**ARBITRAJE - Normatividad**

En la actualidad, el arbitraje quedó regulado en su integridad por la Ley 1563 de 2012, según lo dispone su artículo 119. Esa es la normatividad aplicable al trámite arbitral en estudio.

**LAUDO ARBITRAL - Modalidades**

Según la referida ley, el laudo arbitral, esto es la de sentencia que profiere el Tribunal, puede ser en derecho, en equidad o técnico; sin embargo, en los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho (artículo 1) y deberá ser institucional, es esto, administrado por un centro de arbitraje (artículo 2).

**LAUDO ARBITRAL - Recurso extraordinario de anulación - Procedencia**

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

**LAUDO ARBITRAL - Recurso extraordinario de anulación - Causales**

Las causales de anulación para los arbitrajes nacionales quedaron reguladas en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, en nueve numerales. Por su parte, el artículo 43 ejusdem, frente a los efectos de las causales, dispone que cuando prospere cualquiera de las señaladas en los numerales 1 a 7 del artículo 41, se declarará la nulidad del laudo. En los demás casos, se corregirá o adicionará. Además, cuando se anule el laudo por las causales 1 o 2, el expediente se remitirá al juez que corresponda para que continúe el proceso a partir del decreto de pruebas, pero la prueba practicada dentro del proceso arbitral conservará su validez y tendrá eficacia, respecto de quienes tuvieron la oportunidad de controvertirla. Igualmente, cuando se anule el laudo por las causales 3 a 7, el interesado podrá convocar un tribunal arbitral, en el que conservarán validez las pruebas debidamente practicadas, y en lo posible las actuaciones que no hubieren resultado afectadas por la anulación. Para el efecto, la solicitud de convocatoria deberá presentarse dentro de los tres (3) meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia que anule el laudo, con el fin de que se entienda interrumpida la prescripción o no opere la caducidad (el artículo 44 ejusdem prescribe el referido término). Asimismo, la sentencia que anule el laudo total o parcialmente cumplido, ordenará las restituciones a que hubiere lugar.

**FALTA DE COMPETENCIA - Causal de anulación - Procedencia**

De entrada precisa recordar que el artículo 116 Superior permite que los particulares sean investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, como jurados, conciliadores o árbitros en los términos determinados por la ley. La lectura armonizada del numeral segundo del artículo 41, del inciso segundo del mismo artículo y del inciso 2 del artículo 43 La Ley 1563 de 2012 permite concluir que la falta de competencia a la que se refiere la causal en estudio es de estipe procesal y tiene relación directa con la facultad que tiene el juez de administrar justicia en un asunto determinado. Efectivamente, el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 en su numeral segundo define a la falta de competencia como causal de anulación de los laudos arbitrales y en su inciso segundo condiciona la procedencia de esa causal a la interposición del recurso de reposición en contra del auto de asunción de competencia. Como si lo anterior no fuera poco, la anulación por esa causal obliga al juez del recurso de anulación a remitir al juez que corresponda para que continúe con el proceso a partir del decreto de pruebas. En suma, la causal en estudio comporta al análisis de la facultad procesal de los árbitros para resolver sobre algunos temas determinados en el contrato, la ley y la Constitución. En esa línea de pensamiento, precisa recordar que en virtud del principio kompetenz-kompetenz los tribunales de arbitramento tienen un margen autónomo de interpretación para determinar el alcance de su propia competencia. En todo caso, sólo podrán pronunciarse sobre los asuntos transigibles habilitados por las partes y los que la Constitución y la ley autoricen. Este principio se encuentra reproducido en el inciso 5 del artículo 20 y el inciso segundo del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 que en su orden disponen que los árbitros decidirán sobre su competencia mediante auto que es susceptible del recurso de reposición.

**CONTRATACIÓN ESTATAL- Requisitos y facultades en el arbitraje**

Tratándose de contratos celebrados con entidades públicas o quien desempeñe funciones administrativas, las controversias de conocimiento de la justicia arbitral serán aquellas surgidas por causa o con ocasión de su celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, todas ellas siempre que sean transigibles (artículos 1 y 2 de la Ley 1563 de 2012). Igualmente, vale señalar que esas controversias deberán definirse a través de un arbitraje en derecho. Lo anterior supone que si las causas de la controversia son otras, bien podría admitirse un arbitraje en equidad o técnico. Igualmente, la nueva ley de arbitraje habilitó la competencia de los árbitros para pronunciarse sobre la inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato (artículo 5 de la Ley 1563 de 2012). En consecuencia, podrán someterse a arbitraje las controversias en las que se debatan las referidas temáticas y la decisión del Tribunal será conducente aunque el contrato sea inexistente, ineficaz o inválido, en tanto ese tipo de decisiones no afecta la validez de la cláusula compromisoria. Ahora, parecería que la norma exige petición de parte en tal sentido; sin embargo, la inteligencia de ese artículo debe interpretarse en armonía con las disposiciones que imponen al juez un pronunciamiento oficioso frente a la ocurrencia de tales fenómenos, siempre que se cumplan con las exigencias legales. En esa dirección, esta Corporación, vale aclarar que en vigencia de la normatividad anterior a la Ley 1563 de 20012, pero cuyas conclusiones son extensivas al presente asunto, en tanto el marco jurídico precedente y el vigente reproducen un contenido similar sobre el tema en estudio, precisó el alcance de la facultad oficiosa de los árbitros para pronunciarse sobre la existencia y validez del contrato, después de revisar el alcance normativo y el desarrollo jurisprudencial de la época. De lo expuesto y del análisis de las normas vigentes en el presente asunto, es claro que los árbitros tienen plenas facultades para pronunciarse sobre la existencia y validez del contrato respectivo, incluso de oficio. En suma, podría afirmarse que el marco de la competencia de los árbitros está dado por la Constitución, la ley y lo pactado entre las partes. Luego, una actuación por fuera de esos cauces configura la causal de falta de competencia en estudio.

**FALLO EN CONCIENCIA O EN EQUIDAD - Criterios - Procedencia**

La Sección realizó un balance de los criterios para definir cuándo se estaba en presencia de un fallo en conciencia, los cuales agrupó así: (a) Que el fallo no se apoyara en el derecho positivo y vigente Este criterio se estructuró con base en lo dispuesto en el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998 que definía el arbitraje en derecho como “aquel en el cual los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente”. De esa norma se desprendían dos conceptos por definir: qué se entendía como derecho positivo y qué como derecho positivo vigente. Al respecto, se precisó que la expresión “derecho positivo” debía entenderse en un sentido amplio, como todas aquellas fuentes de las que puede servirse el juez contencioso administrativo al resolver las controversias, incluido, claro está, el mismo contrato y los documentos que se integran a él… Ahora, en relación con la expresión “derecho positivo vigente”, la jurisprudencia explicó su contravención cuando los árbitros, en lugar de apoyarse en el derecho actualmente aplicable, lo hacían “en el derogado, en el declarado nulo o inexequible o el que se apoya en normas, principios o criterios jurídicos que no existen o carecen de vigencia y validez”.

**FALLO EN DERECHO - Criterios**

Un laudo en derecho, por oposición a uno en conciencia, es aquél que aplicaba el derecho positivo vigente, es decir, cualquiera de las fuentes del derecho que usa el juez ordinariamente para resolver los casos, las cuales, además, debían estar vigentes, esto es, que no estuvieran derogadas, anuladas o declaradas inexequibles, en términos generales, que esas fuentes estuvieran vigentes y válidas. Entonces, para predicar la existencia de un fallo en conciencia se requería de la falta de fundamento jurídico y, además, que ese defecto fuera determinante para la adopción de la decisión.

**LAUDO ARBITRAL - Causal - Error de los árbitros**

Finalmente, la causal, en la forma en que estaba redactada, al exigir que el derecho positivo fuera el vigente, entrañaba un posible error de los árbitros, lo cual se distanciaba del entendido estricto de un fallo en conciencia, que no es otro que el que proviene del leal saber y entender del que juzga. En esa dirección, se consideró que “el defecto más que de conciencia, de subjetividad, de solución en equidad, es un caso típico de error o desconocimiento del derecho”. En todo caso, se aceptaba que el legislador bien podía, en ejercicio de su libertad de configuración, erigir ese defecto en un supuesto de fallo en conciencia.(b) Que el fallo se dictara exclusivamente en equidad De entrada vale señalar que la jurisprudencia precisaba que los árbitros podían recurrir a la equidad para decidir sus asuntos. Si bien a partir del tenor literal del numeral 6 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 se podría afirmar que bajo ninguna circunstancia era admisible que los árbitros juzgaran en equidad, lo cierto es que un análisis integral y sistemático del ordenamiento jurídico se permite concluir lo contrario, en tanto la equidad no está proscrita de ninguno de los juicios en derecho, incluidos los arbitrales donde es parte el Estado. En efecto, la Constitución Política establece en el inciso segundo del artículo 230 que la “equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”. Esto significa que los jueces, incluidos los árbitros, pueden aplicar la equidad, como criterio auxiliar en el ejercicio de su labor judicial, y por eso su ponderación conforme a los ideales de justicia era jurídicamente posible y tutelada por la Constitución. Por ejemplo, en la fijación de una condena por perjuicios morales, la equidad participa de manera importante en la concreción de un monto justo que se debía asignar a quien sufrió un daño inmaterial. Pero lo que no puede ampararse exclusivamente en la equidad es la determinación misma de la responsabilidad patrimonial, cuya definición se encuentra vinculada a principios y reglas jurídicas concretas, así como a la prueba de los hechos.Lo anterior no ha constituido una regla absoluta, sino que en cada caso debía examinarse judicialmente la aplicación adecuada, correcta y razonable de la equidad. Por lo dicho, desenmascarar el fallo en conciencia que encubre la aplicación ilegal de la equidad, exigía un control judicial muy estricto y cualificado que el juez del recurso de anulación debía ejercer con rigor. (c) Imposibilidad de juzgar la interpretación de los árbitros Sobre el alcance de esta causal, la jurisprudencia explicaba que “cuando el recurrente critica la interpretación de los árbitros sobre las normas legales y el contrato mismo hace ostensible su queja sobre un punto de derecho, cual es la interpretación indebida de la ley y corrobora la anterior afirmación de la Sala sobre que el laudo sí se profirió en derecho”. La anterior postura no era más que la reproducción de la prohibición de revisar el fondo del laudo, en tanto en sede del recurso de anulación solo procedía la formulación de cuestionamientos por errores in procedendo y no in iudicando. Igualmente, este criterio encerraba la exigencia legal de que el fallo en conciencia debía ser evidente. Al respecto, la jurisprudencia sostenía que la decisión en conciencia exigía evidenciarse “esto es, sin que se requiera de mayores argumentaciones para demostrar ese acontecimiento pues es ostensible”. (d) Era fallo en conciencia el que no consideraba las pruebas El otro supuesto creado por la jurisprudencia tiene que ver con las pruebas del proceso que ofrecían convicción al tribunal de arbitramento. En otras palabras, los árbitros debían fallar de acuerdo con las pruebas legalmente aportadas al proceso. Por lo tanto, si la decisión carecía de soporte valorativo probatorio afectaba la validez de la decisión. Lo anterior, sin interferir en la libertad de que gozan los árbitros para valorar las pruebas, según las reglas de la sana crítica. En efecto, la Sección precisó que este criterio “radicaba en que los árbitros estimaran y asumieran las pruebas y su apreciación con absoluto desdén, capricho o desconocimiento de las reglas básicas que el derecho ofrece para su valoración, convirtiéndose, auténticamente, en una violación al deber de fallar según las reglas jurídicas, expresadas a través de los medios de convencimiento de que disponen los árbitros”. Lo anterior sin que se abriera la posibilidad de controvertir el laudo a través del recurso de anulación, bajo el argumento de que la valoración probatoria era incorrecta, inadecuada u otro defecto que el recurrente le endilgara a la providencia, porque en tal caso no se estaba en presencia de un fallo en conciencia sino de una providencia errática, cuyo estudio no se admite en el proceso de anulación, porque no se trataría de una segunda instancia, es decir, de un recurso de apelación. De igual forma, la Sección consideró que también se configuraba la causal cuando los árbitros a pesar de haber hecho referencia a las pruebas y haberlas valorado en forma detallada, conjunta y armonizada, es decir, en debida forma, finalmente y sin razón que lo justificara se apartara de ella y fallara a su leal saber y entender, al margen de su contenido y de lo demostrado a través de su análisis. En esa línea, explicó que la prueba debía constituirse en fundamento del fallo y no simplemente en una apariencia para darle legalidad, puesto que el juez no estaba facultado para desechar la prueba válidamente aportada al proceso y, en su lugar, crear su propia convicción que pudiera acomodarse a la decisión que en equidad profiriera. En conclusión, una cosa es que el árbitro tuviera potestad para valorar e interpretar la prueba, aspecto que no puede ser cuestionado por vía del recurso de anulación, y otra muy diferente es que la ignorara de plano, evento en el cual habría lugar a la configuración de un fallo en conciencia. (e) No constituía fallo en conciencia la incursión en una vía de hecho, o los defectos de la motivación o la equivocaciónLa Sección ha sostenido que la vía de hecho implica “siempre un desbordamiento del ordenamiento jurídico por parte del juez, que permite afirmar la inexistencia de una sentencia como tal y por lo tanto, acudir a la interposición del mecanismo de la tutela para amparar derechos fundamentales y evitar los perjuicios derivados de tal actuación”. En otras palabras, esa irregularidad desbordaba los límites de la competencia del juez en sede del recurso de anulación y se inscribía en los del juez de tutela, en tanto suponía un análisis de fondo, profundo y reflexivo de la decisión arbitral. Respecto de la motivación, la jurisprudencia sostuvo que si bien los árbitros debían motivar sus fallos, el incumplimiento de esa carga no generaba un fallo en conciencia. Lo anterior, toda vez que la “falta de motivación no aparece contemplada dentro de las causales de anulación del mismo y menos cuando no se niega sino que se clasifica como deficiente o irregular”. Sin embargo, esta posición fue morigerada, como pasa a explicarse: En efecto, con ocasión de precisar el alcance de la postura en la que se sostenía que “la más mínima referencia que el árbitro haga al derecho positivo, hace que el laudo sea calificable como en derecho”, la Sección puntualizó que esa expresión “hace alusión, por tanto, a que esa ‘mínima referencia’ esté realmente conectada con el sentido de la decisión, cualquiera que éste sea ⎯pues el del contenido del pronunciamiento arbitral no es un asunto fiscalizable por el juez del recurso de anulación⎯, vale decir, que la referencia al Derecho en realidad ha de constituir fundamento de lo que se resuelve y no tratarse de una simple anotación absolutamente descontextualizada del hilo argumentativo que en verdad conduce a la resolución del caso, orientada a dar al laudo la apariencia de estar sustentado en un precepto jurídico que no desempeña papel alguno en la cadena justificativa construida por los árbitros con el propósito de motivar su determinación.”. Incluso, la jurisprudencia fue más allá al sostener que también existía fallo en conciencia cuando los árbitros a pesar de haber hecho referencia a las pruebas y haberlas valorado en forma detallada, conjunta y armonizada, es decir, en debida forma, finalmente y sin razón que lo justificara, se apartaban de ella y fallaban a su leal saber y entender, al margen de su contenido y de lo demostrado a través de su análisis. Lo expuesto permite concluir que la jurisprudencia prohijó la idea de un laudo en conciencia, cuando quiera que la motivación fuera evidentemente descontextualizada, en tratándose del análisis jurídico, o sin justificación, en lo que respecta a las pruebas. Además de lo anterior, cuando la motivación no existía, el fallo en conciencia se hacía más evidente, en tanto coincidía con la consideración natural de lo que se entendía como una decisión en conciencia, esto es, la que prescindía de todo fundamento jurídico y/o probatorio. Además, al ser inexistente la motivación, el juez de anulación tampoco la calificaría, por cuanto nada se podía de lo que no existe…En síntesis, los defectos de la motivación, por regla general, no constituían un fallo en conciencia, siempre que supusieran un análisis de fondo de la decisión y su calificación como errada o deficiente; sin embargo, en algunos eventos donde la motivación era aparente o materialmente no existía, se imponía concluir que la decisión no tenía un apoyo diferente a la subjetividad de los árbitros.Finalmente, la jurisprudencia también consideró que la decisión errada tampoco constituía un fallo en conciencia, en tanto ninguna causal permitía revisar el fondo, toda vez que la órbita del recurso de anulación se circunscribía a los errores in procedendo. De lo contrario, “se abriría paso para desconocer la convención celebrada por las partes, en el sentido de no acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa, sometiendo la controversia a la decisión de árbitros, que deben fallar en única instancia”.En suma, la vía de hecho, la falta de motivación o el error, que bien pudieron agruparse dentro del concepto de decisión errada, no constituían una decisión en conciencia, en tanto se dirigían a cuestionar el fondo del asunto, el cual, en término generales, no se podía cuestionar en sede del recurso de anulación, salvo las precisiones hechas por la jurisprudencia. Igualmente, vale precisar que los literales a), b) y d) eran verdaderos criterios para determinar la existencia de un fallo en conciencia. En efecto, en ellos se evidenciaba que el fundamento de la decisión de los árbitros no era otro que su sola subjetividad y no el derecho positivo y vigente, o lo era exclusivamente la equidad o no se atendían a las pruebas. Por su parte, los literales c) y e) se dirigían a limitar los argumentos del recurrente y la labor del juez en sede del recurso de anulación, en tanto resultaba improcedente para predicar un fallo en conciencia que se solicitara o revisara las interpretaciones de los árbitros o se alegara una vía de hecho, o una errada o deficiente motivación o, en términos generales, una decisión errada o deficiente.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente**: **RAMIRO PAZOS GUERRERO**

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de abril de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 11001-03-26-000-2015-00166-00(55852)**

**Actor: RECAUDOS SIT BARRANQUILLA S.A.**

**Demandado: TRANSMETRO S.A.S.**

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

La Sala decide el recurso de anulación interpuesto por Transmetro S.A.S., en su calidad de parte convocada, en contra del laudo del 22 de julio de 2015 proferido por el Tribunal de Arbitramento convocado para resolver las controversias surgidas entre la mencionada y la sociedad Recaudos SIT Barranquilla S.A., en calidad de convocante, en el marco del contrato de concesión TM300-004-07 del 20 de febrero de 2008, mediante el cual se tomaron las siguientes decisiones (fls. 2127 a 2131, c. ppal n.° 5 del recurso de anulación):

*EN RELACIÓN CON LA DEMANDA ARBITRAL*

*Primero. Declarar que no prospera la tacha propuesta contra la perito de parte MÓNICA VANEGAS BETANCOURTH, en razón a las consideraciones expuestas en la parte motiva del presente laudo.*

*Segundo. Denegar por falta de fundamento las excepciones propuestas por TRANSMETRO S.A.S. contra las pretensiones de la demanda de RECAUDOS SIT BARRANQUILLA S.A., denominadas: “a. Falta de jurisdicción y competencia”; “c. Prueba efectiva de condición de contratante cumplido”; d. “Presupuestos de cumplimiento del contrato”; “v. Caducidad”; “y. Pago total de las participaciones acordadas”; y “z. Excepción de contrato no cumplido”.*

*Tercero. Declarar que prospera de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva del presente laudo, la excepción de “b. Falta de legitimación en la causa por pasiva”, propuesta por TRANSMETRO S.A.*

*Cuarto. Declarar que prosperan en los términos expuestos en la parte considerativa de este laudo, los siguientes medios de defensa (presentados como excepciones) propuestos por TRANSMETRO S.A.S. contra las pretensiones de la demanda de RECAUDOS SIT BARRANQUILLA S.A., titulados: “t. Ausencia de los supuestos configurativos del hecho del príncipe”; “s. Ausencia de relación de causalidad entre el hecho que dice originarlos y varios de los perjuicios alegados”; “m. Inexistencia de los perjuicios alegados” y “r. Obligaciones de medio”.*

*Quinto. Desestimar por falta de fundamento las siguientes oposiciones (presentadas como excepciones) propuestos por TRANSMETRO S.A.S. contra las pretensiones de la demanda de RECAUDOS SIT BARRANQUILLA S.A., titulados: “ñ. Inexistencia y ausencia de incumplimiento contractual alegado”; “o. Límites a los recursos de participación”; “a.1 Inexistencia de la obligación de pago a cargo de Transmetro”; “b.1 Responsabilidad del demandante en la generación de los ingresos del sistema”; y “c.1 Límite a la remuneración acordada”.*

*Sexto. Declarar que son absolutamente nulas, y por tanto sin efecto entre las partes, las siguientes cláusulas, o fragmentos de ellas, del contrato de concesión:*

*Del capítulo 19:*

*“Para todos los efectos legales, se entenderán incluidos dentro de riesgos propios del negocio del CONCESIONARIO todos aquellos que no estén expresamente asignados a TRANSMETRO”.*

*Del último párrafo del cláusula 104:*

*“el de implantación del sistema”*

*“y todos aquellos que en forma expresa no le hayan sido asignados a TRANSMETRO S.A.”.*

*De la cláusula 1.103 Riesgo de implantación del sistema:*

*“Este riesgo será asumido por el CONCESIONARIO, de conformidad con las limitaciones previstas en la cláusula 104 del presente contrato”.*

*El texto completo de las cláusulas 105.4, 105.5 y 107*

*La cláusula sexta del otro sí n.° 1.*

*La cláusula tercera del otro sí n.° 2.*

*La cláusula cuarta del otro sí n.° 4.*

*La cláusula segunda del otro sí n.° 7.*

*Séptimo. Declarar sin fundamento y denegar por las razones expresadas en la parte motiva, las excepciones y oposiciones propuestas por TRANSMETRO S.A.S. contra las pretensiones de la demanda de RECAUDOS SIT BARRANQUILLA S.A., denominadas: “e. Los riesgos financieros, demanda, retorno inversión, implantación del sistema y todos aquellos no asignados expresamente a Transmetro, recaen sobre el concesionario”; “f. Ausencia de prueba de un modelo económico que permita valorar el desequilibrio alegado”; “g. Renuncia a reclamación de daños y perjuicios”; “h. Aceptación de los ingresos pactados”; “i. Principio de la buena fe contractual y comportamiento contrario a sus propios actos”; “j. Hecho de la víctima”; “h. Aceptación de los ingresos pactados”; “k. Hecho de terceros”; “l. Mala fe”; “n. ausencia de prueba sobre los supuestos que dan origen a la ruptura de la ecuación económica del contrato y la consecuente obligación de restablecimiento; “p. Acaecimiento de riesgos generados por mala práctica”; “q. Acción negativa del concesionario”; “u. Petición no admisible”; “w. Aceptación de los ingresos pactados”; “x. Desconocimiento intencional del desarrollo de Transmetro”.*

*Octavo. Como consecuencia de la declaración de nulidad parcial del contrato de concesión, condenar a TRANSMETRO S.A.S. a pagar a RECAUDOS SIT BARRANQUILLA S.A., una vez ejecutoriado el presente laudo, la suma de CINCUENTA Y SIETE MIL CIENTO TREINTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS CATORCE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS ($57.138.914.999), a título de compensación a punto de no pérdida, con el fin de restituir al concesionario al estado en que se hallaría si no hubiesen existido las cláusulas abusivas.*

*Noveno. El cumplimiento del presente laudo por parte de TRANSMETRO S.A.S. se regirá por lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*

*Décimo. Denegar la pretensión de incumplimiento por parte de TRANSMETRO S.A.S. de las cláusulas 6.1, 6.2, 6.3, 6.4, 6.6, 6.7, 6.8, 6.9, 6.10, 6.11, 6.12, 6.13 y 6.14, 14.1, 14.2, 14.3, 14.4., 14.5, 14.6, 14.7, 14.8, 15, 19, 22.1, 22.5, 23, 25, 28, 29, 33.2, 33.3, y 33.4, 34, 48 y 49 y de los artículos 3, 5, 6 y 7 de la Resolución 051 de 2010.*

*Décimo primero. Declarar el incumplimiento por parte de TRANSMETRO S.A.S. de su obligación de remuneración de RECAUDOS SIT BARRANQUILLA S.A. en los términos de las cláusulas 6.5, 33.1, 44 y 45 del contrato de concesión.*

*Décimo segundo. Denegar las pretensiones de incumplimiento por parte de TRANSMETRO S.A.S. de sus obligaciones contractuales en materia de cálculo y recomendación de tarifas técnicas y de tarifas al usuario, de incorporación de flota, de chatarrización y reestructuración de rutas paralelas del sistema de transporte colectivo y entrega de infraestructura de estaciones y portales del sistema Transmetro.*

*Décimo tercero. Denegar la pretensión tercera principal.*

*Décimo cuarto. Denegar la pretensión cuarta principal.*

*Décimo quinto. Denegar la pretensión quinta principal.*

*Décimo sexto. Denegar la pretensión sexta principal.*

*Décimo séptimo. Abstenerse de resolver las pretensiones subsidiarias de la parte convocante por haber prosperado parcialmente las pretensiones primera y segunda principal.*

*EN RELACIÓN CON LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN*

*Décimo octavo. Declarar probada la excepción denominada “Fuerza Mayor”, formulada por parte convocada en reconvención al señalar que no puede y no debe asumir las funciones de vigilancia y seguridad pública atribuidas por la Constitución Política y la ley a las autoridades públicas más precisamente a la Policía Nacional.*

*Décimo noveno. Negar parcialmente la parte de la pretensión primera contenida en el numeral (i) de la demanda de reconvención, en lo que se refiere a las funciones de vigilancia y seguridad pública que no le corresponde cumplir a RECAUDOS SIT BARRANQUILLA.*

*Vigésimo. Declarar que la sociedad RECAUDOS SIT BARRANQUILLA incumplió sus obligaciones asumidas en relación con la vigilancia privado en los términos pactados en* (sic) *contrato de concesión, con el contenido y alcance resultantes de la normatividad vigente al momento de su celebración, conforme a lo solicitado parcialmente en la parte de la pretensión primera contenida en el numeral i) de la demanda de reconvención.*

*Vigésimo primero. Declarar no probada la excepción de pago formulada por parte convocada en reconvención en relación con la parte de la pretensión primera contenida en los numerales (ii) y (iii) de la demanda de reconvención.*

*Vigésimo segundo. Declarar que la sociedad RECAUDOS SIT BARRANQUILLA incumplió sus obligaciones asumidas en relación con el suministro en forma completa de los servicios de comunicación y del suministro del subsistema de radiocomunicaciones móviles digitales de estándar TETRA abierto y multifabricante, en los términos pactados en contrato de concesión, conforme a lo solicitado parcialmente en la parte de la pretensión primera contenida en los numerales (i) y (iii) de la demanda de reconvención.*

*Vigésimo tercero. Declarar que sociedad RECAUDOS SIT BARRANQUILLA incumplió sus obligaciones relacionadas con la operación de recaudo de los ingresos del Sistema Integral de Transporte Masivo TRANSMETRO consistentes en responder por todo tipo de fraude de acuerdo con la legislación aplicable, asociado a los medios de pago así como con la ejecución del contrato de concesión y asumir económicamente la responsabilidad derivada por: (i) Todo recaudo proveído por el CONCESIONARIO; (ii) el fraude asociado a las aplicaciones administradas por el CONCESIONARIO; y, (iii) el fraude asociado al ingreso de pasajeros a las estaciones a cargo del CONCESIONARIO sin medio de pago, según lo previsto en las cláusulas 9.5 y 109 del contrato de concesión, conforme a lo solicitado parcialmente en la parte de la pretensión primera contenida en el numeral (iv) de la demanda de reconvención.*

*Vigésimo cuarto. Denegar la parte de la pretensión primera contenida en el numeral (v) de la demanda de reconvención.*

*Vigésimo quinto. Declarar no probada la excepción de pago formulada por la parte convocada en reconvención en relación con la parte de la pretensión primera contenida en el numeral (vi) de la demanda de reconvención.*

*Vigésimo sexto. Declarar que sociedad RECAUDOS SIT BARRANQUILLA incumplió sus obligaciones relacionadas con el suministro de la Solución de Tecnología del Sistema de Gestión y Control de la Operación exigida en el contrato de concesión, conforme a lo solicitado en la parte de la pretensión primera contenida en el numeral (vi) de la demanda de reconvención.*

*Vigésimo séptimo. Declarar que la sociedad RECAUDOS SIT BARRANQUILLA incumplió sus obligaciones relacionadas con el suministro de funcionalidad del “Sistema” utilizado para liquidar semanalmente los kilómetros recorridos de los autobuses del Sistema Integral de Transporte Masivo Trasmetro, en los términos exigidos en el contrato de concesión, conforme a lo solicitado en la parte de la pretensión primera contenida en el numeral (vii) de la demanda de reconvención.*

*Vigésimo octavo. Declarar que sociedad RECAUDOS SIT BARRANQUILLA incumplió sus obligaciones relacionadas con el suministro de la funcionalidad de reportes en línea de eventos de operación del Sistema Integrado de Transporte Masivo, en los términos exigidos en el contrato de concesión, conforme a lo solicitado en la parte de la pretensión primera contenida en el numeral (viii) de la demanda de reconvención.*

*Vigésimo novena. Denegar la parte de la pretensión primera contenida en el numeral (ix) de la demanda de reconvención.*

*Trigésimo. Declarar que sociedad RECAUDOS SIT BARRANQUILLA incumplió sus obligaciones relacionadas con el suministro de la funcionalidad de aplicación visual en estaciones en los términos exigida en el contrato de concesión, conforme a lo solicitado en la parte de la pretensión primera contenida en el numeral (x) de la demanda de reconvención.*

*Trigésimo primero. Declarar probada la excepción de pago formulada por la parte convocada en reconvención en relación con la parte de la pretensión primera contenida en el numeral (xi) de la demanda de reconvención.*

*Trigésimo segundo. Denegar la parte de la pretensión primera contenida en el numeral (xi) de la demanda de reconvención.*

*Trigésimo tercero. Denegar la parte de la pretensión primera contenida en el numeral (xii) de la demanda de reconvención.*

*Trigésimo cuarto. Denegar la parte de la pretensión primera contenida en el numeral (xiii) de la demanda de reconvención.*

*Trigésimo quinto. Denegar la parte de la pretensión primera contenida en los numerales (xiv) y (xv) de la demanda de reconvención.*

*Trigésimo sexto. Declarar que sociedad RECAUDOS SIT BARRANQUILLA incumplió sus obligaciones relacionadas con el suministro de la funcionalidad apta para generar informes con fechas de corte seleccionadas por el usuario y la implementación del subsistema de consulta web origen-destino exigidas en el contrato de concesión, conforme a lo solicitado en la parte de la pretensión primera contenida en los numerales (xvi) y (xvii) de la demanda de reconvención.*

*Trigésimo séptimo. Declarar no probada la excepción de pago formulada por la parte convocada en reconvención en relación con la parte de la pretensión primera contenida en el numeral (xviii) de la demanda de reconvención.*

*Trigésimo octavo. Declarar que sociedad RECAUDOS SIT BARRANQUILLA incumplió sus obligaciones relacionadas con la instalación de 120 puntos de venta y recarga de tarjetas externos exigida en el contrato de concesión de acuerdo con la implementación gradual del sistema, conforme a lo solicitado en la parte de la pretensión primera contenida en el numeral (xviii) de la demanda de reconvención.*

*Trigésimo noveno. Denegar la parte de la pretensión primera contenida en el numeral (xix) de la demanda de reconvención.*

*Cuadragésimo. Declarar que sociedad RECAUDOS SIT BARRANQUILLA incumplió parcialmente sus obligaciones relacionadas con la implementación de la herramienta para la consulta de recaudo exigidas en el contrato de concesión, conforme a lo solicitado en la parte de la pretensión primera contenida en el numeral (xx) de la demanda de reconvención.*

*Cuadragésimo primero. Denegar la parte de la pretensión primera contenida en el numeral (xxi) de la demanda de reconvención.*

*Cuadragésimo segundo. Denegar la parte de la pretensión primera contenida en el numeral (xxii) de la demanda de reconvención.*

*Cuadragésimo tercero. Denegar la parte de la pretensión primera contenida en el numeral (xxiv) de la demanda de reconvención.*

*Cuadragésimo cuarto. Declarar probada la excepción de pago formulada por la parte convocada en reconvención en relación con la parte de la pretensión primera contenida en el numeral (xxiv) de la demanda de reconvención.*

*Cuadragésimo quinto. Denegar la parte de la pretensión primera contenida en el numeral (xxiv) de la demanda de reconvención.*

*Cuadragésimo sexto. Denegar la pretensión segunda de la demanda de reconvención.*

*Cuadragésimo séptimo. Denegar la pretensión tercera de la demanda de reconvención.*

*Cuadragésimo octavo. Declarar no probadas la excepción de ruptura del equilibrio financiero del contrato formulada en el numeral de la contestación de la demanda de reconvención en relación con la pretensión cuarta contenida en la demanda de reconvención.*

*Cuadragésimo noveno. Denegar la pretensión cuarta de la demanda de reconvención.*

*Quincuagésimo. Declarar no probadas las excepciones de contrato no cumplido formuladas en el numeral 3 de la contestación de la demanda de reconvención en relación con la pretensión quinta contenida en la demanda de reconvención.*

*Quincuagésimo primero. Denegar la pretensión quinta de la demanda de reconvención.*

*Quincuagésimo segundo. Declarar que las sociedades ANGELCOM S.A., SISTEMAS ASESORÍA Y REDES S.A., TELEDIFUSIÓN SMART SOLUTIONS S.A.S, TIANJINIC CARD PUBLIC NETWORK SYSTEM CO, LTD y STRATIS LTDA., son, en cada caso, deudoras solidarias responsables por el incumplimiento y ejecución del contrato de concesión n.° TM 300-004-07, conforme a lo solicitado en las pretensiones sexta a décima de la demanda de reconvención.*

*Quincuagésimo tercero. Declarar que las declaraciones sobre incumplimiento del contrato de concesión TM 300-004-007 y sus consecuencias, salvo condenas que no fueron impuestas -que de conformidad con este laudo correspondan a la sociedad RECAUDOS SIT BARRANQUILLA S.A., también son atribuibles y exigibles a las sociedades ANGELCOM S.A., SISTEMAS ASESORÍA Y REDES S.A., TELEDIFUSIÓN SMART SOLUTIONS S.A.S, TIANJINIC CARD PUBLIC NETWORK SYSTEM CO, LTD y STRATIS LTDA., según lo solicitado en las pretensión décima primera de la demanda de reconvención, y, denegar el resto de la pretensión en lo que se refiere a condenas.*

*Quincuagésimo cuarto. Denegar la pretensión décima segunda de la demanda de reconvención.*

*Quincuagésimo quinto. Denegar la pretensión décima tercera de la demanda de reconvención.*

**I. ANTECEDENTES**

**1.1. El contrato**

El 20 de febrero de 2008, Transmetro S.A., actualmente Transmetro S.A.S.[[1]](#footnote-1), y Recaudados SIT Barranquilla S.A. suscribieron el contrato de concesión TM300-004-07 para la operación y explotación del Sistema de Recaudo y suministro del Sistema de Gestión y Control de la Operación del Sistema de Transporte Masivo de pasajeros llamado Transmetro del Distrito de Barranquilla y su Área Metropolitana, Fase I (c. de pruebas n.° 1). Su objeto se definió así (fl. 30, c. de pruebas n.° 1):

*El objeto del presente contrato es la operación y explotación del Sistema de Recaudo y Suministro del Sistema de Gestión y Control de la Operación del Sistema Transmetro del Distrito de Barranquilla y su Área Metropolitana en su Fase I, a EL CONCESIONARIO por su cuenta y riesgo y bajo la vigilancia y control de TRANSMETRO S.A.*

*El alcance del objeto anteriormente descrito comprende pero no se limita a:*

*1.1. El diseño, suministro, implementación, mantenimiento, reposición, soporte y actualización tecnológica y la operación del Sistema de Recaudo del Sistema de Transmetro en su Fase I.*

*1.2. El diseño, suministro, implementación, mantenimiento, reposición, soporte y actualización tecnológica del Sistema de Gestión y Control de la Operación del Sistema Transmetro en su Fase I.*

*1.3. La realización de las actividades de recaudo de los recursos que se generen por la venta del pasaje por el uso del Sistema Transmetro en su Fase I.*

*1.4. La administración de la infraestructura recibida en forma no exclusiva para la instalación y mantenimiento del Sistema de Gestión y Control de la Operación.*

**1.2. El pacto arbitral**

En la cláusula 179 del contrato en estudio se pactó que *“cualquier divergencia que surja entre las partes con ocasión de la celebración, interpretación o liquidación de este contrato, que no sea posible solucionar amigablemente, mediante arreglo directo o conciliación, será dirimida por un Tribunal de Arbitramento”*. En la misma estipulación se fijaron las reglas para la aplicación de dicho acuerdo (fls. 178 y 179, c. pruebas n.° 1).

