

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION - Competencia

De conformidad con lo previsto por el numeral 5º del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo –modificado por el numeral 5º del artículo 36 de la Ley 446 de 1998– y lo normado en el artículo 162 del Decreto 1818 de 1998, la Sección Tercera del Consejo de Estado es competente para conocer, de manera privativa y en única instancia, del recurso de anulación interpuesto contra los laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos estatales, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia. El laudo arbitral sometido a conocimiento de la Sala fue dictado con el fin de dirimir las controversias suscitadas en relación con la ejecución del contrato de obra No. ECG-VID-000066 de 2005, celebrado entre la Unión Temporal JPC y la Empresa Colombiana de Gas –ECOGAS–, cuyo objeto versó sobre el cambio del revestimiento del gasoducto Cusiana - La Belleza.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 128.5 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 36.5 / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 162

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION - Empresa Colombiana de Gas Ecogas / EMPRESA COLOMBIANA DE GAS ECOGAS - Naturaleza jurídica / EMPRESA COLOMBIANA DE GAS ECOGAS - Régimen jurídico / EMPRESA COLOMBIANA DE GAS ECOGAS - Regulación normativa

De conformidad con lo prescrito en los artículos 1 y 2 de la Ley 401 de 1997, la Empresa Colombiana de Gas es una entidad descentralizada del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía con el carácter de Empresa Industrial y Comercial del Estado, con personería jurídica, autonomía administrativa, financiera y patrimonial, cuyo objeto consiste en la -planeación, organización, ampliación, mantenimiento, operación y explotación comercial de los sistemas de transporte de gas natural propios-. (...).

JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Competencia / CONTRATOS ESTATALES - Naturaleza / COMPETENCIA - Criterio subjetivo u orgánico

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha precisado que si bien es cierto que el régimen jurídico constituye un aspecto determinante de la forma en la cual puede actuar una entidad pública o privada, también lo es que dicho régimen, en manera alguna, determina la competencia jurisdiccional; este criterio ha sido adoptado en diversas oportunidades al analizar la naturaleza jurídica de los contratos regidos por la Ley 80 de 1993 y aquellos celebrados bajo el amparo del derecho común, sobre lo cual se ha dicho que ambos tienen la naturaleza de contratos estatales, no obstante encontrarse regidos por dos ordenamientos jurídico-sustantivo diferentes. De otra parte, la Ley 1107, expedida el 27 de diciembre de 2006, por medio de la cual se modificó el artículo 82 del C.C.A., amplió la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para dirimir las controversias originadas en todo tipo de actividad adelantada por las entidades públicas. (...) La Sala, de manera reiterada, ha sostenido que la norma transcrita aclaró el régimen jurisdiccional al cual estarían sometidas las entidades estatales, puesto que al eliminar del texto del anterior artículo 82, la expresión “controversias y litigios administrativos”, que fue reemplazado por la frase “controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas”, permitió incluir a todas las entidades estatales, sin importar la función que cumplan, ni el régimen jurídico que les sea aplicable, ni el tipo de controversia de

que se trate (contractual, nulidad y restablecimiento del derecho, responsabilidad extracontractual), de tal suerte que se adoptó un criterio predominantemente subjetivo u orgánico, en el cual lo importante es la naturaleza del órgano o sujeto que actúa y no la de su actividad, dejando atrás el criterio material u objetivo, el cual permitía distinguir entre las actividades de las entidades públicas que correspondían a una función administrativa y aquellas que no. A juicio de la Sala, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer del presente asunto, pues para la fecha de celebración del contrato –diciembre de 2005– que dio lugar a la controversia resuelta por el laudo arbitral ahora impugnado, la Empresa Colombiana de Gas –ECOGAS–, era una entidad pública, puesto que era de índole descentralizada del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía con el carácter de Empresa Industrial y Comercial del Estado (...) Por consiguiente, la Corporación es competente para conocer del recurso de anulación interpuesto contra el laudo arbitral dictado el 22 de febrero de 2010.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Artículo 82 / LEY 1107 DE 2006

NOTA DE RELATORIA: Sobre los contratos regidos por dos ordenamientos jurídico-sustantivo diferentes y su naturaleza, consultar sentencia de 17 de marzo de 2010, expediente número 36838. Sobre competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para dirimir las controversias originadas en todo tipo de actividad adelantada por las entidades públicas, consultar sentencia proferida el 21 de mayo de 2008, expediente número 33643

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION - Naturaleza y características

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha precisado, de manera reiterada, la naturaleza, características y particularidades que identifican el recurso extraordinario de anulación, aspectos que se concretan de la siguiente manera: i) El recurso de anulación de laudos arbitrales es de carácter excepcional, restrictivo y extraordinario, sin que constituya una instancia más dentro del correspondiente proceso. ii) El recurso tiene como finalidad controvertir la decisión contenida en el laudo arbitral por errores in procedendo (por violación de leyes procesales), que comprometen la ritualidad de las actuaciones, por quebrantar normas reguladoras de la actividad procesal, desviar el juicio o vulnerar las garantías del derecho de defensa y del debido proceso, pero a través de él no puede pretenderse atacar el laudo por cuestiones de mérito o de fondo, errores in iudicando (violación de leyes sustantivas), es decir, para examinar si el Tribunal de Arbitramento obró, o no, de acuerdo con el derecho sustantivo (falta de aplicación de la ley sustantiva, indebida aplicación o aplicación errónea), ni tampoco para revivir un nuevo debate probatorio o considerar si hubo, o no, un error en la valoración de las pruebas o en las conclusiones a las cuales arribó el correspondiente Tribunal, dado que el juez de anulación no constituye superior jerárquico del Tribunal de Arbitramento y, en consecuencia, no podrá intervenir en el juzgamiento del asunto de fondo, al punto de modificar las decisiones plasmadas en el laudo, por no compartir sus criterios y razonamientos. iii) Excepcionalmente, el juez de anulación podrá corregir o adicionar el laudo pero sólo en aquellos eventos en que prospere la causal de incongruencia, por no haberse decidido la totalidad de los asuntos sometidos al conocimiento de los árbitros o por haberse pronunciado sobre aspectos que no estuvieron sujetos a la decisión de los mismos, así como por haberse concedido más de lo pedido, de conformidad con las causales previstas en los numerales 4º y 5º del artículo 72 de la Ley 80 de 1993. iv) Los poderes del juez del recurso de anulación están restringidos por el denominado “principio

dispositivo”, por cuya virtud debe limitarse exclusivamente a resolver sobre lo solicitado por el recurrente en la formulación y sustentación del recurso; el objeto que con dicho recurso se persigue y ello, obviamente, dentro de las precisas y taxativas causales que la ley consagra; en consecuencia, no le es permitido al juez de anulación interpretar lo expresado por el recurrente para entender o deducir la causal invocada y menos aún pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del correspondiente recurso de anulación. v) El recurso de anulación procede contra laudos arbitrales debidamente ejecutoriados, como excepción al principio de intangibilidad de las sentencias en firme; “tal excepcionalidad es pues, a la vez, fundamento y límite de los poderes del juez de la anulación, para enmarcar rígidamente el susodicho recurso extraordinario dentro del concepto de los eminentemente rogados.” vi) Teniendo en cuenta el carácter restrictivo que identifica el recurso de anulación, su procedencia está condicionada a que se determinen y sustenten, debidamente, las causales que de manera taxativa se encuentran consagradas por la ley para ese efecto; por lo tanto, el juez de la anulación debe rechazar de plano el recurso cuando las causales que se invoquen o propongan no correspondan a alguna de las señaladas expresamente en la ley (Artículos 128 de la Ley 446 de 1998 y 164 del Decreto 1818 de 1998).

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 72. NUMERALES 4 Y 5 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 128 / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 164

NOTA DE RELATORIA: Acerca de la naturaleza, características y particularidades que identifican el recurso de anulación, Consejo de Estado, Sección Tercera, providencias de 15 de mayo de 1992, exp. 5326; de 12 de noviembre de 1993, exp. 7809; de 24 de octubre de 1996, exp. 11632; de 16 de junio de 1994, exp. 6751; de 18 de mayo de 2000, exp. 17797; de 23 de agosto de 2001, exp. 19090; de 28 de abril de 2005, exp. 25811; de 4 de julio de 2002, exp.21217; de 20 de junio de 2002, exp. 19488; de 4 de julio de 2002, exp. 22.012; de 1º de agosto de 2002, exp. 21041; de 25 de noviembre de 2004, exp. 25560; de 8 de junio de 2006, exp.32398; de 4 de diciembre de 2006, exp. 32871; de 26 de marzo de 2008, exp. 34071; de 13 de agosto de 2008, exp. 34594.

CAUSALES DE NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL - Controversias de naturaleza contractual / LEY 1150 DE 2007 - Unificó el régimen de las causales de anulación del laudo arbitral

Las causales de anulación de los laudos arbitrales se encontraban previstas en dos normas, a saber: la Ley 80 de 1993 y el Decreto 1818 de 1998, compilatorio del Decreto 2270 de 1989, circunstancia que generó diversas posturas a nivel jurisprudencial y doctrinal debido a que las causales previstas, en uno y otro texto normativo, no coincidían en su totalidad. En efecto, mientras que el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 previó cinco (5) causales de anulación para impugnar el laudo arbitral, el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 consagró nueve (9). Sin embargo, ocurre que a partir de la entrada en vigor de la Ley 1150 de 2007, a partir del 16 de enero de 2008, se modificaron algunos aspectos referidos a las causales de anulación de laudos arbitrales dictados para resolver las controversias originadas en contratos estatales. La citada Ley 1150, en su artículo 22 – modificadorio del artículo 72 de la Ley 80 de 1993–, determinó que las causales de nulidad que podían invocarse para impugnar los laudos arbitrales dictados para solucionar las controversias suscitadas en contratos estatales eran las mismas que se encontraban contenidas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, norma que reúne nueve (9) causales de anulación que pueden ser invocadas válidamente para impugnar los laudos arbitrales. Por consiguiente, la Ley 1150

unificó el régimen de las causales de anulación de laudos arbitrales, en la medida en que aquellas contenidas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 son las mismas consagradas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, por ser esta última norma la que compiló las causales consagradas en el artículo 38 del Decreto 2279 referido, de tal suerte que independientemente de que el contrato que haya suscitado la controversia decidida por los árbitros se encuentre regido por el Estatuto Contractual o por el régimen de Derecho Privado, las causales que podrán invocarse para impugnar el laudo arbitral serán siempre las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, compilado por el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, invocando en cada caso la norma que resulte aplicable. De otra parte, la pluricitada Ley 1150 suprimió la limitación impuesta por el derogado artículo 72 de la Ley 80 de 1993, disposición que tan solo había consagrado cinco causales. Resulta pertinente precisar que el numeral 2º del artículo 167 de la Ley 446 de 1998 derogó expresamente el numeral 3º del artículo 38 del citado decreto y comoquiera que el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 reprodujo el numeral 3º derogado, el Consejo de Estado, mediante sentencia de 8 de abril de 1999, lo declaró nulo, precisamente por haber compilado una norma que no se encontraba vigente. En este contexto resulta claro que las causales de nulidad que pueden invocarse contra laudos arbitrales, pronunciados para resolver las controversias que se hubieren suscitado en relación con contratos celebrados por el Estado, independientemente del régimen jurídico que los gobierna (régimen de derecho privado o el consagrado en el estatuto contractual del Estado) son las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, en la forma en que fue modificado por la Ley 446 de 1998.

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

NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL - Causales / RECURSO DE ANULACION - Causal de anulación prevista en el numeral 6 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1993 / RECURSO DE ANULACION - Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo / CAUSAL DE ANULACION PREVISTA EN EL NUMERAL 6 DEL ARTICULO 163 DEL DECRETO 1818 DE 1993 - Reiteración jurisprudencial

El primer cargo formulado por la parte convocante dice relación con la causal prevista en el numeral 6º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1993: -Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo-. Según la parte recurrente, la decisión impugnada no se sustentó en derecho ni en las pruebas recaudadas en el proceso, por cuanto estima que los árbitros resolvieron de acuerdo con su íntima convicción y su juicio personal, esto es fallaron en conciencia. (...) En relación con esta causal de anulación, debe precisarse, en primer lugar, que el artículo 1º del Decreto 2279 de 1989 –modificado por el artículo 111 de la Ley 446 de 1998, norma que a su vez fue compilada por el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998–, establece tres clases de arbitraje, a saber: en derecho, en equidad y técnico. Igualmente, define en qué consiste cada uno de ellos. (...) la jurisprudencia de la Sala, en muchos de sus pronunciamientos, ha ilustrado sobre las características que identifican el fallo dictado en conciencia y aquel que se profiere en derecho. Al respecto, ha expresado lo siguiente: (...) en sentencia de 14 de septiembre de 1995, la Sección Tercera de la Corporación precisó que se estaba ante un fallo en conciencia cuando el juez desconocía íntegramente el acervo probatorio para tomar sus decisiones: (...) en sentencia de 9 de agosto de 2001, la Sala sostuvo

que el laudo es en derecho cuando hace referencia al derecho positivo vigente y se fundamenta en el contrato celebrado, el cual constituye ley para las partes y lo será en conciencia cuando hay ausencia de razonamientos jurídicos: (...) la Sala ha precisado que el fallo en conciencia se presenta no sólo cuando éste no se ha fundamentado sobre normas jurídicas, sino que también puede configurarse cuando se falla sin pruebas de los hechos que originan las pretensiones o las excepciones o con pretermisión de la totalidad de las pruebas que obran en el proceso. (...) Otro aspecto importante ha sido resaltado por la Sala, en el sentido de que no puede confundirse el fallo en conciencia con la decisión equivocada; así discurrió la Corporación (...). En sentencia más reciente, la Sala hizo algunas consideraciones en punto a precisar que el fallo en derecho no es aquel en el cual se hace la más mínima referencia al derecho positivo sino que además se requiere que esta referencia constituya el fundamento de la decisión y no una simple anotación descontextualizada

NOTA DE RELATORIA: Sobre las características que identifican el fallo dictado en conciencia y aquel que se profiere en derecho, consultar sentencias: del 3 de abril de 1992, exp. 6695, de 4 de mayo de 2000, exp. 16766; de 2 de octubre de 2003, exp. 24320; de 14 de septiembre de 1995, exp.10468; de 9 de agosto de 2001, exp. 19273; de 23 de agosto de 2001, exp. 19090; de 13 de febrero de 2006, exp. 29704; de 5 de julio de 2006, exp. 31887; de 6 de julio de 2005, exp. 28990; de 28 de noviembre de 2002, exp. 22191 y de 7 de junio de 2007, exp. 32896.

FALLO EN CONCIENCIA - Requisitos

El fallo en conciencia se estructura a partir del cumplimiento de ciertos requisitos o presupuestos, a saber: i) El contenido de la providencia debe evidenciar de manera manifiesta que se está decidiendo en conciencia y no en derecho. ii) La decisión de los árbitros debe provenir de la aplicación del sentido común y la equidad, del juicio que haría un hombre justo, es decir, de su íntimo convencimiento. El juez tiene libertad en la apreciación de la prueba y hasta puede apartarse de ella, puesto que lo verdaderamente relevante es su decisión en conciencia, su íntima convicción. iii) El fallo en conciencia está liberado del rigorismo de la tarifa probatoria, la carga de la prueba y el fundamento del derecho sustantivo. Precisamente por tener como asidero la íntima convicción, el sentido común, la prudencia y lo justo. Significa entonces que el fallador puede apartarse de la prueba o valorarla libremente según su convicción moral íntima, e igualmente, puede no tener en cuenta las normas legales que regulan la materia para tomar sus decisiones, puesto que para fallar sólo debe consultar su conciencia, su íntimo convencimiento a la luz de la equidad. iv) En el fallo en conciencia no hace falta explicar las razones que dan lugar a la decisión, es decir, éstas no son esenciales ni determinantes, lo cual se apoya en los principios de verdad sabida y buena fe guardada, propios de esta clase de decisión.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la libertad de los árbitros en la apreciación de la prueba según las reglas de la sana crítica, consultar sentencias: de 4 de mayo de 2000, exp. 16766; de 27 de julio de 2000, exp. 17591; de 14 de junio de 2001, exp. 19334 y de 6 de julio de 2005, exp. 28990. Acerca de las características que identifican el fallo dictado en conciencia, consultar sentencia de 13 de mayo de 2009, exp. 34525

FALLO EN CONCIENCIA - Presupuestos

Debe entenderse entonces que el laudo en conciencia está determinado por alguno de los siguientes supuestos: i) la ausencia en su contenido de normas del derecho positivo; ii) la libre apreciación del juez tanto de los hechos como de las pruebas allegadas al expediente sin sujeción al marco jurídico o normativo aplicable; iii) la íntima convicción del juez sobre lo justo o equitativo para tomar la decisión y iv) la equidad como único apoyo de dicha decisión.

FALLO EN CONCIENCIA - Decisión en equidad

En lo que a la equidad se refiere, cabe sostener que cuando el artículo 230 constitucional hace referencia a la equidad en la actividad de Administrar Justicia, no está haciendo referencia a que cualquier controversia se decida exclusivamente de acuerdo con los criterios que informan la equidad. La norma expresamente lo establece como un criterio auxiliar y ello implica que sirva de instrumento para llenar los vacíos legislativos y permita la realización del valor "justicia". Dicho de otra manera, el juez no puede aplicar como regla general el criterio de equidad en todas las controversias que se sometan a su conocimiento. El juez está sometido fundamentalmente al imperio de la ley por mandato constitucional y, por cierto, la ley es el instrumento primario para la realización del valor a que se ha hecho alusión, el cual se enmarca dentro de la categoría de los valores morales, "el valor justicia", de suerte que el juez cuando decide las controversias con apego a la ley está "administrando justicia" porque se debe partir del supuesto de que las leyes son justas, válidas y eficaces, para que puedan tener fuerza vinculante entre los integrantes del conglomerado; por esta razón la equidad en torno a la actividad judicial cobra fuerza en aquellos eventos en los cuales, por ejemplo, no existe disposición aplicable a una controversia específica que debe decidirse en derecho, pues en virtud del principio de la plenitud hermenéutica del orden jurídico, consagrado por el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, el juez debe acudir a los criterios auxiliares para decidir la controversia realizando los valores que comportan el fin último del derecho. Lo anterior se menciona únicamente a título de ejemplo, pues no es el único evento en el cual se debe acudir a la equidad como criterio auxiliar, de hecho, la equidad no es un criterio subsidiario sino, como la preceptiva lo indica, un criterio auxiliar, en el cual se debe apoyar el juez en múltiples eventos. Igual sucede con las controversias que deben ser decididas por los particulares que se hallan investidos transitoriamente de la facultad de Administrar Justicia. Como se dejó indicado anteriormente, existen tres categorías de arbitraje: en derecho, en equidad o técnico. Cuando el arbitramento es pactado por las partes en derecho –como ocurrió en este caso dentro de la cláusula 5.4 del contrato ECG-VID-000066 de 2005–, los árbitros deben decidir las controversias ciñéndose a la normativa positiva y ello implica, desde luego, que deban observar las pruebas allegadas a la actuación y que, con base en las mismas, decidan la controversia; por ende, cuando el arbitramento es en derecho y los árbitros se separan de las normas jurídicas y, con ello, de las pruebas que deben fundar su decisión, es posible que la decisión esté encaminada a realizar el valor justicia, pero bajo tal pretexto no pueden desconocer los mandatos legales para decidir como lo haría un hombre justo, dentro de su leal saber y entender o, lo que es lo mismo, bajo la máxima "verdad sabida y buena fe guardada", dado que en ese momento estará tomando una decisión en conciencia.

