

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION - Protección de la garantía del debido proceso / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION - Es improcedente que por su intermedio se aborde nuevamente el estudio de la cuestión de fondo que ya fue resuelta por el Tribunal de Arbitramento / JUEZ DEL RECURSO - No le es permitido revivir el debate probatorio / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION - Solo puede cimentarse en las causales de Ley / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION - Improcedencia / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION - No constituye una segunda instancia. Debe ser atacado por errores en el procedimiento y no por errores en el juzgamiento y con fundamento en la ley

Por averiguado se tiene que el recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales, tal como lo ha pregonado la Sección Tercera del Consejo de Estado en múltiples providencias que ya son multitud, persigue fundamentalmente la protección de la garantía del debido proceso y por consiguiente es improcedente que por su intermedio se aborde nuevamente el estudio de la cuestión de fondo que ya fue resuelta por el Tribunal de Arbitramento. Por esta razón es que se afirma que al juez del recurso no le es permitido revivir el debate probatorio que se surtió en el trámite arbitral ni entrar a cuestionar los razonamientos jurídicos o la valoración de las probanzas que en su momento hicieron los árbitros para soportar la decisión. De otro lado, el recurso de anulación por ser extraordinario sólo puede cimentarse en las causales que la ley ha previsto de manera taxativa y en consecuencia el ataque al laudo que se apoye en causal distinta debe ser rechazado por improcedente. Todo lo anterior se resume, en conclusión, en que el recurso de anulación no constituye una segunda instancia, razón por la cual el laudo no puede ser atacado por errores en el juzgamiento sino por errores en el procedimiento y con fundamento en las causales taxativamente señaladas en la ley. (...) la convocada pide que se anule el laudo arbitral proferido el 17 de febrero de 2010 porque a su juicio se incurrió en el vicio de haber fallado en conciencia cuando ha debido ser en derecho. El sustento de la causal se sintetiza en que el Tribunal de Arbitramento al condenar a la convocada a pagar la suma de \$45.788.222.06 ignoró su propia decisión puesto que en el punto segundo del laudo declaró próspera por error grave la objeción al dictamen que fijó en aquella cantidad los costos financieros, circunstancia ésta que en últimas significa que el fallo fue en conciencia pues decidió sin la correspondiente prueba. De la sola lectura del fundamento del cargo que se propone al amparo de la causal 6ª se desprende que él está llamado a no prosperar porque el recurrente pretende convertir este recurso de anulación en una segunda instancia ya que cuestiona la valoración probatoria que hicieron los árbitros para imponer la condena al pago de los costos financieros en cuantía de \$45.788.222.06. Aún más, se escuda para ello en la causal 6ª cuando en verdad las razones que trae no se acercan ni siquiera remotamente a los elementos que la configuran porque si bien menciona la causal 6ª, la cadena argumentativa que presenta para demostrar el cargo no la estructura toda vez que no apunta a demostrar que los árbitros no motivaron su decisión, que prescindieron totalmente de consideraciones jurídicas o probatorias, que inaplicaron la ley por considerarla inicua o que conducía a una situación inequitativa, o que buscaron la solución del caso por fuera del ámbito de la ley. Lo que hace el impugnante es reclamar por vicios in iudicando tratando de acomodar su inconformidad en una de las enlistadas en la ley como causal de nulidad sin que en verdad se configure ella. Esta manera de plantear el asunto por el recurrente determina, como ya se dijo, que el cargo resulte impróspero porque el recurso de anulación por ser extraordinario sólo puede cimentarse en las causales que la ley ha previsto de manera taxativa y en consecuencia el ataque al laudo que se apoye en causal distinta debe ser rechazado por improcedente.

NOTA DE RELATORIA: Consultar entre otras, sentencia de mayo 15 de 1992, Exp.: 5326; sentencia de noviembre 12 de 1993, Exp.: 7809; sentencia de junio 16 de 1994, Exp.: 6751; sentencia de octubre 24 de 1996, Exp.: 11632; sentencia de mayo 18 de 2000, expediente número 17797; sentencia de agosto 23 de 2001, Exp.: 19090; sentencia de junio 20 de 2002, Exp.: 19488; sentencia de julio 4 de 2002, Exp.: 21217; sentencia de julio 4 de 2002, Exp.: 22.012; sentencia de agosto 1º de 2002, Exp.: 21041; sentencia de noviembre 25 de 2004, Exp.: 25560; sentencia de abril 28 de 2005, Exp.: 25811; sentencia de junio 8 de 2006, Exp.: 32398; sentencia de diciembre 4 de 2006, Exp.: 32871; sentencia de marzo 26 de 2008, Exp.: 34071; sentencia de mayo 21 de 2008, Exp.: 33643; sentencia de mayo 13 de 2009, Exp.: 34525 y sentencia de 21 de febrero de 2011, Exp.: 38621

LAUDO ARBITRAL - Anulación / CAUSALES DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 o las normas que lo modifiquen, deroguen o sustituyan / ARBITRAMIENTO - Decreto 1818 de 1998

Según lo preceptuado por el artículo 22 de la Ley 1150 de 2007 las causales de anulación del laudo arbitral son las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 o las normas que lo modifiquen, deroguen o sustituyan. El Decreto 1818 de 1998 compila las normas existentes sobre arbitramento, entre ellas las contenidas en el Decreto 2279 de 1989, razón por la que finalmente las causales de nulidad de los laudos arbitrales que se relacionen con los contratos estatales son las consagradas en el artículo 163 del Decreto primeramente citado.

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

NOTA DE RELATORIA: En el mismo sentido, consultar sentencia de 21 de febrero de 2011, Exp.: 38621, Consejero Ponente doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa

LAUDO ARBITRAL - Impugnación / IMPUGNACION DE LAUDO ARBITRAL - Por vía de recurso. Debe cimentarse en las causales prevista en la ley y que se sustente, so pena de que se declare desierto / IMPUGNACION - Razones que indique el recurrente deben configurar la causal que aduce / SUSTENTACION DEL RECURSO - No consiste en la sola indicación del texto legal que consagra una determinada causal. No es admisible que se aduzcan argumentaciones que no configuren ninguna causal prevista por la ley

La impugnación del laudo por la vía del recurso de anulación supone que se cimente en las causales previstas en la ley, como ya se dijo, pero además que se sustente, so pena de que se declare desierto. De la carga de sustentación se desprende que el impugnante debe expresar las razones que le sirven de fundamento para acusar el laudo de incurrir en la causal o causales que invoca. Por supuesto que las razones que indique el recurrente deben configurar la causal que aduce y por lo tanto la causal invocada será la que estructure la cadena argumentativa de la impugnación y no su nombre o denominación. Conjugando todo lo que se acaba de expresar resulta que la sustentación del recurso no consiste en la sola indicación del texto legal que consagra una determinada causal, como tampoco en que, al amparo de la mención de alguna o de varias de las causales enlistadas en la ley, se aduzcan argumentaciones que en verdad no configuran ninguna de las previstas por el legislador.