**1.3. La demanda arbitral**

El 21 de enero de 2013 (fl. 178, c. 4), la sociedad Recaudos SIT Barranquilla S.A., presentó solicitud de convocatoria de Tribunal de Arbitramento y demanda ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Barranquilla, con el fin de solucionar las diferencias surgidas dentro del contrato de concesión n.° TM-300-004-07 del 20 de febrero de 2008 (fls. 1 a 66, c. ppal 1). Al efecto, solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (fls. 518 a 521, c. ppal 1)[[2]](#footnote-2):

*Pretensiones principales:*

*1. Que se declare que TRANSMETRO S.A.S. ha incumplido el contrato de concesión n.° TM300-004-07 de 20 de febrero de 2008; en especial, las cláusulas 6, 14, 15, 19, 22.1, 22.5, 23, 25, 28, 29, 33, 34, 44, 45, 48 y 49, así como la resolución n.° 51-10 del Área Metropolitana de Barranquilla, artículos 3, 5, 6 y 7.*

*2. Que se declare que TRANSMETRO S.A.S. ha incumplido sus obligaciones contractuales en materia de cálculo y recomendación de tarifas técnicas y de tarifas al usuario, de remuneración al contratista, de incorporación total de flota, de chatarrización y reestructuración de rutas paralelas del sistema de transporte colectivo y de entrega de infraestructura de estaciones y portales del Sistema Transmetro.*

*3. Que, en consecuencia, a título de indemnización, se obligue a TRANSMETRO S.A.S. a reconocer y pagar los siguientes conceptos a favor de RECAUDOS SIT BARRANQUILLA S.A.:*

*a. Por concepto de restablecimiento del equilibrio económico del contrato de concesión n.° TM300-004-07 del 20 de febrero de 2008, la suma de $39.071.486.332, correspondiente a la diferencia entre los ingresos autosostenibles que mi cliente debía recibir en ejecución de las actividades concedidas y las sumas que efectivamente se le pagaron en ejecución de las mismas, entre 2010 agosto de 2013.*

*b. Por concepto de gastos de honorarios del promotor del proceso de reestructuración empresarial adelantado ante la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, bajo el rad. n.° 68814, la suma de $114.240.000.*

*c. Por concepto de funcionalidades adicionales insolutas instaladas en beneficio de la entidad concedente, la suma de $2.667.180.159.*

*d. Se reconozcan, a favor de mi cliente, todos los demás perjuicios patrimoniales sufridos por mi poderdante, debido al incumplimiento del contrato, que resulten demostrados en este proceso.*

*4. Que, como consecuencia del incumplimiento declarado por el Tribunal de Arbitramento, y dada la falta de recursos residuales para la aplicación de la fórmula de remuneración consagrada en el numeral 2 de la cláusula 45 del contrato, se ordene a TRANSMETRO S.A.S., en lo sucesivo y hasta la terminación de la concesión, aplicar la fórmula 1 de la cláusula 45 del contrato con base en la demanda esperada de pasajeros.*

*5. Que se condene a TRANSMETRO S.A.S. a pagar a RECAUDOS SIT BARRANQUILLA S.A., sobre las sumas de dinero a las que sea condenada por concepto de perjuicios, la correspondiente indexación, calculada desde el momento en que se produjo el daño y hasta que se haga efectivo su pago.*

*6. Que se condene a TRANSMETRO S.A.S., a pagar a RECAUDOS SIT BARRANQUILLA S.A., sobre las sumas de dinero a que sea condenado por concepto de perjuicios, los correspondientes intereses, calculados con base en la tasa máxima de interés permitida por la ley y desde la fecha en que la entidad accionada sea condenada, hasta que se haga efectivo su pago.*

*7. Se condene a TRANSMETRO S.A.S., en condición de parte vencida, al pago de los gastos que ocasione el Tribunal de Arbitramento, a las demás costas que genere el presente proceso y a las agencias en derecho, en la cuantía que resulte de las bases que se prueben en el curso del proceso; según la cláusula 179 del contrato, modificado por el otrosí n.° 08 de 1 de octubre de 2012.*

*2. Pretensiones subsidiarias*

*1. Que se declare que TRANSMETRO S.A.S. ha causado la ruptura de la ecuación económica y financiera del contrato de concesión n.° TM-300-004-0 de 20 de febrero de 2008, en perjuicios de RECAUDOS SIT BARRANQUILLA S.A.*

*2. Que se declare que dicha ruptura obedece a que TRANSMETRO S.A.S. ha incumplido sus obligaciones contractuales en materia de cálculo y recomendación de tarifas técnicas y tarifas al usuario, de remuneración al contratista, de incorporación total de flota, de chatarrización y restructuración de rutas paralelas del sistema de transporte colectivo y de entrega de infraestructura de estaciones y portales del Sistema Transmetro.*

*3. Que, en consecuencia, se restablezca la ecuación financiera del contrato mediante el reconocimiento y pago de la suma de $39.071.486.332, correspondiente a la diferencia entre los ingresos autosostenibles que mi cliente debía recibir en ejecución de las actividades concedidas y las sumas que efectivamente se le pagaron en ejecución de las mismas, entre 2010 y agosto de 2013.*

*4. Que, como consecuencia de la ruptura de la ecuación contractual declarada por el Tribunal de Arbitramento, y dada la falta de recursos residuales para la aplicación de la fórmula de remuneración consagrada en el numeral 2 de la cláusula 45 del contrato, se ordene a TRANSMETRO S.A.S., en los sucesivo y hasta la terminación de la concesión, aplicar la fórmula 1 de la cláusula 45 del contrato con base en la demanda esperada de pasajeros.*

*5. Que, accesoriamente, a título de indemnización, se obligue a TRANSMETRO S.A.S. a reconocer y pagar los siguientes conceptos a favor de RECAUDOS SIT BARRANQUILLA S.A.:*

*a. Por concepto de gastos de honorarios del promotor del proceso de reestructuración empresarial adelantado ante la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, bajo el rad. n.° 68814, la suma de $114.240.000.*

*b. Por concepto de funcionalidades adicionales insolutas instaladas en beneficio de la entidad concedente, la suma de $2.667.180.519.*

*c. Se reconozca todos los perjuicios patrimoniales sufridos por mi poderdante debido al rompimiento del equilibrio económico y al incumplimiento del contrato, que resulten probados en el proceso.*

*6. Que se condene a TRANSMETRO S.A.S., a pagar a RECAUDOS SIT BARRANQUILLA S.A., sobre las sumas de dinero a que sea condenado por concepto de restablecimiento del equilibrio contractual y de perjuicios, la correspondiente indexación, calculada desde el momento en que se produjo el menoscabo y hasta que se haga efectivo su pago.*

*7. Que se condene a TRANSMETRO S.A.S., a pagar a RECAUDOS SIT BARRANQUILLA S.A., sobre las sumas de dineros a que sea condenado por concepto de restablecimiento del equilibrio contractual y de perjuicios, los correspondientes intereses, calculados con base en la tasa máxima de interés permitida por la ley y desde la fecha en que la entidad accionada sea condenada, hasta que se haga efectivo su pago.*

*8. Se condene a TRANSMETRO S.A.S., en condición de parte vencida, al pago de los gastos que ocasione el Tribunal de Arbitramento, a las demás costas que genere el presente proceso y a las agencias en derecho, en la cuantía que resulte de las bases que se prueben en el curso del proceso; según la cláusula 179 del contrato, modificada por el otrosí n.° 08 de 1 de octubre de 2012.*

**1.4. La causa de la solicitud**

Las pretensiones se sustentan en la situación fáctica que se resume así (fls. 490 a 518, c. ppal 1):

1.4.1. En los pliegos de condiciones de la Licitación Pública n.° LPI-TM300-04-07, cuya finalidad era la concesión de la operación y explotación del Sistema de Recaudo y Suministro del Sistema de Gestión y Control de la Operación del Sistema de Transporte Masivo de pasajeros llamado Transmetro del Distrito de Barranquilla y su Área Metropolitana, Fase I, en la cual participó la sociedad convocante y resultó adjudicataria, se calcularon varios escenarios proyectivos del nivel de demanda y de las correspondientes tarifas del Sistema Transmetro de Barranquilla.

Así fue como en el documento CONPES 3306 del 2 de septiembre de 2004 del Departamento Nacional de Planeación se proyectó que el referido sistema atendería el 28% de la demanda de transporte de la ciudad de Barranquilla, en un número de 1.133.674 viajes por día; ese documento a su vez se apoyó en el estudio de diseño conceptual contratado por el Distrito de Barranquilla con el Consorcio ETT S.A.-Pablo Bocarejo Ingenieros Consultores, elaborado en el año de 2002; al tiempo el memorando informativo de Transmetro S.A. del 3 de septiembre de 2007 afirmó que el sistema estaría en condiciones de atender 1.255.000 pasajeros diarios, con una cobertura del 26%, para una demanda estimada de 318.500 pasajeros por día, y, finalmente, el estudio de la banca de inversión de la firma Profesionales de Bolsa S.A., a través de indicadores de predio, estimó que, en el 2009, el concesionario de recaudo y control recibiría, por concepto de pasajes, un monto de $12.592.590.354, con una tarifa aproximada de $146 (sic), en un periodo anual de 284 días, para una demanda de 303.700 pasajeros por día.

1.4.2. El contrato de concesión TM300-004-2007, suscrito entre la convocante y la convocada, como resultado del proceso de selección arriba referido, se fundó en las advertidas proyecciones de pasajeros. Igualmente, en la concesión se impuso la obligación a Transmetro de asumir la variación de las tarifas por hechos imputables a la administración (cláusulas 44, 106 y 1.109), al mismo tiempo se pactó que el contratista asumiera todos los riesgos de la operación (cláusula 104); la movilización de pasajeros no correspondió a la proyectada y tampoco los pagos cubrieron los costos adicionales generados por este desfase, incluso, las tarifas se redujeron.

1.4.3. A su vez, según la convocante, la convocada incumplió los artículos 5, 6 y 7 de la resolución n.° 051-10 del 23 de febrero de 2010, proferida por la Dirección del Área Metropolitana de Barranquilla, que, en su orden, imponían la (i) reducción de la capacidad transportadora de las empresas de transporte público colectivo de pasajeros, (ii) así como la restricción de circulación del transporte público colectivo urbano e intermunicipal por las troncales del sistema Transmetro y (iii) la reestructuración de las rutas que ingresen a la ciudad de Barranquilla desde los municipios de su área metropolitana. El incumplimiento fue tan evidente, a juicio de la convocante, que se interpuso una acción judicial encaminada a su implementación, la cual se encontraba en curso al momento de la presentación de la demanda.

1.4.4. Además, la convocada desconoció su componente obligacional e impuso cargas económicas a su contratista que no debía soportar al ordenar la iniciación de la etapa de operación sin que se incorporara toda la flota del sistema, en la forma gradual que se dejó plasmada en el otrosí n.° 4 del 12 de abril de 2010, sin determinar el número de estaciones entregadas, el inicio proceso de chatarrización, la entrega de la infraestructura y la eliminación de rutas paralelas y de las rutas en funcionamiento del sistema.

1.4.5. Igualmente, el contratista desarrolló e implementó otras funcionalidades del sistema que no estaban pactadas, frente a las cuales también dio su soporte y mantenimiento, sin que fueran reconocidas y pagadas por la convocada.

1.4.6. La convocante ha puesto en conocimiento de la convocada estas situaciones que impactan negativamente la economía del contrato en un monto de $41.853.206.921, a tal punto que la han llevado a un proceso de reestructuración. Para su reconocimiento recurrió incluso al mecanismo de la conciliación, sin que se lograra ningún resultado.

**1.5. Integración del Tribunal de Arbitramento y admisión de la demanda**

El 1 de febrero de 2013 se declaró instalado el Tribunal de Arbitramento y se admitió la demanda (fls. 111 a 115 y 150 a 161, c. ppal 1).

**1.6. La oposición de la convocada**

Transmetro S.A.S. (fls. 166 a 199, c. ppal 1 y 631 a 702, c. ppal 2) se opuso a las pretensiones de la demanda, para lo cual sostuvo que la convocante debía demostrar los incumplimientos alegados. En todo caso, llamó la atención sobre la falta de identificación de los cargos de incumplimiento en la demanda, así como su imputabilidad y los perjuicios reclamados. También advirtió que esas mismas falencias eran predicables de los hechos imprevisibles y anormales. Finalmente, aseguró que la demandada siempre cumplió con su débito contractual.

Afirmó que los valores reclamados en la demanda desbordaron el marco contractual, además que no tienen pruebas que los respalden. Así, puso como ejemplo el valor reclamado por los honorarios del liquidador de la sociedad convocante, generados por la iniciación del proceso de restructuración, cuyo fundamento son las prestaciones adicionales insolutas, lo cual deja entrever su naturaleza extracontractual y a su vez la improcedibilidad de la acción contractual.

Sostuvo que la etapa de operación no quedó sujeta al cobro de la tarifa o a la entrega plena de la flota (entendida como el ingreso conjunto de las obras, de las estaciones, de los portales, de los buses y articulados), en tanto en diferentes otrosíes se acordó que el criterio que informaría la iniciación de esa etapa sería la gradualidad, es decir, que paulatinamente se cumplirían los requisitos para su implementación. De lo anterior se beneficiaron ambas partes, en tanto la convocante también tenía pendiente el cumplimiento de sus obligaciones para la iniciación de esa misma etapa. Lo anterior se formalizó a través de sendos contratos adicionales en los que se dejaron a salvo reclamaciones posteriores, como las que aquí se hacen.

Igualmente, señaló que la pretensión cuarta de la demanda supone la modificación del contrato por parte del juez. Lo anterior si se tiene en cuenta que el esquema de remuneración del contratista consiste en una participación, que puede ser variable, sobre los ingresos del sistema provenientes del pago de la tarifa cobrada a los usuarios, sin una demanda estimada de pasajeros, como se pretende en la demanda. Con todo, aclaró que los cálculos sobre el promedio de usuarios fueron aproximaciones que están sujetas a un margen de variación.

Estimó que la variación de las tarifas debía ser asumida por el contratista, en tanto es un riesgo que le fue asignado y, además, la tarifa no la fijaba Transmetro, sino la autoridad competente; agregó que los incumplimientos de la convocante impactaron negativamente la operación. En efecto, el contratista se sustrajo a la implementación de los puntos de venta y de recarga de las tarjetas que requieren los usuarios para utilizar el sistema de transporte, de manera que es improcedente el reconocimiento de los perjuicios reclamados, toda vez que fueron determinados por el comportamiento de quien demanda.

Igualmente, advirtió que fueron archivadas las investigaciones adelantadas por la Contraloría General de la República por las supuestas irregularidades en la aplicación y cambio de las fórmulas tarifarias advertidas por la convocante.

De otro lado, señaló que, a su juicio, el numeral 1 de la cláusula 45 del contrato de concesión, cuya aplicación pretende la convocante, sólo es posible de atender cuando los ingresos del período liquidado son suficientes para remunerar a todos los agentes del sistema y a los concesionarios de la operación de transporte. Al tiempo, el numeral 2 de la cláusula en cita, que fue la aplicada, corresponde a aquellos eventos en los que los ingresos del periodo liquidado no cubren la totalidad de los costos, como ocurrió durante la ejecución del contrato en estudio.

Propuso como excepciones (i) la falta de jurisdicción y competencia del Tribunal, habida cuenta que las mismas pretensiones formuladas en sede arbitral fueron solicitadas ante la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la acción popular radicada bajo el n.° 25000-23-21-000-2012-00663-00. Igualmente, existe otro proceso de controversias contractuales donde se pretende la nulidad de varias resoluciones que impusieron unas multas a la convocante, el cual cursa ante el Juzgado Décimo Administrativo Oral de Barranquilla con el radicado n.° 08-001-33-33-010-2012-00064-00. Lo expuesto, a juicio de la convocada, desplazó la jurisdicción y la competencia del juez arbitral; además, sostuvo que como existen reclamaciones que carecen de respaldo contractual, como las obras adicionales, la acción procedente resultaba ser la de reparación directa, que no fue la ejercida, razón por la cual se impone declarar esa irregularidad probada, de asumirse la competencia.

Igualmente, la convocada formuló (ii) la falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que la convocante le imputa a la convocada incumplimientos que desbordan sus funciones, tales como la reestructuración de rutas, la reducción de la oferta del parque automotor del servicio público de transporte colectivo de pasajeros y la fijación de la tarifa del usuario, en tanto corresponden a las autoridades de tránsito y transporte.

De la misma manera, la convocada alegó (iii) el incumplimiento de la convocante, presupuesto necesario para demandar a su vez el incumplimiento de su contraparte. De esa forma, estimó improcedentes las pretensiones de fondo.

(iv) La asunción de todos los riesgos por parte de la convocante que la convocada no asumió expresamente en el contrato, razón por lo cual las reclamaciones de la demanda lo único que pretenden es una reasignación de los riesgos, lo cual resulta inviable en sede judicial.

(v) La ausencia de pruebas que demuestren el desequilibrio causado con el modelo económico empleado en la concesión y de otro cualquier desequilibrio.

(vi) La renuncia contenida en los otrosíes 1, 2 y 4 frente a las reclamaciones aquí formuladas, lo cual comporta a su vez el desconocimiento del principio de buena fe y, por consiguiente, una actuación de mala fe.

(vii) La aceptación de los ingresos pactados al suscribir el contrato de concesión, así como a la disponibilidad de los recursos.

(viii) El hecho de la víctima, en tanto fue el incumplimiento de la convocante la que determinó la situación económica de la concesión y determinó la ocurrencia de los riesgos reclamados.

(ix) El hecho de un tercero, teniendo en cuenta que las pretensiones se fundamentan en actuaciones de otras autoridades.

(x) La inexistencia de los perjuicios alegados.

(xi) El cumplimiento del contrato por parte de la convocada, además que sus obligaciones eran de medio y no de resultado.

(xii) La ausencia de causalidad entre los hechos que se alegan como causantes del desequilibrio y los perjuicios reclamados, tales como el pago de los gastos de la liquidación, en tanto este último no tiene un claro origen en el incumplimiento demandado.

(xiii) La falta de demostración de los elementos de la teoría del hecho del príncipe, toda vez que el incremento de las tarifas es competencia de una autoridad diferente a la contratante.

(xiv) Los perjuicios solicitados en la demanda van más allá de un punto de no pérdida, lo cual desborda los límites económicos que se pueden reclamar en un desequilibrio contractual.

(xv) La caducidad de la acción si se tiene en cuenta que el incumplimiento alegado se verificó con la entrada de la operación del sistema, esto es, el 9 de julio de 2010 y la demanda se presentó dos años después.

(xvi) Pago total de lo acordado y, por consiguiente, inexistencia de la obligación de pago a cargo de la demandada.

**1.7. La demanda de reconvención[[3]](#footnote-3)**

1.7.1. Dentro de la demanda de reconvención se formularon las siguientes pretensiones (fls. 201 a 225, c. ppal 1):

*PRIMERA: Se declare que la sociedad RECAUDOS SIT BARRANQUILLA S.A. incumplió las obligaciones contraídas con la suscripción del contrato de concesión TM 300-004-07 celebrado con la demandante en reconvención, por cuanto desatendió o cumplió de manera defectuosa y/o tardía, las siguientes obligaciones* (se hace un listado de las que a su juicio constituyen obligaciones incumplidas).

*SEGUNDA: Se declare que la sociedad RECAUDOS SIT BARRANQUILLA S.A.S. no desarrolló de manera diligente las operaciones de control y recaudo de los dineros productos del pago de los pasajes del Sistema Integrado de Transporte Masivo “Transmetro”, según fueron establecidas en el contrato de concesión TM 300-004-07.*

*TERCERA: Se declare que la sociedad RECAUDOS SIT BARRANQUILLA S.A.S. no desarrolló de manera diligente las acciones de gestión y control sobre la operación del Sistema Integrado de Transporte Masivo “Transmetro”, según fueron establecidas en el contrato TM 300-004-07.*

*CUARTA: Se declare que la sociedad RECAUDOS SIT BARRANQUILLA S.A.S. incumplió con la obligación de asumir los riesgos de la ejecución del contrato de concesión TM 300-004-07 así como adoptar las acciones para su mitigación, trasladando sus consecuencias nocivas al Sistema Integrado de Transporte Masivo Transmetro, y pretendiendo exigir su resarcimiento del ente gestor y administrador del mismo.*

*Quinta: Se declare que por causa de los incumplimientos la sociedad RECAUDOS SIT BARRANQUILLA S.A.S. antes indicados, se rompió el equilibrio económico del contrato de concesión TM 300-004-07, a consecuencia de lo cual la sociedad TRANSMETRO S.A.S. y el Sistema de Transporte Masivo a su cargo, ha sufrido y se encuentra sufriendo daños y perjuicios, consistentes en:*

*(i) El deterioro ostensible en la operación del Sistema Integrado de Transporte Masivo “Transmetro” y la consecuente disminución de usuarios, de venta de pasajes y afectaciones por ingresos;*

*(ii) La pérdida reflejada en la disminución de los ingresos dejados de percibir por el Sistema Integrado de Transporte Masivo de la ciudad de Barranquilla y su área metropolitana, cuya gestión y control por ley está a cargo de la empresa TRANSMETRO S.A.S.*

*(iii) La no inversión de recursos destinados al cumplimiento de las obligaciones que adquirió el concesionario RECAUDOS SIT BARRANQUILLA S.A.S. bajo el contrato de concesión TM 300-004-07.*

*(iv) Las condenas que por reclamaciones puedan presentar por parte de los concesionarios de obras y concesionarios operadores del Sistema Integrado de Transporte Masivo, atribuibles a acciones y omisiones de la sociedad RECAUDOS SIT BARRANQUILLA S.A.S., sin perjuicio de las responsabilidades que en la causación de los mismos también les corresponde a los demandantes.*

*SEXTA: En virtud del parágrafo tercero (3º) del artículo séptimo (7º) y demás normas concordantes y complementarias de la Ley 80 de 1993, se declare que la sociedad ANGELCOM S.A. es deudora solidaria responsable por el cumplimiento y ejecución del contrato concesión* (sic) *TM 300-004-07.*

*SÉPTIMA: En virtud del parágrafo tercero (3º) del artículo séptimo (7º) y demás normas concordantes y complementarias de la Ley 80 de 1993, se declare que la sociedad SISTEMAS ASESORÍAS Y REDES S.A., es deudora solidaria responsable por el cumplimiento y ejecución del contrato concesión* (sic) *TM 300-004-07.*

*OCTAVA: En virtud del parágrafo tercero (3º) del artículo séptimo (7º) y demás normas concordantes y complementarias de la Ley 80 de 1993, se declare que la sociedad TELEDIFUSIÓN SMART SOLUTIONS S.A.S. es deudora solidaria responsable por el incumplimiento y ejecución del contrato concesión* (sic) *TM 300-004-07.*

*NOVENA: En virtud del parágrafo tercero (3º) del artículo séptimo (7º) y demás normas concordantes y complementarios de la Ley 80 de 1993, se declara que la sociedad TIANJINIC CARD PUBLIC NETWORK SYSTEM CO., LTD es deudora solidaria responsable por el cumplimiento y ejecución del contrato concesión* (sic) *TM 300-004-07.*

*DÉCIMA: En virtud del parágrafo tercero (3º) del artículo séptimo (7º) y demás normas concordantes y complementarias de la Ley 80 de 1993, se declare que la sociedad STRATIS LTDA., es deudora solidaria responsable por el cumplimiento y ejecución del contrato concesión* (sic) *TM 300-004-07.*

*DÉCIMA PRIMERA: Que en virtud de las declaraciones a que se refieren las pretensiones sexta a décima anteriores, las declaraciones sobre incumplimiento del contrato de concesión TM 300-004-07, sus consecuencias y las condenas que por tal razón se impongan a la sociedad RECAUDOS SIT BARRANQUILLA S.A.S. en el laudo que defina esta demanda, también son atribuibles y exigibles a las sociedades ANGELCOM S.A., SISTEMAS ASESORÍAS Y REDES S.A., TELEDIFUSIÓN SMART SOLUTIONS S.A.S., TIANJINIC CARD PUBLIC NETWORK SYSTEM CO., LTDA y STRATIS LTDA.*

*DÉCIMA SEGUNDA: Como consecuencia de las anteriores declaraciones, así como de los incumplimientos declarados, para efectos de restablecer el equilibrio económico del contrato de concesión TM 300-004-07, se solicita se condene a las sociedades RECAUDOS SIT BARRANQUILLA S.A.S., SISTEMAS ASESORÍAS Y REDES S.A., ANGELCOM S.A., TELEDIFUSIÓN SMART SOLUTIONS S.A.S, TIAJINIC CARD TRANSMETRO S.A.S. como deudores solidarios, los daños y perjuicios que por concepto de daño emergente y lucro cesante se acrediten en el proceso y sean tasados mediante un dictamen pericial, y en particular los relacionados con las afectaciones por menores ingresos al Sistema de Transporte Masivo, derivado de los incumplimientos alegados.*

*DÉCIMA TERCERA: Se condene a las sociedades RECAUDOS SIT BARRANQUILLA S.A.S., ANGELCOM S.A., SISTEMAS ASESORÍAS Y REDES S.A., TELEDIFUSIÓN SMART SOLUTIONS S.A.S., TIANJINIC CARD PUBLIC NETWORK SYSTEM CO., LTD Y STRATIS LTDA, a efectuar el pago actualizado de las sumas de condena que se decreten en su contra y a favor de Transmetro S.A.S., así como al pago de los intereses corrientes y de mora que sobre dichas sumas se liquiden judicialmente a partir del momento en que se hicieron exigibles.*

*DÉCIMA CUARTA: Se condene a las sociedades RECAUDOS SIT BARRANQUILLA S.A.S., ANGELCOM S.A., SISTEMAS ASESORÍAS Y REDES S.A., TELEDIFUSIÓN SMART SOLUTIONS S.A.S., TIANJINIC CARD PUBLIC NETWORK SYSTEM CO., LTD y STRATIS LTDA., al pago de costas y agencias en derecho a que haya lugar.*

1.7.2. La causa *petendi* de las anteriores pretensiones giró alrededor del contrato de concesión TM 300-004-07 del 20 de febrero de 2008, suscrito entre Transmetro S.A.S. y la sociedad Recaudos SIT Barranquilla S.A., previa licitación pública, a través del cual la primera le otorgó a la segunda la operación y explotación del sistema de recaudo, así como el suministro del sistema de gestión y control de la operación del Sistema de Transporte Masivo,Transmetro, de la ciudad de Barranquilla y su área metropolitana.

A los dos años de ejecución del contrato de concesión, Recaudos SIT le manifestó a Transmetro la inviabilidad financiera del sistema de transporte, pero lo que se evidenciaba era su propia incapacidad para asumir las obligaciones de la concesión. Lo anterior porque esa supuesta inviabilidad se fundamentó en la disminución del número de pasajeros, cuando desde el comienzo la contratista asumió ese riesgo, así como el de implantación del sistema, de infraestructura, mantenimiento, servicios, insumos, recaudo y ganancia. Además, el contratista debía adelantar las obras necesarias para la venta y recarga de tiquetes, vigilar las estaciones sencillas y portales, implantar la red de comunicaciones, controlar el ingreso de los pasajeros y el pago correspondiente, pero incumplió con estas obligaciones, hasta el punto de dar lugar a la imposición de multas.

Finalmente, solicitó la vinculación de las sociedades Angelcom S.A., Sistemas Asesoría y Redes S.A., Teledifusión Smart Solutions S.A.S., Tianjinic Card Públic Network System Co, Ltda y Stratis Ltda., en su calidad de accionistas de la sociedad única Recaudos SIT Barranquilla S.A., en tanto de acuerdo con el parágrafo 3 del artículo 7 de la Ley 80 de 1993 son responsables solidariamente por los perjuicios causados a Transmetro[[4]](#footnote-4).

**1.8. La contestación de la demanda de reconvención**

Recaudos SIT Barranquilla S.A. (fls. 347 a 448, c. ppal 1) se atuvo a lo pactado en el contrato de concesión TM 300-004-07 frente al alcance y cumplimiento de sus obligaciones, al igual que a los argumentos de su demanda.

Precisó que era imposible cumplir con la obligación de implementar el sistema de información por voz, en tanto el mismo comportaba una discriminación para las personas con limitaciones auditivas.

En todo caso, aclaró que las dificultades con el sistema de comunicaciones se encuentran superadas y satisfechas, como lo demuestra el hecho de que algunas soluciones fueron recibidas y usadas por Transmetro; los servicios públicos a cargo del concesionario se cancelaron en su totalidad, como lo demuestran las respectivas facturas; la herramienta de control de la flota y programación también fue debidamente entregada; en cuanto a los puntos de venta, afirmó que se entregaron en una cantidad superior al ingreso de la flota, es decir, por encima de lo pactado; rechazó la supuesta asunción por parte del contratista de todos los riesgos de la concesión, en tanto ello desconoce los principios de la Ley 80 de 1993 que imponen la equivalencia en las prestaciones contractuales, y, finalmente, propuso la excepción de contrato no cumplido, en atención a que fue Transmetro quien se sustrajo de su carga obligacional, si se tiene en cuenta que debía garantizar el número de pasajeros, así como la reducción del parque automotor de otros vehículos de servicio público, la incorporación de la totalidad de la flota del sistema, la entrega de la infraestructura y el mal estado de la que fue entregada y la no aplicación de la fórmula tarifaria que garantizara la autosostenibilidad del sistema.

Par finalizar, señaló que si algunas obligaciones llegaron a incumplirse lo fueron por fuerza mayor, toda vez que no recibió la remuneración pactada.

Además, aclaró que el incumplimiento no puede estructurar una pretensión de desequilibrio contractual, en tanto un presupuesto de este último es que se verifique sin reproche para las partes.

**1.9. Definición de la competencia del Tribunal de Arbitramento**

Dentro de la primera audiencia de trámite, efectuada el 26 de febrero de 2014, el Tribunal de Arbitramento se declaró competente para conocer del asunto. Para el efecto, sostuvo (fls. 797 a 800, c. ppal 2):

*10. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA (…)*

*En el caso sub judice, existe la decisión conjunta de las partes de someter al conocimiento del Tribunal de Arbitramento las controversias expresadas mediante la suscripción de cláusula compromisoria, en la cual las partes consignaron su decisión expresa, clara y espontánea de someter sus diferencias a un tribunal de arbitramento (…).*

*De manera especial y sin perjuicio de lo que se resuelva en el laudo con el cual se ponga término a este proceso con base en el acervo probatorio que se decrete, recaude y valore conforme a la ley, en principio, este Tribunal es competente para conocer de las controversias contractuales sometidas a su consideración por la parte convocante, independientemente de las pretensiones que hubiere formulado mediante el ejercicio de la acción popular que cursa en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, expediente 25000-23-24-000-2012-00663-00, puesto que en presencia de la cláusula arbitral, el juez natural de las controversias contractuales entre las partes es este Tribunal de Arbitramento que habrá de dirimirlas resolviendo sobre los derechos subjetivos de las mismas y no el juez popular que tiene por finalidad la protección y amparo de los derechos colectivos e intereses difusos en los términos del artículo 88 de la Constitución Política y la Ley 472 de 1997, con el alcance y contenidos definidos por la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado.*

*También y sin perjuicio de lo que resuelva en el laudo con el cual se ponga término a este proceso con base en el acervo probatorio que se decrete y recaude conforme a la ley, en principio, este Tribunal es competente también para conocer de las controversias contractuales sometidas a su consideración por la parte convocante, independientemente de las pretensiones que hubiere formulado mediante el ejercicio de las acciones contractuales de anulación y que el Juzgado Décimo Administrativo Oral de Barranquilla hubiere conocido, cuyo contenido y alcance será valorado en la respectiva oportunidad procesal con el fin de no incurrir en violación de la cosa juzgada que ya exista. (…)*

*Así mismo, en tanto y en cuanto el fallo que se profiera debe serlo en derecho, respecto de las pretensiones de las partes que conforme a la valoración que se haga en el laudo llegaren a fundarse en el ejercicio de la actio in rem verso o en la acción de reparación directa, desde ya el Tribunal señala que no es competente para revisarlas y decidirlas por no fundarse en acciones contractuales que es el ámbito de competencia definido por voluntad de las partes en el pacto arbitral al que se ha hecho referencia y que conforme a la ley delimita la competencia del tribunal arbitral.*

La anterior decisión fue notificada en estrados dentro de la mencionada audiencia. La convocada interpuso recurso de reposición. Para el efecto, reiteró los argumentos de su contestación de la demanda, en el sentido de insistir en que las pretensiones formuladas dentro de la acción popular y la acción contractual, ya conocidas, son similares a las formuladas dentro del presente proceso arbitral (fl. 802, c. ppal 2).

Una vez se corrió traslado del recurso a las partes y al Ministerio Público, el Tribunal de Arbitramento reiteró los argumentos de la decisión impugnada (fls. 802 y 803, c. ppal 2).

**1.10. El laudo arbitral recurrido**

1.10.1. El Tribunal de Arbitramento, en audiencia celebrada el 22 de julio de 2015 (fls. 1856 a 2131, c. ppal del recurso de anulación), dictó el laudo que resolvió el presente asunto. Después de efectuar una reseña del proceso, en donde se incluyeron las pretensiones y hechos relevantes, así como el trámite surtido, se hizo unas consideraciones generales sobre el sistema integrado del transporte masivo en la ciudad de Barranquilla. A continuación se abordaron unas consideraciones jurídicas generales, con el fin de definir la naturaleza del contrato en estudio, el cumplimiento e incumplimiento contractual, las diferencias entre el último y el desequilibrio contractual, para lo cual se hizo el desarrollo particular de la equivalencia económica del contrato estatal, el abuso del derecho y las cláusulas abusivas. Frente a estas últimas y sus efectos concluyó (fls. 1912 y 1913, c. ppal 5):

*3.5.3.4. Posición del Tribunal Arbitral (…)*

*Este Tribunal comparte en su integridad este razonamiento y encuentra que la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia como del Consejo de Estado reconocen (sic), que deben proscribirse a través del control judicial las cláusulas abusivas puestas en su conocimiento, a fin de restablecer un equilibrio mínimo en las prestaciones, a través del cual, sin negar la autonomía de la voluntad, se dignifique su ejercicio, con el fin de lograr una verdadera justicia conmutativa en las relaciones negociales.*

*3.5.4. El efecto de las cláusulas abusivas en el contrato estatal*

*El régimen del contrato estatal es simplemente “especial” en frente del régimen general de las obligaciones y de los contratos, como bien lo disponen los artículos 13 y 40 de la Ley 80 de 1993. En ese sentido, sobre todo aquello sobre lo que no haya regulación especial, habrá de aplicarse el régimen general de las obligaciones y de los contratos. Pues bien, este es precisamente el caso, lo que lleva al Tribunal a afirmar que todo lo dicho en materia de abuso del derecho y cláusulas abusivas se predica del contrato estatal. Por eso, el Tribunal considera necesario resaltar los siguientes aspectos:*

*- El Estado es siempre “predisponente” y, en ese sentido, ejerce una “posición dominante contractual”. En ese sentido, debe siempre abstenerse de imponer cláusulas que pueden resultar abusivas debiendo en consecuencia siempre obrar de “buena fe”, velando porque las condiciones bajo las cuales proponga contratar respeten los derechos de los eventuales contratistas.*

*- El mandato legal del “equilibrio económico” implica que tal cometido debe buscarse desde la formulación del contenido contractual. En ese sentido, por ejemplo, pretender trasladar al contratista riesgos anormales o extraordinarios, no cuantificables o indefinidos, resulta ciertamente ser un ejercicio abusivo por parte del predisponente público.*

*- El juez del contrato estatal tendrá entonces la posibilidad de conocer la nulidad de cláusulas abusivas.*

Más adelante, el laudo definió los aspectos procesales, tales como: excepciones, la tacha contra uno de los peritos y las consecuencias de la no exhibición de documentos; después, abordó el tema de la asignación de riesgos. Igualmente, determinó la competencia para analizar la validez del contrato en estudio y enseguida inició el análisis de la validez de las estipulaciones sobre la asignación de riesgos, así:

*El tercer inciso de esta cláusula* (se refiere a la 104) *y en particular la última expresión que aparece subrayada, juntamente con los párrafos iniciales del Capítulo 19, suscitan la inquietud del Tribunal en relación con su validez, dado el desequilibrio irrazonable de la ingeniería contractual a que allí se hace a cargo del concesionario. En ese sentido debe recordarse que al tenor de las normas vigentes a la celebración del contrato (cfr. Num. 1, artículo 5 de la Ley 80 de 1993), debe mantenerse el valor “intrínseco” de la remuneración del contratista durante la vigencia del contrato, sin que él se afecte por circunstancias que no le sean “imputables”. Es este último aspecto de la “imputabilidad”, el que merece ser analizado, en tanto y en cuanto la atribución de los riesgos al contratista no puede en todo caso ser “abusiva”, y lo será ciertamente cuando ellos no puedan ser previstos al momento de ofertar en su probabilidad de ocurrencia y en la extensión de sus efectos, simplemente porque admitir lo contrario iría en contra del expresado mandato del mantenimiento de la remuneración “intrínseca” o, de lo que es lo mismo, de la vigencia del principio rebus sic stantibus.*

*A su vez, la cláusula 1.98 del contrato de concesión define el riesgo de demanda (…).*

*Aquí se detendrá el Tribunal, para observar, que de conformidad con la anterior definición, el denominado “Riesgo de demanda” se refiere a la contingencia que debe soportar el concesionario consistente en las consecuencias negativas sobre la economía contractual derivada de la “estimación” de demanda de pasajeros efectuada al momento de estructurar su propuesta enfrentada a la demanda que se haya verificado en la realidad, durante la ejecución contractual, es decir, se refiere a la contingencia derivada de cálculos desfasados a partir de los cuales estructuró su ofrecimiento.*

*Por su parte, la cláusula 1.103 define el riesgo de implantación del sistema (…).*

*Leída esta previsión contractual, es claro que el “Riesgo de Implantación del Sistema” está asociado a circunstancias o eventos atinentes a la puesta en ejecución del SISTEMA TRANSMETRO, de índole interna o externa al mismo, y que dicho riesgo está asignado al concesionario “de conformidad con las limitaciones previstas en las cláusula 104 del presente contrato”. En ese sentido, aparece manifiesto al Tribunal, el desequilibrio y la onerosidad generada por la asignación al concesionario del “Riesgo de Implantación del Sistema”, pues los “factores internos y externos” a los que alude la cláusula 1.103 evidentemente exceden la órbita empresarial de RECAUDOS SIT BARRANQUILLA S.A., por consistir en aleas externos o anormales a su actividad como lo serían la gradualidad de los procesos de incorporación de la flota, la disponibilidad de flota operativa, la eliminación de la competencia del transporte público colectivo, la reestructuración de rutas, y la gestión propia de las autoridades de tránsito y transporte, riesgos estos que en virtud de los principios de justicia conmutativa y buena fe se asignan a la entidad pública contratante. (…)*

*Leídas y analizadas con detenimiento las anteriores cláusulas del contrato de concesión* (se refiere a las siguientes cláusulas 1.100, 1.106, 1.107, 1.109, 106, 105.4, 105.6 y 107)*, el Tribunal concluye lo siguiente:*