CAUSAL DE ANULACION PREVISTA EN EL NUMERAL 6 DEL ARTICULO 163 DEL DECRETO 1818 DE 1993 - Fallo en conciencia / FALLO EN CONCIENCIA - Improcedencia de la causal / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION - No constituye una nueva instancia de conocimiento / RECURSO

EXTRAORDINARIO DE ANULACION - Conoce de los vicios in procedendo, no de los aspectos in iudicando

Para el recurrente extraordinario, la decisión impugnada no se profirió conforme a Derecho ni se sustentó en las pruebas recaudadas en el proceso, por cuanto los árbitros, según su juicio, habrían fallado de acuerdo con su íntima convicción y su juicio personal, es decir, en conciencia. A juicio de la Sala, parte del primer cargo se hace consistir en el análisis que efectuó el Tribunal de Arbitramento respecto del material probatorio recaudado en el proceso, en especial frente al dictamen pericial contable-financiero y a la forma en la cual se abordó la objeción que por error grave formuló la parte convocada frente a tal experticio, aspecto que destaca la Unión Temporal JPC en sede del recurso de anulación para rebatir la manera en la cual los Árbitros adoptaron su decisión. En relación con este primer cargo, la Subsección estima que existen dos aspectos que, aunque relacionados, resultan distintos, a saber: de un lado, se halla la crítica hecha por la parte impugnante frente a la manera en la cual los Árbitros valoraron el acervo probatorio y, por ende, profirieron el laudo arbitral; de otra parte, el memorialista alega que la decisión impugnada se habría dictado con base en pruebas inexistentes y absteniéndose de valorar pruebas decretadas. En cuanto al primer punto señalado, justificado por el recurrente extraordinario en el hecho de que el Tribunal de Arbitramento habría faltado a la verdad porque sostuvo que la información contable de la Unión Temporal JPC no se hallaba contenida en los respectivos libros de contabilidad, la Sala estima que se trata de un tema cuyo análisis por vía del aludido recurso extraordinario de anulación resulta improcedente, habida cuenta que, como lo tiene bastante averiguado la Sala, tal medio de impugnación no constituye una nueva instancia de conocimiento y, por ende, el análisis efectuado por el Consejo de Estado se debe circunscribir a los vicios in procedendo, no a los aspectos in iudicando.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el recurso extraordinario de anulación y el análisis de los vicios in procedendo, no de los aspectos in iudicando, consultar sentencia de 22 de julio de 2009, expediente número 35664

CAUSAL DE ANULACION PREVISTA EN EL NUMERAL 6 DEL ARTICULO 163 DEL DECRETO 1818 DE 1993 - Fallo en conciencia / FALLO EN CONCIENCIA - Improcedencia de la causal / PRUEBA - Apreciación

Ahora bien, el otro aspecto que el primer cargo plantea se formula en los siguientes términos: -Estamos en presencia de un fallo en conciencia en el entendido de que el Tribunal no valoró erróneamente la prueba, sino que la desconoció. En efecto, el cargo que se hace no se refiere a un defecto in iudicando en la medida en que no se está criticando la forma cómo se valoró la prueba, sino que se expone que la prueba no fue apreciada y ahí radica el reproche a través de esta causal-, cuestión que resulta distinta al primer aspecto antes descrito, el cual impone, por consiguiente, el análisis de la causal en esa dirección. (...) la Sala revisará el sustento jurídico y probatorio empleado por el Tribunal dentro del laudo recurrido, anticipando que, efectivamente, la decisión adoptada lo fue en Derecho, pues se advierte que existe una constante remisión- y apoyo efectivo- al ordenamiento jurídico, a la jurisprudencia y a las pruebas aportadas y practicadas en el proceso. (...) la Sala no encuentra contradicción alguna en el fallo impugnado, pues lo cierto es que al leer el laudo arbitral en su integridad y al concederle el sentido que desde un principio se le otorgó por parte de los Árbitros a su decisión, se impone concluir que la decisión de denegar las pretensiones radicó en la falta de certeza del daño o, lo que es lo mismo, en la ausencia de prueba de la existencia del mismo. En todo caso, la determinación

acerca de si en este caso se configuró, o no, el daño alegado por el censor, comporta per se reabrir el proceso en sus aspectos fácticos y sobre todo probatorios, lo cual, se reitera, riñe con la naturaleza de la impugnación interpuesta. La Sala estima, por lo tanto, que el laudo arbitral se dictó en derecho, dado que los diferentes temas analizados y el estudio de las pretensiones de la demanda, encuentran sustento jurídico y probatorio, a lo cual conviene reiterar que de la lectura del recurso de anulación se desprende parte de la intención de la U.T., convocante de propiciar una nueva valoración probatoria, situación que resulta improcedente a través de este mecanismo judicial, el cual no permite realizar un nuevo análisis de la controversia. En consecuencia, la primera causal no prospera.

NOTA DE RELATORIA: En relación con la apreciación de la prueba en los recursos extraordinarios de anulación, consultar sentencias: de marzo 10 de 2011, exp. 39092; de 29 de enero de 2009. Expediente 35317; de 5 de julio de 2006, expediente 31887; de 3 de agosto de 2006, expediente 31354 y de 7 de junio de 2007, expediente 3289

CAUSAL DE ANULACION PREVISTA EN EL NUMERAL 8 DEL ARTICULO 163 DEL DECRETO 1818 DE 1993 - Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido / CAUSAL DE ANULACION PREVISTA EN EL NUMERAL 8 DEL ARTICULO 163 DEL DECRETO 1818 DE 1993 - Supuestos. Reiteración jurisprudencial

La causal prevista en el numeral 8° del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 se concreta en tres supuestos, a saber: i) cuando el Tribunal se pronuncie sobre aspectos que, según la Constitución y la ley, resulten ajenos a su conocimiento; ii) cuando las decisiones adoptadas en el laudo desborden la competencia delimitada por las partes, en el compromiso o cláusula arbitral y iii) cuando la decisión arbitral resulte incongruente con lo solicitado en la demanda o en la contestación, actuaciones que delimitan la relación jurídico-procesal, pues, de no ser así, el fallo sería extra o ultra petita. En relación con esta causal, la jurisprudencia de la Sala, de manera reiterada, ha expresado: (...) en sentencia de junio 8 de 2006 – expediente 32.398–, la Sala expuso los aspectos que estructuran la presente causal (...) la causal analizada establece dos supuestos: primero, un pronunciamiento de los árbitros sobre aspectos que no son de su competencia, situación que, a su vez, se estructura en dos elementos: a) cuando el laudo se pronuncia sobre cuestiones intransigibles, según la Constitución y la ley y b) cuando los árbitros desbordan la competencia que les ha sido otorgada por las partes –en el compromiso o cláusula arbitral–, así se trate de asuntos transigibles. Según el segundo supuesto, los árbitros no pueden conceder más de lo pedido. Para definirlo se realiza un examen de la demanda y de la contestación a la misma, toda vez que son las pretensiones y los términos de la oposición los que definen el objeto de la litis y, por lo tanto, a ello se debe sujetar el Tribunal de Arbitramento, pues de extralimitarse proferirían una decisión extra o ultra petita, por tanto ajena a la voluntad de las partes, quienes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, excluyen sus controversias del conocimiento de la Administración de la Justicia institucional, para ponerlas a consideración de particulares, investidos transitoriamente de la potestad de Administrar Justicia.

NOTA DE RELATORIA: En relación con los supuestos con los cuales se concreta la causal prevista en el numeral 8° del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, consultar sentencia de abril 4 de 2002, expediente 20356

CAUSAL DE ANULACION PREVISTA EN EL NUMERAL 8 DEL ARTICULO 163 DEL DECRETO 1818 DE 1993 - Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido / CAUSAL DE ANULACION PREVISTA EN EL NUMERAL 8 DEL ARTICULO 163 DEL DECRETO 1818 DE 1993 - Improcedencia de la causal

El Tribunal de Arbitramento decidió con apego a lo pedido y debatido en el proceso, dado que de manera alguna el Tribunal se alejó del tema materia de controversia, esto es la sobre excavación de tierra alegada por el contratista como sustento de la mayor cantidad de obra que habría ejecutado, sólo que con el propósito de determinar la veracidad del alegado desequilibrio financiero del contrato, los Árbitros estimaron procedente –y ello el Consejo de Estado no puede entrar a cuestionarlo– determinar “... los volúmenes de excavación que fueron asumidos por el oferente al estructurar su propuesta económica” y, de esa manera, “... cotejarlos con los realmente efectuados, porque sólo en virtud de ese ejercicio de comparación se podrían dimensionar las eventuales sobre excavaciones”. Lo anterior refleja, sin vacilación alguna, que la intención del Tribunal al referirse y tratar de establecer –aunque infructuosamente– los volúmenes de excavación no obedeció a que estuviere apartando de la causa petendi y mucho menos de las pretensiones de la demanda, puesto que el análisis de tal aspecto obedeció al propósito de determinar las supuestas excavaciones adicionales alegadas por el contratista, tal como lo expresó el propio Tribunal al momento de aclarar ese punto, dado que lo consideró un -ejercicio necesario para poder establecer la verdad sobre el asunto requería de esa relación comparativa entre los dos extremos-. Por lo expuesto, la causal octava del artículo 163 del Decreto 1818 tampoco está llamada a prosperar.

CAUSAL DE ANULACION PREVISTA EN EL NUMERAL 9 DEL ARTICULO 163 DEL DECRETO 1818 DE 1993 - No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento / CAUSAL DE ANULACION PREVISTA EN EL NUMERAL 9 DEL ARTICULO 163 DEL DECRETO 1818 DE 1993 - Principio de congruencia / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Regulación normativa / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Noción. Definición. Concepto / INCONGRUENCIA - Causas

La causal de nulidad que se analiza se encuentra orientada a preservar el principio de la congruencia de los fallos judiciales que tiene consagración en el artículo 305 del C. de P. C., en la forma en que fue modificado por el artículo 1º numeral 135 del Decreto 2289 de 1989, en virtud del cual “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”, mandato legal que impone al juez del conocimiento, la concordancia del fallo con las pretensiones y hechos aducidos en la demanda y las excepciones propuestas en la contestación de la misma, puesto que la facultad del juez no es ilimitada. El principio de congruencia resulta aún más estricto cuando se trata de laudos arbitrales, toda vez que en estos casos las facultades del juez arbitral devienen de la voluntad de las partes materializada en la cláusula compromisoria o el compromiso, facultades que quedan totalmente restringidas a lo convenido por las partes. La incongruencia puede presentarse de tres formas: i) cuando en el fallo el juez otorga más de lo pedido (plus petita o ultra petita); ii) cuando el fallo concede algo distinto a lo pedido (extra petita) y iii) cuando se deja de resolver sobre lo pedido (citra petita). La causal que ahora se invoca, alude al último de los supuestos indicados. La causal enunciada también encuentra fundamento en el artículo 304 del C. de P. C., norma según cuyo alcance, la parte resolutive de la sentencia deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las

pretensiones de la demanda, las excepciones, las costas y perjuicios a cargo de las partes.

CAUSAL DE ANULACION PREVISTA EN EL NUMERAL 9 DEL ARTICULO 163 DEL DECRETO 1818 DE 1993 - Alcance y naturaleza / PRETENSIONES - Acumulación sucesiva

En relación con el alcance y naturaleza de esta causal de anulación de laudos arbitrales, la Sala ha considerado que -se refiere a la citra o mínima petita, que procede en aquellos eventos en que el laudo arbitral deja sin resolver las pretensiones de la demanda, es decir, no cumple con la función de decidir la controversia, por lo cual el litigio subsiste respecto de los puntos no decididos-. También precisó la Sala que la inconsonancia que configura la causal que se estudia, se produce cuando en el laudo se omite la decisión relativa a alguna de las pretensiones contenidas en la demanda o sobre las excepciones propuestas por el demandado (citra petita) y se establece mediante un proceso comparativo entre aquellas y lo resuelto por el fallador. Igualmente, la Corporación ha señalado que cuando el laudo ha sido impugnado por presentar mínima petita, no necesariamente deberá anularse sino que podrá adicionarse en el extremo no decidido: (...) Ocurre que al realizar el comparativo entre las pretensiones de la demanda y el laudo arbitral, la Sala no encuentra un fallo incongruente, por omisión de alguno de los extremos de la relación jurídico-procesal, por cuanto todas las pretensiones de la demanda fueron objeto del análisis y del pronunciamiento respectivo, por parte de los Árbitros en el laudo arbitral (...) dentro de este caso se presentó una acumulación sucesiva de pretensiones, de allí que una vez se desestimó la primera de ellas, la cual se analizó desde varios ítems –excavaciones, remoción de roca, grados de corrosión de tubería, sobre ancho en el derecho de vía y pendientes del terreno–, las demás también resultaron desestimadas, sin que por ello pueda predicarse una ausencia de motivación del laudo respecto de las demás súplicas de la demanda.

NOTA DE RELATORIA: En relación con el alcance y la naturaleza de la causal de anulación prevista en el numeral 9 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1993, consultar sentencias de 28 de noviembre de 2002, exp. 22526; de 20 de mayo de 2004, exp. 25759; de 4 de abril de 2002, exp. 20356; de 2 de marzo de 2006, exp. 29703 y de 17 de marzo de 2010, exp. 36838. Sobre el fallo citra petita, consultar sentencia de 28 de noviembre de 2002, exp. 22526. En relación con la adición del laudo, consultar sentencias: de 10 de marzo de 2005, exp. 28308 y de 17 de marzo de 2010, exp. 36838. Sobre acumulación sucesiva de pretensiones, consultar sentencia de junio 16 de 2008, exp. 34543

CAUSAL DE ANULACION PREVISTA EN EL NUMERAL 9 DEL ARTICULO 163 DEL DECRETO 1818 DE 1993 - Improcedencia

El Tribunal de Arbitramento no dejó de pronunciarse o resolver respecto de la cuestión litigiosa materia de conocimiento en virtud del pacto arbitral, sin que resulte viable, por la naturaleza extraordinaria del recurso de anulación, evaluar la manera cómo los Árbitros interpretaron la demanda y decidieron las pretensiones de la misma y determinar, por tanto, si lo hicieron correcta o erradamente, dado que –se insiste– esta causal no autoriza realizar un examen o calificación de las consideraciones que han servido al juzgador como motivos determinantes de su fallo. Se advierte lo anterior porque el censor pretende en últimas, por vía de la referida causal, la revisión del acervo probatorio y del sustento argumentativo del laudo censurado, cuestión que conduce a que el presente cargo, por este aspecto, también sea rechazado. Por lo expuesto, este cargo no prospera.

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

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá D.C., veinticinco (25) de agosto de dos mil once (2011)

Radicación número: 11001-03-26-000-2010-00013-00(38379)

Actor: UNION TEMPORAL JPC

Demandado: EMPRESA COLOMBIANA DE GAS - ECOGAS

Referencia: RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION CONTRA LAUDO ARBITRAL

Decide la Sala el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la parte convocante, Unión Temporal JPC, contra el laudo arbitral proferido el 22 de febrero de 2010 por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias surgidas en relación con el contrato de obra No. ECG-VID-000066 de 2005, celebrado entre la Unión Temporal recurrente y la Compañía Colombiana de Gas –ECOGAS–, mediante el cual se resolvió lo siguiente:

“PRIMERA: Declarar parcialmente procedente la objeción por error grave formulada por la apoderada de la parte convocada contra el dictamen pericial financiero-contable, en el aspecto específico a que se refiere la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDA: En materia de excepciones se adoptan las siguientes decisiones:

a. No acceder a declarar la excepción de falta de nexo causal entre el eventual daño sufrido por el contratista y la conducta asumida por la convocada, en lo que concierne a las mayores excavaciones realizadas para localizar la tubería objeto de reparación; así como respecto de las eventuales mayores cantidades de obra causadas en relación con las siguientes actividades: mayor grado de corrosión de la tubería; sobre anchos en el derecho de vía y mayores porcentajes en las pendientes del terreno.

b. Acceder a declarar la excepción de falta de nexo causal entre el eventual daño sufrido por el contratista y la conducta asumida por la convocada, en lo relativo en las excavaciones en roca.

- c. *No acceder a la excepción: 'Nadie puede alegar su propia torpeza'.*
- d. *No acceder a la excepción: Inexistencia del Derecho Alegado Sobre Restablecimiento de la Ecuación Contractual.*

TERCERA: En cuanto concierne a las pretensiones se profieren los siguientes pronunciamientos:

- a. *Desestimar la primera pretensión por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*
- b. *Desestimar las pretensiones: Primera Subsidiaria, Segunda, Tercera, Cuarta y Quinta con fundamento en lo expresado en la parte motiva de este proveído.*
- c. *Desestimar la Sexta pretensión, porque al no haber condena principal no procede reconocimiento de intereses.*
- d. *Desestimar la Séptima pretensión por sustracción de materia, según quedó explicado en la parte considerativa.*
- e. *Desestimar la Octava pretensión por idéntica consideración a la expresada en el punto precedente.*
- f. *En relación con la Novena pretensión, por las razones expuestas en la parte motiva, el Tribunal se abstiene de condenar en costas y agencias en derecho.*

CUARTA: Ejecutoriada la presente providencia expídanse por secretaría sendas copias auténticas con destino a las partes.

QUINTA: Protocolícese el expediente en una de las Notarías del Círculo de Bucaramanga, reparto, una vez quede ejecutoriado el presente laudo.

