**ANULACIÓN DE LAUDO – Recurso extraordinario – Naturaleza**

Ya en anteriores oportunidades ésta Sala había tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de la anulación de los laudos arbitrales, precisando que éste se constituye en un verdadero recurso judicial cuya interposición y trámite únicamente puede darse en el curso del proceso arbitral en donde ha de producirse el laudo que será objeto de impugnación. En el ordenamiento jurídico colombiano el legislador califica la anulación de laudos arbitrales como un recurso judicial que por su naturaleza no puede ser autónomo e independiente del trámite arbitral donde se profiere el laudo objeto de impugnación. (…) Así las cosas, para la Sala es claro que la naturaleza jurídica de la anulación de laudos arbitrales es la de ser un recurso judicial, un medio de impugnación sui generis con una regulación específica, que no puede ser autónomo e independiente del trámite arbitral donde se ha de proferir el laudo que será objeto de impugnación.

**ANULACIÓN DE LAUDO – Recurso extraordinario – Finalidad**

También se ha resaltado que la naturaleza extraordinaria y excepcional del recurso de anulación de laudo arbitral, así como su finalidad primordial tendiente a proteger la garantía fundamental al debido proceso, hacen que éste sólo sea procedente por vicios procedimentales o in procedendo, más no de juzgamiento o in iudicando y con fundamento en las causales expresa y taxativamente señaladas en la ley , tanto para impugnar laudos proferidos por Tribunales de Arbitramento Nacionales como para los de carácter internacional.

**ANULACIÓN DE LAUDO – Recurso extraordinario – Régimen normativo aplicable**

Para efectos de determinar la norma aplicable al presente asunto, es preciso tener en cuenta lo previsto en el artículo 119 de la Ley 1563 del 12 de julio de 2012 “Por medio de la cual se Expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”, disposición conforme a la cual dicha ley empezaría a regir transcurridos tres (3) meses después de su promulgación. (…) Así las cosas, teniendo en cuenta que la demanda que dio lugar al presente litigio se presentó el 01 de diciembre de 2014, es evidente que le son aplicables las normas previstas en la Ley 1563 de 2012.

**ANULACIÓN DE LAUDO – Recurso extraordinario – Características**

a) El recurso de anulación de laudos arbitrales, es de carácter excepcional, restrictivo y extraordinario, sin que constituya una instancia más dentro del correspondiente proceso. b) La finalidad del recurso se orienta a cuestionar la decisión 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. c) Mediante el recurso extraordinario de anulación no es posible atacar el laudo por cuestiones de mérito o de fondo, errores in iudicando (por violación de leyes sustantivas), es decir, si el Tribunal obró o no conforme al derecho sustancial (falta de aplicación de la ley sustantiva, indebida aplicación o interpretación errónea), ni plantear o 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 , puesto que el juez de anulación no es superior jerárquico del Tribunal de Arbitramento y, en consecuencia, no podrá intervenir en el juzgamiento del asunto de fondo para modificar sus decisiones, por no compartir sus razonamientos o criterios. d) De manera excepcional, el juez de anulación podrá corregir o adicionar el laudo si prospera la causal de incongruencia, al no haberse decidido sobre cuestiones sometidas al conocimiento de los árbitros o por haberse pronunciado sobre aspectos no sujetos a la decisión de los mismos o por haberse concedido más de lo pedido. e) Los poderes del juez del recurso de anulación están limitados por el llamado “principio dispositivo”, según el cual, es el recurrente quien delimita, con la formulación y sustentación del recurso, el objeto que con él se persigue y ello, obviamente, dentro de las precisas y taxativas causales que la ley consagra ; en consecuencia, no le es permitido 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 extraordinario de anulación. f) Dado el carácter restrictivo que caracteriza el recurso, su procedencia está condicionada a que se determinen y sustenten, debidamente, las causales que de manera taxativa se encuentran previstas 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 en la ley.

**ANULACIÓN DE LAUDO – Recurso extraordinario – Causal 7 –Alcance de la causal 7 del artículo 41 de la ley 1563 de 2012 – Alcance**

El Consejo de Estado respecto a esta causal ha sostenido, en diversas oportunidades - tesis que pese al cambio de legislación, permanecen vigentes - que el fallo en derecho debe observar el ordenamiento jurídico, de tal forma que el marco de referencia no podrá estar sino en él. Por tal razón, los árbitros se encuentran sometidos no sólo a las reglas adjetivas que regulan el proceso arbitral, sino a la normatividad sustantiva que rigen los derechos pretendidos. Por su parte, cuando el juez falla en conciencia, se mueve en un campo más amplio, porque, como lo dice la jurisprudencia, si actúa de esa manera tiene la facultad de decidir según su leal saber y entender. En consecuencia, solo cuando la sentencia deja de lado de manera protuberante y evidente, el marco jurídico sobre el cual tiene que moverse, podrá decirse que se está en presencia de un fallo en conciencia. Pero si el juez decide con fundamento o en apoyo del ordenamiento jurídico, el material probatorio allegado oportunamente al proceso y de conformidad a las reglas de la sana crítica, ese pronunciamiento será en derecho. (…) Igualmente ha reiterado la Jurisprudencia de la Corporación que, el fallo es en derecho y no en conciencia, cuando las normas en que se fundamenta están vigentes. (…) La Jurisprudencia de la Sala en recientes pronunciamientos se ha referido al tema de las pruebas para 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”.

**ANULACIÓN DE LAUDO – Recurso extraordinario – Causal 7 –Alcance de la causal 7 del artículo 41 de la ley 1563 de 2012 – Fallo en conciencia o equidad**

En el sub lite, el recurrente considera que el laudo se profirió en conciencia y no en derecho, incurriéndose en la causal de anulación invocada, al afirmar que el Tribunal al asumir el estudio de la pretensión primera de la demanda (principal y subsidiaria), relativa a la solicitud que el actor formuló para que se declarara que el incumplimiento del contrato No. 1372-2010 por parte de las sociedades demandadas, pues llegada la “Fecha prevista de Terminación” (según definición en las Condiciones Generales del Contrato – CGC-, letra s) Disposiciones Generales) los miembros del Consorcio demoraron más de treinta (30) días la terminación de las obras (plazo máximo de días permitido para pagar el monto por concepto de retrasos); concluyó que bajo la definición contractual de “Defectos”, era posible que el contratista ejecutara “obras faltantes” con posterioridad al plazo del contrato, en el “Período de Responsabilidad por Defectos”.

**ANULACIÓN DE LAUDO – Recurso extraordinario – Causal 7 –Alcance de la causal 7 del artículo 41 de la ley 1563 de 2012 – Improcedente**

Que la solución así propuesta a las pretensiones por incumplimiento del contrato, sin duda se construyó sobre la íntima convicción del Tribunal de que un 1,32% de las obras, que era lo que faltaba para la ejecución del contrato al vencimiento de su plazo, no podía ser motivo suficiente para declarar el incumplimiento reclamado y/o activar con ello una compleja estructura de imposición de sanciones por retrasos, cuya premisa fundamental, en criterio del Tribunal, era la de haber incumplido el contrato. Que es evidente que el ejercicio argumentativo que hizo el Tribunal para llegar a la conclusión de que el contrato permitía contra toda lógica ejecutar obras por fuera del plazo contractual, sin duda estuvo guiada por tal criterio, lo que colocó la decisión así tomada en rebeldía de toda norma, cuya única posible explicación encuentra soporte en la íntima convicción de lo justo y equitativo que estimó fallar el Tribunal de Arbitramento. (…) Los cargos formulados no están llamado a prosperar, pues, como se advierte de la síntesis del recurso, los reproches no están fundados en que el juez arbitral haya dictado su pronunciamiento sin apoyo en razonamientos de carácter jurídico o probatorio, o que haya prescindido del marco legal aplicable a la litis, vale decir, que el pronunciamiento esté soportado en la íntima convicción o el fuero interno del fallador, o lo que es igual, en su personal criterio de justicia.

**FALLO EN DERECHO – Presupuestos**

El Tribunal en orden lógico acomete el estudio de los siguientes aspectos: (i) las partes procesales; (ii) síntesis del proceso; (iii) las cuestiones que le fueron sometidas a su consideración – pretensiones de la demanda – hechos en que se fundamentan –; (iv) contestación de la demanda y excepciones de mérito planteadas – pruebas decretadas y practicadas a solicitud de las partes -; (v) análisis de los presupuestos procesales – demanda en forma – capacidad – competencia – legitimación – y finaliza abordando el estudio jurídico de fondo.

**CONTRATO DE OBRA PÚBLICA – Régimen jurídico aplicable**

De las normas anteriormente referenciadas se deduce claramente que, por regla general, el régimen de los contratos que celebre el Estado es el de la Ley 80 de 1993, a menos que ella u otra norma legal le asigne a determinados contratos un régimen especial diferente, o le permita a las partes que bajo el cumplimiento de determinadas condiciones opten por someterse a un régimen diferente, que es lo que sucede en el presente caso. En efecto, el Contrato de Obra Pública celebrado entre la Administración Distrital y el Consorcio Castell Pórticos se financió totalmente con recursos del BIRF y su objeto tiene que ver con el desarrollo del servicio público de salud, luego le era permitido a las partes someterse a los reglamentos de tal organismo de crédito, si así lo determinaban por su propia voluntad, en tanto que tal posibilidad no tiene carácter obligatorio. No obstante, según lo afirma la parte convocante en los hechos de la demanda, en el contrato no se utilizó la opción comentada sino que, por el contrario, dándole aplicación a lo establecido en el punto 2.43 de los Reglamentos del BIRF, se dispuso que el régimen sería el de las normas civiles y comerciales colombianas, entendiéndose ello en el sentido de que se aplica dicho régimen salvo lo regulado por la Ley 80 de 1993, con fundamento en lo dispuesto por los citados artículos 13 y 14 de esa misma ley.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN C**

**Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA(E)**

Bogotá, D.C., diez (10) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 11001-03-26-000-2016-00141-00(57820)**

**Actor: FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD – SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD**

**Demandado: CONSTRUCTORA CASTELL CAMEL S.A.S. – PÓRTICOS INGENIEROS CIVILES S.A.**

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

Procede la Sala a resolver el recurso de anulación interpuesto por el Fondo Financiero Distrital de Salud (FFDS) - parte convocante - contra el laudo arbitral de 25 de abril de 2016, proferido por el Tribunal de Arbitramento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, constituido para dirimir las controversias surgidas entre aquella y el Consorcio Castell Pórticos, con ocasión del contrato de obra núm. 1372 – 2010 del 22 de octubre, suscrito entre el citado consorcio en su condición de contratista y el Distrito Capital – Secretaría Distrital de Salud y el Fondo Financiero Distrital de Salud, en su calidad de contratantes.

