, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, sentencia del 19 de julio de 2017, Exp. 59067, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

FALLO EN DERECHO / DEBER DE OBEDIENCIA AL ORDENAMIENTO JURÍDICO / CONCEPTO DEL FALLO EN DERECHO / INEXISTENCIA DE FALLO EN CONCIENCIA / FALLO EN CONCIENCIA / CONFIGURACIÓN DEL FALLO EN CONCIENCIA - No se configura cuando el juez decide con base en pruebas y reglas de la sana crítica / ANÁLISIS DE LA PRUEBA POR EL JUEZ

- Libertad en su apreciación / VALORACIÓN DE LA PRUEBA / VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS EN CONJUNTO / REQUISITOS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA / DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ / FACULTADES DEL JUEZ / FACULTAD DISCRECIONAL DEL JUEZ / FACULTADES DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

[S]i los árbitros resuelven la litis con base en el ordenamiento jurídico, fundado en el análisis y la valoración de las pruebas allegadas oportunamente al proceso, el pronunciamiento será en derecho. A su turno, el desacuerdo de las partes respecto a las consideraciones, interpretaciones y valoraciones efectuadas por el Tribunal de Arbitramento al proferir el laudo arbitral, no configura un fallo en conciencia, ni configura la causal 7ª de anulación, puesto que el recurso extraordinario de anulación no puede utilizarse como una instancia adicional para replantear el debate sobre el fondo del proceso. Así, le está vedado al juez de la anulación, por lo tanto, entrar a cuestionar, plantear o revivir el debate probatorio; tampoco le corresponde establecer si hubo o no un yerro en la interpretación o valoración de las pruebas que hizo el juez arbitral, ni pronunciarse sobre el alcance que le imprimió el panel arbitral a las obligaciones contenidas en el negocio jurídico o cualquier otro asunto que se refiera al fondo de la litis.

NOTA DE RELATORÍA: En relación con el fallo en derecho, ver sentencia del 2 de mayo del 2016, Exp. 55307, C.P. Danilo Rojas Betancourth y sentencia del 28 de octubre de 2019, Exp. 64280, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL - No configurada / INEXISTENCIA DEL FALLO EN CONCIENCIA / ANÁLISIS DE LAS PRUEBAS POR EL JUEZ / MEDIOS DE PRUEBA / CONTENIDO DE LA DEMANDA / PRETENSIONES DE LA DEMANDA / ARBITRO / TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO / FACULTADES DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO / COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO / DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO - Fundaron su decisión en las normas legales vigentes / FALLO EN DERECHO / MOTIVACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA SENTENCIA

[L]a Sala no encuentra que las decisiones proferidas por el Tribunal de Arbitramento hubieren sido adoptadas en conciencia y no en derecho, observando a partir de la estructura argumental del laudo que el panel arbitral fundamentó su fallo en normas vigentes y aplicables, que respondieron al problema jurídico materia de la controversia, así como en las pruebas que soportaron los hechos y las pretensiones de la demanda reformada y, además, incluyó la motivación o exposición de las razones que fundamentaron las decisiones adoptadas, incluida la falta de competencia que determinó en relación con algunas de las pretensiones y la condena en costas y agencias en derecho.

FALLO EN DERECHO / MOTIVACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA SENTENCIA / DEMANDA / PRETENSIONES DE LA DEMANDA / COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO / PACTO ARBITRAL / PROCESO ARBITRAL / OBJETO DEL PACTO ARBITRAL / PROCEDENCIA DEL PACTO ARBITRAL / ACUERDO DE CONCILIACIÓN / APROBACIÓN DEL ACUERDO CONCILIATORIO / DEMANDA ANTE TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO / TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO ARBITRAL / TÉRMINO PARA PROFERIR LAUDO ARBITRAL

En relación con la competencia del Tribunal de Arbitramento, el laudo (...) desarrolló en amplia medida esta temática, partiendo del análisis del pacto arbitral suscrito en el contrato (...) y de los pronunciamientos previos proferidos a lo largo del trámite arbitral, a saber: (i) el acuerdo conciliatorio del 28 de noviembre de 2007 y el acta No. 35 de 11 de diciembre de 2007, que contiene el auto aprobatorio de la conciliación; (ii) la demanda arbitral (...) el acta No. 10 de septiembre de 2015 que contiene el auto No. 12 proferido en el tribunal de arbitramento que improbió la conciliación y declaró terminado el segundo proceso arbitral por falta de competencia.

DEMANDA ANTE TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO / PRETENSIONES DE LA DEMANDA / CONTENIDO DE LA DEMANDA / REFORMA DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / REFORMA DE LA DEMANDA / FUNDAMENTACIÓN DE LA DEMANDA / FUNDAMENTO FÁCTICO DE LA DEMANDA / FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA DEMANDA / HECHOS DE LA DEMANDA / COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO / NOVACIÓN / ACUERDO DE CONCILIACIÓN / EFECTOS DEL ACUERDO DE CONCILIACIÓN

[L]a Sala observa que en el laudo arbitral se llevó a cabo un paralelo entre los fundamentos de hecho y pretensiones contenidos en la reforma integral de la demanda frente a los hechos y las pretensiones de la demanda (...). el Tribunal de Arbitramento concluyó, con fundamento en el referido análisis comparativo, que era competente únicamente para conocer de las pretensiones relacionadas con la existencia de una novación de la obligación contenida en el acuerdo conciliatorio suscrito (...). Así las cosas, la Sala concluye que lo relacionado con la competencia del Panel Arbitral para conocer y pronunciarse solamente respecto de algunas pretensiones de la demanda y encontrar, en cambio, que carecía de competencia para resolver las restantes, además de ser un asunto que abarcó en gran medida el desarrollo del laudo recurrido, contó con una amplia argumentación jurídica y probatoria que sustentó lo decidido al respecto, de lo cual se infiere que el reproche formulado por el recurrente no tiene la vocación de prosperar.

COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO / COMPETENCIA DEL ÁRBITRO / LÍMITE DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO / PARTICULAR QUE EJERCE FUNCIÓN JUDICIAL TRANSITORIA / FACULTADES DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO - Sobre su propia competencia / POTESTAD DE ADMINISTRAR JUSTICIA / ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA POR PARTICULARES / EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL / TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO ARBITRAL / TÉRMINO PARA PROFERIR LAUDO ARBITRAL / ESTUDIO DE FONDO DE LA SENTENCIA / PRONUNCIAMIENTO DE FONDO / MOTIVACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA SENTENCIA / ANÁLISIS DE LA PRUEBA POR EL JUEZ / VALORACIÓN DE LA PRUEBA / VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS EN CONJUNTO

[E]n el ordenamiento jurídico colombiano se encuentra consagrado el denominado principio de kompetenz-kompetenz, como se desprende claramente del artículo 29 de la Ley 1563 de 2012, de acuerdo con el cual el tribunal de arbitramento es competente para resolver sobre su propia competencia. De otro lado, en relación con la oportunidad para pronunciarse sobre su propia competencia para decidir de fondo la controversia, asunto controvertido a lo largo del recurso por parte de la demandante, debe anotarse que el Tribunal de Arbitramento en la primera audiencia de trámite profiere una decisión preliminar a partir del análisis de

factores subjetivos y objetivos que debe revisar en ese estadio del proceso, de tal suerte que otro tipo de análisis, que implique un estudio sobre el contenido y alcance de las pretensiones o que requiera una valoración integral de las pruebas o un análisis jurídico acerca de la materia objeto del proceso, es realizado por el panel arbitral al momento de proferir el laudo arbitral, pudiendo suceder que, pese a la decisión inicial adoptada en la primera audiencia de trámite, en el laudo arbitral el tribunal encuentre que no es competente para pronunciarse sobre todas o algunas de las pretensiones.

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 29

COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / COMPETENCIA DEL ÁRBITRO / FACULTADES DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO - Puede decidir sobre su propia competencia / PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE EN EL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / TÉRMINO PARA PROFERIR LAUDO ARBITRAL / ESTUDIO DE FONDO DE LA SENTENCIA / PRONUNCIAMIENTO DE FONDO / MOTIVACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

Lo anterior se explica en las características propias de la definición de la competencia arbitral, la cual se basa en parámetros diferentes a los establecidos en el Código General del Proceso, motivo por el cual han señalado la jurisprudencia y la doctrina que si asuntos relacionados con la competencia no aparecen de plano claros en la primera audiencia de trámite, serán objeto de pronunciamiento en el laudo mismo.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL - No configurada / INEXISTENCIA DEL FALLO EN CONCIENCIA / ANÁLISIS DE LAS PRUEBAS POR EL JUEZ - Improcedente / MEDIOS DE PRUEBA / IMPROCEDENCIA DEL DICTAMEN PERICIAL / VALOR PROBATORIO DE LA PRUEBA PERICIAL / VALORACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL - Improcedencia / CONTENIDO DEL DICTAMEN PERICIAL / CUANTIFICACIÓN DE LA CONDENA / PRETENSIONES DE LA DEMANDA / IMPROCEDENCIA DE LA PRETENSIÓN DECLARATIVA

[N]o había lugar a que el Panel Arbitral se pronunciara respecto del referido medio probatorio, puesto que el mismo tuvo por objeto la cuantificación de las pretensiones relativas al componente de condena, puntualmente los valores dejados de cancelar por la ANI al demandante en virtud del acuerdo suscrito el 28 de noviembre de 2007, posteriormente renegociado, y el monto de los intereses causados. En efecto, si las pretensiones declarativas frente a las cuales el Tribunal de Arbitramento declaró ser competente para pronunciarse fueron negadas, no había lugar a que en el laudo arbitral se examinaran las pretensiones de condena y, por lo mismo, no resultaba pertinente entrar a pronunciarse en relación con el dictamen pericial de carácter financiero que se practicó para la cuantificación de los perjuicios reclamados.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL - No configurada / INEXISTENCIA DEL FALLO EN CONCIENCIA / CONDENA EN EL LAUDO ARBITRAL / CONDENA EN COSTAS - A la parte vencida / PRESUPUESTOS DE LA CONDENA EN COSTAS / PROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS / IMPROCEDENCIA DE LA PRETENSIÓN DECLARATIVA / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / CONDENA EN

**AGENCIAS EN DERECHO / NORMATIVIDAD DE AGENCIAS EN DERECHO /
PROCEDENCIA DE LAS AGENCIAS EN DERECHO / TARIFA DE LAS
AGENCIAS EN DERECHO**

[R]especto del último cuestionamiento planteado en el recurso con fundamento en la causal 7ª de anulación invocada, relacionado con la inexistencia de sustento que soporte la condena en costas y agencias en derecho impuesta en el laudo arbitral, la Sala observa que la decisión proferida por el Tribunal de Arbitramento abordó en capítulo aparte dicha temática, concluyendo, con fundamento en lo previsto en los artículos 188 de la Ley 1437 de 2011 y 365 del Código General del Proceso, que “(...) no prosperan las pretensiones de la demanda, de modo que corresponde a la parte Demandante, CSS CONSTRUCTORES S.A., asumir el grueso de las expensas procesales, -incluidas las agencias en derecho- (...)”. En este orden de ideas, el Tribunal de Arbitramento consideró que la parte convocante debía asumir todas las costas por ella incurridas y, además, reconocer a la parte convocada el 50% de aquellas que ésta asumió en el proceso, incluyendo una partida de agencias en derecho.

FUENTE FORMAL: C.P.A.C.A. - ARTÍCULO 188 / CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTÍCULO 365

CONDENA EN EL LAUDO ARBITRAL / CONDENA EN COSTAS - A la parte vencida / CONDENA EN AGENCIAS EN DERECHO / LIQUIDACIÓN DE LAS AGENCIAS EN DERECHO / NORMATIVIDAD DE AGENCIAS EN DERECHO / PROCEDENCIA DE LAS AGENCIAS EN DERECHO / TARIFA DE LAS AGENCIAS EN DERECHO / FIJACIÓN DE LOS HONORARIOS DEL ABOGADO / TARIFA DE LOS HONORARIOS DEL ABOGADO / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL - No configurada / INEXISTENCIA DEL FALLO EN CONCIENCIA

[E]l Tribunal de Arbitramento recordó que en el Laudo se hizo la mención correspondiente a la liquidación de las agencias, tomando como referente el valor de los honorarios fijados en el proceso para un árbitro, y anotó sobre el particular que “...se trata de un parámetro de valoración regulado normativamente, que ubica el monto de las agencias en derecho por debajo del límite máximo fijado en las tablas que, para los efectos respectivos propios de esa regulación en la jurisdicción ordinaria, establece el Consejo Superior de la Judicatura (...)”. De conformidad con lo anteriormente expuesto, en conclusión, el cargo formulado por el recurrente con fundamento en la causal de anulación establecida en el numeral 7° del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 no está llamado a prosperar, puesto que el laudo arbitral recurrido fue proferido de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente, se estructuró en normas jurídicas, y los árbitros apreciaron las pruebas que fundamentaban los hechos y las pretensiones de la demanda frente a las cuales consideró ser competente para pronunciarse de fondo.

FUENTE FORMAL. LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 41 NUMERAL 7

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / FALLO EXTRA PETITA / FALLO CITRA PETITA / FALLO ULTRA PETITA / INCONGRUENCIA EN EL LAUDO ARBITRAL / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA / LAUDO ARBITRAL / PRETENSIONES DE LA DEMANDA / EXCEPCIONES DE DEMANDA /

La causal de anulación del laudo arbitral prevista en el numeral 9° del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, (...) responde a un estudio objetivo de la acepción externa del principio de congruencia -artículo 281 del C.G.P.-, consistente en la consonancia o coherencia correlativa que debe existir entre la providencia judicial y las pretensiones y hechos que se aducen en la demanda, así como las excepciones propuestas, sin entrar a evaluar los motivos de la decisión. De este modo, si se resuelven aspectos no pretendidos en la demanda se estaría dictando un fallo extra petita; si se condena más allá de lo pedido se trataría de una providencia ultra petita; y si no se resuelven todas las pretensiones o las excepciones, la decisión sería infra o citra petita.

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 41 NUMERAL 9 / CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTÍCULO 281

NOTA DE RELATORÍA: Sobre las causales de anulación de laudo arbitral ver sentencias del 31 de octubre de 2016, Exp. 59949, sentencia del 27 de noviembre de 2017, Exp. 59913, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa y sentencia del 5 de marzo de 2020, Exp. 64627, C.P. María Adriana Marín.

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA / LAUDO ARBITRAL / PRETENSIONES DE LA DEMANDA / EXCEPCIONES DE DEMANDA / FACULTADES DEL ARBITRO / FACULTADES DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / PRONUNCIAMIENTO DEL JUEZ / FACULTAD OFICIOSA DEL JUEZ / PRESUPUESTO PROCESAL DEL ARBITRAJE / VALIDEZ DEL LAUDO ARBITRAL / ORDEN PÚBLICO / RESTITUCIONES MUTUAS

La jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que el examen del principio de congruencia es relativo, puesto que existen eventos en los cuales los árbitros deben entrar a pronunciarse sobre determinadas materias, aun cuando las partes no lo hayan solicitado en la demanda ni puesto de presente en los hechos o excepciones que se alegan, sin que ello implique la configuración de la causal de anulación prevista en el numeral 9° de la Ley 1563 de 2012, a saber: i) cuando se hallen probados los hechos que constituyen una excepción, caso en cual el árbitro deberá reconocerla oficiosamente, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, pues estas excepciones deben ser propuestas en el debate procesal por el interesado; ii) en lo atinente a los presupuestos procesales, por cuanto tocan con la validez formal del proceso; iii) en aquellos casos relacionados con cuestiones que atañen al orden público, como sucede con la nulidad absoluta del acto o contrato, siempre y cuando aparezca de modo manifiesto; y iv) en los pronunciamientos sobre restituciones mutuas en los eventos de nulidad del contrato.