SEXTA: Ordénese el pago del saldo de honorarios a los Árbitros y Secretaria”.

I. ANTECEDENTES

1.- La demanda arbitral.

El día 16 de octubre de 2008, la Unión Temporal JPC –integrada por las sociedades Montajes JM Ltda., PATH International EU y CCR Ingenieros Asociados Ltda.–, por intermedio de apoderado, presentó demanda arbitral ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bucaramanga, en contra de la Empresa Colombiana de Gas –ECOGAS–, con el fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas (fls. 2 a 28 c 1):

“PRIMERA PRINCIPAL: Que se declare que el contratista UNION TEMPORAL JPC y los miembros que lo componen ejecutaron una mayor cantidad de obra adicional a aquella que fue contratada y pagada en virtud de lo establecido en el contrato ECG-VID-00066 de 2005, derivada del hecho que la EMPRESA COLOMBIANA DE GAS - ECOGAS no cumplió con la obligación legal de celebrar el contrato de buena fe.

PRIMERA SUBSIDIARIA: Que se declare que la EMPRESA COLOMBIANA DE GAS - ECOGAS no celebró el contrato ECG-VID-00066 de 2005 observando los principios establecidos en su manual de contratación, específicamente los de Buena fe, Equidad, Responsabilidad y Transparencia.

SEGUNDA: Que se declare que el contratista UNION TEMPORAL JPC y los miembros que la componen ejecutaron el contrato ECG-VID-00066 de 2005 en condiciones mas onerosas a aquellas que fueron pactadas inicialmente, derivada del hecho que la EMPRESA COLOMBIANA DE GAS - ECOGAS no cumplió con sus obligaciones legales de celebrar el contrato de buena fe.

SEGUNDA SUBSIDIARIA: Que se declare que el contratista UNION TEMPORAL JPC y los miembros que la componen ejecutaron el contrato ECG-VID-00066 de 2005 en condiciones mas onerosas que aquellas que fueron pactadas inicialmente, derivada del hecho que la EMPRESA COLOMBIANA DE GAS - ECOGAS no celebró el contrato ECG-VID-00066 de 2005 observando los principios establecidos en su manual de contratación, especialmente los de Buena fe, Equidad, Responsabilidad y Transparencia.

TERCERA: Que se declare que la EMPRESA COLOMBIANA DE GAS - ECOGAS incumplió con la obligación legal, reglamentaria y contractual de establecer la ecuación contractual del contrato ECG-VID-00066 de 2005, la cual se desequilibró por hechos imputables a ella y por motivos no imputables a la UNION TEMPORAL JPC ni a los miembros que la componen.

CUARTA: Que se declare que la EMPRESA COLOMBIANA DE GAS - ECOGAS incumplió el contrato ECG-VID-00066 de 2005 toda vez que no lo celebró ni lo ejecutó teniendo en cuenta los principios de transparencia, responsabilidad, buena fe y equidad, produciendo daños y perjuicios antijurídicos de orden material y/o patrimonial a la UNION TEMPORAL JPC y a sus integrantes, quienes no estaban ni están en la obligación jurídica de soportarlos.

QUINTA: Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a la EMPRESA COLOMBIANA DE GAS - ECOGAS a reconocer y pagar a la UNION TEMPORAL JPC, y/o a quien represente sus derechos, las sumas de dinero que por la mayor cantidad de obra ejecutada y demás daños antijurídicos causados el contratista y sus integrantes tuvieron que intervenir para la ejecución del contrato.

SEXTA: Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se ORDENE a la EMPRESA COLOMBIANA DE GAS - ECOGAS que sobre el valor de la condena impuesta en la declaración anterior, se

reconozcan y paguen a la UNION TEMPORAL JPC, y/o a sus miembros y/o a quien represente sus derechos, los intereses máximos que permita la ley desde el momento mismo en que dichos valores se causaron hasta el mes anterior a la cancelación de la condena que sea declarada por ese H. Tribunal de Arbitramento.

SEPTIMA: Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se ORDENE a la EMPRESA COLOMBIANA DE GAS - ECOGAS que sobre el valor de las sumas objeto de condena, se reconozca y pague a la UNION TEMPORAL JPC y/o a sus miembros y/o a quien represente sus derechos, la actualización de los valores que haya lugar desde la fecha en que surgió la obligación a cargo de la EMPRESA COLOMBIANA DE GAS - ECOGAS hasta la fecha del laudo.

OCTAVA: Que sobre las cantidades líquidas reconocidas en la sentencia se condene a las entidades demandadas a pagar intereses de conformidad con el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo". (fls.1 a 66 c. 1).

2.- Los hechos.

Como fundamento de sus pretensiones, la Unión Temporal convocante, en síntesis, expuso los siguientes hechos:

Señaló que ECOGAS abrió la licitación pública No. ECG-VID-020-05, con el propósito de celebrar un contrato de obra para efectuar el cambio del revestimiento del gasoducto Cusiana - La Belleza, procedimiento del cual formó parte la Unión Temporal JPC, la cual resultó ser la adjudicataria del respectivo contrato No. ECG-VID-000066 de 2005, por valor de \$5.189'201.878, cuya ejecución inició el día 3 de enero de 2006.

Indicó que una vez iniciadas las obras, se presentaron inconvenientes que retrasaron el cumplimiento del plan de trabajo programado, cuestión que llevó a la ampliación del plazo contractual, mediante los contratos adicionales Nos. 1, 2 y 3, de fechas 2 de mayo, 4 de agosto y 1° de septiembre, todos del año 2006, respectivamente.

Sostuvo que el contrato de obra no se ejecutó con fundamento en las condiciones inicialmente establecidas en los términos de referencia, como lo creía la parte contratista, razón por la cual las bases económicas efectuadas al momento de presentar la oferta no resultaron consecuentes con la realidad de la ejecución del contrato, circunstancia que llevó a que la Unión Temporal convocante debiere

ejecutar una mayor cantidad de obra, esto es efectuar una excavación superior a la prevista y, por ende, incurrir en erogaciones adicionales.

Agregó que la entidad convocada, no obstante que tenía conocimiento sobre valores de profundidades en algunos puntos a excavar, se abstuvo de darlos a conocer dentro de los términos de referencia, pues lo único que allí se incluyó para efectos del cálculo de la excavación consistió en una imagen que dimensionaba parte de la geometría de la zanja, por manera que no existió la precisión suficiente dentro de dichos términos de referencia.

También manifestó:

“Es así como el contratista, bajo su experticia, fue más allá de lo establecido en los pliegos de condiciones al momento de confección de la oferta adjudicada por ECOGAS, supliendo con suficiencia la carga de sagacidad que le correspondía frente a la falta de precisión de los términos de referencia. Lo que si se escapa a cualquier previsión del contratista era que ECOGAS teniendo la información sobre la verdadera y real profundidad del tubo necesaria para realizar cualquier presupuesto sobre la excavación, No la diera a conocer dentro de los términos de referencia como era su obligación principal en aplicación del postulado constitucional y legal de la buena fe que rige toda la actividad contractual, y en aplicación de la carga de información que le asiste como entidad contratante.

“.....

Debido a la alta profundidad a la cual se encontró el tubo y que era desconocida por la Unión temporal JPC, se presentó una sobre excavación por lo que se presentaron grandes volúmenes de tierra que ocuparon espacios en el derecho de vía más allá de lo previsto en el pliego de condiciones, generando sobre anchos, los cuales fueron cancelados parcialmente (...).

(...) cualquier obra adicional de excavación que debió hacerse por concepto de alta profundidad del tubo, afecta el precio de ítem, puesto que a mayor excavación realizada, menor será el rendimiento que se tiene en el cambio de revestimiento (...).

“.....

Durante la ejecución del contrato ECG-VID-000066-05, se presentaron situaciones que afectaron y cambiaron las condiciones de la producción en el cambio de revestimiento y aumentaron el costo de materiales, equipos y mano de obra, haciendo que la valoración económica hecha por la Unión Temporal con fundamento en la información obtenida de los pliegos y plasmada en su propuesta variara de forma especial y grave en contra de los intereses económicos de la U.T.

*En los términos de referencia de la licitación no se informó del grado **severo** de corrosión de la tubería en algunos sectores, lo que conllevó a que no se consideraran valores adicionales por parte de los proponentes (...).*

“.....

En desarrollo de la ejecución del contrato ECG-VID-000066-05, la Unión Temporal JPC realizó excavación en sectores con presencia de roca, encontrando el tubo sobre roca hecho fuera de los estándares establecidos por las normas.

*En los términos de referencia de la Licitación **NO** se informó ni se estableció que como parte del contrato se debería hacer una demolición de roca para poder realizar el cambio del revestimiento, así como tampoco se informó la existencia de tramos en los que la tubería se encontraba soportada sobre roca (...). (Negrillas del original).*

Adicionó a lo anterior que durante la ejecución del contrato debió pagarse a los propietarios y tenedores de terrenos a intervenir, el valor correspondiente a los ‘pastos’ o cultivos sobre el derecho de vía, monto que fue asumido por el contratista y no cancelado por ECOGAS.

Indicó que la obra fue recibida mediante acta de octubre 3 de 2006, debidamente suscrita por las partes contratantes y por la interventoría de la obra; que el día 10 de enero de 2007, la Unión Temporal convocante elevó una petición para iniciar el procedimiento de solución directa de controversias contractuales, con el fin de obtener el pago de los sobrecostos en los cuales incurrió dentro de la ejecución del contrato ECG-VID-000066 de 2005, solicitud que fue denegada por la entidad convocada, salvo en lo atinente al sobrecosto denominado ‘*stand by por emergencia*’, por valor de \$7’401.513, más IVA, monto que fue objeto de un arreglo económico el día 7 de mayo de 2007, a través de una conciliación celebrada por las partes ante el Centro de Conciliación de la Cámara de Comercio de Bucaramanga.

Afirmó que el día 25 de mayo de 2007, se suscribió el acta de liquidación del contrato, pero la Unión Temporal JPC dejó la salvedad respectiva en relación con el monto de los sobrecostos que, según ella, se le adeudan por mayor cantidad de obra ejecutada.

Señaló, finalmente, que las partes agotaron el mecanismo de solución directa de conflictos sin obtener un acuerdo al respecto, por lo cual resultaba procedente

acudir ante un Tribunal de Arbitramento, de conformidad con lo pactado en la cláusula 5.4, contractual.

3.- La cláusula compromisoria.

En la cláusula 5.4, del contrato ECG-VID-000066 de 2005, las partes pactaron la cláusula compromisoria en los siguientes términos:

“5.4. Solución de Controversias Contractuales

*En caso de presentarse algún tipo de desacuerdo, cualquiera de las Partes podrá solicitar la solución directa del mismo. A tal efecto, la Parte que considere que existe un desacuerdo notificará de éste a la otra Parte, con el fin de que dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la notificación, las Partes se reúnan para resolver por vía amigable, y dentro de un plazo de veinte (20) días hábiles, el desacuerdo en cuestión lo cual podrá modificarse por acuerdo entre las Partes. **Una vez cumplido el plazo, sin que se haya logrado un acuerdo que solucione la diferencia, cualquiera de las Partes deberán (sic) acudir al siguiente mecanismo:***

Controversias de Carácter Legal: Los desacuerdos de naturaleza legal y, en general, los desacuerdos que no se consideren de naturaleza técnica o contable, derivados o relacionados con este Contrato, que no hayan sido resueltos de (sic) después de agotar el procedimiento previsto en el inciso anterior, serán sometidos a la decisión de un tribunal de arbitramento compuesto por tres (3) abogados colombianos, quienes fallarán en derecho y serán designados por las partes de común acuerdo. Si las partes no llegan a un acuerdo dentro de los diez días siguientes a la respectiva citación, serán designados por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bucaramanga. El tribunal tendrá por sede el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bucaramanga y sesionará con lo previsto en la ley colombiana”. (Se deja destacado en negrillas). - (fls. 59 y 60 c 1).

4.- Integración del Tribunal de Arbitramento.

En audiencia realizada el 6 de noviembre de 2008, las partes, de común acuerdo, designaron tres (3) árbitros principales y tres (3) árbitros suplentes, con el fin de integrar el respectivo Tribunal de Arbitramento que dirimiere la controversia (fls. 305 y 306 c 1).

El día 11 de diciembre de 2008, se llevó a cabo la audiencia de instalación correspondiente, en la cual se dispuso: **i)** declarar legalmente instalado el Tribunal de Arbitraje; **ii)** se designó el Presidente y la Secretaría y **iii)** se fijó como lugar de

funcionamiento el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bucaramanga. En la misma audiencia, el Tribunal de Arbitramento admitió la demanda; dio traslado a la entidad convocada y reconoció personería a los apoderados de las partes (fls. 339 a 342 c 1).

En audiencia celebrada el 18 de diciembre de 2008 y a solicitud de ambas partes, se decretó la suspensión del término del trámite arbitral entre el 19 de diciembre de 2008 y el 12 de enero de 2009 (fls. 366 y 367 c 1).

5.- La oposición.

La entidad convocada, por intermedio de apoderada judicial, contestó la demanda y se opuso a las pretensiones de la misma (fls. 3 a 47 c 2).

Formuló las excepciones denominadas **i)** ausencia de nexo causal entre el daño y la conducta, pues sostuvo que de llegar a demostrarse la existencia de una mayor ejecución de obra por parte del contratista, ello habría sido consecuencia de la propia actuación de la U.T., convocante, dado que *<<debido a su impericia, imprevisión, improvisación y falta de diligencia en la elaboración de su propuesta experimentó sobrecostos en la ejecución del contrato>>*; **ii)** nadie puede alegar su propia torpeza, por cuanto la Unión Temporal JPC habría elaborado su propuesta de manera improvisada *<<sin tener en cuenta muchos aspectos que deben acompañar las buenas prácticas de la ingeniería>>*; **iii)** inexistencia del derecho alegado sobre el restablecimiento de la ecuación contractual, luego de la suscripción del acta de recibo final de la obra, dado que la entidad convocada no habría ejecutado conducta alguna *<<de abuso de su posición, cumplió con todas las condiciones de tiempo, modo y lugar de sus obligaciones contractuales ... y no ejecutó hechos del príncipe toda vez que Ecogás no manifiesta su voluntad a través de leyes ni de actos administrativos de carácter general>>*.

Posteriormente, ECOGAS se refirió a cada una de las pretensiones del libelo introductorio, puesto que según ella desarrolló un procedimiento de licitación transparente, en igualdad de condiciones y respecto de tal actuación no se presentó objeción alguna y en el evento en el cual se probare que la parte convocante habría incurrido en sobrecostos derivados de una mayor ejecución de la obra, ello habría sido consecuencia de la *<<impericia, imprevisión, improvisación y falta de diligencia en la elaboración de su propuesta>>*.

6. - El laudo arbitral recurrido.

El Tribunal de Arbitramento, el día 22 de febrero de 2010, dictó el laudo arbitral materia del recurso extraordinario de anulación que aquí se resuelve.

Dentro de dicha decisión se llevó a cabo una reseña del trámite arbitral; se estudiaron los presupuestos procesales para dictar el proveído ahora impugnado; se analizó la competencia para conocer de la controversia sometida a consideración del Tribunal; se resolvió la objeción –por error grave– formulada por la parte convocada frente al dictamen financiero-contable rendido en el proceso arbitral y las excepciones propuestas por ECOGAS; finalmente, abordó el estudio de cada una de las pretensiones de la demanda y adoptó las decisiones arriba transcritas en torno a aquellas.

Respecto de la primera de las pretensiones –‘Primera Principal’–, el Tribunal consideró que *<<los conceptos relativos a eventuales mayores excavaciones, remoción de roca, mayores grados de corrosión de la tubería, sobre ancho del derecho de vía y mayores pendientes en el terreno, no fue posible establecer con certeza sus correspondientes magnitudes, tal como lo expresaron de manera consistente los peritos técnico contables>>*.

Habida cuenta de la improcedencia de la primera pretensión principal, el Tribunal de Arbitramento se abstuvo de analizar la procedencia de la pretensión subsidiaria de la primera, *<<en razón a que resultaría absolutamente innecesario formular reflexión adicional alguna, porque ante la evidente falta de demostración de la cuantificación del daño, todo queda resuelto con las conclusiones contenidas en la respuesta dada a la primera pretensión>>*.

En línea con lo anterior, dentro del proveído impugnado se advirtió la improcedencia de analizar las demás pretensiones, puesto que todas ellas encontraban su fundamento, según el Tribunal, en la primera de ellas e incluso se indicó que se trataba de la misma pretensión, aunque formulada con palabras distintas, por lo cual *<<el Tribunal se abstiene de plantear consideraciones adicionales, limitándose en consecuencia a remitirse a lo consignado a propósito de la primera pretensión>>*.

En cuanto a la pretensión (sexta) relacionada con el pago de intereses, el Tribunal, por elemental sustracción de materia, se relevó igualmente de estudiarla, puesto que *<<al no proceder la aplicación de la condena reclamada por mayores cantidades de obra, no es admisible el reconocimiento de intereses>>*.

Con fundamento en lo anterior, se denegaron las pretensiones séptima y octava y en cuanto a la última de ellas (novena), el Tribunal se abstuvo de condenar en costas, de conformidad con lo normado en el artículo 392 del Estatuto Procesal Civil.

7.- Solicitud de aclaración.

La parte convocante solicitó aclarar el laudo arbitral, dado que rebatió el hecho de que en la parte considerativa de la decisión se hubiere mencionado que la objeción que, por error grave, formuló la parte convocada se encontraba *<<suficientemente fundamentada ... en cuanto concierne a este punto específico>>*; sin embargo, en la parte resolutive del laudo se dispuso *<<declarar parcialmente procedente>>* dicha objeción, por manera que a juicio de la Unión Temporal convocante, el Tribunal no determinó en forma clara sobre cuál aspecto del experticio recaía la procedencia –parcial– de la objeción formulada, cuestión que según la parte peticionaria resultaba relevante en la medida en que la determinación acerca de la ausencia de prueba del daño, encontró fundamento en el dictamen pericial objetado, razón por la cual debía aclararse sobre cuál de los aspectos abordados en la pericia se centraba la procedencia de la objeción.

También solicitó aclarar el laudo arbitral en el sentido de establecer si dentro del mismo se habría tenido en cuenta únicamente la supuesta inexistencia de contabilidad de la Unión Temporal o si también se habría valorado lo expuesto frente a ese tema dentro del dictamen pericial, acerca de la contabilidad de los integrantes de dicha U.T.