*Se verifica una adecuada asignación de riesgos en los dos primeros párrafos de la cláusula 104 del contrato de concesión, que básicamente atribuyen al concesionario los “riesgos empresariales” normales, propios de la actividad económica de la operación y explotación del sistema de recaudo y del suministro de sistema de gestión y control de la operación del SISTEMA TRANSMETRO, riesgos que ciertamente se imputan exclusivamente al contratista por corresponder al giro ordinario de la empresa concesionaria y que debieron ser previstos al momento de presentar la respectiva propuesta.*

*Así mismo, el Tribunal considera adecuado el contenido de la cláusula 105.6 del contrato que dispone que el “concesionario se compromete a asumir los riesgos que se le presenten y a mitigarlos mediante la obligación de asesoría especializada en los aspectos técnico, financiero, jurídico y tributario, que le permitan cubrir las contingencias previsibles, para estructurar un negocio viable sobre escenarios realistas, que tengan en cuenta las limitaciones y condiciones aplicables a la actividad contratada, en los términos y condiciones contempladas en el presente contrato”, pues entiende el Tribunal que dicha estipulación está referida a los riesgos que hacen parte del funcionamiento de la organización empresarial del concesionario en las áreas técnica, financiera, jurídica y tributaria, como riesgos normales o inherentes al funcionamiento mismo de la empresa que el concesionario puede y debe prever, identificar y cuantificar en ejercicio de sus actividad profesional.*

*Ahora bien, en contraste con lo anterior el Tribunal observa que TRANSMETRO ha pretendido quedar liberado de la obligación legal de carácter imperativo de restablecimiento de la equivalencia prestacional en caso de ruptura de la ecuación económica por aleas externos o anormales al concesionario, al “regular” precisamente en la cláusula 107 el “EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO”, cláusula que se declarará abusiva. Ello por cuanto, como ya se ha advertido en capítulos preliminares, el derecho administrativo ha mitigado el imperio del principio del pacta sunt servanda, y ha reconocido el derecho del contratista al restablecimiento del equilibrio económico del contrato, en cuanto se presenten hechos que alteren las condiciones iniciales que aseguraban la reciprocidad de las prestaciones. En otras palabras, se ha privilegiado el principio rebus sic stantibus, pues no obstante el contratista “debe asumir el riesgo normal y propio de cualquier negocio, ello no incluye el deber de soportar un comportamiento del contratante o circunstancia ajenas que lo priven de los ingresos y las ganancias razonables que podría haber obtenido, si la relación contractual se hubiese ejecutado en las condiciones inicialmente convenidas”.*

*Ahora bien, en relación con el inciso tercero de la cláusula 104 del contrato de concesión, el Tribunal advierte, como ya lo anticipó, que su contenido merece un examen detallado para resolver el asunto de su validez, pues según su texto, el concesionario debe asumir totalmente riesgos externos, extraordinarios o anormales tales como el riesgo de “implantación del sistema” y “todos aquellos que en forma expresa no le hayan sido asignados a TRANSMETRO S.A.”.*

*En relación con el primer aspecto, el Tribunal juzga esta asignación de riesgos inaceptable y desproporcionada, pues quiere hacer aparecer como “riesgos propios del giro de los negocios”, del concesionario, contingencias ajenas a su gestión empresarial como lo es el “riesgo de implantación del sistema”, el cual no puede prever, cuantificar, gestionar, mitigar o controlar por no tratarse de un alea inherente a su organización o círculo interno empresarial. Para el Tribunal es claro que mediante este esquema, TRANSMETRO está evadiendo la asunción de riesgos anormales que corresponden al cumplimiento de las funciones a cargo de las autoridades de transporte, o de actividades atribuidas a otros concesionarios, como sería la reestructuración de rutas y la eliminación de la sobreoferta del servicio de transporte colectivo, entre otros, que ciertamente impactan la demanda de pasajeros y los costos del concesionario de recaudo que se ve afectado con los retrasos y dificultades de tales procesos.*

*Así mismo, el Tribunal considera ventaja excesiva en favor de TRANSMETRO la que dispone el último aporte del inciso tercero de la cláusula 104, que juntamente con los párrafos iniciales del capítulo 19, pretender atribuir todos los riesgos anormales o extraordinarios al concesionario, salvo el riesgo en la variación de las tarifas por orden de la autoridad competente, por exclusión que hizo la cláusula 106 del contrato, que valga la pena mencionarlo, tampoco lo atribuye a TRANSMETRO.*

*Por lo expuesto, este juez colegiado tachará de abusivos los dos párrafos con que inicia el Capítulo 19 del contrato, así como las siguientes expresiones del inciso tercero de la cláusula 104: “el de implantación del sistema”; y “todos aquellos que en forma expresa no le hayan sido asignados a TRANSMETRO S.A.”, por no respetar una justa, honesta, racional y equilibrada distribución de los intereses jurídicos de las partes, y por el contrario favorecer de manera desmesurada a TRANSMETRO, sin que aparezca ninguna contraprestación a favor de RECAUDOS SIT BARRANQUILLA S.A. que justifique dicha carga excesiva.*

*Ahora bien, por las mismas razones expuestas, el Tribunal tampoco encuentra ajustada a criterios de razonabilidad y proporcionalidad y por tanto tachará de abusivo el contenido de la cláusula 1.103 que asigna el “Riesgo de implantación del sistema” al concesionario “de conformidad con las limitaciones previstas en la cláusula 104 del presente contrato”, toda vez que como ya se advirtió, en esta última cláusula no existen “limitaciones” sino una asignación total al concesionario de este riesgo y de los demás que se presenten durante la ejecución del contrato, y que no hayan sido asignados a TRANSMETRO. El riesgo de “implantación del sistema” sólo podría ser imputable al concesionario de recaudo, en tanto el sistema se vea afectado por las variables que tal contratista controla y no por otras.*

*De esta manera, al declararse inválido el contenido de la cláusula 1.103 que asigna el “Riesgo de Implantación del Sistema” a RECAUDOS SIT BARRANQUILLA S.A., el concesionario no debe tampoco asumir su impacto negativo, indirectamente, bajo las modalidades de “Riesgo Financiero”, y de “Riesgo de Retorno de la Inversión” como lo pretende TRANSMETRO. Por tales motivos, se desestimará las excepciones y oposiciones aducidas por la convocada en el tal sentido.*

*De otra parte, el Tribunal observa que mientras TRANSMETRO asignó el “Riesgo de Implantación del Sistema” al concesionario de recaudo, lo asumió en los contratos de concesión de operación de transporte (folios 4678 y 4679 cuaderno de pruebas n.° 11), salvo en lo correspondiente a las obligaciones de tales operadores, sin que se encuentre justificación alguna para la discriminación en el trato entre concesionarios de la misma entidad pública, máxime cuando el contrato de dicho riesgo depende de la gestión de TRANSMETRO tal y como lo reconoce la propia entidad en el anexo 15 de los contratos celebrados con SISTUR y METROCARIBE (…).*

*Esta cláusula y esta afirmación deben examinarse con la cláusula 1.109 que define el “Riesgo de variación de las tarifas por orden de la autoridad distrital competente”, como la contingencia que consiste en el detrimento que en los ingresos del SISTEMA TRANSMETRO, pueda causar una modificación en la tarifa al usuario provocada por un acto de autoridad que pueda ser considerado como “hecho del príncipe”; y con la cláusula 106 denominada “Riesgo del contrato no atribuido al concesionario”, que señala que “no se encontrará atribuido al CONCESIONARIO el riesgo en la variación de las tarifas por orden de la autoridad Distrital o Metropolitana competente que afecte la remuneración del CONCESIONARIO. El detrimento que en la participación a que tiene derecho el CONCESIONARIO en los ingresos del sistema, puede causar un acto de autoridad que pueda ser considerado “hecho del príncipe”.*

*De la simple lectura de esta cláusulas se infiere que el concesionario RECAUDOS SIT BARRANQUILLA S.A., no tienen asignado el riesgo consistente en la variación de las tarifas al usuario por orden de la autoridad competente que afecte su remuneración. De la misma manera, se infiere que TRANSMETRO pretende asignar al concesionario como “Riesgo Regulatorio” un evento no incluido dentro de su definición, como lo es la variación de tarifas, que tiene reglamentación propia en las cláusulas 1.109 y 106 del contrato de concesión.*

*Así mismo, observa el Tribunal que el círculo abusivo se cierra aún más a través de las estipulaciones contenidas en las cláusulas 105.4, 105.5 y en el primero y segundo párrafo de la cláusula 107 del contrato, que contienen renuncias anticipadas del concesionario a cualquier compensación, reclamación o ajuste derivados de la asignación de riesgos impuesta por TRANSMETRO. Para el Tribunal son inválidas tales estipulaciones, en cuanto que efectivamente producido un desequilibrio de las prestaciones que no debe jurídicamente soportar el colaborador contratista del Estado, este tiene derecho por disposición legal imperativa, a que la entidad estatal le restablezca el equilibrio financiero por la ocurrencia de un “álea anormal” o “riesgo externo” que hace excesivamente onerosa y gravosa la ejecución del contrato.*

*De la misma manera, el Tribunal considera inválida la estipulación contenida en el último párrafo de la cláusula 107, pues a través de la misma se pretende garantizar que RECAUDOS SIT BARRANQUILLA S.A. no pueda defenderse de los efectos del Riesgo de Implantación del Sistema, al disponer que “el CONCESIONARIO reconoce que este contrato es único y autónomo y en consecuencia no se complementa ni interpreta con otros contratos de concesión y operación del SISTEMA TRANSMETRO como fuente de limitación y aumento de obligaciones o derechos” (…). En efecto, el resultado de dicha estipulación es que en el evento de romperse la equivalencia financiera del contrato, el concesionario no pudiera aducir que ello era imputable al incumplimiento o gradualidad en el cumplimiento de las obligaciones de otros agentes del sistema y tuviese que asumir los costos correspondientes, quedando TRASMETRO liberado de ese álea anormal.*

*Bajo este mismo esquema, el Tribunal observa otras renuncias del concesionario en los otrosíes 1, 2, 4 y 7 al contrato de concesión, los cuales examinará seguidamente.*

*El otro sí n.° 1 de fecha 27 de junio de 2008 (…) da cuenta de una solicitud efectuada por el concesionario en el sentido de modificar el cronograma para el cierre financiero, petición que dio lugar a una reunión entre las partes en la cual se revisaron temas tales como las actividades y tiempos requeridos para actualizar y ejecutar el plan de implementación, el objetivo del cierre financiero y la fecha sugerida para el mismo por parte de RECAUDOS SIT BARRANQUILLA S.A. y la revisión y ajuste del numeral 6.5 de la cláusula 6 del contrato y alcance del mismo. (…)*

*Dicho lo anterior, las partes acordaron modificar el numeral 3.3 del Anexo 4 del contrato, adecuar la fecha correspondiente a la acreditación del cierre financiero para el día 30 de octubre de 2008 y la fecha de entrega del Plan de Implementación para el 1 de julio de 2009. Así mismo, acordaron modificar el numeral 6.6 del contrato y finalmente, se estableció en la cláusula sexta lo siguiente:*

*“Transmentro S.A. no estará obligado a pago de remuneración adicional o indemnización de perjuicios de cualquier tipo, sea por daño emergente o lucro cesante, intereses, restablecimiento del equilibrio económico, por razón de los hechos que generaron el presente otrosí”.*

*El tribunal encuentra abusiva esta exoneración de responsabilidad por parte de TRANSMETRO, pues si bien es cierto se adoptaron diferentes decisiones en beneficio del concesionario, también lo es que el ente gestor reconoció la incidencia de la actividad de otros concesionarios agentes en la implementación del sistema de recaudo y control de la operación, y no obstante lo anterior, se aseguró de evadir la asunción de tales riesgos anormales o externos al contratista, como aquellos relativos a la implantación de “diferentes obras civiles y contratos de concesión adjudicados por Transmetro”.*

*Por su parte el otro sí n.° 2 al contrato de concesión de fecha 28 de octubre de 2008, en la parte que antecede el acuerdo, hace constar que el contratista solicitó nuevamente la modificación o ampliación de la fecha del cierre financiero lo que motivó una reunión de las partes en la cual se revisaron las actividades y tiempos requeridos para ejecutar el plan de implementación, el objetivo el cierre financiero y la fecha sugerida para el mismo por parte del concesionario, así como los costos financieros que representarían para el contratista el tener que acreditar el cierre con demasiada anticipación a la fecha prevista para adelantar inversiones. (…)*

*Finalmente el otro sí estableció en la cláusula tercera lo siguiente:*

*“Transmetro S.A. no estará obligado a pago de remuneración adicional o indemnización de perjuicios de cualquier tipo, sea por daño emergente o lucro cesante, intereses, restablecimiento del equilibrio económico, en razón a la suscripción del presente Otrosí”.*

*En este caso, el Tribunal nuevamente encuentra esta cláusula de exoneración de responsabilidad abusiva, pues si bien es cierto se adoptaron diferentes decisiones en beneficio del concesionario, también lo es que el ente gestor reconoció la incidencia de la actividad de otros concesionarios agentes del sistema en la implantación de la plataforma tecnológica, y no obstante lo anterior se aseguró de evadir la asunción de tales riesgos anormales o externos al contratista como aquellos relativos a la implementación de “diferentes obras civiles y contratos de concesión adjudicados y por adjudicar por parte de Transmetro S.A., para la adecuada implementación del sistema”.*

*De otro lado, el otro sí n.° 4 de fecha 12 de abril de 2010 (…)*

*“CLÁUSULA CUARTA: El presente otro sí no dará lugar al pago o reconocimiento de indemnizaciones, para lo cual la firma concesionaria RECAUDOS SIT BARRANQUILLA S.A. renuncia a cualquier reclamación judicial o extrajudicial por este concepto”. (…)*

*Así mismo, en la cláusula segunda, se estableció lo siguiente:*

*“EL CONCESIONARIO renuncia a cualquier reclamación por efectos del presente acuerdo especialmente por la entrada gradual de la operación del sistema, la cual es realizada de mutuo acuerdo entre las partes”.*

*Nuevamente el Tribunal encuentra que esta renuncia es abusiva, así como la exoneración de responsabilidad del ente gestor contenida en la cláusula cuarta del otro sí n.° 4, toda vez que TRANSMETRO por esta vía pretendió derogar su obligación legal de restablecer el equilibrio económico del contrato por causas no imputables a quien resultaba afectado, en este caso, RECAUDOS SIT BARRANQUILLA S.A., quien según esta cláusula debía soportar el Riesgo de Implantación del Sistema por virtud de los retrasos en los que incurrieron los concesionarios de la operación de transporte, con el consecuente impacto que ello tiene en la disminución de la demanda de pasajeros, en la remuneración del contratista y, por último, en el equilibrio económico del contrato.*

*Dichos retrasos en la incorporación de la flota del sistema masivo y la manera como ello impactó la demanda de pasajeros en el sistema está probada de manera suficiente en el proceso (…)* (se relacionan las pruebas que a juicio del Tribunal probaban ese extremo).

*Es decir, que 3 años después del otro sí n.° 4 aún se estaban cumpliendo otros acuerdos para lograr por parte de los concesionarios de la operación de transporte la vinculación total de la flota del SITM, retraso que a todas luces no puede pretenderse que asuma en sus consecuencias negativas RECAUDOS SIT BARRANQUILLA S.A., que se traducen en un gran impacto sobre la demanda de pasajeros y por ende sobre la remuneración del concesionario, bajo el expediente de cláusulas abusivas que le imponían renuncias de sus derechos a reclamar por los perjuicios ocasionados, los cuales por desmedidas, serán entonces declaradas inválidas.*

*Para finalizar, el Tribunal debe mencionar que la integridad de sus conclusiones se mantienen luego de analizar el “CONVENIO DE COFINANCIACIÓN DEL PROYECTO DEL SISTEMA INTEGRADO DEL SERVICIO PÚBLICO URBANO DE TRANSPORTE MASIVO DE PASAJEROS DEL DISTRITO DE BARRANQUILLA Y SU ÁREA METROPOLITANA” (…).*

*Como ya se anticipó, las conclusiones del Tribunal no se alterarán teniendo en cuenta que ningún pacto contractual de la naturaleza que sea, se encuentra por encima de la ley imperativa que ordena no abusar de los derechos propios. Adicionalmente, los documentos CONPES que se mencionan* (se refiere a los que se citan dentro del texto del convenio de cofinanciación) *establecen el régimen de reparto de riesgos en la forma como quedó establecida por TRANSMETRO en el contrato de concesión celebrado con RECAUDOS SIT BARRANQUILLA S.A., y más bien, en el CONPES 3107 del 3 de abril de 2001 como lineamiento general el siguiente:*

*“Una asignación adecuada de riesgos es aquella que minimiza el costo de su mitigación. Esto se logra asignado cada riesgo a la parte que mejor lo controla. Los riesgos deben ser identificados y asignados claramente a las partes en los contratos”. (….)*

*Claramente no fueron estos los parámetros observados por TRANSMETRO al extender el capítulo de reparto de riesgos, donde como pudo verificar el Tribunal, RECAUDOS SIT BARRANQUILLA debió asumir como resultado del abuso de su posición dominante negocial, los riesgos “anormales” o “extraordinarios” del contrato (salvo el de variación de las tarifas por orden de autoridad competente), sin importar que el concesionario careciese del mejor acceso a los instrumentos de protección, mitigación y/o diversificación que le permitiera evaluar dichos riesgos, controlarlos y administrarlos, como si podía y debía hacerlo TRANSMETRO. (…)*

*Como ya se explicó con suficiencia en capítulo preliminar de este laudo, la sanción jurídica de las cláusulas abusivas es la declaración de su nulidad absoluta por la causal prevista en el numeral 1 del artículo 899 del Código de Comercio, al violarse la norma imperativa contenida en el numeral 1 del artículo 95 de la Constitución Política, que prohíbe abusar de los derechos propios. La aplicación de tales normas aparece permitida de conformidad con lo establecido en los artículos 13 y 44 de la Ley 80 de 1993 cuando de una parte remite a las causales de nulidad propias del derecho común, como cuando en el numeral 2 de esta última, invoca como causal de nulidad la celebración de contratos “contra expresa prohibición constitucional o legal”.* ***En cuanto a los efectos de tal declaratoria, ante el vacío de la Ley 80 en relación con la nulidad parcial, debe igualmente remitirse al derecho común****.*

***La nulidad que aquí se declarará es parcial, por las razones que seguidamente se anotan y porque no aparece dentro del proceso que las partes no lo habrían celebrado, sin la parte viciada de nulidad.***

*“El hecho de que el Código Civil se refiera siempre a la nulidad del “acto o contrato”, nunca ha sido tomado como si la nulidad, cualquiera que fuera su naturaleza o causal específica, hubiera de implicar la totalidad de la disposición particular. Por el contrario, siempre se ha entendido que la declaración de invalidez, como medida represiva correspondiente a transgresiones concretas de dictados imperativos del ordenamiento, tiene una razón de ser de encauzamiento y de limitación de la autonomía privada, cuyo ámbito y cuya proyección, por eso mismo, muestran, por así decirlo, una dosificación, cónsona con el criterio político inherente a la previsión de la invalidez y a la razón de ser de esta. Por eso mismo, dentro del espectro de alcances de la declaración judicial jurisprudencialmente se ha contemplado la figura de la nulidad parcial, consistente en una depuración del contenido negocial, de modo de eliminar de él, por razones de incongruencia, pero sobre todo, de ilicitud, en el primero supuesto, las estipulaciones, cláusulas o pactos incompatibles con la figura iuris empleada, y en la segunda hipótesis, aquellas que transgreden una prohibición ética o política. Sólo que los ordenamientos más recientes previenen expresamente ese alcance reducido o circunscrito de la invalidez, sea con referencia de “nulidad parcial” del acto o contrato, sea aludiendo a determinada clase de cláusulas abusivas o vejatorias o exorbitantes, sea, en fin, considerando una y otras situaciones. El artículo 902 del Código de Comercio transcribe el artículo 1419 del Código Civil italiano para poner de presente que la invalidez parcial del negocio o de una o varias cláusulas suyas no acarrea de por sí la nulidad de íntegra la disposición* (sic)*, dado que, en desarrollo y aplicación del principio denominado de “conservación del negocio jurídico” o del favor negotii, sí que también de la adaptabilidad del supuesto de hecho (…) arts. 1501 C.C. col.; 1444 CC. ch.), el ordenamiento se esmera en reconocerle la relevancia a la disposición general, no obstante aspectos o secciones nulos y atribuirle alguna eficacia, la mayor posible, congruentemente con la intención-disposición de las partes”[[5]](#footnote-5).*

*En este orden de ideas, el Tribunal en ejercicio del poder de control judicial contemplado, en el artículo 1742 del Código Civil subrogado por el artículo 2 de la Ley 50/36, declarará nulas absolutamente, por abusivas, y por ende quedarán sin efecto entre las partes, las siguientes cláusulas o fragmentos de las mismas del contrato de concesión n.° TM-300-004-07 del 20 de febrero de 2008 y de los otrosíes suscritos durante la ejecución, así* (se relaciona lo anunciado) (…).

*De lo dicho concluye el Tribunal* (hay dos párrafos anteriores, entre la relación de los textos anulados y lo aquí transcrito, en los que se cita al doctrinante FERNANDO HINESTROSA, frente a su opinión respecto de los efectos de la nulidad absoluta)*, que en ausencia de un desarrollo legal que de manera general regule el fenómeno de las consecuencias del abuso del derecho y de la manera de enmendar en la relación contractual el vacío que la cláusula anulada produce, la solución es la integración del contrato con las normas dispositivas que se pretendían reemplazar. A falta de ellas, en aplicación del principio de buena fe, el juez deberá integrar el contrato con lo que a él naturalmente corresponde, lo que le permitirá ajustarlo conforme a los mandatos de la confianza recíproca y en asuntos mercantiles, reconciliarlo con “criterios comerciales razonables de lealtad negocial” (principios Unidroit sobre contratos comerciales internacionales) y con las prácticas usuales y los estándares propios de las negociaciones honestas seguidas en el tráfico, de manera que se logre el propósito de restablecer el equilibrio contractual. (…)*

*Ahora bien, en materia de contratación pública el Tribunal encuentra igualmente aplicables los anteriores criterios jurisprudenciales y doctrinales, de manera que ante el vacío de las cláusulas abusivas anuladas de un contrato estatal, la solución es la integración del contrato con las normas dispositivas que se pretendían reemplazar y a falta de ellas, en aplicación de los principios de buena fe y de justicia conmutativa, el juez deberá integrar el contrato y restablecer su equilibrio. (…)*

*Así las cosas, el Tribunal llenará el vacío dejado por las cláusulas abusivas anuladas integrando el contrato de concesión celebrado entre TRANSMETRO y RECAUDOS SIT BARRANQUILLA S.A., a partir del principio de buena fe, conjuntamente con el principio de la reciprocidad de las prestaciones o de la justicia conmutativa que constituyen, como lo señala la jurisprudencia constitucional, ingredientes normativos de imputación que, lícitamente, contribuyen a trasladar a la administración pública aquellos riesgos que en forma anormal o extraordinaria se presentaron en el desarrollo del contrato estatal.*

*Por virtud de dicha integración, TRANSMETRO deberá asumir en este caso el “Riesgo de Implantación del Sistema” en su carácter de alea externo o anormal frente al concesionario RECAUDOS SIT BARRANQUILLA S.A., pues las cláusulas que atribuían dicho riesgo al contratista, no producen, ni han producido, ni producirán ya, efecto alguno entre las partes, pues siendo actos nulos nacieron en “un estado originario de muerte”.*

*Como consecuencia de lo anterior, TRANSMETRO deberá asumir desde el inicio de la operación regular del contrato de concesión, el riesgo derivado del impacto que han tenido de cara a RECAUDOS SIT BARRANQUILLA S.A. factores internos y externos del SISTEMA TRANSMETRO, y que han dificultado o dilatado el proceso de implantación o puesta en marcha del mismo, tales como los retrasos y dificultades en los procesos de vinculación de la flota a cargo de los concesionarios de la operación de transporte, la reducción de la sobreoferta de transporte colectivo, las dificultades y dilaciones en la reestructuración de rutas paralelas que compiten con el sistema transmetro y los retrasos en la entrega de infraestructura, entre otros, todos factores exógenos al concesionario RECAUDOS SIT BARRANQUILLA S.A. y que han derivado, como probados dentro de este proceso, en una disminución de la demanda de pasajeros frente a la proyectada para la estructuración del SISTEMA TRANSMETRO por los diferentes estudios precontractuales y pos contractuales, los cuales daban cuenta de una demanda entre los 200.000 y 400.000 pasajeros diarios, lo que ocasionó un probado desequilibrio económico del contrato de concesión donde el contratista ha resultado gravemente afectado.*

El laudo continuó con la explicación detallada de la disminución de pasajeros con base en las pruebas periciales. En efecto, llamó la atención sobre que ese factor se ubicó incluso por debajo de los 100.000 pasajeros por día, cuando las proyecciones eran muy superiores. Igualmente, precisó que lo anterior obedeció a la materialización del riesgo de implantación del sistema, el cual a su vez se determinó por los retrasos en la incorporación y disponibilidad de la flota, la competencia del transporte colectivo y la gestión de las autoridades de tránsito y transporte. Con fundamento en lo expuesto concluyó (fls. 1935 rev. y 1936, c. ppal 5):

*Ahora bien, el artículo 1746 del Código Civil establece que “la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita”, razón por la cual habiéndose vista afectada la economía contractual en perjuicio del contratista por virtud de las cláusulas abusivas, es deber de TRANSMETRO restablecer la ecuación económica del contrato de RECAUDOS SIT BARRANQUILLA S.A., mediante la indemnización de perjuicios o el reconocimiento de las compensaciones económicas correspondientes, de manera que el concesionario sea restituido al mismo estado en el que se encontraría si no hubiesen existido dichas cláusulas nulas.*

Después de analizar los alcances de las teorías de la imprevisión y del hecho del príncipe, el laudo concluyó que en el *sub lite* se dan los presupuestos de la primera, en tanto las causas del desequilibrio contractual se originaron por factores ajenos al contratista y a la contratante, como las demoras de otros concesionarios, la disminución en la oferta de pasajeros, la sobreoferta de transporte público y la entrega de la infraestructura. Circunstancias que impactaron de manera negativa y grave la economía del contrato. En consecuencia, en el laudo se consideró necesario que TRANSMETRO compensara a RECAUDOS SIT BARRANQUILLA S.A. a un punto de no pérdida, en los términos del numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, así:

*C. Compensación a punto de no pérdida*

*En línea con lo anterior, la Tabla 1 se muestra el ingreso real de Recaudos SIT (A), el ingreso a punto de no pérdida (B), y la compensación a punto de no pérdida (C) entre julio 10 de 2012 y junio 14 de 2015, expresados en pesos del año en el que se realizó la adjudicación del contrato de concesión. La estimación presentada asume un factor del nivel de servicio histórico A.*

*Tabla n.° 1*

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| ***CÁLCULO COMPENSACIÓN A PUNTO DE NO PÉRDIDA (COPS DE 2008)*** | | | |
| ***Año*** | ***Ingresos reales recaudos SIT*** | ***Ingresos a punto de no pérdida (B)*** | ***Compensación a punto de no pérdida (C)=(B-A)*** |
| *2010* | *265.341.321* | *3.986.049.621* | *3.720.708.300* |
| *2011* | *1.612.434.189* | *11.685.024.373* | *10.072.590.184* |
| *2012* | *2.505.275.787* | *12.471.772.026* | *9.966.496.239* |
| *2013* | *2.935.111.708* | *12.624.520.546* | *9.689.408.749* |
| *2014* | *3.547.210.269* | *12.813.888.263* | *9.266.677.995* |
| *2015* | *1.711.374.516* | *5.799.977.812* | *4.048.603.297* |
| *TOTAL* | *12.576.747.789* | *59.381.232.553* | *46.804.484.763* |

*Así, la compensación a punto de no pérdida de RECAUDOS SIT BARRANQUILLA S.A. en pesos de 31 de diciembre de 2008 es igual a COPs 46.804.484.763. El valor anterior, indexado por la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) hasta el 30 de junio de 2015, equivale a COPs 57.138.914.999 de dicha fecha.*

*De conformidad con lo anterior, en los términos del artículo 1746 del Código Civil y como consecuencia de la declaración de nulidad parcial del contrato de concesión, el Tribunal ordenará a TRANSMETRO S.A.S. pagar a favor de RECAUDOS SIT BARRANQUILLA S.A., la suma de CINCUENTA Y SIETE MIL CIENTOS TREINTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS CATORCE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS ($57.138.914.999), a título de compensación a punto de no pérdida, lo cual restituye al concesionario al estado en que se hallaría si no hubiesen existido las cláusulas abusivas.*

En adelante, el laudo se ocupa de cada una de las pretensiones de la demanda y de la demanda de reconvención, con la suerte transcrita en esta providencia de la parte resolutiva de esa decisión (fls. 1938 a 2126 rev., c. ppal 5).

1.10.2. La decisión contenida en el laudo fue objeto de salvamento de voto por parte del árbitro Jorge Enrique Ibáñez Najar (fls. 2132 a 2146 rev., c. ppal 5). En esa oportunidad, el árbitro disidente inició por aclarar que las pruebas obrantes daban cuenta de que el contrato de concesión en estudio estuvo mal planeado, en tanto las proyecciones del sistema fueron bastante alejadas de la realidad.

Después describió toda la operación pactada en el contrato *sub judice*, en particular, precisó que los estudios determinaron que la demanda proyectada *“en un día medio laborable ascendería a 287.325 viajeros para la Fase I y 562.838 para la Fase II”* (fl. 2134 rev., c. ppal 5). Seguidamente, con base en esos mismos estudios, señaló que la necesidad de vehículos para *“110 plazas oscilaría desde los 141 en el año 2002 y a los 261 en 2007, hasta los 300 en 2012”* (fl. 2135, c. ppal 5). Concluyó que esas proyecciones debían contrastarse con la realidad, por cuanto los análisis del proceso arbitral indicaban un sobredimensionamiento de la demanda.

Con todo, afirmó que los pliegos de condiciones en el numeral 1.11 advirtieron que la documentación y/o información disponible era a título informativo para efectos de la presentación de las propuestas, además que contenía los datos recogidos por la entidad pública, sin que pretendiera ser exhaustiva ni brindar toda la información que el proponente debía o deseara tener.

En esa misma línea, advirtió que el numeral 1.13 del pliego señaló que los cálculos de los costos y gastos de la propuesta, cualquiera que fueran, debían hacerlos los proponentes con sus propios estudios y estimaciones. De igual forma, llamó la atención sobre el hecho de que los documentos CONPES 3306 del 6 de septiembre de 2004 y 3348 del 18 de abril de 2005, que fundamentaron el gasto público del contrato de concesión, no señalaron cifras en materia de demanda del sistema.

Advirtió que la convocante no adelantó estudios serios para presentar su propuesta. Lo anterior resultaba de capital importancia si se tiene en cuenta que las proyecciones del concesionario sobre la eventual disminución de pasajeros era la que se tuvo en cuenta para la asignación de ese riesgo. Lo mismo sucedió con el riesgo de implantación del sistema, en tanto nuevamente eran las proyecciones del concesionario las que servían de base para calcular este posible desfase. Igualmente, los demás riesgos fueron legalmente asignados a la convocante.

Además, el árbitro hizo hincapié en la mala planificación del proyecto, defecto que debió dar lugar a la nulidad absoluta del contrato, como lo tiene definido esta Corporación. Igualmente, criticó que el laudo se limitara a reproducir el ejercicio financiero del concesionario, el cual a su vez no estuvo soportado en ningún estudio técnico. Tampoco, a su juicio, se allegaron pruebas que soportaran esos reconocimientos. Además, advirtió que con la modificación introducida por el laudo al contrato original se le mantiene esas nuevas condiciones durante todo el plazo contractual, lo que desconoce las realidades cambiantes y, además, pone al concesionario en una situación privilegiada respecto de los demás concesionarios, toda vez que el ejercicio de la remuneración se limitaría a la actualización de la tarifa propuesta en la licitación y no a un porcentaje de la tarifa del servicio, como se ofertó, exigió y contrató.

El árbitro consideró que la distribución de riesgos obedeció a los parámetros fijados en los documentos CONPES, a los mandatos legales y a lo acordado en el convenio de cofinanciación del Proyecto del Sistema Integrado del Servicio Público Urbano de Transporte Masivo de Pasajeros del Distrito de Barranquilla, suscrito entre la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Ministerio de Transporte-Departamento Nacional de Planeación, el Distrito de Barranquilla y TRANSMETRO S.A. Lo anterior, a su juicio, comprueba que las cláusulas no son abusivas sino el cumplimiento del ordenamiento jurídico superior, como no lo son cuando la ley ordena incorporar cláusulas excepcionales en los contratos.

El árbitro llamó la atención sobre la falta de estudio de las consecuencias de la nulidad absoluta establecidas en la Ley 80 de 1993, artículos 44 a 48. Tampoco compartió que el Estado en todos sus contratos ejerza una posición dominante y, por consiguiente, abusiva; igualmente, se apartó de las afirmaciones del laudo en las que se sostuvo que el riesgo de la implementación del sistema fue asumido en su integridad por el concesionario, toda vez que fue asignado en cabeza de cada parte de acuerdo con sus obligaciones en esa implementación.

Advirtió que la nulidad de una cláusula que constituya el núcleo esencial del contrato da lugar a su nulidad absoluta. En ese orden, estimó esenciales las cláusulas de riesgos, en tanto se relacionaban íntimamente con la remuneración del concesionario, cláusula, sin dudas, esencial del contrato. Por lo tanto, concluyó que se imponía anular todo el contrato de concesión y determinar las restituciones mutuas, en los términos de la Ley 80 de 1993 y no como lo impuso el laudo al limitarse a una nulidad parcial. Además, se apartó del restablecimiento ordenado, toda vez que no era consecuente de la nulidad declarada, además de introducir modificaciones profundas al contrato, con lo cual los árbitros se convirtieron en juez y parte, so pretexto de una *“integración contractual”*. Finalizó diciendo que *“[n]unca, a mi juicio, el efecto de la nulidad es el restablecimiento del equilibrio del contrato a título de compensación, cuya ruptura obedece a otros hechos o circunstancias ampliamente desarrolladas por la doctrina y la jurisprudencia”* (fl. 2146 rev., c. ppal 5).

1.10.3. Las partes solicitaron la aclaración, corrección y adición del laudo (fls. 2147 a 2161, c. ppal 5). Igualmente, el Ministerio Público también solicitó corregir lo incorporado en el laudo, en tanto no correspondía a su intervención (fls. 2162 a 2164, c. ppal 5). Mediante auto n.° 66 del 5 de agosto de 2015, el Tribunal desestimó todas las solicitudes (fls. 2165 a 2185, c. ppal 5). En esa misma fecha quedó ejecutoriado el laudo (fl. 2186, c. ppal n.° 5, constancia ejecutoria de la Secretaria del Tribunal).

**1.11. La impugnación**

1.11.1. Inconforme con la decisión tomada en el laudo arbitral, el 18 de septiembre de 2015 la parte convocada formuló recurso de anulación y, para el efecto, propuso como causales las contenidas en los numerales 2, 7, 8 y 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 que prescriben (fls. 6 a 224, c. ppal del recurso de anulación):

*2. La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia.*

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

*8. Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutiva o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral.*

*9. Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.*

1.11.2. El 17 y 18 de septiembre de 2015, el Ministerio Público también presentó recurso de anulación del laudo, en tres escritos diferentes, con fundamento en la defensa del patrimonio público, habida consideración de la elevada cuantía de la condena impuesta a Transmetro S.A.S. Las causales alegadas fueron (i) la de fallo en conciencia e (ii) incongruencia del laudo, las cuales se encuentran debidamente sustentadas (numerales 7 y 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012) (fls. 235 a 257, c. ppal del recurso de anulación). La sustentación y análisis de las causales aducidas, tanto por la convocada como por el Ministerio Público, se hará en la parte considerativa de esta providencia.

**1.12. La intervención de las convocantes**

La convocante, así como algunas de las sociedades que la integran, presentaron sus documentos de oposición a los recursos de anulación propuestos (fls. 258 a 266, 271 a 322, c. ppal del recurso de anulación).

**1.13. La intervención de la Agencia**

El 22 de abril de 2016, previa solicitud de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (fls. 326 y 327, c. ppal del recurso de anulación), el Despacho suspendió el trámite del recurso por el término de 30 días, contados a partir de la notificación de esa decisión, con el fin de asegurar el derecho de intervención de la referida entidad pública (fls. 347 y 348, c. ppal del recurso de anulación). Esa decisión fue notificada a las partes por estado el 29 de abril de 2016 (fl. 348 rev., c. ppal del recurso de anulación). El 5 de mayo de 2016, la Agencia Nacional de Defensa del Estado coadyuvó *in extenso* el recurso de anulación presentado por Transmetro S.A. (fls. 349 a 423, c. ppal del recurso de anulación).

**II. CONSIDERACIONES**

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

**1. Competencia**

El Consejo de Estado es competente para conocer del presente recurso de anulación, en los términos del artículo 46 de la Ley 1563 de 2012[[6]](#footnote-6), en tanto el laudo arbitral impugnado fue proferido para dirimir un conflicto surgido con ocasión del contrato de concesión TM-300-004-07 del 20 de febrero de 2008, en el que una de las partes, Transmetro S.A.S.[[7]](#footnote-7), es una entidad pública.

**2. Del arbitramento y del recurso de anulación**

En la actualidad, el arbitraje quedó regulado en su integridad por la Ley 1563 de 2012, según lo dispone su artículo 119. Esa es la normatividad aplicable al trámite arbitral en estudio[[8]](#footnote-8).

Según la referida ley, el laudo arbitral, esto es la de sentencia que profiere el Tribunal, puede ser en derecho, en equidad o técnico; sin embargo, en los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho (artículo 1) y deberá ser institucional, es esto, administrado por un centro de arbitraje (artículo 2).

En ese orden, conforme a lo dispuesto en el inciso último del artículo 42 de la Ley 1563 de 2012[[9]](#footnote-9), el recurso extraordinario de anulación no puede utilizarse como si se tratara de una segunda instancia, razón por la cual no es admisible que por su intermedio se pretenda continuar o replantear el debate sobre el fondo del proceso[[10]](#footnote-10). En otros términos, a través del recurso de anulación no podrán revocarse determinaciones del Tribunal de Arbitramento basadas en razonamientos o conceptos derivados de la aplicación de la ley sustancial, al resolver las pretensiones y excepciones propuestas, así como tampoco por la existencia de errores de hecho o de derecho al valorar las pruebas en el asunto concreto, que voluntariamente se les sometió a su consideración y decisión.