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 41 NUMERAL 9

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el principio de congruencia, ver sentencia del 6 de junio de 2002, Exp. 20634, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / FALTA DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA - No se configura por pronunciamiento del juez sobre asuntos no solicitados en la demanda / FALLO EXTRA PETITA / FALLO CITRA PETITA / FALLO ULTRA PETITA / PRONUNCIAMIENTO DEL JUEZ / LAUDO ARBITRAL / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

[C]on la entrada en vigencia de la Ley 1563 de 2012 y teniendo en cuenta que en el numeral 2º del artículo 41 de dicho estatuto la falta de jurisdicción y competencia se incorporó de modo específico como causal de anulación, ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación que al amparo de lo establecido en el numeral 9º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 no pueden alegarse las circunstancias de falta de jurisdicción y competencia por haberse pronunciado los árbitros sobre asuntos que no se encontraban sujetos a su decisión por voluntad de las partes o que por mandato legal no eran susceptibles de ser resueltos por esta vía, puesto que en el numeral 2º del artículo 41 ibídem se prevé una causal de anulación específica para cuestionar estos aspectos.

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 41 NUMERAL 2 / LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 41 NUMERAL 9

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la falta de jurisdicción y competencia ver sentencias del 13 de abril de 2015, Exp. 52556, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa y sentencia del 27 de noviembre de 2017, Exp. 59913, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL - No configurada / CONTENIDO DE LA DEMANDA / PRETENSIONES DE LA DEMANDA / ARBITRO / TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / FACULTADES DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / CONTRATO DE CONCESIÓN / AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA / NOVACIÓN / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / ACUERDO DE CONCILIACIÓN / EFECTOS DEL ACUERDO DE CONCILIACIÓN

[E]n la parte resolutive del laudo arbitral (...) y su aclaración (...), el Tribunal de Arbitramento se pronunció frente a todas las pretensiones definitivas de la demanda (...) y las de condena (...) el Panel Arbitral determinó no ser competente para resolverlas. Por su parte, en cuanto a las pretensiones (...) el Tribunal de Arbitramento declaró ser competente para resolverlas y dispuso negarlas. (...) [E]l Tribunal de Arbitramento analizó de manera amplia y detallada las razones por las cuales consideró no ser competente para resolver las pretensiones relacionadas con la posición contractual de la ANI en el contrato de concesión (...). Asimismo, se observa que el Tribunal explicó de manera suficiente las razones por las cuales negó las pretensiones que giraban en torno a la existencia de una novación de la obligación contenida en el acuerdo conciliatorio.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL - Infundado / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL - No configurada / EXCEPCIÓN DE DEMANDA / CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA / FALTA DE COMPETENCIA / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR LA ADMINISTRACIÓN / AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA / PRONUNCIAMIENTO DEL JUEZ / LAUDO ARBITRAL / MOTIVACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / FACULTADES DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / ESTUDIO DE FONDO DE LA SENTENCIA / PRONUNCIAMIENTO DE FONDO / FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA SENTENCIA

[L]as excepciones formuladas en la contestación de la demanda (falta de competencia por configurarse la cosa juzgada, falta de competencia por configurarse la caducidad, del carácter meramente ejecutivo del presente asunto,

la suscripción del otrosí de 2014 jamás novó obligaciones no revivió términos de caducidad y la ausencia de prueba del incumplimiento de las obligaciones de la ANI), fueron examinadas en capítulos aparte del laudo arbitral (...), razón por la cual fueron desestimadas en la parte resolutive del laudo. De lo anterior se desprende, claramente, que en el laudo arbitral recurrido existió un pronunciamiento frente a cada una de las excepciones formuladas en la contestación a la demanda. Así, concluye la Sala que el cargo analizado no configura la causal de anulación prevista en el numeral 9° del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 41 NUMERAL 9

CONDENA EN COSTAS / RECURRENTE / CONDENA EN COSTAS EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / PRESUPUESTOS DE LA CONDENA EN COSTAS / PROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS / TARIFA DE LA CONDENA EN COSTAS / AGENCIAS EN DERECHO / CONDENA EN AGENCIAS EN DERECHO

Comoquiera que se declarará infundado el recurso de anulación, tiene aplicación lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 1563 de 2012 de acuerdo con el cual “Si el recurso no prospera se condenará en costas al recurrente, salvo que dicho recurso haya sido presentado por el Ministerio Público”. Como consecuencia, se dispondrá la fijación de costas por la Secretaría de la Sección Tercera del Consejo de Estado, para efectos de la aprobación mediante auto, de acuerdo con el procedimiento del artículo 366 del Código General del Proceso. Para ello, dado que no aparecen acreditadas expensas o gastos que se hubieren efectuado con ocasión del recurso de anulación, sólo habrá lugar al pago de las agencias en derecho.

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 43 / CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTÍCULO 366

AGENCIAS EN DERECHO / CONDENA EN AGENCIAS EN DERECHO / FIJACIÓN DE LAS AGENCIAS EN DERECHO / LIQUIDACIÓN DE LAS AGENCIAS EN DERECHO / MONTO DE AGENCIAS EN DERECHO / NORMATIVIDAD DE AGENCIAS EN DERECHO / ACUERDO DE LA SALA ADMINISTRATIVA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA / OBJECCIÓN DE LAS AGENCIAS EN DERECHO / PROCEDENCIA DE LA LIQUIDACIÓN DE LAS AGENCIAS EN DERECHO / PROCEDENCIA DE LAS AGENCIAS EN DERECHO / REDUCCIÓN DE LAS AGENCIAS EN DERECHO / LAUDO ARBITRAL / SOLICITUD DE CONDENA EN AGENCIAS EN DERECHO / TARIFA DE LAS AGENCIAS EN DERECHO / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

[D]e conformidad con lo dispuesto en Acuerdo 1887 de 2003 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, el cual resulta aplicable en el presente caso, a pesar de haber sido derogado por el Acuerdo 10554 del 5 de agosto 2016, pues este último Acuerdo, al tenor de su artículo 7º, rige respecto de los procesos iniciados a partir del 5 de agosto de 2016 y en el subjuice la demanda arbitral fue presentada el 22 de abril de 2016, tal como ha sido analizado por la jurisprudencia de esta Corporación, la cual ha precisado que el recurso de anulación no se considera un nuevo proceso respecto del proceso arbitral. En este orden de ideas, se han tenido en cuenta las tarifas establecidas en el numeral 1.12.2.3 del artículo 6º del Acuerdo 1887 de 2003, que fijó las agencias en derecho por los recursos de anulación de laudos arbitrales presentados ante la

jurisdicción ordinaria en hasta veinte (20) salarios mínimos mensuales legales vigentes. Se hace uso de esta norma en virtud del artículo 5º del mismo Acuerdo, que permite aplicar por analogía dicha tarifa a asuntos similares y no contemplados en el Acuerdo, como es el caso de los recursos de anulación de laudos arbitrales promovidos ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

FUENTE FORMAL: ACUERDO 1887 DE 2003 / ACUERDO 10554 DE 2016 - ARTÍCULO 7 / ACUERDO 1887 DE 2003 - ARTÍCULO 6

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la condena en costas ver sentencia de 19 de junio de 2019, Exp. 61809, C.P. Alberto Montaña Plata, y sentencia de 10 de abril de 2019, Exp. 62596, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: NICOLÁS YEPES CORRALES

Bogotá, D.C., siete (7) de octubre de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 11001-03-26-000-2018-00080-00(61704)

Actor: CSS CONSTRUCTORES S.A.

Demandado: AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI

Referencia: RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

Temas: RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN DE LAUDOS ARBITRALES - Características generales y naturaleza - Solo permite juzgar errores *in procedendo* - no es segunda instancia / CAUSAL 7 DEL ARTÍCULO 41 DE LA LEY 1563 DE 2012 - Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho. Diferencias entre laudo en conciencia y laudo en equidad. No es posible mediante esta causal controvertir el razonamiento de los árbitros / CAUSAL 9 DEL ARTÍCULO 41 DE LA LEY 1563 DE 2010 - 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.

RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

La Sala procede a resolver el recurso extraordinario de anulación interpuesto por CSS CONSTRUCTORES S.A contra el laudo arbitral del 21 de marzo de 2018 proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias suscitadas entre CSS CONSTRUCTORES S.A. y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, aclarado mediante providencia del 3 de abril de 2018.

I. SÍNTESIS DEL CASO

El 19 de julio de 1995, el Consorcio Luis Héctor Solarte Solarte - Carlos Alberto Solarte Solarte y el INVÍAS suscribieron el contrato de concesión No. 0849 de 1995¹. Mediante la Resolución No. 003793 del 22 de septiembre de 2003, el INVÍAS cedió y subrogó el contrato a favor del Instituto Nacional de Concesiones - INCO. Como resultado del proceso de transformación institucional formalizado mediante el Decreto No. 4165 del 3 de noviembre de 2011, se modificó la naturaleza jurídica y la denominación del INCO por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA. A su vez, el 29 de enero de 2014 el contrato de concesión fue cedido por parte del concesionario, previa autorización de la ANI, a la sociedad CSS CONSTRUCTORES S.A.²

El 22 de abril de 2016 CSS CONSTRUCTORES S.A convocó a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, en adelante LA AGENCIA o ANI, a un Tribunal de Arbitramento con el fin de resolver diferencias surgidas con ocasión del contrato de concesión No. 0849 de 1995. Mediante laudo arbitral del 21 de marzo de 2018, aclarado el 3 de abril del mismo año, el Tribunal de Arbitramento declaró la falta de competencia para conocer algunas pretensiones de la demanda, negó aquellas frente a las cuales consideró ser competente para pronunciarse de fondo y desestimó las excepciones formuladas.

Inconforme con la decisión del Tribunal de Arbitramento, el concesionario solicitó la anulación del laudo con fundamento en las causales 7ª y 9ª del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, planteadas, en lo sustancial, sobre la base de cuestionar, por un lado, la circunstancia de haberse declarado en el Laudo arbitral la incompetencia del Tribunal para pronunciarse sobre algunas de las pretensiones de la demanda, a pesar de que previamente, en el curso de la primera audiencia de trámite llevada a cabo en el proceso arbitral, el Tribunal de Arbitramento

¹ Fl. 1 a 22, C. Pruebas 1 TA.

² Fl. 117 a 125, C. Pruebas 1. TA

asumió la competencia para conocer del asunto y, por otro, la condena en costas y agencias en derecho, la cual, a juicio del recurrente, fue impuesta sin sustento jurídico ni probatorio.

II. ANTECEDENTES

1. Contrato de Concesión No. 0849 de 1995, Acuerdos Conciliatorios de 28 de noviembre de 2007 y 22 de mayo de 2015 y decisiones proferidas en relación dichos acuerdos.

En el presente asunto, a modo de antecedente preliminar, es oportuno comenzar con una breve referencia al contrato de concesión celebrado entre las partes y a los acuerdos conciliatorios de 28 de noviembre de 2007 y 22 de mayo de 2015, así como a las decisiones que en relación con los mismos fueron proferidas por parte de dos Tribunales de Arbitramento que fueron constituidos en forma previa al Tribunal que culminó con el laudo objeto del recurso de anulación que aquí se estudia, comoquiera que tales acuerdos y decisiones tuvieron directa incidencia en las decisiones que fueron adoptadas en el laudo recurrido.

En lo que se refiere al contrato que vinculó a las partes, el 19 de julio de 1995 el Consorcio Luis Héctor Solarte Solarte - Carlos Alberto Solarte Solarte y el INVIAS suscribieron el contrato de concesión No. 0849 de 1995, el cual fue objeto de distintos otrosíes, acuerdos modificatorios y contratos adicionales. El objeto inicial del contrato de concesión fue el siguiente:

“(...) El CONCESIONARIO se obliga a ejecutar por el sistema de concesión, según lo establecido por el artículo 32, numeral 4° de la ley 80 de 1993, los estudios, diseños definitivos, las obras de rehabilitación y de construcción, la operación y el mantenimiento de la carretera Neiva - Espinal en los departamentos de Huila y Tolima”³.

El 17 de enero de 1997 las partes modificaron el objeto del contrato, adicionando las calzadas existentes en el sector Espinal-Girardot, así:

“(...) El CONCESIONARIO se obliga a ejecutar por el sistema de concesión según lo establecido por el artículo 32 numeral 4° de la Ley 80 de 1993, los estudios diseños definitivos, las obras de rehabilitación y de

³ Fl. 1 a 22, C. Pruebas. 1. T.A.

construcción, la operación y mantenimiento de la carretera Neiva - Girardot en los departamentos de Huila, Tolima y Cundinamarca”⁴.

El 2 de junio de 2004, el Consorcio Luis Héctor Solarte Solarte - Carlos Alberto Solarte Solarte presentó solicitud de convocatoria a un Tribunal de Arbitramento, con el fin de dirimir las controversias que surgieron entre las partes relativas a la ejecución y pago de obras complementarias ejecutadas por el convocante en 45 de los 57 puentes existentes dentro del proyecto vial concesionado, en virtud de la ejecución de varios acuerdos modificatorios del contrato de concesión suscritos entre las partes.

En el marco del referido proceso arbitral, el 28 de noviembre de 2007⁵ el Consorcio (hoy CSS CONSTRUCTORES S.A.) y el Instituto Nacional de Concesiones - INCO (hoy ANI), suscribieron un acuerdo conciliatorio que fue aprobado el 11 de diciembre de 2007⁶ por el Tribunal. En virtud de dicho acuerdo, las partes conciliaron en forma definitiva las diferencias que fueron sometidas a conocimiento del Panel Arbitral y, en consecuencia, dieron por terminado el proceso, acordando el reconocimiento y pago de las obras complementarias objeto de la controversia, relativas a las actividades de ampliación, rehabilitación y reforzamiento de los puentes existentes en el corredor vial concesionado.

El 29 de enero de 2014, el Consorcio Luis Héctor Solarte Solarte - Carlos Alberto Solarte Solarte, previa autorización de la ANI, cedió el contrato de concesión No. 0849 de 1995 a la sociedad CSS CONSTRUCTORES S.A.⁷

El 30 de enero de 2014, CSS CONSTRUCTORES S.A. y la ANI firmaron un otrosí mediante el cual, en lo sustancial, actualizaron el modelo financiero del contrato, reconocieron el pago por compensación de obligaciones económicas recíprocas y determinaron el monto y forma de pago del saldo resultante y otras sumas a favor del contratista, definieron los plazos de las obras en ejecución y operación de peajes, acordaron el desarrollo de las actividades necesarias para el cumplimiento de obligaciones derivadas de las licencias ambientales, establecieron mecanismos para la cancelación de saldos, declararon que dicho otrosí no modificaba ni

⁴ Fl. 75 a 81, C. Pruebas. 1. T.A.

⁵ Fl. 23 a 43, C. Pruebas. 1. T.A.

⁶ Fl. 45 a 74, C. Pruebas. 1. T.A.

⁷ Fl. 117 a 125, C. Pruebas 1.T.A.

finiquitaba las controversias que allí se identificaron y modificaron la cláusula compromisoria⁸.