De otra parte, la U.T., convocante pidió aclarar la decisión en el sentido de que se precisare el sentido de la expresión *<<volúmenes de excavación que fueron asumidos por el oferente al estructurar su propuesta económica, a efectos de cotejarlos con los realmente ejecutados, porque sólo en virtud de ese ejercicio de comparación se podría dimensionar las eventuales excavaciones>>*.

Finalmente, la parte peticionaria señaló que el Tribunal utilizó las expresiones “daño eventual” y “falta de cuantificación del daño”, para denegar las pretensiones de la demanda, por cuanto según la convocante tales conceptos se contraponen, razón por la cual solicitó precisar cuál de esas circunstancias se erige como sustento de la decisión desestimatoria (fls. 132 a 134 c ppal).

8.- Mediante Auto No. 33 de 26 de febrero de 2010 (fls. 140 a 146 c ppal), el Tribunal de Arbitramento denegó las tres primeras solicitudes de aclaración formuladas por la parte accionante y accedió a la última de ellas en el sentido de *<<ACLARAR las referencias que se hicieron a la expresión ‘eventual daño’ contenida en los literales a y b, de la DECISION SEGUNDA de la parte resolutive del laudo arbitral>>*.

En relación con la primera petición, el Tribunal consideró que no existía duda alguna acerca del aspecto sobre el cual había prosperado, de manera parcial, la objeción por error grave, por cuanto en el laudo impugnado se dejó expuesto que su procedencia devino a través de *<<la falta de libros de contabilidad registrados>>* ante la DIAN o ante la Cámara de Comercio respectiva, habida consideración de que sin la formalidad prevista en el artículo 774 del Estatuto Tributario, tales documentos carecen de mérito probatorio, circunstancia que no fue tenida en cuenta por el perito al realizar su conceptualización correspondiente y, por esa razón, la objeción estaba llamada a prosperar.

Respecto de la segunda petición aclaratoria, se indicó dentro de esa nueva decisión que la objeción parcial recayó sobre la falta de valoración probatoria de las fuentes contables, adoptadas por el perito sin que en tal aspecto incida la contabilidad de los integrantes de la Unión Temporal, toda vez que la valoración del experto se surtió respecto de las operaciones contables de esta última y no frente a los primeros, *<<luego para nada interesa establecer ahora sobre la forma y contenidos de la contabilidad de los integrantes de la Unión Temporal, porque sobre esos aspectos no recayó la prosperidad de la objeción aquí referida>>*.

Frente a la tercera solicitud, el Tribunal sostuvo que para determinar si el contratista había incurrido, o no, en mayores excavaciones, resultaba necesario cotejar aquello que se había previsto ejecutar y lo que realmente se ejecutó, de modo que *<<el ejercicio necesario para poder establecer la verdad sobre el asunto requería de esa relación comparativa entre los dos extremos>>*.

Finalmente, en cuanto a la última petición aclaratoria, se precisó que la decisión de denegar las súplicas de la demanda encontró fundamento en el hecho de <<*no haberse demostrado con la debida certeza la magnitud y cuantificación del daño*>> y que si bien dentro de la argumentación del fallo se incluyó la expresión “eventual”, ello no constituye el abandono del sustento de la decisión; sin embargo, <<*en aras de la claridad de la providencia*>>, el Tribunal de Arbitramento señaló que la expresión “eventual daño” que al parecer generó duda en la parte convocante, debía entenderse como <<*la falta de demostración de la cuantía del daño*>>.

9.- La impugnación del laudo arbitral.

La parte convocante, Unión Temporal JPC, interpuso recurso de anulación contra el laudo arbitral proferido el 22 de febrero de 2010, con fundamento en las causales previstas en los numerales 6, 8 y 9 del artículos 163 del Decreto 1818 de 1998.

10.- Mediante auto de fecha 20 de abril de 2010, la Magistrada Ponente de la época avocó el conocimiento del mencionado recurso extraordinario y, en consecuencia, dio traslado a la parte impugnante para que llevare a cabo la sustentación respectiva, así como a la parte convocada para que presentare sus alegatos de conclusión; también se dispuso, en el evento en que se solicitare, el traslado especial al Ministerio Público para que emitiera su concepto (fls. 172 a 174 c ppal).

11.- Mediante escrito presentado de manera oportuna el día 19 de mayo de 2010¹ (fls. 175 a 218 c ppal), el recurrente extraordinario efectuó la sustentación del recurso de anulación, aspectos que serán expuestos en detalle dentro de la parte considerativa de la presente providencia, en forma conjunta con su análisis.

12.- Oposición al recurso.

ECOGAS guardó silencio dentro de la oportunidad concedida para el efecto (fl. 245 c ppal).

¹ El auto que dispuso el traslado para sustentar la impugnación se notificó por estado el día 11 de mayo de 2010 (fl. 174 vto. c ppal) y según el informe secretarial que obra a folio 245 del cuaderno principal, el término de cinco (5) días concedido para tal efecto transcurrió desde el día 12 de mayo hasta el 19 de mayo de 2010.

13.- Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público pidió traslado especial (fl. 219 c ppal) y dentro del mismo solicitó declarar infundado el recurso extraordinario de anulación (fls. 220 a 244 c ppal), con base en lo siguiente:

En relación con la causal contenida en el numeral 6° del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 –*HABERSE FALLADO EN CONCIENCIA DEBIENDO SER EN DERECHO, SIEMPRE QUE ESTA CIRCUNSTANCIA APAREZCA MANIFIESTA EN EL LAUDO*–, el Ministerio Público señaló que no se configuraba, por cuanto la parte impugnante, en realidad, controvierte el laudo porque el Tribunal no habría valorado las pruebas en la forma en la cual la lo estima pertinente y no porque se hubiere decidido en equidad, cuestión que impone la desestimación de la primera causal esbozada, por cuanto, según dicho ente de control, *<<no puede ser materia del especial recurso de anulación la crítica frente al análisis de los medios de juicio, ni la indebida fundamentación>>* y, luego de llevar a cabo un análisis acerca de la forma en la cual el Tribunal analizó y resolvió la objeción por error grave presentada en contra del dictamen pericial, concluyó:

“Así las cosas, como el tribunal de arbitramento de forma acertada o no, valoró y efectuó el estudio de los elementos de juicio, la causal no está llamada a prosperar, por cuanto la apreciación probatoria que hacen los árbitros –que en criterio de la convocante merece reparos– resulta inmodificable una vez proferido el laudo”.

En cuanto a la causal contenida en el numeral 8° del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 –*HABERSE RECAÍDO EL LAUDO SOBRE PUNTOS NO SUJETOS A LA DECISIÓN DE LOS ÁRBITROS O HABERSE CONCEDIDO MÁS DE LO PEDIDO*–, la Procuraduría Cuarta Delegada ante el Consejo de Estado sostuvo igualmente que dicha causal no estaba llamada a configurarse en el presente asunto, comoquiera que el Tribunal consideró que en el proceso no se demostraron las supuestas mayores cantidades de obra que habría ejecutado el contratista, con lo cual resultaba evidente que dentro de los aspectos de la controversia se hallaban incluidos la mayor profundidad de excavación y, por ende, el mayor volumen de tierra extraída, sin que ahora sea de recibo el argumento expuesto por el recurrente extraordinario dentro de este cargo, según el cual el Tribunal habría decidido sobre puntos no sujetos a su consideración.

Y frente a la última causal propuesta por la parte convocante, contenida en el numeral 9° del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 –‘NO HABERSE DECIDIDO SOBRE CUESTIONES SUJETAS AL ARBITRAMENTO’–, el Ministerio Público la desestimó dentro de su intervención, pues según su juicio, la Unión Temporal JPC no alega en su recurso, de manera concreta, que dentro de la parte resolutive del laudo se hubiere dejado de resolver una pretensión en particular, pero ocurre que sí se denegaron en forma expresa las pretensiones primera y cuarta hasta la séptima, relativas a la ejecución de mayor cantidad de obra y al pago de perjuicios, así como los intereses y actualización.

Agregó entonces que <<el Tribunal no dejó de decidir sobre las pretensiones referidas por la convocante al sustentar el recurso, la causal no tiene vocación de prosperidad>>.

Señaló, finalmente, que si bien dentro de la parte resolutive del laudo no se efectuó un pronunciamiento expreso frente a la pretensión segunda subsidiaria, lo cierto es que ese punto no fue cuestionado dentro del recurso de anulación, amén de que en la parte considerativa de la decisión sí se analizó la improcedencia de tal petición.

14.- Encontrándose el presente asunto para elaborar proyecto de sentencia, la anterior Magistrada Conductora del proceso dispuso su remisión al Despacho del señor Consejero Enrique Gil Botero, en compensación con el proceso radicado bajo el número interno 35.485 (fl. 246 c ppal), como consecuencia del impedimento que le fue aceptado a dicho Magistrado dentro de ese último proceso; sin embargo, como consecuencia de la nueva integración de la Sección Tercera del Consejo de Estado y la consiguiente redistribución de los procesos que cursan en la misma, el presente asunto le correspondió –mediante un nuevo reparto– al Despacho del Consejero de Estado que ahora funge como Magistrado Ponente de este proveído (fl. 248 c ppal).

II. CONSIDERACIONES

1.- Competencia para conocer del recurso extraordinario de anulación.

De conformidad con lo previsto por el numeral 5° del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo –modificado por el numeral 5° del artículo 36 de la Ley 446 de 1998– y lo normado en el artículo 162 del Decreto 1818 de 1998, la Sección Tercera del Consejo de Estado es competente para conocer, de manera

privativa y en única instancia, del recurso de anulación interpuesto contra los laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos estatales, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia.

El laudo arbitral sometido a conocimiento de la Sala fue dictado con el fin de dirimir las controversias suscitadas en relación con la ejecución del contrato de obra No. ECG-VID-000066 de 2005, celebrado entre la Unión Temporal JPC y la Empresa Colombiana de Gas –ECOGAS–, cuyo objeto versó sobre el cambio del revestimiento del gasoducto Cusiana - La Belleza.

De conformidad con lo prescrito en los artículos 1 y 2 de la Ley 401 de 1997², la Empresa Colombiana de Gas es una entidad descentralizada del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía con el carácter de Empresa Industrial y Comercial del Estado, con personería jurídica, autonomía administrativa, financiera y patrimonial, cuyo objeto consiste en la <<planeación, organización, ampliación, mantenimiento, operación y explotación comercial de los sistemas de transporte de gas natural propios>>.

Ahora bien, la Ley 401 de 1997, en su artículo 11, dispuso:

“Artículo 11. Con el propósito de asegurar una prestación eficiente del servicio público de gas combustible que se transporte por red física a todos los usuarios del territorio nacional, las actividades distintas a su exploración, explotación y su procesamiento, se regirán por las disposiciones contenidas en la Ley 142 de 1994.

Parágrafo 1º. Las actividades de exploración, explotación, procesamiento y transporte de petróleo crudo, así como de sus productos derivados no estarán sujetas a las normas de la Ley 142 de 1994. Dichas actividades continuarán reguladas por las normas especiales contenidas en el Código de Petróleos, el Decreto 2310 de 1974 y por las disposiciones que los complementan, adicionan o reforman.

Parágrafo 2º. Las competencias previstas en la Ley 142 de 1994 en lo relacionado con el servicio público domiciliario, comercial e industrial de gas combustible, sólo se predicarán en los casos en que el gas se utilice efectivamente como combustible y no como materia prima de procesos industriales petroquímicos”.

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha precisado que si bien es cierto que el régimen jurídico constituye un aspecto determinante de la forma en la cual

² <<Por la cual se crea la Empresa Colombiana de Gas, Ecogas, el Viceministerio de Hidrocarburos y se dictan otras disposiciones>>.

puede actuar una entidad pública o privada, también lo es que dicho régimen, en manera alguna, determina la competencia jurisdiccional; este criterio ha sido adoptado en diversas oportunidades al analizar la naturaleza jurídica de los contratos regidos por la Ley 80 de 1993 y aquellos celebrados bajo el amparo del derecho común, sobre lo cual se ha dicho que ambos tienen la naturaleza de contratos estatales, no obstante encontrarse regidos por dos ordenamientos jurídico-sustantivo diferentes³.

De otra parte, la Ley 1107, expedida el 27 de diciembre de 2006, por medio de la cual se modificó el artículo 82 del C.C.A., amplió la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para dirimir las controversias originadas en todo tipo de actividad adelantada por las entidades públicas. El nuevo texto del artículo 82 del C.C.A., modificado por el artículo 1º de la citada Ley, dispuso lo siguiente:

“Artículo 1º. 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.

Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley.

Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional”.

La Sala, de manera reiterada, ha sostenido⁴ que la norma transcrita aclaró el régimen jurisdiccional al cual estarían sometidas las entidades estatales, puesto que al eliminar del texto del anterior artículo 82, la expresión “*controversias y litigios administrativos*”, que fue reemplazado por la frase “*controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas*”, permitió incluir a todas las

³ Sentencia de 17 de marzo de 2010, exp. 36.838; M.P. Myriam Guerrero de Escobar.

⁴ Al respecto pueden consultarse, entre otras providencias, la sentencia proferida el 21 de mayo de 2008, exp. 33.643, M.P. Myriam Guerrero de Escobar.

entidades estatales, sin importar la función que cumplan, ni el régimen jurídico que les sea aplicable, ni el tipo de controversia de que se trate (contractual, nulidad y restablecimiento del derecho, responsabilidad extracontractual), de tal suerte que se adoptó un criterio predominantemente subjetivo u orgánico, en el cual lo importante es la naturaleza del órgano o sujeto que actúa y no la de su actividad, dejando atrás el criterio material u objetivo, el cual permitía distinguir entre las actividades de las entidades públicas que correspondían a una función administrativa y aquellas que no.

A juicio de la Sala, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer del presente asunto, pues para la fecha de celebración del contrato –diciembre de 2005– que dio lugar a la controversia resuelta por el laudo arbitral ahora impugnado, la Empresa Colombiana de Gas –ECOGAS–, era una entidad pública, puesto que era de índole descentralizada del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía con el carácter de Empresa Industrial y Comercial del Estado:

*“En el presente asunto, los hechos de la demandada tienen origen en la celebración del contrato de agencia comercial GRA - 010 - 95 de octubre 6 de 1995, por la entonces Empresa Nacional de Telecomunicaciones –TELECOM-, **cuya naturaleza jurídica era la de Empresa Industrial y Comercial del Estado**, de conformidad con las Leyes 6 de 1943 y 83 de 1945 y los Decretos 1684 de 1947, 1233 de 1950, 1184 de 1965, 1635 de 1960 y 3267 de 1963, reestructurada mediante decreto 2123 de 1992, por una parte y por otra la empresa Osorio y Solano Ltda., de naturaleza privada.*

*De conformidad con lo anterior y en atención a las consideraciones precedentes, la Sala estima que la Jurisdicción Contencioso Administrativa es la competente para conocer de este asunto, en consideración a que la aplicación de la Ley 1107 de 2006 permite concluir que a partir de su vigencia será competencia de esta Jurisdicción el conocimiento de las controversias y litigios que se originen en la actividad de las entidades públicas, con la única condición, en materia contractual, **de que la contratante sea una entidad pública, naturaleza de la cual gozaba TELECOM al momento de suscribir el contrato, en cuanto era una Empresa Industrial y Comercial del Estado.***

*La aplicación inmediata de esta norma de carácter procesal, aun a los procesos en curso⁵, permite entender sin mayor dificultad la competencia que le asiste a esta Jurisdicción para conocer de este asunto, dado que la controversia que **se plantea se origina en la***

⁵ La demandada fue presentada el 15 de diciembre de 2006 y la Ley 1107 entró en vigencia el 26 de diciembre de ese año, razón por la cual para la fecha del auto admisorio de la demandada 6 de agosto de 2007, dicha ley ya se encontraba vigente.

actividad de una entidad pública, concretamente de la actividad contractual de la que para la fecha de la suscripción del contrato del cual surge la controversia que se plantea era una Empresa Industrial y Comercial del Estado, denominada Empresa Nacional de Telecomunicaciones –TELECOM–⁶ (Se deja destacado en negrillas).

Por consiguiente, la Corporación es competente para conocer del recurso de anulación interpuesto contra el laudo arbitral dictado el 22 de febrero de 2010.

Ahora bien, el recurso extraordinario de anulación fue interpuesto dentro de la oportunidad prevista en el inciso primero del artículo 161 del Decreto 1818 de 1998⁷, toda vez que la notificación del Auto No 33, mediante el cual el Tribunal de Arbitramento resolvió la solicitud de aclaración elevada por la parte convocante frente al laudo arbitral, se surtió en estrados el 26 de febrero de 2010 (fl. 144 c ppal) y la impugnación fue presentada por la Unión temporal JPC el día 4 de marzo siguiente (fl. 148 c ppal).

2.- El Recurso de anulación. Naturaleza y características.

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha precisado, de manera reiterada⁸, la naturaleza, características y particularidades que identifican el recurso extraordinario de anulación, aspectos que se concretan de la siguiente manera:

- i) El recurso de anulación de laudos arbitrales es de carácter excepcional, restrictivo y extraordinario, sin que constituya una instancia más dentro del correspondiente proceso.

⁶ Puede consultarse el auto proferido el 3 de marzo de 2010, exp. exp. 37.594, entre otras decisiones.

⁷ El artículo 161 del Decreto 1818 de 1998 dispone que el recurso de anulación 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 aclarar** o complementarlo.

⁸ Entre otras, pueden consultarse las sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 15 de mayo de 1992, exp. 5326; de 12 de noviembre de 1993, exp. 7809; de 24 de octubre de 1996, exp. 11632; de 16 de junio de 1994, exp. 6751; de 18 de mayo de 2000, exp. 17.797; de 23 de agosto de 2001, exp. 19.090; de 28 de abril de 2005, exp. 25.811; de 4 de julio de 2002, exp. 21.217; de 20 de junio de 2002, exp. 19.488; de 4 de julio de 2002, exp. 22.012; de 1º de agosto de 2002, exp. 21.041; de 25 de noviembre de 2004, exp. 25.560; de 8 de junio de 2006, exp. 32.398; de 4 de diciembre de 2006, exp. 32.871; de 26 de marzo de 2008, exp. 34.071; de 13 de agosto de 2008, exp. 34.594.

