

**CONSEJO DE ESTADO - Sección Tercera / COMPETENCIA SECCION TERCERA - Anulación de laudos arbitrales / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION - Competencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado / COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO - Para conocer de la impugnación de un laudo arbitral cuando una de las partes sea una entidad pública**

El Consejo de Estado es competente para conocer del presente recurso de anulación contra laudo arbitral, por cuanto fue proferido para dirimir un conflicto surgido con ocasión del contrato 2000-001, en el que una de las partes, Departamento del Atlántico, es una entidad pública. Por consiguiente, como quiera que en el negocio jurídico fuente del conflicto una de las partes es una entidad pública, esta Corporación resulta competente para conocer la impugnación del laudo arbitral que se somete a su consideración, toda vez que con la expedición de la Ley 1107 de 2006, el Legislador asignó, a la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo, la competencia para juzgar las controversias en las cuales sean parte las "entidades públicas".

**FUENTE FORMAL:** LEY 1107 DE 2006

**ARBITRAMIENTO - Recurso extraordinario de anulación / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION - Finalidad. Características / RECURSO DE ANULACION - No puede utilizarse como si se tratara de una segunda instancia**

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

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre el recurso extraordinario de anulación, ver sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera, de junio 8 de 2006, exp. 29476 y exp. 32398, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

**CAUSALES DE ANULACION DE LAUDOS ARBITRALES - Antecedentes normativos / LAUDOS ARBITRALES - Dualidad de causales de anulación / CAUSALES DE ANULACION DE LAUDOS ARBITRALES - A partir de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007 / UNIFICACION DE LAS CAUSALES DE ANULACION DE LAUDOS ARBITRALES - El régimen jurídico del contrato es irrelevante a partir de la modificación introducida por la Ley 1150 de 2007**

Conviene también puntualizar que, con anterioridad a la modificación que sufrió el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 por cuenta del artículo 22 de la Ley 1150 de 16 de julio de 2007, las causales de anulación de laudos arbitrales se encontraban previstas en dos normas: la primera en el citado artículo 72 aplicable a los contratos estatales; y la segunda en el artículo 38 del Decreto ley 2279 de 1989, para los contratos regidos exclusivamente por el derecho privado, compiladas ambas en los artículos 230 y 163 del Decreto 1818 de 1998, respectivamente.

Además, según la jurisprudencia que desarrolló la Sala al amparo del texto original de la Ley 80 de 1993, las causales de anulación que resultaban aplicables a un contrato celebrado por una entidad pública pero regido por el derecho privado, debían ser las contenidas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998; en efecto, así lo señaló para cuando una empresa de servicios públicos de naturaleza estatal celebrara un contrato amparado por el derecho privado, en conformidad con los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994. Empero, este tema que motivó a la dualidad de causales de anulación de laudos arbitrales, se encuentra superado en la actualidad, por cuanto la Ley 1150 de 16 de julio de 2007, modificó en su artículo 22 el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 (...) Así las cosas, a partir de la vigencia del anterior precepto, se unificó el sistema de las causales para los recursos de anulación contra laudos ante el contencioso administrativo, en el sentido de que corresponden a las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, compilado en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, con independencia de que el contrato origen del conflicto dirimido en el respectivo laudo arbitral sea regido por el derecho privado o por el estatuto de contratación de la Administración Pública. En consecuencia, como quiera que en el *sub examine* tanto la expedición del laudo arbitral como la interposición del recurso extraordinario contra el mismo ocurrieron los días 5 y 12 de mayo de 2009, respectivamente, esto es cuando se encontraba vigente la reforma al sistema de impugnación, entonces las causales de anulación que resultan aplicables son las establecidas por el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, que compiló el artículo 38 del Decreto ley 2279 de 1989.

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

**FALLO EN CONCIENCIA - Noción. Características / FALLO EN CONCIENCIA - Definición. Concepto / FALLO EN CONCIENCIA - Principio de equidad / FALLO EN CONCIENCIA - El juez decide lo que le dicta su propio fuero interno basado exclusivamente en el principio de equidad**

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

**NOTA DE RELATORIA:** En relación con el fallo en conciencia, ver sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, de abril 27 de 1999, exp.15623, M.P. Daniel Suárez Hernández y de abril 16 de 2000, exp. 18411, M.P. María Elena Giraldo Gómez.

**FALLO EN DERECHO - Noción. Concepto. Características**

En el fallo en derecho el juez debe apoyarse en el ordenamiento jurídico, esto es, en el conjunto de normas sustanciales y procesales, así como en los principios

que lo integran, que constituyen el marco de referencia en el que se ha de encuadrar su decisión.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre los requisitos y alcances de la causal relativa a haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, ver sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, de abril 3 de 1992, exp. 6695, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

**DECISION EQUIVOCADA - No se identifica con decisión en conciencia / RECURSO DE ANULACION - No puede utilizarse como si se tratara de una segunda instancia / FALLO EN CONCIENCIA - Noción. Características / FALLO EN DERECHO - Cuando deja de lado en forma ostensible el marco jurídico aplicable para basarse en la mera equidad se asimila a un fallo en conciencia / FALLO EN CONCIENCIA - Fallo con pretermisión de la totalidad de las pruebas**

La Sección también ha señalado que la decisión equivocada no se identifica con la decisión en conciencia, razón por la que la causal de anulación en comento no puede justificar -por parte del juez del recurso- la revisión de la argumentación jurídica elaborada por el Tribunal de Arbitramento (sentencia de 28 de noviembre de 2002, exp. 22.191). Además, la jurisprudencia ha puntualizado que para que se configure un fallo en conciencia, es necesario que dicha circunstancia sea evidente, ostensible y clara, por cuanto no resulta admisible que con esta causal se abra un debate propio de la segunda instancia. Igualmente, la Sala ha sostenido que el fallo en conciencia no es sólo aquel que no se ha constituido sobre normas jurídicas, sino que puede presentarse cuando se falla sin pruebas de los hechos que originan las pretensiones o las excepciones, esto es, con pretermisión de la totalidad de las pruebas que obran en el proceso (...) la posición de la Sala ha dejado a salvo la libertad de valoración de las pruebas de que gozan los árbitros, sin que sea posible, a través de este recurso y a partir de la discusión del tema probatorio, cuestionar sus apreciaciones al respecto, pues sólo cuando se está en presencia de un claro y manifiesto desconocimiento del acervo probatorio, se podría predicar que se presentó un fallo en conciencia. De modo que con base en esta causal no será posible verificar el fondo del fallo, ni menos aún modificar el valor probatorio que el juzgador le otorgó a cada una de las pruebas, en atención a los límites que la ley ha fijado a este recurso. Por vía de esta causal no es, pues, viable plantear y menos aún estudiar una violación indirecta a la norma sustancial por la existencia de errores de hecho o de derecho al valorar las pruebas en el asunto concreto.

**NOTA DE RELATORIA:** En relación con el fallo en conciencia, ver sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, de julio 5 de 2006, exp. 31887, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

**NORMAS DE DERECHO SUSTANCIAL - Violación. Transgresión / NORMAS DE DERECHO SUSTANCIAL - Violación directa e indirecta**

Al quebrantamiento de las normas de derecho sustancial puede llegarse por dos vías diferentes: la directa y la indirecta; la primera cuando con independencia de la prueba, el juzgador al dictar sentencia, infringe la norma por falta de aplicación, por indebida aplicación o por interpretación errónea; al paso que en la segunda incurre en esa violación por errores en relación con las pruebas producidas en el proceso para acreditar las circunstancias fácticas relevantes del litigio, bien por error de hecho evidente o manifiesto o bien por error de derecho.

**NOTA DE RELATORIA:** En cuanto al error de hecho y error de derecho, ver sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil: No. 065, de julio 13 de 1995; No. 34, de agosto 10 de 1999; No. 035, de agosto 17 de 1999; No. 111, de diciembre 1 de 1999. Respecto al error de hecho, consultar, sentencia No. 06, de febrero 12 de 1998; No. 04, de marzo 11 de 1999; exp. 6347, de febrero 14 de 2001; exp. 6399, de febrero 23 de 2001; exp. 5924, de mayo 21 de 2001, entre otras. Y, sobre error de derecho, ver, auto No. 307, de noviembre 25 de 1997; sentencia No. 009, de abril 22 de 1997; sentencia No. 019, de junio 8 de 1999.

#### **ERROR PROBATORIO DE HECHO - Concepto. Noción. Definición**

El error probatorio de hecho ocurre cuando el Tribunal cree equivocadamente en la existencia o inexistencia de un medio probatorio en el proceso o cuando al existente le da una interpretación ostensiblemente contraria a su contenido real, es decir, cuando desacierta en la contemplación objetiva de la prueba, en cuanto la omitió, ignoró o creyó que existía o al apreciarla distorsionó la situación fáctica.

**NOTA DE RELATORIA:** Al respecto, consultar Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia No. 34 de 10 de agosto de 1999.

#### **ERROR DE DERECHO - Concepto. Noción. Definición / ERROR DE HECHO - Falsa noción del hecho / ERROR DE DERECHO - Equivocada noción de la Ley probatoria**

El error de derecho se presenta cuando la prueba fue exacta y objetivamente apreciada, pero, al valorarla o contemplarla jurídicamente, el juzgador infringe las normas legales que regulan tanto su producción (decreto, aducción y práctica), como su eficacia al determinarle una fuerza de convicción que la ley no le asigna, es decir, vio la prueba en su materialidad misma, pero no le otorgó el valor demostrativo que la ley le asigna, o le atribuyó uno que ésta le niega. Por tanto, en el error de hecho se trata de una falsa noción del hecho, y en el error de derecho, de una equivocada noción de la ley probatoria.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema, consultar sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de octubre 19 de 2000, exp. 5442. En igual sentido, ver, auto No. 307 de noviembre 25 de 1997.