El 4 de septiembre de 2014⁹, el concesionario presentó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá una nueva demanda arbitral contra la ANI, cuyas pretensiones giraron en torno al incumplimiento del acuerdo conciliatorio del 28 de noviembre de 2007, aprobado el 11 de diciembre de 2007 por la sede arbitral que conocía del asunto, particularmente en cuanto a un saldo causado y no pagado.

Con ocasión de esta demanda arbitral, el 22 de mayo de 2015 las partes suscribieron un segundo acuerdo conciliatorio¹⁰, que en esta ocasión no fue aprobado por el Tribunal de Arbitramento al considerar que su objeto y causa eran idénticos a los del acuerdo conciliatorio celebrado 28 de noviembre de 2007 y que este último, aprobado en su momento por el tribunal que conoció del asunto, había hecho tránsito a cosa juzgada. Así las cosas, al encontrar que el incumplimiento del acuerdo conciliatorio invocado como fundamento de las pretensiones de la demanda no tenía la naturaleza de controversia pendiente, por haber sido resuelta en el acuerdo conciliatorio de 2007, con alcance de cosa juzgada, mediante Auto del 30 de septiembre de 2015¹¹ el Tribunal dispuso improbar el acuerdo conciliatorio del 22 de mayo de 2015 y, en consecuencia, declaró terminado el trámite arbitral por falta de competencia.

Con posterioridad a lo anterior, el concesionario convocó nuevamente a la ANI a un Tribunal de Arbitramento que finalizó con laudo arbitral proferido el 21 de marzo de 2018, aclarado el 3 de abril del mismo año, mediante el cual se declaró la falta de competencia para conocer algunas pretensiones de la demanda, se negaron aquellas frente a las cuales el Tribunal consideró ser competente para pronunciarse de fondo y se desestimaron las excepciones formuladas. Es frente a este laudo arbitral que se interpuso por la sociedad CSS CONSTRUCTORES S.A. el recurso extraordinario de anulación que se resuelve mediante la presente providencia.

2. Demanda arbitral

⁸ Fl. 126 a 142, C. Pruebas 1. T.A.

⁹ Fl. 4 a 36, C. Pruebas. 2. T.A

¹⁰ Fl. 300 a 311, C. Pruebas. 1.T.A.

¹¹ Fl. 376 a 403, C. Pruebas. 3 T.A.

Previo el anterior contexto que en apretada síntesis da cuenta de los antecedentes del proceso arbitral que finalizó con el laudo recurrido, en punto a la demanda presentada en este trámite arbitral, se tiene que el 22 de abril de 2016 el concesionario solicitó la integración de un Tribunal de Arbitramento con el objeto de dirimir las controversias suscitadas en torno a los siguientes asuntos:

- (i) La posición contractual de la ANI en el contrato de concesión No. 0849 de 1995;
- (ii) El incumplimiento del acuerdo conciliatorio del 28 de noviembre de 2007 por parte de la ANI, al no haber pagado la totalidad del valor acordado por concepto de obras complementarias relativas a las actividades de ampliación, rehabilitación y reforzamiento de los puentes existentes en el corredor vial concesionado; y
- (iii) La existencia de una novación de la obligación de pago contenida en el acuerdo conciliatorio suscrito el 28 de noviembre de 2007, por virtud del otrosí suscrito el 30 de enero de 2014, obligación que, a juicio de la actora, habría sido ratificada y cuantificada en el acuerdo conciliatorio del 22 de mayo de 2015, que resultó improbadado por el Tribunal de Arbitraje que en su momento conoció del asunto, según se anotó atrás.

El 25 de noviembre de 2016¹² la parte convocante reformó la demanda arbitral, planteando las siguientes pretensiones definitivas:

“2.1. DECLARATIVAS.

PRIMERA: *Que se declare que la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**, en virtud de la subrogación del Contrato de Concesión No. 0849 de 1995, sus adicionales y modificaciones, y de la cesión a título gratuito que le hiciera el Instituto Nacional de Concesiones - INCO, asumió integralmente la posición contractual de entidad contratante en el Contrato de Concesión No. 0849 de 1995.*

SEGUNDA: *Declarar que la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**, en su condición de entidad contratante en el contrato de concesión No. 0849 de 1995, es la única titular de los derechos y obligaciones derivados de tal condición en el contrato de concesión No. 0849 de 1995.*

TERCERA: *Declarar que **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, en virtud del documento de cesión firmado el 29 de enero de 2014, asumió la posición contractual de contratista concesionario en el Contrato de Concesión No. 0849 de 1995.*

¹² Fl. 239 a 255, C. Ppal 2. T.A.

CUARTA: Declarar que **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, en su condición de contratista concesionario en el contrato de concesión No. 0849 de 1995, es la única titular de los derechos y obligaciones derivados de tal condición en el Contrato de Concesión No. 0849 de 1995.

QUINTA: Declarar que el 28 de noviembre de 2007, el **Instituto Nacional de Concesiones - INCO (hoy ANI)** y el Concesionario (hoy **CSS CONSTRUCTORES S.A.**) celebraron un acuerdo para conciliar las diferencias derivadas de la ejecución del contrato de Concesión, que habían sido sometidas a la decisión de un tribunal de arbitramento integrado por los doctores: Juan de Dios Montes, Cesar Hoyos Salazar y Germán Alonso Gómez y que consistió en resolver la controversia contractual referente al pago de las obras correspondientes a las rehabilitación, ampliación, y reforzamiento de los puentes existentes en el corredor concesionado.

SEXA: Declarar que el acuerdo conciliatorio del 28 de noviembre de 2007, celebrado entre el **Instituto Nacional de Concesiones - INCO (hoy ANI)** y el Concesionario (hoy **CSS CONSTRUCTORES S.A.**) fue aprobado por el Tribunal de Arbitramento, mediante Auto del 11 de diciembre de 2007 (Acta No. 35).

SÉPTIMA: Declarar que en cumplimiento con lo dispuesto en la cláusula cuarta del acuerdo conciliatorio suscrito el 28 de noviembre de 2007, el Instituto Nacional de Concesiones - INCO (hoy ANI) y el Concesionario (hoy **CSS CONSTRUCTORES S.A.**) acordaron convenir el valor de las obras a reconocer por concepto de las obras complementarias relativas a las actividades de ampliación, rehabilitación y reforzamiento de los puentes existentes del proyecto vial del contrato de concesión No. 0849 de 1995, en CUATRO MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS SIETE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS CON SESENTA Y SEIS CENTAVOS (\$4.245.307.453,66) en pesos de septiembre de 1994.

OCTAVA: Declarar que en la cláusula quinta del acuerdo conciliatorio suscrito el 29 de noviembre de 2007, el Instituto Nacional de Concesiones - INCO (hoy ANI) y el Concesionario (hoy **CSS CONSTRUCTORES S.A.**) pactaron un plazo de seis (6) meses para el pago de los CUATRO MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS SIETE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS CON SESENTA Y SEIS CENTAVOS (\$4.245.307.453,66) en pesos de septiembre de 1994.

NOVENA: Declarar que en la cláusula sexta del acuerdo conciliatorio suscrito el 29 de noviembre de 2007, el Instituto Nacional de Concesiones - INCO (hoy ANI) y el comprendido entre la ejecutoria del auto aprobatorio de la conciliación y el vencimiento de los seis (6) meses pactados para el pago, se causarían intereses de mora a un (sic) tasa anual equivalente al índice de precios al Consumidor (IPC) más el 6 % efectivo anual a favor del Concesionario (hoy **CSS CONSTRUCTORES S.A.**)

DÉCIMA: Declarar que en la cláusula sexta inciso segundo del acuerdo conciliatorio suscrito el 29 de noviembre de 2007, el Instituto Nacional de Concesiones - INCO (hoy ANI) y el Concesionario (hoy **CSS CONSTRUCTORES S.A.**) pactaron a que partir del vencimiento del periodo identificado en la pretensión anterior, se causarían intereses de mora

equivalentes a una tasa anual del índice de precios al Consumidor (IPC) más el 12% efectivo anual.

DÉCIMA PRIMERA: Declarar que los reconocimientos hechos en el acuerdo conciliatorio del 20 de noviembre de 2007 respecto de las obras a reconocer por concepto de las obras complementarias relativas a las actividades de ampliación, rehabilitación y reforzamiento de los puentes existente (sic) del proyecto vial del contrato de concesión No. 0849 de 1995 y las obligaciones de pago consecuentes se incorporaron al contrato de concesión No. 0849 de 1995 como obligaciones a cargo de la entidad concedente, esto es el **Instituto Nacional de Concesiones - INCO (hoy ANI)**.

DÉCIMA SEGUNDA: Declarar que el Instituto Nacional de Concesiones - **INCO (hoy ANI)** en su condición de entidad contratante, realizó los siguientes pagos, en cumplimiento con el acuerdo conciliatorio del 28 de noviembre de 2007:

- El 30 de abril de 2009, el Instituto Nacional de Concesiones - INCO (hoy ANI) realizó un primer abono a la deuda adquirida con el Concesionario, a través del pago de \$8.388'995,466.oo.
- El 29 de mayo de 2009, el Instituto Nacional de Concesiones - INCO (hoy ANI) realizó un segundo abono a la deuda, mediante el pago al Concesionario de \$8.261'004,534.oo.
- El 27 de mayo de 2010, el Instituto Nacional de Concesiones - INCO (hoy ANI) realizó un tercer abono a la deuda, a través del pago al Concesionario de \$16.650'000.000,oo.

DÉCIMA TERCERA: Declarar que el **Instituto Nacional de Concesiones - INCO (hoy ANI)**, a la fecha, no ha pagado la totalidad del capital y los intereses causados por la mora en el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del acuerdo conciliatorio suscrito el 28 de noviembre de 2007.

DÉCIMA CUARTA: Declarar que el saldo de capital, correspondiente a la suma de mil cinco millones quinientos veintinueve mil novecientos noventa y cuatro pesos (\$1.005'529.994), expresado en pesos constantes de septiembre de 1994, no ha sido cancelado oportunamente por el **Instituto Nacional de Concesiones - INCO (hoy ANI)** o aquel valor que resulte probado dentro del proceso.

DÉCIMA QUINTA: Declarar que el saldo del capital por la suma de mil cinco millones quinientos veintinueve mil novecientos noventa y cuatro pesos (\$1.005'529.994), expresado en pesos constantes de septiembre de 1994, actualizado a la fecha de liquidación de la deuda, que para este caso es marzo de 2016, asciende a treinta y cuatro mil quinientos ochenta y tres millones novecientos ochenta y mil seiscientos ochenta y cuatro pesos (\$34.583.981.684), correspondiente al efecto financiero causado por la aplicación a este valor de la TIR contractual, influyendo su actualización.

DÉCIMA SEXTA: Declarar que, como consecuencia de las declaraciones solicitadas en las pretensiones novena y décima anteriores, el saldo de la deuda liquidado a 31 marzo de 2016, correspondiente a la suma de treinta y cuatro mil quinientos ochenta y tres millones novecientos ochenta y un mil seiscientos ochenta y cuatro pesos (\$34.583.981.684) a 31 de marzo de 2016, o aquel valor que resulte probado dentro del proceso no ha sido

cancelado oportunamente por el **Instituto Nacional de Concesiones - INCO (hoy ANI)**.

DÉCIMA SÉPTIMA: Declarar que desde el 22 de febrero de 2013 hasta el 20 de septiembre de 2013, la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** y el **concesionario (CSS CONSTRUCTORES S.A.)** sostuvieron conversaciones para definir el saldo pendiente de pago por parte de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**, al concesionario por concepto del capital dejado de pagar y los intereses causados por la mora en el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la entidad contratante, derivadas del acuerdo conciliatorio suscrito el 28 de noviembre de 2007.

DÉCIMA OCTAVA: Declarar que el 20 de septiembre de 2013, la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** y el **concesionario (CSS Constructores S.A.)** suscribieron el documento denominado "Bases de Conversaciones" con el fin de revisar las controversias vigentes entre LAS PARTES del Contrato de Concesión 0849 de 1995, entre ellas, la determinación del saldo pendiente de pago por parte de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**, al concesionario por concepto del capital faltante y los intereses causados por la mora en el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la entidad contratante, derivadas del acuerdo conciliatorio suscrito el 28 de noviembre de 2007.

DÉCIMA NOVENA: Declarar que como resultado de las mesas de trabajo instauradas en cumplimiento del documento denominado "Bases de Conversaciones" **LAS PARTES** del contrato de Concesión 0849 de 1995, suscribieron el Otrosí del 30 de enero de 2014.

VIGÉSIMA: Declarar que en la cláusula décima, "Controversias Pendientes", del otrosí suscrito el 30 de enero de 2014, **LAS PARTES** del Contrato de Concesión 0849 de 1995, acordaron someter a decisión de un tribunal de arbitramento las controversias vigentes entre LAS PARTES del Contrato de Concesión 0849 de 1995, entre ellas, la determinación del saldo pendiente de pago por parte de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**, al concesionario por concepto del capital faltante y los intereses causados por la mora en el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la entidad contratante, derivadas del acuerdo conciliatorio suscrito el 28 de noviembre de 2007.

VIGÉSIMA PRIMERA: Declarar que en virtud del acuerdo contenido en la cláusula décima, "Controversias Pendientes", del otrosí suscrito el 30 de enero de 2014, **LAS PARTES** del Contrato de Concesión 0849 de 1995 reconocen:

- a. que existe una obligación pendiente a cargo de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**,
- b. que la controversia existente entre **LAS PARTES** relacionadas con el monto de esa obligación sería resuelta por un Tribunal de Arbitramento, y
- c. que en consecuencia, en virtud del pacto contenido en la cláusula décima del Otrosí del 30 de noviembre de 2014, **LAS PARTES** renunciaron a otra jurisdicción para dirimir las controversias allí referidas, entendiéndose, en los términos del considerando 11 de dicho Otrosí, que éstas corresponden a aquellas revisadas en

desarrollo de las mesas de trabajo previstas en el documento Bases de Conversaciones de fecha 20 de septiembre de 2013, para el caso de los temas en los que, como ocurre en este asunto, se mantuvieron los desacuerdos que han dado lugar a las controversias contractuales.

VIGÉSIMA SEGUNDA: Declarar que mediante la suscripción del otrosí suscrito el 30 de enero de 2014, operó la novación de la obligación de pago contenida en el acuerdo conciliatorio suscrito el 28 de noviembre de 2007 en los términos previstos en el artículo 1687 de Código Civil.

VIGÉSIMA TERCERA: Declarar que la novación de la obligación de pago contenida en el acuerdo conciliatorio suscrito el 28 de noviembre de 2007 es válida en concordancia con lo previsto en los artículos 1687, 1689, 1690 numeral 1, y 1693 de Código Civil.

VIGÉSIMA CUARTA: Declarar que la novación se efectuó en los términos del artículo 1690 numeral 1 del Código Civil, toda vez que se sustituyó la obligación de pago del saldo adeudado por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA (ANI) al Concesionario derivado del acuerdo conciliatorio suscrito el 28 de noviembre de 2007 aprobado mediante auto N° 37, incluido en el Acta N° 35 del once (11) de diciembre de 2007 del Tribunal de Arbitramento que conoció de la misma en su momento, a cargo del **Instituto Nacional de Concesiones - INCO (hoy ANI)**, por la obligación mutua y consensuada de someter a decisión de un tribunal de arbitramento la determinación del saldo pendiente de pago por parte de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI al Concesionario (CSS Constructores S.A.)** por concepto del capital faltante y los intereses de mora correspondientes, derivados del acuerdo conciliatorio suscrito el 28 de noviembre de 2007, como consecuencia de la ejecución por el Concesionario de obras complementarias en desarrollo del contrato de concesión No. 0849 de 1995.