- ii) El recurso tiene como finalidad controvertir la decisión contenida en el laudo arbitral por errores *in procedendo* (por violación de leyes procesales), que comprometen la ritualidad de las actuaciones, por quebrantar normas reguladoras de la actividad procesal, desviar el juicio o vulnerar las garantías del derecho de defensa y del debido proceso, pero a través de él no puede pretenderse atacar el laudo por cuestiones de mérito o de fondo, errores *in iudicando* (violación de leyes sustantivas), es decir, para examinar si el Tribunal de Arbitramento obró, o no, de acuerdo con el derecho sustancial (falta de aplicación de la ley sustantiva, indebida aplicación o aplicación errónea), **ni tampoco para revivir un nuevo debate probatorio o considerar si hubo, o no, un yerro en la valoración de las pruebas o en las conclusiones a las cuales arribó el correspondiente Tribunal**, dado que el juez de anulación no constituye superior jerárquico del Tribunal de Arbitramento y, en consecuencia, no podrá intervenir en el juzgamiento del asunto de fondo, al punto de modificar las decisiones plasmadas en el laudo, por no compartir sus criterios y razonamientos.
- iii) Excepcionalmente, el juez de anulación podrá corregir o adicionar el laudo pero sólo en aquellos eventos en que prospere la causal de incongruencia, por no haberse decidido la totalidad de los asuntos sometidos al conocimiento de los árbitros o por haberse pronunciado sobre aspectos que no estuvieron sujetos a la decisión de los mismos, así como por haberse concedido más de lo pedido, de conformidad con las causales previstas en los numerales 4º y 5º del artículo 72 de la Ley 80 de 1993.
- iv) Los poderes del juez del recurso de anulación están restringidos por el denominado “principio dispositivo”, por cuya virtud debe limitarse exclusivamente a resolver sobre lo solicitado por el recurrente en la formulación y sustentación del recurso; el objeto que con dicho recurso se persigue y ello, obviamente, dentro de las precisas y taxativas causales que la ley consagra⁹; en consecuencia, no le es permitido al juez de anulación interpretar lo expresado por el recurrente para entender o deducir la causal

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 15 de mayo de 1992, exp. 5326; en el mismo sentido pueden consultarse las sentencias de 4 de agosto de 1994, exp. 6550 y de 16 de junio de 1994, exp. 6751.

invocada y menos aún pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del correspondiente recurso de anulación¹⁰.

v) El recurso de anulación procede contra laudos arbitrales debidamente ejecutoriados, como excepción al principio de intangibilidad de las sentencias en firme; *“tal excepcionalidad es pues, a la vez, fundamento y límite de los poderes del juez de la anulación, para enmarcar rígidamente el susodicho recurso extraordinario dentro del concepto de los eminentemente rogados.”*¹¹

vi) Teniendo en cuenta el carácter restrictivo que identifica el recurso de anulación, su procedencia está condicionada a que se determinen y sustenten, debidamente, las causales que de manera taxativa se encuentran consagradas por la ley para ese efecto; por lo tanto, el juez de la anulación debe rechazar de plano el recurso cuando las causales que se invoquen o propongan no correspondan a alguna de las señaladas expresamente en la ley (Artículos 128 de la Ley 446 de 1998 y 164 del Decreto 1818 de 1998).

3. Causales de anulación del laudo arbitral dictado para dirimir controversias de naturaleza contractual.

Las causales de anulación de los laudos arbitrales se encontraban previstas en dos normas, a saber: la Ley 80 de 1993 y el Decreto 1818 de 1998, compilatorio del Decreto 2270 de 1989, circunstancia que generó diversas posturas a nivel jurisprudencial y doctrinal debido a que las causales previstas, en uno y otro texto normativo, no coincidían en su totalidad. En efecto, mientras que el artículo 72 de la Ley 80 de 1993¹² previó cinco (5) causales de anulación para impugnar el laudo arbitral, el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 consagró nueve (9)¹³.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, exp. 32.871.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 15 de mayo de 1992, exp. 5326.

¹² El artículo 72 de la Ley 80 de 1993 antes de la modificación introducida por el artículo 22 de la Ley 1150 de consagraba:

“Son causales de anulación del laudo las siguientes:

1º Cuando sin fundamento legal no se decretaren pruebas oportunamente solicitadas, o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos.

2º Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.

Sin embargo, ocurre que a partir de la entrada en vigor de la Ley 1150 de 2007¹⁴, a partir del 16 de enero de 2008, se modificaron algunos aspectos referidos a las causales de anulación de laudos arbitrales dictados para resolver las controversias originadas en contratos estatales. La citada Ley 1150¹⁵, en su artículo 22 –modificatorio del artículo 72 de la Ley 80 de 1993–, determinó que las causales de nulidad que podían invocarse para impugnar los laudos arbitrales dictados para solucionar las controversias suscitadas en contratos estatales eran las mismas que se encontraban contenidas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989¹⁶,

3º *Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el Tribunal de Arbitramento.*

4º *Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido.*

5º *No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”.*

¹³ El artículo 163, señala como causales de anulación, adicionales a las previstas en el antiguo artículo 72 de la Ley 80 de 1993, las siguientes:

“Art. 163. *Son causales de anulación del laudo las siguientes:*

1. *La nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita. Los demás motivos de nulidad absoluta o relativa sólo podrán invocarse cuando hayan sido alegados en el proceso arbitral y no se hayan saneado o convalidado en el transcurso del mismo.*

2. *No haberse constituido el Tribunal de Arbitramento en forma legal, siempre que esta causal haya sido alegada de modo expreso en la primera audiencia de trámite.*

3. *Numeral declarado NULO* (El Consejo de Estado, mediante sentencia del 8 de abril de 1999, exp. 5191, declaró nulo el numeral 3º del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 por haber sido derogado por el artículo 167 de la Ley 446 de 1998).

5. *Haberse proferido el laudo después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral o su prórroga”.*

¹⁴ La Ley 1150 de 2007, fue promulgada el 16 de julio del mismo año, en el Diario Oficial No. 46691 fecha en la cual entraron en vigencia los artículos 9º y 17; los demás artículos empezaron a regir 6 meses después de su publicación, con excepción del artículo 6º que entrará en vigor después de 18 meses.

¹⁵ El artículo 22 de la Ley 1150 de 2007, modificatorio del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, prescribe lo siguiente:

“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 complemente.

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

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

¹⁶ Las causales de anulación contenidas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 fueron compiladas por el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

“Son causales de anulación del laudo las siguientes:

norma que reúne nueve (9) causales de anulación que pueden ser invocadas válidamente para impugnar los laudos arbitrales.

Por consiguiente, la Ley 1150 unificó el régimen de las causales de anulación de laudos arbitrales, en la medida en que aquellas contenidas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 son las mismas consagradas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998¹⁷, por ser esta última norma la que compiló las causales consagradas en el artículo 38 del Decreto 2279 referido, de tal suerte que independientemente de que el contrato que haya suscitado la controversia decidida por los árbitros se encuentre regido por el Estatuto Contractual o por el régimen de Derecho Privado, las causales que podrán invocarse para impugnar el laudo arbitral serán siempre las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, compilado por el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, invocando en cada caso la norma que resulte aplicable.

De otra parte, la pluricitada Ley 1150 suprimió la limitación impuesta por el derogado artículo 72 de la Ley 80 de 1993, disposición que tan solo había consagrado cinco causales.

-
- 1. La nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita. Los demás motivos de nulidad absoluta o relativa sólo podrán invocarse cuando hayan sido alegados en el proceso arbitral y no se hayan saneado o convalidado en el transcurso del mismo.*
 - 2. No haberse constituido el tribunal de arbitramento en forma legal, siempre que esta causal haya sido alegada de modo expreso en la primera audiencia de trámite.*
 - 3. No haberse hecho las notificaciones en la forma prevista en este decreto, salvo que de la actuación procesal se deduzca que el interesado conoció o debió conocer la providencia.*
 - 4. Cuando sin fundamento legal se dejaren de decretar pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias para evacuarlas siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos.*
 - 5. Haberse proferido el laudo después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral o su prórroga.*
 - 6. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo*
 - 7. Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento*
 - 8. Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido y*
 - 9. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”.*

¹⁷ Según la jurisprudencia de la Sala, las causales del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, proceden para impugnar los laudos arbitrales dictados para dirimir las controversias suscitadas en contratos celebrados por el Estado que se regulan por un régimen de derecho privado; estas causales corresponden a las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 que son las mismas a las cuales se refirió el artículo 22 de la Ley 1150 de 2007 para impugnar los laudos arbitrales dictados para dirimir controversias suscitadas en contratos estatales regidos por la Ley 80 de 1993.

Resulta pertinente precisar que el numeral 2º del artículo 167 de la Ley 446 de 1998 derogó expresamente el numeral 3º¹⁸ del artículo 38 del citado decreto y comoquiera que el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 reprodujo el numeral 3º derogado, el Consejo de Estado, mediante sentencia de 8 de abril de 1999, lo declaró nulo, precisamente por haber compilado una norma que no se encontraba vigente.

En este contexto resulta claro que las causales de nulidad que pueden invocarse contra laudos arbitrales, pronunciados para resolver las controversias que se hubieren suscitado en relación con contratos celebrados por el Estado, independientemente del régimen jurídico que los gobierna (régimen de derecho privado o el consagrado en el estatuto contractual del Estado) son las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, en la forma en que fue modificado por la Ley 446 de 1998.

4.- Los cargos y las causales de anulación invocadas por la parte convocante.

4.1.- Primer cargo.

El primer cargo formulado por la parte convocante dice relación con la causal prevista en el numeral 6º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1993: <<*Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo*>>.

Según la parte recurrente, la decisión impugnada no se sustentó en derecho ni en las pruebas recaudadas en el proceso, por cuanto estima que los árbitros resolvieron de acuerdo con su íntima convicción y su juicio personal, esto es fallaron en conciencia.

Como fundamento de su glosa, la Unión Temporal recurrente sostuvo que su contraparte objetó, por error grave, el dictamen pericial rendido en el proceso arbitral por considerar que dicho experticio se practicó sin tener en cuenta que los

¹⁸ El numeral 3º del artículo 38 del Decreto 2279 de 1998, establecía: “No haberse hecho las notificaciones en la forma prevista en éste decreto, salvo que de la actuación procesal se deduzca que el interesado conoció o debió conocer la providencia.”

libros contables de la parte convocante no se hallaban registrados ante una Cámara de Comercio ni ante la DIAN, cuestionamiento que fue aceptado por el Tribunal de Arbitramento con base en dos aspectos que evidencian un fallo en conciencia por fundamentar su decisión *i)* en pruebas inexistentes y *ii)* abstenerse de valorar pruebas decretadas.

Señaló que el Tribunal de Arbitramento, para hallar probada la objeción formulada por ECOGAS, practicó una diligencia de exhibición de documentos en las oficinas de los miembros de la Unión Temporal JPC, mediante la cual se habría logrado establecer que la contabilidad de la parte convocante no se habría hallado registrada en libros; sin embargo, según la parte recurrente ello carece de veracidad, por cuanto tal diligencia –y así lo habría dispuesto el Tribunal– versó únicamente respecto de unas declaraciones de renta, los estados financieros de la U.T., y unas certificaciones expedidas por el Contador de la convocante, relacionadas con ingresos, costos y gastos de participación de los miembros de la Unión Temporal JPC, pero la diligencia no consistía en exhibir los libros de contabilidad.

De acuerdo con lo anterior, la parte impugnante sostuvo que el Tribunal faltó a la verdad cuando sostiene que se logró constatar que la información contable de la Unión Temporal JPC no se hallaba contenida en los respectivos libros de contabilidad, dado que tal aspecto no constituyó el objeto de la inspección judicial –con exhibición de documentos– decretada y practicada en el proceso arbitral, cuestión que demuestra que el laudo arbitral fue proferido en conciencia, por cuanto se sustentó *<<en argumentos contrarios a la verdad procesal y probatoria>>*.

Agregó que otro aspecto demostrativo de que el fallo dictado por el Tribunal de Arbitramento se habría proferido en conciencia consiste en el hecho de que allí no se habrían tenido en cuenta todas las pruebas allegas al proceso, puesto que la decisión se habría adoptado sin consideración a lo determinado por el perito dentro de la respuesta por él concedida a las solicitudes de aclaración y complementación presentadas frente al dictamen, amén de que el Tribunal se abstuvo de otorgarle mérito probatorio a los libros de contabilidad de la Unión Temporal JPC, por cuanto no se hallaban registrados ante la DIAN ni ante la respectiva Cámara de Comercio.

Indicó que de la lectura del laudo arbitral se puede colegir que se desconoció el contenido de la aclaración y complementación del dictamen pericial, pues en modo alguno se mencionaron en el proveído impugnado y, por ende, no se tuvo en consideración lo que ahí se expresó por parte del perito acerca de la existencia de los libros de contabilidad registrados por las compañías que integran la Unión Temporal JPC, ni las fotocopias de los registros de tales libros en las respectivas Cámaras de Comercio, como tampoco se acogió el concepto técnico emitido por el perito en relación con el valor probatorio de la contabilidad y los soportes contables, a través de los cuales el experto edificó su dictamen.

Sostuvo, además, que

“Estamos en presencia de un fallo en conciencia en el entendido de que el Tribunal no valoró erróneamente la prueba, sino que la desconoció. En efecto, el cargo que se hace no se refiere a un defecto in judicando en la medida en que no se está criticando la forma cómo se valoró la prueba, sino que se expone que la prueba no fue apreciada y ahí radica el reproche a través de esta causal. Es decir, cuando el Tribunal decide tomar la decisión fundamentado solamente en el dictamen pericial financiero-contable de fecha 13 de Octubre y desconoce el contenido de las aclaraciones y complementaciones que en legal forma hace el mismo perito el 23 de Noviembre de 2009 a su dictamen, -prueba que de ser apreciada cambiaría claramente el sentido de la decisión-, incurre en un yerro protuberante, grosero y burdo que impone necesariamente que el fallo fue en conciencia y tomado partiendo de las convicciones personales de los árbitros y no conforme al contenido de la prueba del proceso.

A través de esta causal no se está discutiendo la manera cómo los árbitros valoraron la prueba conforme a los poderes y facultades que les concede la Ley, sino que se está afirmando y dejando [en] evidencia que los árbitros no tuvieron en cuenta para su fallo todo el material probatorio y dejaron de valorar pruebas legalmente practicadas absolutamente necesarias para tomar la decisión”.

Adicionó a lo anterior que dentro del laudo censurado no se hace alusión alguna a la prueba pericial financiera-contable respecto de la contabilidad de las sociedades que integran la Unión Temporal, mediante la cual se determinan los costos y sobrecostos en los cuales debieron incurrir como consecuencia de los hechos <<dañinos>> imputables a ECOGAS.

Alegó nuevamente que dentro de la objeción por error grave formulada por ECOGAS a la pericia, el Tribunal se refirió a los libros de contabilidad de la Unión Temporal pero nada dijo en relación con la contabilidad de las sociedades miembros de la U.T., convocante, aspecto que constituyó el objeto de una prueba solicitada, decretada y practicada.

También manifestó dentro de este cargo que los Árbitros sustentaron su decisión en aspectos que no habrían sido acreditados en el proceso, sino en situaciones que dependían de las apreciaciones personales de dichos jueces transitorios.

Reiteró que los Árbitros acudieron a los conceptos de 'daño eventual' y de 'falta en la cuantificación del daño', no obstante que en el proceso arbitral se demostró la existencia del nexo de causalidad entre los actos imputables a la entidad accionada y las mayores excavaciones realizadas, razón por la cual mal podría predicarse que se trató de un daño eventual.

Señaló que resulta evidente la falta de apoyo probatorio, legal y jurisprudencial del laudo recurrido, cuestión que llevó a confundir las nociones de daño cierto y cuantificación del daño, con base en apreciaciones erróneas de los Árbitros.

Añadió que en varios apartes del laudo se acepta la existencia del daño, pues se admite que sí existieron mayores excavaciones; sin embargo, en otros puntos del proveído se alude a la ausencia de cuantificación de dicho daño, lo cual resulta de la falta de apreciación integral del acervo probatorio.

4.1.1.- Consideraciones sobre la causal.

En relación con esta causal de anulación, debe precisarse, en primer lugar, que el artículo 1º del Decreto 2279 de 1989 –modificado por el artículo 111 de la Ley 446 de 1998, norma que a su vez fue compilada por el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998–, establece tres clases de arbitraje, a saber: en derecho, en equidad y técnico. Igualmente, define en qué consiste cada uno de ellos.

El texto normativo en comento dispone: *“el arbitraje en derecho es aquel en el cual los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente. En este evento el árbitro deberá ser abogado inscrito. El arbitraje en equidad, es aquel en que los árbitros deciden según el sentido común y la equidad”*; además, prevé que *“Cuando los árbitros pronuncian su fallo en razón de sus específicos conocimientos en una determinada ciencia, arte u oficio, el arbitraje es técnico”*.

Ahora bien, la jurisprudencia de la Sala, en muchos de sus pronunciamientos, ha ilustrado sobre las características que identifican el fallo dictado en conciencia y aquel que se profiere en derecho. Al respecto, ha expresado lo siguiente:

“Como se infiere de los textos legales, el fallo en derecho tendrá que acatar el ordenamiento jurídico y el marco de referencia no podrá estar sino en él. Por esa razón, el juez estará sometido no sólo a las reglas adjetivas que regulan el proceso arbitral, sino a la normatividad sustantiva que rige los derechos pretendidos; no pudiendo conocer sino lo permitido en la ley.

En cambio, cuando el juez arbitral decide en conciencia, se mueve en un marco normativo diferente mas amplio, porque como lo dice la jurisprudencia cuando así actúa tiene la facultad de decidir ‘ex quo et bono’, locución latina que quiere decir ‘conforme a la equidad o según el leal saber y entender’ (Jurisprudencia Arbitral en Colombia, 1988 U. Externado de Colombia, pág. 181.).

Tal amplitud permite aceptar que cuando el Juez arbitral decide en conciencia puede aún conciliar pretensiones opuestas; conducta que no puede asumir cuando falla en derecho, y aun decidir sobre extremos no suficientemente probados pero posibles.

Pero ese fallo en conciencia, pese a su extensión, no puede ser arbitrario y mucho menos desconocer los hechos del proceso o las reglas de la lógica y de la experiencia; porque tanto esos hechos como las mencionadas reglas, constituyen obligaciones obvias e implícitas impuestas a los jueces de conciencia para la recta ejecución de su cargo judicial. Porque tanto el árbitro de derecho como el de conciencia, administran justicia (idea que excluye, de principio, la arbitrariedad) ya que el juicio arbitral no es mas que un equivalente procesal por etero - composición, según la terminología del profesor Carnelutti, quien clasifica dichos equivalentes (en los que la composición del litigio se logra por medios distintos a los del proceso judicial propiamente dicho) en dos grupos así: a) por auto-composición (obra de la actividad de las mismas partes, tales como la conciliación o la transacción); y b) por etero composición (decisión de árbitros, por ejemplo).