**I. ANTECEDENTES**

1. Entre el Distrito Capital – Secretaría Distrital de Salud y el Fondo Financiero Distrital de Salud, en su calidad de contratante y el Consorcio Castell Pórticos, integrado por la Constructora Castell Camel S.A.S., y Pórticos Ingenieros Civiles S.A., en su condición de contratista, se celebró el contrato de obra núm. 1372 – 2010 del 22 de octubre de 2010, cuyo objeto era la *“Reposición del Centro de Atención Médica Inmediata – CAMI – Chapinero”.*[[1]](#footnote-1)
   1. Mediante la cláusula vigésima quinta las partes convinieron lo siguiente: ***“25.3*** *El arbitraje deberá realizarse de acuerdo al procedimiento de arbitraje publicado por la Institución denominada en las CEC y en el lugar establecido en las CEC”.*

*A su vez, en las condiciones especiales de contratación (CEC) se señala que:*

*“[…]*

*Para contratista nacional*

*“Centros de arbitraje de la Cámara de Comercio”.*

*Subcláusula 25.3. Cualquier disputa, controversia o reclamo generado por o en relación con este contrato, o por incumplimiento, rescisión, o anulación del mismo, deberán ser resueltos mediante arbitraje de conformidad con el reglamento de arbitraje vigente de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C.”.*

* 1. El objeto del contrato consistió en realizar la reedificación del Centro de Atención Médica Inmediata (“CAMI”) Chapinero. El valor del contrato se estableció en $ 14.225.412.105,29. La duración del contrato fue pactada por un término inicial de 10 meses, pero las partes podían ampliar el plazo de ejecución.
  2. Dentro del contrato se estipuló un periodo de doce (12) meses de “responsabilidad por defectos” a cargo del contratista, contados a partir de la fecha efectiva de terminación de las obras.
  3. El acta de inicio de ejecución del contrato se suscribió el 15 de diciembre de 2010. De otra parte, el contrato tuvo cinco (5) prorrogas, así: (i) el 14 de octubre de 2011 se extendió el plazo hasta el 9 de marzo de 2012; (ii) el 30 de diciembre de 2011 se amplía nuevamente el plazo hasta el 14 de abril de 2012 y se hace la primera adición al contrato por valor de $ 1.500.000.000.oo; (iii) el 13 de abril de 2012 se extiende el plazo del contrato hasta el 30 de junio de 2012; (iv) en la prórroga 4, se amplía nuevamente el plazo hasta el 30 de septiembre de 2012; el 28 de septiembre de 2012 se extiende el plazo de ejecución contractual hasta el 31 de octubre de 2012.El 28 de febrero de 2013, la interventoría y el contratista con la presencia de funcionarios de SDS-FFDS suscribieron el acta de terminación del contrato.[[2]](#footnote-2)

1. Ante el supuesto incumplimiento del consorcio contratista de varias de sus obligaciones, entre las que se mencionan la falta de culminación de la totalidad de las obras dentro del plazo pactado contractualmente; la falta de realización de las pruebas finales y de puesta en marcha de algunos equipos instalados, entre otras, **el Fondo Financiero Distrital de Salud – Secretaría Distrital de Salud -** presentaron demanda arbitral[[3]](#footnote-3) contra la **Constructora Castell Camel S.A.S., y la empresa Pórticos Ingenieros Civiles S.A., integrantes del Consorcio Castell Pórticos.** Formulando las siguientes pretensiones:[[4]](#footnote-4)

*“PRIMERA. Que se declare el incumplimiento fundamental del Contrato 1372 -2010, por parte de las sociedades demandadas, en los términos señalados en el literal g de la Cláusula 59.2 de las C.G.C., pues llegada la fecha prevista de terminación, los miembros del consorcio demoraron más de treinta (30) días la terminación de las obras (plazo máximo de días permitido para pagar el monto por concepto de retrasos).*

*SEGUNDA. Que se condene a las demandadas al pago de la liquidación por retrasos, en los términos previstos en la Cláusula 49 de las Condiciones Generales y Especiales de Contratación, por monto de $ 1.572.541.210,60.*

*TERCERA. Que se reconozca validez a los descuentos realizados por parte del Fondo Financiero Distrital de Salud, por concepto de retención en garantía, equivalente al 5% del valor facturado, de acuerdo a lo estipulado en la Cláusula 48 de las Condiciones Generales y Especiales de Contratación.*

*CUARTA. Que se liquide judicialmente las prestaciones pendientes del Contrato 1372 – 2010, con el objeto de hacer un cruce de cuentas entre los saldos a favor de las empresas demandadas, por concepto de pago de la Factura No. 41, correspondiente a la última Acta de Obra por valor de $ 1.723.507.635,86, y los saldos a favor de la Administración demandante (liquidación por retrasos, retención en garantía y amortización del anticipo).*

*Que como consecuencia de lo anterior, se ordene pagar a las sociedades demandadas la suma de $ 162.725.820 a favor del Fondo Financiero Distrital de Salud.*

*QUINTA. Que se condene al pago de intereses moratorios sobre el monto de las sumas de dinero reclamadas en la presente demanda.*

*“(…)*

*SUBSIDIARIAMENTE*

*“PRIMERA. Que se declare el incumplimiento del Contrato 1372 -2010, en los términos señalados en el artículo 2056 del Código Civil por parte de la Constructora Castell Camel S.A.S., y Pórticos Ingenieros Civiles S.A., integrantes del Consorcio Castell Pórticos.*

*SEGUNDA. Que se condene a las demandadas al pago de la liquidación por retrasos, en los términos previstos en la Cláusula 49 de las Condiciones Generales y Especiales de Contratación, por monto de $ 1.572.541.210,60.*

*TERCERA. Que se reconozca validez a los descuentos realizados por parte del Fondo Financiero Distrital de Salud, por concepto de retención en garantía, equivalente al 5% del valor facturado, de acuerdo a lo estipulado en la Cláusula 48 de las Condiciones Generales y Especiales de Contratación.*

*CUARTA. Que se liquide judicialmente las prestaciones pendientes del Contrato 1372 – 2010, con el objeto de hacer un cruce de cuentas entre los saldos a favor de las empresas demandadas, por concepto de pago de la Factura No. 41, correspondiente a la última Acta de Obra por valor de $ 1.723.507.635,86, y los saldos a favor de la Administración demandante (liquidación por retrasos, retención en garantía y amortización del anticipo).*

*Que como consecuencia de lo anterior, se ordene pagar a las sociedades demandadas la suma de $ 162.725.820 a favor del Fondo Financiero Distrital de Salud.*

*QUINTA. Que se condene al pago de intereses moratorios sobre el monto de las sumas de dinero reclamadas en la presente demanda.*

*“(…)*

1. La demanda arbitral fue admitida[[5]](#footnote-5) por auto núm. 1 proferido el 19 de marzo de 2015, proferido dentro de la audiencia pública celebrada en esa fecha. El Consorcio Castell Pórticos, contestó la demanda por medio de escrito radicado el 08 de mayo de 2015[[6]](#footnote-6) oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones y planteó como excepciones las que aparecen relacionadas a folios 318 a 342 del cuaderno principal núm. 1.
2. El Tribunal de Arbitramento que se convocó para el efecto profirió el correspondiente laudo arbitral[[7]](#footnote-7) el 25 de abril de 2016 en el que declaró probada la excepción que se denominó “el contratista no incumplió el plazo contractual”; declara que prospera la pretensión tercera de la demanda; denegándose las demás pretensiones principales y subsidiarias; condenándose al Fondo Financiero Distrital de Salud – Secretaría Distrital de Salud a pagar a favor de las sociedades demandadas Castell Camel S.A.S. y Pórticos Ingenieros Civiles S.A. integrantes del Consorcio Castell Pórticos la suma de $ 18.900.000.oo, por concepto de agencias en derecho, suma que se debe pagar dentro de los 30 días calendario siguientes a la ejecutoria de esta providencia; entre otras declaraciones.
3. Frente al laudo en mención, en escrito radicado el 02 de mayo de 2016, **la entidad pública convocante,** presentó solicitud de complementación y aclaración del laudo arbitral[[8]](#footnote-8) diciendo que *“(…) a) De acuerdo con el artículo 119 de la ley 1563 de 2012: “Esta ley regula íntegramente la materia de arbitraje”.*

*b) Sin perjuicio de lo anterior, debe precisarse que no existe norma especial en la citada ley relacionada con la forma y tiempo para el pago de las condenas que se profieran en procesos arbitrales. En tal virtud se deberán aplicar aquellas que resulten compatibles con el objeto del proceso y/o la naturaleza jurídica de los sujetos que intervienen en la controversia.*

*c) En procesos arbitrales que comprenden la intervención como parte de una entidad estatal, le resultan aplicables las normas generales consagradas en el C.P.A.C.A, relativas al cumplimiento de sentencias”;* procediendo a transcribir a continuación el artículo 192 del citado estatuto, para terminar diciendo que *“… d) teniendo en cuenta que bajo el presente proceso obra como convocante una entidad pública, la condena impuesta deberá ser cumplida en los términos a que se refiere el artículo 192 antes indicado.*

*e) En tal virtud, solicito se complemente el laudo con la mención de que la condena a que se refiere el numeral cuarto de la parte resolutiva, se cumplirá en los términos señalados en el artículo 192 antes indicado.*

*f) Ordenada la complementación antes indicada, y en atención a que el numeral cuarto de la parte resolutiva determina que la condena allí señalada se deberá cumplir “…dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la ejecutoria de la presente providencia”, lo que sin duda ofrece motivos de duda frente al periodo máximo de tiempo de diez (10) meses con que cuentan las entidades estatales para hacer el pago de las condenas impuestas en sentencia, así como el cumplimiento de los requerimientos que debe atender el beneficiario de la misma, se solicita aclarar mediante providencia complementaria lo que en derecho corresponde.*