#### **CAUSAL DE ANULACION - Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo / FALLO EN CONCIENCIA Y NO EN DERECHO - No prosperidad del cargo / FALLO EN CONCIENCIA - Fallo con absoluto desconocimiento de las normas jurídicas y ausencia total de valoración del acervo probatorio / FALLO EN DERECHO - Interpretación y aplicación de la ley por parte del juez arbitral**

En el caso concreto, el recurrente considera que el laudo se profirió en conciencia y no en derecho, incurriéndose en la causal de anulación invocada, porque el Tribunal pasó por alto las pruebas que obran en el proceso y decretó otras que “no estaban permitidas que las decretara”. Este cargo no está llamado a prosperar, pues, contrario a lo esgrimido por el recurrente, la sola lectura del laudo arbitral acusado, permite concluir sin hesitación alguna que el mismo se profirió en derecho y no en conciencia. En efecto, observa la Sala que el Tribunal Arbitral adoptó su decisión luego de un análisis en derecho que implicó abordar los siguientes aspectos: i) Estudio legal y jurisprudencial sobre la mayor permanencia en obra no

aceptada, ni reconocida por el ente territorial convocado; ii) Análisis de los costos financieros del crédito de Serfinsa; iii) Estudio de las excepciones a la demanda (inexistencia de la obligación y causa ilícita); Ahora bien, como ya se precisó para que se configure la causal de anulación invocada por el censor, es necesario que sea manifiesta y ostensible la circunstancia de que el fallo se profirió en conciencia, o sea, con absoluto desconocimiento de las normas jurídicas y ausencia total de valoración del acervo probatorio que obra en el proceso. Sin embargo, verificado el contenido del laudo arbitral acusado salta a la vista todo lo contrario, esto es, que fue proferido con base en el derecho positivo vigente, dado que cumple con los presupuestos de esa modalidad arbitral, por cuanto se encuentra estructurado en normas jurídicas y en las pruebas obrantes en el expediente, sin que sea menester entrar a juzgar en sede de este recurso extraordinario de anulación el acierto o desacierto de los razonamientos jurídicos de los árbitros, de la aplicación de la ley y del mérito que le otorgó al acervo probatorio, pues ello no está previsto dentro de las causales de anulación de laudos arbitrales, en conformidad con lo explicado al comienzo de la parte considerativa de esta providencia. Para la Sala las apreciaciones y conclusiones del laudo no son indicativas de un fallo en conciencia, sino de una decisión en derecho, producto de la interpretación y aplicación de la ley por parte del juez arbitral con el fin de resolver la controversia que le fue sometida a su resolución, sin que para que se predique tal connotación de la providencia necesariamente deba coincidir con las argumentaciones de las partes.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163 NUMERAL 6

**CAUSAL DE ANULACION - Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido / HABER RECAIDO EL LAUDO SOBRE PUNTOS NO SUJETOS A LA DECISION DE LOS ARBITROS O HABERSE CONCEDIDO MAS DE LO PEDIDO - Alcance de la causal de anulación / HABER RECAIDO EL LAUDO SOBRE PUNTOS NO SUJETOS A LA DECISION DE LOS ARBITROS O HABERSE CONCEDIDO MAS DE LO PEDIDO - Eventos para la configuración de la causal**

Cabe precisar que la causal contenida en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, desarrolla de una parte, el principio de congruencia consagrado en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 1, numeral 135 del Decreto-Ley 2282 de 1989, pues prevé los eventos de fallos o laudos ultra y extra petita, esto es, que deciden mas allá o por fuera de la materia arbitral, y de otra, sanciona eventos en los cuales el tribunal de arbitramento obra sin competencia. En otros términos, para que el laudo arbitral no sea susceptible de anulación por la causal en mención, debe estar en estrecha identidad y resultar armónico con las pretensiones formuladas en la demanda, los hechos puestos en conocimiento por las partes en las oportunidades que el ordenamiento procesal contempla, y las excepciones que hubieren sido alegadas o resulten probadas; y dentro de los límites previstos en el pacto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso) celebrado por las partes, en la ley y en la Constitución Política, fuentes éstas que otorgan y enmarcan la competencia de los árbitros. Así, el aparte correspondiente a la causal de anulación “por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros”, se relaciona, entonces, con la extralimitación o exceso en la órbita de competencia que la Constitución y la Ley, el pacto o convención arbitral y la relación jurídico procesal que emana del propio conflicto particular que presentan las partes con la convocatoria del Tribunal, les otorga a aquéllos como materia de conocimiento y decisión, por lo que se considera que contempla las siguientes hipótesis de configuración: i) El laudo recayó sobre materias que no eran susceptibles de ser

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

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163 NUMERAL 8 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 305 / DECRETO LEY 2282 DE 1989 - ARTICULO 1 NUMERAL 135

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre este tema, consultar, sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de marzo 26 de 2001, exp. 5562; del Consejo de Estado, ver, sentencia de abril 4 de 2002, exp. 20356, M.P. María Elena Giraldo Gómez; de mayo 15 de 1992, exp. 5326, M.P. Daniel Suárez Hernández, de junio 8 de 2006, exp. 29476 y de junio 8 de 2006, exp. 32398, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

**HABER RECAIDO EL LAUDO SOBRE PUNTOS NO SUJETOS A LA DECISION DE LOS ARBITROS - No configuración de la causal / ARBITRAJE - Mecanismo de heterocomposición / EL COMPROMISO Y LA CLAUSULA COMPROMISORIA - Deben ser interpretados conforme a la Constitución / COMPROMISO Y CLAUSULA COMPROMISORIA - No deben impedir al juez arbitral entrar a estudiar y decidir asuntos propios a su función jurisdiccional transitoria / DERECHO FUNDAMENTAL DE ADMINISTRACION DE JUSTICIA - Interpretación del compromiso no puede limitar la capacidad del juez para entrar a determinar las razones o motivos de la mayor permanencia en obra / MAYOR PERMANENCIA EN OBRA - El juez del contrato debe estudiar las razones o motivos de la mayor permanencia en obra**

Las censuras del recurrente se refieren a uno de los supuestos de que trata la causal del No. 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1993, esto es, que el laudo recayó sobre puntos no sujetos a decisión de los árbitros previsto en el aparte primero. Planteamiento que induce a la Sala a abordar los temas relacionados con la competencia del Tribunal Arbitral para resolver la controversia sometida a su conocimiento y los requisitos legales para adoptar la decisión, así como a realizar un proceso comparativo de la relación jurídico procesal, definida por las pretensiones y las excepciones de las partes, sobre las que está obligado a pronunciarse el juez arbitral, con el fin de verificar si la decisión adoptada respetó el principio de congruencia en el sentido que fue materia de explicación en precedencia. El recurrente edifica su impugnación -y el Ministerio Público comparte esta censura- en que las partes en el acta de liquidación al pactar un compromiso, limitaron el ámbito de acción del juez arbitral a resolver la controversia relativa al "tiempo" de mayor permanencia en obra y no sobre si esta última había tenido lugar o no. La Sala advierte que no se configura la causal, puesto que si bien el arbitraje, como mecanismo de heterocomposición de conflictos, nace del ejercicio de la voluntad de las partes, la interpretación que se

haga del compromiso a que se llegue en desarrollo de la autonomía negocial, no puede llegar a suponer una limitación a las atribuciones judiciales propias que -por ministerio de la Constitución- le han sido otorgadas transitoriamente a la justicia arbitral, en temas que son inescindibles a la decisión del conflicto que se somete a su consideración. Si una controversia, como sucede en este caso, gira en torno al tiempo de mayor permanencia en obra, es apenas natural y obvio que el juzgador (sea arbitral o institucional) deba en primer lugar establecer por los medios de convicción pertinentes -como procedió a hacerse en esta ocasión- a quién resultaba imputable y las causas de esa mayor permanencia en obra. La Sala destaca que del propio contenido del compromiso suscrito en el Acta de Liquidación bilateral del contrato de obra No. 2000-01 se desprende que las partes habilitaron al juez arbitral -como era apenas natural- para el estudio de las circunstancias que rodearon esa mayor permanencia en obra, y por supuesto a quién resultaba atribuible. En efecto, este acto jurídico tenía como objeto investir a los árbitros del deber que de ordinario ostenta el Estado para que dirimiesen una controversia y por ende determinasen si se había configurado la mayor permanencia en obra, a quién resultaba imputable y por cuánto tiempo se presentó.

**INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS A PARTIR DE LA COMMUNIS INTENTIO - Intención de las partes de un contrato/ FUNCION PUBLICA JURISDICCIONAL ASIGNADA A LOS ARBITROS - No puede convertirse en una simple atribución liquidadora de sumas adeudadas / VIOLACION AL DERECHO FUNDAMENTAL DE ADMINISTRACION DE JUSTICIA - Interpretación del compromiso como una limitante del juez del contrato para entrar a determinar las razones o motivos de la mayor permanencia en obra**

A partir de la *communis intentio* que aparece exteriorizada en el cuerpo de la cláusula transcrita se concluye que las partes tenían en claro que el juzgador arbitral debía establecer “si eran procedentes los requerimientos pretendidos por el contratista”, o lo que es igual, que le correspondía determinar a quién era imputable la mayor cantidad de obra. La intención de las partes no era, pues, en modo alguno relevar al juzgador del estudio de la procedencia o no de lo reclamado por el contratista, sino que -muy por el contrario- lo que estaban acordando era depositar en un tercero de manera transitoria esa facultad que de ordinario está radicada en los jueces de la República, para que éste -luego de evaluar los medios de prueba respectivos- determinase quién era responsable de esa mayor permanencia en obra y -en consecuencia- estableciese (si había lugar a ello) cuánto era el tiempo de la misma. (...) aún admitiendo, en gracia de discusión, que la intención común de los contratantes en este caso no correspondía con las palabras usadas en la cláusula de marras, no puede perderse de vista que en tanto función pública constitucional (*iudicare munus publicum est- Paulo*), la jurisdiccional no puede convertirse tratándose de procesos de cognición como son justamente los de naturaleza arbitral -como insinúa el recurrente- en una simple atribución liquidadora de sumas que se estiman adeudadas, como si se tratase de un trámite incidental, sin que previamente a ello el juez determine (i) si efectivamente tuvo lugar la mayor permanencia en obra y (ii) las razones o motivos de la misma, en orden a establecer si hay lugar o no a indemnizarla. Pretender que el compromiso acordado por las partes en el acta de liquidación inhibía al fallador para escudriñar y establecer si había lugar o no a los reconocimientos que se reclamaban, constituye no sólo una visión inconsecuente con la tarea asignada a los árbitros -en tanto jueces- sino que, además, violenta claramente el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia (art. 229 C.P., art. 2 de la Ley 270 de 1996 LEAJ).

**FUENTE FORMAL:** LEY 270 DE 1996 - ARTICULO 2 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 229

**ARBITROS - Facultades. Potestades / EL COMPROMISO O LA CLAUSULA COMPROMISORIA - No pueden ser interpretados de manera que la labor del juez termine siendo un trámite de homologación**

Por mandato constitucional (inc. 4 del artículo 116 Superior), los árbitros son transitoriamente verdaderos jueces y están habilitados para proferir fallos, en los términos que determine la Ley. Si la jurisdicción recae en el Estado y esa faceta del poder público está concebida para sustituir la voluntad de las partes, lo acordado por éstas no podría interpretarse –sin infracción abierta de la Constitución- como limitante para que el juzgador determine previamente lo esencial, vale decir, a quién o a quiénes resultó imputable el asunto que se pone a su consideración, antes de establecer lo accidental: el quantum o el término en que tuvo lugar esa circunstancia anómala. En otras palabras, los términos en que se pactó el compromiso o la cláusula compromisoria no pueden ser interpretados de manera que la labor del juez termine siendo una especie de “trámite de homologación”, a lo previamente decidido por las partes en relación con el conflicto que se presenta.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 116 INCISO 4

**COMPROMISO O CLAUSULA COMPROMISORIA - Interpretación / EL COMPROMISO O LA CLAUSULA COMPROMISORIA - No puede vaciar de contenido la función judicial arbitral para reducirla a una especie de atribución notarial**

Si el juez no pudiera –como corresponde a su alta misión- entrar al fondo del asunto para poder desatar la contienda y establecer en primer lugar -con base en los medios de prueba respectivos- las causas de la mayor permanencia en obra que las partes controvierten y a quién resultan imputables, la función judicial arbitral estaría cercenada en su esencia y naturaleza misma. Lo cual obviamente, desde la perspectiva constitucional, resulta francamente inadmisibles. Los compromisos a que lleguen los particulares no pueden ser luego interpretados de tal manera que tornen nugatoria la labor judicial que ha sido encomendada transitoriamente a los árbitros, por virtud de mandato fundamental, al punto de vedarles estudiar presupuestos más que elementales para poder entrar a decidir el asunto que se les somete a su consideración. Como es justamente –en el sub examine- a quién puede resultar imputable la mayor permanencia de obra y, en consecuencia, si esta resulta o no indemnizable. Por ello como la interpretación que propone el recurrente entraña un obstáculo o restricción que tiene por efecto limitar y comprometer irracional y sustancialmente el derecho fundamental de acceso a la justicia, no resulta admisible a la luz de la Constitución Política. En efecto, el ejercicio del poder dispositivo de sus intereses, propio de los intervinientes en un mecanismo de autocomposición de conflictos, no permite vaciar de contenido la función judicial misma, para reducirla a una nueva especie de atribución notarial, en la que el juzgador sólo se limitaría, calendario en mano, a establecer las fechas en las que tuvo lugar la situación que desencadena la indemnización. Una interpretación del compromiso pactado, como la que plantea el censor, sin duda impediría el acceso pleno y efectivo al mecanismo heterocompositivo de resolución de conflictos arbitral y, con ella, se abrirían las puertas a una justicia que estaría encargada de legitimar acuerdos entre las partes que bien podrían ser contrarios al orden jurídico o al patrimonio público.