Ahora, las causales de anulación para los arbitrajes nacionales quedaron reguladas en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, en nueve numerales. Por su parte, el artículo 43 *ejusdem*, frente a los efectos de las causales, dispone que cuando prospere cualquiera de las señaladas en los numerales 1 a 7 del artículo 41, se declarará la nulidad del laudo. En los demás casos, se corregirá o adicionará. Además, cuando se anule el laudo por las causales 1 o 2, el expediente se remitirá al juez que corresponda para que continúe el proceso a partir del decreto de pruebas, pero la prueba practicada dentro del proceso arbitral conservará su validez y tendrá eficacia, respecto de quienes tuvieron la oportunidad de controvertirla.

Igualmente, cuando se anule el laudo por las causales 3 a 7, el interesado podrá convocar un tribunal arbitral, en el que conservarán validez las pruebas debidamente practicadas, y en lo posible las actuaciones que no hubieren resultado afectadas por la anulación. Para el efecto, la solicitud de convocatoria deberá presentarse dentro de los tres (3) meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia que anule el laudo, con el fin de que se entienda interrumpida la prescripción o no opere la caducidad (el artículo 44 *ejusdem* prescribe el referido término). Asimismo, la sentencia que anule el laudo total o parcialmente cumplido, ordenará las restituciones a que hubiere lugar. En el evento de que el recurso no prospere se condenará en costas al recurrente, salvo que dicho recurso se presente por el Ministerio Público.

Finalmente, el laudo como la sentencia que resuelva sobre su anulación son susceptibles del recurso extraordinario de revisión por las causales y mediante el trámite señalado en el Código de Procedimiento Civil (artículo 45).

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

La Sala analizará las causales propuestas en el orden que la Ley 1563 de 2012 dispone, así:

**3.1. Falta de competencia**

Esta causal se fundamentó en el numeral segundo del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 que establece como causales del recurso de anulación, entre otras, la siguiente:

*CAUSALES DEL RECURSO DE ANULACIÓN. Son causales del recurso de anulación: (…)*

*2. La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia.*

**3.1.1. La sustentación**

El recurrente afirmó la (i) falta de competencia de los árbitros para declarar en forma oficiosa lo abusivo de unas cláusulas del contrato en estudio. Sobre el particular estimó que la declaratoria de nulidad absoluta se fundamentó en un vicio diferente de los que soportaban una declaración en tal sentido. Efectivamente, estimó que ni en la Ley 80 de 1993 ni el régimen privado se encuentra su sustento. Afirmó que una cláusula abusiva era diferente de la cláusula ilegal en el alcance de su concepto y sus consecuencias, sin que la nulidad absoluta sea el escenario correcto para obrar como lo hizo el juez arbitral.

De otro lado, también advirtió (ii) la falta de competencia de los árbitros para integrar oficiosamente el contrato, por cuanto de la nulidad absoluta del contrato no se seguía la reasignación de riesgos contenida en el laudo, sino las restituciones mutuas. Tampoco se entiende cómo unas cláusulas absolutamente nulas se integraron nuevamente al contrato por vía de la adecuación hecha por los árbitros. Incluso, sostuvo que esa integración desnaturalizó las funciones del juez arbitral, hasta el punto de sustituir la voluntad de las partes del contrato y modificarlo sustancialmente. Además, dijo que si la nulidad del contrato es absoluta y parcial, no resultaba necesaria la integración, en tanto el artículo 47 de la Ley 80 de 1993 dispone que para tal declaratoria se requiere que el contrato subsista sin la cláusula viciada. Criticó los fundamentos de la decisión, en tanto las normas, jurisprudencia y doctrina resultaban acordes con las relaciones contractuales del derecho privado, pero no así para una de derecho público, como la analizada.

Asimismo, aseguró que (iii) los árbitros tampoco tenían competencia para aplicar en forma oficiosa la teoría de la imprevisión ni darle efectos indemnizatorios a dicha figura. Aseguró que como consecuencia de la nulidad absoluta declarada se imponía ordenar las restituciones mutuas y no de forma oficiosa y sin competencia declarar la ocurrencia de la imprevisión ni tampoco indemnizar los efectos causados con ese fenómeno. Igualmente, aclaró que el artículo 868 del Código de Comercio exige petición expresa de la parte afectada para proceder al estudio de la imprevisión, lo cual se echa de menos en este asunto.

Llamó la atención sobre la incompatibilidad de la integración de los riesgos previsibles y la teoría de la imprevisión. A su juicio, resulta incongruente que el laudo asigne unos riesgos previsibles a través de la integración de las cláusulas del contrato y en seguida declare la responsabilidad contractual como fundamento de la ocurrencia de unas circunstancias imprevisibles, que es lo que ocurre en la imprevisión.

**3.1.2. El alcance de la causal**

De entrada precisa recordar que el artículo 116 Superior[[11]](#footnote-11) permite que los particulares sean investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, como jurados, conciliadores o árbitros en los términos determinados por la ley. La lectura armonizada del numeral segundo del artículo 41, del inciso segundo del mismo artículo y del inciso 2 del artículo 43 La Ley 1563 de 2012 permite concluir que la falta de competencia a la que se refiere la causal en estudio es de estipe procesal y tiene relación directa con la facultad que tiene el juez de administrar justicia en un asunto determinado[[12]](#footnote-12).

Efectivamente, el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 en su numeral segundo define a la falta de competencia como causal de anulación de los laudos arbitrales y en su inciso segundo[[13]](#footnote-13) condiciona la procedencia de esa causal a la interposición del recurso de reposición en contra del auto de asunción de competencia. Como si lo anterior no fuera poco, la anulación por esa causal obliga al juez del recurso de anulación a remitir al juez que corresponda para que continúe con el proceso a partir del decreto de pruebas[[14]](#footnote-14). En suma, la causal en estudio comporta al análisis de la facultad procesal de los árbitros para resolver sobre algunos temas determinados en el contrato, la ley y la Constitución.

En esa línea de pensamiento, precisa recordar que en virtud del principio *kompetenz-kompetenz[[15]](#footnote-15)* los tribunales de arbitramento tienen un margen autónomo de interpretación para determinar el alcance de su propia competencia. En todo caso, sólo podrán pronunciarse sobre los asuntos transigibles habilitados por las partes y los que la Constitución y la ley autoricen. Este principio se encuentra reproducido en el inciso 5 del artículo 20 y el inciso segundo del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 que en su orden disponen que los árbitros decidirán sobre su competencia mediante auto que es susceptible del recurso de reposición.

En tratándose de contratos celebrados con entidades públicas o quien desempeñe funciones administrativas, las controversias de conocimiento de la justicia arbitral serán aquellas surgidas por causa o con ocasión de su celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, todas ellas siempre que sean transigibles (artículos 1 y 2 de la Ley 1563 de 2012). Igualmente, vale señalar que esas controversias deberán definirse a través de un arbitraje en derecho. Lo anterior supone que si las causas de la controversia son otras, bien podría admitirse un arbitraje en equidad o técnico.

Igualmente, la nueva ley de arbitraje habilitó la competencia de los árbitros para pronunciarse sobre la inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato (artículo 5 de la Ley 1563 de 2012[[16]](#footnote-16)). En consecuencia, podrán someterse a arbitraje las controversias en las que se debatan las referidas temáticas y la decisión del Tribunal será conducente aunque el contrato sea inexistente, ineficaz o inválido, en tanto ese tipo de decisiones no afecta la validez de la cláusula compromisoria. Ahora, parecería que la norma exige petición de parte en tal sentido; sin embargo, la inteligencia de ese artículo debe interpretarse en armonía con las disposiciones que imponen al juez un pronunciamiento oficioso frente a la ocurrencia de tales fenómenos, siempre que se cumplan con las exigencias legales.

En esa dirección, esta Corporación, vale aclarar que en vigencia de la normatividad anterior a la Ley 1563 de 20012, pero cuyas conclusiones son extensivas al presente asunto, en tanto el marco jurídico precedente y el vigente reproducen un contenido similar sobre el tema en estudio, precisó el alcance de la facultad oficiosa de los árbitros para pronunciarse sobre la existencia y validez del contrato, después de revisar el alcance normativo[[17]](#footnote-17) y el desarrollo jurisprudencial de la época[[18]](#footnote-18), en el sentido de concluir[[19]](#footnote-19):

*Según la jurisprudencia anterior, y que ahora reitera la Sala, los tribunales de arbitramento tienen competencia para pronunciarse sobre la existencia y validez del contrato, no sólo como pretensión formulada por el demandante o excepción alegada por el demando, sino también de manera oficiosa, conclusión a la que se llega con fundamento en las normas constitucionales y legales que invisten a los árbitros de la facultad de administrar justicia, como verdaderos jueces para el caso concreto con los mismos deberes, poderes y facultades de los jueces ordinarios.[[20]](#footnote-20)*

*Significa lo expuesto que la competencia atribuida excepcional y temporalmente para proferir fallos en derecho, se ejerce con estricta sujeción a la ley y “sólo consultando el interés superior del orden jurídico y la justicia”[[21]](#footnote-21), razón por la cual los árbitros deben dar aplicación a los preceptos legales sustanciales que regulan y gobiernan el asunto que se les somete a su consideración, así como a las normas procesales que rigen el proceso, para desarrollar cabalmente la función jurisdiccional que les ha sido confiada a la luz de la Constitución Política y la ley. (…)*

*Las previsiones legales que autorizan el ejercicio de facultades oficiosas a todo juez, incluso el arbitral, están revestidas de toda lógica en el mundo del derecho, por cuanto el pronunciamiento judicial sobre un contrato implica la ausencia de vicios que comporten la nulidad absoluta del contrato, como son el recaer, entre otras, en objeto o causa ilícitas, causales que están previstas en la legislación para salvaguardar el orden jurídico en aspectos de interés general[[22]](#footnote-22). Y, “cuya justificación, se halla en el fundamento mismo de tal especie de nulidad, establecida como se sabe en interés de la moral, el orden público y el respeto debido a las normas de carácter imperativo postulados cuya protección no puede quedar sometida exclusivamente a la iniciativa particular, como ocurriría si el aniquilamiento de los negocios jurídicos que los contrarían solo pudiere declararse a ruego suyo”[[23]](#footnote-23).*

De lo expuesto y del análisis de las normas vigentes en el presente asunto, es claro que los árbitros tienen plenas facultades para pronunciarse sobre la existencia y validez del contrato respectivo, incluso de oficio.

En suma, podría afirmarse que el marco de la competencia de los árbitros está dado por la Constitución, la ley y lo pactado entre las partes. Luego, una actuación por fuera de esos cauces configura la causal de falta de competencia en estudio.

**3.1.3. El caso concreto**

De entrada precisa advertir que los argumentos del recurso de anulación no son propios de la causal en estudio, en tanto se dirigen a cuestionar las razones de fondo para anular de forma absoluta, pero parcial, el contrato en estudio. Lo mismo ocurre con las decisiones consecuenciales. En efecto, inconformidades como el sustento de la anulación y sus consecuencias, tales como la integración contractual y el reconocimiento del equilibrio contractual por imprevisión, suponen una revisión de fondo de la decisión adoptada, sin que cuestione el elemento procesal de competencia de los árbitros.

Ahora, podría pensarse que la falta de verificación de los requisitos para declarar la nulidad absoluta daba lugar a la falta de competencia para ejercer dicha facultad; sin embargo, adentrarse en el estudio de si la causal estaba demostrada o si el vicio sustentaba la anulación, supone revisar las razones de fondo del laudo, ejercicio que está proscrito en esta sede, según el texto del inciso último del artículo 42 de la Ley 1563 de 2012. Los mismos razonamientos son extensivos a las declaraciones consecuenciales de la nulidad absoluta parcial que dictó el Tribunal.

Tampoco puede perderse de vista que la competencia está dada por el ordenamiento jurídico y, en estos asuntos, además, por lo pactado entre las partes. Por lo tanto, la competencia no está condicionada por la suerte de la decisión de fondo, como sugiere la recurrente, sino por la previa asignación de funciones a los árbitros, en este caso, por voluntad de las partes o por el ordenamiento jurídico.

Por último, la decisión del Tribunal donde definió su competencia pone aún más en evidencia la improcedencia de los argumentos de la causal invocada. Al revisar esa decisión se observa que el Tribunal derivó su competencia del pacto expreso, claro y espontáneo de las partes de someter sus diferencias a un tribunal de arbitramento.

Igualmente, aclaró que el hecho de que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca conociera de una acción popular en la cual se cuestionaba el mismo contrato, tampoco enervaba su competencia, toda vez que el juez arbitral es el juez natural de las presentes controversias y, además, la decisión del juez popular se dá en el ámbito de la protección de los derechos colectivos y no subjetivos como le correspondió al Tribunal de Arbitramento en esta oportunidad (fls. 797 a 800, c. ppal 2); por su parte, en el recurso de reposición, la convocada y aquí recurrente se limitó a reiterar el conocimiento del mismo contrato por el juez popular (fl. 802, c. ppal 2).

De lo expuesto, se desprende que los cuestionamientos del recurso de anulación de la causal en estudio no fueron propuestos en sede arbitral frente al auto que definió la competencia, como lo exige la ley. Ahora, esa falencia más allá de demostrar la improcedencia de la causal, pone al descubierto que los argumentos están dirigidos a cuestionar el fondo del asunto, en tanto para el momento en que el Tribunal definió su competencia no se conocía la decisión que aquí se cuestiona, por cuanto tenía que ver con el fondo del asunto y, por consiguiente, debía definirse en otro momento procesal, como ocurrió. Lo relevante aquí es que los argumentos de la causal propuesta van más allá del análisis procesal que supone la competencia, así lo revela el hecho de que fuera imposible exponerlos al definir ese aspecto por parte del Tribunal.

En esos términos, establecida como está la competencia de los árbitros para pronunciarse sobre la nulidad absoluta de forma oficiosa, así como la improcedibilidad de los argumentos expuestos para la causal en estudio, fuerza concluir que debe negarse su prosperidad.

**3.2. Laudo en conciencia**

Esta causal se fundamentó en el numeral séptimo del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 que establece como causales del recurso de anulación, entre otras, la siguiente:

*CAUSALES DEL RECURSO DE ANULACIÓN. Son causales del recurso de anulación: (…)*

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

**3.2.1. La sustentación**

En este punto, el recurrente estimó que el laudo fue en conciencia y no en derecho, por cuanto:

*(i) La nulidad era absoluta y no parcial como la declaró el laudo.* En este punto, precisó que el artículo aplicable resultaba ser el 47 de la Ley 80 de 1993 que trataba el fenómeno de la nulidad parcial y no el 902 del Código de Comercio, que también regulaba ese mismo tema, en tanto la primera ley resultaba ser el régimen jurídico del contrato en estudio y no la ley comercial. Criticó el hecho de que en el laudo se afirmara que existía un vacío sobre el tema de la nulidad parcial, cuando el artículo 47 citado muestra todo lo contrario. Además, que este último artículo difiere de la regulación comercial, en tanto en el primero lo importante es que subsista el negocio a pesar del vicio, mientras que para el otro es la intención de las partes en la insistencia del negocio. Además, señaló que el análisis bajo la Ley 80 de 1993 daba lugar a la nulidad absoluta total, en tanto difícilmente el contrato podía subsistir sin una cláusula esencial como lo es la asignación de riesgos, por cuanto define el precio del contrato.

Igualmente, en caso de aceptarse que el régimen aplicable era el comercial, el recurrente sostuvo que en parte alguna se explicó por qué se concluyó que las partes no desistirían del negocio sin las cláusulas anuladas. El Tribunal se limitó a decir que el proceso no demostraba ese extremo. El recurrente aseveró que el laudo no se reservó ningún renglón para justificar este aserto.

*(ii)* *Declaró la abusividad de varias cláusulas con base en su criterio personal*. Para el efecto sostuvo que los árbitros desconocieron la posibilidad de renuncias por parte de los contratistas y todo el desarrollo de la asignación de riesgos, para imponer su entendimiento personal.

*(iii) La condena por desequilibrio económico por imprevistos era improcedente y sin pruebas.* Para el efecto, advirtió que lo hizo con base en una norma que contempla como fuente el incumplimiento de los deberes de las entidades contratantes, pero no de la nulidad parcial declarada. Igualmente, insistió en que los perjuicios se cuantificaron con base en las apreciaciones personales de los árbitros y sin respaldo probatorio.

(iv) Negó algunas pretensiones de la demanda de reconvención al considerar que quien debía probar era la contratante y no el concesionario.

**3.2.2. El alcance de la causal**

La Sala considera necesario en este acápite revisar el desarrollo legal y jurisprudencial frente a lo que se ha entendido hasta ahora como un laudo en conciencia. Para el efecto, partirá de (i) los criterios definidos por la jurisprudencia sobre el particular, los cuales (ii) revisará para determinar su vigencia frente al nuevo ordenamiento legal.

**3.2.2.1. El estado de la causal de laudo en conciencia: Los criterios definidos por la jurisprudencia antes de la Ley 1563 de 2012**

La Sección realizó un balance de los criterios para definir cuándo se estaba en presencia de un fallo en conciencia, los cuales agrupó así[[24]](#footnote-24):

**(a) Que el fallo no se apoyara en el derecho positivo y vigente**

Este criterio se estructuró con base en lo dispuesto en el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998 que definía el arbitraje en derecho como *“aquel en el cual los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente”*. De esa norma se desprendían dos conceptos por definir: qué se entendía como derecho positivo y qué como derecho positivo vigente.

Al respecto, se precisó que la expresión *“derecho positivo”* debía entenderse en un sentido amplio, como todas aquellas fuentes de las que puede servirse el juez contencioso administrativo al resolver las controversias, incluido, claro está, el mismo contrato y los documentos que se integran a él[[25]](#footnote-25). En efecto, así se explicó[[26]](#footnote-26):

*Entender que la expresión derecho positivo se reduce a las fuentes normativas –Constitución, Ley y reglamento- desconocería que el ordenamiento jurídico no se reduce a los preceptos, porque constituye un sistema que combina de manera infinita la pluralidad de sus fuentes, para producir una decisión particular. De esta manera, derecho positivo, en su acepción amplia, se refiere a las fuentes del derecho explícitas; es decir, objetivas; es decir, existentes, bien en normas o bien en textos que forman parte del mismo derecho, como las que lo explican. Aquí se reencuentra esta noción con la que procede de manera más pura de la filosofía del derecho[[27]](#footnote-27).*

*En este contexto, derecho positivo se opone a derecho natural, es decir, al derecho implícito, sobreentendido en sus reglas y alcance, cuando en realidad nadie lo ha producido y menos explicado con autoridad. Que un laudo sea en derecho positivo autoriza a los árbitros a usar las mismas fuentes del derecho que aplica el juez natural de la controversia que las partes voluntariamente excluyeron de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, instituida de manera permanente por el Estado. No entenderlo así conduce a pensar que si un tribunal que debe fallar en derecho se apoya en la jurisprudencia entonces decide en conciencia, porque no se apoyó en el derecho vigente. Lo mismo cabe decir de la doctrina aplicable a un contrato o de la costumbre que lo inspira, si se utilizan como apoyo de la decisión arbitral[[28]](#footnote-28). Esta posición es inadmisible. Por el contrario, los casos mencionados son típicos fallos en derecho, porque se sirven del ordenamiento positivo, es decir, de las fuentes formales del derecho –prácticamente todas escritas, aunque la costumbre no- lo que garantiza que la decisión no se inspira en el leal saber y entender del árbitro, ni en la noción o idea de justicia personal, ni en un criterio subjetivo sobre lo que es una decisión correcta, porque aplicando las fuentes del derecho el árbitro queda compelido a desprenderse de su pasión personal, de su opinión y convicción íntima -alejada de las reglas y los criterios-, nacidos de su pura conciencia, para entregarse a un sistema de la razón –jurídica- que preexiste a él y se ubica encima de su propia humanidad.*

Ahora, en relación con la expresión *“derecho positivo vigente”*, la jurisprudencia explicó su contravención cuando los árbitros, en lugar de apoyarse en el derecho actualmente aplicable, lo hacían *“en el derogado, en el declarado nulo o inexequible o el que se apoya en normas, principios o criterios jurídicos que no existen o carecen de vigencia y validez”*[[29]](#footnote-29).

En suma, según este criterio, un laudo en derecho, por oposición a uno en conciencia, es aquél que aplicaba el derecho positivo vigente, es decir, cualquiera de las fuentes del derecho que usa el juez ordinariamente para resolver los casos, las cuales, además, debían estar vigentes, esto es, que no estuvieran derogadas, anuladas o declaradas inexequibles, en términos generales, que esas fuentes estuvieran vigentes y válidas. Entonces, para predicar la existencia de un fallo en conciencia se requería de la falta de fundamento jurídico y, además, que ese defecto fuera determinante para la adopción de la decisión.

Finalmente, la causal, en la forma en que estaba redactada, al exigir que el derecho positivo fuera el vigente, entrañaba un posible error de los árbitros, lo cual se distanciaba del entendido estricto de un fallo en conciencia, que no es otro que el que proviene del leal saber y entender del que juzga. En esa dirección, se consideró que *“el defecto más que de conciencia, de subjetividad, de solución en equidad, es un caso típico de error o desconocimiento del derecho”* [[30]](#footnote-30). En todo caso, se aceptaba que el legislador bien podía, en ejercicio de su libertad de configuración, erigir ese defecto en un supuesto de fallo en conciencia.

**(b) Que el fallo se dictara exclusivamente en equidad**

De entrada vale señalar que la jurisprudencia precisaba que los árbitros podían recurrir a la equidad para decidir sus asuntos.

Si bien a partir del tenor literal del numeral 6 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 se podría afirmar que bajo ninguna circunstancia era admisible que los árbitros juzgaran en equidad, lo cierto es que un análisis integral y sistemático del ordenamiento jurídico se permite concluir lo contrario, en tanto la equidad no está proscrita de ninguno de los juicios en derecho, incluidos los arbitrales donde es parte el Estado[[31]](#footnote-31).

En efecto, la Constitución Política establece en el inciso segundo del artículo 230 que la *“equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”*. Esto significa que los jueces, incluidos los árbitros, pueden aplicar la equidad, como criterio auxiliar en el ejercicio de su labor judicial, y por eso su ponderación conforme a los ideales de justicia era jurídicamente posible y tutelada por la Constitución. Por ejemplo, en la fijación de una condena por perjuicios morales, la equidad participa de manera importante en la concreción de un monto justo que se debía asignar a quien sufrió un daño inmaterial. Pero lo que no puede ampararse exclusivamente en la equidad es la determinación misma de la responsabilidad patrimonial, cuya definición se encuentra vinculada a principios y reglas jurídicas concretas, así como a la prueba de los hechos[[32]](#footnote-32).

Lo anterior no ha constituido una regla absoluta, sino que en cada caso debía examinarse judicialmente la aplicación adecuada, correcta y razonable de la equidad. Por lo dicho, desenmascarar el fallo en conciencia que encubre la aplicación ilegal de la equidad, exigía un control judicial muy estricto y cualificado que el juez del recurso de anulación debía ejercer con rigor.

**(c) Imposibilidad de juzgar la interpretación de los árbitros**

Sobre el alcance de esta causal, la jurisprudencia explicaba que *“cuando el recurrente critica la interpretación de los árbitros sobre las normas legales y el contrato mismo hace ostensible su queja sobre un punto de derecho, cual es la interpretación indebida de la ley y corrobora la anterior afirmación de la Sala sobre que el laudo sí se profirió en derecho”*[[33]](#footnote-33).

La anterior postura no era más que la reproducción de la prohibición de revisar el fondo del laudo, en tanto en sede del recurso de anulación solo procedía la formulación de cuestionamientos por errores *in procedendo[[34]](#footnote-34)* y no *in iudicando*[[35]](#footnote-35)*.* Igualmente, este criterio encerraba la exigencia legal de que el fallo en conciencia debía ser evidente[[36]](#footnote-36). Al respecto, la jurisprudencia sostenía que la decisión en conciencia exigía evidenciarse *“esto es, sin que se requiera de mayores argumentaciones para demostrar ese acontecimiento pues es ostensible”[[37]](#footnote-37)*.

**(d) Era fallo en conciencia el que no consideraba las pruebas**

El otro supuesto creado por la jurisprudencia tiene que ver con las pruebas del proceso que ofrecían convicción al tribunal de arbitramento. En otras palabras, los árbitros debían fallar de acuerdo con las pruebas legalmente aportadas al proceso. Por lo tanto, si la decisión carecía de soporte valorativo probatorio afectaba la validez de la decisión. Lo anterior, sin interferir en la libertad de que gozan los árbitros para valorar las pruebas, según las reglas de la sana crítica[[38]](#footnote-38).

En efecto, la Sección precisó que este criterio *“radica*[ba] *en que los árbitros estim*[aran] *y asum*[ieran] *las pruebas y su apreciación con absoluto desdén, capricho o desconocimiento de las reglas básicas que el derecho ofrece para su valoración, convirtiéndose, auténticamente, en una violación al deber de fallar según las reglas jurídicas, expresadas a través de los medios de convencimiento de que disponen los árbitros”*[[39]](#footnote-39).

Lo anterior sin que se abriera la posibilidad de controvertir el laudo a través del recurso de anulación, bajo el argumento de que la valoración probatoria era incorrecta, inadecuada u otro defecto que el recurrente le endilgara a la providencia, porque en tal caso no se estaba en presencia de un fallo en conciencia sino de una providencia errática, cuyo estudio no se admite en el proceso de anulación, porque no se trataría de una segunda instancia, es decir, de un recurso de apelación[[40]](#footnote-40).

De igual forma, la Sección consideró que también se configuraba la causal cuando los árbitros a pesar de haber hecho referencia a las pruebas y haberlas valorado en forma detallada, conjunta y armonizada, es decir, en debida forma, finalmente y sin razón que lo justificara se apartara de ella y fallara a su leal saber y entender, al margen de su contenido y de lo demostrado a través de su análisis. En esa línea, explicó que la prueba debía constituirse en fundamento del fallo y no simplemente en una apariencia para darle legalidad, puesto que el juez no estaba facultado para desechar la prueba válidamente aportada al proceso y, en su lugar, crear su propia convicción que pudiera acomodarse a la decisión que en equidad profiriera. En conclusión, una cosa es que el árbitro tuviera potestad para valorar e interpretar la prueba, aspecto que no puede ser cuestionado por vía del recurso de anulación, y otra muy diferente es que la ignorara de plano, evento en el cual habría lugar a la configuración de un fallo en conciencia[[41]](#footnote-41).

**(e) No constituía fallo en conciencia la incursión en una vía de hecho, o los defectos de la motivación o la equivocación**

La Sección ha sostenido que la vía de hecho implica *“siempre un desbordamiento del ordenamiento jurídico por parte del juez, que permite afirmar la inexistencia de una sentencia como tal y por lo tanto, acudir a la interposición del mecanismo de la tutela para amparar derechos fundamentales y evitar los perjuicios derivados de tal actuación”*[[42]](#footnote-42). En otras palabras, esa irregularidad desbordaba los límites de la competencia del juez en sede del recurso de anulación y se inscribía en los del juez de tutela, en tanto suponía un análisis de fondo, profundo y reflexivo de la decisión arbitral.

Respecto de la motivación, la jurisprudencia sostuvo que si bien los árbitros debían motivar sus fallos, el incumplimiento de esa carga no generaba un fallo en conciencia. Lo anterior, toda vez que la *“falta de motivación no aparece contemplada dentro de las causales de anulación del mismo y menos cuando no se niega sino que se clasifica como deficiente o irregular”*[[43]](#footnote-43). Sin embargo, esta posición fue morigerada, como pasa a explicarse:

En efecto, con ocasión de precisar el alcance de la postura en la que se sostenía que *“la más mínima referencia que el árbitro haga al derecho positivo, hace que el laudo sea calificable como en derecho”*[[44]](#footnote-44)*,* la Sección puntualizó que esa expresión *“hace alusión, por tanto, a que esa ‘mínima referencia’ esté realmente conectada con el sentido de la decisión, cualquiera que éste sea ⎯pues el del contenido del pronunciamiento arbitral no es un asunto fiscalizable por el juez del recurso de anulación⎯, vale decir, que la referencia al Derecho en realidad ha de constituir fundamento de lo que se resuelve y no tratarse de una simple anotación absolutamente descontextualizada del hilo argumentativo que en verdad conduce a la resolución del caso, orientada a dar al laudo la apariencia de estar sustentado en un precepto jurídico que no desempeña papel alguno en la cadena justificativa construida por los árbitros con el propósito de motivar su determinación.”*[[45]](#footnote-45).

Incluso, la jurisprudencia fue más allá al sostener que también existía fallo en conciencia cuando los árbitros a pesar de haber hecho referencia a las pruebas y haberlas valorado en forma detallada, conjunta y armonizada, es decir, en debida forma, finalmente y sin razón que lo justificara, se apartaban de ella y fallaban a su leal saber y entender, al margen de su contenido y de lo demostrado a través de su análisis[[46]](#footnote-46).

Lo expuesto permite concluir que la jurisprudencia prohijó la idea de un laudo en conciencia, cuando quiera que la motivación fuera evidentemente descontextualizada, en tratándose del análisis jurídico, o sin justificación, en lo que respecta a las pruebas.

Además de lo anterior, cuando la motivación no existía, el fallo en conciencia se hacía más evidente, en tanto coincidía con la consideración natural de lo que se entendía como una decisión en conciencia, esto es, la que prescindía de todo fundamento jurídico y/o probatorio[[47]](#footnote-47). Además, al ser inexistente la motivación, el juez de anulación tampoco la calificaría, por cuanto nada se podía de lo que no existe. Así lo entendió la jurisprudencia en su momento[[48]](#footnote-48):

*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.”*

*Como puede verse, la causal se configura cuando se decide en conciencia debiendo ser en derecho y ésta circunstancia resulta evidente en el laudo, es decir que ese hecho aparece sin necesidad de recurrir a mayores argumentaciones para demostrarlo.*

*(…). En la providencia inicialmente citada[[49]](#footnote-49) también se expresó que “…la causal [6ª] 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”* (se destaca).

En síntesis, los defectos de la motivación, por regla general, no constituían un fallo en conciencia, siempre que supusieran un análisis de fondo de la decisión y su calificación como errada o deficiente; sin embargo, en algunos eventos donde la motivación era aparente o materialmente no existía, se imponía concluir que la decisión no tenía un apoyo diferente a la subjetividad de los árbitros.

Finalmente, la jurisprudencia también consideró que la decisión errada tampoco constituía un fallo en conciencia, en tanto ninguna causal permitía revisar el fondo, toda vez que la órbita del recurso de anulación se circunscribía a los errores *in procedendo*. De lo contrario, “*se abriría paso para desconocer la convención celebrada por las partes, en el sentido de no acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa, sometiendo la controversia a la decisión de árbitros, que deben fallar en única instancia”*[[50]](#footnote-50)*.*

En suma, la vía de hecho, la falta de motivación o el error, que bien pudieron agruparse dentro del concepto de decisión errada, no constituían una decisión en conciencia, en tanto se dirigían a cuestionar el fondo del asunto, el cual, en término generales, no se podía cuestionar en sede del recurso de anulación, salvo las precisiones hechas por la jurisprudencia.

**3.2.2.2. La vigencia de los criterios definidos por la jurisprudencia a la luz de la Ley 1563 de 2012**

Antes de adentrarse en el estudio de la vigencia actual de los criterios definidos por la jurisprudencia, la Sala considera necesario recordar cuáles eran, a saber: *(a) que el fallo no se apoyara en el derecho positivo y vigente,* *(b) que el fallo se dictara exclusivamente en equidad, (c) la imposibilidad de juzgar la interpretación de los árbitros, (d) que el fallo no considerara* las pruebas y *(e) que el fallo no constituyera una vía de hecho, o defectos de la motivación o equivocación.*

Igualmente, vale precisar que los literales a), b) y d) eran verdaderos criterios para determinar la existencia de un fallo en conciencia. En efecto, en ellos se evidenciaba que el fundamento de la decisión de los árbitros no era otro que su sola subjetividad y no el derecho positivo y vigente, o lo era exclusivamente la equidad o no se atendían a las pruebas. Por su parte, los literales c) y e) se dirigían a limitar los argumentos del recurrente y la labor del juez en sede del recurso de anulación, en tanto resultaba improcedente para predicar un fallo en conciencia que se solicitara o revisara las interpretaciones de los árbitros o se alegara una vía de hecho, o una errada o deficiente motivación o, en términos generales, una decisión errada o deficiente.

3.2.2.2.1.Bajo las precisiones anteriores, es necesario adentrarse en el análisis, primero, de los criterios que en estricto sentido son indicativos de una decisión en conciencia, esto es, los literales a), b) y d), así:

**(a) Que el fallo no se fundamente en el derecho positivo y vigente (en términos actuales, que el laudo no sea en derecho)**

Al respecto, es preciso recordar que este criterio se fundamentaba en la definición del arbitraje en derecho, contenida en el inciso segundo del artículo 115 del Decreto 1818 de 1998, que señalaba como tal aquél en que los árbitros fundamentan *“su decisión en el derecho positivo vigente”*.

En ese orden, es preciso señalar que la Ley 1563 de 2012, aunque se refiere al arbitraje en derecho, no lo define como lo hacía el régimen precedente. La citada ley se limita a señalar que el laudo arbitral puede ser en derecho, en equidad o técnico. Igualmente, precisa que el arbitraje sería en derecho cuando en los tribunales intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales (artículo 1).

En la actualidad, como de tiempo atrás lo hizo la jurisprudencia de esta Corporación[[51]](#footnote-51), al remitirse a lo dispuesto en el artículo 230 Superior[[52]](#footnote-52), debe entenderse que un laudo es en derecho cuando se apoya en las mismas fuentes jurídicas que todo juez utiliza para juzgar las controversias que conoce, sin que estas se entiendan circunscritas al derecho legislado, de acuerdo al sentido amplio que le dio la jurisprudencia en su momento. En conclusión, los árbitros podrán apoyarse en todas las fuentes del derecho como lo hace cualquier juez en su actividad judicial para que su decisión sea considerada en derecho.

Ahora, el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998 imponía que esas fuentes estuvieran vigentes. Por su parte, la jurisprudencia si bien la aplicó, por respeto a la facultad de configuración del legislador, advirtió que se trataba de un típico caso “*de error o desconocimiento del derecho”*[[53]](#footnote-53); en la Ley 1563 de 2012 se recogió esta última observación al dejar por fuera la expresión *“derecho positivo vigente”,* en tanto impone un análisis de fondo del asunto y su calificación, prohibición que reiteró en el inciso último del artículo 42[[54]](#footnote-54).

En conclusión, en la actualidad es preciso que el laudo tenga respaldo jurídico o en derecho, entendido este en la proporción de las mismas facultades del juez contencioso administrativo, sin que en sede del recurso de anulación del laudo arbitral pueda calificarse la vigencia de esas fuentes, so pena de inscribirse en las prohibiciones impuestas por la Ley 1563 de 2012. Por lo tanto, para que el laudo sea considerado en derecho deberá fundamentarse en las fuentes de derecho o, en sentido negativo, será fallo en conciencia y no en derecho, el que no se fundamente en fuente alguna de derecho.

Igualmente, vale reiterar la precisión que la jurisprudencia ha hecho en relación con las fuentes del derecho, en tanto la mínima referencia que se haga de ellas permite predicar un arbitraje en derecho, siempre que ese mínimo esté conectado con el sentido de la decisión, hasta el punto que no pueda calificarse como absolutamente descontextualizada o con el simple propósito de dar apariencia de ser una decisión en derecho[[55]](#footnote-55).

Ahora, precisa advertir que existe una coincidencia entre lo que la Corte Constitucional define como una de las modalidades de vía de hecho por defecto sustantivo y lo que esta Corporación entiende como un fallo en conciencia. En efecto, una de las causales de la vía de hecho se produce cuando la autoridad judicial respectiva desconoce las normas de rango legal o infralegal aplicables en un caso determinado por su absoluta inadvertencia[[56]](#footnote-56), al tiempo que se predica que la decisión es en conciencia cuando prescinde por completo de la referencia a una fuente de derecho, lo cual deberá ser evidente, hasta el punto que improcedente juzgar el fondo del asunto.

De suerte que respecto de la causal objeto de análisis, bien podría afirmarse que el fallo en conciencia es una modalidad de vía de hecho, en una relación de especie a género; sin embargo, las dos figuras se distancian, en tanto la vía de hecho, en sede de la acción de tutela constitucional, siempre supondrá la revisión de las razones de la decisión, la constatación del defecto y la determinación de su incidencia en el fondo[[57]](#footnote-57).

Esas exigencias no se imponen en la anulación del laudo arbitral, en tanto la simple constatación objetiva de un fallo en conciencia, es decir, evidenciar que no tiene fundamentos de derecho, debe dar lugar a la anulación. Es oportuno señalar que esa falta de fundamentación que se reclama debe ser relevante para apoyar la decisión, lo cual significa que no se trata de aquella argumentación simplemente accesoria.

Lo importante para el juez de anulación es verificar si el árbitro tomó su decisión en derecho o en conciencia, para lo cual basta constatar si existe o no una fundamentación que ampara la decisión, sin entrar a calificar si está o no de acuerdo. De tal manera, que si se llega a la conclusión de que el fallo fue en conciencia se impondrá su anulación.

En el fallo en conciencia, la falta absoluta o la apariencia de sus fundamentos jurídicos dan lugar a su anulación. En ese orden, no se trata de un defecto menor, es un vicio que se caracteriza por su evidencia, hasta el punto que la más mínima referencia al derecho, salvo que sea aparente, es suficiente para considerar la decisión como en derecho. En consecuencia, la causal de fallo en conciencia no admite puntos medios u oscuros, su existencia debe ser clara y evidente, de manera que cuando existan dudas de su verificación habrá que preferirse por mantener la decisión de los árbitros.