NOTA DE RELATORIA: En el mismo sentido, consultar sentencia de 21 de febrero de 2011, Exp.: 38621, Consejero Ponente doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa

LAUDO ARBITRAL - CAUSAL DE ANULACION / CAUSAL DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Causal sexta / FALLO EN CONCIENCIA - Causal de anulación de laudo arbitral / SOLUCION DE LAS CONTRAVERSIAS - Debe ser siempre en derecho / FALLO EN CONCIENCIA - Disposiciones recientes utilizan la expresión equidad / ARBITRAJE EN EQUIDAD - Los árbitros deciden según el sentido común y la equidad / EQUIDAD - Postulados / FALLO EN CONCIENCIA - Configuración / FALLO EN CONCIENCIA - Características / FALLO EN CONCIENCIA - Aquel en el que el juzgador se apoya en su íntima convicción, no da razones de su decisión o prescinde de toda consideración jurídica o probatoria / DEBIDO PROCESO - Garantía. Cambio de la expresión legal en conciencia por la de en equidad

El numeral 6º del artículo 163 del decreto 1818 de 1998 prevé como causal de anulación el “haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.” De la simple lectura de la norma transcrita emerge que la causal se estructura cuando se presenta la circunstancia de haber fallado en conciencia y este hecho resulta patente en el laudo, esto es, sin que se requiera de mayores argumentaciones para demostrar ese acontecimiento pues es ostensible. De otro lado, debe advertirse desde ya que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 70 de la Ley 80 de 1993, el arbitramento para la solución de las controversias contractuales debe ser siempre en derecho. En el sistema jurídico colombiano la calificación “en conciencia” fue usada por la mayoría de las regulaciones sobre arbitramento para referirse a una de las modalidades del arbitraje, sin embargo las disposiciones más recientes utilizan la expresión “en equidad.” Hoy la ley define al arbitraje en equidad como aquel en que los árbitros deciden según el sentido común y la equidad. (...) Todas estas concepciones condujeron a elaborar con fundamento en la equidad dos postulados: a) El negativo según el cual el juez puede inaplicar la ley al caso concreto cuando ella se muestra inicua o conduce a una iniquidad; b) El positivo que le permite al juez buscar por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido. (...) La Sección Tercera del Consejo de Estado ha estimado que el fallo en conciencia se configura cuando el juzgador se aparta del marco jurídico y decide con fundamento en la mera equidad, razón por la que la motivación no es esencial para la validez de su decisión. También ha dicho que esa estirpe de decisiones se caracterizan por prescindir totalmente del acervo probatorio o de las normas jurídicas, por la ausencia de razonamientos jurídicos o por basarse en el concepto de verdad sabida y buena fe guardada. En conclusión, podríamos decir que el fallo en conciencia es aquel en el que el juzgador se apoya en su íntima convicción, no da razones de su decisión o prescinde de toda consideración jurídica o probatoria. El cambio de la expresión legal “en conciencia” por la de “en equidad” no implica una simple modificación de denominación pues en esa variación va envuelta la defensa de la garantía fundamental al debido proceso.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 116 / DECRETO 1818 DE 1998- ARTICULO 163. NUMERAL 6 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 70 / LEY 105 DE 1931 - ARTICULO 1216 / LEY 2 DE 1938 - ARTICULO 6 / DECRETO 410 DE 1971 - ARTICULO 2012 / DECRETO 279 DE 1989 - ARTICULO 1 / LEY 23 DE 1991 - ARTICULO 96 / LEY 270 DE 1996 - ARTICULO 13 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 111/ DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 115 / LEY 1285 DE 2009 - ARTICULO 3

NOTA DE RELATORIA: Consultar Corte Constitucional. Sentencia T-518 de 1998. Consejo de Estado. Ver entre otras. Cuando el Juez se fundamenta en la mera equidad: sentencia de de abril 13 de 1992, Exp.: 6695, sentencia de mayo 4 de 2000, Exp.: 16766 y sentencia de octubre 2 de 2003, Exp.: 24320. Fallo en conciencia por prescindir de acervo probatorio: sentencia de septiembre 14 de 1995, Exp.: 10468. Fallo en conciencia por prescindir de las normas jurídicas: sentencia de julio 18 de 2008, Exp.: 34543. Fallo en conciencia por ausencia de razonamientos jurídicos: sentencia de agosto 9 de 2001, Exp.: 19273; sentencia de agosto 23 de 2001, Exp.: 19090; sentencia de febrero 13 de 2006, Exp.: 29704 y sentencia de junio 18 de 2008, Exp.: 34543. Fallo en conciencia por basarse en el concepto de la verdad sabida y buena fue guardada: sentencia de 27 de abril de 1999, Exp.: 15623 y sentencia de abril 16 de 2000, Exp.: 18411. Precedente jurisprudencial consultar sentencia de febrero 21 de 2011, Exp.: 38621

GARANTIA AL DEBIDO PROCESO - Elementos / DEBER DEL JUEZ - Motivar sus decisiones / ASOCIADOS - Derecho que tienen a que la solución de sus conflictos se fundamenten en la ley y en las pruebas oportunas y regularmente allegadas al proceso / ARBITRO - Pueden si las partes lo habilitan, proferir fallos en derecho o en equidad aunque en los términos que determine la ley / ARBITRO - Los fallos que profieran por ser decisiones judiciales deben ser motivados y fundados en las pruebas allegadas / ARBITRO - Está sometido al imperio de la ley / ARBITRO - Podrá recurrir a la equidad como criterio auxiliar o como criterio único si las partes lo habilitan / ARBITRAJE - Debe ser siempre en derecho / FALLO EN EQUIDAD - Sea proferido por el juez o emitido por el árbitro, deben estar motivados y fundamentados en las pruebas allegadas / FALLOS EN CONCIENCIA - Están proscritos / EQUIDAD - Criterio único si la ley o las partes facultan al juzgador para ello / FALLO EN EQUIDAD - Procedencia