**MAYOR TIEMPO DE PERMANENCIA EN OBRA - Competencia del Tribunal Arbitral para estudio y pronunciamiento sobre la mayor permanencia en obra / COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL - Permite análisis y decisión del juez sobre los motivos de la mayor permanencia en obra**

El estudio y pronunciamiento sobre las razones o motivos de la mayor permanencia en obra, no resultaba extraño a la competencia del Tribunal, toda vez que dicha materia era presupuesto para poder determinar a quién resultaba imputable y con cargo a cuál presupuesto era que debía asumirse la responsabilidad que eventualmente pudiera derivarse de ese estudio.

**JUEZ ARBITRAL - Poderes. Potestades**

Cuando al juez arbitral se le encarga de conocer de una controversia que el legislador atribuyó a la jurisdicción en lo contencioso administrativo, los poderes de ese árbitro son tan amplios y limitados como los del juez administrativo. No se olvide que el artículo 164 del Código Contencioso Administrativo ordena que en la sentencia se decidirá no sólo sobre las excepciones propuestas, sino también y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada y agrega que el silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la reformatio in pejus. Se trata, entonces, de una facultad mucho más amplia que la prevista en el artículo 306 del C.P.C.

**FUENTE FORMAL:** CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 164 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 306

**JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Facultades. Potestades / EXCEPCIONES EN PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - El juez administrativo está habilitado para declarar de oficio todas las excepciones que encuentre probadas / EXCEPCIONES PROBADAS EN TRIBUNALES DE ARBITRAMIENTO - El juez arbitral está dotado de las mismas facultades oficiosas del juez administrativo**

La ausencia de limitaciones del juez contencioso administrativo para decidir sobre todas las excepciones que resulten probadas, propuestas o no, dejando a salvo la prohibición de reformatio in pejus, se explica porque los representantes del Estado no pueden renunciar a la prescripción, ni sanear la nulidad sustancial relativa, dado que ello equivaldría a disponer, sin las formalidades legales, de derechos sustanciales de las entidades públicas. Si el juez administrativo por mandato legal está facultado para decidir no sólo sobre las excepciones propuestas sino sobre cualquier otra que encuentre probada, el juez arbitral -sin riesgo de violar la congruencia con el compromiso y las pretensiones- está igualmente habilitado para declarar de oficio todas las excepciones que encuentre probadas en el juicio arbitral. A este respecto la Sala reitera que los árbitros deben resolver sobre todas aquellas cuestiones que, de conformidad con la ley, deban ser objeto de definición en el proceso, a menos que, dado el contenido de la decisión definitiva que haya de adoptarse, su resolución resulte totalmente intrascendente. Con base en lo prescrito en los artículos 306 del CPC y 164 del CCA la jurisprudencia tiene determinado que el juez arbitral no está limitado a decidir únicamente las cuestiones que le han sido planteadas en el proceso por las partes, "puesto que en virtud del marco legal de su competencia, existen otros asuntos que por mandato de la ley está llamado a resolver, así no hayan sido materia de la demanda o de la contestación, es decir, así no sean cuestiones propuestas expresamente por las partes; se trata entonces, del ejercicio de facultades

oficiosas que le han sido atribuidas directamente por el ordenamiento jurídico, en su calidad de juez, aunque la misma sea temporal”.

**FUENTE FORMAL:** CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 306 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 164

**NOTA DE RELATORIA:** Acerca de las facultades oficiosas del juez arbitral, ver sentencias de marzo 10 de 2005, exp. 28308, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; y de marzo 7 de 2007, exp. 32399, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

**MAYOR TIEMPO DE PERMANENCIA EN OBRA - Pronunciamiento del juez sobre los motivos de la mayor permanencia en obra no es incongruente**

En el sub examine no se vislumbra un pronunciamiento incongruente, sino que –por el contrario- la decisión de abordar previamente la determinación de las causas por las cuales se dio esa mayor permanencia en obra, se ajusta no sólo a los mandatos propios de cualquier juzgador de este tipo de materias –sea éste arbitral o institucional- sino también al alcance dado a la controversia por la propia parte demandada y a lo acordado en el compromiso pactado. Conforme a lo anterior, el cargo expuesto por el impugnante no configura la causal de anulación de laudo arbitral prevista en el No. 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163

**CAUSAL DE ANULACION - No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento / NO HABERSE DECIDIDO SOBRE CUESTIONES SUJETAS AL ARBITRAMENTO - No configuración de la causal**

La causal “No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.” (numeral 9 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989), se configura cuando el laudo no decide todos los puntos objeto de arbitramento y en este evento se predica que el mismo es mínima o citra petita respecto de las pretensiones, excepciones procesales y demás aspectos de la relación jurídico procesal (artículos 304, 305 y 306 del C. de P. Civil; 87 y 164 del C.C.A). (...) La censura del recurrente, Unión Temporal Paz Social, se refiere a que el laudo no decidió la cuestión fundamental sujeta al arbitramento, que a su juicio no era otra que el “tiempo” de mayor permanencia en obra. Como ya se anotó al despachar negativamente el anterior cargo, el Tribunal acertó al estudiar previamente si había o no lugar a indemnizar la mayor permanencia de obra. Y si, como efectivamente, encontró que no existían medios de convicción para establecer a quién era imputable esta circunstancia, es apenas natural que, en consecuencia, no entrase a cuantificar el mayor tiempo de permanencia en obra.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 2279 DE 1989 - ARTICULO 38 NUMERAL 9 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 304 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 305 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 306 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 87 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 164

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION B**

**Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO**

Bogotá D.C., once (11) de agosto de dos mil once (2011)

**Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00072-00(37082)**

**Recurrente convocante: UNION TEMPORAL PAZ SOCIAL**

**Convocada: DEPARTAMENTO DEL ATLANTICO**

**Referencia: RECURSO DE ANULACION LAUDO ARBITRAL**

Decide la Sala el recurso de anulación interpuesto por UNIÓN TEMPORAL PAZ SOCIAL, en calidad de parte convocante en el trámite arbitral, contra el laudo proferido el 5 de mayo de 2009 por el Tribunal de Arbitramento convocado para resolver las controversias surgidas entre esa sociedad y el Departamento del Atlántico, en calidad de convocado, con ocasión del contrato 2000-001, mediante el cual se tomaron las siguientes decisiones:

“1. Sobre las excepciones propuestas contra la demanda arbitral:

Artículo primero. Declarase (sic) probada la excepción de inexistencia de la obligación, respecto de la solicitud de indemnización por mayor permanencia en obra presentada por la Unión Temporal Paz Social.

Artículo segundo. De conformidad con (sic) previsto en el artículo 306 del CCP (sic), el Tribunal se abstiene de pronunciarse sobre las demás excepciones propuestas.

2. Sobre las pretensiones de la demanda principal:

Artículo tercero. Deniéguese a la Unión Temporal convocante, el reconocimiento y pago de sumas de dinero por concepto de mayor permanencia en obra.

Artículo cuarto. Condenase (sic) al Departamento del Atlántico a pagar a la Unión Temporal Paz Social, la suma de doscientos veintidós millones seiscientos cuarenta y tres mil trescientos sesenta y cinco

pesos, correspondientes a los intereses y costos financieros pagados por esta a Serfinanssa.

Artículo quinto. Condenase (sic) al Departamento del Atlántico a pagar a la Unión Temporal Paz Social, el valor correspondiente a los intereses moratorios a la tasa máxima legal, sobre la suma señalada en el artículo 4, desde septiembre 3 de 2007, fecha del Acta de liquidación del Contrato, hasta cuando se produzca el pago.

Artículo sexto. Por las razones expuestas en la parte motiva, nieganse (sic) las pretensiones de la demanda de reconvención.

#### 4. Protocolización del expediente:

Artículo séptimo. Una vez en firme el presente laudo, se ordena la protocolización del expediente en una Notaría del Círculo de Barranquilla y ríndase cuenta a las partes de lo depositado para gastos del Tribunal.

#### 5. Recursos:

Artículo octavo. De conformidad con lo establecido en el artículo 160 del Decreto 1818 de 1998, el presente Laudo Arbitral podrá ser aclarado, corregido y complementado por el Tribunal de Arbitramento de oficio o a solicitud presentada por una de las partes dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que se dicta, caso en el cual y para efectos de la eventual decisión sobre aclaraciones, correcciones o adiciones, el Tribunal fija audiencia para el día 13 de mayo de 2009 a las 4:00 p.m., en la sede del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Barranquilla.

Artículo noveno: Entréguese (sic) copias auténticas a cada una de las partes del presente laudo, una vez finalice la presente audiencia.

Artículo décimo: Al prosperar parcialmente, tanto las excepciones como las pretensiones, este tribunal se abstiene de condenar en costas”.

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

## I. ANTECEDENTES

### 1. El contrato

Entre el Departamento del Atlántico y la Unión Temporal Paz Social se celebró el 12 de mayo de 2000, el contrato No. 2000-001 (copia auténtica a fls. 67 a 81 c. ppal. n° 1), cuyo objeto reza:

“Cláusula Primera. Objeto. El contratista se obliga para con el Departamento, a efectuar a precio global los ‘estudios y diseños definitivos y construcción de las obras de normalización urbana en los municipios de Soledad, Galapa, Sabanagrande, Malambo y el Corregimiento de la Playa (Distrito de Barranquilla)’, de acuerdo con los ítems mínimas y referenciales, que se describen en las Especificaciones que se establecen en los Pliegos de Condiciones de la Licitación Pública No. OPD-003 de 1999, de acuerdo al programa de trabajo presentado en la propuesta del Contratista, los cuales quedan integrados en este contrato, así como las disposiciones pertinentes aplicables y a las que debe sujetarse el presente contrato, teniendo en cuenta que se trata de un Proyecto integral de Normalización Urbana con unas características propias”.