Ahora, puede ser que un fallo en conciencia y una vía de hecho coincidan materialmente. En efecto, puede tratarse de una decisión sin fundamento jurídico, por tanto, una decisión en conciencia y, además, que esa situación cambie el sentido de lo resuelto, es decir, una vía de hecho. En ese escenario, los jueces, el de tutela y el de anulación, tienen límites y dentro de ellos resuelven. De suerte que el juez de anulación no puede aseverar que el fallo en conciencia sea una vía de hecho, porque sus limitantes se lo impiden, mientras que el juez de tutela sí podrá concluir que además de un fallo en conciencia hay una vía de hecho, dadas sus amplias facultades. Igualmente, puede ocurrir que en sede de anulación el recurrente sostenga la existencia de una vía de hecho que suponga revisar el fondo del asunto. En este hipotético, la vía procesal no será el recurso de anulación, dadas las limitantes del juez, sino la acción de tutela.

En conclusión, según este criterio, el laudo deberá ser en derecho, esto es, con referencia a las mismas fuentes de las que se vale el juez contencioso administrativo para juzgar ese tipo de controversias.

**(b) Que el fallo se dicte exclusivamente en equidad**

Sobre este criterio, es preciso recordar la redacción de la causal de fallo en conciencia en la normatividad anterior y la vigente. En tal sentido, el numeral 6 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 disponía como causal de anulación de un laudo:

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

Por su parte, el numeral 7 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, en la actualidad para los mismos efectos arriba expuestos, prescribe:

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

En principio, pareciera que la nueva normatividad prohibiera a los jueces arbitrales aplicar la equidad en sus decisiones; sin embargo, es preciso remitirse al desarrollo jurisprudencial que ha hecho la Corporación, según el cual los árbitros están provistos de las mismas fuentes jurídicas que los jueces, quienes de acuerdo con el artículo 230 Superior pueden recurrir a la equidad como un criterio auxiliar al momento de ejercer la actividad judicial. Luego, lo prohibido es que las decisiones se fundamenten exclusivamente en la equidad, cuando el laudo debe ser en derecho.

La jurisprudencia ha señalado que no procedía la anulación del laudo (i) si el arbitraje debía ser técnico y los árbitros lo dictaban en derecho o en equidad, tampoco (ii) si debió ser en derecho y se dictaba un laudo técnico, en tanto el numeral 7 del artículo 163 del decreto 1818 de 1998, tan sólo prohibía el arbitraje en conciencia debiendo ser en derecho[[58]](#footnote-58). La normatividad anterior y la jurisprudencia han dejado en claro que es prohibido fallar en conciencia, pero también exclusivamente en equidad, cuando el laudo, se insiste, debía ser en derecho, sin perder de vista que esas dos nociones no se han distinguido del todo[[59]](#footnote-59).

En suma, este criterio tiene plena vigencia, en el entendido que se prohíbe a los árbitros fallar exclusivamente en equidad[[60]](#footnote-60). Igualmente, vale advertir que un laudo dictado en estos términos constituye una vía de hecho, por cuanto se impone la regla de que todo fallo en conciencia es una vía de hecho, aunque no a la inversa.

**(d) Que el fallo no considere las pruebas**

Este criterio, al igual que el que exige que el arbitraje sea en derecho, es parte de la definición pacífica que ha construido la jurisprudencia sobre lo que es un laudo en conciencia, es decir, aquél que se profiere con total desprendimiento de los fundamentos jurídicos y probatorios.

En esta oportunidad, la Sala reiterará lo dicho por la Corporación, para lo cual remite al desarrollo que sobre este criterio se hizo, en el entendido que se exige del laudo su fundamentación en las pruebas legalmente aportadas al proceso. Luego, si no hay fundamento probatorio o sin justificación se desconoce o se aparta de las pruebas se estará frente a una decisión claramente subjetiva de los árbitros.

Aquí vale recordar que ese ejercicio no puede de ninguna manera significar la revisión del fondo de la decisión o la calificación de la misma. Se trata de defectos evidentes, como lo son la ausencia de fundamentos probatorios o, como lo ha precisado la jurisprudencia, que aun cuando exista un análisis probatorio, el laudo se aparte por completo y sin justificación de lo que las pruebas señalan, es decir, un abandono absoluto del material probatorio.

Lo anterior impone preguntarse cómo se diferencia este criterio de la vía de hecho por defecto fáctico, entendida esta última como la que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión[[61]](#footnote-61).

En efecto, para la Corte Constitucional configura defecto fáctico constitutivo de vía de hecho cuando el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido (subjetividad)o, en la hipótesis de incongruencia entre lo probado y lo resuelto, decide en contravía de la evidencia probatoria y sin un apoyo fáctico claro.En esa misma dirección, esta Corporación ha señalado que cuando es inexistente el sustento probatorio o se desconoce éste de forma evidente e injustificada se está en presencia de un laudo en conciencia, en tanto lo que ello demuestra es que se falló con base en la exclusiva subjetividad de los árbitros[[62]](#footnote-62).

En este punto, la Sala vuelve a insistir en la diferencia entre un fallo en conciencia y una vía de hecho. Para el primero es suficiente la constatación objetiva de la falta de fundamento probatorio trascendente, mientras que la segunda exige un análisis de fondo de la cuestión para concluir que la existencia del vicio o defecto, ejercicio proscrito en sede de anulación del laudo.

3.2.2.2.2. Ahora, es preciso analizar sí continúan vigentes los criterios jurisprudenciales de los literales c) y e), antes señalados, que se dirigían a delimitar los argumentos del recurrente y la labor del juez en sede del recurso de anulación.

**(c) Imposibilidad de juzgar la interpretación de los árbitros**

Esta es una limitación que se erigió jurisprudencialmente antes de la Ley 1563 de 2012 y que se acogió expresamente por esta última normatividad en el inciso final del artículo 42. En consecuencia, esta restricción tiene plena vigencia y, por consiguiente, al recurrente ni al juez le es procedente atacar o pronunciarse sobre el fondo de la controversia, ni calificar o modificar los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral al adoptar el laudo.

**(e) Imposibilidad de alegar una vía de hecho o defectos de la motivación o una equivocación del laudo (o la imposibilidad de calificar el laudo como errado o deficiente)**

Esta causal merece especial atención de la Sala, en tanto es preciso introducirle unos matices a su alcance y entendimiento.

Con relación a la vía de hecho, es preciso reiterar que esta exige un análisis de fondo del asunto, mientras que el fallo en conciencia se limita a constatar lo evidente, sin adentrarse en los análisis que impone la vía de hecho. En consecuencia, toda vez que la prohibición de pronunciarse sobre el fondo del asunto se mantiene en el ordenamiento legal actual, fuerza concluir que este es un criterio vigente en aras de limitar el ejercicio de los recurrentes y el pronunciamiento del juez del recurso de anulación.

En lo que tiene que ver con la motivación, como quedó expuesto en la explicación de este criterio con base en los desarrollos jurisprudenciales, es claro que la inexistencia de motivos en estricto sentido sí constituye un laudo en conciencia, en tanto así se ha sostenido de manera pacífica al señalar que la falta de motivos de derecho o probatorios o, incluso, la apariencia de esos fundamentos (bien porque se citan normas o pruebas para dar la apariencia de una decisión en derecho, en tanto buscan desviar el fundamento subjetivo de la decisión), corresponden a una decisión subjetiva de los jueces.

Luego, como la limitación del recurso de anulación es la revisión del fondo del asunto o su calificación, mal haría en entenderse que se incurre en esa prohibición cuando no existe motivación, en tanto es imposible revisar o calificar lo que no existe. Se trata de una simple verificación. Es diferentes que la motivación se juzgue como deficiente, irregular o insuficiente. El juez del recurso de anulación, en términos generales, no puede definir esos extremos en tanto supondría un análisis de fondo para el cual no está facultado; sin embargo, cuando no existe motivación o es aparente, desde el punto de vista jurídico o probatorio, la jurisprudencia ha aceptado que en tales casos se trata de una decisión en conciencia.

En suma, en línea con el último inciso del artículo 42 de la Ley 1563 de 2012, lo que está proscrito es la calificación o modificación de las motivaciones, pero no constatar lo que resulta evidente, como lo es la inexistencia de motivos.

Este criterio es mejor denominarlo como la prohibición de declarar la existencia de una decisión errada o equivocada, que es lo que en términos generales constituyen una vía de hecho o los defectos en la motivación. De allí, es claro el alcance de este criterio como manifestación de los límites del recurso de anulación. Por lo anterior, cuando la supuesta vía de hecho, la equivocación o la motivación supongan la revisión del fondo del asunto, es decir, la verificación de un error *in iudicando* será improcedente su declaración en sede de anulación, en tanto la órbita de este último recurso son los errores *in procedendo*.

**3.2.2.3. A modo de conclusión**

Analizados los criterios que determinan la causal de fallo en conciencia a la luz de la Ley 1563 de 2012, se observa que, con las precisiones aquí incorporadas, se mantienen los construidos de tiempo atrás por la jurisprudencia. Por lo tanto, en estricto sentido para que exista una decisión en conciencia, se necesita que (i) la decisión no sea en derecho (entendido este último como todas aquellas fuentes jurídicas de las que se vale cualquier juez en su actividad judicial), (ii) o se funde exclusivamente en la equidad (aunque bien pudiera distinguirse del fallo en conciencia) o (iii) no se consideren las pruebas. Igualmente, (iv) hay limitaciones para determinar la ocurrencia de la causal en estudio, en tanto no es posible calificar la decisión de errada o deficiente o de revisar las interpretaciones de los árbitros, como cuando se solicita la verificación de una vía de hecho, distinta a la que supone un fallo en conciencia, o la revisión de los motivos[[63]](#footnote-63).

Los anteriores presupuestos y los criterios aquí descritos y precisados se complementan para dar pautas de lo que constituye una decisión en conciencia. Con base en ellos, procederá la Sala a resolver el fondo del presente asunto.

**3.2.3. El caso concreto**

Antes de abordar el fondo del asunto, la Sala considera necesario precisar que el arbitraje en estudio debía ser en derecho, por cuanto el contrato fue suscrito por una entidad pública y, además, su controversia tiene que ver con la ejecución de aquél contrato, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 1563 de 2012.

Precisado lo anterior, la Sala abordará cada uno de los fundamentos de la causal en estudio, así:

**3.2.3.1. La nulidad era absoluta y no parcial como se declaró**

3.2.3.1.1.En primer lugar, la recurrente estima la falta de aplicación de la disposición normativa pertinente para resolver sobre la nulidad parcial. Considera que la equivocación en el régimen jurídico aplicable trajo consigo consecuencias jurídicas inaceptables, hasta el punto que debió declararse la nulidad absoluta total y no parcial del contrato.

De la simple descripción de los fundamentos del recurrente se observa que se trata de una discusión jurídica que va más allá de la simple verificación de la inexistencia de los fundamentos de derecho.

En efecto, el laudo al fundar su decisión de declarar nulo absolutamente el contrato, pero de forma parcial, refiere a un vacío en cuanto a los efectos de la declaratoria de la nulidad parcial. Lo anterior si bien pone en evidencia una falta de consistencia, toda vez que el tema por definir era si la nulidad por declarar era parcial o total, no así sus efectos, tampoco es de tal magnitud como para anular el laudo, toda vez que a renglón seguido el laudo fundamentó su decisión de nulidad absoluta parcial en la posición doctrinaria, en donde se define como parcial a la nulidad absoluta derivada por la abusividad de las cláusulas del contrato, sin perder de vista que la doctrina citada se produjo en el marco del derecho privado.

Como se observa, hay un fundamento de derecho. Ahora, que resulte suficiente o correcto, no es una tarea que le corresponda definir al juez en esta sede de anulación. Para efectos ilustrativos, la Sala considera necesario revisar la parte pertinente del laudo donde realiza el ejercicio arriba descrito, así (fl. 1931 y rev., c. ppal 5):

*La nulidad que aquí se declarará es parcial, por las razones que seguidamente se anotan y porque no aparece dentro del proceso que las partes no lo habrían celebrado, sin la parte viciada de nulidad.*

*“El hecho de que el Código Civil se refiera siempre a la nulidad del “acto o contrato”, nunca ha sido tomado como si la nulidad, cualquiera que fuera su naturaleza o causal específica, hubiera de implicar la totalidad de la disposición particular. Por el contrario, siempre se ha entendido que la declaración de invalidez, como medida represiva correspondiente a transgresiones concretas de dictados imperativos del ordenamiento, tiene una razón de ser de encauzamiento y de limitación de la autonomía privada, cuyo ámbito y cuya proyección, por eso mismo, muestran, por así decirlo, una dosificación, cónsona con el criterio político inherente a la previsión de la invalidez y a la razón de ser de esta. Por eso mismo, dentro del espectro de alcances de la declaración judicial jurisprudencialmente se ha contemplado la figura de la nulidad parcial, consistente en una depuración del contenido negocial, de modo de eliminar de él, por razones de incongruencia, pero sobre todo, de ilicitud, en el primero supuesto, las estipulaciones, cláusulas o pactos incompatibles con la figura iuris empleada, y en la segunda hipótesis, aquellas que transgreden una prohibición ética o política. Sólo que los ordenamientos más recientes previenen expresamente ese alcance reducido o circunscrito de la invalidez, sea con referencia de “nulidad parcial” del acto o contrato, sea aludiendo a determinada clase de cláusulas abusivas o vejatorias o exorbitantes, sea, en fin, considerando una y otras situaciones. El artículo 902 del Código de Comercio transcribe el artículo 1419 del Código Civil italiano para poner de presente que la invalidez parcial del negocio o de una o varias cláusulas suyas no acarrea de por sí la nulidad de íntegra la disposición* (sic)*, dado que, en desarrollo y aplicación del principio denominado de “conservación del negocio jurídico” o del favor negotii, sí que también de la adaptabilidad del supuesto de hecho (…) arts. 1501 C.C. col.; 1444 CC. ch.), el ordenamiento se esmera en reconocerle la relevancia a la disposición general, no obstante aspectos o secciones nulos y atribuirle alguna eficacia, la mayor posible, congruentemente con la intención-disposición de las partes”[[64]](#footnote-64).*

Seguidamente, el laudo concluye sin más la procedencia de la declaratoria de nulidad absoluta parcial. En otras palabras, la razón para declarar la nulidad parcial está contenida en lo arriba citado.

Ahora, pueden existir fundadas razones para discrepar de lo expuesto por los árbitros, como lo pone de presente la recurrente. En efecto, aplicar el derecho privado cuando se definió en la decisión cuestionada que el contrato en estudio estaba regulado por la Ley 80 de 1993 (fl. 1881, c. ppal 5), que en su artículo 47 define lo que se entiende por una nulidad absoluta parcial, resulta, por decir lo menos, deficiente; sin embargo, ese tipo de defectos ponen de manifiesto una discusión en derecho, como lo es definir el alcance de las dos disposiciones normativas que regulan sobre la nulidad parcial de los contratos, por lo que podría concluirse que el laudo lo fue también en ese marco. Vale aclarar que decir que el laudo fue en derecho no descarta *per se* que haya una decisión errada o una vía de hecho, sino simplemente que no se puede evidenciar que fue en conciencia o por una mera subjetividad de los árbitros.

Ahora, tampoco se observa que la referencia al derecho que hace el laudo fue totalmente descontextualizada o aparente, como una especie de manto que ocultara la subjetividad arbritral, hasta el punto que no se evidencia a simple vista y, por el contrario, sólo para determinar la impertinencia de aplicar una u otra norma se hace necesario un análisis de fondo, juicio que es improcedente en esta sede. En efecto, se tiene que el artículo 47 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 902 del Código de Comercio definen lo que se entiende por nulidad absoluta parcial, claro está, en campos distintos. Para dilucidar cuál de los dos artículos es aplicable, habría que definir el régimen jurídico del contrato en estudio, precisar si las normas contienen definiciones disímiles frente a la nulidad parcial y revisar si lo mismo se puede predicar de sus consecuencias jurídicas. En suma, una disertación jurídica sobre el particular. En esos términos, no salta a la vista que se trate de una referencia al derecho totalmente descontextualizada o aparente, aunque ello no descarta *per se* que pueda ser equivocada.

Además, la doctrina citada en el laudo sí refiere a las cláusulas abusivas como un ejemplo de nulidad parcial, luego tampoco resulta evidentemente descontextualizada su referencia, en tanto el fundamento de la nulidad absoluta parcial declarada en el laudo lo fueron unas cláusulas estimadas como abusivas; en esa misma línea, el entendimiento de que la nulidad debió ser absoluta y total y no parcial, también es una construcción o posición jurídica que se deriva de la revisión del fondo del asunto.

En últimas, la Sala quiere poner de relieve que todas las argumentaciones del recurso, por demás fundadas, sugestivas y discutibles, ponen en evidencia una cuestión de derecho, tarea que el juez del recurso de anulación difícilmente puede emprender, dadas sus limitantes para revisar el fondo de la cuestión, sin perder de vista que esas mismas razones puedan eventualmente constituir en otra sede, como la acción de tutela, fundamentos para dejar sin efectos el laudo.

3.2.3.1.2. Por último, en este cargo, la recurrente también sostiene que en parte alguna del laudo se explicó el por qué se concluyó que las partes no habrían desistido en el negocio sin las cláusulas anuladas. El Tribunal se limitó a decir que el proceso daba cuenta de ese extremo. El recurrente aseveró que el laudo no reservó ningún renglón para justificar su aserto.

Para el efecto, la Sala considera necesario recoger lo dicho por el Tribunal sobre el particular, así (fl. 1931 y rev., c. ppal 5):

*Como ya se explicó con suficiencia en capítulo preliminar de este laudo, la sanción jurídica de las cláusulas abusivas es la declaración de su nulidad absoluta por la causal prevista en el numeral 1 del artículo 899 del Código de Comercio, al violarse la norma imperativa contenida en el numeral 1 del artículo 95 de la Constitución Política, que prohíbe abusar de los derechos propios. La aplicación de tales normas aparece permitida de conformidad con lo establecido en los artículos 13 y 44 de la Ley 80 de 1993 cuando de una parte remite a las causales de nulidad propias del derecho común, como cuando en el numeral 2 de esta última, invoca como causal de nulidad la celebración de contratos “contra expresa prohibición constitucional o legal”.* ***En cuanto a los efectos de tal declaratoria, ante el vacío de la Ley 80 en relación con la nulidad parcial, debe igualmente remitirse al derecho común****.*

*La nulidad que aquí se declarará es parcial, por las razones que seguidamente se anotan y* ***porque no aparece dentro del proceso que las partes no lo habrían celebrado,*** *sin la parte viciada de nulidad.*

*“El hecho de que el Código Civil se refiera siempre a la nulidad del “acto o contrato”, nunca ha sido tomado como si la nulidad, cualquiera que fuera su naturaleza o causal específica, hubiera de implicar la totalidad de la disposición particular. Por el contrario, siempre se ha entendido que la declaración de invalidez, como medida represiva correspondiente a transgresiones concretas de dictados imperativos del ordenamiento, tiene una razón de ser de encauzamiento y de limitación de la autonomía privada, cuyo ámbito y cuya proyección, por eso mismo, muestran, por así decirlo, una dosificación, cónsona con el criterio político inherente a la previsión de la invalidez y a la razón de ser de esta. Por eso mismo, dentro del espectro de alcances de la declaración judicial jurisprudencialmente se ha contemplado la figura de la nulidad parcial, consistente en una depuración del contenido negocial, de modo de eliminar de él, por razones de incongruencia, pero sobre todo, de ilicitud, en el primero supuesto, las estipulaciones, cláusulas o pactos incompatibles con la figura iuris empleada, y en la segunda hipótesis, aquellas que transgreden una prohibición ética o política. Sólo que los ordenamientos más recientes previenen expresamente ese alcance reducido o circunscrito de la invalidez, sea con referencia de “nulidad parcial” del acto o contrato, sea aludiendo a determinada clase de cláusulas abusivas o vejatorias o exorbitantes, sea, en fin, considerando una y otras situaciones. El artículo 902 del Código de Comercio transcribe el artículo 1419 del Código Civil italiano para poner de presente que la invalidez parcial del negocio o de una o varias cláusulas suyas no acarrea de por sí la nulidad de íntegra la disposición* (sic)*, dado que, en desarrollo y aplicación del principio denominado de “conservación del negocio jurídico” o del favor negotii, sí que también de la adaptabilidad del supuesto de hecho (…) arts. 1501 C.C. col.; 1444 CC. ch.), el ordenamiento se esmera en reconocerle la relevancia a la disposición general, no obstante aspectos o secciones nulos y atribuirle alguna eficacia, la mayor posible, congruentemente con la intención-disposición de las partes”[[65]](#footnote-65).*

*En este orden de ideas, el Tribunal en ejercicio del poder de control judicial contemplado, en el artículo 1742 del Código Civil subrogado por el artículo 2 de la Ley 50/36, declarará nulas absolutamente, por abusivas, y por ende quedarán sin efecto entre las partes, las siguientes cláusulas o fragmentos de las mismas del contrato de concesión n.° TM-300-004-07 del 20 de febrero de 2008 y de los otrosíes suscritos durante la ejecución, así* (se relaciona lo anunciado) (…).

*De lo dicho concluye el Tribunal* [hay dos párrafos anteriores, entre la relación de los textos anulados y lo aquí transcrito, en los que se cita al doctrinante FERNANDO HINESTROSA, frente a su opinión respecto de los efectos de la nulidad absoluta]*, que en ausencia de un desarrollo legal que de manera general regule el fenómeno de las consecuencias del abuso del derecho y de la manera de enmendar en la relación contractual el vacío que la cláusula anulada produce, la solución es la integración del contrato con las normas dispositivas que se pretendían reemplazar. A falta de ellas, en aplicación del principio de buena fe, el juez deberá integrar el contrato con lo que a él naturalmente corresponde, lo que le permitirá ajustarlo conforme a los mandatos de la confianza recíproca y en asuntos mercantiles, reconciliarlo con “criterios comerciales razonables de lealtad negocial” (principios Unidroit sobre contratos comerciales internacionales) y con las prácticas usuales y los estándares propios de las negociaciones honestas seguidas en el tráfico, de manera que se logre el propósito de restablecer el equilibrio contractual (…)* (se destaca y resalta).

De lo anterior y revisado el texto del laudo en su integridad, se tiene que la explicación para considerar que la nulidad era parcial se fundamentó en lo arriba expuesto. Las consideraciones del Tribunal descansan en los siguientes supuestos: por un lado, que se trataba de una nulidad absoluta parcial, en tanto así lo considera la doctrina respecto de las cláusulas abusivas y, por otro, que *“no aparece dentro del proceso que las partes no la habrían celebrado, sin la parte viciada de nulidad”* (fl. 1931, c. ppal 5). Esta última aseveración de los árbitros es la que cuestiona la parte recurrente.

Sobre el particular, debe recordarse que el artículo 902 del Código de Comercio, que fue la norma que aplicó el Tribunal, prescribe:

*NULIDAD PARCIAL. La nulidad parcial de un negocio jurídico, o la nulidad de alguna de sus cláusulas, solo acarreará la nulidad de todo el negocio cuando aparezca que las partes no lo habrían celebrado sin la estipulación o parte viciada de nulidad.*

El Tribunal entendió que la norma en cita parte de un extremo fáctico para determinar el alcance de la nulidad absoluta de un negocio jurídico. Bajo ese entendimiento, el Tribunal afirmó lo que aquí se cuestiona, es decir, que la nulidad era parcial, en tanto el expediente no daba cuenta que las partes desistirían del negocio, sin más explicaciones.

Vale aclarar que no es que se esté acomodando la interpretación de la norma al entendimiento de la Sala, en contravía de lo consignado en el laudo, sino simplemente se constata el ejercicio que efectuó el Tribunal alrededor del citado artículo y la conclusión a la cual arribó; siendo claro lo anterior, corresponde a la Sala determinar si esa conclusión está fundamentada en las pruebas.

Para iniciar es preciso recordar que existe un fallo en conciencia cuando los árbitros deciden sin apoyo en las pruebas o valoradas estas se apartan de ellas sin justificación alguna. En el presente asunto, es evidente que se produjo una conclusión por parte de los árbitros sin respaldo probatorio alguno, como pasa a exponerse:

**(i)** *La incertidumbre de la conclusión del laudo.* La aseveración de que *“no aparece dentro del proceso que las partes no lo habrían celebrado”* se muestra en extremo genérica, hasta el punto que bien pudiera afirmarse que es el resultado del análisis de las pruebas obrantes o de la inexistencia de pruebas en esa dirección.

Si esa conclusión fue el resultado de las pruebas obrantes, se echa de menos qué pruebas valoró y cómo las valoró, en últimas, la más mínima expresión que respalde su dicho. En otras palabras, la evidencia de que existió un fundamento probatorio de la decisión que el juez de anulación pudiera constatar con su simple lectura, sin revisarlo o calificarlo.

Ahora, si fue porque se echaban de menos las pruebas en esa dirección, la Sala se pregunta por qué no se valoró la oferta, el pliego de condiciones, el contrato, su naturaleza, sus cláusulas, las de otros contratos entre las mismas partes y con el mismo objeto, el comportamiento contractual y procesal de las partes, sino que se guardó absoluto silencio. Al menos la demanda de reconvención debió poner sobre aviso a los árbitros frente a la necesidad de analizar esa actuación y su impacto en la insistencia del negocio jurídico de la aquí recurrente con las nuevas condiciones, cuestión que también se echa de menos.

La falta de análisis de los documentos de la concesión (oferta, pliego y contrato) sin razón que lo justifique, evidencia que su conclusión era suficiente en sí misma, es decir, como si explicara *per se* que las partes insistirían en el contrato a pesar de la nulidad que se declararía. Como mínimo el pliego y el contrato debieron ser objeto de análisis para determinar ese extremo, con mayor razón si la anulación significaba la variación de los riesgos y del precio pactado originalmente, lo que a su vez impactaba en las reglas de selección del concesionario al modificarse las condiciones de la oferta; sin embargo, estas cuestiones no merecieron la menor reflexión en el laudo.

Tampoco puede aceptarse que la negación indefinida de los árbitros no requería de sustento probatorio. Lo anterior, porque su afirmación genérica no precisa si ese fue el entendimiento que se le dio y, de serlo así, la realidad procesal muestra unas pruebas que se desestimaron por completo, lo cual deja sin ningún sustento esa posibilidad.

**(ii)** *La inexistencia de valoración probatoria.* El laudo no tiene un mínimo ejercicio probatorio que apoye su conclusión de que *“no aparece dentro del proceso que las partes no lo habrían celebrado”*. Tampoco es posible concluirlo o derivarlo de lo consignado en su texto. Basta con revisar los temas abordados en él para llegar a esa conclusión.

Efectivamente, el laudo inició por hacer (i) una reseña del proceso, en donde se tocaron temas como el contrato que dio origen a la *litis*, las partes y representantes, la cláusula compromisoria, la convocatoria, la designación, la integración y la instalación del Tribunal, las pruebas decretadas y practicadas y los alegatos de conclusión (fls. 1856 a 1862 rev., c. ppal 5).

Este acápite es meramente descriptivo del trámite arbitral; en efecto, en la relación de pruebas se enuncia y se explica su incorporación al proceso, sin ninguna valoración de ellas, como lo evidencia el propio laudo al precisar que el *“análisis y valoración de estas pruebas se efectuará en los apartes correspondientes del presente laudo arbitral en la medida en que así lo indique la pertinencia de su contenido”* (fl. 1861 rev., c. ppal 5). De suerte que nada indica que este aparte contenga un ejercicio probatorio que respalde la conclusión en estudio.

El laudo continuó (ii) con las consideraciones sobre el Sistema Integrado de Transporte Masivo de Barranquilla, en donde se hacen unas referencias generales sobre el marco normativo regulatorio y se citan algunas de esas fuentes (fls. 1863 a 1889 rev., c. ppal 5). Tampoco podría derivarse de este aparte la fundamentación que se echa de menos, en tanto se trata de una sección dirigida a poner en contexto sobre cómo estaba regulado el sistema en estudio, sin que se concrete a una cuestión en particular del fondo del asunto.

El laudo siguió (iii) con las consideraciones jurídicas generales, en cuyo aparte se abordó el desarrollo del contrato de concesión en estudio (fls. 1880 rev. y 1881, c. ppal 5). En efecto, se citaron los antecedentes precontractuales de la concesión, su adjudicación, el contrato y su objeto, así como sus adicionales. Con fundamento en lo anterior, se hizo un balance general de las obligaciones del contrato y se concluyó que el *“[n]úcleo esencial del [c]ontrato lo constituyen el régimen económico del contrato y la estimación y distribución de riesgos allí prevista”* (fl. 1881, c. ppal 5).

Llama la atención de la Sala que el Tribunal pasara por alto analizar el impacto que tendría la nulidad absoluta de una parte del núcleo esencial del contrato, es decir, de las cláusulas de riesgos, como las calificó en el aparte citado en precedencia, en la intención de los contratantes de insistir en la concesión. Ninguna reflexión se hizo sobre el particular, puesto que se limitó a señalar que *“no aparece dentro del proceso que las partes no lo habrían celebrado”*.

En el mismo acápite en estudio, se analizó la naturaleza del contrato de concesión y se definió que estaba regido por la Ley 80 de 1993 y en lo no regulado en ella expresamente por el derecho privado. Se citaron dos pronunciamientos de esta Sección, en donde se definieron las características del contrato de concesión (fls. 1882 a 1887 rev., c. ppal 5).

Llama la atención que el fundamento jurídico de la nulidad parcial declarada por los árbitros sea el derecho privado, el artículo 902 del Código de Comercio, cuando existe norma expresa en la Ley 80 de 1993 sobre el particular, el artículo 47; sin embargo, como se dijo al resolver los cuestionamientos jurídicos, esas disquisiciones se alejan del alcance del recurso de anulación, en tanto suponen una revisión de fondo. Con todo, lo que resulta claro es que este desarrollo del laudo tampoco puede tenerse como fundamento probatorio de la conclusión que se revisa.

En el mismo acápite, se analizó el incumplimiento y sus categorías, generalidades y efectos, diferencias entre incumplimiento y desequilibrio y, por último, el desequilibrio del contrato propiamente dicho. Allí se observan los desarrollos legales, jurisprudenciales y doctrinales sobre las temáticas mencionadas, pero sin que los mismos sustenten probatoriamente la afirmación de la continuidad de las partes en el contrato como consecuencia de la nulidad, lo cual salta a la vista, en tanto se tratan de instituciones jurídicas distintas y, además, su desarrollo se hizo en términos generales y no particulares frente a la relación contractual (fls. 1887 rev. a 1903, c. ppal 5).

Más adelante y en el mismo acápite en estudio, el laudo abordó el abuso del derecho y las cláusulas contractuales abusivas. Explicó qué se entiende por la primera de las categorías mencionadas, para después concretarla a las relaciones contractuales. Abordó el concepto de la buena fe, la contratación contemporánea, la posición dominante en las relaciones contractuales, las cláusulas abusivas en el derecho comparado y en el colombiano y su sanción jurídica. Con base en lo anterior fijó su posición, en el sentido de que las cláusulas abusivas están proscritas por el ordenamiento jurídico interno y que deben sustraerse del contrato por nulidad absoluta, con el fin de restablecer el equilibrio contractual (fls. 1880 rev. a 1913, c. ppal 5).

De conformidad con lo anterior, el Tribunal consideró que toda cláusula abusiva comportaba una nulidad absoluta y que esa declaración daba lugar al restablecimiento del equilibrio contractual quebrantado. Este argumento jurídico, cuya revisión escapa a la órbita del recurso de anulación, dista de respaldar la argumentación probatoria que se echa de menos. Además, de aceptarse que toda cláusula abusiva da lugar automáticamente a una nulidad absoluta parcial, significaría contrariar el entendimiento del Tribunal sobre el alcance del artículo 902 del Código de Comercio, es decir, la necesidad de revisar el expediente para verificar si las partes insistirían en el contrato.

En efecto, el Tribunal, consciente de esa exigencia, se limitó a señalar que *“no aparece dentro del proceso que las partes no lo habrían celebrado, sin la parte viciada de nulidad”.* Esto supondría que el Tribunal revisó el proceso y llegó a la referida conclusión. La cuestión es en qué pruebas del proceso respaldó esa conclusión o no existían pruebas en esa dirección. Hasta lo aquí revisado del laudo no es posible determinar ese extremo.

En otro acápite, (iv) el Tribunal definió algunos aspectos procesales, tales como: excepciones, jurisdicción, competencia, caducidad, tachas y las consecuencias de la no exhibición de documentos (fls. 1913 rev. a 1920, c. ppal 5). Aspectos que se escapan a la cuestión que aquí se analiza, razón por la cual tampoco son el apoyo probatorio que se echa de menos.

En otro aparte, (v) el laudo explicó que la validez del contrato era una materia arbitrable (fls. 1921 a 1923 rev., c. ppal 5). Seguidamente, analizó cada una de las cláusulas de riesgos y sus otrosíes y su validez, para concluir que se trataban de cláusulas abusivas, por cuanto imponían unas cargas externas a la actividad del contratista, además de ser desbordadas. En conclusión, señaló que debía declararse la nulidad absoluta de esas cláusulas y otrosíes (fls. 1923 rev. a 1931, c. ppal 5). Más adelante, sostuvo que la nulidad absoluta sería parcial, para lo cual se sirvió de la conclusión que aquí se revisa y de la doctrina nacional que considera como tal a las cláusulas abusivas, afirmación jurídica que está lejos de suplir la exigencia probatoria que se echa de menos, de acuerdo con el entendimiento que el mismo Tribunal le dio al artículo 902 del Código de Comercio (fls. 1923 a 19, c. ppal 5).

En adelante, el laudo se ocupó de resolver el problema jurídico generado por el vacío de las normas, el cual resuelve en el sentido de la integración del contrato, ejercicio que terminó con la asignación de los riesgos anulados a la entidad contratante (fls. 1932 a 1935, c. ppal 5). Después consideró que los riesgos que amparaban esas cláusulas eran imprevistos y que debía asumirlos la contratante, para finalmente imponer una condena por $57.138.914.999, con el fin de llevar la ecuación del contrato a un punto de no pérdida (fls. 1935 a 1937 rev., c. ppal 5).

De todo lo expuesto, la Sala tampoco encuentra sustento probatorio que respalde la conclusión de los árbitros, en el sentido de que las partes insistirían en el negocio a pesar de la nulidad absoluta.

Finalmente, el laudo se ocupó (vi) del análisis y pronunciamiento del Tribunal sobre las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda y la oposición a estas (fls. 1938 a 1960, c. ppal 5), y (vii) de la demanda de reconvención (fls. 1960 a 2126 rev., c. ppal 5). Tampoco en estos desarrollos se encuentra el respaldo probatorio que aquí se echa de menos, en tanto el laudo se ocupó de las mutuas imputaciones de incumplimiento de las partes, frente a los cuales se pronunció en los términos de la parte resolutiva citada textualmente en esta providencia, para lo cual se remite a su contenido, sin que se toque el tema de la nulidad parcial para los efectos que aquí interesan.

Como se observa, la motivación fáctica o probatoria que pudiere respaldar la conclusión de los árbitros aquí revisada no se encuentra en el texto del laudo.

**(iii)** *Lo evidente del texto del laudo.* La falta de fundamentación del laudo es evidente, puesto que las razones de su aserto quedaron en su fuero interno y no se exteriorizaron[[66]](#footnote-66). Es decir, se produjo una conclusión sin algún tipo de respaldo probatorio, sino simplemente una aseveración que habría que acatar por mero respeto al concepto de verdad sabida y buena fe guardada[[67]](#footnote-67), o lo que es lo mismo porque fue el resultado de la subjetividad de los árbitros, no porque esté apoyada en las pruebas.

**(iv)** *No se califica la conclusión de los árbitros.* Es preciso señalar que la Sala no puede calificar la conclusión a la que llegaron los árbitros como acertada o equivocada desde el punto de vista jurídico, simplemente constata, porque salta a la vista, su falta de fundamentación. Como bien lo refiere la recurrente, no hay un renglón del laudo que se le dedique a este ejercicio reflexivo. Tan evidente es que no se califica la conclusión de los árbitros que bien podría ser cierta, pero ello no corresponde determinarlo en este estadio; lo único que se hace es verificar la ausencia de fundamentación probatoria de la conclusión del laudo. Como ya se anotó en renglones anteriores, nada se puede decir o calificar sobre lo que no existe.

Reitera la Sala que la falta de motivación que aquí se advierte es el fruto de la simple verificación del texto del laudo. No se califica esa motivación como cierta o errada o se modifica su entendimiento, por la sencilla razón de que no existe.

**(v)** *No se declara una vía de hecho.* Desde luego que tampoco se está en los terrenos de una vía de hecho, toda vez que el análisis se limitó a verificar la existencia de los sustentos probatorios de la decisión, sin que se analizara de fondo la cuestión.

**(vi)** *No se define el sentido de la decisión.* La Sala se releva de la necesidad de demostrar cuál sería la suerte de la decisión del laudo de haberse valorado las pruebas o de haberse fundamentado su conclusión, en tanto ese ejercicio va más allá del análisis propio que se impone en el recurso de anulación, donde es suficiente para anular la demostración de lo evidente del fallo en conciencia, como lo es que no está fundamentado en las pruebas. Además que hacia un futuro se evitarían posibles impedimentos de llegarse a conocer el presente asunto, toda vez que el ejercicio en esta sede es esencialmente formal. Por lo misma razón tampoco se hacen otro tipo de análisis frente al contrato.

Lo expuesto también encuentra apoyo en el inciso 3 del artículo 43 de la Ley 1563 de 2012, que señala que de prosperar algunas de las causales 3 a 7, incluida en ellas el laudo en conciencia, el interesado podrá convocar un tribunal arbitral en el que conservarán validez las pruebas debidamente practicadas y en lo posible las actuaciones que no hubieren resultado afectadas por la anulación (inciso 3 del artículo 43 de la Ley 1563 de 2012). De suerte que ese texto pone en evidencia que los reproches en sede de anulación no son más que *in procedendo*, hasta el punto que se habilita una nueva convocatoria de un tribunal para resolver el asunto de fondo o el reclamo de justicia ante el juez natural de la contratación estatal de conformidad con el parágrafo del artículo 21 de la Ley 1563 de 2012.