La garantía del debido proceso está compuesta por múltiples elementos entre los cuales nos interesa destacar para lo que aquí se discurre el deber que tiene el juez de motivar sus decisiones y el derecho de los asociados a que la solución de sus conflictos se fundamenten en la ley y en las pruebas oportunamente y regularmente allegadas al proceso. Esta garantía cubre cualquier actuación jurisdiccional, sin que constituya una excepción la de los particulares que en determinados casos administran justicia como ocurre con los árbitros, pues estos pueden, si las partes los habilitan, proferir fallos en derecho o en equidad aunque “en los términos que determine la ley.” Por consiguiente, los fallos de los árbitros, por ser decisiones judiciales, deben ser motivados y fundarse en las pruebas oportunas y regularmente allegadas al proceso, tal como lo preceptúan los artículos 170 del C. C. A., 303 y 174 del C. P. C. Ahora, los jueces, y entre ellos los árbitros, están sometidos al imperio de la ley pero podrán recurrir a la equidad como criterio auxiliar de su actividad, o como criterio único, si en éste último caso, en tratándose de los árbitros, las partes los habilitan para ello, o si, en los demás casos, el proceso versa sobre derechos disponibles y las partes, siendo plenamente capaces, lo solicitan. Sin embargo, debe recordarse lo que atrás se expresó en el sentido que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 70 de la Ley 80 de 1993, el arbitramento para la solución de las controversias contractuales debe ser siempre en derecho. Así que en conclusión, los fallos en equidad, sea que los profieran los jueces o sea que los emitan los árbitros en los casos que proceden, no quedan exentos de estar motivados ni de fundamentarse en las pruebas oportunas y legalmente allegadas al proceso. Luego, la gran conclusión es que los fallos en conciencia están proscritos en nuestro sistema jurídico y que se podrá acudir a la equidad como criterio único si la ley o las partes facultan al juzgador para ello. (...) A juicio de la Sala nada mejor que los dos postulados que

atrás se mencionaron para determinar si se rotula con la equidad a una decisión. En efecto, la providencia será en equidad cuando: a) El juez o el árbitro inaplica la ley al caso concreto porque considera que ella es inicua o que conduce a una iniquidad; b) El juez o el árbitro busca por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido. Pero, se repite, ninguna de estas hipótesis supone que el juzgador prescinda de la motivación o de las pruebas porque entonces ya no sería en equidad sino en conciencia y las decisiones de ésta naturaleza están proscritas de nuestro sistema jurídico tal como se deduce de los artículos 29, 116 y 230 superiores.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 29 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 38. NUMERAL 1 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 116 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 230 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 70 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 170 - CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 174 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 303

NOTA DE RELATORIA: En el mismo sentido, consultar sentencia de 21 de febrero de 2011, Exp.: 38621, Consejero Ponente doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa

LAUDO ARBITRAL - ANULACION / ANULACION LAUDO ARBITRAL - Causal sexta 6 / CAUSAL SEXTA - Configuración

Corolario de todo lo que hasta aquí se ha expuesto en este aparte es que la causal de anulación prevista en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 se configura cuando: a) El laudo es conciencia, esto es, cuando los árbitros se apoyan en su íntima convicción y por lo tanto no dan razones de su decisión o prescinden de toda consideración jurídica o probatoria; b) Debiendo ser el laudo en derecho, los árbitros inaplican la ley al caso concreto porque consideran que ella es inicua o que conduce a una iniquidad o también cuando buscan por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido. Se configura la causal en el primer caso porque si se sanciona con anulación el laudo en equidad cuando ha debido ser en derecho, lo que significa que en ciertos casos está permitido, con mayor razón debe ser fulminado con la sanción aquel que está proscrito en todos los casos por apoyarse en la íntima convicción del juzgador, no dar motivación alguna y prescindir de toda consideración jurídica o probatoria. Se estructura la causal en el segundo caso porque todo juzgador debe someterse al imperio de la ley y sólo podrá acudir a la equidad si la misma ley o las partes lo facultan para ello, de donde se concluye que si no está autorizado y falla buscando por fuera del ámbito legal la solución o inaplicando la ley por considerarla inicua o que conduce a una iniquidad, su decisión es ilegal.

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

NOTA DE RELATORIA: En el mismo sentido, consultar sentencia de 21 de febrero de 2011, Exp.: 38621, Consejero Ponente doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa

LAUDO ARBITRAL - ANULACION / ANULACION LAUDO ARBITRAL - Causal séptima 7 / CAUSAL SEPTIMA - Configuración / PARTE RESOLUTIVA DEL LAUDO - Error aritmético / ERROR ARITMETICO - Yerro en el resultado al efectuar alguna de las operaciones aritméticas / ERROR ARITMETICO EN LA PARTE RESOLUTIVA DEL LAUDO - Debe pedirse la corrección dentro de los cinco días siguientes a haberse proferido la decisión / ERROR ARITMETICO -

Es inadmisibile que so pretexto de corregir errores aritméticos se pretenda la reforma o revocación del fallo / SENTENCIA - No puede ser reformada ni revocada por el mismo juez que la profirió

El numeral 7º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 prevé como causal de anulación del laudo arbitral el “contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos...siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento.” Como puede verse la causal supone que en la parte resolutive del laudo existan errores aritméticos y que esta circunstancia se haya planteado oportunamente en el tribunal de arbitramento, esto es, que dentro de los cinco días siguientes a haberse proferido la decisión se haya pedido la corrección del error aritmético, por así disponerlo el artículo 36 del Decreto 2279 de 1989. Por tal error se entiende aquel en el que se incurre al realizar alguna de las cuatro operaciones aritméticas y por consiguiente se trata de un yerro que al corregirlo no conduce a la modificación o revocación de la decisión que se ha tomado. Y es que según las voces del artículo 309 del C. P. C. la sentencia no puede ser reformada ni revocada por el mismo juez que la profirió y es por esto que es inadmisibile que so pretexto de corregir errores aritméticos se pretenda recorrer los caminos de la reforma o de la revocación del fallo. (...) Con fundamento en la causal prevista en el numeral 7º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, la recurrente pide que se anule el laudo porque contiene errores aritméticos. El cargo lo sustenta argumentando que el Tribunal considera que la participación del contratista por lo efectivamente ejecutado contractualmente asciende a \$800.929.382, es decir reconoce el 100%, y que como la convocante recibió \$234.408.795 queda a su favor \$566.520.588, pero al discurrir así incurre en un error aritmético porque no tiene en cuenta que según el acta de liquidación final debe imputársele también al contratista el valor del IVA por lo que en verdad hay que descontar \$359.857.323 que finalmente arroja un saldo a favor de los convocantes de \$441.072.059.10, del cual solo tiene derecho al 50%, es decir a \$220.536.030. Este cuestionamiento que la impugnante escuda en la causal 7ª también pretende controvertir el fondo de la decisión que tomó el Tribunal de Arbitramento porque combate las razones y la valoración probatoria que hicieron los árbitros para condenar a la convocada al pago de una determinada suma de dinero por concepto del restablecimiento económico del contrato. En efecto, planteado así el asunto resulta incuestionable que la recurrente persigue que se modifique el *quantum* de la condena o, lo que es lo mismo que esta Sección revise el mérito de la decisión del Tribunal de Arbitramento y la modifique, cuestión del todo improcedente en un recurso de anulación que se edifica sobre la causal 7ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998. (...) Luego, lo presentado como un error aritmético en verdad no lo constituye porque no se refiere a un yerro en el resultado al efectuar alguna de las operaciones aritméticas sino a la cantidad que la impugnante considera que debe ser pagada a la parte contratista por concepto del restablecimiento económico del contrato. Así las cosas resulta claro que las razones que se aducen no configuran el error aritmético que se alega al amparo de la causal 7ª y por consiguiente este cargo también está llamado a fracasar.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 309 / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163. NUMERAL 7 / DECRETO 2279 DE 1989 - ARTICULO 36