## **2. El pacto arbitral**

En el Acta de Liquidación bilateral del contrato de obra No. 2000-01 (fls. 155 a 173 c. ppal. n° 1), de común acuerdo las partes en “atención a la controversia existente (...) han decidido deferir el asunto a un tribunal de arbitramento para lo cual suscriben un compromiso”, en los siguientes términos:

“CLÁUSULA PRIMERA.- Las partes manifiestan que entre ellas existe y se mantiene una controversia relativa al tiempo de mayor permanencia en obra, ya que el contratista reclama un tiempo de mayor permanencia en obra superior al reconocido por la entidad contratante. También existe una controversia entre las partes contratantes en cuanto a la diferencia entre el valor reconocido por el Departamento respecto de los costos financieros pagados por el contratista a Serfinansa en el año 2004 y los valores pretendidos por el contratista. En el evento de ser procedentes los reconocimientos pretendidos por el contratista deberá decidirse respecto de la procedencia o no de la actualización así como de los eventuales intereses de mora. Las partes dejan constancia que el valor sometido a la solución alternativa de conflicto que se pacta en el presente documento asciende a la suma de \$ 1.528.412.706, sin perjuicio de las actualizaciones o adiciones de intereses de mora que se

puedan entender causados en el evento en que así lo considere el Tribunal de Arbitramento respectivo.

CLÁUSULA SEGUNDA.- La diferencia indicada se resolverá por un Tribunal de Arbitramento, con sede en la ciudad de Barranquilla, de acuerdo con las siguientes reglas:

a. El tribunal estará integrado por tres árbitros. Los árbitros serán designados por las partes de común acuerdo de la lista de árbitros de las Cámaras de Comercio de Santa Marta y Barranquilla.

b. Para efectos de lograr el acuerdo, cada una de las partes elaborará una lista de 8 candidatos. Los nombres que coincidan en ambas listas serán automáticamente los seleccionados por las partes. Los primeros tres en coincidir serán los principales y los segundos tres serán los suplentes numéricos. En el evento en que no coincida ningún nombre de los 16 candidatos cada una de las partes procederá a seleccionar un árbitro de la lista elaborada por la otra parte. El tercero será nombrado por sorteo entre los 14 restantes. Para los suplentes se utilizará el mismo procedimiento que venimos de mencionar, pasados 30 días calendario de haberse iniciado el procedimiento se entenderá fracasado y por ende los árbitros serán designados por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Barranquilla, a solicitud de cualquiera de las partes de las listas de las Cámaras de Comercio mencionadas.

c. El Tribunal decidirá en derecho.

d. Los costos se dividirán por mitades entre las partes (...)."

### **3. La demanda arbitral**

El 23 de octubre de 2007 la Unión Temporal Paz Social, a través de apoderado judicial, presentó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Barranquilla, solicitud de convocatoria de un Tribunal de Arbitramento y demanda contra el Departamento del Atlántico, con el fin de solucionar las diferencias surgidas entre las partes en relación con el Contrato n.º 2000-001 (fls. 1 a 20 c. ppal. nº 1).

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

“Que el Departamento del Atlántico sea condenado a reconocerle y pagarle al contratista del Programa de Normalización Urbana, Unión Temporal Paz Social, la suma de dos mil ochenta y seis millones trecientos nueve mil ciento noventa y ocho pesos MLC (\$2.086.309.198) por concepto del saldo resultante de la liquidación del contrato No. 2000-001, como consecuencia de 1º) Mayor permanencia en obra; 2º) Costos Financieros pagados a la Compañía de Financiamiento Comercial y Servicios Financiero S.A: -Serfinans- y 3º) Intereses moratorios por el retardo en el pago de los costos financieros.

2. Que la suma anterior sea indexada y que se le reconozcan intereses conforme lo contemplan las normas legales vigentes desde el 24 de junio de 2004 hasta (sic) sean efectivamente cancelados.

3. Que se condene a (sic) costas y en agencias en derecho al Departamento del Atlántico y estas ultimas (sic) en la máxima proporción reconocida por las tablas de honorarios profesionales establecidos por el Consejo Superior de la Adjudicación (sic).”

#### **4. La causa de la solicitud**

En la demanda se presentan, en síntesis, los siguientes hechos que dieron lugar a la solicitud de convocatoria del Tribunal de Arbitramento. Que el Departamento del Atlántico y la Unión Temporal Paz Social suscribieron el día 12 de mayo de 2000 el Contrato Estatal n° 2000-01, por cuya virtud el contratista se obligó a efectuar los estudios y diseños definitivos y construcción de obras de normalización de unos asentamientos subnormales.

Que el plazo de ejecución del contrato y ejecución de las obras se pactó originalmente en once (11) meses por un valor de veinte mil quinientos cuarenta y siete millones setecientos dos mil setecientos setenta y cinco pesos (\$20.547.702.775). Que se estipuló que se podrían autorizar nuevas y mayores cantidades de obra, según fuese pertinente y necesario.

Que el contrato tuvo “una ejecución accidentada”, es decir, que el desarrollo de lo pactado y el cumplimiento del plazo otorgado no se pudieron dar conforme a las expectativas que el pacto contractual consagraba. Ante ello, las partes de común acuerdo hicieron varias modificaciones al contrato (Contratos adicionales n° 1, 2 y 3, dos prórrogas y también se amplió el plazo de ejecución en diferentes oportunidades mediante otros síes n° 13, 14, 16, 16, 19, 20 y el otro sí n° “01012000\*000123\*0\*3”

Que finalmente se convino la liquidación del contrato estatal n° 2000-01, sus adiciones, otros síes y prórrogas. Allí se consignaron las diferencias y se convino que ellas fueran resueltas por un Tribunal de Arbitramento. Que es el Departamento del Atlántico quien le adeuda a la Unión Temporal y “no a la inversa como argumenta la Administración Departamental”.

Que también se le adeudan los costos financieros pagados a Serfinansa por concepto de operaciones de crédito bajo la modalidad de cartera ordinaria para ejecutar obras del Programa de Normalización Urbana.

#### **5. Integración del Tribunal y admisión de la demanda**

El 14 de abril de 2008 se celebró la audiencia de instalación del Tribunal y se decidió inadmitir la demanda. Una vez subsanada la demanda se admitió finalmente la solicitud de convocatoria mediante auto n° 5 de 7 de mayo de 2008 (fls. 513 a 521 c. ppal. n° 2).

#### **6. La oposición y demanda de reconvención**

La convocada (fls. 559 a 571 c. ppal. n° 2) en la contestación de la demanda se opuso a las pretensiones “por carencia de sustento fáctico-normativo”. En su escrito adujo que “es patético el hecho de los múltiples y graves incumplimientos del contratista presentados durante toda la ejecución del contrato”.

La parte convocada, asimismo, formuló demanda de reconvención en la que solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“Primera. Que se condene a la Unión Temporal Paz Social a rembolsar a mi poderdante la suma de setecientos cuarenta y siete millones ochocientos setenta y dos mil ochocientos cuarenta y nueve pesos (\$747.872.849) correspondiente a obras pagadas y no ejecutadas por el contratista, de actualizaciones de precios y de rendimientos financieros, tal como se refleja en el balance final del contrato, incluido en el acta de liquidación.

Segunda. Que se condene a la Unión Temporal Paz Social al pago del valor indexado e intereses del dinero recibido de más.

Tercera. Que se condene en costas a la Unión Temporal Paz Social”.

## **7. El laudo arbitral recurrido**

7.1. El Tribunal de Arbitramento, en audiencia celebrada el 5 de mayo de 2009 (fls. 1 a 99 c. del recurso de anulación), dictó el laudo que se recurre, en el que se adoptaron las decisiones arriba transcritas, con base en las siguientes consideraciones.

Se ocupó primero de la reclamación sobre la mayor permanencia en obra no aceptada, ni reconocida por el ente territorial convocado. Sostuvo que “para que el concepto tenga importancia indemnizatoria”, esto es, que permita la recuperación de la equivalencia de las prestaciones, debe estar acompañado de otra serie de circunstancias que determinen que la permanencia adicional en el sitio de trabajo se produjo, ya sea por culpa de la entidad contratante o por razones ajenas a las partes. Al efecto citó jurisprudencia del Consejo de Estado.

Señaló que en el caso objeto de estudio está probada “hasta la saciedad” la mayor permanencia en obra, en su “acepción simple y sin connotación indemnizatoria”. Y al efecto entró a determinar si la mayor permanencia en obra por espacio de 25 meses adicionales a los reconocidos en el Acta de liquidación tenía connotación indemnizatoria de acuerdo con lo probado y, si en el evento de probarse esta circunstancia, se probó también la existencia de perjuicios.

En relación con ello, concluyó que “las probanzas sobre este particular se echan de menos en el plenario, toda vez que sobre estas especiales situaciones nada se dijo, sino que, el debate fue encaminado hacia una mera confrontación matemática sobre el número de meses en los cuales el contratista estuvo presente en las obras, pero sin especificar las razones o causas de dicha permanencia, ni las obras ejecutadas en dichos períodos”:

En cuanto a la reclamación presentada por la entidad convocante sobre los costos que hubiese generado el crédito de Serfinansa, accedió al estimar que estaba acreditado que los dineros que se reconocieron como costos financieros, tienen la misma causa y finalidad que los pedidos en la demanda. Uno de los árbitros presentó salvamento de voto.

Respecto de la demanda de reconvención estimó que las pretensiones no tenían vocación de prosperidad y por lo mismo se abstuvo de pronunciarse sobre las excepciones propuestas en su contra. Subrayó que la competencia del Tribunal se circunscribe a los 25 meses en los que las partes discuten si debe reconocerse la mayor permanencia en obra y las pruebas no hacen referencia a este período.

7.2. La Unión Temporal Paz Social solicitó aclaración y corrección del laudo arbitral, la cual fue negada por el Tribunal al estimar que lo que se pedía era en realidad una modificación del laudo (fls. 95 a 98 c. del recurso de anulación).

## **8. La impugnación**

Inconforme con las decisiones tomadas en el laudo arbitral, oportunamente la convocante, Unión Temporal Paz Social, formuló el 12 de mayo de 2009 recurso de anulación contra el mismo, el cual fue sustentado el 10 de agosto siguiente (fls. 101 a 103 y 113 a 139 c. del recurso de anulación).

Se propusieron tres causales:

- (i) Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido;
- (ii) no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento;
- (iii) haberse fallado en conciencia, debiendo ser en derecho.

La sustentación, oposición y análisis de cada una de las causales aducidas se hará en la parte considerativa de esta providencia.

#### **9. El concepto del Ministerio Público**

El Ministerio Público, a través del Procurador Quinto Delegado ante el Consejo de Estado, dentro del traslado especial, presentó concepto, en el que una vez expuestos los antecedentes del recurso extraordinario de anulación y las características jurídicas del mismo, consideró que debe declararse el aquí propuesto, fundado por cuanto se incurrió en la causal de incongruencia *minus petita* o *citra petita* la (fls. 199 a 210 c. ppal. del recurso de anulación).

### **II. CONSIDERACIONES**

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

## 1. Competencia

El Consejo de Estado es competente para conocer del presente recurso de anulación contra laudo arbitral, por cuanto fue proferido para dirimir un conflicto surgido con ocasión del contrato 2000-001, en el que una de las partes, Departamento del Atlántico, es una entidad pública.