*“(…)”*

De la misma manera, en escrito[[9]](#footnote-9) radicado en la misma fecha – 2 de mayo de 2016 – la parte convocada – presentó solicitud de aclaración y complementación del laudo arbitral, argumentando que, *“En la pretensión tercera de la demanda la parte convocante solicitó:*

*Que se reconozca validez a los descuentos realizados por parte del Fondo Financiero Distrital de Salud, por concepto de retención en garantía, equivalentes al 5% del valor facturado, de acuerdo a lo estipulado en la Cláusula 48 de las Condiciones Generales y Especiales de Contratación.*

*La mencionada cláusula 48 permitía al Contratante retener el 5% de cada pago o acta de obra (cláusula 48.1), y lo obligaba a pagar la mitad cuando las obras estuvieran terminadas de conformidad con el acta de terminación y la otra mitad cuando hubiera transcurrido el período de responsabilidad por defectos (cláusula 48.2).*

*Como se explicó durante el proceso, el Consorcio nunca ha cuestionado la validez de la cláusula 48 o de las retenciones efectuadas durante la ejecución de la obra. Existía sí una disputa por el hecho de que la parte convocante se negó, en violación del contrato, a realizar la devolución de las retenciones, en las oportunidades previstas en el contrato. El Fondo Financiero Distrital de Salud reintegró, en forma tardía el primer 50% de las retenciones para realizar el pago a Ascensores Schindler de Colombia S.A., pero a la fecha dicha entidad adeuda el resto al Consorcio.*

*En ese contexto la demanda del Fondo buscaba, en su pretensión tercera, que el Tribunal avalara su ilegal proceder, a pesar de que su redacción no era afortunada.*

*En la parte resolutiva del laudo que solicitó aclarar, el Tribunal decidió:*

*Segundo: Declarar que prospera la pretensión tercera de la demanda, de acuerdo con las consideraciones que aparecen en el acápite 3.5.3. de este laudo.*

*Esta decisión podría generar confusión en tanto la parte convocante podría considerar que, no sólo las retenciones que hizo a los pagos durante la ejecución del contrato fueron válidas, sino que el laudo también lo exime de su obligación de devolver el saldo pendiente que a la fecha no ha reintegrado al consorcio.*

*“(…)*

*Por lo anterior, solicito de manera respetuosa:*

*Complementar el numeral segundo de la parte resolutiva del laudo en el sentido de que el saldo pendiente que existe de las retenciones en garantía deben ser restituidas al consorcio por no haberse cumplido los supuestos que facultaban a la entidad demandante para no hacerlo; o*

*En subsidio, aclarar el numeral segundo de la parte resolutiva del laudo en el sentido de que esa declaración se circunscribe a la validez de la cláusula y de las retenciones efectuadas, y no se refiere a la validez de la conducta de la Secretaría de Salud de no reintegrar el saldo de dichas retenciones, en tanto ello no fue objeto de la pretensión de la parte convocante”.*

1. Las anteriores solicitudes se dirimieron en la audiencia celebrada el 16 de mayo de 2016,[[10]](#footnote-10) donde el Tribunal arbitral luego de analizar las normas que regulan los institutos jurídicos de la aclaración, corrección y complementación de las providencias judiciales, consideró que no debía acceder a la aclaración y complementación del laudo formulada por las sociedades demandadas Castell Camel S.A.S. y Pórticos Ingenieros Civiles S.A., integrantes del consorcio Castell Pórticos e igualmente no se accede a la solicitud de complementación y corrección subsidiaria solicitadas por la parte convocante.
   1. Primeramente dijo que *“la decisión contenida en el numeral segundo del laudo, no contiene “conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda”, puesto que si bien se accede a la pretensión tercera de la demanda, claramente se remite a las consideraciones contenidas en el numeral 3.5.3. del laudo, acápite dentro del cual el Tribunal expresó los términos en los cuales debía entenderse la validez de la cláusula concerniente a la retención en garantía e hizo énfasis en que los dineros descontados al contratista por tal concepto, se le debían restituir según lo previsto en el contrato”.*

**6.2.** En lo que respecta a la solicitud de la parte convocante, la niega diciendo que la decisión contenida en el numeral cuarto de la parte resolutiva del laudo, se ajusta a la ley y no contraviene lo dispuesto en el artículo 192 del C.P.A.C.A., porque dicho artículo establece un plazo máximo para que las entidades estatales paguen las condenas a su cargo, de manera que el término de 30 días al que se hace referencia en el laudo, se encuentra dentro del “máximo” previsto en la ley.

**7.** Por medio de escrito presentado el 28 de junio de 2016 la parte convocante interpuso el recurso de anulación[[11]](#footnote-11) contra el laudo arbitral proferido el 25 de abril de 2016 invocando la causal de anulación prevista en el numeral 7 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, esto es,

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

**8.** El 30 de junio de 2016[[12]](#footnote-12) se surte por la Secretaría del Tribunal de Arbitramento, el traslado de que trata el artículo 40 de la Ley 1563 de 2012, término dentro del cual el Consorcio Castell Pórticos y sus integrantes Pórticos Ingenieros Civiles S.A. y Castell Camel S.A.S., le dan respuesta[[13]](#footnote-13) al recurso de anulación interpuesto, oponiéndose de manera categórica al recurso extraordinario de anulación formulado por la parte convocante, al considerar que el “…Tribunal encontró en derecho que la pretensión segunda no debía prosperar por dos razones: i) por el incumplimiento de FFDS-SDS de los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011 al no garantizarle el derecho de defensa al Consorcio; y ii) por la inexistencia de incumplimiento imputable al Consorcio que impide la aplicación de una cláusula penal...”.

**9.**  A través de oficio[[14]](#footnote-14) fechado 18 de agosto de 2016, la Secretaría del Tribunal de Arbitramento, remitió el expediente a ésta Corporación para que conociera del recurso de anulación.

**10.** Por medio de auto de 08 de septiembre de 2016[[15]](#footnote-15) ésta Corporación avocó el conocimiento del asunto y ordenó la notificación personal al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

**II. EL RECURSO DE ANULACION**

**11.** La causal de anulación que invoca es la prevista en el numeral 7º del artículo 41 de la ley 1563 de 2012, esto es, *“Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”.*

1. **Argumentos del recurrente relacionados con la referida causal**

El recurrente inicia su argumentación haciendo referencia a la oportunidad para interponer el recurso de anulación, a las causales que consagra la ley que pueden dar al traste con el recurso de anulación, para entrar luego a describir y reproducir apartes de la parte resolutiva del laudo arbitral, y concatenarlo con el grupo de pretensiones pedidas en la demanda – las cuales transcribe –, procediendo seguidamente a referirse al discurrir argumentativo que efectuó el Tribunal para desatar cada una de las pretensiones de la demanda, transcribiendo apartes de la argumentación que utilizó el Tribunal para resolver cada una de ellas.

A continuación entra en el estudio de la causal séptima de anulación planteada; explicando lo que él considera el contenido y alcance de la causal a la luz de la jurisprudencia de esta Corporación, diciendo que el “Consejo de Estado ha fijado como criterio constante y básico en sus análisis sobre esta causal, la clara distinción que existe entre el fallo en derecho y el fallo en conciencia, para señalar que en el primero se debe observar y aplicar estrictamente el ordenamiento jurídico o derecho positivo, lo que impone que el juez *“no sólo se encuentre sometido a las reglas adjetivas que regulan el proceso arbitral, sino a las normas sustantivas que rigen los derechos pretendidos, no pudiendo conocer si no lo permitido en la ley; mientras en el fallo en conciencia el juez tiene la facultad de decidir conforme a la equidad o según su leal saber y entender sin referencia alguna al marco legal…”.*

De la misma manera procede a transcribir apartes de distintas sentencias emanadas de esta Corporación, en donde se analizan los presupuestos para que se estructure la citada causal y con fundamento en aquellas dice que al efectuar el análisis específico de la causal séptima de anulación frente al laudo arbitral materia de impugnación, encuentra que al asumir el estudio de la pretensión primera de la demanda (principal y subsidiaria), relativa a la solicitud que el actor formuló para que se declarara que el incumplimiento del contrato No. 1372-2010 por parte de las sociedades demandadas, pues llegada la “Fecha prevista de Terminación” (según definición en las Condiciones Generales del Contrato – CGC-, letra s) Disposiciones Generales) los miembros del Consorcio demoraron más de treinta (30) días la terminación de las obras (plazo máximo de días permitido para pagar el monto por concepto de retrasos), sostuvo el Tribunal que bajo la definición contractual de “Defectos”, era posible que el contratista ejecutara “obras faltantes” con posterioridad al plazo del contrato, en el “Período de Responsabilidad por Defectos”.

Afirma el recurrente que *“…la solución así propuesta a las pretensiones por incumplimiento del contrato, sin duda se construyó sobre la íntima convicción del Tribunal de que un 1,32% de las obras, que era lo que faltaba para la ejecución del contrato al vencimiento de su plazo, no podía ser motivo suficiente para declarar el incumplimiento reclamado y/o activar con ello una compleja estructura de imposición de sanciones por retrasos, cuya premisa fundamental, en criterio del Tribunal, era la de haber incumplido el contrato. Y aunque esto que se viene mencionando no se consignó expresamente en el laudo, es evidente que el ejercicio argumentativo que hizo el Tribuna para llegar a la conclusión de que el contrato permitía contra toda lógica ejecutar obras por fuera del plazo contractual, sin duda estuvo guiada por tal criterio, lo que colocó la decisión así tomada en rebeldía de toda norma, cuya única posible explicación encuentra soporte en la íntima convicción de lo justo y equitativo que estimó fallar el Tribunal de Arbitramento”.*

Para sustentar su afirmación, transcribe los siguientes apartes del laudo arbitral, del que extractamos lo siguiente:

*“Para el Tribunal, tal como lo dejó plasmado el contratista en el Acta de Terminación, y lo había advertido en las comunicaciones del 5 y 9 de septiembre de 2012 en las que solicitó la prórroga del contrato, al no haberse concedido ésta, los acabados pendientes y los faltantes de obra no ejecutados, fueron llevados a cabo a partir del 31 de octubre de 2012; así mismo ejecutaría los terminados y llevaría a cabo los faltantes de obra durante el “Período de Responsabilidad por defectos” al que alude la cláusula 35.1 de las Condiciones Generales del Contrato y que se extendía por 12 meses contados a partir de la fecha de terminación, de acuerdo con lo previsto en las Condiciones Especiales del Contrato.*