NOTA DE RELATORIA: En el mismo sentido, consultar sentencia de 21 de febrero de 2011, Exp.: 38621, Consejero Ponente doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa

RECURSO DE ANULACION LAUDO ARBITRAL - Infundado / COSTAS -

Condena / CONDENA EN COSTAS - Procede si no prosperan las causales en que se fundamento el recurso / LIQUIDACION - En la sentencia que resuelve el recurso / AGENCIAS EN DERECHO - Pago

El inciso tercero del artículo 165 del Decreto 1818 de 1989 dispone que si ninguna de las causales prospera, se declarará infundado el recurso y se condenará en costas al recurrente. Por su parte el inciso primero del citado artículo prevé que en la misma sentencia se liquidarán las costas y condenas a cargo de las partes. En este asunto no aparecen acreditados expensas o gastos que se hubieren efectuado con ocasión del recurso de anulación, razón por la cual sólo habrá lugar al pago de las agencias en derecho que en este caso se estiman en la suma de CINCO MILLONES DE PESOS (\$5.000.000).

FUENTE FORMAL: DECRETO 1818 DE 1989 - ARTICULO 165. INCISO PRIMERO

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., Veinticuatro (24) de Marzo de dos mil once (2011)

Radicación número: 11001-03-26-000-2010-00019-00(38484)

Actor: LUIS ANTONIO CARRILLO CANDELO Y OTROS

Demandado: ELECTRIFICADORA DE SANTANDER S. A. E. S. P.

Referencia: Recurso de anulación

Procede la Sala a resolver el recurso de anulación interpuesto por la **ELECTRIFICADORA DE SANTANDER S. A. E. S. P.** contra el laudo arbitral del 17 de febrero de 2010 proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido con el fin de dirimir las controversias surgidas entre ese ente y **LUÍS ANTONIO CARRILLO CANDELO, JESÚS FERNANDO RAMÍREZ CARRILLO** y el **CONSORCIO REVISIONES INTEGRALES SANTANDER**, con ocasión del contrato No. GEG-UCP-043-003-03 del 14 de octubre de 2003.

I. ANTECEDENTES

1. La **ELECTRIFICADORA DE SANTANDER S. A. E. S. P.** abrió el 16 de junio de 2003 una licitación para el diseño y ejecución de un programa de reducción del valor anual del índice de pérdidas de energía mediante la detección y corrección de instalaciones con anomalías y fraudes de energía en el grupo 3- Sur (Zona San Gil, Socorro, Málaga y Barbosa), revisando individualmente las instalaciones y medidores de los clientes.

2. **LUÍS ANTONIO CARRILLO CANDELO Y JESÚS FERNANDO RAMÍREZ CARRILLO** conformaron el **CONSORCIO REVISIONES INTEGRALES SANTANDER** con el propósito de participar en esa licitación.

3. El **CONSORCIO REVISIONES INTEGRALES SANTANDER** resultó adjudicataria de esa licitación.

4. El 14 de octubre de 2003 la **ELECTRIFICADORA DE SANTANDER S. A. E. S. P.** y el **CONSORCIO REVISIONES INTEGRALES SANTANDER** celebraron el contrato No. GEG-UCP-043-003-03 para el diseño y ejecución de un programa de reducción del valor anual del índice de pérdidas de energía mediante la detección y corrección de instalaciones con anomalías y fraudes de energía en el grupo 3-Sur (Zona San Gil, Socorro, Málaga y Barbosa), revisando individualmente las instalaciones y medidores de los clientes.

5. En el contrato se fijó como criterio rector que el valor de la energía que se recuperaría al detectar y eliminar las anomalías y los fraudes que presentaran las instalaciones de los usuarios sería de \$3.010.560.000 y sobre este supuesto se estableció el porcentaje de participación del contratista a título de retribución.

6. Dicen los convocantes que durante la ejecución del contrato se presentó un hecho externo, extraordinario e imprevisible que varió sus condiciones económicas de tal suerte que se produjo un grave desequilibrio económico que no quiso reconocer la **ELECTRIFICADORA DE SANTANDER S. A. E. S. P.**, pese a las múltiples solicitudes que en ese sentido se le hicieron.

7. Según la parte convocante ese hecho externo, extraordinario e imprevisible consistió fundamentalmente en que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios expidió el 11 de septiembre de 2004 la Resolución 001 mediante la cual estableció el procedimiento para sancionar a los usuarios que presentaran

anomalías o fraudes en sus instalaciones, lo que implicó que la eventual sanción de cada cliente en particular se dilató y se hizo incierta de tal manera que la retribución pactada se vio profundamente alterada.

8. Vencido el plazo negocial se liquidó el contrato pero el contratista se negó a suscribir el Acta correspondiente por no estar de acuerdo con ella.

9. Ante estas circunstancias, **LUÍS ANTONIO CARRILLO CANDELO, JESÚS FERNANDO RAMÍREZ CARRILLO** y el **CONSORCIO REVISIONES INTEGRALES SANTANDER**, el 3 de julio de 2008 presentaron demanda arbitral ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bucaramanga y en contra de la **ELECTRIFICADORA DE SANTANDER S. A. E. S. P.** con el fin de que se acogieran las pretensiones que se sintetizan así:

a) Principales:

- Que se declare que la **ELECTRIFICADORA DE SANTANDER S. A. E. S. P.**, incumplió el contrato No. GEG-UCP-043-003-03 y que por consiguiente se le condene a pagar las sumas de dinero a que tiene derecho la convocante, debidamente indexadas, las que estima en \$800.000.000.