“.....

*Tanto el fallo en conciencia como en derecho tiene que reposar sobre un motivo justificativo; ni el uno ni el otro pueden surgir por generación espontánea y sin que se apoyen en una situación jurídica preexistente que deba resolverse. **Pero mientras el fallo en derecho debe explicar los motivos o razones de orden probatorio y sustantivo que tuvo para arribar a la conclusión que contiene la parte resolutive**, en el fallo en conciencia esa motivación no es esencial ni determinante de su validez.*

*(...) **En suma de lo anterior, sólo 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.

“

La motivación de los fallos no está sujeta a ciertas formas preestablecidas; esa motivación obedece mucho al estilo propio del juzgador; y en esa materia probatoria, frente al sistema valorativo de la persuasión racional o sana crítica existe una mayor libertad, porque el juzgador no tiene que acatar una tarifa legal preestablecida, sino que se mueve dentro de las reglas de la lógica, la experiencia y la psicología. Para el profesor Hernando Morales el sistema mencionado ‘obliga a apoyar la sentencia en las leyes de la dialéctica, de la experiencia común y del criterio moral que haya producido la convicción. La libre convicción es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero sin olvidar los preceptos de higiene mental, tendiente a asegurar el más certero y eficaz razonamiento (H. Morales III Congreso Académico Nacional de Jurisprudencia”¹⁹. (Se deja destacado en negrillas y en subrayas).

Posteriormente, en sentencia de 14 de septiembre de 1995, la Sección Tercera de la Corporación precisó que se estaba ante un fallo en conciencia cuando el juez desconocía íntegramente el acervo probatorio para tomar sus decisiones:

“La Sala considera que si los árbitros conculcan en forma íntegra el recaudo probatorio del proceso arbitral para consultar su propia verdad, dejarán en el ambiente un pronunciamiento en conciencia en la antesala de la decisión y entonces en la motivación del fallo, los miembros del Tribunal harán saber a las partes que sus conclusiones no tuvieron su origen en el procedimiento probatorio. Sin embargo, en este caso, el censor reconoce, que los árbitros se apoyaron en la complementación de la prueba pericial, o sea en la voluntad de la ley, hipótesis contraria al fallo en conciencia, que no tiene base probatoria como ya se dijo.

Claras notorias e indiscutibles son las características del fallo en conciencia, pronunciamiento que se da sin consultar argumentos de derecho sino que declara y actúa la voluntad de la justicia natural (ex quo et bono). No puede por tanto afirmarse que el Tribunal de Arbitramento alteró la realidad objetiva del Laudo y de contera entrar al terreno de las presunciones, como que la decisión de aquellos jueces se tomó según los dictados de su propia conciencia, permitiendo que tal circunstancia aparezca en forma manifiesta en el laudo (art. 72, Ley 80/93)²⁰. (Negrillas y subrayas adicionales).

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de abril de 1992, exp. 6695, reiterada en sentencia de 4 de mayo de 2000, exp. 16.766, M.P. Alier E. Hernández Enríquez y de 2 de octubre de 2003, exp. 24.320, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 1995, exp.10468.

Más adelante, en sentencia de 9 de agosto de 2001, la Sala sostuvo que el laudo es en derecho cuando hace referencia al derecho positivo vigente y se fundamenta en el contrato celebrado, el cual constituye ley para las partes y lo será en conciencia cuando hay ausencia de razonamientos jurídicos:

“Si en el laudo se hace referencia al derecho positivo vigente se entiende que el fallo es en derecho y no en conciencia, el cual se caracteriza, en su contenido de motivación por la ausencia de razonamientos jurídicos; el juzgador decide de acuerdo con su propia conciencia y de acuerdo, hay veces, con la equidad, de manera que bien puede identificarse el fallo en conciencia con el concepto de verdad sabida y buena fe guardada.

“.....

En el caso concreto, la Sala encuentra que el laudo fue proferido en derecho positivo vigente. En efecto, se cumplen los supuestos de esa modalidad de arbitraje. En primer lugar porque se citaron normas jurídicas y, en segundo lugar, porque ellas eran las vigentes para ese momento, tanto en los aspectos de caducidad de la acción contractual como en los de liquidación de los contratos estatales. Tales supuestos concurrentes descartan de plano que el laudo recurrido se hubiese proferido en conciencia. Esta circunstancia descarta la prosperidad del cargo pues la ley edifica la causal, en estudio, en que el laudo se haya proferido ‘en conciencia debiendo ser en derecho’.

Si los árbitros se basaron en normas legales e hicieron interpretaciones para concluir la prosperidad ‘de la excepción por caducidad de la acción’, las mismas no pueden entenderse como determinaciones en conciencia; sus manifestaciones, por el contrario, dicen de la aplicación, por ellos, de esas normas jurídicas y además de otra como es la del contrato mismo, como ley de las partes.

Puede definirse en este punto que cuando el recurrente critica la interpretación de los árbitros sobre las normas legales y el contrato mismo hace ostensible su queja sobre un punto de derecho, cual es la interpretación indebida de la ley y corrobora la anterior afirmación de la sala sobre que el laudo sí se profirió en derecho²¹.

Asimismo, la Sala ha precisado que el fallo en conciencia se presenta no sólo cuando éste no se ha fundamentado sobre normas jurídicas, sino que también puede configurarse cuando se falla sin pruebas de los hechos que originan las pretensiones o las excepciones o con pretermisión de la totalidad de las pruebas que obran en el proceso. Al respecto, la Sala sostuvo:

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 9 de agosto de 2001, exp. 19273; sentencias de 23 de agosto de 2001, exp. 19. 090. ambas con Ponencia de la señora Consejera María Elena Giraldo Gómez; de 13 de febrero de 2006, exp. 29.704, M. P. Germán Rodríguez Villamizar.

“(...) si bien el fallo en conciencia radica, básicamente, en la falta de apoyo normativo para la solución del problema planteado, también el aspecto probatorio, asociado al problema normativo, puede ser discutido desde esta perspectiva. Según esto, puede ocurrir que el fallo en conciencia se derive del hecho de que las pruebas que deberían ofrecer convicción a los árbitros, carecen de soporte valorativo normativo, y se radican, fundamentalmente, en la pura y simple conciencia del árbitro.

No obstante, esto no significa que los árbitros no tengan la libertad de valoración de las pruebas, según las reglas de la sana crítica, lo cual ha sido sostenido por esta Sala, cuando ha expresado que: ‘(...) para que un fallo sea considerado en conciencia, se exige que su contenido no se haya apoyado en el derecho objetivo que regula la controversia, y que por tanto sea producto de la libre apreciación del juez, sin consideración alguna a las normas del ordenamiento jurídico, además de que el aspecto probatorio debe guardar armonía con esta idea, en tanto que el sentido de la decisión debe ser expresión de las pruebas que obran en el proceso, y su valoración según las reglas de la sana crítica’²².

Otro aspecto importante ha sido resaltado por la Sala, en el sentido de que no puede confundirse el fallo en conciencia con la decisión equivocada; así discurrió la Corporación²³:

“(...) es claro que la decisión equivocada no se identifica con la decisión en conciencia, de manera que la causal de anulación citada no puede justificar la revisión de la argumentación jurídica elaborada por el Tribunal de Arbitramento, por parte del juez del recurso. De otra manera, so pretexto de su interposición, se abriría paso para desconocer la convención celebrada por las partes, en el sentido de no acudir ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, sometiendo la controversia a la decisión de árbitros, que deben fallar en única instancia. De allí que, como se ha expresado, el recurso de anulación no dé lugar al trámite de una nueva instancia ...”. (Se destaca).

En sentencia más reciente²⁴, la Sala hizo algunas consideraciones en punto a precisar que el fallo en derecho no es aquel en el cual se hace la más mínima referencia al derecho positivo sino que además se requiere que esta referencia constituya el fundamento de la decisión y no una simple anotación descontextualizada:

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 5 de julio de 2006, exp. 31.887 y de 6 de julio de 2005, exp. 28.990. M.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

²³ Sentencia de 28 de noviembre de 2002, exp. 22.191.

²⁴ Sección Tercera, Sentencia de 7 de junio de 2007, exp. 32.896.

“No obstante la reiteración de cuanto hasta aquí se ha referido en torno a la caracterización que la Sala ha efectuado de esta causal de anulación, sí resulta oportuno matizar, en relación con la cita recién transcrita, de acuerdo con la cual ‘la más mínima referencia que el árbitro haga al derecho positivo, hace que el laudo sea calificable como ‘en derecho’ y no ‘en conciencia’’, que lo dicho no supone admitir que incluso la mera invocación de algún precepto jurídico, aún si toda la argumentación del laudo se construye al margen de consideraciones realmente basadas en el Derecho, permita sostener que la decisión de los árbitros no está incurso en la causal de anulación que se viene comentando.

La ‘más mínima referencia al derecho positivo’ —como en anteriores ocasiones lo ha sostenido la Sala—, hace alusión, por tanto, a que esa ‘mínima referencia’ esté realmente conectada con el sentido de la decisión, cualquiera que éste sea —pues el del contenido del pronunciamiento arbitral no es un asunto fiscalizable por el juez del recurso de anulación—, vale decir, que la referencia al Derecho en realidad ha de constituir fundamento de lo que se resuelve y no tratarse de una simple anotación absolutamente descontextualizada del hilo argumentativo que en verdad conduce a la resolución del caso, orientada a dar al laudo la apariencia de estar sustentado en un precepto jurídico que no desempeña papel alguno en la cadena justificativa construida por los árbitros con el propósito de motivar su determinación”.

Así las cosas, bajo este contexto normativo y jurisprudencial, debe entenderse que el fallo en conciencia se estructura a partir del cumplimiento de ciertos requisitos o presupuestos, a saber:

- i) El contenido de la providencia debe evidenciar de manera manifiesta que se está decidiendo en conciencia y no en derecho.
- ii) La decisión de los árbitros debe provenir de la aplicación del sentido común y la equidad, del juicio que haría un hombre justo, es decir, de su íntimo convencimiento. El juez tiene libertad en la apreciación de la prueba²⁵ y hasta puede apartarse de ella, puesto que lo verdaderamente relevante es su decisión en conciencia, su íntima convicción.
- iii) El fallo en conciencia está liberado del rigorismo de la tarifa probatoria, la carga de la prueba y el fundamento del derecho sustantivo. Precisamente por

²⁵ En sentencia de 6 de julio de 2005, exp. 28.990, se enfatizó sobre la libertad de los árbitros en la apreciación de la prueba según las reglas de la sana crítica, con lo cual se reiteró el criterio expresado en sentencias de 4 de mayo de 2000, exp. 16.766; de 27 de julio de 2000, exp. 17.591 y de 14 de junio de 2001, exp. 19.334.

tener como asidero la íntima convicción, el sentido común, la prudencia y lo justo. Significa entonces que el fallador puede apartarse de la prueba o valorarla libremente según su convicción moral íntima, e igualmente, puede no tener en cuenta las normas legales que regulan la materia para tomar sus decisiones, puesto que para fallar sólo debe consultar su conciencia, su íntimo convencimiento a la luz de la equidad.

iv) En el fallo en conciencia no hace falta explicar las razones que dan lugar a la decisión, es decir, éstas no son esenciales ni determinantes, lo cual se apoya en los principios de verdad sabida y buena fe guardada, propios de esta clase de decisión.

Las consideraciones que se han dejado expuestas fueron determinadas por la Sala, mediante sentencia de 13 de mayo de 2009²⁶, a través de la cual se precisó acerca de las características que identifican el fallo dictado en conciencia.

Debe entenderse entonces que el laudo en conciencia está determinado por alguno de los siguientes supuestos: *i)* la ausencia en su contenido de normas del derecho positivo; *ii)* la libre apreciación del juez tanto de los hechos como de las pruebas allegadas al expediente sin sujeción al marco jurídico o normativo aplicable; *iii)* la íntima convicción del juez sobre lo justo o equitativo para tomar la decisión y *iv)* la equidad como único apoyo de dicha decisión.

Particularmente en lo que a la equidad se refiere, cabe sostener que cuando el artículo 230 constitucional hace referencia a la equidad en la actividad de Administrar Justicia, no está haciendo referencia a que cualquier controversia se decida exclusivamente de acuerdo con los criterios que informan la equidad. La norma expresamente lo establece como un criterio auxiliar y ello implica que sirva de instrumento para llenar los vacíos legislativos y permita la realización del valor “justicia”.

Dicho de otra manera, el juez no puede aplicar como regla general el criterio de equidad en todas las controversias que se sometan a su conocimiento. El juez está sometido fundamentalmente al imperio de la ley por mandato constitucional y,

²⁶ Expediente 34.525, accionante: Sociedades DISELECSA Ltda. e I.S.M. S.A., M.P. Myriam Guerrero de Escobar.

por cierto, la ley es el instrumento primario para la realización del valor a que se ha hecho alusión, el cual se enmarca dentro de la categoría de los valores morales, “*el valor justicia*”, de suerte que el juez cuando decide las controversias con apego a la ley está “*administrando justicia*” porque se debe partir del supuesto de que las leyes son justas, válidas y eficaces, para que puedan tener fuerza vinculante entre los integrantes del conglomerado; por esta razón la equidad en torno a la actividad judicial cobra fuerza en aquellos eventos en los cuales, por ejemplo, no existe disposición aplicable a una controversia específica que debe decidirse en derecho, pues en virtud del principio de la plenitud hermenéutica del orden jurídico, consagrado por el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, el juez debe acudir a los criterios auxiliares para decidir la controversia realizando los valores que comportan el fin último del derecho. Lo anterior se menciona únicamente a título de ejemplo, pues no es el único evento en el cual se debe acudir a la equidad como criterio auxiliar, de hecho, la equidad no es un criterio subsidiario sino, como la preceptiva lo indica, un criterio auxiliar, en el cual se debe apoyar el juez en múltiples eventos.

Igual sucede con las controversias que deben ser decididas por los particulares que se hallan investidos transitoriamente de la facultad de Administrar Justicia. Como se dejó indicado anteriormente, existen tres categorías de arbitraje: en derecho, en equidad o técnico. Cuando el arbitramento es pactado por las partes en derecho –como ocurrió en este caso dentro de la cláusula 5.4 del contrato ECG-VID-000066 de 2005–, los árbitros deben decidir las controversias ciñéndose a la normativa positiva y ello implica, desde luego, que deban observar las pruebas allegadas a la actuación y que, con base en las mismas, decidan la controversia; por ende, cuando el arbitramento es en derecho y los árbitros se separan de las normas jurídicas y, con ello, de las pruebas que deben fundar su decisión, es posible que la decisión esté encaminada a realizar el valor justicia, pero bajo tal pretexto no pueden desconocer los mandatos legales para decidir como lo haría un hombre justo, dentro de su leal saber y entender o, lo que es lo mismo, bajo la máxima “*verdad sabida y buena fe guardada*”, dado que en ese momento estará tomando una decisión en conciencia.

4.1.2.- Improcedencia de la primera causal alegada.

Para el recurrente extraordinario, la decisión impugnada no se profirió conforme a Derecho ni se sustentó en las pruebas recaudadas en el proceso, por cuanto los

árbitros, según su juicio, habrían fallado de acuerdo con su íntima convicción y su juicio personal, es decir, en conciencia.

A juicio de la Sala, parte del primer cargo se hace consistir en el análisis que efectuó el Tribunal de Arbitramento respecto del material probatorio recaudado en el proceso, en especial frente al dictamen pericial contable-financiero y a la forma en la cual se abordó la objeción que por error grave formuló la parte convocada frente a tal experticio, aspecto que destaca la Unión Temporal JPC en sede del recurso de anulación para rebatir la manera en la cual los Árbitros adoptaron su decisión.

En relación con este primer cargo, la Subsección estima que existen dos aspectos que, aunque relacionados, resultan distintos, a saber: de un lado, se halla la crítica hecha por la parte impugnante frente a la manera en la cual los Árbitros valoraron el acervo probatorio y, por ende, profirieron el laudo arbitral; de otra parte, el memorialista alega que la decisión impugnada se habría dictado con base en pruebas inexistentes y absteniéndose de valorar pruebas decretadas.

En cuanto al primer punto señalado, justificado por el recurrente extraordinario en el hecho de que el Tribunal de Arbitramento habría faltado a la verdad porque sostuvo que la información contable de la Unión Temporal JPC no se hallaba contenida en los respectivos libros de contabilidad, la Sala estima que se trata de un tema cuyo análisis por vía del aludido recurso extraordinario de anulación resulta improcedente, habida cuenta que, como lo tiene bastante averiguado la Sala, tal medio de impugnación no constituye una nueva instancia de conocimiento y, por ende, el análisis efectuado por el Consejo de Estado se debe circunscribir a los vicios *in procedendo*, no a los aspectos *in iudicando*.

Así lo ha determinado la Sala frente a casos similares, así como en relación con muchos otros asuntos²⁷:

“Para el recurrente, la decisión que declaró la modificación de las condiciones del mercado no es acorde con las conclusiones del perito técnico y del perito financiero. Por consiguiente, la decisión se ‘aparta del sustento probatorio’, de manera que el fallo se profirió en conciencia. Agrega que ‘... no hay nada más que un juicio de valor de carácter subjetivo, pues el mismo tribunal reconoció la falta de competencia para pronunciarse sobre la libre competencia y el mercado, ignorando el

²⁷ Sentencia de 22 de julio de 2009, exp. 35.664. M.P. Enrique Gil Botero.

acervo probatorio existente y la ausencia de norma que soportara tal declaración’.

Según lo anterior, es evidente que el recurso se dirige a controvertir la valoración probatoria efectuada por el Tribunal, pues, incluso, en el recurso se resalta la existencia de dos peritazgos que –para la convocada– no fueron acogidos por los árbitros al adoptar la decisión – fl. 441, cdno ppal.–.

Esta perspectiva de análisis del recurrente es improcedente para anular el laudo arbitral, a través de esta causal –se reitera–, este recurso no constituye una nueva instancia de conocimiento, y el análisis efectuado por la Sección se circunscribe a los vicios in procedendo, no a los aspectos in iudicando”.