*Debe tenerse en cuenta que en la cláusula 1.1., literal (l) de las Condiciones Generales del Contrato se definió “Defecto” como cualquier parte de las Obras que no haya sido terminada conforme al Contrato”, de manera que, bajo dicha definición, amplia, por cierto, bien tienen cabida los pendientes a cargo del contratista para el 31 de octubre de 2012.*

*Ahora bien, la interventoría en comunicación del 3 de enero de 2013 dirigida al Consorcio hace una distinción entre “defectos” y “obras pendientes por ejecutar” cuando afirma “De todas maneras es claro, que el listado de defectos se efectúa sobre las obras ejecutadas y terminadas, y no sobre algunas actividades inexistentes, que para un solo ejemplo, se da con la inexistencia del transformador para la sala de partos (…) De igual manera, las cantidades faltantes de obra, como el caso del Trespa o de las puertas faltantes, para poner otro ejemplo, no se consideran defectos de obra, sino labores faltantes por ejecutar…”.*

*Para el Tribunal, si bien tal distinción es admisible desde el punto de vista conceptual, no lo es bajo los términos de la definición de “Defecto” contemplada en el Contrato, y en particular, en el caso que se analiza, en el que la propia demandante ha reconocido que lo que se encontraba pendiente por ejecutar a la fecha en que se venció el término correspondía al 1,32% del objeto del contrato”. (Folio 56-57).*

Dice el recurrente que, “…la interpretación así hecha, sin duda se apartó en forma manifiesta del contrato (ley para las partes), pues solo tiene explicación en el criterio personal del integrantes del Tribunal, en tanto:

1. El contrato en el que se gestó el conflicto, era un contrato de obra. Sobre tal tipología no se dio ninguna controversia.
2. Tal contrato se rigió por las normas derecho privado, con excepción…”.
3. Bajo el contrato antes indicado, las partes sujetaron la realización del objeto del contrato a un término (denominado Fecha Prevista de Terminación).
4. Tal término se estableció de manera expresa en las condiciones generales del contrato. (Sección iv)
5. Tal término fue modificado por las partes a través de sucesivos instrumentos modificatorios, como era exigible.
6. El término para la finalización de la obras fue el 31 de octubre de 2012, sin que mediara nuevo acuerdo para su modificación.

Finaliza diciendo que, *“Sin duda, la interpretación que se hizo del contrato, al considerar que por faltar solo el 1,32% de las obras al vencimiento del término para la ejecución de las obras (“Fecha Prevista de Terminación” de las Obras), era permitido ejecutar tanto los “faltantes de obra” como los “Defectos de Obra” en el Período de Responsabilidad de Defectos, se aparta de toda regla aplicable a la interpretación de los contratos…”.*

El segundo evento que según el recurrente ubica al laudo en causal de anulación por haberse fallado en conciencia y no en derecho, tiene que ver con la resolución de la pretensión segunda de la demanda. Afirma que en esta pretensión, el actor solicitó se condenara a las demandadas al pago de la liquidación por retrasos, en los términos previstos en la Cláusula 49 de las Condiciones Generales y Especiales de Contratación y el Tribunal para decidir aquella consideró lo siguiente:

*“Ahora, también es supremamente claro que la efectividad de la cláusula penal está condicionada a que se configure y se declare el incumplimiento, en este caso por retardo, que la regla estipulada en el contrato exige, actuación que puede adelantarse por vía administrativa, tal como lo señala el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, en armonía con el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, pero de la misma manera nada se opone legalmente para que se invoque tal declaratoria y aplicación por vía judicial.*

*Tanto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, como en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 se establece que la decisión de sancionar al contratista deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso al contratista.*

*Ahora bien, en el presente caso no aparece evidencia de que la entidad hubiera dado cumplimiento a lo previsto a este respecto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, puesto que simplemente se abstuvo de pagar al contratista las sumas que le adeudaba por considerar que había incumplido el contrato, y liquidó el valor de los retrasos según lo dispuesto en la cláusula 49.1, sin haberlo citado a rendir los correspondientes descargos.*

*Esta falta de la entidad torna ilegal la compensación que aplicó respecto de las sumas adeudadas, pues si bien en el parágrafo del artículo 17 antes citado se establece que la contratante podría acudir “entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista” esto sobre la base de que tal decisión hubiera estado precedida de un procedimiento mínimo que garantizara el derecho al debido proceso del contratista.*

*De otra parte, como la cláusula penal genera una obligación distinta a la principal, es accesoria a esta última y es por esencia condicional, es exigible al momento de producirse el incumplimiento del deudor y siempre y cuando que dicho incumplimiento le sea imputable en virtud de la ley o el contrato. Por tanto, si no se configura incumplimiento imputable al contratista, la cláusula penal pecuniaria no es exigible.*

*Así, en el presente caso, al no haber quedado demostrado el incumplimiento del contratista, no hay lugar a la aplicación de la sanción por retrasos que se establece en el contrato, por lo cual la pretensión segunda no prospera”.*

El recurrente cuestiona la posición adoptada por el Tribunal, al considerar que en el aparte antes transcrito, *“…entremezcló diversas menciones al régimen de la cláusula penal, hizo injustas e inopinadas acusaciones al FFDS por haber omitido aplicar el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 así como el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, para finalmente señalar, que el supuesto de la declaración solicitada se soportaba en la declaratoria previa del incumplimiento contractual.*

*La decisión tomada se soportó entonces sobre (i) lucubraciones sobre la naturaleza de la multa y la pena en los contratos sometidos a la ley 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, y (ii) si se siguió o no un procedimiento administrativo sancionatorio, obviando que tal juicio de valor no era necesario, pues la pretensión justamente lo que solicitaba era que un Tribunal de Arbitramento declarara la efectividad de la cláusula 49 del Contrato sometido al régimen de contratación del BIRF.*

*Pero más allá de lo anterior, y en la medida que el presente recurso no puede juzgar errores in judicando, la entidad que represento, fiel a aquello que pretende a través de este recurso, y con ello, decididamente a que se declare la anulación del laudo pues la efectividad de la cláusula 49 de las Condiciones Generales reclamaba un análisis de derecho, cuestiona severamente la equivocada aplicación de un marco legal que no procedía en tanto las referencias a las leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011, para fines de explicar la efectividad de las cláusulas penal y de multas, y de ello derivar un juicio de valor en contra de la convocante, carece de todo soporte en el derecho aplicable.*

*Tal actuar sin duda se ubicó en el campo de la causal que ahora se está explicando, en la medida que el tenor literal de la cláusula 49 no admite un juicio de valor como el que se hizo en el sentido de que la misma requiere para su aplicación una declaración previa de incumplimiento contractual bajo la ritualidad y formalismo de las leyes de contratación estatal, mucho menos cuando se estaba acudiendo a un escenario judicial para lograr tal declaración.*

*“(…)”*

**b). Posición de la parte convocada**

Frente a la causal alegada afirma que, *“…el Tribunal no actuó guiado por su leal saber y entender, sino con base en el Contrato, las pruebas, la ley y la jurisprudencia. La conclusión a la que llega el nuevo apoderado del FFDS solo tiene explicación en que se limitó a hacer, como él mismo lo reconoce, “una simple y hasta superficial lectura” de apartes del laudo sin haber revisado el contrato y las demás pruebas aportadas por las partes. En efecto, el recurrente tergiversó de tal manera el laudo, que quien leyera su recurso sin leer el texto del laudo, pensaría que el Tribunal omitió interpretar las cláusulas contractuales, la ley, las pruebas aportadas al proceso y los diferentes documentos suscritos por los apoderados de las partes.*

*“(…)*

*De la lectura de los apartes atrás citados, es claro que el Tribunal hizo un estudio integral del contrato y las pruebas para llegar decidir sobre la pretensión primera. El hecho que el Tribunal no haya seguido la complicada argumentación propuesta por el recurrente en su recurso para interpretar el contrato, no significa que haya fallado en conciencia.*

*“(…)*

*El recurrente, adicionalmente, expuso que, según su entender, el Tribunal falló “en conciencia” teniendo en cuenta las consideraciones que a continuación resumo: (i) el contrato 1372 se gobernaba por las reglas del BIRF y “no obró en el expediente prueba en contrario”; (ii)siguiendo dichas reglas en el contrato se previó la “Liquidación por Retrasos”; (iii) para aplicar dicha figura no se debe verificar el cumplimiento de las leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011; y (iv) el Tribunal aplicó normas que no corresponden a las materias debatidas.*

*Como puede advertirse, el recurrente fundamenta este “segundo evento” en el supuesto según el cual el Tribunal habría aplicado una norma que no tendría nada que ver con el objeto del litigio, lo que no es cierto. En otras palabras, el recurrente confundió nuevamente el recurso de anulación con el de apelación cuestionando las consideraciones de fondo realizadas por el Tribunal, y la forma como interpretó y resolvió la pretensión segunda.*

*“(…)*

*Antes que nada se debe resaltar que el apoderado del FFDS indica que en el expediente no obró prueba que contradijera que el contrato se regía por las reglas del BIRF. Esto es un asunto que, primero, no requiere de prueba alguna, pues del artículo 177 y siguientes del Código General del Proceso se desprende que las normas nacionales no requieren de prueba alguna; y, segundo, es un tema netamente jurídico y resuelto en el laudo, que no puede ser debatido nuevamente en el trámite de este recurso de anulación.*

*Además, el mismo Consorcio citó jurisprudencia en sus memoriales, no doctrina como la del recurrente, para explicar el régimen aplicable al contrato. En efecto, en la contestación a la demanda el consorcio explicó que, si bien la ley aplicable al contrato sería la ley civil y comercial colombiana, en ninguna parte del contrato se sometió éste a los reglamentos de la entidad que financió el proyecto, que en este caso fue el BIRF. Y citó como ejemplo, un antecedente arbitral en el que, al igual que en el presente caso, se decidió sobre la ley aplicable a los contratos financiados por el BIRF.*

*“(…)*

*Ahora, frente al análisis realizado por el Tribunal, es necesario aclarar que éste se pronunció expresamente sobre el régimen aplicable al contrato, aspecto que el recurrente omitió mencionar en su escrito. Aunque el Tribunal no se refirió al régimen aplicable al resolver sobre la pretensión segunda, el Tribunal ya había estudiado este asunto en las páginas 27-30 del laudo.*

*“(…)*

*b) A renglón seguido el Tribunal reconoció que existen excepciones al régimen de contratación estatal como lo es el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007, y cita dicha estipulación legal, para explicar cómo se deben interpretar armoniosamente estas normas.*

*“(…)*

Finaliza diciendo que, *“Como puede observarse, el Tribunal analizó la pretensión segunda con base en las normas que regulan la contratación estatal no por un simple capricho, sino luego de un análisis juicioso y razonado. Antes de analizar cualquiera de las pretensiones determinó el régimen legal aplicable al contrato 1372 de 2010 y, teniéndolo claro, analizó las pretensiones de la demanda.*

*Por lo tanto, el Tribunal interpretó la cláusula contractual invocada por la parte convocante en la pretensión segunda conforme a la ley que determinó aplicable al contrato, esto es, la Ley 1150 de 2007, el CPACA y a las leyes civiles y comerciales…esta decisión de aplicar el estatuto de contratación no fue arbitraria, sino que obedeció a la interpretación integral de distintas normas que componen dicho estatuto.*

*“(…)”*

c) El ministerio público guardó silencio.