- Que se declare que en el contrato que celebraron las partes hubo rompimiento de la ecuación contractual por hechos extraordinarios e imprevistos que ocurrieron con posterioridad a su celebración.

- Que en consecuencia se ordene el restablecimiento del equilibrio económico contractual.

- Que se ordene a la convocada que pague, debidamente indexada, la suma de \$668.591.205 por el anterior concepto.

- Que se declare que la convocada se enriqueció injustamente por haberse visto obligado la convocante a cumplir con el contrato a pesar del imprevisto e irresistible empobrecimiento de este (sic).

- Que se condene a la convocada a pagar la suma de \$450.000.000 como indemnización del daño emergente que sufrió la parte convocante con ocasión del

enriquecimiento injusto.

- Que se condene a la convocada a pagar, debidamente indexada, la suma de \$81.408.795 por concepto de lucro cesante.

- Que se condene a la convocada a pagar los intereses moratorios correspondientes.

b) Primeras subsidiarias

- Que se declare que la **ELECTRIFICADORA DE SANTANDER S. A. E. S. P.**, incumplió el contrato No. GEG-UCP-043-003-03 y que por consiguiente se le condene a pagar las sumas de dinero a que tiene derecho la convocante, debidamente indexadas, las que estima en \$800.000.000.

- Que se declare que la convocada se enriqueció injustamente por haberse visto obligado la convocante a cumplir con el contrato a pesar del imprevisto e irresistible empobrecimiento de este (sic) y que en consecuencia se le condene a pagar la suma de \$450.000.000 como indemnización del daño emergente que sufrió la parte convocante con ocasión del enriquecimiento injusto.

c) Segundas subsidiarias

- Que la convocada es responsable por el incumplimiento del contrato y que por consiguiente debe pagar los perjuicios causados, los que estima en \$1.000.000.000.

- Que se declare que esta indemnización debe ser pagada al consorcio y a las personas que lo integran.

- Que la convocada debe pagar los correspondientes intereses moratorios.

- Que se declare que en el contrato que celebraron las partes hubo rompimiento de la ecuación contractual por hechos extraordinarios e imprevistos que ocurrieron con posterioridad a su celebración.

- Que en consecuencia se ordene el restablecimiento del equilibrio económico contractual.

- Que se ordene a la convocada que pague, debidamente indexada, la suma de \$668.591.205 por el anterior concepto.

10. El Tribunal de Arbitramento que se convocó para el efecto, una vez surtido el trámite arbitral, profirió el 17 de febrero de 2010 el correspondiente laudo en el que, amen de no condenar en costas a ninguna de las partes, declaró que se produjo una ruptura del equilibrio contractual, ordenó a la convocada que lo restableciera y la condenó a pagar, debidamente indexadas, la suma de \$566.520.528 por este concepto y \$45.788.222.06 por costos financieros.

11. La convocada solicitó la aclaración y corrección de este laudo en lo atinente, lo primero, a si el valor que debe reconocer la **ELECTRIFICADORA DE SANTANDER S. A. E. S. P.**, es la suma de \$566.520.528 o sólo el 50% de ésta, y, lo segundo, a que una vez aclarado lo anterior corrija el saldo a favor de la convocante porque a su juicio no es de \$566.520.588 sino \$220.536.030.

También pide que se aclare si la condena que se impuso por \$45.788.222.06 tuvo como fundamento una obligación contractual.

Finalmente, pidió que se complementara el laudo para que resolviera una petición de la convocada en relación con la presentación extemporánea de las aclaraciones y complementaciones de un dictamen pericial.

12. Estas peticiones fueron resueltas en providencia del 1º de marzo de 2010 en la que sólo se accedió a corregir el valor de la condena impuesta como restablecimiento del equilibrio económico, la que se redujo a \$490.089.155.

13. El 8 de marzo de 2010 la convocada, con fundamento en las causales 6 y 7 del Decreto 1818 de 1998, interpuso el recurso de anulación contra el laudo proferido por el Tribunal de Arbitramento.

14. El 26 de marzo de 2010 la Secretaria del Tribunal de Arbitramento radicó ante el Consejo de Estado el expediente para que se le diera trámite el recurso que fue interpuesto.

15. En auto del 7 de mayo de 2010 esta Corporación avocó el conocimiento del asunto y corrió traslado para que la recurrente sustentara el recurso y la convocante presentara sus alegatos.

II. EL RECURSO DE ANULACION

La convocada pide que se anule el laudo arbitral proferido el 17 de febrero de 2010 con fundamento en las siguientes causales y razones:

1. Con apoyo en la causal prevista en el numeral 6° del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, esto es, por haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, la recurrente presenta un cargo en el que aduce, en síntesis, las siguientes razones:

a) Las partes convinieron que las diferencias serían resueltas en derecho por un Tribunal de Arbitramento.

b) Un fallo en derecho supone el apego a las normas jurídicas sustanciales y procesales que resulten aplicables.

c) La convocada estima que al haber sido condenada a pagar la suma de \$45.788.222.06 por concepto de costos financieros el Tribunal ignoró su propia decisión cuando en el punto segundo del laudo declaró próspera por error grave la objeción al dictamen que fijo en aquella cantidad los costos financieros.

d) Lo anterior significa que el Tribunal procedió a condenar con fundamento en consideraciones contrarias a la realidad probatoria.

e) En estas circunstancias, concluye la recurrente, el fallo fue en conciencia porque dejó ostensiblemente de lado el marco jurídico para basarse en la equidad porque tomó una decisión sin la correspondiente prueba.

2. Con fundamento en la causal prevista en el numeral 7° del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, esto es por contener errores aritméticos, la recurrente presenta un cargo en el que trae, en síntesis, estos razonamientos:

a) Oportunamente la convocada pidió que se aclarara si el valor del restablecimiento económico ascendía a \$566.520.528 o sólo al 50% de esta suma para que luego se corrigiera porque a su juicio, según lo consignó en la solicitud de corrección, la cantidad por este concepto sólo puede ascender a \$220.536.030.

b) El Tribunal no tuvo en cuenta que el contratista se obligó a cancelarle a las cuadrillas de verificación el 50% del valor que se le reconociera en razón del contrato y que por consiguiente él no recibiría el 100% de las sumas recuperadas por energía, razón por la cual tampoco ahora puede recibir el 100% de la participación pactada por recuperación de energía.

c) Dice la recurrente que el Tribunal parte de la base de considerar que la participación del contratista por lo efectivamente ejecutado contractualmente asciende a \$800.929.382, es decir le reconoce el 100%, y que como la convocante recibió \$234.408.795 queda a su favor \$566.520.588, pero el Tribunal incurre en un error aritmético porque no tuvo en cuenta que según el acta de liquidación final debe imputársele también al contratista el valor del IVA por lo que en verdad hay que descontar \$359.857.323 que finalmente arroja un saldo a favor de los convocantes de \$441.072.059.10, del cual solo tiene derecho al 50%, es decir a \$220.536.030.

d) Aunque el Tribunal corrigió la condena y la redujo sigue reconociendo el 100% del valor de la participación por la recuperación de energía.

III. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público pidió que se declarara infundado el recurso apoyándose en las razones que se sintetizan así:

1. El recurso de anulación es extraordinario y debe corresponder a alguna de las causales previamente señaladas en la ley y que se han instituido para corregir los errores procesales en que haya podido incurrir el Tribunal de Arbitramento.

2. Todas las causales que aduce el recurrente no están llamadas a prosperar porque se orientan a replantear el debate sobre el fondo del asunto y este recurso no puede ser utilizado como una segunda instancia.

3. El fallo en conciencia es aquel que se emite con base en el leal saber y entender del juzgador y no motiva el valor que le asigna a las pruebas pues es suficiente su conclusión íntima y personal.

4. Los árbitros, contrariamente a lo que sostiene el recurrente, analizaron todas las pruebas allegadas al proceso, examinaron los extremos de la litis y apoyaron su decisión en las normas de derecho positivo lo que significa que el laudo fue en derecho y no se originó en la íntima convicción de los árbitros.

5. Lo que en verdad se advierte es que el impugnante pretende evidenciar que existe disparidad entre el análisis probatorio que hizo el juzgador y el que en su criterio ha debido hacerse.

6. Los errores aritméticos como causal de anulación requieren que previamente se hayan alegado ante el Tribunal y que no se haya producido la enmienda solicitada.

7. La recurrente solicitó la aclaración porque considera que el contratista sólo debía recibir el 50% del valor de la energía recuperada y no el 100%, que en el cálculo de la participación por energía recuperada no se tuvo en cuenta lo efectivamente pagado por el contratista, y que debió declararse que el dictamen pericial contable se presentó de manera extemporánea.

8. El Tribunal corrigió el error descontando la suma efectivamente pagada.

9. Al sustentar la causal el recurrente diserta sobre la distribución de la participación entre el contratista y las cuadrillas pero no dice cuáles son las disposiciones contradictorias que contiene la parte resolutive, lo que significa que lo que pretende es que se revise el aspecto sustancial del laudo.

10. Como el impugnante no delimitó la materia objeto de pronunciamiento del juez, pues no sustentó debidamente la causal que invoca, este cargo no puede ser objeto de pronunciamiento.

No advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado se procede a resolver el recurso de anulación previas las siguientes

IV. CONSIDERACIONES

1. En reciente providencia¹ esta corporación expuso las razones que a continuación se expresan y que ahora resultan pertinentes en este asunto:

“1. Por averiguado se tiene que el recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales, tal como lo ha pregonado la Sección Tercera del Consejo de Estado en múltiples providencias que ya son multitud,² persigue fundamentalmente la protección de la garantía del debido proceso y por consiguiente es improcedente que por su intermedio se aborde nuevamente el estudio de la cuestión de fondo que ya fue resuelta por el Tribunal de Arbitramento.

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

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

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

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 21 de febrero de 2011 (Expediente 38621).

² Entre ellas las siguientes: Sentencia de mayo 15 de 1992 (Expediente 5326); Sentencia de noviembre 12 de 1993 (Expediente 7809); Sentencia de junio 16 de 1994 (Expediente 6751); Sentencia de octubre 24 de 1996 (Expediente 11632); Sentencia de mayo 18 de 2000 (Expediente 17797); Sentencia de agosto 23 de 2001 (Expediente 19090); Sentencia de junio 20 de 2002 (Expediente 19488); Sentencia de julio 4 de 2002 (Expediente 21217); Sentencia de julio 4 de 2002 (Expediente 22.012); Sentencia de agosto 1º de 2002 (Expediente 21041); Sentencia de noviembre 25 de 2004 (Expediente.25560); Sentencia de abril 28 de 2005 (Expediente 25811); Sentencia de junio 8 de 2006 (Expediente 32398); Sentencia de diciembre 4 de 2006 (Expediente 32871); Sentencia de marzo 26 de 2008 (Expediente 34071); Sentencia de mayo 21 de 2008 (Expediente 33643); y Sentencia de mayo 13 de 2009 (Expediente 34525).

2. Según lo preceptuado por el artículo 22 de la Ley 1150 de 2007 las causales de anulación del laudo arbitral son las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 o las normas que lo modifiquen, deroguen o sustituyan.

El Decreto 1818 de 1998 compila las normas existentes sobre arbitramento, entre ellas las contenidas en el Decreto 2279 de 1989, razón por la que finalmente las causales de nulidad de los laudos arbitrales que se relacionen con los contratos estatales son las consagradas en el artículo 163 del Decreto primeramente citado.

3. La impugnación del laudo por la vía del recurso de anulación supone que se cimente en las causales previstas en la ley, como ya se dijo, pero además que se sustente, so pena de que se declare desierto.

De la carga de sustentación se desprende que el impugnante debe expresar las razones que le sirven de fundamento para acusar el laudo de incurrir en la causal o causales que invoca.

Por supuesto que las razones que indique el recurrente deben configurar la causal que aduce y por lo tanto la causal invocada será la que estructure la cadena argumentativa de la impugnación y no su nombre o denominación.

Conjugando todo lo que se acaba de expresar resulta que la sustentación del recurso no consiste en la sola indicación del texto legal que consagra una determinada causal, como tampoco en que, al amparo de la mención de alguna o de varias de las causales enlistadas en la ley, se aduzcan argumentaciones que en verdad no configuran ninguna de las previstas por el legislador.

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

De la simple lectura de la norma transcrita emerge que la causal se estructura cuando se presenta la circunstancia de haber fallado en conciencia y este hecho resulta patente en el laudo, esto es, sin que se requiera de mayores argumentaciones para demostrar ese acontecimiento pues es ostensible.

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

4.1. *En el sistema jurídico colombiano la calificación “en conciencia” fue usada por la mayoría de las regulaciones sobre arbitramento³ para referirse a una de las modalidades del arbitraje, sin embargo las disposiciones más recientes utilizan la expresión “en equidad.”⁴*

Hoy la ley⁵ define al arbitraje en equidad como aquel en que los árbitros deciden según el sentido común y la equidad.