VIGÉSIMA QUINTA : Declarar que en cumplimiento del acuerdo consignado en el otrosí suscrito el 30 de enero de 2014, el Concesionario (CSS Constructores S.A.) el 4 de septiembre de 2014 presentó convocatoria arbitral contra la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**, solicitando la definición y reconocimiento del capital faltante y los intereses de mora correspondientes, derivados del acuerdo conciliatorio suscrito el 28 de noviembre de 2007, ratificando con ello la novación de la obligación realizada en el Otrosí del 30 de enero de 2014.

VIGÉSIMA SEXTA: Declarar que en desarrollo del trámite arbitral iniciado el 4 de septiembre de 2014 por el Concesionario (CSS Constructores S.A.) el 22 de mayo de 2015, se suscribió entre **LAS PARTES** del Contrato de Concesión 0849 de 1995, un acuerdo de conciliación, mediante el cual la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**, reconoce expresamente como saldo adeudado al Concesionario (CSS Construcciones S.A.), por concepto de saldo de capital e intereses de mora liquidados a 30 de abril de 2015 la suma de **VEINTE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS M/CTE (\$20.966.979.377)**, a título de conciliación, para definir la controversia que sostenían en torno a esta deuda.

VIGÉSIMA SÉPTIMA: Declarar que el acuerdo conciliatorio celebrado entre LAS PARTES del Contrato de Concesión 0849 de 1995, el 22 de mayo de 2015 durante el trámite arbitral iniciado por el Concesionario (CSS Constructores S.A.) el 4 de septiembre de 2014, fue aceptado por el Concesionario y fue objeto de aprobación por el Comité de Conciliación de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**, rectificando con ello la novación de la obligación realizada en el Otrosí del 30 de enero de 2014.

VIGÉSIMA OCTAVA: Declarar que a la fecha de presentación de esta demanda la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**, debe al Concesionario (CSS CONSTRUCTORES S.A.) la suma de **TREINTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS OCHENTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y UN MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS (\$34.593.981.684)** o la que resulte probada en este proceso por concepto del capital restante y los intereses causados por la mora en el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la entidad contratante, derivadas del acuerdo conciliatorio suscrito el 28 de noviembre de 2007.

PRIMERA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN VIGÉSIMA OCTAVA: Declarar que a la fecha de presentación de esta demanda la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**, debe al Concesionario (CSS CONSTRUCTORES S.A.) la suma de **VEINTIDÓS DOS MIL NOVECIENTOS SIETE MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL PESOS (\$22.907.962.842)** o la suma que resulte probada en este proceso por concepto del capital restante y los intereses causados por la mora en el cumplimiento de la obligación de pago a cargo de la entidad contratante, derivada del acuerdo conciliatorio suscrito el 28 de noviembre de 2007, la cual fue novada por Las Partes mediante otrosí suscrito el 30 de enero de 2014 y posteriormente cuantificada y establecida la forma de pago en el acuerdo conciliatorio del 22 de mayo de 2015.

VIGÉSIMA NOVENA: Que se ordene a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** a dar cumplimiento al laudo arbitral que ponga fin a este proceso, de acuerdo con lo dispuesto al laudo arbitral que ponga fin a este proceso, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y se le condene al pago de intereses comerciales moratorios sobre el monto de la condena, desde la fecha de la ejecutoria del laudo y hasta la fecha del pago efectivo.

2.2. PRETENSIONES DE CONDENA

PRIMERA: Que se condene a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** a pagar a la sociedad **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, la suma de **TREINTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS OCHENTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y UN MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS (\$34.593.981.684)** a pesos de marzo de 2016, o la que resulte probada en este proceso, por concepto del capital restante y los intereses causados por la mora en el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la entidad contratante, derivadas del acuerdo conciliatorio suscrito el 28 de noviembre de 2007.

PRIMERA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN PRIMERA DE CONDENA: Que condene a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** a pagar a la sociedad **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, la suma de **VEINTIDÓS DOS MIL NOVECIENTOS SIETE MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL PESOS (\$22.907.962.842)**, liquidado a 31 de marzo de 2016, o la que resulte probada en este proceso, por concepto del capital restante y los intereses causados por la mora, según acuerdo conciliatorio del 22 de mayo de 2015.

SEGUNDA: Que se condene a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** a pagar las sumas que resulten de la pretensión primera de condena debidamente actualizadas de conformidad con lo dispuesto en la cláusula trigésima sexta del contrato de Concesión No. 849 de 1995, modificada por la cláusula décima cuarta del Documento Modificatorio del 6 de abril de 1999

PRETENSIÓN PRIMERA SUBSIDIARIA A LA SEGUNDA PRINCIPAL DE CONDENA: Que en subsidio de la pretensión anterior, se condene a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** a pagar las sumas que resulten de la pretensión primera de condena actualizadas debidamente, mediante la aplicación del IPC vigente a la fecha de la expedición del Laudo Arbitral que ponga fin al proceso, certificado por el DANE de conformidad con lo dispuesto con(sic) el artículo 4º Numeral 8 de la Ley 80 de 1993.

TERCERA: Que se condene a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** a pagar, respecto de cualquier suma de dinero, debidamente actualizada que resulta a favor de **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, los intereses comerciales moratorios a la tasa más alta autorizada por la ley comercial colombiana.

PRETENSIÓN PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN TERCERA PRINCIPAL DE CONDENA. Que, igualmente, respecto de cualquier suma de dinero debidamente actualizada que resulte a favor de **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, se liquiden intereses comerciales moratorios a la tasa definida por el Tribunal de Arbitramento, aplicando los criterios de ley establecidos a este efecto (artículo 4, numeral 8, Ley 80 de 1993),

CUARTA: Que se condene a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** a pagar las costas del proceso y las agencias en derecho”.

La parte actora fundamentó su reclamación en el fenómeno jurídico de la novación, como mecanismo extintivo y a la vez generador de obligaciones, señalando que, a su juicio, en virtud del Otrosí de 2014 y del acuerdo conciliatorio del 22 de mayo de 2015, se habría configurado una novación de la obligación de pago contenida en el acuerdo conciliatorio del 28 de noviembre de 2007, la cual habría quedado extinguida en su objeto por una nueva obligación de hacer, consistente en la convocatoria de un tribunal arbitral que habría de definir la forma de pago de lo adeudado.

3. La contestación de la demanda

La convocada contestó la demanda inicial y su reforma¹³, oponiéndose a la prosperidad de todas las pretensiones. En síntesis, señaló que el objeto de la *litis* se contraía a un reclamo de carácter ejecutivo, al pretenderse el cobro de un acuerdo conciliatorio aprobado en un trámite arbitral, el cual hizo tránsito a cosa juzgada y constituye título ejecutivo. Añadió que en el acuerdo suscrito el 22 de mayo de 2015, las partes dispusieron que lo allí convenido solo surtiría efectos si se profería concepto favorable del Ministerio Público y si, a su turno, el Tribunal de Arbitramento le impartía su aprobación, lo cual a la postre no ocurrió.

En la contestación a la reforma de la demanda propuso como excepciones de mérito, las siguientes: “1. *De la falta de competencia del Tribunal Arbitral para conocer del presente asunto*”: “1.1. *Por configurarse la cosa juzgada*” y “1.2. *Por configurarse la caducidad de la acción*”; “2. *La suscripción del otrosí del 2014 jamás novó obligaciones ni revivió términos de caducidad*”; “3. *Del carácter meramente ejecutivo del presente asunto*”; “1 (sic) *Ausencia de prueba del incumplimiento de las obligaciones contractuales de la ANI*”; “2 (sic) *Excepción genérica*”.

Cabe anotar que la ANI sostuvo que el Tribunal carecía de competencia para conocer el asunto sometido a decisión, al considerar que el acuerdo conciliatorio del 28 de noviembre de 2007 hizo tránsito a cosa juzgada y que existe identidad de objeto, causa y partes entre dicho acuerdo y la demanda arbitral, así como también hizo tránsito a cosa juzgada la decisión adoptada por el tribunal de arbitramento que improbo el acuerdo conciliatorio del 22 de mayo de 2015. También señaló que existía falta de competencia por configurarse la caducidad de la acción, por cuanto, a su juicio, ante la aprobación del acuerdo conciliatorio del 28 de noviembre de 2007, la convocada no hizo uso oportuno de la acción ejecutiva para su cobro.

La falta de competencia del Tribunal fue manifestada por la convocada a lo largo del proceso, en recursos de reposición que interpuso contra los autos mediante los cuales se admitió la demanda inicialmente presentada y su posterior reforma, así como también mediante la formulación de la excepción de falta de competencia y por vía de reposición contra el auto por el cual, en el curso de la primera audiencia de trámite, el Tribunal se declaró competente.

4. Intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y

¹³ Fl. 170 a 215 y 263 a 308, C. Ppal. 2 T.A.

concepto del Ministerio Público

Con posterioridad a la finalización de la primera audiencia de trámite, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado - ANDJE manifestó su intención de intervenir en el proceso, luego de lo cual presentó escrito solicitando que se declarara la nulidad de todo lo actuado por falta de competencia del Tribunal Arbitral, petición que fue decidida negativamente mediante providencia del 4 de julio de 2017¹⁴.

Finalizada la etapa probatoria el representante de la ANDJE presentó sus alegatos de conclusión¹⁵, en los que reiteró la falta de competencia del Tribunal por haber operado la caducidad de la acción y existir cosa juzgada; señaló que la demanda arbitral no detenta una naturaleza declarativa sino ejecutiva, y que la convocante pretende desconocer la declaratoria de cosa juzgada efectuada previamente por la autoridad arbitral que, mediante auto del 30 de septiembre de 2015, improbió el acuerdo conciliatorio del 22 de mayo de 2015.

A su turno, el Ministerio Público rindió concepto mediante escrito¹⁶ en el que señaló que las pretensiones planteadas tenían carácter ejecutivo, que no había quedado acreditado que con el Otrosí del 2014 y el Acuerdo Conciliatorio del 22 de mayo de 2015 se hubiere producido la novación de la obligación contenida en el acta aprobatoria del acuerdo conciliatorio del 28 de noviembre de 2007 y que en el presente asunto se configuraba la cosa juzgada en virtud del acuerdo conciliatorio del 2007, aprobado por el Tribunal de Arbitramento constituido para el efecto, mediante Auto del 11 de diciembre de 2007. Concluyó que, a su juicio, tenían mérito para prosperar las excepciones de cosa juzgada y “*carácter meramente ejecutivo del asunto*” planteadas por la convocada, así como, bajo la excepción genérica, era procedente declarar la “*indebida escogencia del medio de control y de la jurisdicción*”.

5. El laudo arbitral impugnado

¹⁴ Fl. 408 a 419 C. Ppal 2 T.A.

¹⁵ Fl. 7 a 15 C. Ppal 3 T.A.

¹⁶ Fl. 16 a 75 C. Ppal 3 T.A.

El 21 de marzo de 2018 el Tribunal de Arbitraje profirió el laudo arbitral¹⁷, mediante el cual resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: Declarar, en los términos y por las razones indicadas en la parte motiva que el Tribunal carece de competencia para resolver sobre las pretensiones de la reforma integral de la demanda presentada por CSS CONSTRUCTORES S.A.: las declarativas PRIMERA, SEGUNDA, TERCERA, CUARTA, QUITA, SEXTA, SÉPTIMA, OCTAVA, NOVENA, DÉCIMA, DÉCIMA PRIMERA, DÉCIMA SEGUNDA, DÉCIMA TERCERA, DÉCIMA CUARTA, DÉCIMA QUINTA, DÉCIMA SEXTA, DÉCIMA SÉPTIMA, DÉCIMA OCTAVA, DÉCIMA NOVENA, VIGÉSIMA, VIGÉSIMA PRIMERA Y VIGÉSIMA OCTAVA; Y LA DE CONDENA IDENTIFICADA COMO PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE CONDENA, y sus consecuenciales en materia de actualización monetaria e intereses solicitados en la SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE CONDENA, PRIMERA SUBSIDIARIA A LA SEGUNDA PRINCIPAL DE CONDENA, TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE CONDENA Y PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN TERCERA PRINCIPAL DE CONDENA.

SEGUNDO: Declarar, en los términos y por las razones indicadas en la parte motiva, que el Tribunal es competente para resolver sobre las siguientes pretensiones de la reforma integral de la demanda presentada por CSS CONSTRUCTORES S.A.: las declarativas VIGÉSIMA SEGUNDA, VIGÉSIMA TERCERA, VIGÉSIMA CUARTA, VIGÉSIMA QUINTA, VIGÉSIMA SEXTA, VIGÉSIMA SÉPTIMA Y PRIMERA SUBSIDIARIA A LA VIGÉSIMA OCTAVA; y la de condena identificada como PRIMERA SUBSIDIARIA A LA VIGÉSIMA OCTAVA; y la de condena identificada como PRIMERA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN PRIMERA DE CONDENA, junto con sus solicitudes consecuenciales en materia de actualización monetaria e intereses de mora contenidas en la SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE CONDENA, PRIMERA SUBSIDIARIA A LA SEGUNDA PRINCIPAL DE CONDENA, TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE CONDENA, Y PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN TERCERA PRINCIPAL DE CONDENA.

TERCERO: Negar todas las pretensiones de la reforma integral de la demanda presentada por CSS CONSTRUCTOIRES S.A. respecto de las cuales el Tribunal declaró tener competencia, identificadas en el ordinal anterior de esta parte resolutive, en los términos y por las razones indicadas en la parte motiva.

CUARTO: Desestimar, en los términos y por las razones indicadas en la parte motiva, las excepciones formuladas por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI (...)”¹⁸.

Como fundamento de las anteriores decisiones, el Tribunal de Arbitramento, tras analizar los antecedentes procesales relevantes, particularmente los acuerdos conciliatorios del 28 de noviembre de 2007 y 22 de mayo de 2015 y las decisiones

¹⁷ Fl. C. Ppal 164 a 242

¹⁸ Fl. 241, C. Ppal

proferidas en relación con ellos en las respectivas instancias arbitrales a las que fueron sometidos para estudio, así como el otrosí del 30 de enero de 2014, encontró que los hechos invocados por CSS CONSTRUCTORES SAS como sustento de las pretensiones de la demanda arbitral eran, en buena parte, los mismos en los que la actora había apoyado la demanda del 4 de septiembre de 2014 (caso arbitral 3567), y que al realizar el cotejo entre las pretensiones de ambas demandas, con excepción de las relativas a la novación, las restantes habían sido presentadas de manera muy similar, o incluso idéntica, en aquel proceso arbitral promovido mediante demanda del 4 de septiembre de 2014.

A partir de lo anterior, en lo concerniente a la competencia para conocer de la controversia sometida a su decisión, el Tribunal concluyó que las pretensiones de la demanda arbitral reformada, relativas a la posición contractual de la ANI en el contrato de concesión y al incumplimiento del Acuerdo Conciliatorio de 2007, habían sido formuladas en oportunidad previa en la cual el Panel Arbitral en ese entonces designado se había declarado incompetente, mientras que las pretensiones relacionadas con la existencia de una novación y sus efectos no habían sido presentadas en el proceso arbitral No. 3567.