**III. CONSIDERACIONES**

Para resolver el recurso extraordinario de anulación interpuesto, la Sala analizará: i) la competencia del Consejo de Estado para conocer el presente asunto; ii) los alcances del arbitramento y del recurso de anulación contra laudos; iii) Las causales invocadas y el recurso de anulación en el caso concreto y iv) condena en costas.

**11. COMPETENCIA**

Le corresponde a la Sección Tercera del Consejo de Estado conocer en única instancia de los recursos de anulación contra laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos celebrados por las entidades públicas o por quienes desempeñen funciones administrativas o en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, tal como lo establece el numeral 7º del artículo 149 del CPACA, en concordancia con el inciso 3º del artículo 46[[16]](#footnote-16) de la Ley 1563 de 2012. En este evento, es claro que la parte convocante está integrada por entidades públicas por lo que esta Corporación es competente para conocer de este asunto.

**12.- El Recurso de anulación, su naturaleza y características.**

Ya en anteriores oportunidades[[17]](#footnote-17) ésta Sala había tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de la anulación de los laudos arbitrales, precisando que éste se constituye en un verdadero recurso judicial cuya interposición y trámite únicamente puede darse en el curso del proceso arbitral en donde ha de producirse el laudo que será objeto de impugnación.

En el ordenamiento jurídico colombiano el legislador califica la anulación de laudos arbitrales como un recurso judicial que por su naturaleza no puede ser autónomo e independiente del trámite arbitral donde se profiere el laudo objeto de impugnación.[[18]](#footnote-18)

En efecto, tanto el artículo 161 del Decreto 1818 de 1998 como el artículo 40 de la Ley 1563 de 2012 establecen que contra los laudos arbitrales procederá el *“recurso”* extraordinario de anulación.

Estas prescripciones se ven reiteradas en la misma Ley 1563 de 2012 al abordar el tema del arbitramento internacional, al disponer en el artículo 107 que la anulación es el *“único recurso judicial contra un laudo arbitral”.*

De ésta forma, las disposiciones referidas permiten concluir que con independencia de que en otros ordenamientos de derecho comparado la anulación de laudos arbitrales se constituya en una acción judicial autónoma, en el ordenamiento jurídico colombiano se encuentra instituido como un recurso judicial, que por su naturaleza de tal no puede ser autónomo e independiente del trámite arbitral, pues su interposición y ejercicio necesariamente debe sujetarse al proceso donde se va a proferir el laudo que será objeto de impugnación.

Adicionalmente, la tesis conforme a la cual la anulación de laudos arbitrales se instituye como un recurso judicial también se ve reiterada por la normativa internacional, para lo cual basta realizar una breve lectura del artículo 34 de la Ley Modelo sobre Arbitraje comercial internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional – UNCITRAL – CNUDMI que señala:

“*CAPÍTULO VII.IMPUGNACIÓN DEL LAUDO*

*Artículo 34.La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral*

*1) Contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad conforme a los párrafos 2) y 3) del presente artículo”.*

Frente al artículo en cita la comisión redactora estimó:

*“274. La comisión estuvo de acuerdo con el principio que inspiraba el párrafo I) de prever un tipo único de recurso contra un laudo arbitral. Quedó entendido que la petición de nulidad era exclusiva en el sentido de constituir el único medio de impugnar el laudo de manera activa. No se impedía a una parte defenderse solicitando que se denegase el reconocimiento o la ejecución en las actuaciones iniciadas por la otra parte.”[[19]](#footnote-19)*

Así las cosas, para la Sala es claro que la naturaleza jurídica de la anulación de laudos arbitrales es la de ser un recurso judicial, un medio de impugnación *sui generis* con una regulación específica, que no puede ser autónomo e independiente del trámite arbitral donde se ha de proferir el laudo que será objeto de impugnación.

También se ha resaltado que la naturaleza extraordinaria y excepcional del recurso de anulación de laudo arbitral, así como su finalidad primordial tendiente a proteger la garantía fundamental al debido proceso, hacen que éste sólo sea procedente por vicios procedimentales o *in procedendo,* más no de juzgamiento o *in iudicando* y con fundamento en las causales expresa y taxativamente señaladas en la ley[[20]](#footnote-20), tanto para impugnar laudos proferidos por Tribunales de Arbitramento Nacionales[[21]](#footnote-21)como para los de carácter internacional.[[22]](#footnote-22)

Así, se torna a todas luces improcedente que en sede de anulación el Juez contencioso Administrativo aborde nuevamente el estudio y análisis del asunto de fondo, reviva el debate probatorio efectuado en el curso del trámite arbitral, o cuestione los razonamientos jurídicos o la valoración probatoria utilizada por el juez arbitral para adoptar su decisión.

Para efectos de determinar la norma aplicable al presente asunto, es preciso tener en cuenta lo previsto en el artículo 119 de la Ley 1563 del 12 de julio de 2012 “*Por medio de la cual se Expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”,* disposición conforme a la cual dicha ley empezaría a regir transcurridos tres (3) meses después de su promulgación.

De ésta forma, todos aquellos procesos iniciados antes del 12 de octubre de 2012, se regirán por las disposiciones previstas en el Decreto 1818 de 1998 en todo lo atinente a régimen de oportunidad, interposición, trámite y causales de anulación del laudo arbitral; a su vez todos aquellos procesos que se inicien con posterioridad a dicha fecha se regirán en su integridad por las disposiciones previstas en el nuevo Estatuto de Arbitraje nacional e internacional colombiano, Ley 1563 de 2012.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la demanda que dio lugar al presente litigio se presentó el 01 de diciembre de 2014[[23]](#footnote-23), es evidente que le son aplicables las normas previstas en la Ley 1563 de 2012.

En reiterada jurisprudencia, la Sección Tercera del Consejo de Estado, ha precisado la naturaleza y alcance del recurso de anulación, aspectos sobre los cuales ha destacado lo siguiente:

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

b) La finalidad del recurso se orienta a cuestionar la decisión 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.

c) Mediante el recurso extraordinario de anulación no es posible atacar el laudo por cuestiones de mérito o de fondo, errores *in iudicando* (por violación de leyes sustantivas), es decir, si el Tribunal obró o no conforme al derecho sustancial (falta de aplicación de la ley sustantiva, indebida aplicación o interpretación errónea), ni plantear o 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 , puesto que el juez de anulación no es superior jerárquico del Tribunal de Arbitramento y, en consecuencia, no podrá intervenir en el juzgamiento del asunto de fondo para modificar sus decisiones, por no compartir sus razonamientos o criterios.

d) De manera excepcional, el juez de anulación podrá corregir o adicionar el laudo si prospera la causal de incongruencia, al no haberse decidido sobre cuestiones sometidas al conocimiento de los árbitros o por haberse pronunciado sobre aspectos no sujetos a la decisión de los mismos o por haberse concedido más de lo pedido.

e) Los poderes del juez del recurso de anulación están limitados por el llamado “principio dispositivo”, según el cual, es el recurrente quien delimita, con la formulación y sustentación del recurso, el objeto que con él se persigue y ello, obviamente, dentro de las precisas y taxativas causales que la ley consagra[[24]](#footnote-24); en consecuencia, no le es permitido 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 extraordinario de anulación.[[25]](#footnote-25)

f) Dado el carácter restrictivo que caracteriza el recurso, su procedencia está condicionada a que se determinen y sustenten, debidamente, las causales que de manera taxativa se encuentran previstas 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 en la ley.

**13.- Del recurso de anulación en el caso concreto**

El laudo arbitral de 25 de abril de 2016 no será anulado, decisión que se fundamentará en el análisis del cargo formulado por el recurrente y de la sustentación presentada en el término previsto por la ley[[26]](#footnote-26), teniendo en cuenta los criterios que la jurisprudencia de la Sala ha adoptado en torno a las causales de anulación de laudos arbitrales.

En este caso la parte convocada interpuso el recurso de anulación invocando las causal consignada en el numeral 7º del artículo 41 de la ley 1563 de 2012, por lo que la Sala hará el estudio de la referida causal, esto es,

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

El Consejo de Estado respecto a esta causal ha sostenido, en diversas oportunidades - tesis que pese al cambio de legislación, permanecen vigentes - que el fallo en derecho debe observar el ordenamiento jurídico, de tal forma que el marco de referencia no podrá estar sino en él. Por tal razón, los árbitros se encuentran sometidos no sólo a las reglas adjetivas que regulan el proceso arbitral, sino a la normatividad sustantiva que rigen los derechos pretendidos.

Por su parte, cuando el juez falla en conciencia, se mueve en un campo más amplio, porque, como lo dice la jurisprudencia, si actúa de esa manera tiene la facultad de decidir según su leal saber y entender. En consecuencia, solo cuando la sentencia deja de lado de manera protuberante y evidente, el marco jurídico sobre el cual tiene que moverse, podrá decirse que se está en presencia de un fallo en conciencia. Pero si el juez decide con fundamento o en apoyo del ordenamiento jurídico, el material probatorio allegado oportunamente al proceso y de conformidad a las reglas de la sana crítica, ese pronunciamiento será en derecho.