Por consiguiente, como quiera que en el negocio jurídico fuente del conflicto una de las partes es **una entidad pública**, esta Corporación resulta competente para conocer la impugnación del laudo arbitral que se somete a su consideración, toda vez que con la expedición de la Ley 1.107 de 2.006, el Legislador asignó, a la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo, la competencia para juzgar las controversias en las cuales sean parte las “entidades públicas”<sup>1</sup>.

## 2. Del arbitramento y del recurso de anulación

Conforme a la jurisprudencia reiterada de la Sala<sup>2</sup>, el recurso extraordinario de anulación no puede utilizarse como si se tratara de una **segunda instancia**, razón por la cual no es admisible que por su intermedio se pretenda continuar o replantear el debate sobre el fondo del proceso. En otros términos, a través del recurso de anulación no podrán revocarse determinaciones del Tribunal de Arbitramento basadas en razonamientos o conceptos derivados de la aplicación de la ley sustancial, al resolver las pretensiones y excepciones propuestas, así como tampoco por la existencia de errores de hecho o de derecho al valorar las pruebas en el asunto concreto, que voluntariamente se les sometió a su consideración y

---

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

<sup>2</sup> Vid. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 8 de junio de 2006, exp. 29.476 y sentencia de 8 de junio de 2006, exp. 32.398, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

decisión.

De otra parte, conviene también puntualizar que, con anterioridad a la modificación que sufrió el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 por cuenta del artículo 22 de la Ley 1150 de 16 de julio de 2007, las causales de anulación de laudos arbitrales se encontraban previstas en dos normas: la primera en el citado artículo 72 aplicable a los contratos estatales; y la segunda en el artículo 38 del Decreto ley 2279 de 1989, para los contratos regidos exclusivamente por el derecho privado, compiladas ambas en los artículos 230 y 163 del Decreto 1818 de 1998, respectivamente.

Además, según la jurisprudencia que desarrolló la Sala al amparo del texto original de la Ley 80 de 1993, las causales de anulación que resultaban aplicables a un contrato celebrado por una entidad pública pero regido por el derecho privado, debían ser las contenidas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998; en efecto, así lo señaló para cuando una empresa de servicios públicos de naturaleza estatal celebrara un contrato amparado por el derecho privado, en conformidad con los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994<sup>3</sup>.

Empero, este tema que motivó a la dualidad de causales de anulación de laudos arbitrales, se encuentra superado en la actualidad, por cuanto la Ley 1150 de 16 de julio de 2007, modificó en su artículo 22 el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, para establecer:

“Artículo 22. Del recurso de anulación contra los laudos arbitrales. El artículo 72 de la Ley 80 de 1993, quedará así:

“Artículo 72. Del recurso de anulación contra el laudo arbitral. Contra el laudo arbitral procede el recurso de anulación. Este deberá interponerse por escrito presentado ante el Tribunal de Arbitramento dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complementa.

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 24 de mayo de 2006, exp. 31.024, C.P. Alier Hernández Enríquez.

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

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

Así las cosas, a partir de la vigencia del anterior precepto<sup>4</sup>, se unificó el sistema de las causales para los recursos de anulación contra laudos ante el contencioso administrativo, en el sentido de que corresponden a las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, compilado en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, con independencia de que el contrato origen del conflicto dirimido en el respectivo laudo arbitral sea regido por el derecho privado o por el estatuto de contratación de la Administración Pública.

En consecuencia, como quiera que en el *sub examine* tanto la expedición del laudo arbitral como la interposición del recurso extraordinario contra el mismo ocurrieron los días 5 y 12 de mayo de 2009, respectivamente, esto es cuando se encontraba vigente la reforma al sistema de impugnación, entonces las causales de anulación que resultan aplicables son las establecidas por el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, que compiló el artículo 38 del Decreto ley 2279 de 1989.

### **3. Del recurso de anulación en el caso concreto**

El laudo arbitral de 5 de mayo de 2009 impugnado no será anulado, decisión que se fundamentará en el análisis de los cargos formulados por el recurrente y en la sustentación presentada en el término previsto por la ley<sup>5</sup>, teniendo en cuenta los criterios que la jurisprudencia de la Sala ha adoptado en torno a las causales de anulación de laudos arbitrales.

---

<sup>4</sup> Vigente en la mayor parte de su articulado, incluyendo el citado, a los seis (6) meses después de su promulgación, de acuerdo con lo previstos en el artículo 33 de la citada ley, esto es, desde el 17 de enero de 2008.

<sup>5</sup> Escrito 10 de agosto de 2009 a fls. 142 a 167 del c.ppal. del recurso.

Conviene anotar que, en la oportunidad correspondiente, la entidad convocada guardó silencio.

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

#### **3.1.1. Sustentación**

El censor indicó que el Tribunal decretó pruebas para demostrar si el contrato y sus modificaciones tenían apropiaciones presupuestales y autorizaciones para comprometer vigencias futuras, “pruebas que nada tenía (sic) que ver con el asunto sometido a su decisión”. Por otra parte ignoró el dictamen pericial que obra en el proceso.

#### **3.1.2 Concepto del Ministerio Público**

Consideró que del contenido del laudo se evidencia que los árbitros fundaron su decisión en las estipulaciones contenidas en la Ley 80 de 1993 y en la valoración de los documentos relacionados con el contrato, en especial aquellos que tienen que ver con la mayor permanencia en la obra durante el período comprendido entre el 24 de mayo de 2004 y el 24 de julio de 2006, para colegir que a pesar de encontrarse demostrada la mayor estadía en la obra, como no se probó la causa de dicha situación, y dada la especial connotación indemnizatoria que reviste la mayor permanencia en obra, no había lugar al pago de suma de dinero alguna.

De modo que, en su criterio no puede afirmarse que el laudo haya sido pronunciado en conciencia, puesto que surge de manera evidente el contenido jurídico que sustenta la decisión, sin que resulte procedente entra a juzgar el acierto o desacierto de los razonamiento jurídicos.

### 3.1.3 Consideraciones de la Sala

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

De conformidad con reiterada jurisprudencia, el fallo en conciencia se presenta cuando el juez toma determinaciones siguiendo lo que le dicta su propio fuero interno, según su leal saber y entender, basado exclusivamente en el principio de la equidad, de manera que bien puede identificarse con el concepto de verdad sabida y buena fe guardada (*“ex aequo et bono”*)<sup>6</sup>.

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

La Sala en sentencia de 3 de abril de 1992, exp. 6695, precisó los requisitos y alcances de la causal relativa a haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, así:

“El arbitramento puede ser en derecho, en conciencia o técnico; tanto el fallo en conciencia como en derecho tiene que reposar sobre un motivo justificativo.

---

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 27 de abril de 1999, exp.15623, C.P. Daniel Suárez Hernández y sentencia de 16 de abril de 2000, Exp. 18.411, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

(...) El laudo en derecho que carezca de motivación no se convierte en fallo en conciencia. La diferencia entre estos fallos no radica en ese aspecto formal o accidental, sino que toca con el marco de referencia normativo que condiciona la conducta del juzgador en uno y otro.

Es cierto que el juez de derecho debe motivar sus fallos y que dentro de esa motivación las pruebas merecen tratamiento especial. Pero si incumple ese deber en forma absoluta el fallo podrá ser anulable, pero no cambiará su esencia para convertirse en fallo en conciencia. Esto como principio procesal general, porque frente a los laudos arbitrales esa falta de motivación no aparece contemplada dentro de las causales de anulación de los mismos y menos cuando no se niega sino que se clasifica como deficiente o irregular.

(...) Solo cuando el fallo que se dice en derecho deje de lado en forma ostensible, el marco jurídico que deba acatar para basarse en la mera equidad podrá asimilarse a un fallo en conciencia; porque si el juez adquiere la certeza que requiere para otorgar el derecho disputado con apoyo en el acervo probatorio y en las reglas de la sana crítica, ese fallo será en derecho, así no hable del mérito que le da a determinado medio o al conjunto de todos.<sup>7</sup>  
(Subraya la Sala)

La Sección también ha señalado que la decisión equivocada no se identifica con la decisión en conciencia, razón por la que la causal de anulación en comento no puede justificar -por parte del juez del recurso- la revisión de la argumentación jurídica elaborada por el Tribunal de Arbitramento (sentencia de 28 de noviembre de 2002, exp. 22.191). Además, la jurisprudencia ha puntualizado que para que se configure un fallo en conciencia, es necesario que dicha circunstancia sea evidente, ostensible y clara, por cuanto no resulta admisible que con esta causal se abra un debate propio de la segunda instancia.

Igualmente, la Sala ha sostenido que el fallo en conciencia no es sólo aquel que no se ha constituido sobre normas jurídicas, sino que puede presentarse cuando

---

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 3 de abril de 1992, exp. 6695, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

se falla sin pruebas de los hechos que originan las pretensiones o las excepciones, esto es, con **pretermisión de la totalidad de las pruebas** que obran en el proceso, porque:

“(…) si bien el fallo en conciencia radica, básicamente, en la falta de apoyo normativo para la solución del problema planteado, también el aspecto probatorio, asociado al problema normativo, puede ser discutido desde esta perspectiva. (…) Según esto, puede ocurrir que el fallo en conciencia se derive del hecho de que las pruebas que deberían ofrecer convicción a los árbitros, carecen de soporte valorativo normativo, y se radican, fundamentalmente, en la pura y simple conciencia del árbitro. No obstante, esto no significa que los árbitros no tengan la libertad de valoración de las pruebas, según las reglas de la sana crítica.”<sup>8</sup>

Sin embargo, la posición de la Sala ha dejado a salvo la libertad de valoración de las pruebas de que gozan los árbitros, sin que sea posible, a través de este recurso y a partir de la discusión del tema probatorio, cuestionar sus apreciaciones al respecto, pues sólo cuando se está en presencia de un claro y manifiesto desconocimiento del acervo probatorio, se podría predicar que se presentó un fallo en conciencia<sup>9</sup>.

De modo que con base en esta causal no será posible verificar el fondo del fallo, ni menos aún modificar el valor probatorio que el juzgador le otorgó a cada una de las pruebas, en atención a los límites que la ley ha fijado a este recurso. Por vía de esta causal no es, pues, viable plantear y menos aún estudiar una violación indirecta a la norma sustancial por la existencia de errores de hecho o de derecho al valorar las pruebas en el asunto concreto.

En efecto, recuérdese que al quebrantamiento de las normas de derecho sustancial puede llegarse por dos vías diferentes: la directa y la indirecta; la primera cuando con independencia de la prueba, el juzgador al dictar sentencia, infringe la norma por falta de aplicación, por indebida aplicación o por interpretación errónea; al paso que en la segunda incurre en esa violación por errores en relación con las pruebas producidas en el proceso para acreditar las

---

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 5 de julio de 2006, exp. 31.887, C.P. Alíer Eduardo Hernández Henríquez.

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, *Ídem*.

circunstancias fácticas relevantes del litigio, bien por error de hecho evidente o manifiesto o bien por error de derecho.<sup>10</sup>

Suficientemente se encuentra decantado en la jurisprudencia que el error probatorio de hecho ocurre cuando el Tribunal cree equivocadamente en la existencia o inexistencia de un medio probatorio en el proceso o cuando al existente le da una interpretación ostensiblemente contraria a su contenido real, es decir, cuando desacierta en la contemplación objetiva de la prueba, en cuanto la omitió, ignoró o creyó que existía o al apreciarla distorsionó la situación fáctica<sup>11</sup>.