Ahora bien, el otro aspecto que el primer cargo plantea se formula en los siguientes términos: <<Estamos en presencia de un fallo en conciencia en el entendido de que el Tribunal no valoró erróneamente la prueba, sino que la desconoció. En efecto, el cargo que se hace no se refiere a un defecto in iudicando en la medida en que no se está criticando la forma cómo se valoró la prueba, sino que se expone que la prueba no fue apreciada y ahí radica el reproche a través de esta causal>>, cuestión que resulta distinta al primer aspecto antes descrito, el cual impone, por consiguiente, el análisis de la causal en esa dirección.

Al respecto, la Subsección ha sostenido²⁸:

*“Sobre este último aspecto ha de tenerse en cuenta que la práctica rituada de pruebas dentro del trámite arbitral denota el sometimiento del laudo al ordenamiento jurídico, siempre que la motivación de la decisión efectivamente incorpore o tenga en cuenta tales pruebas, pues en tal sentido queda descartada la posibilidad de afirmar que la controversia se hubiere resuelto en conciencia, comoquiera que la fundamentación probatoria del laudo excluye per se los criterios decisivos de índole eminentemente subjetiva.²⁹ **En caso contrario, cuando los árbitros se apartan de las pruebas obrantes en el proceso, pretermitiéndolas, como también cuando éstas se tienen en cuenta pero no son valoradas jurídicamente sino con base “en la pura y simple conciencia del árbitro”, es decir sin “soporte valorativo normativo”³⁰, habría lugar a señalar que el laudo no fue proferido en derecho, sino en conciencia**”.* (Negritillas fuera del texto original).

²⁸ Sentencia de marzo 10 de 2011, exp. 39.092, actor: Producciones Jes Ltda.

²⁹ Sentencia del 29 de enero de 2009. Expediente 35.317. Actor: ESGEM WORLDWIDE CORPORATION S.A. E.S.P.

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 5 de julio de 2006. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Radicación; 11 00 10326000 2005 00065. Referencia: 31887. Recurrente: Comisión Nacional de Televisión. Véase también

Por consiguiente, la Sala revisará el sustento jurídico y probatorio empleado por el Tribunal dentro del laudo recurrido, anticipando que, efectivamente, la decisión adoptada lo fue en Derecho, pues se advierte que existe una constante remisión – y apoyo efectivo– al ordenamiento jurídico, a la jurisprudencia y a las pruebas aportadas y practicadas en el proceso.

En ese sentido, se encuentra que el Tribunal de Arbitramento decidió la objeción por error grave presentada por la parte convocada en relación con el dictamen pericial rendido en el proceso arbitral (fl. 77 c ppal), reparo que encontró fundamento en la ausencia de registro de los libros de contabilidad de la Unión Temporal contratista, pese a lo cual fueron acogidos por el perito dentro de su experticio, no obstante la prohibición de concederles mérito probatorio por no reunir tal presupuesto, de conformidad con la Ley.

Con la finalidad de resolver la mencionada objeción, el Tribunal decretó una inspección judicial con exhibición de documentos en las oficinas de los integrantes de la Unión Temporal JPC, diligencia que se celebró el día 2 de diciembre de 2009 y que sirvió para constatar, según los Árbitros, lo planteado por ECOGAS en su objeción, por cuanto se encontró que <<la información contable de la UNION TEMPORAL JPC, no se llevaba en libros de contabilidad>>, cuestión que impedía concederles mérito probatorio, de acuerdo con lo normado en el artículo 774 del Estatuto Tributario³¹, pues según el Tribunal:

<<quienes, aún no estando obligados a llevar libros de contabilidad aspiran a demostrar los hechos económicos y contables reflejados en ella, necesariamente dichos libros deben estar debidamente registrados ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales o ante la Cámara de Comercio respectiva ... la aludida Unión temporal, no llevaba su

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 3 de agosto de 2006. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Expediente: 1100 103260002005-0004700 (31.354). Recurrente: Municipio de Santiago de Cali. Así mismo, ver sentencia del 7 de junio de 2007. Expediente 32.896. Actor: Ingeniería Eléctrica y Electrónica -INGELEL-.

³¹ **“ARTICULO 774. REQUISITOS PARA QUE LA CONTABILIDAD CONSTITUYA PRUEBA.** Tanto para los obligados legalmente a llevar libros de contabilidad, como para quienes no estando legalmente obligados lleven libros de contabilidad, éstos serán prueba suficiente, siempre que reúnan los siguientes requisitos:

- 1. Estar registrados en la Cámara de Comercio o en la Administración de Impuestos Nacionales, según el caso;**
- 2. Estar respaldados por comprobantes internos y externos;**
- 3. Reflejar completamente la situación de la entidad o persona natural;**
- 4. No haber sido desvirtuados por medios probatorios directos o indirectos que no estén prohibidos por la ley;**
- 5. No encontrarse en las circunstancias del artículo 74 del Código de Comercio”.** (Destaca la Sala).

*contabilidad en libros debidamente registrados ante las instituciones señaladas. Esa circunstancia implica que las pretendidas demostraciones con soporte en su contabilidad no resultan jurídicamente admisibles **en la medida en que el legislador no les reconoce valor probatorio alguno**>>. (Se destaca).*

Por consiguiente, el Tribunal accedió a la objeción –parcial– formulada por la parte recurrente y puntualizó que la misma resultaba procedente <<*en cuanto concierne a este punto específico, no así en los demás aspectos contenidos en el dictamen pericial en cuestión ... en virtud de que los demás aspectos allí expresados no se les puede endilgar cuestionamiento alguno que ameriten su afectación por error grave*>>.

De otra parte y en punto al fundamento marco o general de la decisión arbitral, la Subsección encuentra que los Árbitros partieron del análisis de los presupuestos procesales para dictar su decisión, esto es de la competencia a ellos atribuida con base en la cláusula -5.4- compromisoria pactada en el contrato ECG-VID000066 de 2005³²; luego se ocupó del régimen **jurídico** de la relación contractual y de las partes co-contratantes, con fundamento en la Ley 142 de 1994 y en la Ley 80 de 1993, habida cuenta de la naturaleza jurídica de la Empresa Colombiana de Gas – ECOGAS–; abordó, posteriormente, cada una de las excepciones formuladas por la entidad convocada y para su resolución se apoyó en <<*las fuentes documentales que obran en el expediente*>> (fl. 74 c ppal).

Finalmente, el Tribunal se ocupó de estudiar todas las pretensiones de la demanda, en los términos expuestos en los antecedentes de este proveído, para lo cual hizo acopio de los términos de referencia, de la propuesta presentada por la Unión Temporal JPC y del dictamen pericial rendido en el proceso; en relación con este último acogió aquellos aspectos que no fueron objetados por error grave y, como lo había expresado en el laudo, no se encontraban afectados por dicha objeción.

³² Según se dejó indicado anteriormente, la Corporación también ha precisado que el laudo arbitral debe entenderse proferido en derecho cuando también se fundamenta en el contrato celebrado, el cual constituye ley para las partes:

*<<Si los árbitros se basaron en normas legales e hicieron interpretaciones para concluir la prosperidad ‘de la excepción por caducidad de la acción’, **las mismas no pueden entenderse como determinaciones en conciencia; sus manifestaciones, por el contrario, dicen de la aplicación, por ellos, de esas normas jurídicas y además de otra como es la del contrato mismo, como ley de las partes**>>. (Se destaca). [sentencias de 9 de agosto de 2001, exp. 19.273; de 23 de agosto de 2001, exp. 19.090; de 13 de febrero de 2006, exp. 29.704].*

Para determinar la improcedencia de las pretensiones formuladas por la U.T., convocante, el Tribunal acogió buena parte de las consideraciones plasmadas al momento de resolver las excepciones formuladas por la entidad accionada, básicamente aquellas que guardaban relación con la supuesta omisión de la entidad contratante respecto de la profundidad de localización de la tubería, aspecto que, según los Árbitros, aunque el *ítem* contenido en los términos de referencia relacionado con la excavación y revestimiento de la tubería sólo indicó una profundidad mínima de localización, con lo cual se dejaba abierta la profundidad máxima de la misma, tal <<vacío>> quedaba subsanado con el referente contenido en la **norma internacional** sobre la materia, tenida en cuenta en el **dictamen pericial** (fls. 80 y 81 c ppal).

Asimismo, en cuanto a la supuesta omisión en la información sobre la existencia de terreno rocoso, el Tribunal, igualmente con apoyo en la prueba pericial y en los términos de referencia, consideró que las excavaciones a realizar sí habrían de implicar la demolición de roca, por cuanto <<**en los términos de referencia no se descartó la posibilidad de hallazgo de roca en el trabajo de excavación**>> (se destaca), pues por el contrario la entidad expresó que el terreno a excavar podría ser rocoso, por manera que no podía tenerse como un hecho imprevisible la presencia de roca en el terreno materia de excavación (fl. 84 c ppal).

Al abordar otra de las pretensiones, consistente en la declaración deprecada en contra de la convocada, por haber celebrado un contrato sin sujeción a los principios de la buena fe, equidad, responsabilidad y transparencia, el Tribunal la desestimó por evidente sustracción de materia, habida cuenta de la falta de demostración del daño, para lo cual acogió un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, que al parecer fue proferido en el año 1968, según el cual:

<<dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. De ahí que no se de responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica, sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquel, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquier acción indemnizatoria>>.

En esa misma dirección, se resolvieron las demás pretensiones de la demanda, por cuanto, según se dijo anteriormente, el Tribunal de Arbitramento consideró que las súplicas del libelo introductorio constituían, en sí mismas, una única

pretensión, derivada de la supuesta afectación de la ecuación económica del contrato, como consecuencia de la mayor cantidad de obra que habría ejecutado la parte contratista, cuestión que lo llevó a desestimar –por idénticas razones y por elemental sustracción de materia– las súplicas siguientes.

Finalmente, en cuanto a las pretensiones 8 y 9 de la demanda, correspondientes a los intereses legales derivados de las condenas que llegaren a proferirse y a la condena en costas procesales, el Tribunal, con fundamento en las normas que gobiernan tales figuras (artículos 177 del C.C.A., y 392 del C. de P. C.), se abstuvo de acogerlas.

Ahora bien, el censor alega una supuesta incongruencia o contradicción en la cual habría incurrido el Tribunal, porque por un lado habría aceptado la existencia del daño ante la admisión que se habría hecho frente a la presencia de mayores excavaciones, pero, de otra parte, el Tribunal aludió la ausencia de cuantificación de dicho daño.

Al respecto –y sin que por ello deba entenderse que tal señalamiento contaría con la virtualidad necesaria para anular el laudo arbitral–, la Subsección encuentra que dentro del laudo impugnado se hace alusión a las ‘eventuales’ mayores excavaciones, a la remoción de roca, a los mayores grados de corrosión de la tubería, al sobre ancho del derecho de vía y a las mayores pendientes en el terreno, pero ello, sin embargo, se destacó con el propósito de señalar la imposibilidad probatoria que existía de cara a establecer cuál era la magnitud del daño (fl. 92 c ppal), puesto que el Tribunal concluyó que en el proceso <<no se estableció la magnitud de las supuestas mayores cantidades de obra que pudo haber ejecutado el contratista>>, y ello no es nada distinto a la inexistencia del daño, según se desprende de lo siguiente:

*“Es bien sabido que en el proceso arbitral no son de recibo las condenas en abstracto, a efecto de que mediante incidente se cuantifiquen y valoren económicamente. Esa condición procesal le impide al Tribunal proferir condena alguna en contra de la entidad convocada, habida **consideración que el sustento fundamental de esa decisión debe residir en la fehaciente e inequívoca demostración del daño y su pertinente cuantificación. Sin la prueba de este [daño] no hay condena factible**, porque no le es dable al Tribunal –ni en general a juez alguno– fulminar decisiones condenatorias con base en simples suposiciones o meros elementos indiciarios si no están acompañados y respaldados de los correspondientes fundamentos probatorios que permitan al juez estar en presencia cierta, que aporta la prueba, sobre la*

magnitud y cuantificación del daño. Los vacíos probatorios no pueden ser subsanados con simples conjeturas. La carga de la prueba gravita sobre el demandante: onus probandi incumbit actori". (fl. 95 c ppal) - (Destaca la Sala).

Refuerza lo anterior las consideraciones efectuadas por el Tribunal al entrar a resolver las pretensiones de la demanda, incluidas dentro de un acápite denominado <<Reflexiones introductorias>> (fl. 92 c ppal), según las cuales:

"Es bien sabido, según lo tiene establecido la doctrina y la jurisprudencia, que en la noción jurídica del daño concurren dos elementos estructurales que condicionan su existencia: El carácter personal y la connotación de certeza. El primero implica que quien reclama su reparación ostente la calidad de titular del derecho afectado, o sea la legitimación en la causa por activa.

La segunda característica hace referencia a su expresión cierta, que excluye el daño eventual o hipotético. De esta consideración se sigue que la ausencia de su fehaciente demostración hace inviable la declaración de condena, tanto en el orden contractual como extracontractual. Lo anterior en razón a que la naturaleza cierta del daño constituye el sustento vital del primer componente de la responsabilidad civil.

Se traen a colación las aludidas precisiones conceptuales, habida cuenta de la incidencia que en este proveído habrá de tener el carácter cierto del daño, tal como quedará expresado más adelante".

Así las cosas, la Sala no encuentra contradicción alguna en el fallo impugnado, pues lo cierto es que al leer el laudo arbitral en su integridad y al concederle el sentido que desde un principio se le otorgó por parte de los Árbitros a su decisión, se impone concluir que la decisión de denegar las pretensiones radicó en la falta de certeza del daño o, lo que es lo mismo, en la ausencia de prueba de la existencia del mismo.

En todo caso, la determinación acerca de si en este caso se configuró, o no, el daño alegado por el censor, comporta *per se* reabrir el proceso en sus aspectos fácticos y sobre todo probatorios, lo cual, se reitera, riñe con la naturaleza de la impugnación interpuesta.

La Sala estima, por lo tanto, que el laudo arbitral se dictó en derecho, dado que los diferentes temas analizados y el estudio de las pretensiones de la demanda, encuentran sustento jurídico y probatorio, a lo cual conviene reiterar que de la lectura del recurso de anulación se desprende parte de la intención de la U.T., convocante de propiciar una nueva valoración probatoria, situación que resulta

improcedente a través de este mecanismo judicial, el cual no permite realizar un nuevo análisis de la controversia.

En consecuencia, la primera causal no prospera.

4.2.- Segundo cargo.

El siguiente cargo formulado por la parte convocante se relaciona con la causal prevista en el numeral 8° del artículo 163 del Decreto 1818 de 1993, a saber: *“Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido”.*

A juicio de la parte impugnante, el laudo recayó sobre un aspecto que no fue sometido al conocimiento de los Árbitros, comoquiera que las pretensiones de la demanda se denegaron porque no se probó el volumen de las sobre excavaciones alegadas, cuando lo cierto es que dentro de las súplicas de la demanda no se hallaba comprendido ese punto, sino que la demanda se sustentó en los sobrecostos de la obra a causa de la mayor profundidad de las excavaciones.

Al respecto, señaló:

“Fíjese cómo el Tribunal echa de menos la prueba sobre los volúmenes de excavación decidiendo sobre un asunto que no era sujeto de decisión arbitral en el entendido que como lo dicen los términos de referencia, lo establece el contrato y lo manifestaron varios testimonios, el contrato tenía un ítem de pago por metro lineal y no por metro cúbico.

La decisión del Tribunal no guarda congruencia pues mientras en la demanda, la contestación de la misma, los hechos que la sustentan y las pruebas aportadas al proceso (documentales, testimonios, pruebas periciales) se tiene claro que los sobrecostos alegados por la convocante derivan de la mayor profundidad de las excavaciones, el Tribunal sustenta su decisión en el hecho que no se prueban los ‘volúmenes de las excavaciones’, hecho que realmente no era materia de litigio (...).”

Agregó que con fundamento en la forma de pago pactada en el contrato, el daño alegado por la parte accionante, a título de mayor ejecución de obra, se refiere a la excavación a mayores profundidades y no a la extracción de mayor cantidad de volumen de tierra como lo estimó el Tribunal de Arbitramento.

Señaló, además, que la forma de pago del contrato a través de metros lineales determina que la medición del volumen de tierra a extraer no resulte un *ítem* a considerar de cara al pago, ni para cualquier otro motivo del contrato, de ahí que no se pudiere cuantificar el volumen de tierra a extraer, como lo manifestó el Tribunal; sin embargo, precisó que la inexistencia de tales volúmenes no tiene relevancia alguna, por cuanto lo sometido a consideración de los Árbitros fue la mayor cantidad de obra por la excavación adicional efectuada a mayores profundidades, lo cual constituye un aspecto bien distinto al de extracción de mayores volúmenes de tierra.

Insistió en el hecho de que la información recibida por el contratista resultó insuficiente, indebida y errónea, lo cual produjo que para la ejecución del contrato se debieren efectuar excavaciones a mayores profundidades a aquellas *<<que eran esperables conforme a la información de pliegos de condiciones>>*.

Sostuvo que la mayor profundidad de las excavaciones que debió realizar el contratista se halla determinada y probada en el dictamen pericial, por manera que el aspecto que fue sometido a consideración de los Árbitros *<<el daño causado por excavaciones a mayores profundidades de las razonablemente esperadas>>*, está acreditado en el proceso, dado que la prueba técnica estableció que la Unión Temporal JPC desembolsó más dinero del previsto para soportar el costo económico de las excavaciones adicionales, pero el Tribunal se abstuvo de pronunciarse frente a ese punto y lo hizo frente a un tema que no guarda congruencia con lo solicitado.

4.2.1.- Consideraciones sobre la causal invocada.

La causal prevista en el numeral 8° del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 se concreta en tres supuestos, a saber: *i)* cuando el Tribunal se pronuncie sobre aspectos que, según la Constitución y la ley, resulten ajenos a su conocimiento; *ii)* cuando las decisiones adoptadas en el laudo desborden la competencia delimitada por las partes, en el compromiso o cláusula arbitral y *iii)* cuando la decisión arbitral resulte incongruente con lo solicitado en la demanda o en la contestación, actuaciones que delimitan la relación jurídico-procesal, pues, de no ser así, el fallo sería *extra* o *ultra petita*.

En relación con esta causal, la jurisprudencia de la Sala, de manera reiterada, ha expresado:

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

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

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

=> Por haberse concedido más de lo pedido, este hecho de incongruencia del laudo se presenta cuando decidió sobre cuestiones que aunque son transigibles van más allá de las peticiones de la demanda (fallo ultra petita)³³.