En efecto: el Consejo de Estado en sentencia del 9 de agosto de 2001, refiriéndose al tema materia de estudio dijo lo siguiente: *“Por consiguiente, 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”*[[27]](#footnote-27).

Igualmente ha reiterado la Jurisprudencia de la Corporación que, el fallo es en derecho y no en conciencia, cuando las normas en que se fundamenta están vigentes. Fue así como en sentencia de 9 de agosto de 2001, dijo la Sala lo siguiente:

*“Esas cuatro anotaciones jurídicas del laudo hacen visible que 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”*[[28]](#footnote-28).

La Jurisprudencia de la Sala en recientes pronunciamientos se ha referido al tema de las pruebas para 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”.

En sentencia proferida por esta Subsección, refiriéndose al tema tratado, expuso lo siguiente:

***“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,[[29]](#footnote-29) 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.*

*“(…)”*

***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 arbitramento[[30]](#footnote-30) para referirse a una de las modalidades del arbitraje, sin embargo las disposiciones más recientes utilizan la expresión “en equidad.” [[31]](#footnote-31)*

*Hoy la ley[[32]](#footnote-32) define al arbitraje en equidad como aquel en que los árbitros deciden según el sentido común y la equidad.*

*“(…)”*

***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.[[33]](#footnote-33)*

*También ha dicho que esa estirpe de decisiones se caracteriza por prescindir totalmente del acervo probatorio[[34]](#footnote-34) o de las normas jurídicas,[[35]](#footnote-35) por la ausencia de razonamientos jurídicos[[36]](#footnote-36) o por basarse en el concepto de verdad sabida y buena fe guardada.[[37]](#footnote-37)*

*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.” [[38]](#footnote-38)*

*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 árbitros, las partes los habilitan[[39]](#footnote-39) para ello, o si, en los demás casos, el proceso versa sobre derechos disponibles y las partes, siendo plenamente capaces, lo solicitan.[[40]](#footnote-40)*

*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 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.”[[41]](#footnote-41)*

La posición anterior es reiterada por esta misma Subsección, en las sentencias del 24 y 30 de marzo de 2011. Expedientes. 38.484 y 39.496, “consolidando la perspectiva jurisprudencial sobre el tema”.

La misma Subsección en fallo del 18 de enero de 2012, dentro del expediente 40.082, refiriéndose a la causal analizada, preceptuó:

***“(…)”***

*“la Sala advierte que el recurrente no**denuncia que el laudo, en su integridad, esté afectado del vicio al que se ha aludido, sino que una de sus decisiones de condena – concretamente la económica-, no se fundamenta en pruebas que lo soporte, sino en el capricho del tribunal. Y no es para menos, toda vez que no cabe duda en que el laudo se profirió en derecho, porque a lo largo del mismo se evidencia la fundamentación en las normas que regulaban el tema, así como en el contrato – principalmente en este-, para valorar el alcance de las obligaciones de las partes, y de ahí para declarar el incumplimiento de una de ellas”.*

*“(…)”*

*La Sala considera que si acaso el recurrente no comparte con el tribunal la manera de calcular el perjuicio sufrido, como consecuencia del incumplimiento del contrato, este no es un asunto que pueda debatirse a través de la causal denominada fallo en conciencia, porque claramente reflejaría que se trata de una inconformidad con la decisión, un desacuerdo con la manera como se obtuvo el monto del perjuicio padecido, aspectos que no cabe debatir a través de este recurso”*

En el sub lite, el recurrente considera que el laudo se profirió en conciencia y no en derecho, incurriéndose en la causal de anulación invocada, al afirmar que el Tribunal al asumir el estudio de la pretensión primera de la demanda (principal y subsidiaria), relativa a la solicitud que el actor formuló para que se declarara que el incumplimiento del contrato No. 1372-2010 por parte de las sociedades demandadas, pues llegada la “Fecha prevista de Terminación” (según definición en las Condiciones Generales del Contrato – CGC-, letra s) Disposiciones Generales) los miembros del Consorcio demoraron más de treinta (30) días la terminación de las obras (plazo máximo de días permitido para pagar el monto por concepto de retrasos); concluyó que bajo la definición contractual de “Defectos”, era posible que el contratista ejecutara “obras faltantes” con posterioridad al plazo del contrato, en el “Período de Responsabilidad por Defectos”.

Que la solución así propuesta a las pretensiones por incumplimiento del contrato, sin duda se construyó sobre la íntima convicción del Tribunal de que un 1,32% de las obras, que era lo que faltaba para la ejecución del contrato al vencimiento de su plazo, no podía ser motivo suficiente para declarar el incumplimiento reclamado y/o activar con ello una compleja estructura de imposición de sanciones por retrasos, cuya premisa fundamental, en criterio del Tribunal, era la de haber incumplido el contrato. Que es evidente que el ejercicio argumentativo que hizo el Tribunal para llegar a la conclusión de que el contrato permitía contra toda lógica ejecutar obras por fuera del plazo contractual, sin duda estuvo guiada por tal criterio, lo que colocó la decisión así tomada en rebeldía de toda norma, cuya única posible explicación encuentra soporte en la íntima convicción de lo justo y equitativo que estimó fallar el Tribunal de Arbitramento.

El segundo evento que según el recurrente ubica al laudo en causal de anulación por haberse fallado en conciencia y no en derecho, tiene que ver con la resolución de la pretensión segunda de la demanda. Afirma que en esta pretensión, el actor solicitó se condenara a las demandadas al pago de la liquidación por retrasos, en los términos previstos en la Cláusula 49 de las Condiciones Generales y Especiales de Contratación.

El recurrente cuestiona la posición adoptada por el Tribunal, al considerar que en el aparte antes transcrito, *“…entremezcló diversas menciones al régimen de la cláusula penal, hizo injustas e inopinadas acusaciones al FFDS por haber omitido aplicar el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 así como el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, para finalmente señalar, que el supuesto de la declaración solicitada se soportaba en la declaratoria previa del incumplimiento contractual.*

*La decisión tomada se soportó entonces sobre (i) lucubraciones sobre la naturaleza de la multa y la pena en los contratos sometidos a la ley 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, y (ii) si se siguió o no un procedimiento administrativo sancionatorio, obviando que tal juicio de valor no era necesario, pues la pretensión justamente lo que solicitaba era que un Tribunal de Arbitramento declarara la efectividad de la cláusula 49 del Contrato sometido al régimen de contratación del BIRF.*

Por lo que solicita la anulación del laudo en razón a que *“la efectividad de la cláusula 49 de las Condiciones Generales reclamaba un análisis de derecho, cuestiona severamente la equivocada aplicación de un marco legal que no procedía en tanto las referencias a las leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011, para fines de explicar la efectividad de las cláusulas penal y de multas, y de ello derivar un juicio de valor en contra de la convocante, carece de todo soporte en el derecho aplicable.*

*Tal actuar sin duda se ubicó en el campo de la causal que ahora se está explicando, en la medida que el tenor literal de la cláusula 49 no admite un juicio de valor como el que se hizo en el sentido de que la misma requiere para su aplicación una declaración previa de incumplimiento contractual bajo la ritualidad y formalismo de las leyes de contratación estatal, mucho menos cuando se estaba acudiendo a un escenario judicial para lograr tal declaración.*

*“(…)”*

Los cargos formulados no están llamado a prosperar, pues, como se advierte de la síntesis del recurso, los reproches no están fundados en que el juez arbitral haya dictado su pronunciamiento sin apoyo en razonamientos de carácter jurídico o probatorio, o que haya prescindido del marco legal aplicable a la litis, vale decir, que el pronunciamiento esté soportado en la íntima convicción o el fuero interno del fallador, o lo que es igual, en su personal criterio de justicia.

Los reproches, por el contrario, suponen en realidad de verdad reabrir la discusión de fondo objeto de decisión arbitral, todo lo cual resulta exótico en sede de recurso de anulación. Basta simplemente leer los argumentos planteados por el recurrente, para concluir a todas luces que aquellos no tienen relación alguna –ni siquiera remota- con la causal invocada de haberse fallado el laudo en conciencia.

A contrario de lo expuesto por el recurrente, la sola lectura del laudo arbitral acusado, permite concluir sin hesitación alguna que el mismo se profirió en derecho y no en conciencia.

En efecto, observa la Sala que el Tribunal Arbitral en un juicioso análisis de las pretensiones de la demanda, de la contestación de ésta, y después de hacer un estudio ponderado y valorativo tanto del material probatorio allegado al expediente, como el marco jurídico vigente aplicable al caso que se analiza, adoptó su decisión **en derecho** que implicó abordar entre otros los siguientes aspectos:

El Tribunal en orden lógico acomete el estudio de los siguientes aspectos: (i) las partes procesales; (ii) síntesis del proceso; (iii) las cuestiones que le fueron sometidas a su consideración – pretensiones de la demanda – hechos en que se fundamentan –; (iv) contestación de la demanda y excepciones de mérito planteadas – pruebas decretadas y practicadas a solicitud de las partes -; (v) análisis de los presupuestos procesales – demanda en forma – capacidad – competencia – legitimación – y finaliza abordando el estudio jurídico de fondo, así:

Hace referencia inicialmente a la controversia jurídica existente entre las partes, precisando la naturaleza del contrato celebrado entre las partes, su objeto, valor y plazo de ejecución.

Ab initio advierte el Tribunal, que el contrato fue financiado con un empréstito internacional otorgado por el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), y con base en ello, la parte convocante solicita que al contrato en cita se le apliquen las condiciones generales y especiales de contratación, establecidas en las normas de adquisiciones de bienes, obras y servicios diferentes a consultoría del Banco Mundial; declarando el incumplimiento del contrato por parte del Consorcio demandado en los términos señalados en el literal G en la cláusula 59.2 de las Condiciones Generales del Contrato e igualmente se condene al consorcio al pago de la liquidación por retrasos, en los términos previstos en la cláusula 49 de las Condiciones Generales y Especiales de Contratación; entre otras pretensiones.