Como consecuencia, el Tribunal concluyó que: (i) carecía de competencia para resolver las pretensiones declarativas y consecuenciales que habían sido elevadas ante el Tribunal de Arbitraje anteriormente constituido, en virtud de la falta de competencia declarada en el caso arbitral 3567 mediante providencia en firme, y, por ende, en razón a la extinción de los efectos de la cláusula compromisoria para el caso concreto; y (ii) conservaba competencia respecto de las pretensiones declarativas y consecuenciales de condena relativas a la existencia de una novación contenida en el otrosí formalizado el 30 de enero de 2014, puesto que no habían hecho parte del debate adelantado con ocasión del trámite arbitral No. 3567.

Por su parte, en lo que respecta a las pretensiones relacionadas con la novación respecto de las cuales el Tribunal confirmó su competencia para resolverlas de fondo, concluyó que no estaban llamadas a prosperar, al considerar que no se reunían los requisitos legalmente exigidos para la configuración de la novación, particularmente la existencia del *animus novandi* o voluntad común de las partes de novar la obligación que se extingue, sustituyéndola por otra nueva que nace en su reemplazo.

6. Providencia mediante la cual el Tribunal aclaró el laudo

Dentro del término legal, la parte convocante presentó solicitud de aclaración y corrección del laudo arbitral¹⁹, la cual fue resuelta mediante providencia del 3 de abril de 2018²⁰ en la cual el Tribunal de Arbitramento accedió a la 5ª solicitud de aclaración y negó las demás aclaraciones y correcciones pedidas por CSS CONSTRUCTORES S.A.

En cuanto a la solicitud de aclaración que prosperó, en el auto se dispuso la siguiente aclaración:

“PRIMERO: Aclarar el Laudo proferido el 21 de marzo de 2018 en el sentido de indicar que la pretensión declarativa VIGÉSIMA NOVENA de la reforma integral de la demanda presentada por CSS CONSTRUCTORES S.A. forma parte del grupo de pretensiones respecto de las cuales el Tribunal declaró competencia para resolver el fondo, identificadas en el ordinal SEGUNDO de la parte resolutive, y que, por lo tanto, queda comprendida en la decisión negativa de que da cuenta el ordinal TERCERA de la misma parte resolutive”²¹.

7. El recurso extraordinario de anulación

El 17 de mayo de 2018, CSS CONSTRUCTORES S.A interpuso recurso extraordinario de anulación²² en contra del laudo arbitral proferido el 21 de marzo de 2018 y aclarado el 3 de abril de 2018, con fundamento en las causales previstas en los numerales 7° y 9° del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

7.1 Respecto a la causal establecida en el numeral 7° del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, sostuvo que el Tribunal de Arbitramento desatendió el ordenamiento jurídico, puesto que en la primera audiencia de trámite se declaró competente para conocer del proceso, pero al proferir el laudo arbitral dispuso que no lo era para resolver algunas pretensiones de la demanda, vulnerando de esta manera el artículo 30 de la Ley 1563 de 2012.

En este sentido, indicó que el Panel Arbitral no podía modificar su competencia al momento de proferir el laudo arbitral, cuando ya había decidido sobre la misma en

¹⁹ Fl. 244 a 257, C. Ppal

²⁰ Fl. 258 a 274, C. Ppal.

²¹ Fl. 274, C. Ppal.

²² Fl. 276 a 311, C. Ppal.

la primera audiencia de trámite y añadió que las consideraciones expuestas por el Tribunal en relación con su competencia, además de extemporáneas, carecen de fundamento jurídico pues fueron realizadas “(...) [s]in un respaldo jurídico mínimo que permitiera inferir sin lugar a duda alguna, el apego al ordenamiento jurídico (...)”²³.

Por otra parte, manifestó que en el laudo arbitral recurrido se omitió valorar el dictamen pericial aportado al proceso. De igual manera, consideró que la condena en costas y agencias en derecho fue impuesta sin sustento jurídico y probatorio, indicando que el Tribunal de Arbitramento no manifestó cuáles fueron los criterios que tuvo en cuenta para imponerla, como, por ejemplo, la duración del proceso o los gastos en que se incurrió dentro del mismo.

En este sentido afirmó que “(...) si bien el Tribunal Arbitral en el capítulo segundo de las consideraciones del Laudo Arbitral hace una mención a la liquidación de las agencias en derecho que comprenden la condena en costas, la misma no puede ser valorada como una motivación de lo después resuelto y expuesto en el numeral quinto de la parte resolutive, toda vez, que el Tribunal se limitó a señalar que las agencias en derecho serían tasadas a la suma equivalente al cincuenta por ciento (50%) de los honorarios de uno de los árbitros, pero ello sin poner de presente el fundamento legal y material en el que se cimentó lo resuelto”²⁴.

7.2 Por su parte, como sustento de la causal contenida en el numeral 9° del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, esto es, “*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*”, el recurrente formuló dos reparos:

Por un lado, afirmó que en el laudo arbitral se dejaron de resolver cuestiones sujetas al arbitramento (fallo *infra petita*), comoquiera que el Tribunal de Arbitramento asumió la competencia para conocer del asunto en la primera audiencia de trámite, pero al proferir su decisión se declaró incompetente para pronunciarse respecto de algunas pretensiones de la demanda, incurriendo en contradicción frente a sus decisiones iniciales.

²³ Fl. 300, C. Ppal.

²⁴ Fl. 307, C. Ppal.

Por otro lado, indicó que el laudo del 21 de marzo de 2018 es incongruente, puesto que *“Si el Tribunal Arbitral resolvió de manera desfavorable las excepciones planteadas por la convocada tendientes a declarar la falta de competencia del Tribunal, entonces la decisión contenida en el numeral primero de la parte resolutive - la declaratoria de falta de competencia - no tiene asidero alguno en la litis que se trabó (excepciones de mérito formuladas en la contestación a la demanda arbitral en su versión reformada), lo cual desemboca de manera inexorable en la configuración de la causal novena de anulación del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, pues como se indicó anteriormente, lo decidido en la sentencia o Laudo debe guardar relación con los hechos o las excepciones planteadas”*²⁵.

8. Oposición de la parte convocada

La ANI recorrió el traslado del recurso extraordinario de anulación, mediante escrito²⁶ en el que solicitó declararlo infundado, por las siguientes razones:

8.1 En cuanto al primer cargo de anulación, fundado en la causal 7ª del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, manifestó que los cuestionamientos formulados por el recurrente no se enmarcan en la causal alegada, constituyendo, a su juicio, la manifestación de la inconformidad del recurrente con las decisiones adoptadas en el Laudo arbitral y *“(…) su descontento con las razones que presentó el Tribunal para declararse incompetente en el laudo”*²⁷ y para emitir la condena en costas.

Añadió que la parte recurrente pretende un pronunciamiento de fondo sobre la competencia del Panel Arbitral, frente a lo cual no se puede pronunciar el juez de la anulación. Indicó que, en todo caso, el Tribunal en el laudo podía pronunciarse sobre su competencia, pues si bien LA AGENCIA había formulado recurso de reposición contra el auto proferido en la primera audiencia de trámite, también propuso en la contestación de la demanda la excepción de falta de competencia y la excepción genérica, *“(…) defensas que debían ser resueltas y pronunciadas por el Tribunal en el laudo que pone fin al asunto (…)”*²⁸.

De igual modo, afirmó que el laudo arbitral contiene un análisis de las razones que llevaron al Tribunal de Arbitramento a declarar la falta de competencia para conocer de algunas pretensiones de la demanda, y que la condena en costas y

²⁵ Fl. 305, C. Ppal.

²⁶ Fl. 332 a 342, C. Ppal.

²⁷ Fl. 333, C. Ppal.

²⁸ Fl. 338, C. Ppal.

agencias en derecho se soportó en los parámetros contenidos en los artículos 365 y 366 del CGP y se tasó respetando las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura.

8.2 A su turno, respecto a la causal 9ª de anulación, afirmó que el argumento planteado por el recurrente no responde al reclamo propio de la causal invocada, pues lo alegado no es que el Tribunal haya dejado de pronunciarse sobre cuestiones sujetas a su decisión, sino que no respetó sus propias actuaciones durante el proceso. Además, reiteró que el Tribunal de Arbitramento podía definir su competencia al momento de proferir el laudo arbitral y que es deber del juez reconocer las excepciones que encuentre probadas, de suerte que *“(...) encontrándose probados los hechos que dan lugar a la declaratoria de incompetencia por las(sic) extinción de los efectos del pacto arbitral con ocasión del Auto de rechazo proferido por el tribunal con radicado 3567, el Tribunal de oficio tenía el deber de declarar la excepción de falta de competencia por las razones que acertadamente expuso en el laudo (...)”*²⁹. Añadió que, por lo demás, la ANI en la contestación de la demanda formuló la excepción de falta de competencia y la excepción genérica.

9. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público rindió concepto³⁰ en el que solicitó declarar infundado el recurso extraordinario de anulación.

9.1 Respecto al primer cargo de anulación, el Ministerio Público sostuvo que en lo que respecta a la oportunidad del Tribunal Arbitral para manifestarse acerca de su competencia, el laudo arbitral realizó un detallado estudio jurídico sobre este tópico, el cual se sustentó en las normas vigentes y en una valoración que, en su concepto, no fue caprichosa o arbitraria.

Afirmó que el Panel Arbitral expuso su análisis de fondo sobre su competencia, sustentado en la normatividad arbitral anterior (Decreto 1818 de 1998, artículo 147), así como la vigente (Ley 1563 de 2012, artículo 30) y añadió que en el laudo arbitral se realizó un examen de fondo de las pretensiones de la demanda arbitral y de aquellas referentes a la demanda promovida el 4 de septiembre de 2014.

²⁹ FI 341, C. Ppal.

³⁰ FI. 349 a 383, C. Ppal.

Sobre la falta de valoración del dictamen pericial aportado al proceso, el Ministerio Público manifestó que en el marco del recurso extraordinario de anulación no hay lugar a reabrir el debate probatorio y que, en todo caso, no había lugar a que el Tribunal de Arbitramento analizara dicha prueba, dado que la misma estuvo encaminada a probar el componente de condena de la demanda, el cual no fue objeto de pronunciamiento comoquiera que las pretensiones declarativas fueron negadas.

Finalmente, precisó que la condena en costas y agencias en derecho se sustentó en la normatividad vigente y aplicable a la materia.

9.2 En cuanto al segundo cargo formulado en el recurso con fundamento en la causal 9ª del artículo 41 de la ley 1563, el Ministerio Público, tras efectuar un recuento de las pretensiones de la demanda, los argumentos de defensa y las excepciones formuladas, consideró que el laudo arbitral recurrido no es *infra petita*, pues todos los extremos de la *litis* fueron examinados y decididos por el Tribunal de Arbitramento en el laudo, salvo la pretensión declarativa vigésima novena de la reforma de la demanda, en relación con la cual, mediante auto aclaratorio proferido por el Tribunal, se precisó que formaba parte del grupo de pretensiones respecto de las cuales el Tribunal se declaró competente para pronunciarse de fondo, identificadas en el ordinal segundo de la parte resolutive, y que, por consiguiente, quedaba comprendida en la decisión negativa adoptada en el ordinal tercero de la parte resolutive.

10. Pronunciamiento de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado³¹ solicitó desestimar el recurso extraordinario de anulación formulado por el recurrente.

10.1 En relación con el primer cargo de anulación, la ANDJE precisó que no tiene vocación de prosperar, puesto que el hecho de que el Tribunal de Arbitramento se hubiere declarado incompetente para pronunciarse sobre algunas de las pretensiones de la demanda, a pesar de que en oportunidad procesal anterior había asumido competencia para resolver el asunto, no da lugar a que se

³¹ Fl. 322 a 331, C. Ppal.

configure la causal de anulación contenida en el numeral 7º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, pues los pronunciamientos que en materia de competencia se realizan en la fase inicial del trámite arbitral se llevan a cabo cuando *“(...) no se ha realizado valoración probatoria íntegra e inclusive no se han decretado o practicado otros medios de prueba, lo que restringe los elementos de convicción del Tribunal y lo faculta necesariamente para que posteriormente retome el análisis sobre su competencia en el laudo arbitral, cuando las pruebas lo conduzcan a concluir que carece total o parcialmente de la competencia que inicialmente había sido afirmada”*³², concluyendo al respecto que *“(...) no es extraño que un tribunal arbitral que ha afirmado su competencia inicial en la primera audiencia, decida en el laudo declararse incompetente luego de haber practicado y valorado las pruebas a lo largo del proceso, aunado a que la ley no contempla la posibilidad de decretar pruebas en la primera audiencia, lo que supone que esta decisión inicial se tome con los elementos de juicio de que se disponga en ese momento, los cuales pueden verse reafirmados o desmentidos en el curso del proceso”*³³.

Añadió, de igual modo, que el laudo arbitral impugnado, así como las demás decisiones proferidas dentro del trámite arbitral, estuvieron sustentadas y motivadas en un marco jurídico y en las estipulaciones contractuales pactadas por las partes.

10.2 Frente al segundo cargo de anulación, la ANDJE manifestó que la causal invocada no tiene la vocación de prosperidad. Manifestó que el Tribunal de Arbitramento podía declararse incompetente para conocer de algunas pretensiones de la demanda al momento de proferir el laudo, pues la decisión inicial adoptada en la primera audiencia de trámite *“(...) obedece y se apoya en unas circunstancias preliminares y limitadas, mientras que la resolución definitiva cuenta con un análisis profundo y detallado de los elementos de juicio al momento de proferir el laudo arbitral”*³⁴. Asimismo, indicó que en el laudo recurrido existió un pronunciamiento frente a los hechos y pretensiones de la demanda, añadiendo que la declaratoria de incompetencia se refirió a las diferencias planteadas en los procesos arbitrales anteriores y que, frente a las materias diferentes a las controvertidas previamente, debía existir un pronunciamiento de fondo, actual y

³² Fl. 324, C. Ppal.

³³ Fl. 325, C. Ppal.

³⁴ Fl. 329, C. Ppal

definitivo por parte del nuevo Panel Arbitral, por lo que no existe contradicción ni incongruencia en el fallo arbitral.

III. CONSIDERACIONES

Para resolver el recurso de anulación extraordinario de anulación interpuesto, la Sala analizará los siguientes aspectos: (1) competencia del Consejo de Estado para conocer el presente asunto; (2) problemas jurídicos; (3) solución de los problemas jurídicos; (3.1.) características de la justicia arbitral; (3.2.) naturaleza y características del recurso de anulación; (3.3.) consideraciones sobre la causal 7ª de anulación; (3.4.) análisis de la causal 7ª en el caso concreto; (3.5.) consideraciones sobre la causal 9ª de anulación; (3.6.) análisis de la causal 9ª en el caso concreto; y (4) condena en costas.

1. Competencia del Consejo de Estado para conocer el presente asunto

De conformidad con lo establecido en el numeral 7º del artículo 149 de la Ley 1437 de 2011³⁵, en concordancia con el inciso 3º del artículo 46 de la Ley 1563 de 2012³⁶, le corresponde a la Sección Tercera del Consejo de Estado conocer en única instancia de los recursos de anulación contra laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos celebrados por las entidades públicas o por quienes desempeñen funciones administrativas o en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas.

En este caso, se está en presencia de un contrato de concesión en el que una de las partes, la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI, es una entidad pública. En efecto, de conformidad con el Decreto 4165 del 3 noviembre de 2011, la ANI es una Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial que forma parte del sector

³⁵ “Artículo 149. Competencia del Consejo de Estado en única instancia. El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus secciones, subsecciones o salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo de la Sala disponga, conocerá en única instancia. De los siguientes asuntos:

[...]