**(vii)** *Se trata de una cuestión fundamental.* La Sala advierte que la falta de fundamentación probatorio no es menor ni baladí, en tanto el artículo 902 del Código de Comercio, fundamento jurídico de la decisión, impone una constatación fáctica para su aplicación, como lo entendió el Tribunal, que, como se explicó, consiste en determinar si las partes permanecerían en el contrato sin perjuicio de la nulidad, extremo cuya motivación se echa de menos en el laudo. Igualmente, despejar ese extremo resultaba de vital importancia para la cuestión de fondo, en tanto si la nulidad absoluta era total las consecuencias jurídicas se limitaban al pago de lo ejecutado y a las restituciones mutuas, es decir, podría impactar en la suerte de fondo de la decisión, sin que se quiera significar que ese debió ser el sentido de la decisión, por cuanto ese ejercicio está prohibido en esta sede.

De conformidad con lo expuesto, es claro que el laudo fue en conciencia y, por lo tanto, se impone su anulación. Ahora, en tanto no está demostrado el pago de la segunda mitad de los honorarios, la Sala se abstendrá de proceder en los términos del inciso 4º del artículo 48 de la Ley 1563 de 2012[[68]](#footnote-68). Lo anterior sin perjuicio de que el Presidente del Tribunal dé cumplimiento a lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 29 de la citada Ley[[69]](#footnote-69).

**3.3. Otras cuestiones**

3.3.1. De otra parte, respecto de los demás fundamentos del cargo de laudo en conciencia, la prosperidad de lo que se acaba de estudiar releva la obligación de asumir su análisis; sin embargo, la Sala, para descartar si existen otros motivos que respalden la anulación que se declarará, observa que esos cargos no tienen vocación de prosperidad.

Precisa recordar que los otros fundamentos propuestos fueron (i) la abusividad de varias cláusulas con base en su criterio personal, (ii) las inconsistencias en la condena por desequilibrio económico y (iii) la negativa de algunas pretensiones de la demanda de reconvención por defectos en la definición de la carga de la prueba. Todos esos cargos suponen de entrada una revisión del fondo del asunto.

En efecto, el primero, por cuanto hay extensas explicaciones basadas en la jurisprudencia y la doctrina sobre el particular en el laudo. Lo que ocurre es que la recurrente no comparte el alcance que se le dio a esas fuentes por parte del Tribunal, cuestión que no corresponde juzgar en esta oportunidad. El segundo, tampoco tiene prosperidad, por cuanto en el laudo se refieren unas pruebas como sustento de los cálculos de los perjuicios (fls. 1936 rev. y 1937, c. ppal 5), lo cual resulta suficiente para concluir que se apoyaron en las pruebas regularmente aportadas. Distinto es que la valoración de esas pruebas no se comparta por la recurrente, ejercicio para el cual no está facultado el juez de la anulación. Respecto del último cargo, se tratan de reparos frente a la argumentación dada por el Tribunal para definir la cuestión debatida, asuntos que están proscritos en esta sede, por cuanto supondrían revisar de fondo esos argumentos.

3.3.2. Finalmente, frente a las demás causales de (i) disposiciones contradictorias o errores de la parte resolutiva del laudo (numeral 8 de la Ley 1563 de 2012) y (ii) falta de congruencia (numeral 9 de la Ley 1563 de 2012), tampoco habría lugar a pronunciarse de fondo por sustracción de materia, como quiera que de prosperar esas causales habría lugar a la corrección o adición del laudo, situación improcedente al anularse el laudo en su integridad como consecuencia de existir una decisión en conciencia. Todo lo anterior de conformidad con lo regulado en el artículo 43 de la Ley 1563 de 2012[[70]](#footnote-70).

3.3.3. Vale aclarar que esta decisión no contraviene lo dicho por la Corte Constitucional en sede de tutela al analizar una providencia de esta misma Sección que revolvió un recurso de anulación, en donde se declaró la configuración de la causal de fallo en conciencia. En esa oportunidad, además de referir al desarrollo jurisprudencial que en gran parte se contiene aquí, se concluyó que el juez de anulación excedió sus competencias, en tanto calificó el trabajo interpretativo de los jueces frente a los fundamentos jurídicos y probatorios. Esa situación difícilmente se repite en este asunto, por la simple pero contundente razón de que es imposible calificar algo que no existe, como lo es la valoración probatoria por parte de los árbitros respecto de la nulidad parcial declarada, deficiencia que es palmaria y evidente. Para corroborar lo expuesto, basta con recordar los siguientes apartes de la sentencia constitucional.

En efecto, el Alto Tribunal así planteó la cuestión[[71]](#footnote-71):

*Cuando se interpuso el recurso de anulación, indicándose que sobre el laudo arbitral pesaba la nulidad dado que este  había sido resultado de una decisión en conciencia y no en derecho, en particular, el numeral noveno de la parte resolutiva de la decisión arbitral, en el cual se condenó a las sociedades concesionarias a destinar al desarrollo de las actividades propias del objeto del contrato, una suma recibida por ellas a título de retorno de la inversión; se advertía que ello se constituía una evidencia del fallo arbitral en conciencia. Para los concesionarios, la interpretación del Tribunal de Arbitramento respecto del flujo financiero, que dio lugar a estimar como utilidad razonable por operación y mantenimiento, un porcentaje del 8%, similar al contemplado para el suministro e instalación; no es producto de un análisis en derecho, sino resultado de la mera convicción de los árbitros. Puntualmente, para quienes deprecaron la nulidad ante el contencioso, el numeral noveno de la parte resolutiva del laudo fue producto de una decisión en conciencia y no en derecho.*

Según la misma Corte, la Sección Tercera resolvió la cuestión planteada así[[72]](#footnote-72):

*Frente a este cuestionamiento tuvo lugar la decisión proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado. El juez contencioso, al referirse al caso concreto,  analizó el contenido de la cláusula compromisoria. Seguidamente expresó su interés en examinar “detenidamente” el pliego de condiciones, la oferta presentada por el concesionario, el contrato correspondiente y el material probatorio arrimado al proceso. Todo ello con miras a revisar los fundamentos que sirvieron al Tribunal para imponer la condena del citado numeral 9º de la parte resolutiva del laudo. Tras evaluar las piezas procesales citadas, la Sección Tercera, concluyó que el Tribunal de Arbitramento carecía de fundamentos para afirmar que los costos de operación y mantenimiento tuvieran una utilidad del 8%, pues el formulario No. 7, contentivo de este aspecto solo alude al tipo de luminarias y cantidades solicitadas. En suma, concluyó que la decisión arbitral “(…) se hizo en equidad o conciencia y no en derecho (…)”.*

*Para la Sala, el análisis de la Sección Tercera, de las diversas disposiciones que regulan los asuntos objeto de controversia entre las partes del contrato, no se corresponde con las exigencias de un estudio por vicios in procedendo. El proveído cuestionado dedica el grueso del apartado 4.1 a examinar el pliego de condiciones de manera “detenida” tal como lo anuncio. En esa labor, revisa el formulario Nº. 6 advirtiendo que en esa pieza procesal se encuentran los rubros denominados “(…) Administración, imprevistos, utilidad e IVA del 16% sobre la utilidad (…)”. En esa inspección, el Juez Contencioso Administrativo también dio cuenta de la presencia de los formularios Nº. 7 y  Nº. 8 del pliego. Seguidamente, se apuntaron las conclusiones en relación con los precitados documentos.*

*Importante en esta consideración es la manifestación de la Sección Tercera cuando a propósito del formulario Nº. 6 advierte que el empleo de un esquema de costos directos  e indirectos y como parte integral de estos últimos se  incorporaron los conceptos de administración, utilidad de imprevistos “ (…) no es usual en los contratos de concesión pero así fue establecido en las reglas de la licitación y debe ser respetado (…)”·   para la Corte, todo el ejercicio descrito comporta sin duda alguna un análisis sustantivo por parte del Contencioso Administrativo, pues, se trata de un ejercicio interpretativo de la normatividad que rige el contrato.*

*Una apreciación similar se adelantó sobre la oferta y el clausulado del contrato. Las diversas conclusiones que se obtienen en la sentencia de la Sección Tercera, tras el análisis de los documentos, evidencian una labor interpretativa que apunta a deducir las reglas sustantivas del acuerdo entre el Municipio y la Unión Temporal. Igualmente, se revisó por la Sección del contencioso administrativo, el dictamen pericial llevado a cabo en el proceso arbitral. Respecto de este último, se manifiesta que su contenido permite concluir  que el flujo financiero elaborado por el concesionario “(…) no incluyo un  ítem que se denominara egresos por concepto de retorno de la inversión (…)”. Entiende la Corte que se trata nuevamente de una consideración sobre el fondo del negocio entre las partes.*

*Igual destino tuvo el laudo al ser revisado por el Juez Contencioso. Para la Corte, resulta elocuente la siguiente manifestación de la Sección Tercera:*

*“(…)****Cabe destacar que la conclusión a la cual arribó el Tribunal no tiene fundamento en los documentos contractuales****, puesto que en el pliego de condiciones no se estableció que los costos de operación y mantenimiento tuvieran una utilidad del 8%; toda vez que en el formulario No 7 del pliego contentivo del presupuesto para la operación y mantenimiento tan solo aparece determinado el tipo de luminarias y las cantidades solicitadas debiendo el proponente diligenciar el valor unitario y total al momento de presentar la propuesta. (negrillas fuera de texto)*

*Si se examina la propuesta presentada por el concesionario, en ella no se advierte que hubiere hecho un ofrecimiento para los costos de operación y mantenimiento que reportaran una utilidad del 8%, prueba de ello es que en los formularios 7 y 8 diligenciados por el concesionario, (que hacen parte de su oferta la cual fue aceptada por el Municipio,) en los cuales se ven reflejados los costos de operación y mantenimiento en forma resumida y también discriminada, no aparece un rubro que se denomine utilidad, tal como lo reconoce el propio Tribunal, toda vez que el esquema utilizado para calcularlos, fue diferente al de costos directos e indirectos, lo cual corrobora que el Tribunal se apartó de la prueba.(…)” (negrilla fuera de texto) (…)*

*Si se revisa la providencia atacada, se observa que se descalifica la lectura que los árbitros hicieron de diversos soportes normativos y probatorios, con lo cual, dicho sea de paso, se advierte sin duda alguna que el fallo arbitral acudió a razonamientos jurídicos y fue producto de una lectura de la normatividad que rige el contrato y de las pruebas que se recaudaron para dirimir la controversia, en especial el peritazgo practicado dentro del proceso. En suma, el Juez Contencioso estimó lo que entendió como errores in iudicando para declarar el laudo como un pronunciamiento en conciencia y no en derecho. (…)*

*Adicionalmente, encuentra la Corporación que tampoco quedó satisfecho uno de los presupuestos establecidos por el ordenamiento para permitir la prosperidad del motivo alegado por los solicitantes de la anulación. Si se revisa la disposición, ella indica que la circunstancia del fallo en conciencia debe aparecer****de manifiesto en el laudo****. Para la Sala, esta exigencia no se hace presente en el proveído censurado. Por el contrario, los ingentes esfuerzos en la revisión del acervo probatorio y, el copioso cuestionamiento a la lectura que de la normatividad del contrato hizo el grupo de árbitros, ponen de presente lo poco patente y claro de la condición de “manifiesto” que le atribuyeron los accionantes del recurso y la Sección Tercera al laudo* (se destaca).

Como se observa, los cuestionamientos de la Corte Constitucional en el caso citado distan de los aquí expuestos, en tanto lejos de cuestionar los fundamentos jurídicos o probatorios, lo que se echa de menos son estos últimos precisamente para sustentar la nulidad parcial declarada. La Sala fue en extremo cuidadosa en no caer en los defectos advertidos en la tutela citada.

**3.4. Costas**

Sobre la base de las consideraciones antes expuestas y merced a que los cargos formulados prosperaron, en consecuencia se impone negar la condena en costas, en los términos del artículo 165 del Decreto 1818 de 1998.

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

**FALLA**

**PRIMERO: DECLARAR** fundado el recurso de anulación en contra del laudo arbitral proferido el 22 de julio de 2015 por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las diferencias surgidas entre la Recaudos SIT Barranquilla S.A. y la sociedad Transmetro S.A.S., con ocasión del contrato de concesión n.° TM-300-004-07 del 20 de febrero de 2008, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: EN CONSECUENCIA, ANULAR** el laudo referido en el numeral anterior.

**TERCERO:** En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de Arbitramento.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**

Presidente

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO DANILO ROJAS BETANCOURTH**

Magistrada Magistrado

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente**: **RAMIRO PAZOS GUERRERO**

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de abril de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 11001-03-26-000-2015-00166-00(55852)**

**Actor: RECAUDOS SIT BARRANQUILLA S.A.**

**Demandado: TRANSMETRO S.A.S.**

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

**SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRDA: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

Con el respeto habitual por las decisiones de la Sala expongo las razones por las que me aparto de la decisión de anular el laudo, apoyada la posición mayoritaria en que los árbitros fallaron en conciencia porque, con fundamento en el artículo 902 del C. de Co. y los principios de *bona fides, favor negotii et aeqüitas,* acudieron a la interpretación integradora del contrato *sub judice* para privilegiar su existencia y eficacia, sin dar cuenta de las pruebas que respalden el fundamento del laudo relativo a que las partes habrían consentido en la celebración del contrato sin las estipulaciones anuladas.

Asimismo, doy cuenta del por qué no comparto la posición mayoritaria en el sentido de no decidir sobre la nulidad absoluta del contrato acreditada en el *sub judice,* aduciendo la imposibilidad de pronunciarse sobre ese asunto de fondo decidido en el laudo.

Las razones de mi disenso tienen que ver con que i) en la decisión se pasó por alto la jurisprudencia constitucional unificada en el sentido que el fallo en derecho no excluye la aplicación de la equidad, incluso como criterio fundante de la decisión y al juez de la anulación no le compete pronunciarse sobre la falta o indebida valoración de la prueba y la utilización de los principios lógicos o empíricos por parte de los árbitros; ; ii) el laudo se profirió en derecho; iii) la potestad para declarar la nulidad absoluta no se comprende en los asuntos que pueden sustraerse de la jurisdicción estatal en virtud del principio de habilitación arbitral y, iv) conforme con los artículos 34 y 58 constitucionales, 43 y 44 de la Ley 80 de 1993, no resulta posible reconocer eficacia a los contratos estatales celebrados con fines contrarios al ordenamiento, en contra del interés general o en perjuicio del tesoro público, como ocurre con el negocio sub judice.

**1. Se pasó por alto la jurisprudencia unificada sobre los alcances de los fallos en derecho, en equidad, en conciencia y los límites del juez de la anulación en lo relativo a la determinación de este último**

En la decisión de la que me aparto se sostiene que, conforme con la jurisprudencia de la Corporación, desarrollada antes de la Ley 1563 de 2012, el fallo es en conciencia cuando " ..*. no* se *apoya en el derecho positivo* y *vigente* (sic)", como el que "… *prescinde de todo fundamento jurídico y/o probatorio",* bien porque i) carece de motivación; ii) adolece de *"... falta de fundamento jurídico";* iii) aplica erradamente o desconoce el derecho; iv) se dicta *"... exclusivamente en equidad”,* v) aplica *"ilegalmente la equidad",* porque el juez se aparta de la ley por considerar que "..*. es inicua* o *que conduce* a *una iniquidad"* o vi) *"... los árbitros* estiman y *asumen las pruebas* y *su apreciación con absoluto desdén, capricho* o *desconocimiento de las reglas básicas que el derecho ofrece para su valoración, convirtiéndose, auténticamente, en una violación al deber de fallar según las reglas jurídicas, expresadas* a *través de los medios de convencimiento de que disponen los árbitros",* esto es, fallan sin fundamento en las pruebas, sin que por ello se pueda controvertir la valoración probatoria en que se sostiene la decisión.

Asimismo que, conforme con esa jurisprudencia, i) el fallo en conciencia debe ser ostensible, sin que a esos efectos resulte posible *"... juzgar la interpretación de los árbitros", "revisar el fondo del laudo",* proceder por *errores in iudicando,* adentrarse en las razones de fondo del laudo, en los defectos de la motivación, la equivocación y, menos aún, en el análisis de la vía de hecho, porque, además de estar reservado al juez de tutela, este último asunto supone *"... un análisis de fondo, profundo* y *reflexivo de la decisión arbitral"* y ii) la referencia al ordenamiento y a las pruebas no hace que el fallo sea en derecho, toda vez que lo relevante es que la *ratio decidendi* se edifique materialmente sobre esos elementos.

En relación con esto último señala la decisión de la que me aparto[[73]](#footnote-73) -se destaca-:

*Respecto de la motivación, la jurisprudencia sostuvo que si bien los árbitros debían motivar sus fallos, el incumplimiento de esa carga no generaba un fallo en conciencia. Lo anterior, toda vez que la "falta de motivación no aparece contemplada dentro de las causales de anulación del mismo* y *menos cuando no se niega sino que se clasifica como deficiente* o *irregular". Sin embargo, esta posición fue morigerada, como pasa* a *explicarse:*

*En efecto, con ocasión de precisar el alcance de la postura en la que se sostenía que "la más mínima referencia que el árbitro haga al derecho positivo, hace que el laudo sea calificable como en derecho", la Sección puntualizó que esa expresión "hace alusión, por tanto,* a *que esa 'mínima referencia' esté realmente conectada con el sentido de la decisión, cualquiera que éste sea -pues el del contenido del pronunciamiento arbitral no es un asunto fiscalizable por el juez del recurso de anulación-,* ***vale decir, que la referencia al Derecho* en *realidad ha de constituir fundamento de lo que* se *resuelve y no tratarse de una simple anotación absolutamente descontextualizada del hilo argumentativo que en verdad conduce* a *la resolución del caso, orientada* a *dar al laudo la apariencia de estar sustentado* en *un precepto jurídico que no desempeña papel alguno* en *la cadena justificativa construida por los árbitros con el propósito de motivar su determinación".***

*Incluso, la jurisprudencia fue más allá al sostener que también existía fallo en conciencia cuando los árbitros* a *pesar de haber hecho referencia* a *las pruebas* y *haber/as valorado en forma detallada, conjunta* y *armonizada, es decir, en debida forma, finalmente* y *sin razón que lo justificara,***se *apartaban de ella y fallaban* a *su leal saber y entender, al margen de su contenido y de lo demostrado* a *través de su análisis.***

*Lo expuesto permite concluir que la jurisprudencia prohijó la idea de* ***un laudo* en *conciencia, cuando quiera que la motivación fuera evidentemente descontextualizada,* en *tratándose del análisis jurídico,* o *sin justificación,* en *lo que respecta* a *las pruebas.***

Seguidamente, se sostiene que los anteriores criterios jurisprudenciales deben reinterpretarse a la luz de la Ley 1563 de 2012, así:

i) derogada la disposición que definía el laudo en derecho como *"... aquel en el cual los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente" (Dec. Ley.* 1818 *de* 1998, *art.* 115), en la que podía sostenerse que la aplicación de una norma no vigente hace que la decisión sea en conciencia, ya no resulta posible invocar esa causal de anulación con apoyo en la no vigencia de la norma, toda vez que la nueva ley no sujeta la decisión en derecho a la vigencia de las normas aplicadas y la determinación de esta última es un asunto de fondo, sobre el que no puede pronunciarse el juez de la anulación;

ii) la vía de hecho y el laudo en conciencia, si bien coinciden al punto que -se destaca- **"... *todo fallo en conciencia es una vía de hecho",*** se diferencian en cuanto a su determinación, toda vez que mientras la primera se reserva a un juicio de fondo sobre las razones de la decisión, propio del juez de tutela, la del fallo en conciencia procede en sede de anulación del laudo, en la que "… lo *importante para el juez... es verificar si el árbitro tomó su decisión en derecho* o *en conciencia,* ***para lo cual basta constatar si existe* o *no una fundamentación que ampara la decisión, sin entrar* a *calificar si está* o *no de acuerdo",*** sin que esa constatación constituya un juicio sobre el fondo de la decisión arbitral, en los términos el artículo 42 de la Ley 1563 de 2012.

iii) Mientras que *"... el numeral* 7 *del artículo* 163 *del decreto* 1818 *de 1998, tan sólo prohibía el arbitraje en conciencia debiendo ser en derecho",* el artículo 41 de la nueva ley fue más allá, en cuanto prohíbe que *"... las decisiones se fundamenten exclusivamente en la equidad, cuando el laudo debe ser en derecho";* empero, " ..*. la normatividad anterior* y *la jurisprudencia han dejado en claro que es prohibido fallar en conciencia, pero también exclusivamente en equidad, cuando el laudo, se insiste, debía ser en derecho, sin perder de vista que esas dos nociones no se han distinguido del todo. // En suma, este criterio tiene plena vigencia, en el entendido que se prohíbe* a *los árbitros fallar exclusivamente en equidad. Igualmente, vale advertir que un laudo dictado en estos términos constituye una vía de hecho, por cuanto se impone la regla de que todo fallo en conciencia es una vía de hecho, aunque no* a *la inversa".*

iv) En lo relativo a las pruebas, se reiteró el criterio jurisprudencial a cuyo entendimiento el fallo es en conciencia cuando no se sostiene en los elementos probatorios y se agregó que debe matizarse el entendimiento relativo a la vía de hecho y el fallo en conciencia, en el sentido que la constatación de la falta o apariencia del fundamento fáctico no constituye un juicio sobre el fondo del asunto reservado al juez de tutela.

v) Así se señaló en la decisión de la que me aparto -se destaca-:

*En esta oportunidad, la Sala reiterará lo dicho por la Corporación, para lo cual remite al desarrollo que sobre este criterio se hizo, en el entendido que se exige del laudo su fundamentación en las pruebas legalmente aportadas al proceso. Luego, si no hay fundamento probatorio* o *sin justificación se desconoce* o *se aparta de las pruebas se estará frente* a *una decisión claramente subjetiva de los árbitros.*

***Aquí vale recordar que* ese *ejercicio no puede de ninguna manera significar la revisión del fondo de la decisión* o *la calificación de la misma.*** *Se trata de defectos evidentes, como lo son la ausencia de fundamentos probatorios* o, *como lo ha precisado la jurisprudencia, que aun cuando exista un análisis probatorio, el laudo* se *aparte por completo* y *sin justificación de lo que las pruebas señalan,* es *decir, un abandono absoluto del material probatorio.*

*Lo anterior impone preguntarse cómo* se *diferencia este criterio de la vía de hecho por defecto fáctico, entendida esta última como la que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que* se *sustenta la decisión.*

*En efecto, para la Corte Constitucional configura defecto fáctico constitutivo de vía de hecho cuando el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados* y *resolver* a *su arbitrio el asunto jurídico debatido (subjetividad) o, en la hipótesis de incongruencia entre lo probado* y *lo resuelto, decide en contra vía de la evidencia probatoria* y *sin un fáctico claro. En esa misma dirección, esta Corporación ha señalado que cuando* es *inexistente el sustento probatorio* o se *desconoce éste de forma evidente* e *injustificada* se *está en presencia de un laudo en conciencia, en tanto lo que ello demuestra* es *que* se *falló con base en la exclusiva subjetividad de los árbitros.*

*En este punto, la Sala vuelve* a *insistir en la diferencia entre un fallo en conciencia* y *una vía de hecho.* ***Para el primero* es *suficiente la constatación objetiva de la falta de fundamento probatorio trascendente, mientras que la segunda* exige *un análisis de fondo de la cuestión para concluir que la* existencia *del vicio* o *defecto, ejercicio proscrito* en *sede de anulación del laudo.***

(…)

**(e) *Imposibilidad de alegar una vía de hecho* o *defectos de la motivación* o *una equivocación del laudo* (o *la imposibilidad de calificar el laudo como errado* o *deficiente)***

*Esta causal merece especial atención de la Sala, en tanto* es *preciso introducirle unos matices* a *su alcance* y *entendimiento.*

*Con relación* a *la vía de hecho,* es *preciso reiterar que esta exige un análisis de fondo del asunto, mientras que el fallo en conciencia* se *limita* a *constatar lo evidente, sin adentrarse en los análisis que impone la vía de hecho. En consecuencia, toda vez que la prohibición de pronunciarse sobre el fondo del asunto* se *mantiene en el ordenamiento legal actual, fuerza concluir que este* es *un criterio vigente en aras de limitar el ejercicio de los recurrentes* y *el pronunciamiento del juez del recurso de anulación.*

*En lo que tiene que ver con la motivación, como quedó expuesto en la explicación de este criterio con base en los desarrollos jurisprudenciales,* es *claro que la inexistencia de motivos en estricto sentido si constituye un laudo en conciencia, en tanto así* se *ha sostenido de manera pacífica al señalar que la falta de motivos de derecho* o *probatorios* o, *incluso, la apariencia de esos fundamentos (bien porque* se *citan normas* o *pruebas para dar la apariencia de una decisión en derecho, en tanto buscan desviar el fundamento subjetivo de la decisión), corresponden* a *una decisión subjetiva de los jueces.*

*Luego, como la limitación del recurso de anulación* es la *revisión del fondo del asunto* o su *calificación, mal haría en entenderse que* se *incurre en esa prohibición cuando no existe motivación, en tanto* es *imposible revisar* o *calificar* lo *que no existe. Se trata de una simple verificación.* ***Es diferentes (sic) que la motivación* se *juzgue como deficiente, irregular* o *insuficiente.*** *El juez del recurso de anulación, en términos generales, no puede definir* esos *extremos en tanto supondría un análisis de fondo para el cual no está facultado;* ***sin embargo, cuando no existe motivación* o es *aparente, desde el punto de vista jurídico* o *probatorio, la jurisprudencia ha aceptado que en tales casos* se *trata de una decisión en conciencia.***

*En* suma, *en línea con* el *último inciso del artículo* 42 *de la Ley* 1563 *de 2012,* ***lo que está proscrito* es *la calificación* o *modificación de las motivaciones, pero no constatar lo que resulta evidente, como lo* es *la inexistencia de motivos.***

***Este criterio* es *mejor denominarlo como la prohibición de declarar la existencia de una decisión errada* o *equivocada, que* es *lo que en términos generales constituyen una vía de hecho* o *los defectos en la motivación****.* De *allí,* es *claro* el *alcance de* este *criterio como manifestación de los límites del recurso de anulación. Por lo anterior, cuando* la *supuesta vía de hecho,* la *equivocación* o la *motivación supongan la revisión del fondo del asunto,* es *decir, la verificación de un error in iudicando* será *improcedente* su *declaración en sede de anulación, en tanto* la *órbita de* este *último recurso* son *los errores in procedendo".*

Criterios de los que me aparto, por las siguientes razones.

***1.1. El fallo en derecho no excluye la aplicación de la equidad, incluso* como *criterio fundante de la decisión***

a) Los artículos 2° y 230 constitucionales no separan la aplicación de la ley y la equidad en la actividad judicial, incluida la de los árbitros; tampoco exigen que se aplique la ley, sin consideración a la equidad y, menos aún, que deba privilegiarse aquella. Por el contrario, al tenor de la primera de esas disposiciones se exige a los jueces *"... garantizar* la *efectividad de los principios... consagrados en* la *Constitución".*

La decisión justa exige que se apliquen la ley y la equidad sin exclusión ­pues, contrario a lo que se afirma en la decisión, en el sentido de tildar de ilegal que el juez se aparte de la ley así se trate de privilegiar la equidad, de esto no se sigue un fallo en conciencia.

En ese orden, la mención de los principios generales, incluida la equidad, como criterios auxiliares, indica que complementan o fijan el entendimiento de la ley, no que esta los excluya. No resulta posible sostener, entonces, que el imperio del derecho comprende la ley y no los principios constitucionales, como se afirma en la decisión de la que disiento.

Pero es que, además, resulta un contrasentido afirmar que los principios generales del derecho lo excluyen o, lo que es lo mismo, que decisiones en derecho excluyen los principios en los que el mismo derecho se funda. En efecto, en cuanto comprendidos en la Constitución, como ocurre con la equidad, los principios generales gozan del carácter normativo vinculante propio del ordenamiento constitucional; asimismo, del carácter normativo de las leyes que los acogen expresamente o los aplican casuísticamente.

De donde, el criterio acogido en la decisión de la que me aparto, en el sentido que el fallo es en derecho cuando se aplica la Constitución o la ley como fuente principal y en conciencia cuando se aplica la equidad, i) desconoce que los principios generales hacen parte del derecho; ii) confunde el derecho con la ley; iii) hace caso omiso del mandato constitucional que exige al juez garantizar la eficacia de la equidad y iv) pone el recurso de anulación en el campo de la revisión de los errores *in iudicando,* en cuanto esas distinciones implican que se valoren las razones, fundamentos e interpretaciones normativas en las que se sostiene la decisión, asuntos ajenos al recurso extraordinario.

b) En reiteradas sentencias de unificación la Corte Constitucional[[74]](#footnote-74) viene poniendo de presente que las decisiones judiciales resuelven conflictos i) en conciencia, conforme a la íntima convicción de los árbitros, fundados en verdad sabida y buena fe guardada, sin dar cuenta de las razones; ii) en equidad, esto es, apoyadas en razones que no se sustentan en criterios de legalidad formal y iii) en derecho, cuyo fundamento se encuentra en el ordenamiento aplicado con criterios de equidad.

Lo cuestionable es que el fallo se dicte en conciencia, cuando las partes habilitan a los árbitros para decidir en derecho.

c) Contrario a lo que sostiene la posición mayoritaria de la que me aparto, la jurisprudencia unificada de la Corte Constitucional tiene por sentado que la aplicación de la equidad, como razón principal no pone a la decisión judicial por fuera del derecho, sino que, por el contrario, en cuanto criterio fundante, la equidad hace que el fallo se dicte en derecho.

Así lo precisa la jurisprudencia unificada:

***Lugar y función de la equidad en el derecho****... la distancia entre el derecho y la equidad no debería ser tan grande, al tenor de otra conocida máxima:* ***en derecho hay que buscar siempre la equidad, pues de otro modo no sería derecho*** *(ius semper quaerendum est eaquabile, neque enim aliter ius esset)[[75]](#footnote-75).*

d) En ese mismo sentido, la jurisprudencia también tiene por establecido que en materia de arbitrajes sobre asuntos económicos, como ocurre con las controversias relativas a los contratos estatales, la equidad debe ser el criterio fundante, para que se considere en derecho.

Así lo tiene por sentado la jurisprudencia constitucional unificada[[76]](#footnote-76):

*"Es de advertir que si bien en general los jueces han de tener en cuenta, entre otros criterios, la equidad como criterio auxiliar de la actividad judicial (artículo 230 inciso* 2 *C.P),* ***y ello* es *predicable de la actividad de los árbitros cuando deciden en derecho, tratándose del arbitramento en materia económica, la equidad no* es *tan sólo un criterio auxiliar sino el criterio fundante de la decisión de los árbitros".***

e) Sostener que el fallo es en conciencia cuando se utiliza la equidad para corregir las iniquidades a las que llevaría la aplicación de la ley, como se hace en la decisión de la que disiento, equivale a desconocer el papel de la equidad como suprema fuente integradora del derecho, además de que se pasa por alto que su aplicación no pone la decisión al margen del derecho cuando el juez o el árbitro se apartan de la solución injusta a la que lleva la aplicación exclusiva o formalmente rigurosa de la ley.

En ese mismo sentido lo sostiene la jurisprudencia unificada de la Corte Constitucional, en cuanto señala[[77]](#footnote-77) -se destaca-:

***"5.3 Lugar* y *función de la equidad en el derecho****. Las anteriores consideraciones de la Corte Constitucional abordan la cuestión del lugar y la función de la equidad dentro del derecho. Básicamente, el lugar de* ***la equidad*** *está en los espacios dejados por el legislador* ***y su función* es *la de evitar una injusticia como resultado de la aplicación de la ley* a *un caso concreto.*** *La injusticia puede surgir, primero, de la aplicación de la ley* a *un caso cuyas particularidades fácticas no fueron previstas por el legislador, dado que éste se funda para legislar en los casos usuales, no en los especiales y excepcionales. La omisión legislativa consiste en no haber contemplado un caso especial en el cual aplicar la regla general produce un efecto injusto. Segundo, la injusticia puede surgir de la ausencia de un remedio legal,* es *decir, ante la existencia de un vacío. En esta segunda hipótesis, la equidad exige decidir como hubiera obrado el legislador. En la primera hipótesis la equidad corrige la ley, en la segunda integra sus vacíos. Así entendida, la equidad brinda justicia cuando de la aplicación de la ley resultaría una injusticia.*

(...)

***La equidad* es *remedial porque busca evitar las consecuencias injustas que* se *derivarían de determinada decisión dadas las particularidades de una situación****. De lo anterior también* se *concluye que decidir en equidad no es, de ninguna manera, decidir arbitrariamente.* ***Al contrario, la equidad busca evitar la arbitrariedad y la injusticia, aún la injusticia que pueda derivar de la aplicación de una ley* a *una situación particular cuyas especificidades exigen una solución distinta* a *la estricta y rigurosamente deducida de la norma legal.*** *(Sentencia SU-873 de 2002).*

f) Conforme con lo anterior, se falla en derecho cuando se decide en equidad, apartándose de la solución inicua de la ley y no en conciencia, como se sostiene en la jurisprudencia acogida en la decisión de la que me aparto.

g) En la misma línea, la doctrina afirma enfáticamente que las decisiones que se apartan de la solución inicua resultante de la aplicación de ley para buscar la plena armonía con el derecho, se comprenden en el marco del derecho positivo vigente.

Así, se expone -se destaca-:

***93. Resolución del problema* [que surge cuando el texto legal contraría el sentido del derecho] *ante la ciencia jurídica.***

***l. El juez está obligado* a *decidir.-*** *Los jueces, en la aplicación de las leyes, son mandatarios del Estado;* se *limitan* a *ejecutar mandatos* o *encargos* y *su labor puede compararse con la de cualquier mandatario. No inútilmente emplean al dictar una sentencia que aplica determinada ley, la fórmula "administrando justicia en nombre de la República de Colombia* y *por autoridad de la ley" (C.G.P., art. 280). La Corte Constitucional emplea una fórmula más diciente: "en nombre del pueblo".*

*Si bien es verdad que el mandatario debe ceñirse "rigurosamente a los términos del mandato" (C.C. art. 2157), no es menos cierto que debe "abstenerse de cumplir el mandato cuya ejecución sería manifiestamente perniciosa al mandante" (C.C. art. 2175). Esta doctrina es aplicable a los mandatarios legales, es decir, a los jueces sin que quepa argüir que se trata de funcionarios cuyo destino no se compadece con el mandatario convencional. La ley en sí constituye una declaración de voluntad de un hombre o grupo de hombres; lo que equivale a decir que la ley se interpreta en la misma forma y según el mismo criterio con que debe interpretarse cualquier obra humana. Pero existe una diferencia entre la declaración de voluntad de un mandatario convencional y la del legislador. Aquel da mandato para la conclusión de un negocio que afecta directamente a sus propios intereses; el legislador, en cambio, no pretende realizar su negocio, sino que, a su vez, obra como mandatario del Estado o del pueblo; pretende realizar el negocio del Estado. Tanto el legislador como el juez son gerentes o representantes de los intereses de la colectividad.*

*Si el mandatario convencional debe abstenerse de ejecutar un mandato inconveniente* a *los intereses del mandante, el juez en ningún caso puede abstenerse de dictar una sentencia (Ley* 153, *art.* 48), *lo cual indica que no le queda otra vía sino corregir el texto legal inaplicable, y buscar una solución que se halle conforme con los principios generales del derecho, de las misma manera que lo haría el propio legislador si tuviese que regular el asunto. La doctrina de ENNECCERUS* es *de perfecta aplicabilidad en nuestro derecho.*

*Dice el autor citado:*

*"No solo tenemos el deber de aplicar la ley conforme* a *sus propios mandatos, sino que estamos facultados* e *inclusive obligados,* si *tenemos un hondo sentido de nuestro deber,* a *separamos de las indicaciones del legislador y* a *realizar lo que corresponda* a *los fines anhelados y al modo de pensar del que manda, cuando* se *presentan casos y situaciones imprevistas,* es *decir que tenemos el deber de decidir en el sentido en que lo hubiere hecho el legislador al conocer el caso no previsto. En el supuesto de casos no previstos de aplicación de la ley y de consecuencias de la misma que si hubiera sido conocida la situación de las cosas se podría asumir que no hubieran sido queridas, estamos también facultados y obligados* a *desviamos de la fórmula de la ley y* a *decidir como el legislador lo hubiera hecho de haberlo previsto".*

***11. Facultades del juez.*** *Esta tendencia moderna* es *vivamente criticada por la escuela de la exégesis, que proclamó la sumisión absoluta de los jueces* a *la ley. Estos en ningún caso podían modificar un texto legal, pues se identificó el derecho con la ley escrita. MONTESQUIEU afirmaba que los jueces son portavoces encargados de pronunciar la letra de la ley, sin poderla modificar. Actualmente muchos juristas critican la solución expuesta, fundados, ante todo, en el respeto que merece la ley y en los peligros que se seguirían* si *se permitiera la juez separarse de una solución legal,* a *pesar de la manifiesta contradicción con el sistema de derecho.*

*Sin embargo, ninguna tesis puede sostenerse con carácter absoluto. Es un hecho incontrovertible el de que* se *debe procurar que los jueces respeten la ley en su contenido y en su fin, y que debe evitarse, hasta donde sea posible, que se separen de las soluciones que son claras y explicitas. Pero* si *la ley es una obra humana que pretende realizar el derecho, la obediencia que se le debe tiene necesariamente límites, como los tiene cualquier declaración de voluntad. A lo más que puede llegarse es* a *prescribir para la ley escrita una obediencia tan rigurosa como la que debe un militar* a *las órdenes que reciba. Diícese que en ningún caso un soldado puede separarse de las órdenes de su superior,* y *en condiciones normales ello debe ser así; pero ninguna disciplina militar, por rigurosa, puede predicar en forma absoluta la obediencia del inferior al superior* (...)[[78]](#footnote-78)

Por otra parte, ***desde la reforma constitucional de 1910* se *dio* a *los jueces la facultad de rechazar la aplicación de las leyes que contrarían los principios supremos consagrados en la Constitución. Este poder indica que el juez está autorizado para dicta soluciones contra legem, cuando halla una contradicción entre la norma legal y una norma constitucional*** *(Const. Pol., art. 4°).*

***Esta solución de nuestro derecho constitucional, en vez de crear la arbitrariedad, ha constituido una garantía segura del imperio de los principios constitucionales****. Luego en Colombia solo se trata de extender lógica* y *racionalmente* a *otros casos la facultad* ya *concedida* a *los jueces desde la expedición del artículo del acto legislativo* 3 *de 1910. Sostener lo contrario* o *simplemente aseverar que no se puede interpretar el artículo 230 de la Constitución Política, inciso* 1°, *seria consagrar el fetichismo legalista* y *volver al oscuro* y *perdido periodo histórico de* 1886 a *1930, que felizmente hemos superado“[[79]](#footnote-79)*.

h) El fallo en equidad releva al juez o al árbitro del deber de fundar la decisión en razonamientos normativos, en cuanto se acude a un criterio válido, sin que ello signifique que no deba motivar la decisión ni tener en cuenta las circunstancias fácticas, al igual que las pretensiones y actuaciones procesales. Categoría en la que no puede inscribirse el fallo que da cuenta de razonamientos normativos -constitucionales, legales o convencionales- para justificar la aplicación de la equidad como criterio fundante de la decisión, como ocurre cuando se acude a la equidad para i) integrar las disposiciones contractuales y resolver las controversias sobre los asunto económicos del contrato o ii) apartarse de la solución inicua a la que conduce la aplicación de la ley, para decidir en armonía con el derecho.