4.2. *Inicialmente en el derecho romano la noción de equidad se entendió como simple igualdad⁶ pero en la época clásica se equiparó al concepto de justicia conmutativa de tal suerte que ella consistió, fundamentalmente, en dar a cada cual lo suyo y en dar un tratamiento igual en causa igual.⁷*

Posteriormente la influencia de Aristóteles determinó que la equidad, a la que llamó epiqueya, se entendiera como lo justo en el sentido de ser una rectificación de la justicia legal toda vez que corrige las iniquidades que pueden derivarse de la aplicación de la ley o enmienda las omisiones en que esta incurre al no poder preverlo todo por ser general y abstracta.⁸

La equidad también sufrió el influjo del pensamiento cristiano al ser considerada como un mecanismo de misericordia, de indulgencia y de benignidad que en casos especiales atempera el rigor de la ley.⁹

*Todas estas concepciones condujeron a elaborar con fundamento en la equidad dos postulados: **a)** El negativo según el cual el juez puede inaplicar la ley al caso concreto cuando ella se muestra inicua o conduce a una iniquidad; **b)** El positivo*

³ Ley 105 de 1931, artículo 1216; Ley 2ª de 1938, artículo 6; Decreto 410 de 1971, artículo 2012; Decreto 2279 de 1989, artículo 1º; Ley 23 de 1991, artículo 96

⁴ Constitución Política, artículo 116; Ley 270 de 1996, artículo 13; Ley 446 de 1998, artículo 111; Decreto 1818 de 1998, artículo 115; y Ley 1285 de 2009, artículo 3º.

⁵ Ley 446 de 1998, artículo 111.

⁶ P. G. CARON. “Aequitas” Romana, “Misericordia” Patristica Ed “Epicheia” Aristotelica Nella Dottrina Dell’”Aequitas” Canonica. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano 1971, p. 2.

⁷ Ibidem.

⁸ ARISTOTELES. *Ética a Nicomaco*. 5. 10. 1137 b. Trad. María Araujo y Julián Marías. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1985, p. 86.

⁹ P. G. CARON. “Aequitas... Opus. Cit., p. 6.

que le permite al juez buscar por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido.¹⁰

Uno de tales postulados ha sido recogido y expuesto hoy por la Corte Constitucional¹¹ en los siguientes términos:

“Pues bien, en una situación como la que se ha descrito no cabe hacer una aplicación estricta de la ley, sin vulnerar el principio de equidad que gobierna también la actuación judicial (C.P., art. 230). De acuerdo con este principio, cuando el juez está en la tarea de aplicar la norma legal al caso concreto debe tener en cuenta las circunstancias propias del mismo, de manera que la voluntad del legislador se adecue a los distintos matices que se presentan en la vida real.

La tarea del legislador y la del juez son complementarias. El Congreso dicta normas de carácter general y abstracto, orientadas hacia la consecución de ciertos fines. Estas normas, por bien elaboradas que sean, no pueden en ningún momento incorporar en su texto los más distintos elementos que se conjugan en la vida práctica, para configurar los litigios concretos. Así, ellas no pueden establecer o comprender las diferenciaciones que deben introducirse en el momento de solucionar los conflictos concretos, con el objeto de que la resolución de los mismos tenga en cuenta las particularidades de los hechos y de las personas que intervienen en ellos. Esa función le corresponde precisamente al juez, quien es el que puede conocer de cerca el conflicto y la situación de las partes involucradas. Por eso, el juez está llamado a afinar la aplicación de la norma legal a la situación bajo examen, con el objeto de lograr que el espíritu de la ley, que el propósito del legislador, no se desvirtúe en el momento de la aplicación, por causa de las particularidades propias de cada caso.

Lo anterior no implica que el juez desatienda la norma legal, se aparte de la voluntad del legislador, sino que la module al caso concreto, evitando inequidades manifiestas o despropósitos, resultados que en todo caso también habría impedido el legislador si los hubiera podido prever. Es decir, de lo que se trata es de poner en vigencia el principio de colaboración entre la distintas ramas del poder público, lo cual implica que el juez colabore en el desarrollo de la norma dictada por el legislador, al adaptarla al caso concreto.”

4.3. *La Sección Tercera del Consejo de Estado ha estimado que el fallo en conciencia se configura cuando el juzgador se aparta del marco jurídico y decide con fundamento en la mera equidad, razón por la que la motivación no es esencial para la validez de su decisión.¹²*

¹⁰ Ibidem, p. 98-104.

¹¹ Sentencia T-518 de 1998.

¹² Sentencias de abril 3 de 1992, mayo 4 de 2000 y octubre 2 de 2003 (Expedientes 6695, 16766 y 24320).

También ha dicho que esa estirpe de decisiones se caracterizan por prescindir totalmente del acervo probatorio¹³ o de las normas jurídicas,¹⁴ por la ausencia de razonamientos jurídicos¹⁵ o por basarse en el concepto de verdad sabida y buena fe guardada.¹⁶

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

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

La garantía del debido proceso está compuesta por múltiples elementos entre los cuales nos interesa destacar para lo que aquí se discurre el deber que tiene el juez de motivar sus decisiones y el derecho de los asociados a que la solución de sus conflictos se fundamenten en la ley y en las pruebas oportunamente y regularmente allegadas al proceso.

Esta garantía cobija cualquier actuación jurisdiccional, sin que constituya una excepción la de los particulares que en determinados casos administran justicia como ocurre con los árbitros, pues estos pueden, si las partes los habilitan, proferir fallos en derecho o en equidad aunque “en los términos que determine la ley.”¹⁷

Por consiguiente, los fallos de los árbitros, por ser decisiones judiciales, deben ser motivadas y fundarse en las pruebas oportuna y regularmente allegadas al proceso, tal como lo preceptúan los artículos 170 del C. C. A., 303 y 174 del C. P. C.

Ahora, los jueces, y entre ellos los árbitros, están sometidos al imperio de la ley pero podrán recurrir a la equidad como criterio auxiliar de su actividad, o como criterio único, si en éste último caso, en tratándose de los arbitros, las partes los

¹³ Sentencia de septiembre 14 de 1995 (Expediente 10468).

¹⁴ Sentencia de junio 18 de 2008 (Expediente 34543).

¹⁵ Sentencias de agosto 9 de 2001, agosto 23 de 2001, febrero 13 de 2006, junio 18 de 2008 (Expedientes 19273, 19090, 29704 y 34543).