Para dilucidar lo anterior, el Tribunal Arbitral, procede a estudiar la “naturaleza del contrato No. 1372-2010 y el régimen aplicable” diciendo lo siguiente: *“[…] Sobre el particular es procedente tener en cuenta que en nuestro país procede de vieja data la aplicación del principio recogido en la expresión latina “Locus Regit Actum”, según el cual “Los actos se rigen por la ley Local”, el cual encuentra importantes soportes constitucionales en el alcance que se le da a lo dispuesto por diversas reglas de ese carácter, entre las cuales se pueden citar los artículos 1º, 2º y 95 de la Carta, en cuyo entendimiento la concepción del Estado Social de Derecho impone el que todas las personas residentes en territorio Colombiano por regla general están sometidas al Régimen Jurídico vigente y por lo tanto están en la obligación de respetarlo y acatarlo, bajo la garantía de su protección por parte de las autoridades públicas.*

*“(…)*

*Ahora, lo expuesto anteriormente es de considerar sin perjuicio de las excepciones que al régimen contractual establece la ley, dentro de lo cual procede lo dispuesto por el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007, cuyo tenor es el siguiente:*

*“Los contratos o convenios financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con fondos de organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades. En caso contrario, se someterán a los procedimientos establecidos en la Ley 80 de 1993. Los recursos de contrapartida vinculados a estas operaciones podrán tener el mismo tratamiento.*

*“(…)*

*De las normas anteriormente referenciadas se deduce claramente que, por regla general, el régimen de los contratos que celebre el Estado es el de la Ley 80 de 1993, a menos que ella u otra norma legal le asigne a determinados contratos un régimen especial diferente, o le permita a las partes que bajo el cumplimiento de determinadas condiciones opten por someterse a un régimen diferente, que es lo que sucede en el presente caso.*

*En efecto, el Contrato de Obra Pública celebrado entre la Administración Distrital y el Consorcio Castell Pórticos se financió totalmente con recursos del BIRF y su objeto tiene que ver con el desarrollo del servicio público de salud, luego le era permitido a las partes someterse a los reglamentos de tal organismo de crédito, si así lo determinaban por su propia voluntad, en tanto que tal posibilidad no tiene carácter obligatorio.*

*No obstante, según lo afirma la parte convocante en los hechos de la demanda, en el contrato no se utilizó la opción comentada sino que, por el contrario, dándole aplicación a lo establecido en el punto 2.43 de los Reglamentos del BIRF, se dispuso que el régimen sería el de las normas civiles y comerciales colombianas, entendiéndose ello en el sentido de que se aplica dicho régimen salvo lo regulado por la Ley 80 de 1993, con fundamento en lo dispuesto por los citados artículos 13 y 14 de esa misma ley.*

*En conclusión, el Contrato de Obra Pública No. 1372 de 2010 celebrado entre la Administración Distrital y el Consorcio Castell Pórticos es un contrato estatal, y en vista de que las partes, habiendo podido hacerlo, no estipularon que estaría sometido al reglamento del BIRF, su régimen es el de la Ley 80 de 1993 y, en lo no previsto por ella, se aplicará el régimen Civil y Comercial Colombiano”[[42]](#footnote-42).*

De la misma manera, el Tribunal luego de hacer el estudio y analizar las pruebas existentes dentro del proceso, concluye diciendo que *“De las pruebas que obran en el expediente se evidencia que a pesar de que el término del contrato se encontraba vencido, el Contratista continuó ejecutando las labores pendientes que correspondían a un porcentaje mínimo respecto del objeto del contrato.*

*Puede advertirse de las comunicaciones que obran en el expediente, que la interventoría interpretó la cláusula 49.1 del Contrato en el sentido de que establecía un “término adicional” de un mes para continuar ejecutándolo, bajo la condición que se pagara la sanción por retardo en ella prevista.*

*“(…)*

*Para el Tribunal, tal como lo dejó plasmado el contratista en el Acta de Terminación, y lo había advertido en las comunicaciones del 5 y 9 de septiembre de 2012 en las que solicitó la prórroga del contrato, al no haberse concedido ésta, los acabados pendientes y los faltantes de obra no ejecutados, fueron llevados a cabo a partir del 31 de octubre de 2012; así mismo ejecutaría los terminados y llevaría a cabo los faltantes de obra durante el “Período de Responsabilidad por defectos” al que alude la cláusula 35.1 de las Condiciones Generales del Contrato y que se extendía por 12 meses contados a partir de la fecha de terminación, de acuerdo con lo previsto en las Condiciones Especiales del Contrato.*

*Debe tenerse en cuenta que en la cláusula 1.1., literal (i) de las Condiciones Generales del Contrato se definió “Defecto” como “cualquier parte de las Obras que no haya sido terminada conforme al Contrato”, de manera que, bajo dicha definición, amplia por cierto, bien tienen cabida los pendientes a cargo del contratista para el 31 de octubre de 2012”.*

En consecuencia, se concluye que el Tribunal arbitral si efectuó una interpretación de las normas jurídicas que regulaban la controversia puesta a su consideración; además tuvo como derrotero lo pactado por las partes en el contrato 1372-2010, y luego de hacer un estudio integral de los elementos probatorios traídos al proceso profiere su decisión final.

El recurso de anulación, tal como se ha venido diciendo, tiene su centro sobre el principio cardinal de preservar la legalidad del procedimiento, razón por la cual, por regla general, sólo es posible examinar el laudo arbitral por la existencia de vicios de procedimiento **(*in procedendo*)** en los cuales haya podido incurrir el tribunal de arbitramento y de manera excepcional por vicios de **fondo (*in judicando*).**

Verificado el contenido del laudo arbitral acusado, salta a la vista que el Laudo Arbitral fue proferido con base en la interpretación que del derecho positivo vigente hicieron los árbitros, y en las pruebas obrantes en el expediente, sin que sea menester entrar a juzgar en sede de este recurso extraordinario de anulación el acierto o desacierto de los razonamientos jurídicos de los árbitros, de la aplicación de la ley o de la interpretación que efectuaron del contrato sometido a su consideración o del mérito que le otorgaron al acervo probatorio, pues ese no es el objetivo del recurso de anulación; mucho menos son argumentos para fundamentar la causal 7ª de anulación prevista en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

Para la Sala, es evidente, que tanto en la legislación anterior, como en vigencia de la Ley 1563 de 2012, el juez del recurso de anulación no puede entrar a cuestionar, plantear o revivir el debate probatorio, ni establecer si hubo o no un yerro en la interpretación del régimen jurídico aplicable al contrato o valoración de las pruebas que hizo el juez arbitral, como tampoco el alcance que le imprimió el juzgador arbitral al contenido obligacional acordado por vía de su interpretación del negocio jurídico; porque las apreciaciones y conclusiones del laudo son producto de la interpretación y aplicación de la ley por parte del juez arbitral con el fin de resolver la controversia que le fue sometida a su resolución.

Lo antes anotado, está en consonancia con el inciso final del artículo 42 de la Ley 1563, el cual de manera perentoria establece que *“La autoridad judicial competente en la anulación no se pronunciará sobre el fondo de la controversia,* ***ni calificará o modificará los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral al adoptar el laudo”. -*** *Negrillas son nuestras -*

De tal manera, no puede el juez del recurso de anulación entrar a estudiar si la interpretación o la normatividad que aplicó el Tribunal, fue ajustada o no a derecho o si la decisión que tomó se fundamentó en una interpretación que no estaba acorde con las normas sustantivas, porque reiteramos no puede el juez de la anulación, so pretexto de estudiar la causal invocada, proceder a decretar la nulidad del laudo procediendo a hacer una interpretación diferente a la realizada por los árbitros, razón suficiente para rechazar la causal de anulación propuesta.

Para la Sala las apreciaciones y conclusiones del laudo no son indicativas de un fallo en conciencia, sino de una **decisión en derecho**, producto de la interpretación y aplicación de la ley por parte del juez arbitral con el fin de resolver la controversia que le fue sometida a su consideración; sin que pueda predicarse que se estructura un fallo en conciencia, por el simple hecho que la decisión tomada en el laudo arbitral no coincida necesariamente con las argumentaciones de alguna de las partes, motivo por el cual 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.

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 Pesos ($5.000.000.oo), a cargo de la recurrente.

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,

**R E S U E L V E**

**PRIMERO: DECLARAR INFUNDADO** el recurso de anulación que propuso la parte convocante contra el laudo arbitral proferido el 25 de abril de 2016.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas a la recurrente y por consiguiente al pago a favor de la convocante de la suma de Cinco Millones de Pesos ($ 5.000.000.oo), a cargo de la recurrente**,** que es el valor en que se tasan las agencias en derecho. Por secretaria practíquese la correspondiente liquidación.

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

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

**Presidente de la Sala**

**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**

**Magistrado**

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN C**

**Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA(E)**

Bogotá D. C., veinticuatro (24) de abril de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 11001-03-26-000-2016-00141-00(57820)**

**Actor: FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD – SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD**

**Demandado: CONSTRUCTORA CASTELL CAMEL S.A.S. – PÓRTICOS INGENIEROS CIVILES S.A.**

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

**Asunto:** Recurso de anulación -– corrección error de transcripción

*Temas abordados: Corrección de error de transcripción contenidos en la parte resolutiva de la sentencia y oportunidad para impetrar dicha solicitud.*

Decide la Sala la solicitud de *“corrección”* formulada por el apoderado judicial de la entidad pública convocante – Fondo Financiero Distrital de Salud – Secretaría Distrital de Salud - frente al numeral 2º de la parte resolutiva de la sentencia proferida el 10 de noviembre de 2016, por esta Subsección.

**I. ANTECEDENTES**

**1. La sentencia cuya corrección se solicita**

En sentencia del 10 de noviembre de 2016, se desató el recurso de anulación interpuesto por el Fondo Financiero Distrital de Salud (FFDS) – parte convocante contra el laudo arbitral de 25 de abril de 2016, proferido proferido por el Tribunal de Arbitramento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, constituido para dirimir las controversias surgidas entre aquellay el **Consorcio Castell Pórticos,** con ocasión del contrato de obra núm. 1372 – 2010 del 22 de octubre, suscrito entre el citado consorcio en su condición de contratista y el Distrito Capital – Secretaría Distrital de Salud y el Fondo Financiero Distrital de Salud, en su calidad de contratantes.