7. Del recurso de anulación contra laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos celebrados por una entidad pública, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia. contra la sentencia que resuelva este recurso solo procederá el recurso de revisión”.

³⁶ “Artículo 46. Competencia. Para conocer del recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales, será competente [...]

Cuando se trate de recurso de anulación y revisión de laudo arbitrales en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, será competente la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado”.

descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa, financiera y técnica, adscrita al Ministerio de Transporte. Por tanto, la Sala es competente para conocer, en única instancia, del recurso extraordinario de anulación formulado por CSS CONSTRUCTORES S.A. en contra del laudo arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir diferencias surgidas con ocasión del contrato de concesión celebrado entre el recurrente y la ANI.

De otra parte, es de recordar que mediante auto del 31 de mayo de 2019 la Sala declaró fundado el impedimento presentado por el Magistrado Guillermo Sánchez Luque, a quien inicialmente le fue asignado por reparto el presente recurso extraordinario de anulación, y en consecuencia se le separó del conocimiento del asunto³⁷.

2. Problemas jurídicos

En consideración a los argumentos presentados en el recurso extraordinario de anulación, la Sala deberá resolver los siguientes problemas jurídicos:

En primer lugar, deberá establecerse si el laudo arbitral proferido el 21 de marzo de 2018, al haber declarado la incompetencia del Tribunal para pronunciarse sobre algunas de las pretensiones de la demanda, modificando la decisión que en materia de competencia se había adoptado en la primera audiencia de trámite, desatendió el ordenamiento jurídico e incurrió en la causal prevista en el numeral 7° del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. De igual modo, corresponde determinar si la condena en costas y agencias en derecho fue impuesta sin sustento jurídico y probatorio y si, por tal motivo, se configuró esta misma causal de anulación.

En segundo lugar, se requiere analizar si el laudo arbitral violó el principio de congruencia, configurándose la causal 9ª de anulación, comoquiera que el Tribunal de Arbitramento asumió la competencia para conocer del asunto en la primera audiencia de trámite, pero al proferir su decisión se declaró incompetente para pronunciarse respecto de algunas pretensiones de la demanda.

3. Solución de los problemas jurídicos

³⁷ Fl. 394 a 395, C. Ppal.

Para resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala se referirá, en primer lugar, a la justicia arbitral y a la naturaleza y características del recurso de anulación, para proceder luego al estudio de las causales de anulación invocadas y al recurso de anulación en el caso concreto.

3.1. Características de la justicia arbitral

De conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la Constitución Política³⁸, los árbitros, con sujeción al principio de habilitación, se encuentran investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, en concordancia con el artículo 3º de la ley 1285 de 2009, por medio de la cual se reformó la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia, cuyo inciso 3º dispone que *“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros debidamente habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad.”*

En este sentido, el arbitraje es entendido como *“(…) un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice”*³⁹.

Se desprende de lo anterior que la jurisdicción o facultad de impartir justicia por parte de los árbitros emana de la Constitución y la ley, las cuales establecen que los árbitros administran justicia con los mismos deberes y facultades de los jueces y reconocen que la voluntad de las partes puede atribuir competencia a los árbitros para resolver las controversias sometidas a su conocimiento⁴⁰.

En otras palabras, los árbitros ejercen función jurisdiccional en virtud del acuerdo de las partes en el que éstas les atribuyen competencia para decidir un determinado conflicto o disputa, como consecuencia del reconocimiento constitucional de la voluntad y decisión de las partes de sustraerse de la justicia ordinaria y someter la decisión de sus disputas al conocimiento de los árbitros.

³⁸ “Artículo 116. [...] Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

³⁹ Cfr. Artículo 1º de la Ley 1563 de 2012.

⁴⁰ Hernán Fabio López Blanco, “Procedimiento Civil Parte General”, Tomo I. Dupré Editores, Bogotá D.C., Páginas 128 y 129.

En cuanto a la naturaleza jurisdiccional del arbitramento y sus principales manifestaciones, la Corte Constitucional, en sentencia SU 174 de 2007, sostuvo:

“El artículo 116 superior no deja duda sobre la naturaleza jurisdiccional de las atribuciones que se confieren a los árbitros, al disponer que éstos pueden ser investidos excepcional y transitoriamente de la función de administrar justicia; esta Corporación ha reconocido en anteriores pronunciamientos que el arbitramento es “un acto eminentemente jurisdiccional, en cuanto expresa el ejercicio de una función pública esencial del Estado, que excepcionalmente permite a los particulares - como lo dispone el artículo 116 de la Carta Política-, impartir justicia cuando las partes quieren poner término a sus diferencias en forma personal y amigable”. El carácter jurisdiccional de la función arbitral se deriva, a su vez, del hecho de que mediante el pacto arbitral, las partes sustraen el caso concreto de la competencia del sistema estatal de administración de justicia, que es sustituida por el tribunal de arbitramento - el cual no constituye una jurisdicción autónoma y permanente, sino una derogación del sistema estatal de administración de justicia para el negocio en cuestión. La doctrina constitucional ha examinado las características básicas del arbitramento en tanto acto jurisdiccional], así: (i) los particulares únicamente pueden administrar justicia en calidad de árbitros o de conciliadores; (ii) el arbitramento implica el ejercicio de una actividad jurisdiccional como función pública, y se traduce en la expedición de fallos en derecho o en equidad, según lo hayan previamente determinado las partes; (iii) los particulares deben haber sido habilitados por las partes en cada caso concreto para ejercer la función pública de administrar justicia en su condición de árbitros mediante un procedimiento arbitral diferente y especial; (iv) los árbitros administran justicia de manera transitoria y excepcional en relación con un determinado conflicto, por lo cual su competencia cesa una vez han proferido el laudo; y (v) es competencia del legislador definir los términos en que se administrará justicia por los árbitros, lo cual incluye la fijación de las normas propias del juicio arbitral, lo cual no obsta para que en virtud del principio de voluntariedad las partes también acuerden cuáles serán las reglas del procedimiento arbitral con miras a obtener una decisión justa, pronta y sin formalismos innecesarios. También ha explicado que, como consecuencia de su naturaleza jurisdiccional, el arbitramento constituye un medio para materializar el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia.”⁴¹ (subrayado fuera del texto original)

Así las cosas, los árbitros ejercen función jurisdiccional, administrando justicia de manera transitoria y para efectos de la disputa sometida a su conocimiento, en virtud de la habilitación que mediante el pacto arbitral han realizado las partes,

⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia SU 174 del 14 de marzo de 2007. Expediente: T-980611.

quienes les confieren competencia para el conocimiento y decisión de determinados asuntos.

Bajo el anterior contexto, la justicia arbitral se caracteriza porque: (i) es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, en virtud del cual las partes confieren a los particulares la función de la administrar justicia; (ii) se rige por el principio de voluntariedad o libre habilitación⁴², en tanto que la competencia de los árbitros para impartir justicia surge en virtud de un acuerdo de voluntades previo y libre entre las partes, en el sentido de sustraer la resolución de su controversia del sistema ordinario de administración de justicia; (iii) es de carácter temporal, porque su existencia es transitoria, limitada en el tiempo y sujeta a la resolución del conflicto específico sometido a consideración de los árbitros; (iv) es excepcional, dado que se encuentra sujeta a claras limitaciones materiales, de suerte que solo se pueden someter a arbitraje asuntos de libre disposición y aquellos que la ley autorice; y (v) se entiende como una institución de carácter procesal, dado que el arbitramento garantiza los derechos de las partes enfrentadas, disponiendo de una serie de etapas y oportunidades para la discusión de los argumentos y la valoración de las pruebas aportadas⁴³.

3.2 Naturaleza y características del recurso de anulación

La Sección Tercera del Consejo de Estado⁴⁴ ha precisado la naturaleza y características del recurso de anulación, destacando de manera pacífica y uniforme, lo siguiente:

- i) El recurso de anulación es de carácter excepcional, restrictivo y extraordinario y, por lo tanto, no puede ser utilizado como una segunda instancia a través de la cual se pretenda reabrir el debate sobre el fondo del litigio.
- ii) La finalidad del recurso consiste en la protección del derecho al debido proceso en cabeza de las partes, razón por la cual el recurso debe orientarse a

⁴² En este sentido, la jurisprudencia ha puesto de presente que el acuerdo de las partes constituye el punto de partida y la habilitación para que los árbitros puedan impartir justicia en el caso concreto, enfatizando sobre el particular que *“... el sustento de la justicia arbitral es el reconocimiento expreso de la decisión libre y voluntaria de las partes contratantes de no acudir al sistema estatal de administración de justicia sino al arbitraje para la decisión de sus disputas...”*. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-330 de 2012. Expediente: D -8677.

⁴³ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 8 de marzo de 2017. Rad.: 46745.

⁴⁴ Se reitera lo sostenido por esta Subsección en sentencia del 18 de enero de 2019, radicado: 11001-03-26-000-2018-00160-00(62476), 23 de abril de 2018, radicado: 11001-03-26-000-2017-00106-00 (59731), sentencia del 19 de julio de 2017: 11001-03-26-000-2017-00043-00(59067), 31 de agosto de 2015, radicado: 11001-03-26-000-2015-00060-00(53585), entre otras.

cuestionar la decisión arbitral por errores *in procedendo* y no por errores *in iudicando*, por lo cual el juez de la anulación está instituido para analizar vicios de carácter procesal, no sustancial. Así, la decisión del recurso de anulación no entraña el estudio de los razonamientos realizados por los árbitros en cuanto a la aplicación de la ley sustancial, como tampoco la apertura de la discusión por errores de hecho o derecho en materia de valoración probatoria⁴⁵, tal y como está previsto en el artículo 42 de la Ley 1563 de 2012, el cual determina que “[/]la autoridad judicial competente en la anulación no se pronunciará sobre el fondo de la controversia, ni calificará o modificará los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral al adoptar el laudo”.

iii) Las facultades del juez del recurso de anulación están limitadas por el llamado “*principio dispositivo*”, según el cual el recurrente, al formular y sustentar su recurso, dentro de las precisas y taxativas causales que la ley consagra, delimita el objeto que persigue con su interposición. En consecuencia, al juez de la anulación no le está permitido establecer cuál es la causal que se invoca ni interpretar lo expresado por el impugnante o deducir la causal invocada y, menos aún, pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del recurso, por lo que deberá rechazar de plano el recurso cuando las causales que se invoquen o propongan no correspondan a las señaladas en la ley⁴⁶. En suma, dado el carácter restrictivo que caracteriza este recurso, su procedencia se encuentra condicionada a que se determinen y sustenten, debidamente, las causales previstas taxativamente en la ley⁴⁷.

3.3. Consideraciones sobre la causal 7ª de anulación

Este supuesto de invalidez del laudo arbitral está establecido en el numeral 7º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, así:

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

Por su parte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, el laudo arbitral es la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje y puede ser en derecho, en equidad o técnico; sin embargo, “[e]n los tribunales en que

⁴⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 9 de abril de 2018. Rad.: 59270.

⁴⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 28 de junio de 2019. Rad.: 63494.

⁴⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 31 de agosto de 2015. Rad.: 53585.

intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho”.

En pronunciamientos anteriores⁴⁸, la Sala se ha referido al desarrollo jurisprudencial de esta causal, precisando que el fallo en derecho debe observar el ordenamiento jurídico, de tal forma que el marco de referencia ha de estar solo en él. Por tanto, los árbitros se encuentran sujetos no solamente a las reglas adjetivas que regulan el proceso arbitral, sino, de igual modo, a la normatividad sustantiva aplicable a la controversia.

A su turno, la jurisprudencia de esta Subsección⁴⁹ ha precisado las diferencias entre el laudo en conciencia y el laudo en equidad. En cuanto al primero, ha indicado, en términos generales, que el fallo en conciencia es aquel en el que el juzgador se apoya en su íntima convicción, no da razones de su decisión o prescinde de toda consideración jurídica o probatoria⁵⁰, mientras que será en equidad cuando el juez o el árbitro inaplica la ley al caso concreto, al considerar que es injusta o que conduce a una iniquidad, o cuando el juez o árbitro busca por fuera del ámbito de la ley la solución a la controversia⁵¹.

⁴⁸ Al respecto, véase por ejemplo Sentencia de la Sección Tercera, Subsección C, del 19 de julio de 2017, Rad.: 59067 y Sentencia de la Sección Tercera, Subsección C, del 18 de enero de 2019, Rad.: 62476.

⁴⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 21 de febrero de 2011, Rad.: 38621, reiterada en Sentencia de la misma Subsección de fecha 18 de enero de 2019, Rad.: 62476

⁵⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 24 de mayo de 2017, Rad.: 58675; Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 18 de enero de 2012. Rad.: 40082.

⁵¹ Al respecto, en Sentencia del 19 de julio de 2017 el Consejo de Estado se refirió detenidamente a la diferenciación entre el fallo en conciencia y el fallo en equidad, señalando, con apoyo en el desarrollo jurisprudencial sobre la materia, lo siguiente:

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

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

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

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

La garantía del debido proceso está compuesta por múltiples elementos entre los cuales nos interesa destacar para lo que aquí se discurre el deber que tiene el juez de motivar sus decisiones

De acuerdo con lo anterior, en resumen, esta Corporación ha concluido que la causal séptima de anulación se configura cuando: i) El laudo es en conciencia, esto es, cuando los árbitros se apoyan en su íntima convicción y por lo tanto no dan motivación alguna o excluyen toda consideración jurídica o probatoria; y ii) Debiendo ser el laudo en derecho, los árbitros inaplican la ley al caso concreto, porque consideran que ella es inicua o que conduce a una iniquidad o también cuando buscan por fuera del ámbito legal la solución al caso *sub judice*.

Por otra parte, el Consejo de Estado también ha precisado que no basta la mención de normas de derecho positivo para que el laudo pueda calificarse como proferido “*en derecho*”, sino que es necesario que las normas invocadas como sustento de la decisión tengan relación directa con el objeto de la *litis*, de modo que no debe tratarse de una simple referencia descontextualizada, pues de esta manera el fallo tendría la apariencia de estar sustentado en el ordenamiento jurídico, pese a que las normas invocadas no tengan relación alguna con el caso planteado⁵².

y el derecho de los asociados a que la solución de sus conflictos se fundamente en la ley y en las pruebas oportunamente y regularmente allegadas al proceso.

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

“(…)

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

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

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

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

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

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

En efecto, la providencia será en equidad cuando: a) El juez o el árbitro inaplica la ley al caso concreto porque considera que ella es inicua o que conduce a una iniquidad; b) El juez o el árbitro busca por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido.

Pero, se repite, ninguna de estas hipótesis supone que el juzgador prescindiera de la motivación o de las pruebas porque entonces ya no sería en equidad sino en conciencia y las decisiones de ésta naturaleza están proscritas de nuestro sistema jurídico tal como se deduce de los artículos 29, 116 y 230 superiores”. (subrayado fuera del texto original). Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Consejero ponente: Jaime Enrique Rodríguez Navas, 19 de julio de 2017, Rad.: 11001-03-26-000-2017-00043-00(59067)

⁵² Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 7 de junio de 2007. Rad.: 32896.

En este orden de ideas, si los árbitros resuelven la *litis* con base en el ordenamiento jurídico, fundado en el análisis y la valoración de las pruebas allegadas oportunamente al proceso, el pronunciamiento será en derecho⁵³.