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

¹⁷ Artículo 116 de la Constitución Política.

habilitan¹⁸ para ello, o si, en los demás casos, el proceso versa sobre derechos disponibles y las partes, siendo plenamente capaces, lo solicitan.¹⁹

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

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

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

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

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

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

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

4.4. *Corolario de todo lo que hasta aquí se ha expuesto en este aparte es que la causal de anulación prevista en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 se configura cuando: a) El laudo es conciencia, esto es, cuando los árbitros se*

¹⁸ Artículo 116 de la Constitución Política.

¹⁹ Numeral 1º del artículo 38 del C. P. C.

apoyan en su íntima convicción y por lo tanto no dan razones de su decisión o prescinden de toda consideración jurídica o probatoria; b) Debiendo ser el laudo en derecho, los árbitros inaplican la ley al caso concreto porque consideran que ella es inicua o que conduce a una iniquidad o también cuando buscan por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido.

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

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

5. El numeral 7º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 prevé como causal de anulación del laudo arbitral el “contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos...siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento.”

Como puede verse la causal supone que en la parte resolutive del laudo existan errores aritméticos y que esta circunstancia se haya planteado oportunamente en el tribunal de arbitramento, esto es, que dentro de los cinco días siguientes a haberse proferido la decisión se haya pedido la corrección del error aritmético, por así disponerlo el artículo 36 del Decreto 2279 de 1989.

Por tal error se entiende aquel en el que se incurre al realizar alguna de las cuatro operaciones aritméticas y por consiguiente se trata de un yerro que al corregirlo no conduce a la modificación o revocación de la decisión que se ha tomado.

Y es que según las voces del artículo 309 del C. P. C. la sentencia no puede ser reformada ni revocada por el mismo juez que la profirió y es por esto que es inadmisibile que so pretexto de corregir errores aritméticos se pretenda recorrer los caminos de la reforma o de la revocación del fallo.”

2. En este asunto, como ya se dijo, la convocada pide que se anule el laudo arbitral proferido el 17 de febrero de 2010 porque a su juicio se incurrió en el vicio de haber fallado en conciencia cuando ha debido ser en derecho.

El sustento de la causal se sintetiza en que el Tribunal de Arbitramento al condenar a la convocada a pagar la suma de \$45.788.222.06 ignoró su propia decisión puesto que en el punto segundo del laudo declaró próspera por error grave la objeción al dictamen que fijo en aquella cantidad los costos financieros, circunstancia ésta que en últimas significa que el fallo fue en conciencia pues decidió sin la correspondiente prueba.

2.1. De la sola lectura del fundamento del cargo que se propone al amparo de la causal 6ª se desprende que él está llamado a no prosperar porque el recurrente pretende convertir este recurso de anulación en una segunda instancia ya que cuestiona la valoración probatoria que hicieron los árbitros para imponer la condena al pago de los costos financieros en cuantía de \$45.788.222.06.

Aún más, se escuda para ello en la causal 6ª cuando en verdad las razones que trae no se acercan ni siquiera remotamente a los elementos que la configuran porque si bien menciona la causal 6ª, la cadena argumentativa que presenta para demostrar el cargo no la estructura toda vez que no apunta a demostrar que los árbitros no motivaron su decisión, que prescindieron totalmente de consideraciones jurídicas o probatorias, que inaplicaron la ley por considerarla inicua o que conducía a una situación inequitativa, o que buscaron la solución del caso por fuera del ámbito de la ley.

Lo que hace el impugnante es reclamar por vicios *in iudicando* tratando de acomodar su inconformidad en una de las enlistadas en la ley como causal de nulidad sin que en verdad se configure ella.

Esta manera de plantear el asunto por el recurrente determina, como ya se dijo, que el cargo resulte impróspero porque el recurso de anulación por ser extraordinario sólo puede cimentarse en las causales que la ley ha previsto de manera taxativa y en consecuencia el ataque al laudo que se apoye en causal distinta debe ser rechazado por improcedente.

3. Con fundamento en la causal prevista en el numeral 7° del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, la recurrente pide que se anule el laudo porque contiene errores aritméticos.

El cargo lo sustenta argumentando que el Tribunal considera que la participación del contratista por lo efectivamente ejecutado contractualmente asciende a \$800.929.382, es decir reconoce el 100%, y que como la convocante recibió \$234.408.795 queda a su favor \$566.520.588, pero al discurrir así incurre en un error aritmético porque no tiene en cuenta que según el acta de liquidación final debe imputársele también al contratista el valor del IVA por lo que en verdad hay que descontar \$359.857.323 que finalmente arroja un saldo a favor de los convocantes de \$441.072.059.10, del cual solo tiene derecho al 50%, es decir a \$220.536.030.

3.1 Este cuestionamiento que la impugnante escuda en la causal 7ª también pretende controvertir el fondo de la decisión que tomó el Tribunal de Arbitramento porque combate las razones y la valoración probatoria que hicieron los árbitros para condenar a la convocada al pago de una determinada suma de dinero por concepto del restablecimiento económico del contrato.

En efecto, planteado así el asunto resulta incuestionable que la recurrente persigue que se modifique el *quantum* de la condena o, lo que es lo mismo que esta Sección revise el mérito de la decisión del Tribunal de Arbitramento y la modifique, cuestión del todo improcedente en un recurso de anulación que se edifica sobre la causal 7ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

Pero además, se echa de menos la demostración de que en la parte resolutive del laudo se incurrió en una equivocación de resultado al realizar una de las cuatro operaciones aritméticas pues nótese que la argumentación de la impugnante se resume en que ella considera que la parte convocante sólo tiene derecho al 50% del valor que se reconozca por concepto del restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

Luego, lo presentado como un error aritmético en verdad no lo constituye porque no se refiere a un yerro en el resultado al efectuar alguna de las operaciones aritméticas sino a la cantidad que la impugnante considera que debe ser pagada a la parte contratista por concepto del restablecimiento económico del contrato.

Así las cosas resulta claro que las razones que se aducen no configuran el error aritmético que se alega al amparo de la causal 7ª y por consiguiente este cargo también está llamado a fracasar.

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

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

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

En este asunto no aparecen acreditados expensas o gastos que se hubieren efectuado con ocasión del recurso de anulación, razón por la cual sólo habrá lugar al pago de las agencias en derecho que en este caso se estiman en la suma de CINCO MILLONES DE PESOS (\$5.000.000).

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

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADO el recurso de anulación que propuso la parte convocada contra el laudo arbitral proferido el 17 de febrero de 2010.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la recurrente y por consiguiente al pago de **CINCO MILLONES DE PESOS (\$5.000.000)** que es el valor en que se estiman las agencias en derecho.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Magistrada

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado Ponente