A su turno, el error de derecho se presenta cuando la prueba fue exacta y objetivamente apreciada, pero, al valorarla o contemplarla jurídicamente, el juzgador infringe las normas legales que regulan tanto su producción (decreto, aducción y práctica), como su eficacia al determinarle una fuerza de convicción que la ley no le asigna, es decir, vio la prueba en su materialidad misma, pero no le otorgó el valor demostrativo que la ley le asigna, o le atribuyó uno que ésta le niega.<sup>12</sup> Por tanto, en el error de hecho se trata de una falsa noción del hecho, y en el error de derecho, de una equivocada noción de la ley probatoria.

---

<sup>10</sup> En cuanto al error de hecho y error de derecho en general, ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil: sentencia N° 065 de fecha 13 de julio de 1995; sentencia n° 34 de fecha 10 de agosto de 1999; sentencia n° 035 de fecha 17 de agosto de 1999; sentencia n° 111 de fecha 1° de diciembre de 1999; sentencia de fecha 19 de octubre de 2000; exp. 5442; sentencia de fecha 23 de febrero de 2001, exp. 5619. Respecto de error de hecho: sentencia n° 06 de fecha 12 de febrero de 1998; sentencia n° 04 de fecha 11 de marzo de 1999; sentencia de fecha 14 de febrero de 2001; exp.: 6347; sentencia de fecha 23 de febrero de 2001, exp. 6399; sentencia de fecha 21 de mayo de 2001; exp.: 5924; sentencia de fecha 15 de marzo de 2001 exp.: 6142; sentencia n° 80 de fecha 18 de septiembre de 1998; sentencia n° 90 de fecha 22 de octubre de 1998; sentencia n° 006 de fecha 12 de febrero de 1998; sentencia n° 11 de fecha 3 de marzo de 1998; sentencia n° 80 de fecha 18 de septiembre de 1998; sentencia n° 28 de fecha 27 de julio de 1999; sentencia de fecha 14 de mayo de 2001; exp.: 6752; sentencia de fecha 14 de mayo de 2001; exp.: 6752; sentencia de fecha 15 de septiembre de 1993, reiterada en sentencia de junio 28 de 2000, exp.: 5430; sentencia de fecha 27 de marzo de 2001; exp.: 5676; sentencia de fecha 2 de febrero de 2001; exp.: 5670. Y Sobre error de derecho: auto No.307 de 25 de noviembre de 1997; sentencia No. 009 de 22 de abril de 1997; sentencia n° 019 de fecha 8 de junio de 1999; sentencia 28 del 11 de noviembre de 1999, entre otras.

<sup>11</sup> Vid. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil sentencia n° 34 de 10 de agosto de 1999.

<sup>12</sup> Vid. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 19 de octubre de 2000, exp. 5442. Además, "Cuando en el cargo se imputa a la sentencia la violación de normas sustanciales como consecuencia de errores de derecho, debe el recurrente, para aspirar a la admisión de ese cargo, indicar las normas de carácter probatorio que se consideren infringidas y explicar en qué consiste la infracción, que es lo que de manera diáfana consagra el artículo 374 in fine del Código de Procedimiento Civil, como requisito para la admisión de la demanda." Cfr. *Idem*, auto No.307 de 25 de noviembre de 1997.

En consecuencia, el fallo en conciencia cuando debió ser en derecho y que se censura por medio de esta causal corresponde a la falta de sustento en el derecho positivo por la omisión o ausencia de aplicación de las normas jurídicas y la carencia absoluta y ostensible de juicio jurídico valorativo de las pruebas que obran en el proceso para configurar los supuestos de hecho de las normas que en él se invoquen (desconocimiento total de la prueba), para trasladar dicho juicio a la conciencia o razón subjetiva de los árbitros, siempre y cuando esta circunstancia aparezca de manifiesto en el laudo. Por el contrario, cuando el juez llega a la convicción con sustento en las normas jurídicas y en la valoración jurídica del acervo probatorio ese fallo será en derecho, pese a que no señale el mérito que le otorga a determinado medio de convicción.

En el caso concreto, el recurrente considera que el laudo se profirió en conciencia y no en derecho, incurriéndose en la causal de anulación invocada, porque el Tribunal pasó por alto las pruebas que obran en el proceso y decretó otras que “no estaban permitidas que las decretara”.

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

- i) Estudio legal y jurisprudencial sobre la mayor permanencia en obra no aceptada, ni reconocida por el ente territorial convocado;
- ii) Análisis de los costos financieros del crédito de Serfinsa;
- iii) Estudio de las excepciones a la demanda (inexistencia de la obligación y causa ilícita);

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

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

Para la Sala las apreciaciones y conclusiones del laudo no son indicativas de un fallo en conciencia, sino de una **decisión en derecho**, producto de la interpretación y aplicación de la ley por parte del juez arbitral con el fin de resolver la controversia que le fue sometida a su resolución, sin que para que se predique tal connotación de la providencia necesariamente deba coincidir con las argumentaciones de las partes.

En consecuencia, la Sala coincide con el Ministerio Público en sus apreciaciones según las cuales la situación descrita por el censor no se subsume en la causal invocada. El juez del recurso de anulación no puede entrar a cuestionar, plantear o revivir el debate probatorio, ni establecer si hubo o no un yerro en la valoración de las pruebas. Como ya se señaló, una mala práctica de una prueba no convierte a una decisión arbitral en un laudo en conciencia.

En definitiva, el Tribunal a partir de un estudio jurídico y probatorio resolvió el asunto litigioso con fundamento en el derecho objetivo vigente, esto es, falló con

base en las normas jurídicas y su interpretación, analizó el contrato, expuso consideraciones basadas en fuentes formales del derecho y valoró las pruebas obrantes en el juicio arbitral con sustento en la sana crítica.

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

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

### **3.2.1. Sustentación**

La configuración de esta causal la sustentó el censor en que el juez arbitral no tuvo en cuenta que en un contrato tan accidentado y tan modificado, “la mayor permanencia en obra era algo objetivo e indiscutible” y la “necesidad de la prueba solo recaía (...) sobre el tiempo de su duración exclusivamente”. De modo que el laudo equivocó el objeto concreto del litigio a que se le convocaba, al pensar que lo que debía determinar era si se justificaba o no una mayor permanencia en la obra y si la parte que la reclamaba la había probado o no, cuando en rigor lo que se le pedía al Tribunal era que frente al desacuerdo que tenían las partes sobre el tiempo que realmente había durado la mayor permanencia en obra, decidiera cuánto era ese tiempo.

Alegó que la jurisprudencia del Consejo de Estado citada a folios 42 a 44 del Laudo, “en ninguna parte le son aplicables al caso concreto”, porque no se trataba de establecer si se había dado o no una mayor permanencia en obra, sino que exclusivamente debía definirse el desacuerdo entre las partes sobre cuánto tiempo duró, ya que éstas habían aceptado que sí existió.

### 3.2.2 Concepto del Ministerio Público

La Procuraduría Quinta Delegada ante el Consejo de Estado en su concepto argumentó que en el acta de liquidación las partes precisaron los motivos de inconformidad y señalaron expresamente cuáles eran los puntos de conflicto entre ellas. Luego de transcribir la respectiva cláusula compromisoria, concluyó que de dicho texto la decisión de los árbitros estaba limitada a lo convenido por la partes, a saber: i) la determinación del período de mayor permanencia en obra de la Unión Temporal; ii) la estimación del monto de los costos financieros pagados por el contratista a Serfinansa y iii) la actualización o el pago de intereses moratorios sobre dichas sumas.

En su sentir, a pesar de ello, los árbitros desbordaron el límite de competencia atribuido a las partes, al entrar a estudiar si existió o no una mayor permanencia en la obra, porque la competencia otorgada por las partes por virtud del compromiso contenido en el acta de liquidación se circunscribía únicamente a las situaciones contempladas en dicho pacto. En consecuencia, la providencia incurrió en incongruencia.

### 3.2.3 Consideraciones de la Sala

A propósito de la causal “...*Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido...*” (numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998), la Sala ha dicho que:

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

hubieren sido alegadas si así lo exige la ley', que constituye un límite en la actividad del juzgador.<sup>13</sup>

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

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

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

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

**"=> Por haberse concedido más de lo pedido,** este hecho de incongruencia del laudo se presenta cuando decidió sobre cuestiones que aunque son transigibles van más allá de las peticiones de la demanda (fallo *ultra petita*).<sup>14</sup>

Por ello, la jurisprudencia de la Sección ha manifestado que la competencia de los árbitros está atribuida por el pacto arbitral y enmarcada en los precisos límites de la Constitución y la ley, competencia que se traduce en la facultad para conocer y pronunciarse en relación con la materia que voluntariamente las partes le han conferido a los árbitros que son investidos

---

<sup>13</sup> Señala a este propósito la Corte Suprema de Justicia, sentencia n° 042 de fecha 26 de marzo de 2001, exp. 5562. "...El precepto citado fija los límites dentro de los cuales debe el juzgador desarrollar su actividad decisoria, en forma tal que si los desborda, bien porque concede más de lo pedido por los litigantes, o provee sobre pretensiones no deducidas por ellos, u omite la decisión que corresponda sobre alguna de las pretensiones o excepciones en los términos fijados por la norma, incurre en un error de procedimiento, originado en la violación de la regla mencionada, que le impone el deber de asumir un específico comportamiento al momento de fallar, yerro para cuya enmienda está instituida la causal segunda de casación..."

<sup>14</sup> Sentencia de 4 de abril de 2002, exp. 20356, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

temporalmente de la calidad de jueces para administrar justicia en el caso concreto; también, ha dicho que el quebranto a esa regla de atribución por exceso, se encuentra tipificado como hecho pasible para la invocación de la causal prevista en el numeral 4 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993<sup>15</sup>, dado que implica que la materia transigible sobre la cual decidieron los árbitros no fue objeto del pacto de compromiso por las partes, con lo cual se presenta, un fallo incongruente o una decisión *extrapetita*.<sup>16</sup>(...)”<sup>17</sup> (Subraya la Sala).

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

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

---

<sup>15</sup> Sentencia de 23 de agosto de 2001, exp. 19090, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

<sup>16</sup> Sentencia de 4 de abril de 2002, exp. 20356, C.P. María Elena Giraldo Gómez. Igualmente, en sentencia de 15 de mayo de 1992, exp. 5326, C.P. Daniel Suárez Hernández, se dijo: “En el trámite arbitral la competencia de los árbitros y los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente, han de ser señalados de manera expresa, clara y taxativa por las partes. Son las partes quienes habrán de señalar las estrictas materias que constituyen el objeto del arbitramento. Si los árbitros hacen extensivo su poder jurisdiccional transitorio a temas exógenos a los queridos por las partes, atentarán contra el principio de congruencia, puesto que estarán decidiendo por fuera de concreto tema arbitral.”

<sup>17</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 8 de junio de 2006, exp. 29.476 y sentencia de 8 de junio de 2006, exp. 32.398, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

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

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

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

estudia, examinar las consideraciones y los motivos determinantes que ha tenido el juzgador en su decisión.