En igual sentido, en sentencia de junio 8 de 2006 –expediente 32.398–, la Sala expuso los aspectos que estructuran la presente causal, en los siguientes términos:

“En otros términos, para que el laudo no sea susceptible de anulación por la causal en mención, debe estar en estrecha identidad con las pretensiones, los hechos y las excepciones sometidas a consideración en el proceso arbitral y dentro de los límites previstos en el pacto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso) celebrado por las partes y en la ley, fuentes éstas que otorgan y enmarcan la competencia de los árbitros.

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

³³ Sección Tercera. Sentencia de abril 4 de 2002, exp. 20.356, M.P. María Elena Giraldo Gómez.

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

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

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

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

Según el segundo supuesto, los árbitros no pueden conceder más de lo pedido. Para definirlo se realiza un examen de la demanda y de la contestación a la misma, toda vez que son las pretensiones y los términos de la oposición los que definen el objeto de la litis y, por lo tanto, a ello se debe sujetar el Tribunal de Arbitramento, pues de extralimitarse proferirían una decisión *extra* o *ultra petita*, por tanto ajena a la voluntad de las partes, quienes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, excluyen sus controversias del conocimiento de la Administración de la Justicia institucional, para ponerlas a consideración de particulares, investidos transitoriamente de la potestad de Administrar Justicia.

2.1.2. Improcedencia de la causal en el caso concreto.

El recurrente sustentó esta causal en el hecho de que el Tribunal se habría pronunciado frente a un aspecto no sometido a su conocimiento, dado que las súplicas de la demanda se sustentaban en los sobrecostos de la obra derivados de la mayor profundidad de las excavaciones, en tanto que la decisión impugnada

se habría fundamentado en la falta de prueba del volumen de tales sobre-excavaciones.

El estudio de esta causal exige, necesariamente, el análisis de las pretensiones de la demanda y el contenido del fallo arbitral, para establecer la congruencia de la decisión, pues sólo así se sabrá si dicha causal está llamada, o no, a prosperar.

Pues bien, dentro de las pretensiones primera –principal– y cuarta de la demanda, correspondientes a aquellas que en realidad se edificaron con base en los supuestos sobrecostos por la mayor cantidad de obra que habría sido ejecutada por el contratista, se indicó:

“PRIMERA PRINCIPAL: Que se declare que el contratista UNION TEMPORAL JPC y los miembros que lo componen ejecutaron una mayor cantidad de obra adicional a aquella que fue contratada y pagada en virtud de lo establecido en el contrato ECG-VID-00066 de 2005, derivada del hecho que la EMPRESA COLOMBIANA DE GAS - ECOGAS no cumplió con la obligación legal de celebrar el contrato de buena fe”.

“.....

QUINTA: Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a la EMPRESA COLOMBIANA DE GAS - ECOGAS a reconocer y pagar a al UNION TEMPORAL JPC, y/o a quien represente sus derechos, las sumas de dinero que por la mayor cantidad de obra ejecutada y demás daños antijurídicos causados el contratista y sus integrantes tuvieron que intervenir para la ejecución del contrato”.

Estas pretensiones fueron decididas por el Tribunal, con base en el siguiente razonamiento:

“Primera Principal: Según quedó establecido en los anteriores acápite de esta providencia, los conceptos relativos a eventuales mayores excavaciones, remoción de roca, mayores grados de corrosión de la tubería, sobre ancho del derecho de vía y mayores pendientes en el terreno, no fue posible establecer con certeza sus correspondientes magnitudes, tal como lo expresaron de manera consistente los peritos técnico contable.

“.....

Excavaciones: En lo que concierne a las supuestas mayores excavaciones, derivadas de la profundidad de la tubería, el Tribunal considera pertinente formular unas acotaciones adicionales a lo ya expresado a propósito del análisis de la primera excepción sobre este tema específico, en el sentido de que no sobra recabar sobre la necesidad de haber establecido, como parámetro de comparación, los

volúmenes de excavación que fueron asumidos por el oferente al estructurar su propuesta económica, a efectos de cotejarlos con los realmente efectuados, porque sólo en virtud de ese ejercicio de comparación se podrían dimensionar las eventuales sobre excavaciones.

Obsérvese al respecto, cómo el perito técnico precisó que en el análisis de precios unitarios utilizado por el contratista, al formular su propuesta, no aparecen indicadas esas magnitudes, ni pueden inferirse de la información allegada; por ello no es factible realizar cálculo alguno sobre los volúmenes de tierra estimados por el contratista al configurar su oferta.

Además, tampoco se establecieron las cantidades resultantes de las excavaciones realizadas por el contratista, porque como este concepto no era objeto de pago independiente, no se llevó el record del mismo. O sea que ninguno de los dos extremos necesarios para la comparación fueron establecidos en el proceso”.

De acuerdo con lo anterior, la Sala estima que el Tribunal de Arbitramento decidió con apego a lo pedido y debatido en el proceso, dado que de manera alguna el Tribunal se alejó del tema materia de controversia, esto es la sobre excavación de tierra alegada por el contratista como sustento de la mayor cantidad de obra que habría ejecutado, sólo que con el propósito de determinar la veracidad del alegado desequilibrio financiero del contrato, los Árbitros estimaron procedente –y ello el Consejo de Estado no puede entrar a cuestionarlo– determinar “... *los volúmenes de excavación que fueron asumidos por el oferente al estructurar su propuesta económica*” y, de esa manera, “... *cotejarlos con los realmente efectuados, porque sólo en virtud de ese ejercicio de comparación se podrían dimensionar las eventuales sobre excavaciones*”. (Se destaca).

Lo anterior refleja, sin vacilación alguna, que la intención del Tribunal al referirse y tratar de establecer –aunque infructuosamente– los volúmenes de excavación no obedeció a que estuviere apartando de la causa *petendi* y mucho menos de las pretensiones de la demanda, puesto que el análisis de tal aspecto obedeció al propósito de determinar las supuestas excavaciones adicionales alegadas por el contratista, tal como lo expresó el propio Tribunal al momento de aclarar ese punto, dado que lo consideró un <<*ejercicio necesario para poder establecer la verdad sobre el asunto requería de esa relación comparativa entre los dos extremos*>>.

Por lo expuesto, la causal octava del artículo 163 del Decreto 1818 tampoco está llamada a prosperar.

4.3.- Tercer cargo.

El último cargo propuesto alude a la causal de anulación consagrada en el numeral 9° del artículo 163 del Decreto 1818 de 1993: <<*No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento*>>.

La parte accionante sustentó este reproche, a través de dos aspectos, a saber:

a). Que el Tribunal no habría decidido sobre los perjuicios sufridos por las sociedades que integran la Unión Temporal JPC, por cuanto según el aludido Tribunal de Arbitramento, la prueba pericial sólo se concentró en la contabilidad de dicha U.T., y no en la de sus integrantes; sin embargo, el dictamen evidencia otra situación, pues esa última contabilidad sí se tuvo en cuenta por el perito.

Con fundamento en lo anterior, la convocante sostuvo que el Tribunal no se habría pronunciado sobre cuestiones sujetas al arbitramento, en el entendido de que no valoró la prueba tendiente a demostrar el valor de los perjuicios ocasionados a las compañías que integraron la U.T., recurrente.

b). Que el Tribunal habría omitido pronunciarse respecto de la prueba que acreditaría la mayor cantidad de obra ejecutada ante la excavación de más profundidades a las inicialmente establecidas, pues según la parte impugnante – reiterando lo expuesto en el cargo anterior– *“... el Tribunal no se pronunció sobre lo pedido en las pretensiones y fundamentado en los hechos de la demanda, respecto de la mayor cantidad de obra ejecutada por la excavación de las mayores profundidades para encontrar el tubo a revestir”*.

Y señaló nuevamente que

“... el Tribunal no se pronuncia sobre este asunto central sujeto al arbitramento, sino que termina pronunciándose sobre los volúmenes de excavación que hacen referencia a otro tema bien distinto como atrás se dijo al sustentar la existencia de otra causal de anulación del laudo”.

4.3.1.- Consideraciones sobre la causal.

La causal de nulidad que se analiza se encuentra orientada a preservar el principio de la congruencia de los fallos judiciales que tiene consagración en el artículo 305 del C. de P. C., en la forma en que fue modificado por el artículo 1º numeral 135 del Decreto 2289 de 1989, en virtud del cual *“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”*, mandato legal que impone al juez del conocimiento, la concordancia del fallo con las pretensiones y hechos aducidos en la demanda y las excepciones propuestas en la contestación de la misma, puesto que la facultad del juez no es ilimitada.

El principio de congruencia resulta aún más estricto cuando se trata de laudos arbitrales, toda vez que en estos casos las facultades del juez arbitral devienen de la voluntad de las partes materializada en la cláusula compromisoria o el compromiso, facultades que quedan totalmente restringidas a lo convenido por las partes.

La incongruencia puede presentarse de tres formas: *i)* cuando en el fallo el juez otorga más de lo pedido (plus petita o ultra petita); *ii)* cuando el fallo concede algo distinto a lo pedido (extra petita) y *iii)* cuando se deja de resolver sobre lo pedido (citra petita). La causal que ahora se invoca, alude al último de los supuestos indicados.

La causal enunciada también encuentra fundamento en el artículo 304 del C. de P. C., norma según cuyo alcance, la parte resolutive de la sentencia deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, las excepciones, las costas y perjuicios a cargo de las partes.

En relación con el alcance y naturaleza de esta causal de anulación de laudos arbitrales, la Sala ha considerado que *<<se refiere a la citra o mínima petita, que procede en aquellos eventos en que el laudo arbitral deja sin resolver las pretensiones de la demanda, es decir, no cumple con la función de decidir la controversia, por lo cual el litigio subsiste respecto de los puntos no decididos>>*³⁴.

³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 20 de mayo de 2004, exp. 25.759, en igual sentido las sentencias de 4 de abril de 2002, exp. 20.356, M.P. María Elena Giraldo Gómez y de 2 de marzo de 2006, exp. 29.703, M.P. Alier E. Hernández Enríquez, reiteradas en sentencia de 17 de marzo de 2010, exp. 36.838, M.P. Myriam Guerrero de Escobar.

También precisó la Sala que la inconsonancia que configura la causal que se estudia, se produce cuando en el laudo se omite la decisión relativa a alguna de las pretensiones contenidas en la demanda o sobre las excepciones propuestas por el demandado (citra petita) y se establece mediante un proceso comparativo entre aquellas y lo resuelto por el fallador³⁵. Igualmente, la Corporación ha señalado que cuando el laudo ha sido impugnado por presentar *mínima petita*, no necesariamente deberá anularse sino que podrá adicionarse en el extremo no decidido:

*“Por otra parte, explican tales reflexiones que el defecto aludido, cuando se presenta por mínima petita, no vicia de nulidad la sentencia, ni siquiera parcialmente; sólo obligará al juez de la casación a efectuar la corrección necesaria. Por ello, también constituye un remedio para tal defecto, en el caso indicado, la adición de la sentencia, que puede solicitarse dentro del término de ejecutoria de la misma, conforme al artículo 311 del C. de P. C., o al interponer el recurso de apelación. Tratándose de la anulación del laudo arbitral, el tema no ofrece duda alguna, si se tiene en cuenta que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40 del Decreto 2279 de 1989, cuando prospera la causal 9ª del artículo 38 del mismo decreto -correspondiente a la causal 5ª del artículo 72 de la Ley 80 de 1993-, entre otras, el laudo no se anulará, sino que se adicionará”.*³⁶

La causal aquí analizada, estructurada con base en los dos cargos expuestos por la parte recurrente, no está llamada a prosperar, pues se reitera 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>>*³⁷.

Ocurre que al realizar el comparativo entre las pretensiones de la demanda y el laudo arbitral, la Sala no encuentra un fallo incongruente, por omisión de alguno de los extremos de la relación jurídico-procesal, por cuanto todas las pretensiones de

³⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de noviembre de 2002, exp. 22.526, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 10 de marzo de 2005, exp. 28.308, reiterada en sentencia de 17 de marzo de 2010, exp. 36.838, M.P. Myriam Guerrero de Escobar.

³⁷ Sentencia de junio 16 de 2008, exp. 34.543. M.P. Ruth Stella Correa Palacio, entre otras.

la demanda fueron objeto del análisis y del pronunciamiento respectivo, por parte de los Árbitros en el laudo arbitral.

En efecto, los Árbitros se ocuparon de analizar, una a una, las pretensiones del libelo introductorio dentro de la parte considerativa de la decisión (páginas 87 a 92) y frente a cada una de ellas se incluyeron su respectiva determinación de manera expresa dentro de la parte resolutive del laudo impugnado, salvo la pretensión segunda subsidiaria, la cual, bueno es precisarlo, no fue objeto de reparo mediante la presente causal de anulación por la parte accionante, tal como lo señaló el Ministerio Público, pero, además, la Sala encuentra que frente a tal súplica el Tribunal sí llevó a cabo su respectivo análisis para desestimarla dentro de la parte motiva de la decisión (fl. 96 c ppal).

La Subsección reitera lo expuesto en precedencia, en relación con el análisis efectuado frente al segundo cargo que el recurrente extraordinario planteó, dado que allí se determinó la forma en la cual se estructuraron las pretensiones – primera y cuarta– encaminadas a obtener la declaratoria de responsabilidad del ente convocado por los sobrecostos en los cuales habría incurrido por supuestas excavaciones adicionales, frente a lo cual también se dejaron consignados los pronunciamientos que a ese respecto efectuó el Tribunal y que, por lo tanto, imponen concluir que frente a la alegación que ahora efectúa la parte recurrente, muy de la mano –que no idéntico– con lo expuesto en los dos cargos anteriores, a propósito de la contabilidad que habría llevado, o no, la Unión Temporal o sus integrantes (primer cargo) y acerca de que el Tribunal se habría pronunciado sobre los volúmenes de excavación y no frente a la mayor excavación que se habría presentado (segundo cargo), no está llamada a abrirse paso.

A lo anterior se adiciona que dentro de este caso se presentó una acumulación sucesiva de pretensiones³⁸, de allí que una vez se desestimó la primera de ellas, la cual se analizó desde varios *ítems* –excavaciones, remoción de roca, grados de corrosión de tubería, sobre ancho en el derecho de vía y pendientes del terreno–, las demás también resultaron desestimadas, sin que por ello pueda predicarse una ausencia de motivación del laudo respecto de las demás súplicas de la demanda.

³⁸ La acumulación sucesiva se presenta cuando se propone una pretensión bajo la condición de que antes sea acogida la otra de la cual tomará vida. Cfr. MORALES MOLINA, Hernando. Curso de Derecho Procesal Civil". Undécima Edición. Editorial ABC. Bogotá. 1991. Pág. 396.

Al respecto, la Sala ha dicho³⁹:

En otros términos, para la Sala, desde una perspectiva objetiva y formal, no resulta incongruente la mencionada decisión adversa a la convocada y consignada en la parte resolutive del laudo, luego de que los árbitros en la parte motiva analizaran el incumplimiento recíproco del contrato por ambos contratantes y advirtieran que si no les asistía el derecho a exigir del otro el pago de las prestaciones que a título resarcitorio y por los distintos conceptos solicitaban en la demanda y en la de reconvencción y, por ende, al no proceder una declaratoria de responsabilidad de alguna de ellas, la consecuencia que se imponía era denegar las demás pretensiones de tipo condenatorio que derivaran de aquélla, por estar procesalmente sujetas a una “acumulación sucesiva”.

De otra parte, también es importante precisar que si la decisión adoptada en el laudo no fue favorable a las pretensiones del demandante, es decir, si en él se resolvió en forma negativa o adversa a sus intereses, no es una actuación que viole el principio de congruencia, por cuanto comporta un pronunciamiento sobre la pretensión como resultado del debate procesal y con observancia de las formas propias del juicio arbitral, que, por lo mismo, excluye la prosperidad de la causal invocada.⁴⁰

En síntesis, el Tribunal de Arbitramento no dejó de pronunciarse o resolver respecto de la cuestión litigiosa materia de conocimiento en virtud del pacto arbitral, sin que resulte viable, por la naturaleza extraordinaria del recurso de anulación, evaluar la manera cómo los Árbitros interpretaron la demanda y decidieron las pretensiones de la misma y determinar, por tanto, si lo hicieron correcta o erradamente, dado que –se insiste– esta causal no autoriza realizar un examen o calificación de las consideraciones que han servido al juzgador como motivos determinantes de su fallo.

Se advierte lo anterior porque el censor pretende en últimas, por vía de la referida causal, la revisión del acervo probatorio y del sustento argumentativo del laudo

³⁹ Sentencia de junio 16 de 2008, exp. 34.543. M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁴⁰ En sentencia de junio 16 de 2008, exp. 34.543. M.P. Ruth Stella Correa Palacio, se indicó: “...Distinto de no decidir un extremo de la litis -ha dicho la Corte- es resolverlo en forma adversa al peticionario. En el primer caso el fallo sería incongruente y, en consecuencia, podría ser atacado en casación con base en la causal segunda; en el otro no, puesto que el fallo adverso implica un pronunciamiento del sentenciador sobre la pretensión de la parte (...) De lo contrario se llegaría a la conclusión de que el fallo sólo sería congruente cuando fuera favorable a las pretensiones del demandante, lo que a todas luces es inaceptable.” Corte Suprema de Justicia, Sentencia de fecha 22 de enero de 1980 (G.J. t CLXVI pág. 9).

censurado, cuestión que conduce a que el presente cargo, por este aspecto, también sea rechazado. Por lo expuesto, este cargo no prospera.

5.- Conclusión.

En las anteriores condiciones, la Sala estima que el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la Unión Temporal JPC, parte convocante en el proceso arbitral, carece de prosperidad, por cuanto no se probó una sola de las causales invocadas. En consecuencia, la parte recurrente será condenada en costas, de conformidad con lo ordenado en el inciso tercero del artículo 165 del Decreto 1818 de 1998.

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

F A L L A :

PRIMERO: DECLÁRASE INFUNDADO el recurso de anulación interpuesto contra el laudo arbitral proferido el 22 de febrero de 2010 por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias surgidas en relación con el contrato de obra No. ECG-VID-000066 de 2005, celebrado entre la Unión Temporal JPC y la Compañía Colombiana de Gas –ECOGAS–.

SEGUNDO: CONDÉNASE en costas a la parte impugnante; por Secretaría de la Sección, tásense.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GLADYS AGUDELO ORDOÑEZ

HERNAN ANDRADE RINCON

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