En el numeral segundo de la parte resolutiva de la providencia – motivo de la corrección - se dispuso lo siguiente:

***“PRIMERO: (…)***

***SEGUNDO: CONDENAR*** *en costas a la recurrente y por consiguiente al pago a favor de la convocante de la suma de Cinco Millones de Pesos ($ 5.000.000.oo), que es el valor en que se tasan las agencias en derecho. Por secretaría practíquese la correspondiente liquidación.*

*“(…)”*

El apoderado judicial del Fondo Financiero Distrital de Salud – parte convocante- en escrito visible a folio 375 del expediente, solicitó *“(…) se proceda a corregir el numeral segundo de la parte resolutiva de la providencia de fecha diez (10) de noviembre de dos mil dieciséis (2016) a fin se precise que la condena en costas se impone a favor de la convocada y no de la convocante como equivocadamente fue referenciado en el citado numeral”.*

**II. CONSIDERACIONES**

1. Las figuras procesales de aclaración, corrección y adición, constituyen un conjunto de herramientas dispuestas por el ordenamiento para que de oficio o a petición de parte se corrija por el juez las dudas, errores, u omisiones en que se pueda haber incurrido al proferir una determinada decisión judicial o, se constate por éste, la falta de pronunciamiento o resolución de uno de los extremos de la litis o de cualquier aspecto que debía ser objeto de pronunciamiento expreso.

De la misma manera, se consagra en el estatuto procesal la forma de corregir los errores aritméticos y otros contenidos en las providencias judiciales. Es así como en el artículo 286 del CGP, se establece que *“Toda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético, es corregible por el juez que la dictó, en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto.*

*“(…)*

*Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplica a los casos de error por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén contenidas en la parte resolutiva o influyan en ella”.*

En el asunto *sub examine,* la parte demandada fundamenta la petición de corrección del numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia en cita, “*a fin se precise que la condena en costas se impone a favor de la convocada y no de la convocante como equivocadamente fue referenciado en el citado numeral”.*

La solicitud así formulada, se torna procedente al acompasarse con el contenido y alcance de la figuras de corrección de errores de transcripción, porque evidentemente se incurrió en error de esta índole en el citado numeral al indicarse de manera errada que la condena en costas se imponía a favor de la convocante, cuando debió hacerse a favor de la entidad convocada., corrección que se puede ejercitar en cualquier tiempo.

En consecuencia, el numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia del 10 de noviembre de 2016 quedará así:

*“(…)*

*SEGUNDO: CONDENAR en costas a la recurrente y por consiguiente al pago a favor de la convocada de la suma de Cinco Millones de Pesos ($ 5.000.000.oo), que es el valor en que se tasan las agencias en derecho. Por secretaría practíquese la correspondiente liquidación”*

*“(…)”*

En lo demás la sentencia no sufre modificación alguna.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “C”

**R E S U E L V E:**

**Corríjase** el error de transcripción cometido en el citado numeral, el cual quedará así:

*“(…)*

*SEGUNDO: CONDENAR en costas a la recurrente y por consiguiente al pago a favor de la convocada de la suma de Cinco Millones de Pesos ($ 5.000.000.oo), que es el valor en que se tasan las agencias en derecho. Por secretaría practíquese la correspondiente liquidación”*

*“(…)”*

En lo demás la sentencia no sufre modificación alguna.

**Cópiese, notifíquese y cúmplase**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

**Presidente de sala**

**JAIME ENRÍQUE RODRÍGUEZ NAVAS**

**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**

1. Folios 757 a 779. C. pruebas No. 1. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 779 a 815 – 828 y 829, ib. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 1 a 33: C. principal No. 1. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 1 a 98. C. No. 1. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folios 247 a 250 del C. principal n° 1. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 274 a 348, ib. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folios 169 a 243. C. Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folios 248 y 249, ib. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folios 250 a 252, ib. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folios 253 a 257, ib. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folios 260 a 302, ib. [↑](#footnote-ref-11)
12. Folio 303, ib. [↑](#footnote-ref-12)
13. Folios 304 a 324, ib. [↑](#footnote-ref-13)
14. Folio 339, ib. [↑](#footnote-ref-14)
15. Folios 342 a 347, ib. [↑](#footnote-ref-15)
16. “**Artículo 46. *Competencia****.*Para conocer del recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales, será competente

    (…)

    Cuando se trate de recurso de anulación y revisión de laudo arbitrales en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, será competente la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado”. [↑](#footnote-ref-16)
17. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 6 de junio de 2013, Exp. 45.922. [↑](#footnote-ref-17)
18. Al respecto en el auto referido en el numeral anterior, la Sala Plena de ésta Corporación se consideró que si bien algunos doctrinantes consideran que la verdadera naturaleza jurídica de la anulación de laudos arbitrales es la de ser una acción judicial autónoma e independiente del proceso arbitral donde se profiere el laudo que será objeto de impugnación y por medio de la cual se da inicio a un proceso diferente de única instancia; dicha concepción doctrinaria debe leerse en el contexto del ordenamiento jurídico vigente que regula el arbitraje en ése país.

    En efecto la Ley 60 de 2003, normativa que regula el arbitraje nacional e internacional en España mediante su artículo 40 define la anulación de laudos arbitrales como la “*acción”* que podrá ejercerse en contra de los laudos de carácter definitivo, a su vez, en el artículo 43 de la misma Ley se dispone que los laudos proferidos en el curso del trámite arbitral producirán efectos de cosa juzgada y que en todo caso frente a éstos sólo procederá la “*acción”* de anulación.

    De la lectura de las normas referidas es evidente que en el ordenamiento jurídico español fue el mismo legislador el que expresamente definió la anulación de laudos arbitrales como una verdadera acción judicial autónoma e independiente del proceso arbitral en el que se profiere el laudo respectivo. [↑](#footnote-ref-18)
19. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Anuario Volumen XVI: 1985. Naciones Unidas, Nueva York, 1989. Décimo octavo periodo de sesiones. Pág. 35. Información obtenida en el enlace web: [http://www.uncitral.org/pdf/spanish/yearbooks/yb-1985-s/yb\_1985A\_s.pdf [24](http://www.uncitral.org/pdf/spanish/yearbooks/yb-1985-s/yb_1985A_s.pdf%20%5b24) de abril de 2013] [↑](#footnote-ref-19)
20. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de mayo 15 de 1992 (Expediente 5326); Sentencia de noviembre 12 de 1993 (Expediente 7809); Sentencia de junio16 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 (Expediente19090); 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), entre otras. [↑](#footnote-ref-20)
21. El artículo 40 de la Ley 1563 de 2012 establece que “*Contra el laudo arbitral procede el recurso extraordinario de anulación, que deberá interponerse debidamente sustentado, ante el tribunal arbitral, con indicación de las causales invocadas, dentro de los treinta (30) días siguientes a su notificación o la de la providencia que resuelva sobre su aclaración, corrección o adición. Por secretaría del tribunal se correrá traslado a la otra parte por quince (15) días sin necesidad de auto que lo ordene. Vencido aquel, dentro de los cinco (5) días siguientes, el secretario del tribunal enviará los escritos presentados junto con el expediente a la autoridad judicial competente para conocer del recurso”,* previendo en su artículo 41 las causales para su procedencia. [↑](#footnote-ref-21)
22. El artículo 107 de la ley 1563 de 2012 dispone que “*Contra el laudo arbitral solamente procederá el recurso de anulación por las causales taxativamente establecidas en esta sección. En consecuencia, la autoridad judicial no se pronunciará sobre el fondo de la controversia ni calificará los criterios, valoraciones probatorias, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.*

    *Cuando ninguna de las partes tenga su domicilio o residencia en Colombia, las partes podrán, mediante declaración expresa en el acuerdo de arbitraje o mediante un acuerdo posterior por escrito, excluir completamente el recurso de anulación, o limitarlo a una o varias de las causales contempladas taxativamente en la presente sección”,* previendo en su artículo 108 las causales para su procedencia*.*  [↑](#footnote-ref-22)
23. Folio 1 C. principal n.° 1 [↑](#footnote-ref-23)
24. 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. [↑](#footnote-ref-24)
25. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, Exp. 32871. [↑](#footnote-ref-25)
26. Escrito 08 de septiembre de 2015. Fls. 685 a 707.C.ppal. del recurso. [↑](#footnote-ref-26)
27. Sentencia de 27 de abril de 1999; expediente No. 15623. Posición reiterada en sentencia de 18 de mayo de 2000. Rad: 17797, Sentencia de 8 de febrero de 2001. Rad: 18411. [↑](#footnote-ref-27)
28. Sección Tercera. Sentencia de 9 de agosto de 2001. Exp. 19273. [↑](#footnote-ref-28)
29. Entre ellas las siguientes: Sentencia de mayo 15 de 1992 (Expediente 5326); Sentencia de noviembre 12 de 1993 (Expediente 7809); Sentencia de junio16 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 (Expediente19090); 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). [↑](#footnote-ref-29)
30. 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 [↑](#footnote-ref-30)
31. 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. [↑](#footnote-ref-31)
32. Ley 446 de 1998, artículo 111. [↑](#footnote-ref-32)
33. Sentencias de abril 3 de 1992, mayo 4 de 2000 y octubre 2 de 2003 (Expedientes 6695, 16766 y 24320). [↑](#footnote-ref-33)
34. Sentencia de septiembre 14 de 1995 (Expediente 10468). [↑](#footnote-ref-34)
35. Sentencia de junio 18 de 2008 (Expediente 34543). [↑](#footnote-ref-35)
36. Sentencias de agosto 9 de 2001, agosto 23 de 2001, febrero 13 de 2006, junio 18 de 2008 (Expedientes 19273, 19090, 29704 y 34543). [↑](#footnote-ref-36)
37. Sentencia de abril 27 de 1999 y abril 16 de 2000 (Expedientes 15623 y 18411). [↑](#footnote-ref-37)
38. Artículo 116 de la Constitución Política. [↑](#footnote-ref-38)
39. Artículo 116 de la Constitución Política. [↑](#footnote-ref-39)
40. Numeral 1º del artículo 38 del C. P. C. [↑](#footnote-ref-40)
41. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 21 de febrero de 2011, exp. 38.621. MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-41)
42. Ver folios 195 a 198 del C. Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-42)