Las censuras del recurrente se refieren a uno de los supuestos de que trata la causal del No. 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1993, esto es, que el laudo recayó sobre puntos no sujetos a decisión de los árbitros previsto en el aparte primero. Planteamiento que induce a la Sala a abordar los temas relacionados con la competencia del Tribunal Arbitral para resolver la controversia sometida a su conocimiento y los requisitos legales para adoptar la decisión, así como a realizar un proceso comparativo de la relación jurídico procesal, definida por las pretensiones y las excepciones de las partes, sobre las que está obligado a pronunciarse el juez arbitral, con el fin de verificar si la decisión adoptada respetó el principio de congruencia en el sentido que fue materia de explicación en precedencia.

El recurrente edifica su impugnación -y el Ministerio Público comparte esta censura- en que las partes en el acta de liquidación al pactar un compromiso, limitaron el ámbito de acción del juez arbitral a resolver la controversia relativa al “tiempo” de mayor permanencia en obra y no sobre si esta última había tenido lugar o no.

La Sala advierte que no se configura la causal, puesto que si bien el arbitraje, como mecanismo de heterocomposición de conflictos, nace del ejercicio de la voluntad de las partes, la interpretación que se haga del compromiso a que se llegue en desarrollo de la autonomía negocial, no puede llegar a suponer una limitación a las atribuciones judiciales propias que -por ministerio de la Constitución- le han sido otorgadas transitoriamente a la justicia arbitral, en temas que son inescindibles a la decisión del conflicto que se somete a su consideración.

Si una controversia, como sucede en este caso, gira en torno al tiempo de mayor permanencia en obra, es apenas natural y obvio que el juzgador (sea arbitral o institucional) deba en primer lugar establecer por los medios de convicción

pertinentes -como procedió a hacerse en esta ocasión- a quién resultaba imputable y las causas de esa mayor permanencia en obra.

La Sala destaca que del propio contenido del compromiso suscrito en el Acta de Liquidación bilateral del contrato de obra No. 2000-01(fl.s. 155 a 173 c. ppal. n° 1) se desprende que las partes habilitaron al juez arbitral -como era apenas natural- para el estudio de las circunstancias que rodearon esa mayor permanencia en obra, y por supuesto a quién resultaba atribuible.

En efecto, este acto jurídico tenía como objeto investir a los árbitros del deber que de ordinario ostenta el Estado para que dirimiesen una controversia y por ende determinasen si se había configurado la mayor permanencia en obra, a quién resultaba imputable y por cuánto tiempo se presentó. Este pensamiento fue expresado en forma diáfana en la referida cláusula, con arreglo a la cual:

“(…) Las partes manifiestan que entre ellas existe y se mantiene una controversia relativa al tiempo de mayor permanencia en obra, ya que el contratista reclama un tiempo de mayor permanencia en obra superior al reconocido por la entidad contratante. También existe una controversia entre las partes contratantes en cuanto a la diferencia entre el valor reconocido por el Departamento respecto de los costos financieros pagados por el contratista a Serfinanssa en el año 2004 y los valores pretendidos por el contratista. En el evento de ser procedentes los reconocimientos pretendidos por el contratista deberá decidirse respecto de la procedencia o no de la actualización así como de los eventuales intereses de mora. Las partes dejan constancia que el valor sometido a la solución alternativa de conflicto que se pacta en el presente documento asciende a la suma de \$ 1.528.412.706, sin perjuicio de las actualizaciones o adiciones de intereses de mora que se puedan entender causados en el evento en que así lo considere el Tribunal de Arbitramento respectivo (…)” (subrayas de la Sala).

Por manera que las partes, en el propio texto del compromiso, de un lado, dejaron claro las dos hipótesis que generaron la controversia: (i) el tiempo de mayor permanencia en obra y (ii) la diferencia sobre los costos financieros pagados por el contratista a Sefinsa en el año 2004. Y por otra parte, acordaron que en el “evento de ser procedentes los reconocimientos pretendidos por el contratista” debía

decidirse sobre la procedencia o no de la actualización así como de los eventuales intereses de mora.

En tal virtud, de la declaración conjunta consignada en el referido compromiso se desprende que las partes entendían que el juez arbitral debía estudiar si resultaban procedentes los reconocimientos pretendidos por el contratista, lo cual –por supuesto- implicaba entrar a evaluar la responsabilidad de los contrayentes, para poder luego establecer a quién resultaba atribuible un eventual incumplimiento.

A partir de la *communis intentio* que aparece exteriorizada en el cuerpo de la cláusula transcrita se concluye que las partes tenían en claro que el juzgador arbitral debía establecer “si eran procedentes los requerimientos pretendidos por el contratista”, o lo que es igual, que le correspondía determinar a quién era imputable la mayor cantidad de obra.

La intención de las partes no era, pues, en modo alguno relevar al juzgador del estudio de la procedencia o no de lo reclamado por el contratista, sino que –muy por el contrario- lo que estaban acordando era depositar en un tercero de manera transitoria esa facultad que de ordinario está radicada en los jueces de la República, para que éste -luego de evaluar los medios de prueba respectivos- determinase quién era responsable de esa mayor permanencia en obra y –en consecuencia- estableciese (si había lugar a ello) cuánto era el tiempo de la misma.

A este propósito la Sala reitera lo expuesto en reciente pronunciamiento en torno al alcance de la hermenéutica contractual y la importancia que tiene determinar el significado que tuvo para las partes en su momento una cláusula contractual:

“ (...) el contenido de los artículos 1602 y 1618 del Código Civil colombiano representa el principio y fin de la institución contractual, en atención a que la autonomía de la voluntad, en condición de fuente de derechos y obligaciones, se objetiva en el contrato y

cobra desarrollo pleno cuando es interpretada y se le asignan efectos conforme a la intención común de los contratantes.

(...) Este principio de la interpretación de los contratos pertenece a una larga tradición jurídica que inicia en Roma (...), tiene un punto importante en la formulación que se hace bajo la racionalización jurídica de Domat (...) y, años más adelante, de Pothier (...), para finalmente incorporarse dentro de la normatividad en los códigos civiles expedidos en Europa (...) y en América Latina durante los siglos XIX y XX.”<sup>18</sup>

Pero aún admitiendo, en gracia de discusión, que la intención común de los contratantes en este caso no correspondía con las palabras usadas en la cláusula de marras, no puede perderse de vista que en tanto función pública constitucional (*iudicare munus publicum est*- Paulo), la jurisdiccional no puede convertirse tratándose de procesos de cognición como son justamente los de naturaleza arbitral -como insinúa el recurrente- en una simple atribución liquidadora de sumas que se estiman adeudadas, como si se tratase de un trámite incidental, sin que previamente a ello el juez determine (i) si efectivamente tuvo lugar la mayor permanencia en obra y (ii) las razones o motivos de la misma, en orden a establecer si hay lugar o no a indemnizarla.

De ahí que pretender que el compromiso acordado por las partes en el acta de liquidación inhibía al fallador para escudriñar y establecer si había lugar o no a los reconocimientos que se reclamaban, constituye no sólo una visión inconsecuente con la tarea asignada a los árbitros -en tanto jueces- sino que, además, violenta claramente el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia (art. 229 C.P., art. 2 de la Ley 270 de 1996 LEAJ).

En efecto, interpretar el compromiso acordado en el acta de liquidación como una limitante al juzgador para entrar a determinar las razones o motivos que determinaron la mayor permanencia de obra, porque los términos en que fue

---

<sup>18</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 30 de junio de 2011, Exp. 38.619, rad. 11001-0326-000-2010-00024-00, Convocante: Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, Convocado: Sociedad de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Barranquilla, Naturaleza: Recurso de Anulación de Laudo Arbitral, C.P. Ponente: Danilo Rojas Betancourth.

redacta dicha cláusula se referían exclusivamente al “tiempo” de mayor permanencia en obra, supondría privar –o al menos- limitar a las partes de un derecho fundamental, que en tanto fundamento y límite del poder público<sup>19</sup> exige para su configuración y regulación que sea hecha por el legislador (**reserva de Ley**) y no provenga de una interpretación caprichosa y limitativa en extremo de lo convenido por ellas mismas.

No debe olvidarse que, por mandato constitucional (inc. 4 del artículo 116 Superior), los árbitros son transitoriamente verdaderos jueces y están habilitados para proferir fallos, en los términos que determine la Ley.

Si la jurisdicción recae en el Estado y esa faceta del poder público está concebida para sustituir la voluntad de las partes, lo acordado por éstas no podría interpretarse –sin infracción abierta de la Constitución- como limitante para que el juzgador determine previamente **lo esencial**, vale decir, a quién o a quiénes resultó imputable el asunto que se pone a su consideración, antes de establecer **lo accidental**: el *quantum* o el término en que tuvo lugar esa circunstancia anómala.

En otras palabras, los términos en que se pactó el compromiso o la cláusula compromisoria no pueden ser interpretados de manera que la labor del juez termine siendo una especie de “**trámite de homologación**”, a lo previamente decidido por las partes en relación con el conflicto que se presenta.

Si el juez no pudiera –como corresponde a su alta misión- **entrar al fondo** del asunto para poder desatar la contienda y establecer en primer lugar -con base en los medios de prueba respectivos- las causas de la mayor permanencia en obra que las partes controvierten y a quién resultan imputables, la función judicial arbitral estaría cercenada en su esencia y naturaleza misma. Lo cual obviamente, desde la perspectiva constitucional, resulta francamente inadmisibile.

---

<sup>19</sup> Según Locke la defensa de los derechos naturales “que pertenecen a todos los hombres por igual (Ensayo sobre el gobierno civil, II, VII, 87), es el fin primordial de la comunidad política (ibid., II, II, 13) al tiempo que es el principio que legitima (antecede) al gobierno, por medio de la ley” (“Locke: una lectura de los derechos, vigente trescientos años después de su muerte”, en VVAA, *Ideas políticas, filosofía y derecho: el maestro, liber amicorum en homenaje a Alirio Gómez Lobo*, Colegio Mayor del Rosario, Bogotá, 2006, pp. 302 y ss).

Dicho de otra forma, los compromisos a que lleguen los particulares no pueden ser luego interpretados de tal manera que tornen nugatoria la labor judicial que ha sido encomendada transitoriamente a los árbitros, por virtud de mandato fundamental, al punto de vedarles estudiar presupuestos más que elementales para poder entrar a decidir el asunto que se les somete a su consideración. Como es justamente –en el *sub examine*– a quién puede resultar imputable la mayor permanencia de obra y, en consecuencia, si esta resulta o no indemnizable.

Por ello como la interpretación que propone el recurrente entraña un obstáculo o restricción que tiene por efecto limitar y comprometer irracional y sustancialmente el derecho fundamental de acceso a la justicia, no resulta admisible a la luz de la Constitución Política.

En efecto, el ejercicio del poder dispositivo de sus intereses, propio de los intervinientes en un mecanismo de autocomposición de conflictos, no permite vaciar de contenido la función judicial misma, para reducirla a una nueva especie de atribución notarial, en la que el juzgador sólo se limitaría, calendario en mano, a establecer las fechas en las que tuvo lugar la situación que desencadena la indemnización.