Así ha precisado la jurisprudencia unificada sobre el alcance del fallo en equidad -se destaca-:

(...) a *los jueces, como autoridades que deciden en derecho, se les exige que sus providencias sean motivadas* y *que lo sean de una manera ajustada* a *reglas* y *principios jurídicos. El juez debe fundar sus decisiones en razones vinculadas* a *un referente objetivo de orden normativo.* ***Sobre los árbitros que deciden en equidad no recae el mismo deber de razonar en derecho****, puesto que, como su nombre lo indica, deciden en equidad. Su deber es distinto. Consiste en razonar en equidad, lo que implica entre otras cosas que sus decisiones lejos de ser caprichosas* o *arbitrarias sean sustentadas* a *partir de las especificidades de cada caso. Por eso,* y *dado que el concepto de equidad ha sido constitucionalizado, el debido proceso arbitral en equidad comprende unos límites sustanciales de orden constitucional.* ***Un claro límite constitucional de las decisiones de los árbitros en equidad consiste en que éstas tienen que ser razonadas, no en derecho, pero si en equidad.***

(...)

*Es necesario distinguir entre las decisiones "en derecho", "en equidad", "en conciencia"* y *"verdad sabida* y *buena fe guardada". La más exigente de ellas* es *la decisión en derecho* ya *que supone el conocimiento, la interpretación* y *aplicación de normas objetivas respetando criterios hermenéuticos. El fallo en equidad, aunque mucho menos exigente que el fallo en derecho, como ya* se *ha sostenido anteriormente, no puede desatender las particularidades concretas del caso, vgr. las circunstancias fácticas del contexto en el que decide,* ya *que su sentido mismo* es *buscar el equilibrio en la decisión evitando cargas* y *efectos excesivamente gravosos para las partes* y *asignando beneficios* a *quien los necesita* o *merece. Es por ello que las motivaciones del fallo en equidad resultan importantes. Por el contrario, la decisión en conciencia* y *la decisión verdad sabida* y *buena fe guardada remiten* a *la esfera interna del fallador quien adopta una decisión cuya finalidad no* es *necesariamente la justicia* o *la equidad. No* es *posible, por lo tanto, equiparar ambas instituciones. Quien falla verdad sabida y buena fe guardada no tiene que hacer explícitos los hechos en que* se *funda ni justificar con razones sus conclusiones. En cambio quien decide en equidad debe considerar las particularidades fácticas de la situación, apreciar su valor para que sus conclusiones sean justificadas no* a p*artir de su conciencia subjetiva sino del concepto indeterminado pero objetivo de equidad[[80]](#footnote-80).*

i) Los criterios jurisprudenciales en los que se apoya la posición mayoritaria, relativos a que el fallo no es en derecho cuando *"... prescinde de todo fundamento jurídico y/o probatorio",* porque carece de fundamento jurídico, de motivación o adolece de motivación infundada; aplica erradamente o desconoce el derecho; se funda en la equidad o la aplica ilegalmente, no son válidos para distinguir entre el fallo en derecho y en equidad -último al que equívocamente se lo confunde con el fallo en conciencia en la decisión de la que disiento-, porque tanto el fallo en derecho como en equidad deben ser motivados. Por el contrario, se trata de criterios que procuran la revisión y tacha de los asuntos sustanciales en los que se funda la decisión, cuyo control es ajeno al recurso de anulación.

j) El ordenamiento no proscribe los fallos en conciencia o en equidad, como se afirma en la decisión de la que disiento, contrariando así la jurisprudencia de la Corte Constitucional en cita, al amparo del artículo 116 superior, a cuyo tenor el mandato de fallar conforme con la verdad sabida y la buena fe guardada responde a la facultad dispositiva.

El ordenamiento establece como causal de anulación que el fallo se profiera en conciencia debiendo ser en derecho, precisamente, porque es posible proferirlo cuando las partes así lo acuerdan y el ordenamiento no lo impide, esto es, otorgada la facultad, el fallo en conciencia, en cuanto se fundamenta en la voluntad de las partes, no contraría el derecho, pues sabido es el carácter normativo del contrato.

Asimismo, de la disposición del artículo 1 ° de la Ley 1563 de 2012, a cuyo tenor *"[e]n los tribunales en que intervenga una entidad pública* o *quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa* o *con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho",* no resulta posible entender que se proscribe la solución de las controversias relativas a contratos estatales con fundamento en la equidad, como se sostiene en la decisión de la que disiento, toda vez que resulta abiertamente contraria a los artículos 2° y 230 constitucionales, y por tanto inaplicable en los términos del artículo 4° *ibídem,* la disposición que impide la aplicación de la equidad en las relaciones contractuales del Estado.

En ese mismo sentido, contradice los artículos 2° y 230 constitucionales y debe inaplicarse, en los términos del artículo 4° superior, la disposición del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 que permite anular el laudo fundado en la equidad aduciendo que no se profirió en derecho, en cuanto esa norma desconoce abiertamente que el fallo en equidad también lo es en derecho.

Basta señalar que, siendo la eficacia de los principios constitucionales un asunto supremo, de interés esencialmente público, no resulta posible que su actuación o aplicación se la subordine al poder dispositivo y la satisfacción de los intereses individuales, como ocurre con la referida disposición legal, a cuyo tenor se pretende imponer la aplicación del derecho al margen de la equidad en los contratos estatales.

Es que no pueden derogarse "..*.por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres"* (C.C. art. 16) y *''[h]ay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación"* (C. C., art. 1519), como ocurre con las disposiciones de los contratos estatales en las que se renuncia al derecho público de la nación, para el caso los artículos 2° y 230 que exigen la eficacia de la equidad en esos contratos. No podía pasarse por alto, como se hizo en la decisión de la que me aparto, la reiterada jurisprudencia que en ese mismo sentido tiene sentada la Corporación[[81]](#footnote-81).

k) Asimismo, pongo de presente que el criterio sostenido en la jurisprudencia traída en la decisión de la que me aparto, a cuyo entendimiento no es suficiente que el laudo haga referencia al ordenamiento y a las pruebas, sino que se requiere que «..*.esa 'mínima referencia' esté realmente conectada con el sentido de la decisión, cualquiera que éste sea, pues el del contenido del pronunciamiento arbitral no es un asunto fiscalizable por el juez del recurso de anulación, vale decir, que la referencia al Derecho en realidad ha de constituir fundamento de lo que se resuelve* y *no tratarse de una simple anotación absolutamente descontextualizada del hilo argumentativo que en verdad conduce* a *la resolución del caso, orientada* a *dar al laudo la apariencia de estar sustentado en un precepto jurídico que no desempeña papel alguno en la cadena justificativa construida por los árbitros con el propósito de motivar su determinación",* no tiene que ver con el fallo fundado en la íntima convicción de los árbitros, sino con la determinación acerca de qué tanto inciden en el *decisum* los fundamentos jurídicos y fácticos invocados en la ratio decidendi, esto es, con la valoración de los aspectos sustantivos en los que se sostiene el fallo *-error in judicando-.*

l) Por otra parte, carece de fundamento la afirmación en el sentido que *"...todo fallo en conciencia es una vía de hecho",* contenida en la decisión de la que me aparto, toda vez que se está ante esta última cuando la decisión judicial es sustituida por la actuación abiertamente arbitraria, situación que no puede afirmarse fatalmente del fallo en conciencia y, menos aún, de la decisión fundada en la equidad.

En mi opinión, nada justifica acudir a la comparación del fallo en conciencia y la vía de hecho para sostener así que la determinación de aquél no constituye *per* se la incursión en el juicio propio de la mencionada vía si, so *pretexto* de constatar la motivación o falta de fundamento, se incursiona en la revisión de los asuntos de fondo del laudo, como ocurrió en el caso de la decisión de la que me aparto.

m) Pongo de presente, además, que la determinación de la vigencia de las normas tiene que ver con su interpretación y aplicación[[82]](#footnote-82), juicio que por sí mismo permite ubicar la decisión en el ámbito del derecho.

De donde, los cuestionamientos sobre la vigencia de las normas aplicadas no son idóneos para demostrar el fallo en conciencia, no solamente porque con ello se ataca el fondo del asunto sino, principalmente, porque esos cuestionamientos indican *per* se que se decidió en derecho. En esas circunstancias, abstenerse de calificar el laudo en derecho, aduciendo que los cuestionamientos sobre la vigencia de las normas aplicadas versan sobre el fondo del asunto, como se sostiene en la decisión, equivale a poner en duda que la interpretación de las normas es propia del fallo en derecho o, peor aún, que los errores en la determinación de la vigencia de las normas ponen la decisión en el ámbito de la conciencia, como se sugiere en la decisión de la que disiento.

n) Finalmente, los criterios jurisprudenciales traídos en la decisión no pueden seguirse aplicando en la forma entendida por la mayoría, pues hacerlo desatiende los criterios a partir de los que, en la sentencia unificada de tutela SU-713 de 2015, la Corte Constitucional dejó sin efectos la sentencia del 13 de mayo de 2009 proferida por la Sección Tercera, por haberse calificado como fallo en conciencia un laudo proferido con fundamento en la equidad.

En aquella oportunidad, la Sección Tercera dejó sin efectos el laudo por considerar que los árbitros fallaron conforme con su íntima convicción, porque se apartaron de los elementos probatorios que ofrecían evidencia en cuanto a que las partes convinieron en la actualización de los costos de suministro e instalación en un porcentaje del 18% y en una tasa de retorno del capital del 38%, acorde con el modelo financiero de la propuesta, la naturaleza de la concesión del servicio de alumbrado público y los riesgos asumidos por el concesionario, para concluir con fundamento en la equidad que el porcentaje de actualización para los demás costos -mantenimiento y operación- debía ser el mismo convenido para el rubro de suministro e instalación, esto es el 18% y no el del 38% correspondiente a la tasa de retorno que, a juicio de la Sala, debió aplicarse.

Con la sentencia SU-713 de 2015 la Corte Constitucional amparó el debido proceso, vulnerado por extralimitación en la competencia del juez de la anulación, en cuanto el ejercicio que sirvió de fundamento a la Sección Tercera para concluir que los árbitros fallaron en conciencia *"... no* se *corresponde con un juicio orientado* a *establecer errores in procedendo, sino,* se *aviene más con una tacha* a *la valoración que de la normatividad del contrato* y, *de las pruebas, hizo el Tribunal de Arbitramento",* toda vez que -se destaca- "..*. el ejercicio descrito comporta sin duda alguna un análisis sustantivo por parte del Contencioso Administrativo, pues, se trata de un ejercicio interpretativo de la normatividad que rige el contrato”; las diversas conclusiones* a *las que se arribó tras el análisis de los documentos* "..*. evidencian una labor interpretativa que apunta* a *deducir las reglas sustantivas del acuerdo entre el Municipio y la Unión Temporal"* . *Igualmente, se revisó por la Sección del contencioso administrativo, el dictamen pericial llevado* a *cabo en el proceso arbitral. Respecto de este último, se manifiesta que su contenido permite concluir que el flujo financiero elaborado por el concesionario* "(...) *no incluyo un ítem que se denominara egresos por concepto de retomo de la inversión* (...)"; "..*.la actividad llevada* a *cabo por la Sección Tercera del Consejo de Estado, acorde con las evidencias previamente señaladas, no se corresponde con un juicio orientado* a *establecer errores in procedendo, sino, se aviene más con una tacha* a *la valoración que de la normatividad del contrato y, de las pruebas, hizo el Tribunal de Arbitramento";* "..*.el recurso de anulación, en los términos propuestos en la sentencia censurada, se constituyó en una revisión por errores in iudicando, lo cual, esta proscrito para acciones como la que dio origen al proveído de la Sección Tercera".*

Reiteró la Corte Constitucional que el fallo en equidad se funda igualmente en el derecho y las pruebas, aunque en este tipo de decisiones el fallador cuenta con una mayor libertad de apreciación de las pretensiones, las normas y las pruebas, sin que por ello se considere que el fallo sea arbitrario o ajeno al derecho.

En síntesis, para la Corte Constitucional el hecho que los árbitros hayan acudido a criterios de razonabilidad y de proporcionalidad, esto es a la equidad, para concluir que en el caso concreto los concesionarios tienen derecho a una utilidad del 18% sobre los costos de operación y mantenimiento, similar a la convenida para el suministro e instalación, no desvirtúa el fallo en derecho.

Criterios que se pasaron por alto, en cuanto en la decisión de la que disiento se aboga por el entendimiento en el sentido que la aplicación de la equidad pone la decisión al margen del derecho. Se destaca, además, que la Sala Plena de la Sección acató sin restricciones, por encontrarla acorde a la Constitución y a la ley, la decisión de revisión, en los términos de la sentencia proferida el 20 de septiembre del año en curso[[83]](#footnote-83).

***1.2. Al juez de la anulación no le compete pronunciarse sobre la falta o indebida valoración de la prueba y la utilización de los principios lógicos o empíricos por parte de los árbitros, como se hizo en el sub judice***

En el recurso de anulación se sostuvo que los árbitros fallaron conforme con su íntima convicción, porque i) aplicaron la ley comercial, ajena al contrato *sub judice;* ii) pasaron por alto que lo procedente tenía que ver con la declaración de la nulidad absoluta del contrato y no la parcial declarada, toda vez que, conforme con el artículo 47 de la Ley 80 de 1993, el negocio estatal no puede subsistir sin la asignación de riesgos determinante del precio ;iii) sin elementos probatorios que así lo demuestren, interpretaron que las partes habrían insistido en la eficacia del negocio sin las disposiciones anuladas; iv) concluyeron sobre el abuso en la asignación de los riesgos a partir de criterios personales; v) aplicaron indebidamente el restablecimiento del equilibrio económico e vi) impusieron a la contratante la carga de la prueba que le correspondía al contratista.

En la decisión de la que me aparto se concluyó que el laudo se profirió en conciencia, porque la razón en la que se sostiene la decisión de declarar la nulidad absoluta parcial, en el sentido que *"...no aparece dentro del proceso que las partes no lo habrían celebrado* [el contrato], *sin la parte viciada de nulidad",* adolece de falta de prueba, toda vez que sin más explicaciones el tribunal arbitral procedió a aplicar el artículo 902 del Código de Comercio, a sabiendas que *"...la norma en cita parte de un extremo fáctico para determinar el alcance de la nulidad absoluta de un negocio jurídico".*

Para arribar a esa conclusión, la posición mayoritaria, si bien partió de la presunción de acierto y legalidad que amparaba al laudo[[84]](#footnote-84), en cuanto consideró que se funda en una conclusión respecto de la que puede *"...afirmarse que es el resultado del análisis de las pruebas obrantes* o *de la inexistencia de pruebas en esa dirección",* se adentró en el análisis del fondo, con el fin de determinar *"... si esa conclusión está fundamentada en las pruebas",* para sostener *"...la incertidumbre de la conclusión del laudo",* por considerarla ***"en extremo genérica"*** y, a partir de esa duda, se descartó el acierto del tribunal porque " ..*. se echa de menos qué pruebas valoró* y *cómo las valoró, en últimas, la más mínima expresión que respalde su dicho, en otras palabras, la evidencia de que existió un fundamento probatorio de la decisión que el juez de anulación pudiera constatar con su simple lectura, sin revisarlo* o *calificarlo".*

Pongo de presente que el análisis acometido no tiene que ver con la constatación de los fundamentos del laudo -que los tiene, como se reconoce en la decisión de la que me aparto-, sino con la consideración relativa a que la conclusión en la que se fundamenta, en cuanto extremadamente genérica, al parecer de la posición mayoritaria, permite poner en duda el acierto, por falta de respaldo fáctico. De donde, si bien se reconoce que el laudo da cuenta de su fundamento, se lo descalifica imponiendo un criterio propio.

A partir de esa conclusión a *priori,* la posición mayoritaria hizo valer su criterio sobre la valoración probatoria que debieron hacer y que, a su juicio, omitieron injustificadamente los árbitros, en cuanto -se destaca- **"..*. se pregunta por qué no se valoró la oferta, el pliego de condiciones, el contrato, su naturaleza, sus cláusulas, las de otros contratos entre las mismas partes y con el mismo objeto, el comportamiento contractual y procesal de las partes, sino que se guardó absoluto silencio. Al menos la demanda de reconvención debió poner sobre aviso* a *los árbitros frente* a *la necesidad de analizar esa actuación y su impacto en la insistencia del negocio jurídico de la aquí recurrente con las nuevas condiciones, cuestión que también se echa de menos"*** y se enrostra que *"La falta de análisis de los documentos de la concesión (oferta, pliego v contrato)* ***sin razón que lo justifique, evidencia que su conclusión era suficiente en sí misma****, es decir, como si explicara per* se *que las partes insistirían en el contrato* a *pesar de la nulidad que se declararía. Como mínimo el pliego y el contrato debieron ser objeto de análisis para determinar ese extremo,* ***con mayor razón si la anulación significaba la variación de los riesgos y del precio pactado originalmente, lo que* a *su vez impactaba en las reglas de selección del concesionario al modificarse las condiciones de la oferta****; sin embargo, estas cuestiones no merecieron la menor reflexión en el laudo".*

Salta a la vista en estas consideraciones que el laudo ofrece suficientes luces sobre el convencimiento de los árbitros acerca de la suficiencia de los fundamentos expuestos en el laudo, traídos a juicio en sede del recurso extraordinario, misma que fue descartada por la posición mayoritaria. De donde, lejos de constatar la falta de sustento, en la decisión de la que me aparto se impuso el criterio propio sobre la fundamentación probatoria que debía darse a las razones expuestas en el laudo.

Continuando en esa línea, la posición mayoritaria expresó su desacuerdo con los árbitros, en el sentido que -se destaca- *"...no puede aceptarse que la negación indefinida de los árbitros no requería de sustento probatorio...* ***porque su afirmación genérica* no *precisa si ese fue el entendimiento que* se *le dio*** *y, de serlo así, la realidad procesal muestra unas pruebas que se desestimaron por completo,* ***lo cual deja sin ningún sustento esa posibilidad****".*

Y después de revisar en su integridad los análisis, fundamentos jurídicos, interpretaciones y valoraciones en las que se sostiene el laudo, la posición mayoritaria concluyó la "...inexistencia de valoración probatoria" porque, a su juicio, «... el laudo no tiene un mínimo ejercicio probatorio que apoye su conclusión de que "**no aparece dentro del proceso que las partes no lo habrían celebrado".** Tampoco es posible concluirlo o derivarlo de lo consignado en su texto. Basta con revisar los temas abordados en él para llegar a esa conclusión» y "[l]a falta de fundamentación del laudo es evidente, puesto que las razones de su aserto quedaron en su fuero interno y no se exteriorizaron. Es decir, se produjo una conclusión sin algún tipo de respaldo probatorio, sino simplemente una aseveración que habría que acatar por mero respeto al concepto de verdad sabida y buena fe guardada, o lo que es lo mismo porque fue el resultado de la subjetividad de los árbitros, no porque esté apoyada en las pruebas".

Nótese que lo se afirma en la decisión de la que me aparto como *"falta de fundamentación del laudo",* en realidad tiene que ver con el juicio relativo a que el fundamento de la decisión no se respalda en los elementos probatorios que, conforme con el criterio de la posición mayoritaria, debían considerarse.

Concluido el anterior análisis, la posición mayoritaria entró a justificar que con el juicio adelantado sobre los fundamentos del laudo *"no se califica la conclusión de los árbitros"; "...no se declara una vía de hecho"; “…no se define el sentido de la decisión"* y no se desconoce la jurisprudencia constitucional unificada por la Corte Constitucional, en la Sentencia SU-713 de 2015; sino que se trata simplemente de la constatación de la *"falta de fundamentación"* del laudo.

Así se previno en la decisión:

*(iv) No se califica la conclusión de los árbitros. Es preciso señalar que la Sala no puede calificar la conclusión* a *la que llegaron los árbitros como acertada* o *equivocada desde el punto de vista jurídico, simplemente constata, porque salta* a *la vista, su falta de fundamentación. Como bien lo refiere la recurrente, no hay un renglón del laudo que se le dedique* a *este ejercicio reflexivo. Tan evidente es que no se califica la conclusión de los árbitros que bien podría ser cierta, pero ello no corresponde determinarlo en este estadio; lo único que* se *hace* es *verificar la ausencia de fundamentación probatoria de la conclusión del laudo. Como* ya se *anotó en renglones anteriores, nada* se *puede decir* o *calificar sobre lo que no existe.*

*Reitera la Sala que la falta de motivación que aquí* se *advierte* es *el fruto de la simple verificación del texto del laudo. No* se *califica esa motivación como cierta* o *errada* o se *modifica su entendimiento, por la sencilla razón de que no existe.*

*(v) No* se *declara una vía de hecho. Desde luego que tampoco* se *está en los terrenos de una vía de hecho, toda vez que el análisis* se *limitó* a *verificar la existencia de los sustentos probatorios de la decisión, sin que se analizara de fondo la cuestión.*

*(vi) No* se *define el sentido de la decisión. La Sala* se *releva de la necesidad de demostrar cuál sería la suerte de la decisión del laudo de haberse valorado las pruebas* o *de haberse fundamentado su conclusión, en tanto ese ejercicio va más allá del análisis propio que* se *impone en el recurso de anulación, donde* es *suficiente para anular la demostración de lo evidente del fallo en conciencia, como lo* es *que no está fundamentado en las pruebas. Además que hacia un futuro* se *evitarían posibles impedimentos de llegarse* a *conocer el presente asunto, toda vez que el ejercicio en esta sede* es *esencialmente formal. Por lo misma razón tampoco* se *hacen otro tipo de análisis frente al contrato.*

*Vale aclarar que esta decisión no contraviene lo dicho por la Corte Constitucional en sede de tutela al analizar una providencia de esta misma Sección que revolvió un recurso de anulación, en donde* se *declaró la configuración de la causal de fallo en conciencia. En esa oportunidad, además de referir al desarrollo jurisprudencial que en gran parte* se *contiene aquí,* se *concluyó que el juez de anulación excedió sus competencias, en tanto calificó el trabajo interpretativo de los jueces frente* a *los fundamentos jurídicos* y *probatorios. Esa situación difícilmente* se *repite en este asunto, por la simple pero contundente razón de que* es *imposible calificar algo que no existe, como lo* es *la valoración probatoria por parte de los árbitros respecto de la nulidad parcial declarada, deficiencia que* es *palmaria* y *evidente. Para corroborar lo expuesto, basta con recordar los siguientes apartes de la sentencia constitucional.*

(...)

*Como* se *observa, los cuestionamientos de la Corte Constitucional en el caso citado distan de los aquí expuestos, en tanto lejos de cuestionar los fundamentos jurídicos* o *probatorios, lo que se echa de menos son estos últimos precisamente para sustentar la nulidad parcial declarada. La Sala fue en extremo cuidadosa en no caer en los defectos advertidos en la tutela citada.*

Me aparto de la *ratio decidendi* expuesta, en cuanto i) se hizo caso omiso de los criterios constitucionales a cuyo tenor en sede de anulación no cabe el pronunciamiento sobre la falta de prueba o indebida valoración y la utilización de los principios lógicos o empíricos por parte de los árbitros, como el que sostiene la decisión de la que disiento y ii) el laudo se profirió en derecho, como expongo enseguida.

a) Como se dejó sentado en la sentencia de unificación SU-713 de 2015, la autorización constitucional para que los árbitros sean habilitados por el poder dispositivo y se sustraiga la controversia de la jurisdicción estatal, impone límites materiales al control judicial del laudo, de manera que los recursos en su contra son excepcionales, sujetos a que no se desvirtúe la presunción de acierto y legalidad con fundamento en errores en la aplicación del derecho, yerros fácticos, falta e indebida valoración de las pruebas, esto es que los recursos no constituyan instancias ordinarias de los asuntos excluidos de la jurisdicción estatal por las partes.

Con fundamento en lo anterior, el ordenamiento limita el recurso extraordinario de anulación al control de la eficacia de la garantía fundamental del debido proceso *-error in procedendo-,* sin autorizar que por esta vía se revisen los aspectos sustanciales relativos a los *errores in iudicando,* de derecho o de hecho.

En efecto, en ese pronunciamiento unificado, la Corte Constitucional dejó sentado que la limitación de la competencia del juez de la anulación -se destaca-, "..*.encuentra su razón de ser en que este recurso* ***no puede usarse* como *mecanismo para desconocer* o *soslayar la voluntad de las partes de sustraer la controversia del conocimiento de la Jurisdicción.*** De *esta manera, ante un eventual desacierto del tribunal de arbitramento en cuanto* a *la aplicación* e *interpretación de normas sustantivas* o ***ante la falta* o *indebida valoración de la prueba* o a *una impropia utilización de los principios lógicos* o *empíricos del fallo, no será posible acudir al recurso extraordinario de anulación".***

Como se observa, se trata de un asunto constitucional relevante, en cuanto tiene que ver con la competencia del juez de la anulación del laudo arbitral y, por tanto, con la eficacia del derecho fundamental del debido proceso, materia en la que la unificación jurisprudencial está reservada a la Corte Constitucional, a través de la revisión de *"...las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales",* en su carácter de guardiana *"...de la integridad* y *supremacía de la Constitución"* (art. 241 constitucional).

En ese orden, resulta ajeno a la competencia del juez de la anulación el juicio sobre la falta de prueba de la afirmación del laudo relativa a que *"...no aparece dentro del proceso que las partes no lo habrían celebrado* [el contrato], *sin la parte viciada de nulidad",* adelantado en la decisión de la que me aparto.

b) La falta de prueba que la posición mayoritaria enrostró al laudo nada dice del fallo en conciencia, empero sí se acompasa con un asunto de derecho, relativo al fundamento fáctico de la decisión.

En efecto, conforme con la jurisprudencia y la doctrina, los errores probatorios en los que se incurre en la decisión judicial tienen que ver con el fundamento fáctico y se comprenden en el ámbito de la violación indirecta de las normas sustantivas[[85]](#footnote-85), razón suficiente para concluir que la falta de prueba de los fundamentos fácticos, en la que se sostiene la decisión de la que me aparto, si bien podría insinuar un error, este no es enjuiciable en sede extraordinaria de anulación y tampoco desdice del fallo en derecho, por la potísima razón que no es la violación indirecta de la norma lo que determina el fallo en conciencia, sino que la decisión se sostenga en la íntima convicción del fallador.

Violación indirecta de norma sustantiva en la que efectivamente se sostiene la decisión de la que disiento, toda vez que la *ratio decidendi* tiene que ver con que, a juicio de la posición mayoritaria, los árbitros se abstuvieron de declarar la nulidad absoluta del contrato para privilegiar su integración y eficacia sin las disposiciones anuladas, con fundamento en el artículo 902 del Código de Comercio, a sabiendas que "..*.la norma en cita parte de un extremo fáctico para determinar el alcance de la nulidad absoluta de un negocio jurídico".*

De donde, la *ratio decidendi* en la que se sostiene la decisión de la que disiento tiene que ver con que se aplicó indebidamente, por falta de prueba del supuesto fáctico, el artículo 902 del Código de Comercio.

En ese orden, el yerro que se endilgó a la conclusión del laudo no se sostiene en la falta de fundamento, empero si en la consideración relativa a que la aplicación del citado artículo 902 no puede fundarse en los principios de *bona fides, favor negotii et aeqüitas,* a los que acudieron los árbitros, sino en los elementos probatorios que la posición mayoritaria echó de menos.

En efecto, el laudo da cuenta de la decisión de declarar la nulidad parcial, sostenida en la aplicación del artículo 902 del Código de Comercio, en armonía con los principios generales del derecho. Razón suficiente para concluir, contrario a lo decidido, que el laudo se profirió en derecho, con base en un fundamento que la mayoría no compartió.

Al respecto, no dejan dudas los siguientes apartes del laudo, trascritos en la decisión:

*La nulidad que aquí se declarará es parcial,* ***por las razones que seguidamente* se *anotan y porque no aparece dentro del proceso que las partes* no *lo habrían celebrado, sin la parte viciada de nulidad.***

*"El hecho de que el Código Civil se refiera siempre* a *la nulidad del "acto* o *contrato", nunca ha sido tomado como si la nulidad, cualquiera que fuera su naturaleza* o *causal específica, hubiera de implicar la totalidad de* la *disposición particular. Por el contrario, siempre se ha entendido que la declaración de invalidez, como medida represiva correspondiente* a *transgresiones concretas de dictados imperativos del ordenamiento, tiene una razón de ser de encauzamiento* y *de limitación de la autonomía privada, cuyo ámbito* y *cuya proyección, por eso mismo, muestran, por así decirlo, una dosificación, cónsona con el criterio político inherente* a *la previsión de la invalidez* y a *la razón de ser de esta. Por eso mismo, dentro del espectro de alcances de la declaración judicial jurisprudencialmente se ha contemplado la figura de la nulidad parcial, consistente en una depuración del contenido negocial, de modo de eliminar de él, por razones de incongruencia, pero sobre todo, de ilicitud, en el primero supuesto, las estipulaciones, cláusulas* o *pactos incompatibles con la figura iuris empleada,* y *en la segunda hipótesis, aquellas que transgreden una prohibición ética* o *política. Sólo que los ordenamientos más recientes previenen expresamente ese alcance reducido o circunscrito de la invalidez, sea con referencia de "nulidad parcial" del acto o contrato, sea aludiendo* a *determinada clase de cláusulas abusivas* o *vejatorias* o *exorbitantes, sea, en fin, considerando una* y *otras situaciones., El artículo 902 del Código de Comercio transcribe el artículo* 1419 *del Código Civil italiano para poner de presente que la invalidez parcial del negocio* o *de una* o *varias cláusulas suyas no acarrea de por sí la nulidad de integra la disposición* (sic), *dado que, en desarrollo* y *aplicación del principio denominado de "conservación del negocio jurídico"* o *del favor negotii, sí que también de la adaptabilidad del supuesto de hecho* (…) *arts. 1501* C.C. *col.;* 1444 CC. *ch.), el ordenamiento se esmera en reconocerle la relevancia* a *la disposición general, no obstante aspectos* o *secciones nulos y atribuirle alguna eficacia, la mayor posible, congruentemente con la intención­-disposición de las partes”[[86]](#footnote-86).*

*En este orden de ideas, el Tribunal en ejercicio del poder de control judicial contemplado, en el artículo* 1742 *del Código Civil subrogado por el artículo 2 de la Ley 50/36, declarará nulas absolutamente, por abusivas,* y *por ende quedarán sin efecto entre las partes, las siguientes cláusulas* o *fragmentos de las mismas del contrato de concesión n.°* *TM-300-004-07 del* 20 *de febrero de 2008* y *de los otrosíes suscritos durante la ejecución, así* (se relaciona lo anunciado) (...).

De *lo dicho concluye el Tribunal* (hay dos párrafos anteriores, entre la relación de los textos anulados y lo aquí transcrito, en los que se cita al doctrinante FERNANDO HINESTROSA, frente a su opinión respecto de los efectos de la nulidad absoluta), *que en ausencia de un desarrollo legal que de manera general regule el fenómeno de las consecuencias del abuso del derecho* y *de la manera de enmendar en la relación contractual el vacío que la cláusula anulada produce, la solución* es *la integración del contrato con las normas dispositivas que* se *pretendían reemplazar.*

*A falta de ellas, en aplicación del principio de buena fe, el juez deberá integrar el contrato con lo que* a *él naturalmente corresponde, lo que le permitirá ajustarlo conforme* a *los mandatos de la confianza recíproca* y *en asuntos mercantiles, reconciliarlo con "criterios comerciales razonables de lealtad negocial" (principios Unidroit sobre contratos comerciales internacionales)* y *con las prácticas usuales* y *los estándares propios de las negociaciones honestas seguidas en el tráfico, de manera que* se *logre el propósito de restablecer el equilibrio contractual.* (...)

*Ahora bien, en materia de contratación pública el Tribunal encuentra igualmente aplicables los anteriores criterios jurisprudenciales y doctrinales, de manera que ante el vacío de las cláusulas abusivas anuladas de un contrato estatal, la solución* es *la integración del contrato con las normas dispositivas que* se *pretendían reemplazar* y a *falta de ellas, en aplicación de los principios de buena fe* y *de justicia conmutativa, el juez deberá integrar el contrato* y *restablecer* su *equilibrio.* (...)

*Así las cosas, el Tribunal llenará el vacío dejado por las cláusulas abusivas anuladas integrando el contrato de concesión celebrado entre TRANSMETRO* y *RECAUDOS SIT BARRANQUILLA S.A.,* a *partir del principio de buena fe, conjuntamente con el principio de la reciprocidad de las prestaciones* o *de la justicia conmutativa que constituyen, como lo señala la jurisprudencia constitucional, ingredientes normativos de imputación que, lícitamente, contribuyen* a *trasladar* a *la administración pública aquellos riesgos que en forma anormal* o *extraordinaria* se *presentaron en el desarrollo del contrato estatal.*

La expresión trascrita, en el sentido que ***"no aparece dentro del proceso que las partes no lo habrían celebrado****, sin la parte viciada de nulidad",* encierra una conclusión propia del ejercicio de valoración de los elementos probatorios del proceso por parte de los árbitros. Suponer que faltó la valoración como lo advierte la posición mayoritaria, por el hecho de que los árbitros no señalaron exhaustivamente las pruebas valoradas a esos efectos específicas, implica necesariamente enjuiciar i) la verdad o falsedad de esa afirmación y ii) la corrección de la valoración probatoria afirmada por los árbitros, asunto enteramente ajeno al recurso de anulación.

Pero, asimismo, afirmar que el laudo solamente habría sido en derecho si se hubiera respaldado en las pruebas que la posición mayoritaria echó de menos, como se sostiene en la decisión de la que me aparto, implica desconocer la fundamentación que el laudo apoyó en i) el derecho comparado, ii) el ordenamiento civil, relativo a las nulidades, sus fines y iii) los principios de *bona fides, favor negotii, aeqüitas,* propia del fallo en derecho.

Ahora, de cara a la aplicación del artículo 902 del Código de Comercio, la afirmación del laudo en el sentido que "..*. no aparece dentro del proceso que las partes no lo habrían celebrado, sin la parte viciada de nulidad",* parte del entendimiento sobre la intención de las partes, de suyo una valoración probatoria que la postura mayoritaria valora de manera diferente, esto es que las partes habrían consentido en la integración y eficacia del contrato. Discrepancia que pone de presente que el juicio acometido en la decisión de la que me aparto recayó sobre un asunto sustancial, partiendo del entendimiento del juez del recurso de anulación, ajeno a su competencia.

En suma, en cuanto la decisión de declarar la nulidad parcial se sostiene en la aplicación del derecho comparado, el derecho privado, los principios generales y la valoración probatoria en el sentido que en el proceso no se acreditó que las partes no habrían celebrado el contrato sin la parte anulada, se concluye que el laudo recurrido se profirió en derecho. De donde lo procedente tenía que ver con declarar infundado el cargo de haberse fallado en conciencia, debiendo ser en derecho.

**2. El principio de habilitación no faculta a las partes para excluir de la jurisdicción común los deberes oficiosos del juez en materia de nulidad absoluta del contrato estatal. Resulta abiertamente contrario al orden constitucional reservar la competencia en esa materia a los árbitros y excluir al juez de la anulación**

En relación con los cargos del recurso relativos al hecho de no haberse declarado la nulidad absoluta del contrato, fundado el Tribunal en la aplicación del artículo 902 del Código de Comercio y los principios de *bona fides, favor negotii et aeqüitas,* en la decisión de la que disiento se concluyó que se trata de un asunto de fondo del laudo sobre el que la Sala no puede pronunciarse, en razón de la prohibición de la que trata el artículo 42 de la Ley 1563 de 2012.

Discrepo de esa posición, toda vez que, a mi juicio, lo procedente tenía que ver con declarar la excepción de inconstitucionalidad de la citada disposición del artículo 42 de la Ley 1563 de 2012, a cuyo entendimiento el juez natural no puede pronunciarse sobre la nulidad absoluta del contrato estatal, negada en sede arbitral y hacer prevalecer el orden superior que impone la ineficacia absoluta del contrato estatal celebrado con fines contrarios a la función social y con grave afectación del tesoro público, como expongo enseguida.

Los particulares ejercen la función jurisdiccional por ministerio de la Constitución y de la ley, en condición de árbitros, habilitados temporalmente por un acuerdo de voluntades que sustrae de la jurisdicción común un litigio sobre derechos o asuntos transables o renunciables.