A su turno, el desacuerdo de las partes respecto a las consideraciones, interpretaciones y valoraciones efectuadas por el Tribunal de Arbitramento al proferir el laudo arbitral, no configura un fallo en conciencia, ni configura la causal 7ª de anulación, puesto que el recurso extraordinario de anulación no puede utilizarse como una instancia adicional para replantear el debate sobre el fondo del proceso. Así, le está vedado al juez de la anulación, por lo tanto, entrar a cuestionar, plantear o revivir el debate probatorio; tampoco le corresponde establecer si hubo o no un yerro en la interpretación o valoración de las pruebas que hizo el juez arbitral, ni pronunciarse sobre el alcance que le imprimió el panel arbitral a las obligaciones contenidas en el negocio jurídico⁵⁴ o cualquier otro asunto que se refiera al fondo de la *litis*.

3.4 Análisis de la causal 7ª de anulación en el caso concreto.

Descendiendo al caso concreto, la Sala evidencia que las acusaciones formuladas por el apoderado de CSS CONSTRUCTORES S.A. con sustento en la citada causal séptima, se encaminan a controvertir el laudo arbitral por considerar que constituye un fallo en conciencia y no en derecho, como debió haber sido proferido, por cuanto, a juicio del recurrente, el Tribunal desatendió el ordenamiento jurídico y el material probatorio recaudado en lo relacionado con la oportunidad para pronunciarse sobre su competencia y adoptó, “*sin motivación jurídica alguna*”, la decisión de declararse incompetente para resolver sobre unas de las pretensiones de la demanda, impuso la condena en costas, también a su juicio, sin motivación jurídica, y condenó al pago de agencias en derecho “*sin ningún fundamento legal o probatorio*”.

Al respecto, con fundamento en las pretensiones de la demanda reformada y las excepciones propuestas, así como la consideraciones y la parte resolutive del laudo arbitral, la Sala no encuentra que las decisiones proferidas por el Tribunal de Arbitramento hubieren sido adoptadas en conciencia y no en derecho, observando a partir de la estructura argumental del laudo que el panel arbitral fundamentó su

⁵³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo del 2016, Rad.: 55307.

⁵⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 28 de octubre de 2019. Rad.: 64280.

fallo en normas vigentes y aplicables, que respondieron al problema jurídico materia de la controversia, así como en las pruebas que soportaron los hechos y las pretensiones de la demanda reformada y, además, incluyó la motivación o exposición de las razones que fundamentaron las decisiones adoptadas, incluida la falta de competencia que determinó en relación con algunas de las pretensiones y la condena en costas y agencias en derecho.

En efecto, se advierte, en primer lugar, que el laudo arbitral recurrido contó con un desarrollo de todos los aspectos planteados en la demanda. En la decisión se examinó la competencia definitiva del Tribunal de Arbitramento, fueron expuestas las consideraciones en relación con las pretensiones frente a las cuales el Panel Arbitral consideró ser competente, así como las excepciones. Posteriormente existió un pronunciamiento de fondo frente a la condena en costas y, finalmente, en la parte resolutive se realizó el correspondiente pronunciamiento sobre las pretensiones y excepciones.

En relación con la competencia del Tribunal de Arbitramento, el laudo del 21 de marzo de 2018 desarrolló en amplia medida esta temática, partiendo del análisis del pacto arbitral suscrito en el contrato No. 0849 de 1995, modificado por la cláusula décimo primera del otrosí del 30 de enero de 2014 y de los pronunciamientos previos proferidos a lo largo del trámite arbitral, a saber: (i) el acuerdo conciliatorio del 28 de noviembre de 2007 y el acta No. 35 de 11 de diciembre de 2007, que contiene el auto aprobatorio de la conciliación; (ii) la demanda arbitral de CSS CONSTRUCTORES S.A. del 4 de septiembre de 2014 y el acuerdo conciliatorio del 22 de mayo de 2015; y (iii) el acta No. 10 de septiembre de 2015 que contiene el auto No. 12 proferido en el tribunal de arbitramento que improbió la conciliación y declaró terminado el segundo proceso arbitral por falta de competencia⁵⁵.

El análisis de esta materia continuó con un estudio de los efectos e incidencia del auto No. 12 del 30 de septiembre de 2015, proferido dentro del proceso arbitral radicado 3567⁵⁶, frente a lo cual el Tribunal de Arbitramento concluyó que *“Toda vez que, conforme al citado artículo 30 de la ley de arbitraje, para el caso en concreto, ello impone la necesidad de revisar, con la sindéresis de rigor, como pasa a hacerlo a continuación el Tribunal, las pretensiones y los hechos que*

⁵⁵ Fl. 180 a 186, C. Ppal.

⁵⁶ Fl. 186 a 188, C. Ppal.

servieron de fundamento a la demanda arbitral del 4 de septiembre de 2014 (Radicación No. 3567), para efectos de determinar tanto las cuestiones controversiales que quedan por fuera de la competencia arbitral ahora se examina en virtud de la declaratoria de falta de competencia contenida en el pluricitado Auto No. 12 de 30 de septiembre de 2015 proferido en el citado proceso - confirmado en el Auto No. 13-, como aquellas otras sobre las cuales, en cambio, no operó la extinción de los efectos de la cláusula compromisoria invocada, de modo que no hay objeción, en lo que a este pinto de la competencia atañe, para resolverlas de donde en este Laudo”.

En este sentido, la Sala observa que en el laudo arbitral se llevó a cabo un paralelo entre la fundamentos de hecho y pretensiones contenidos en la reforma integral de la demanda frente a los hechos y las pretensiones de la demanda radicada el 4 de septiembre de 2014⁵⁷, lo que le permitió al Panel Arbitral establecer que en la nueva demanda arbitral las pretensiones se concentraban en tres grupos, a saber: (i) pretensiones relativas a la posición contractual de la ANI en el contrato de concesión No. 0849 de 1995; (ii) pretensiones que versan sobre la existencia de una novación de la obligación contenida en el acuerdo conciliatorio suscrito del 28 de noviembre de 2007; y (iii) pretensiones que tienen como propósito declarar la responsabilidad por incumplimiento del acuerdo suscrito el 28 de noviembre de 2007, concluyendo que: “(...) *las pretensiones correspondientes a los grupos (i) y (iii) intentan plantear de nuevo ante la presente jurisdicción arbitral asuntos temáticos que ya habían sido formulados en oportunidad previa, y sobre los cuales la misma jurisdicción -en cabeza del panel entonces designado para el efecto- descartó, a través de pronunciamientos en firme, su competencia para conocerlos. No así en relación con las pretensiones relativas a la alegada existencia de una novación y sus efectos -grupo (ii)-, las que, con ese particular enfoque, no fueron presentadas en el caso arbitral No. 3567*”⁵⁸.

De esta manera, el Tribunal de Arbitramento concluyó, con fundamento en el referido análisis comparativo, que era competente únicamente para conocer de las pretensiones relacionadas con la existencia de una novación de la obligación contenida en el acuerdo conciliatorio suscrito del 28 de noviembre de 2007, es decir, las pretensiones que había identificado como correspondientes al segundo

⁵⁷ Fl. 189 a 214, C. Ppal.

⁵⁸ Fl. 214, C. Ppal.

grupo, pues conforme a lo que constató al efectuar la comparación de fundamentos fácticos y pretensiones de ambos procesos arbitrales, encontró que las restantes pretensiones, que identificó como correspondientes a los grupos primero y tercero, planteaban los mismos asuntos que habían sido formulados previamente en el proceso arbitral 3567.

Así las cosas, la Sala concluye que lo relacionado con la competencia del Panel Arbitral para conocer y pronunciarse solamente respecto de algunas pretensiones de la demanda y encontrar, en cambio, que carecía de competencia para resolver las restantes, además de ser un asunto que abarcó en gran medida el desarrollo del laudo recurrido, contó con una amplia argumentación jurídica y probatoria que sustentó lo decidido al respecto, de lo cual se infiere que el reproche formulado por el recurrente no tiene la vocación de prosperar.

Adicionalmente, dentro de los límites del análisis de la configuración de la causal invocada por el recurrente, es pertinente recordar que en el ordenamiento jurídico colombiano se encuentra consagrado el denominado principio de *kompetenz-kompetenz*, como se desprende claramente del artículo 29 de la Ley 1563 de 2012, de acuerdo con el cual el tribunal de arbitramento es competente para resolver sobre su propia competencia. De otro lado, en relación con la oportunidad para pronunciarse sobre su propia competencia para decidir de fondo la controversia, asunto controvertido a lo largo del recurso por parte de la demandante, debe anotarse que el Tribunal de Arbitramento en la primera audiencia de trámite profiere una decisión preliminar a partir del análisis de factores subjetivos y objetivos que debe revisar en ese estadio del proceso, de tal suerte que otro tipo de análisis, que implique un estudio sobre el contenido y alcance de las pretensiones o que requiera una valoración integral de las pruebas o un análisis jurídico acerca de la materia objeto del proceso, es realizado por el panel arbitral al momento de proferir el laudo arbitral, pudiendo suceder que, pese a la decisión inicial adoptada en la primera audiencia de trámite, en el laudo arbitral el tribunal encuentre que no es competente para pronunciarse sobre todas o algunas de las pretensiones.

Lo anterior se explica en las características propias de la definición de la competencia arbitral, la cual se basa en parámetros diferentes a los establecidos en el Código General del Proceso, motivo por el cual han señalado la jurisprudencia y la doctrina que si asuntos relacionados con la competencia no

aparecen de plano claros en la primera audiencia de trámite, serán objeto de pronunciamiento en el laudo mismo⁵⁹.

Ahora bien, frente al segundo cuestionamiento expuesto por el recurrente al sustentar la causal 7ª que se examina, según el cual el Tribunal de Arbitramento omitió valorar el dictamen pericial aportado al proceso, la Sala advierte que el cargo no está llamado a prosperar, comoquiera que no había lugar a que el Panel Arbitral se pronunciara respecto del referido medio probatorio, puesto que el mismo tuvo por objeto la cuantificación de las pretensiones relativas al componente de condena, puntualmente los valores dejados de cancelar por la ANI al demandante en virtud del acuerdo suscrito el 28 de noviembre de 2007, posteriormente renegociado, y el monto de los intereses causados⁶⁰.

En efecto, si las pretensiones declarativas frente a las cuales el Tribunal de Arbitramento declaró ser competente para pronunciarse fueron negadas, no había lugar a que en el laudo arbitral se examinaran las pretensiones de condena y, por lo mismo, no resultaba pertinente entrar a pronunciarse en relación con el dictamen pericial de carácter financiero que se practicó para la cuantificación de los perjuicios reclamados.

Ahora, respecto del último cuestionamiento planteado en el recurso con fundamento en la causal 7ª de anulación invocada, relacionado con la inexistencia

⁵⁹ Al respecto, se ha reconocido que “... para la primera audiencia de trámite debe haberse verificado *prima facie* la existencia del pacto arbitral o, alternativamente debe haberse dado aplicación al mecanismo especial de acreditación del pacto arbitral mediante la afirmación de su existencia en la demanda arbitral o en la contestación o escrito de excepciones presentado ante los jueces estatales, acompañada de la no negación o rechazo de dicha declaración por la parte contraria. Por lo tanto, para la etapa en que el tribunal decide sobre su propia competencia, ya se encuentra verificada, al menos de forma presuntiva o provisional, la existencia del pacto arbitral. Así mismo, en esta etapa del trámite, ya se encuentran planteados los elementos esenciales de la controversia sometida a consideración de los árbitros a través de la demanda, el escrito de contestación y excepciones, así como la eventual demanda de reconvencción y su réplica. Sin embargo, en este momento del trámite, el tribunal solo ha recibido prueba documental y aún no ha procedido a decretar o a practicar otros medios de prueba, razón por la cual los elementos de convicción disponibles para adoptar la decisión pueden ser limitados. Esta particularidad del trámite arbitral nacional implica concluir que, necesariamente, el tribunal debe estar facultado para retomar el análisis de su competencia en el laudo arbitral, cuandoquiera que las pruebas practicadas en el proceso conduzcan al tribunal a concluir que carece, total o parcialmente, de la competencia que había sido afirmada en la primera audiencia de trámite. Así lo ha reconocido la práctica arbitral nacional, en la cual no es extraño que el tribunal, luego de haber practicado las pruebas decida en el laudo declararse incompetente en el laudo para emitir decisiones sobre asuntos respecto de los cuales había afirmado -en principio y por tanto de forma preliminar- su competencia...” (“La práctica del litigio arbitral”, Tomo II. Vol I. Aspectos contractuales y procesales. Hernando Herrera Mercado, Fabricio Mantilla Espinosa. Colección Arbitraje 360º, 2017. Págs. 221 y 222)

⁶⁰ FI 1 a 31, C. Pruebas 4. T.A.

de sustento que soporte la condena en costas y agencias en derecho impuesta en el laudo arbitral, la Sala observa que la decisión proferida por el Tribunal de Arbitramento abordó en capítulo aparte dicha temática, concluyendo, con fundamento en lo previsto en los artículos 188 de la Ley 1437 de 2011 y 365 del Código General del Proceso, que *“Entendido lo anterior, que muestra la prevalencia de un criterio objetivo en punto a la determinación en materia de costas, ha de tenerse en cuenta que en el presente caso, después de delimitado el ámbito de fondo de la controversia en función del examen de la competencia del Tribunal, no prosperan las pretensiones de la demanda, de modo que corresponde a la parte Demandante, CSS CONSTRUCTORES S.A., asumir el grueso de las expensas procesales, -incluidas las agencias en derecho- que se han de liquidar, con la sola morigeración que deriva de la circunstancia según la cual, en los términos indicados en los respectivos acápite de esta parte motiva, las excepciones propuestas por la ANI , en los términos y con el alcance integral en que fueron formuladas, no son despachadas favorablemente”*⁶¹.

En este orden de ideas, el Tribunal de Arbitramento consideró que la parte convocante debía asumir todas las costas por ella incurridas y, además, reconocer a la parte convocada el 50% de aquellas que ésta asumió en el proceso, incluyendo una partida de agencias en derecho.

Es de anotar, de igual modo, que en la providencia del 3 de abril de 2018, mediante la cual se resolvieron las solicitudes de aclaración y corrección formuladas por la parte demandante, dos de las cuales se refirieron precisamente al punto atinente a las agencias en derecho, el Tribunal de Arbitramento recordó que en el Laudo se hizo la mención correspondiente a la liquidación de las agencias, tomando como referente el valor de los honorarios fijados en el proceso para un árbitro, y anotó sobre el particular que *“...se trata de un parámetro de valoración regulado normativamente, que ubica el monto de las agencias en derecho por debajo del límite máximo fijado en las tablas que, para los efectos respectivos propios de esa regulación en la jurisdicción ordinaria, establece el Consejo Superior de la Judicatura, incluso dejando de lado la consideración de las posiciones en veces disímiles que se sostienen sobre la aplicación -en ningún caso íntegra- del contenido normativo del artículo 366 del CGP al trámite arbitral, ante la evidencia de que el procedimiento de liquidación de costas allí regulado no*

⁶¹ Fl. 240, C. Ppal.

se acompasa, al menos en buena medida y por razones obvias, a la estructura del proceso arbitral.”

De conformidad con lo anteriormente expuesto, en conclusión, el cargo formulado por el recurrente con fundamento en la causal de anulación establecida en el numeral 7° del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 no está llamado a prosperar, puesto que el laudo arbitral recurrido fue proferido de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente, se estructuró en normas jurídicas, y los árbitros apreciaron las pruebas que fundamentaban los hechos y las pretensiones de la demanda frente a las cuales consideró ser competente para pronunciarse de fondo.