Una interpretación del compromiso pactado, como la que plantea el censor, sin duda impediría el acceso pleno y efectivo al mecanismo heterocompositivo de resolución de conflictos arbitral y, con ella, se abrirían las puertas a una justicia que estaría encargada de legitimar acuerdos entre las partes que bien podrían ser contrarios al orden jurídico o al patrimonio público.

En ese orden de ideas, la cláusula primera del acta de liquidación contentiva del compromiso, **debe ser interpretada conforme a la Constitución** en el sentido que no impida al juez arbitral entrar a estudiar y decidir asuntos propios a su función jurisdiccional transitoria, como son justamente las razones o motivos de esa mayor permanencia en obra, para que una vez establecidos -por los medios

de convicción obrantes en el plenario- se proceda a determinar si hay lugar o no a indemnizar.

En tal virtud, el juez arbitral tenía amplia competencia para determinar previamente las razones o motivos que desencadenaron el motivo del litigio, o lo que es igual, establecer a cuál de las partes era atribuible la mayor permanencia en obra que se presentara con ocasión del contrato 2000-001, a partir de las pruebas obrantes en el proceso.

En el laudo se señaló que para que la mayor permanencia en obra pueda tener vocación indemnizatoria, no bastaba la simple adición de plazo, sino que era menester que se probara que se produjo por razones ajenas al contratista y que causó unos costos adicionales que hicieron perder al contrato el necesario balance entre las prestaciones a cargo de las partes. Por manera que, además de la mayor estadía en obras, debían acreditarse las causas por las cuales ella ocurrió, en atención a la especial connotación indemnizatoria que reviste el reconocimiento de una suma por este concepto y “las probanzas sobre este particular se echan de menos en el plenario”.

De acuerdo con tal planteamiento, es lógico concluir que, ciertamente, el estudio y pronunciamiento sobre las razones o motivos de la mayor permanencia en obra, no resultaba extraño a la competencia del Tribunal, toda vez que dicha materia era presupuesto para poder determinar a quién resultaba imputable y con cargo a cuál presupuesto era que debía asumirse la responsabilidad que eventualmente pudiera derivarse de ese estudio.

O lo que es igual, habida cuenta de que lo expresado por el Tribunal en punto de las razones o motivos de la mayor permanencia en obra constituía un estudio indispensable para que luego procediera a determinar el quantum de la misma, el juez arbitral no desbordó el ámbito referido al conflicto sometido a su decisión.

De ahí que, como en el laudo no se probó -de lo cual no le es dable a esta sede extraordinaria apartarse por la naturaleza del recurso- a quién era imputable esa mayor permanencia en obra, mal podía entrar a estudiar términos o plazos de duración de la misma y, por ende, la situación descrita constituía un acto de necesario e ineludible conocimiento del Tribunal, para el esclarecimiento de los hechos del proceso arbitral.

Tan claro es que esa materia constituía presupuesto previo para entrar a determinar el tiempo de mayor permanencia en obra, que la entidad convocada al contestar la demanda subrayó que por razones imputables al contratista la ejecución del contrato no culminó dentro del plazo inicialmente estipulado y por ello le causó grandes perjuicios al Departamento. Y alegó, además, que la circunstancia de que se hubiese hecho caso omiso a los informes del interventor y de no haber tomado los correctivos, ello no podía ocultar la evidencia de lo sucedido.

De otro lado, cuando al juez arbitral se le encarga de conocer de una controversia que el legislador atribuyó a la jurisdicción en lo contencioso administrativo, los poderes de ese árbitro son tan amplios y limitados como los del juez administrativo.

No se olvide que el artículo 164 del Código Contencioso Administrativo ordena que en la sentencia se decidirá no sólo sobre las excepciones propuestas, sino también y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada y agrega que el silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la *reformatio in pejus*. Se trata, entonces, de una facultad mucho más amplia que la prevista en el artículo 306 del C.P.C.<sup>20</sup>

Como advierte la doctrina, la ausencia de limitaciones del juez contencioso administrativo para decidir sobre todas las excepciones que resulten probadas, propuestas o no, dejando a salvo la prohibición de *reformatio in pejus*, se explica porque los representantes del Estado no pueden renunciar a la prescripción, ni

---

<sup>20</sup> Que señala que cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda.

sanear la nulidad sustancial relativa, dado que ello equivaldría a disponer, sin las formalidades legales, de derechos sustanciales de las entidades públicas<sup>21</sup>.

En sentido similar, se pronuncia el profesor Betancur Jaramillo quien resalta que la facultad oficiosa del juez se explica en serios fundamentos, propios de la esfera de las entidades estatales: “así como la administración no puede comprometer su responsabilidad mediante la confesión, no puede con su silencio y sólo por éste, agravar su situación procesal con la interpretación de su pasividad como renuncia a una defensa. Recuérdese que únicamente pueden renunciarse los derechos que sólo miren al interés particular del renunciante (art. 15 CC) y la administración no maneja nunca esta clase de intereses”.<sup>22</sup>

En tal virtud, si el juez administrativo por mandato legal está facultado para decidir no sólo sobre las excepciones propuestas sino sobre cualquier otra que encuentre probada, el juez arbitral -sin riesgo de violar la congruencia con el compromiso y las pretensiones- está igualmente habilitado para declarar de oficio todas las excepciones que encuentre probadas en el juicio arbitral.

A este respecto la Sala reitera que los árbitros deben resolver sobre todas aquellas cuestiones que, de conformidad con la ley, deban ser objeto de definición en el proceso, a menos que, dado el contenido de la decisión definitiva que haya de adoptarse, su resolución resulte totalmente intrascendente<sup>23</sup>. Con base en lo prescrito en los artículos 306 del CPC y 164 del CCA la jurisprudencia tiene determinado que el juez arbitral no está limitado a decidir únicamente las cuestiones que le han sido planteadas en el proceso por las partes, “puesto que en virtud del marco legal de su competencia, existen otros asuntos que por mandato de la ley está llamado a resolver, así no hayan sido materia de la demanda o de la contestación, es decir, así no sean cuestiones propuestas expresamente por las partes; se trata entonces, del ejercicio de facultades

---

<sup>21</sup> Devis Echandía, Hernando, *Compendio de derecho procesal. Teoría general del proceso*, Tomo I, Dík, Medellín, 1993, p. 243.

<sup>22</sup> Betancur Jaramillo, Carlos, *Derecho procesal administrativo*, Señal Editora, Medellín, 2009, p. 370.

<sup>23</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 10 de marzo de 2005, rad. 11001-03-26-000-2004-00039-00(28308), Demandante: Empresa Electrificadora del Meta S.A. E.S.P. - Emsa E.S.P., Ref. Recurso de Anulación de Laudo Arbitral, C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

oficiosas que le han sido atribuidas directamente por el ordenamiento jurídico, en su calidad de juez, aunque la misma sea temporal”<sup>24</sup>.

En definitiva, en el *sub examine* no se vislumbra un pronunciamiento incongruente, sino que –por el contrario- la decisión de abordar previamente la determinación de las causas por las cuales se dio esa mayor permanencia en obra, se ajusta no sólo a los mandatos propios de cualquier juzgador de este tipo de materias –sea éste arbitral o institucional- sino también al alcance dado a la controversia por la propia parte demandada y a lo acordado en el compromiso pactado.

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

Por lo expuesto, el cargo no prospera.

**3.3. Tercera causal:** “*No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.*” (numeral 9 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989).

#### **3.3.1. Sustentación**

El censor sustentó la configuración de esta causal en que el arbitramento terminó sin que se hubiera definido el único tema sometido con exclusividad a la consideración del Tribunal que era “el tiempo de una mayor permanencia en obra del contratista”.

#### **3.3.2 Concepto del Ministerio Público**

---

<sup>24</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 7 de marzo de 2007, rad. 110010326000200600007 00, actor: SONAPI S.A., Demandado: Lotería de Bogotá, ref: Recurso de Anulación de Laudo Arbitral, exp. 32399, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

Destacó que como consecuencia del estudio y decisión de un punto no sujeto a la decisión de los árbitros que les condujo a considerar que no se produjo la mayor permanencia en la obra, los árbitros dejaron de pronunciarse sobre la pretensión de la convocante orientada a que se determinara con precisión el número de meses que la administración contratante debía reconocer por dicho concepto, con lo cual dejó sin resolver este extremo de la litis, incurriéndose de igual manera en la causal de incongruencia denominada *minus petita* o *citra petita*.

#### **3.3.4. Consideraciones de la Sala**

La causal “*No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.*” (numeral 9 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989), se configura cuando el laudo no decide todos los puntos objeto de arbitramento y en este evento se predica que el mismo es *mínima* o *citra petita* respecto de las pretensiones, excepciones procesales y demás aspectos de la relación jurídico procesal (artículos 304, 305 y 306 del C. de P. Civil; 87 y 164 del C.C.A).

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

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

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

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

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

Por lo demás, esta causal de anulación (*"no haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento"*), debe ser analizada conforme a la competencia que la Constitución y la Ley, el pacto o convención arbitral y la relación jurídico procesal que emana del propio conflicto particular que presentan las partes con la convocatoria del Tribunal, les otorga a los árbitros como materia de conocimiento y decisión.

De otra parte, es claro que en virtud de la filosofía del recurso de anulación de laudos, edificado por errores *in procedendo* y no *in iudicando*, el análisis de este vicio de construcción formal de la providencia debe realizarse de manera objetiva, es decir, verificar que formal y objetivamente el fallo se ajuste a las peticiones de las partes, independientemente de si éste es acertado o erróneo, para concluir si efectivamente se presentó o no una omisión de decidir algún extremo de la litis, pero no resulta dable por la naturaleza de la causal que se estudia, examinar las consideraciones y los motivos determinantes que ha tenido el juzgador en su decisión<sup>25</sup>.

La censura del recurrente, Unión Temporal Paz Social, se refiere a que el laudo no decidió la cuestión fundamental sujeta al arbitramento, que a su juicio no era otra que el “tiempo” de mayor permanencia en obra.

Como ya se anotó al despachar negativamente el anterior cargo, el Tribunal acertó al estudiar previamente si había o no lugar a indemnizar la mayor permanencia de obra. Y si, como efectivamente, encontró que no existían medios de convicción para establecer a quién era imputable esta circunstancia, es apenas natural que, en consecuencia, no entrase a cuantificar el mayor tiempo de permanencia en obra.

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

Sobre la base de las consideraciones antes expuestas, y merced a que ninguno de los tres cargos formulados prosperó, el recurso de anulación formulado por Unión Temporal Paz Social, parte convocante, habrá de ser denegado.

---

<sup>25</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 6 de diciembre de 1993, exp. 4046.

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

**FALLA:**

**PRIMERO: NIÉGASE** la solicitud de anulación del laudo arbitral proferido el 5 de mayo de 2009 por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las diferencias surgidas entre Unión Temporal Paz Social y el Departamento del Atlántico, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: CONDÉNASE** en costas al recurrente, las cuales serán liquidadas por la secretaría de la sección tercera.

En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de Arbitramento a través de su Secretaría.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO**  
Presidenta de Sala

**RUTH STELLA CORREA PALACIO**

**DANILO ROJAS BETANCOURTH**