Finalmente, se insiste que el juez de la anulación no puede entrar a estudiar el fondo de la decisión adoptada por el Tribunal de Arbitramento (*errores in iudicando*), tal como lo pretende la parte recurrente en el *sub examine* en relación con la declaratoria de incompetencia para pronunciarse acerca de algunas pretensiones de la demanda y el sustento de la condena en costas, aspectos que, según se precisó anteriormente, exceden el marco del recurso extraordinario de anulación y ciertamente escapan al ámbito de la competencia del juez de la anulación.

3.5 Consideraciones sobre la causal 9ª de anulación

La causal de anulación del laudo arbitral prevista en el numeral 9° del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, prescribe lo siguiente:

“9. 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”.

El análisis de esta causal responde a un estudio objetivo de la acepción externa del principio de congruencia -artículo 281 del C.G.P.-, consistente en la consonancia o coherencia correlativa que debe existir entre la providencia judicial y las pretensiones y hechos que se aducen en la demanda, así como las excepciones propuestas, sin entrar a evaluar los motivos de la decisión⁶². De este modo, si se resuelven aspectos no pretendidos en la demanda se estaría dictando

⁶² Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencias del 31 de octubre de 2016, Rad.: 59949 y del 27 de noviembre de 2017, Rad.:59913.

un fallo *extra petita*; si se condena más allá de lo pedido se trataría de una providencia *ultra petita*; y si no se resuelven todas las pretensiones o las excepciones, la decisión sería *infra* o *citra petita*⁶³.

La jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que el examen del principio de congruencia es relativo, puesto que existen eventos en los cuales los árbitros deben entrar a pronunciarse sobre determinadas materias, aun cuando las partes no lo hayan solicitado en la demanda ni puesto de presente en los hechos o excepciones que se alegan, sin que ello implique la configuración de la causal de anulación prevista en el numeral 9° de la Ley 1563 de 2012, a saber: i) cuando se hallen probados los hechos que constituyen una excepción, caso en cual el árbitro deberá reconocerla oficiosamente, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, pues estas excepciones deben ser propuestas en el debate procesal por el interesado; ii) en lo atinente a los presupuestos procesales, por cuanto tocan con la validez formal del proceso; iii) en aquellos casos relacionados con cuestiones que atañen al orden público, como sucede con la nulidad absoluta del acto o contrato, siempre y cuando aparezca de modo manifiesto; y iv) en los pronunciamientos sobre restituciones mutuas en los eventos de nulidad del contrato⁶⁴.

Finalmente, cabe señalar que con la entrada en vigencia de la Ley 1563 de 2012 y teniendo en cuenta que en el numeral 2° del artículo 41 de dicho estatuto la falta de jurisdicción y competencia se incorporó de modo específico como causal de anulación, ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación que al amparo de lo establecido en el numeral 9° del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 no pueden alegarse las circunstancias de falta de jurisdicción y competencia por haberse pronunciado los árbitros sobre asuntos que no se encontraban sujetos a su decisión por voluntad de las partes o que por mandato legal no eran susceptibles de ser resueltos por esta vía, puesto que en el numeral 2° del artículo 41 *ibídem* se prevé una causal de anulación específica para cuestionar estos aspectos⁶⁵.

3.6 Análisis de la causal 9ª de anulación en el caso concreto

⁶³ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 5 de marzo de 2020. Rad.: 64627A.

⁶⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 6 de junio de 2002. Rad.: 20634.

⁶⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencias del 13 de abril de 2015, Rad.: 52556 y del 27 de noviembre de 2017, Rad.:59913.

En el caso en particular, de la revisión formal realizada por la Sala al laudo arbitral acusado, a la luz de los hechos y pretensiones de la demanda reformada, de las excepciones propuestas en su contestación, así como de su parte motiva y resolutive, se concluye que la causal invocada por la parte recurrente no tiene la vocación de prosperar.

En efecto, se observa que en la parte resolutive del laudo arbitral del 21 de marzo de 2018 y su aclaración del 3 de abril de 2018, el Tribunal de Arbitramento se pronunció frente a todas las pretensiones definitivas de la demanda. Respecto de las pretensiones primera, segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima, octava, novena, décima, décima primera, décima segunda, décima tercera, décima cuarta, décima quinta, décima sexta, décima séptima, décima octava, décima novena, vigésima, vigésima primera y vigésima octava; y las de condena identificadas como primera pretensión principal de condena, segunda pretensión principal de condena, primera subsidiaria a la segunda principal de condena, tercera pretensión principal de condena y primera subsidiaria de la pretensión tercera principal de condena, el Panel Arbitral determinó no ser competente para resolverlas.

Por su parte, en cuanto a las pretensiones vigésima segunda, vigésima tercera, vigésima cuarta, vigésima quinta, vigésima sexta, vigésima séptima, vigésimo novena y primera subsidiaria a la vigésima octava; y las de condena identificadas como primera subsidiaria a la pretensión primera de condena, segunda pretensión principal de condena, primera subsidiaria a la segunda principal de condena, tercera pretensión principal de condena, y primera subsidiaria de la pretensión tercera principal de condena, el Tribunal de Arbitramento declaró ser competente para resolverlas y dispuso negarlas.

Para llegar a la anterior decisión, tal y como se puso de presente al momento de examinar la causal 7ª de anulación invocada por la parte recurrente, el Tribunal de Arbitramento analizó de manera amplia y detallada las razones por las cuales consideró no ser competente⁶⁶ para resolver las pretensiones relacionadas con la posición contractual de la ANI en el contrato de concesión No. 0849 de 1995 y las que tenían que ver con el incumplimiento del acuerdo suscrito el 28 de noviembre de 2007. En efecto, en el laudo se analizaron: (i) el pacto arbitral (ii) el acuerdo conciliatorio del 28 de noviembre de 2007; (ii) el acta No. 35 de 11 de diciembre de

⁶⁶ Fl. 180 a 216, C. Ppal.

2007, que contiene el auto aprobatorio de dicha conciliación; (iv) la demanda arbitral promovida por CSS Constructores el 4 de septiembre de 2014; (v) el acuerdo conciliatorio del 22 de mayo de 2015; (vi) el acta No. 10 de septiembre de 2015; (vii) los efectos e incidencia del auto No. 12 del 30 de septiembre de 2015, proferido en el tribunal arbitral radicado 3567, que improbió la conciliación y declaró terminado dicho proceso arbitral por falta de competencia; y (viii) las pretensiones de la nueva demanda arbitral y aquella radicada el 4 de septiembre de 2014.

Asimismo, se observa que el Tribunal explicó de manera suficiente las razones por las cuales negó⁶⁷ las pretensiones que giraban en torno a la existencia de una novación de la obligación contenida en el acuerdo conciliatorio suscrito del 28 de noviembre de 2007. El fundamento del laudo arbitral sobre el particular, fue el siguiente:

“Lo expresado en el citado Acuerdo Conciliatorio de 22 de mayo de 2015 en cuanto al Otrosí de 30 de enero de 2014, confirma, entonces, el entendimiento que el Tribunal ya dejó plasmado en líneas anteriores sobre el alcance de dicho adendo contractual, el cual, lejos de exteriorizar un acuerdo novatorio encaminado a la extinción de la obligación de pago del saldo reconocido en el «Tribunal Puentes», para ser reemplazada por la obligación de someter la definición de dicho saldo al mecanismo de solución de controversias establecida en el Contrato de Concesión No. 0849, lo que denota, como se hace explícito en el Considerando No. 5, es, simplemente, que en relación con la controversia vinculada al saldo pendiente de pago derivado de la conciliación aprobada en el 2007 -al igual que las demás controversias contenidas en las "BASES DE CONVERSACIONES" que no fueron objeto de arreglo en el Otrosí de enero de 2014-, quedaba abierta su definición a través del mecanismo arbitral previsto en el Contrato de Concesión, sin que se vislumbre, ni por asomo, de otro lado, una abierta e irresoluble incompatibilidad que permita deducir de tal circunstancia una intención tácita de novar. De otra parte, no se puede perder de vista que aún en el evento en que el Acuerdo Conciliatorio de 22 de mayo de 2015 hubiese recibido las aprobaciones requeridas para su eficacia, su alcance no podría ser entendido, per se, como novatorio -o ratificadorio de la novación- de la obligación de pago del saldo derivado del Acuerdo Conciliatorio de 2007.

La conciliación, según lo ha precisado la Corte Constitucional, "[...] desde sus orígenes ha tenido como finalidad especial y primordial servir de medio para superar situaciones de conflicto y ha sido empleada para que las controversias sean solucionadas pacíficamente por las mismas partes, quienes con la ayuda de un tercero plantean soluciones para superar las controversias presentadas". 112 Al tratarse de la conciliación, así como la transacción, de mecanismos alternos de solución de conflictos que encuentran su sustrato en el acuerdo logrado por las partes en disputa para

⁶⁷ Fl. 222 a 237, C. Ppal.

eliminar las diferencias existentes -en la conciliación con el concurso de un intermediario que es el conciliador, mientras que en la transacción de manera directa por los interesados-, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido que ambas figuras comparten la misma naturaleza jurídica 113, y en este sentido, como es bien sabido, pueden dar lugar a la extinción de obligaciones, como de manera expresa lo reconoce el legislador al estatuir la transacción como un modo posible, diverso a la novación, de poner fin a vínculos obligacionales (numeral 3 del artículo 1625 del C.C.)”.

De igual manera, se advierte que las excepciones formuladas en la contestación de la demanda (falta de competencia por configurarse la cosa juzgada⁶⁸, falta de competencia por configurarse la caducidad⁶⁹, del carácter meramente ejecutivo del presente asunto, la suscripción del otrosí de 2014 jamás novó obligaciones no revivió términos de caducidad y la ausencia de prueba del incumplimiento de las obligaciones de la ANI), fueron examinadas en capítulos aparte del laudo arbitral y su análisis se llevó a cabo *“solo en relación con aquel grupo restante de pretensiones frente al cual el Tribunal no encontró óbice para su conocimiento como consecuencia de la falta de competencia declarada en el referido proceso arbitral No. 3567, asociadas, como se indicó, a un planteamiento de novación obligacional formulado por la sociedad actora, las cuales, según quedó expresado, están contenidas en las pretensiones declarativas vigésima segunda, vigésima tercera, vigésima cuarta, vigésima quinta, vigésima sexta, vigésima séptima y primear subsidiaria a la vigésima octava”*, razón por la cual fueron desestimadas en la parte resolutive del laudo, en donde se dispuso lo siguiente:

“RESUELVE:

(...)

CUARTO: *Desestimar, en los términos y por las razones indicadas en la parte motiva, las excepciones formuladas por la AGENCIA DE INFRAESTRUCTURA - ANI BAJO LOS RÓTULOS DE “1. DE LA FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL PARA CONOCER DEL PRESENTE ASUNTO”: “1.1 POR CONFIGURARSE LA COSA JUZGADA” y 1.2. POR CONFIGURARSE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN; “2. LA SUSCRIPCIÓN DEL OTROSÍ DE 2014 JAMÁS NOVÓ OBLIGACIONES NI REVIVIÓ TÉRMINOS DE CADUCIDAD”; “3. AUSENCIA DE PRUEBA DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES DE LA ANI”; 2. (SIC) EXCEPCIÓN GENÉRICA”.*

De lo anterior se desprende, claramente, que en el laudo arbitral recurrido existió un pronunciamiento frente a cada una de las excepciones formuladas en la contestación a la demanda.

⁶⁸ Fl. 216 a 220, C. Ppal.

⁶⁹ Fl. 220 y 221, C. Ppal

Así, concluye la Sala que el cargo analizado no configura la causal de anulación prevista en el numeral 9° del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, puesto que en el laudo arbitral del 21 de marzo de 2018, aclarado el 3 de abril de 20108, el Tribunal de Arbitramento: (i) se pronunció respecto de su competencia para pronunciarse sobre algunas pretensiones de la demanda; (ii) resolvió de fondo aquellas pretensiones frente a las cuales consideró ser competente; y (iii) desestimó las excepciones propuestas.

Por lo anterior, no prosperando las causales invocadas por CSS CONSTRUCTORES S.A., es consecuencia obligada declarar infundado el recurso extraordinario de anulación y condenar en costas al recurrente.

4. Condena en costas

Comoquiera que se declarará infundado el recurso de anulación, tiene aplicación lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 1563 de 2012 de acuerdo con el cual *“Si el recurso no prospera se condenará en costas al recurrente, salvo que dicho recurso haya sido presentado por el Ministerio Público”*.

Como consecuencia, se dispondrá la fijación de costas por la Secretaría de la Sección Tercera del Consejo de Estado, para efectos de la aprobación mediante auto, de acuerdo con el procedimiento del artículo 366 del Código General del Proceso.

Para ello, dado que no aparecen acreditadas expensas o gastos que se hubieren efectuado con ocasión del recurso de anulación, sólo habrá lugar al pago de las agencias en derecho⁷⁰ a cargo de CSS CONSTRUCTORES S.A., que se fijarán en diez (10) SMLMV a la fecha de la presente providencia.

Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en Acuerdo 1887 de 2003 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, el cual resulta aplicable en el presente caso, a pesar de haber sido derogado por el Acuerdo 10554 del 5 de agosto 2016, pues este último Acuerdo, al tenor de su artículo 7º, rige respecto de los procesos iniciados a partir del 5 de agosto de 2016 y en el *subjudice* la demanda arbitral fue presentada el 22 de abril de 2016, tal como ha sido analizado

⁷⁰ Art. 365 y ss. CGP.

por la jurisprudencia de esta Corporación, la cual ha precisado que el recurso de anulación no se considera un nuevo proceso respecto del proceso arbitral⁷¹.

En este orden de ideas, se han tenido en cuenta las tarifas establecidas en el numeral 1.12.2.3 del artículo 6º del Acuerdo 1887 de 2003, que fijó las agencias en derecho por los recursos de anulación de laudos arbitrales presentados ante la jurisdicción ordinaria en hasta veinte (20) salarios mínimos mensuales legales vigentes. Se hace uso de esta norma en virtud del artículo 5º del mismo Acuerdo, que permite aplicar por analogía dicha tarifa a asuntos similares y no contemplados en el Acuerdo, como es el caso de los recursos de anulación de laudos arbitrales promovidos ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

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

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADO el recurso extraordinario de anulación interpuesto por CSS CONSTRUCTORES S.A contra el laudo arbitral del 21 de marzo de 2018, aclarado el 3 de abril de 2018.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la sociedad CSS CONSTRUCTORES S.A. Por Secretaría de la Sección, líquidense e inclúyase, por concepto de agencias en derecho, la suma equivalente a diez (10) SMLMV a la fecha de la presente providencia.

TERCERO: ACEPTAR la renuncia presentada por el doctor ALEJANDRO GUTIÉRREZ RAMÍREZ al poder conferido por la Agencia Nacional de Infraestructura ANI.

CUARTO: RECONOCER personería al doctor ANDRÉS MAURICIO ORTIZ MAYA, Coordinador del Grupo Interno de Trabajo de Defensa Judicial de la

⁷¹ Al respecto véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Consejero Ponente: Alberto Montaña Plata, 19 de junio de 2019, Radicación 61809 y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 10 de abril de 2019, Radicación 62596.

Agencia Nacional de Infraestructura ANI, en los términos y para los efectos establecidos en el numeral 3º del Artículo 13 de la Resolución 2042 del 7 de noviembre de 2018.

QUINTO: En firme esta providencia envíese el expediente al Tribunal de Arbitramento de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrado

NICOLÁS YEPES CORRALES
Magistrado