En efecto, de conformidad con el artículo 116 constitucional, la habilitación para investir a los particulares de la condición de árbitros debe provenir de las partes en conflicto y, por tanto, recaer sobre asuntos sujetos al poder disposición, renunciables o transigibles, esto es, sobre *“…los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante,* y *que no esté prohibida la renuncia"* (Código Civil, art. 15), toda vez que en la autonomía de la voluntad no se comprende la disposición de asuntos regidos por “…las *leyes en cuya observancia están interesados el orden* y *las buenas costumbres"* (art. 16, ibídem).

Además, no puede pasarse por alto que el artículo 116 constitucional, si bien defiere a la ley la definición de los términos en los que los árbitros ejercen la función jurisdiccional, no la autoriza para imponer el arbitraje, atribuirlo con carácter permanente y, menos aún, para excluir de la jurisdicción común los asuntos ajenos al poder dispositivo de las partes.

Así, ha precisado la Corte Constitucional que -se destaca- *“…según la Constitución,* ***las leyes que regulen el arbitramento tienen que partir de la base de que* es *la voluntad de las partes en conflicto****, potencial* o *actual, la que habilita* a *los árbitros para actuar".*

En esa misma línea, en abundante jurisprudencia la Corte Constitucional reitera unánimemente que las partes solamente pueden habilitar a los árbitros para ejercer la función jurisdiccional en asuntos gobernados por el poder de libre disposición.

Así, ha recalcado la Corte que solamente son susceptibles de arbitramento los derechos e intereses *“…gobernados por el principio de la autonomía de la voluntad",* como los señalados en el artículo 15 de la codificación civil y que escapan al principio de habilitación arbitral los asuntos ajenos al poder dispositivo, como los regulados por *“…las leyes en cuya observancia están interesados el orden* y *las buenas costumbres",* de conformidad con el artículo 16 del mismo Código Civil[[87]](#footnote-87).

Igualmente, se reitera enfáticamente en la jurisprudencia constitucional que tanto la ley como las partes están sometidas a límites constitucionales, de carácter temporal y material, por cuya virtud, no les es dado i) regular o habilitar un sistema en el que los árbitros ejerzan la jurisdicción con carácter permanente, ii) adoptar esquemas que sustituyan, desplacen, impliquen la renuncia o la ruptura de unidad de la jurisdicción o que privilegien la función arbitral, reduciendo el campo de acción del juez estatal y iii) ampliar las materias arbitrables a asuntos ajenos al poder dispositivo.

En ese orden, se tiene por sentado que los esquemas alternativos de solución de conflictos, incluido el arbitraje, *"...no pueden significar en modo alguno la sustitución total de la jurisdicción del Estado ni la renuncia de éste* a *dispensar la tutela judicial efectiva que se requiere para hacer efectiva la igualdad en los términos de los incisos* 2° y 3° *del art.* 13 *de la Constitución”[[88]](#footnote-88)*.

Así, la jurisprudencia, ha señalado, entre otros límites a la facultad del legislador en lo relativo a la regulación del ejercicio de la jurisdicción por parte de los árbitros, los atinentes a la no afectación o disminución de las facultades de la jurisdicción común -se destaca-:

***La facultad del legislador para establecer los contenidos y procedimientos propios de los mecanismos alternativos no implica renuncia* o *rompimiento de la unidad de la jurisdicción, ni delegación de la función de administrar justicia*** *sino, una opción que* se *le ofrece al propio Estado* y a *los integrantes de la comunidad, para que puedan escoger entre la solución negociada del conflicto* o *la vía judicial.[[89]](#footnote-89)*

Límites que la Corte ha reiterado así -se destaca-:

*El carácter restrictivo de la competencia de los árbitros, fue recientemente reiterado por esta Corte, al establecer que "Si bien la Corte ha avalado la justicia arbitral como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos,* ***ello no puede interpretarse en el sentido que aquélla resulte privilegiada frente* a *la función permanente de administrar justicia por parte del Estado, ni que ésta quede verse cada vez más sustituida* o *reducida en su campo de acción"[[90]](#footnote-90).***

En esa misma línea, la Corte Constitucional, en razón de la definición de arbitramento adoptada en la Ley 446 de 1998, artículo 111, a cuyo tenor pueden acudir a ese mecanismo *"...las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible",* concluyó que se trata de una limitación de orden constitucional que no puede ser regulada por el legislador, para ampliar el arbitraje a los asuntos que involucran el orden público o el orden constitucional, los que se reservan a la jurisdicción estatal.

Así lo determinó la Corte[[91]](#footnote-91) -se destaca-:

*De la definición que hace el legislador* [Ley 446 de 1998], se *infiere que la competencia de los árbitros está limitada no sólo por el carácter temporal de su actuación* ***sino por la naturaleza del asunto sometido* a *su conocimiento, pues sólo aquellas materias susceptibles de transacción pueden ser definidas por los árbitros.*** *Significa lo anterior que la competencia de los árbitros* es *de carácter limitada, tanto por el aspecto temporal como el material, pues como lo ha señalado esta Corporación* ***"no todos los asuntos pueden ser sometidos genéricamente* a *su conocimiento****, como por ejemplo, los relacionados con el estado civil de las personas..." (Sentencia* C-247 *de 1994).*

(…)

*Dentro de este contexto, no* es *difícil arribar a la conclusión según la cual* ***los particulares investidos de la facultad de administrar justicia* no *pueden pronunciarse sobre asuntos que involucren el orden público****, la soberanía* ***nacional* o *el orden constitucional, asuntos que* en *razón de su naturaleza, están reservados al Estado,* a *través de sus distintos órganos.***

*No* es *concebible que el ejercicio de la jurisdicción, como función estatal, se desplace de manera permanente y general* a *los árbitros y conciliadores (CP art* 113). ***Tampoco resulta admisible ampliar la materia arbitrable* a *asuntos que trascienden la capacidad de disposición de las partes y respecto de los cuales no sea posible habilitación alguna****.*

***"No todo asunto de competencia de los jueces ordinarios,* en *consecuencia, puede ser trasladado* a *la justicia arbitral"*** *(sentencia T-057 de 1995).*

Posteriormente, la Corte reiteró esas limitaciones en sentencia de unificación jurisprudencial, así[[92]](#footnote-92) -se destaca-:

*El arbitramento tiene límites materiales, en el sentido de que no todos los asuntos* se *pueden someter* a *la decisión de los árbitros.* ***En términos generales, únicamente* se *pueden sujetar* a *este tipo de procedimiento******los asuntos de naturaleza transigible, que pueden ser objeto de libre disposición, negociación* o *renuncia por las parles en conflicto y, en consecuencia, se incluyen dentro de la órbita de su voluntad****.*

Ahora, la Ley 1285 de 2009, que modificó el artículo 8° de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, sustituyó el texto que acotaba el ejercicio de la jurisdicción por parte de árbitros a los *"...asuntos susceptibles de transacción"* y remitió esa función a *"los términos que señale la ley",* sin referencia a los asuntos transigibles.

Con ocasión del control previo de constitucionalidad de esa reforma, la Corte Constitucional reiteró los límites relativos al principio de voluntariedad que rige el arbitramento, por cuya virtud no resulta posible que a través de ese mecanismo se sustituya o desplace las funciones de la jurisdicción estatal en los asuntos que, más allá de las restricciones normativas, por su naturaleza son ajenos al poder dispositivo.

Así se dejó sentado en esa nueva oportunidad[[93]](#footnote-93):

*5.- El arbitramento constituye un mecanismo jurídico "en virtud del cual las partes en conflicto deciden someter sus diferencias* a *la decisión de un tercero, aceptando anticipadamente sujetarse* a *lo que allí se adopte". De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, sus características centrales son las siguientes:*

(…)

*(ii) Se rige por el principio de voluntariedad* o *libre habilitación (art.116 CP), lo cual supone que "tiene que partir de la base de que es la voluntad de las partes en conflicto, potencial* o *actual, la que habilita* a *los árbitros para actuar”. De esta manera, "la voluntad de las partes activa tanto la jurisdicción arbitral como las competencias y atribuciones de las personas que obrarán como árbitros". No obstante, la jurisprudencia ha advertido que "si bien el acceso* a *la justicia arbitral es voluntario, la función de administración de justicia por árbitros deberá desarrollarse 'en los términos que determine la ley' (C.P. art. 116)".*

*(iii) Es un mecanismo de carácter temporal (art.116 CP), porque su existencia se da solamente para la resolución del caso específico sometido* a *consideración de los árbitros. En palabras de la Corte,* ***"no es concebible que el ejercicio de la jurisdicción, como función estatal, se desplace de manera permanente y general* a *los árbitros y conciliadores*** *(C.P. art.* 113)".

*(iv)* ***Es excepcional, pues así lo establece expresamente el artículo* 116 *de la Carta****. Sin embargo, más allá del argumento normativo,* ***esta característica se explica si se tiene en cuenta que "existen bienes jurídicos cuya******disposición no puede dejarse al arbitrio de un particular, así haya sido voluntariamente designado por las partes enfrentadas".***

Finalmente, la Ley 1563 de 2012 autorizó que las partes habiliten a los árbitros para que resuelvan -se destaca- "...*controversias relativas* a *asuntos de libre disposición* **o *aquellos que la ley autorice****"* (art. 1°), mientras que limitó la amigable composición a la solución de ".*..una controversia contractual de libre disposición".*

La Corte Constitucional, en Sentencia C-572A- de 2014 proferida para declarar la inexequibilidad de la expresión *"absoluta"* del ordinal 1° del artículo 41 de la citada Ley 1563, que autoriza el recurso de anulación con fundamento en la nulidad absoluta del pacto arbitral, con exclusión de la nulidad relativa, reiteró los límites constitucionales impuestos a la ley, conforme con los cuales en el poder configurativo del proceso arbitral conferido al legislador no se comprende la autorización para someter al arbitramento la solución de conflictos sobre asuntos ajenos al poder dispositivo, cuya decisión se reserva a los jueces de la República.

Así lo reiteró nuevamente la Corte -se destaca-:

***4.3. Margen de configuración del proceso arbitral. Reiteración de jurisprudencia***

*4.3.1. Dentro del margen de configuración del proceso, por razones de política judicial, el legislador puede establecer* y *regular instrumentos* o *mecanismos alternativos para la solución de conflictos, en los cuales los particulares pueden ser investidos transitoriamente[[94]](#footnote-94) de la función de administrar justicia[[95]](#footnote-95). En materia de administración de justicia la regla* es *que ésta corresponde* a *las autoridades de la República, especialmente* a *sus jueces. Frente* a *esta regla la administración de justicia por los árbitros, como un mecanismo alternativo de solución de conflictos,* es *una excepción, prevista de manera explícita en el artículo* 116 *de la Constitución[[96]](#footnote-96).*

*4.3.2. La antedicha investidura, conforme* a *lo previsto en el inciso cuarto del aludido artículo* 116 *de la Constitución,* se *hace en los términos que determine la ley. En razón de este mandato constitucional* y *en vista de que ante los árbitros* se *tramitan procesos judiciales[[97]](#footnote-97), el legislador goza de un margen de configuración para regular el proceso arbitral[[98]](#footnote-98), como ocurre con los demás procesos judiciales[[99]](#footnote-99).*

*4.3.3. Dentro de este margen de configuración[[100]](#footnote-100), el legislador puede elegir entre diversas alternativas de regulación del proceso arbitral, que pueden ir desde la alternativa extrema de dejar en libertad* a *las partes para definir cuáles serán las reglas procesales aplicables, hasta la alternativa extrema de exigir requisitos* y *etapas, con la alternativa intermedia de prever normas supletorias de la voluntad de las partes[[101]](#footnote-101). Si bien el arbitraje* se *funda en la habilitación de las partes, corresponde* a *la ley determinar (i) los asuntos* y *la forma en que los particulares pueden administrar justicia como árbitros, (ii) los límites* y *los términos de dicha habilitación* y *(iii) las funciones* y *facultades de los árbitros, que son las mismas de los jueces estatales cuando el arbitraje* es *en derecho, sin vaciar de contenido el derecho de las personas* a *llevar sus diferencias ante la justicia arbitral[[102]](#footnote-102).*

*4.3.4.* ***Los árbitros sólo pueden pronunciarse sobre asuntos transigibles[[103]](#footnote-103),*** *valga decir, de asuntos que* se *enmarcan dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes que los habilitan[[104]](#footnote-104) y que pueden ser objeto de libre disposición, negociación* o *renuncia conforme* a *la ley. Estos asuntos son aquellos que suelen referirse* a *obligaciones de contenido económico[[105]](#footnote-105).* ***Los asuntos que no son transigibles deben resolverse por las autoridades públicas que cumplen funciones judiciales y, en especial, por los jueces de la República.*** *El preciso objeto del arbitraje* es *un claro límite material* a *la competencia de los árbitros[[106]](#footnote-106).*

*4.3.5,* ***El principio de la autonomía de la voluntad es el fundamento y el límite del arbitraje. Por lo tanto, los límites de dicho principio, como es el caso de las materias que comprometen el orden público, son también límites materiales para la competencia de los árbitros[[107]](#footnote-107).*** *Entre las materias que comprometen el orden público, este tribunal ha destacado,* a *modo de ejemplo: (i) los temas relacionados con el estado civil de las personas[[108]](#footnote-108); (ii) las obligaciones amparadas por leyes en cuya observancia estén interesados el orden* y *las buenas costumbres[[109]](#footnote-109); (iii) las cuestiones relacionadas con los derechos de los incapaces[[110]](#footnote-110); (iv) los conflictos relativos* a *derechos de los cuales la ley prohíbe disponer* a *sus titulares[[111]](#footnote-111);* y *(v) el conjunto de derechos mínimos de los trabajadores[[112]](#footnote-112).*

(...)

*4.4.3. Tal es la importancia del principio constitucional de habilitación de las partes que este tribunal, de manera pacífica* y *reiterada, ha declarado inexequibles varias normas legales que lo desconocen. Así ocurrió, por ejemplo, con el artículo* 59 *de la Ley* 79 *de* 1988, *en el contexto de la solución de controversias entre cooperativas de trabajo asociado[[113]](#footnote-113); con el artículo 19 de la Ley* 142 *de* 1994, *en el contexto de contratos de prestación de servicios públicos domiciliarios[[114]](#footnote-114); con el artículo* 19 *de la Ley* 182 *de* 1995, *en el contexto de contratos sobre el uso de redes de cableado, ductos* y *postes para transmitir la señal de televisión[[115]](#footnote-115); con varios artículos del Decreto* 2651 *de* 1991 y *de la Ley* 446 *de* 1998, *en el contexto de las atribuciones de los centros de arbitraje[[116]](#footnote-116); con los artículos* 35, 36 y 37 *de la Ley* 546 *de* 1999, *en el contexto de contratos de crédito para construcción* o *adquisición de vivienda con entidades financieras[[117]](#footnote-117).*

En suma, resultan abiertamente contrarias al artículo 116 constitucional las disposiciones legales que sustraen o autorizan que las partes lo hagan, de la competencia del juez natural para reservarlos al conocimiento de los árbitros, los asuntos que involucran el orden público o el orden constitucional, como los que tienen que ver con la nulidad absoluta del contrato estatal celebrado con quebrando de ese ordenamiento.

Siendo así, de entenderse que la Ley 1563 de 2012 facultó a los árbitros para decidir las controversias relativas a la nulidad absoluta del contrato estatal (art. 1°) y prohibió que en el trámite del recurso de anulación el juez natural ejerza las facultades oficiosas que le competen en esa materia (art. 42), como lo sostiene la posición mayoritaria, en cuanto se abstuvo de abordar oficiosamente el estudio de fondo de la nulidad absoluta, invocada en el recurso, debió aplicarse la excepción de inconstitucionalidad de esas normas, en cuanto abiertamente contrarias al artículo 116 superior.

**3. La competencia de los árbitros para declarar la nulidad absoluta del contrato estatal se sustenta en el principio de tutela judicial efectiva del orden superior y no sustrae ese asunto de la jurisdicción ordinaria**

Conforme con el entendimiento de la posición mayoritaria, al juez natural del contrato estatal no le resulta posible ejercer las facultades oficiosas en el trámite del recurso de anulación del laudo que decide sobre la nulidad absoluta, como en el caso concreto en el que el tribunal arbitral la negó, toda vez que ese pronunciamiento sustrae el asunto de la jurisdicción estatal. Criterio del que me aparto, en cuanto contraria abiertamente a los artículos 116 y 228 constitucionales.

Como lo tiene sentado la jurisprudencia constitucional, las leyes que regulan el arbitramento i) tienen que partir de la base de que *"... es la voluntad de las partes en conflicto, potencial* o *actual, la que habilita* a *los árbitros para actuar"* y ii) no pueden ampliar la materia arbitral a los asuntos que involucran el orden público y el orden constitucional, reservados a la jurisdicción común.

Asimismo, son criterios constitucionales rectores del arbitramento *"... la tutela judicial efectiva que se requiere para hacer efectiva la igualdad en los términos de los incisos* 2° *y* 3° *del art.* 13 *de la Constitución"* y la unidad de la jurisdicción, cuya eficacia material ameritan un cuidadoso análisis en lo que toca con la competencia para declarar de oficioso la nulidad absoluta del contrato estatal celebrado con quebrantamiento del orden público y el orden constitucional.

En cuanto ajena al poder dispositivo, la nulidad absoluta de la que se trata no se comprende en los asuntos sobre los que las partes pueden habilitar a los árbitros.

Empero, en sede arbitral debe tutelarse efectivamente el orden público y el orden constitucional quebrantados pues, de no hacerlo, podría hacerse valer los efectos de un contrato estatal no reconocidos por el ordenamiento.

De donde, el entendimiento en el sentido que los árbitros no pueden pronunciarse sobre la nulidad absoluta incentiva que se sustraigan de la jurisdicción común las controversias originadas en contratos estatales contrarios al orden público y constitucional, bajo la certeza que prevalecerán los intereses particulares sobre los fines superiores a los que se sujeta la contratación estatal.

Por otra parte, el entendimiento en el sentido que los árbitros tienen competencia para decidir sobre la nulidad absoluta resulta contrario a las disposiciones de los artículos 116 y 228 constitucionales, si con ello se entiende sustraído ese asunto de la jurisdicción común o se rompe la unidad de la jurisdicción para privilegiar la arbitral, al punto de disminuir o sustituir las facultades de la jurisdicción común.

La tutela judicial efectiva y la unidad de la jurisdicción ameritan que, en cualquier trámite, incluido el arbitral, se haga prevalecer el orden público y el orden constitucional quebrantados con el contrato estatal, fines a los que sirve la nulidad absoluta; empero, el pronunciamiento de los árbitros en esa materia no sustrae el asunto de las facultades oficiosas del juez natural, en tanto ajena esa decisión al poder dispositivo que le permite a las partes sustraerse de la jurisdicción común.

Así, no podía pasarse por alto, como en la decisión de la que me aparto, que la jurisprudencia de esta Corporación se ha decantado por el criterio a cuyo entendimiento las facultades oficiosas en materia de nulidad absoluta del contrato estatal i) están en cabeza de cualquier juez, incluidos los árbitros y el natural del contrato, al punto que no declararla, cuandoquiera que se encuentra acreditada, quebranta los principios de legalidad (art. 230 constitucional) y congruencia de la sentencia y ii) deben ser ejercidas en cualquier trámite, al margen de la naturaleza del proceso o recurso. Esto es, que debiendo ser declarada, el pronunciamiento de fondo sobre la nulidad que contenga el laudo arbitral no sustituye o disminuye las facultades oficiosas del juez natural.

Así, la Corporación tiene por sentado que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 87 del C.CA, -articulo 141 del C.P.A.C.A-, en el marco del recurso de anulación al juez le asiste el deber legal de declarar oficiosamente la nulidad absoluta del contrato estatal, sin sujeción a los límites del recurso extraordinario, toda vez que -se destaca- "..*.se trata de una facultad legal permanente del juez administrativo,* ***éste no solo puede, sino que debe ejercerla,*** *en todos aquellos eventos en los que estén acreditados* a *cabalidad los dos presupuestos antes relacionados, cualquiera que sea el proceso, instancia* o *trámite procesal en que sea advertida la existencia de la nulidad absoluta del contrato,* ***aun en el trámite del recurso de anulación de laudos arbitrales****, como* ya *lo ha precisado la Sala en oportunidades anteriores, con ocasión de estudiar* y *decidir la validez del pacto arbitral, habida cuenta de la naturaleza contractual que reviste dicho acuerdo entre las partes del contrato”[[118]](#footnote-118).*

Asimismo, la Corporación tiene por establecido que los artículos 305, 306 del Código de Procedimiento Civil y 20 del Decreto 2651 de 1991, imponen el imperativo legal de declarar la nulidad absoluta acreditada en el proceso, del que no pueden sustraerse los árbitros, al punto que la omisión de ese deber contradice el principio de legalidad al que están sometidos, procediendo, en todo caso, que el juez administrativo la declare de oficio en el trámite del recurso de anulación.

En efecto, la Corporación tiene decidido que, conforme con estas últimas disposiciones, los árbitros deben i) pronunciarse expresamente sobre la nulidad absoluta, cuando haya sido propuesta como excepción y ii) declararla de oficio, en los casos en que se encuentre acreditada, pues se trata de "... ***evitar que el negocio nulo* o *fraudulento pueda producir efectos,* o *que alguno de los contratantes pueda sacar provecho de él"****,* casos en los que al tribunal arbitral -se destaca- *"..****.le incumbe de manera imperativa proceder* a *declarar la nulidad del contrato*** y, *obviamente, debe pronunciarse expresamente sobre esta figura* ***en los mismos términos en que debe hacerlo la justicia ordinaria”[[119]](#footnote-119).***

En suma, como lo viene reiterando la Corporación, el deber legal de tutelar efectivamente el orden público y constitucional es exigible de los árbitros en los mismos términos que al juez natural del contrato estatal. Esto es así porque se trata del ejercicio de una facultad y no de una habilitación proveniente de las partes con posibilidad de sustraer controversias de la jurisdicción por su propia voluntad, como lo entendió la posición mayoritaria de la que disiento.

**4. La potestad de declarar oficiosamente la nulidad absoluta del contrato estatal no se sujeta a habilitación de las partes y, menos aún, a los límites de la anulación del laudo, al tenor de los artículos 116 y 228 constitucionales**

La posición mayoritaria se abstuvo de ejercer la facultad oficiosa de declarar la nulidad absoluta del contrato celebrado con quebranto del orden constitucional, bajo el entendimiento que la decisión de los árbitros en esa materia constituye un pronunciamiento de fondo, intangible al juez de la anulación y, asimismo, al juez natural. En ese orden, la posición mayoritaria de la que me aparto entendió que la competencia oficiosa de este último se habilita por la ausencia de decisión sobre la nulidad absoluta, bien porque los árbitros no se pronunciaron o porque se anula el laudo con fundamento en las causales del recurso extraordinario.

Me aparto de esa renuncia al deber de ejercer las facultades oficiosas que le competen al juez natural en relación con la validez y eficacia del contrato estatal, fundada en el entendimiento asumido por la posición mayoritaria, toda vez que las disposiciones del artículo 116 constitucional exigen la habilitación en lo que toca con la competencia excepcional de los árbitros, no así en lo relativo a los asuntos reservados al juez estatal.

Los límites del recurso de anulación se acompasan con el principio de habilitación, conforme con el cual las partes sustraen de la jurisdicción común la decisión de controversias sobre asuntos gobernados por la autonomía de la voluntad, no así los intereses que involucran el orden público y el orden constitucional, ajenos al poder dispositivo y reservados a la jurisdicción ordinaria.

Se comprende, entonces, que las competencias del juez de la anulación del laudo se sujeten a los límites del recurso extraordinario, en cuanto se pretende asegurar i) la eficacia material del debido proceso y ii) la intangibilidad de la decisión de fondo proferida por los árbitros, toda vez que, autorizadas por la Constitución y la ley, las partes revisten temporalmente de función jurisdiccional a los árbitros y sustraen de la jurisdicción común la controversia sobre intereses renunciables.

Empero, no ocurre igual con los asuntos relativos a esa misma controversia que escapan al poder dispositivo de las partes, reservadas *per* se al juez natural, porque no resulta posible a la luz del principio dispositivo incluir entre los asuntos transigibles aquellos comprendidos en el imperio del orden y la preservación de la moral pública, como se reitera una y otra vez en la jurisprudencia atrás reseñada.

En ese orden, nada justifica sostener que, por ejemplo, con la habilitación otorgada por las partes para resolver las controversias relativas al cumplimiento de las prestaciones, eminentemente transables, quede reservada o se privilegie la competencia de los árbitros para resolver sin que el juez de la anulación pueda considerar la nulidad absoluta del contrato, toda vez que, si bien se trata del negocio fuente de los derechos en disputa, la validez y sanción que acarrea la inobservancia del orden imperativo no se sujetan al poder dispositivo y, por ende, no se sustraen de la jurisdicción ordinaria, así los árbitros deban tutelar efectivamente el orden público y el orden constitucional quebrantado con el contrato estatal.

Lo anterior pone de presente que la habilitación conferida a los árbitros no sustrae de la jurisdicción estatal todas las controversias posibles sino, por excepción, las efectivamente disponibles por la autonomía de la voluntad. Se mantienen, entonces, en el juez de la anulación los asuntos que involucran el orden público y constitucional.

Cabe entonces distinguir entre el origen y alcance de la jurisdicción restringida de los árbitros de cara a la plena del juez de la anulación del laudo y del juez natural del contrato estatal, así estas dos últimas se reúnan en un mismo trámite y en cabeza de un mismo juez, como ocurre en el caso del recurso extraordinario de anulación contra laudos, proferidos para resolver controversias originadas en contratos estatales, para asimismo concluir que esta Corporación debe imperativamente resolver el recurso extraordinario sin límites respecto de los asuntos no transigibles, esto es de las potestades atribuidas por la Constitución y la ley al juez estatal.

Así, se reitera, el arbitramento se sujeta a la regla medular de que las leyes que regulan la materia *"... tienen que partir de la base de que* es *la voluntad de las partes en conflicto, potencial* o *actual, la que habilita* a *los árbitros para actuar",* conforme con la cual no resulta posible entender que la ley autoriza la habilitación para sustraer de la jurisdicción común asuntos ajenos a la autonomía de la voluntad.

En el mismo caso, la competencia del juez de la anulación del laudo se habilita por el recurso extraordinario y se sujeta a los límites de ese mecanismo de control de la decisión arbitral, no así su jurisdicción relacionada con los asuntos que no fueron excluidos de esta, porque no podían serlo, en cuanto ajena al poder de disposición.

Siendo así, el entendimiento en el sentido que todos los aspectos sobre los que deciden de fondo los árbitros resultan intangibles al juez natural se predica de los puntos de la controversia transigibles o renunciables, objeto de la habilitación, pues ese mismo criterio en lo que toca con los intereses que involucran el orden público o el constitucional resulta abiertamente contrario al artículo 116 superior.

Asimismo, no resulta posible acudir a los límites del recurso extraordinario de anulación para sostener que, existiendo pronunciamiento de los árbitros sobre la nulidad absoluta del contrato estatal, se requiere habilitación para ejercer la competencia sobre esos mismos asuntos reservados al juez natural, porque el entendimiento en ese sentido, además de infundado, contradice abiertamente los artículos 116 Y 228 constitucionales, por varias razones:

i) el ejercicio de las facultades oficiosas reservadas al juez natural no se sujeta a habilitación; no se requiere habilitar la jurisdicción que se tiene y se conserva;

ii) la competencia del juez del recurso extraordinario se proyecta frente a la anulación del laudo arbitral incurso en yerros *in procedendo,* mientras que la jurisdicción se tiene y debe ejercerse para declarar la nulidad absoluta, la que toca con asuntos de fondo no disponibles;

iii) los límites del recurso extraordinario se predican de la competencia del juez en el marco de la anulación del laudo, no en lo que toca con su jurisdicción, la que conserva, pues se traslada a los árbitros por excepción; razón por la que no resulta posible sujetar el ejercicio de las facultades oficiosas en la materia a las causales de anulación del laudo;

iv) la naturaleza del asunto, esto es, el hecho de tramitarse un recurso extraordinario, no está prevista en el ordenamiento como un impedimento al ejercicio de la jurisdicción del juez natural en lo que toca con potestad de declarar la nulidad absoluta del contrato; disponer lo contrario implica la prevalencia de lo ritual sobre el derecho sustancial;

v) se sustrae de la jurisdicción común y devienen en intangibles al juez natural las decisiones arbitrales sobre asuntos transigibles, no las ajenas al poder dispositivo, como las que tienen que ver con la nulidad absoluta del contrato estatal que quebranta el orden público o el orden constitucional;

vi) sustraer de la potestad del juez natural de hacer prevalecer los imperativos constitucionales, no negociables, para el efecto la nulidad por objeto ilícito, por el pronunciamiento previo de los árbitros, implica privilegiar la competencia de estos últimos, en desmedro de la jurisdicción intangible del juez natural, entendimiento abiertamente contrario al artículo 116 constitucional y

vii) sujetar la potestad del juez natural relacionada con el restablecimiento del orden jurídico quebrantado en el marco de la contratación estatal a una eventual competencia legal, resulta abiertamente contrario a los artículos 116 y 228 constitucional, pues privilegia la definición de particulares en asuntos que como la nulidad absoluta no son objeto de transacción. Nótese que de ser así, se desconoce que *(a) "[e]n materia de administración de justicia la regla es que ésta corresponde* a *las autoridades de la República, especialmente* a *sus jueces. Frente* a *esta regla la administración de justicia por los árbitros... es una excepción"; (b)* la habilitación por las partes se requiere para esta última, no para asumir las competencias reservadas al juez natural y *(c)* el derecho sustancial debe prevalecer sobre los límites formales del recurso extraordinario de anulación, máxime cuando aquel tiene que ver con el orden público y el orden constitucional, ajenos al poder dispositivo, como lo tiene sentado la jurisprudencia atrás citada.

**5. La Constitución política prohíbe con carácter absoluto la eficacia de los contratos estatales celebrados con fines contrarios a la función social, el bien común, el interés, en detrimento del tesoro público o con grave deterioro de la moral social**

La cláusula social del Estado de Derecho prohíbe con carácter absoluto la arbitrariedad en el ejercicio de los derechos a través de cualquier instrumento o título, incluido el contrato, en la medida que se sujeta la libre iniciativa económica y la libertad negocial a i) la eficacia del interés general (arts. 58 y 334); ii) la intervención del Estado, a través de distintos instrumentos (art. 334); ii) la responsabilidad y demás consecuencias que acarrea el ejercicio de los derechos (arts. 6°, 90, 95 Y 333) y, especialmente, a la ineficacia absoluta y, por tanto, insaneable de la propiedad y demás derechos ejercidos, constituidos o adquiridos con fines contrarios al interés general, el bien común, las funciones social y ecológica, a través de actividades ilícitas, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social (arts. 1°, 34 y 58).

En efecto, la jurisprudencia señala enfáticamente la prohibición de reconocer efectos al ejercicio de derechos contrario a la cláusula social del Estado de Derecho[[120]](#footnote-120):

(...) ***no tendría ningún sentido la concepción del Estado como social de derecho*** *y, en consecuencia, como Estado de justicia; ni la inclusión del valor superior justicia en el Preámbulo de la Carta, ni la realización de un orden social justo como uno de los fines del Estado, ni la detenida regulación de la libertad y de la igualdad como contenidos de la justicia;* **si se *permitiera, por una parte, que* se *adquieran derechos mediante títulos ilegítimos y, por otra, que esos derechos ilícitamente adquiridos fueran protegidos por la Constitución misma.*** *Por el contrario, la concepción del Estado, sus valores superiores, los principios, su régimen de derechos y deberes, imponen, de manera irrefutable, una concepción diferente:* ***Los derechos sólo* se *pueden adquirir* a *través de mecanismos compatibles con el ordenamiento jurídico y sólo* a *éstos* se *extiende la protección que aquél brinda.***

*Los títulos ilegítimos, incluidas estas modalidades introducidas expresamente por el constituyente, generan sólo una relación de hecho entre el aparente titular y los bienes, que no* es *protegida por el ordenamiento jurídico y que en cualquier momento puede ser extinguida por el Estado.*

*Luego, no concurren argumentos para exigir que la garantía constitucional de los derechos adquiridos* se *extienda* a *los bienes adquiridos ilegítimamente.*

En ese mismo orden, se pone de presente, conforme con la cláusula social del Estado de Derecho y los artículos 34 y 58 constitucionales, que la ineficacia general y absoluta de los derechos adquiridos contra la función social, mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social no se sujeta a una acción específica, en cuanto trata de la extinción en todos los casos en consonancia con la prohibición o interdicción general que despoja a bienes, corporales e incorporales, muebles e inmuebles del reconocimiento estatal y por ende de la protección.

Así se reitera en la jurisprudencia[[121]](#footnote-121):

*Como se ha explicado, el artículo* 34 *de la C.P., rechaza, en términos absolutos, toda protección jurídica* a *la adquisición de bienes mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público* o *con grave deterioro de la moral social. No solamente se ha prohibido, de manera perentoria, que hacia el futuro se incrementen los patrimonios personales de las personas sometidas al orden constitucional colombiano por la vía de las indicadas modalidades ilícitas, sino que* se *ha ordenado, en el más alto nivel de la juridicidad, que las autoridades estatales persigan las fortunas que* a *ese título* ya *se habían obtenido, inclusive antes de entrar* a *regir la Carta Política. Y eso es así porque,* a *la luz de la Constitución de* 1886, *los comportamientos que hoy describe la norma citada tampoco generaban derecho alguno, como quiera que el artículo 30 de esa codificación sólo garantizaba la propiedad* y *los demás derechos adquiridos "con justo título, con arreglo* a *las leyes civiles", de tal manera que cuando, con base en cualquiera de los delitos que el artículo* 2 *de la Ley examinada, una persona creyó adquirir el derecho de propiedad sobre un bien* o *grupo de bienes,* ya *sabía, antes de la existencia del artículo* 34 *de la Constitución de* 1991, *sobre el carácter ilegitimo de su pretendido derecho* y *acerca de que él, ante el Estado colombiano, carecía de toda protección.*

*El Constituyente ha querido trazar una clara, visible* y *decidida frontera moral* y *jurídica, que sirva al propósito de reordenar de manera radical* a *la sociedad colombiana, atacada en los últimos lustros por los efectos deletéreos de la corrupción* y *el narcotráfico, entre otros males que han desdibujado en la conciencia social las mejores tradiciones de un país que siempre ha asociado la riqueza* y *el bienestar al trabajo honesto* y *que, asimismo, ha estimado como la mayor traición* a *los deberes públicos el enriquecimiento que se configura* a *partir del menoscabo del erario .*

…*El repudio* a *los actos que erosionan en un grado superlativo el ethos colectivo* o *los valores supremos de la dignidad humana,* se *expresa en la Constitución bajo la forma de disposiciones absolutas, como la que proscribe la esclavitud* y *el enriquecimiento proveniente de las actividades indicadas.* Se *trata en estos casos de aplicar la voluntad constituyente* a *la extirpación de fenómenos que no pueden coexistir con el primado de la Constitución, así sus manifestaciones iniciales fuesen anteriores* a *su vigencia.*

*...Así como, sí no cobijara situaciones anómalas anteriores que se proyectan sobre el presente, el precepto constitucional perdería sustancialmente significado como norma configuradora de la realidad social,* ***también resultaría extraño a la misma que su efecto futuro* se *limitara por virtud de la ley. La disposición constitucional -insiste la Corte- tiene carácter absoluto y no puede la ley menoscabar el efecto profundo que ella pretende tener en la estructura social y económica del país****.*

*Dicha regla, de otra parte, contribuye* a *definir por exclusión el campo de lo que no se protege bajo el concepto de propiedad* y, ***al mismo tiempo, precisa un camino* o *método que* se *juzga inepto para consolidar derechos subjetivos en cualquier época. Dada la doble función de la norma constitucional -que por una parte define, con proyección efectiva hacia el futuro****, la consecuencia del no reconocimiento jurídico* a *la propiedad ilícita,* y, ***por otra, prohíbe las conductas futuras que encajen en su preceptiva, ambos mandatos con el carácter supremo del Estatuto Fundamental-, de ninguna manera puede el legislador, en ejercicio de un poder constituido* y *subalterno, reducir su alcance temporal, medida que, en este caso, no tendría efecto distinto que el de desplazar las fronteras puestas por el Constituyente, con el objeto de amparar los frutos ilícitos obtenidos por quienes desafiaron el Derecho positivo en su nivel superior* y *atentaron gravemente contra la sociedad.***

En ese orden, reitera la jurisprudencia, la extinción de dominio de que trata la Constitución Política no consiste en una acción específica y menos aún se sujeta a la adecuación a un tipo penal; por el contrario, se trata de un mecanismo constitucional de amplio espectro, para garantizar la interdicción absoluta de la eficacia de los actos, títulos o derechos constituidos al margen del ordenamiento constitucional.

Así lo ha puesto de presente la jurisprudencia[[122]](#footnote-122):

***D. La Constitución de* 1991: *Un régimen más amplio para la extinción de dominio por ilegitimidad del título que el régimen legal precedente***

*10. En este orden de ideas, un fundamento constitucional expreso* y *directo para extinguir el dominio ilícitamente adquirido sólo existe desde* 1991. *No obstante, varias alternativas de extinción de dominio por esa causa habían sido* ya *consagradas por la ley. En ese sentido, por ejemplo, pueden citarse disposiciones como el artículo* 59 *del Código Penal de* 1936; *los artículos 308, 350* Y 727 *del Código de Procedimiento Penal de* 1971, *el artículo* 37 *de la Ley 2a  de* 1984, *el artículo* 53 *del Código de Procedimiento Penal de* 1987 y *los. Decretos Legislativos 2790 de 1990* y 99 *de* 1991. *Estas instituciones permitían la extinción del derecho de dominio* a *favor del Estado cuando se había adquirido mediante la comisión de conductas punibles.*

*Esta situación permite realizar una importante observación: El constituyente de 1991 no se limitó* a *suministrar un marco normativo* a *aquellas hipótesis de extinción de dominio por ilegitimidad del título que hasta entonces habían sido consagradas en la ley. Si se hubiese limitado* a *ello, no hubiese hecho nada nuevo* ya *que ese efecto había sido desarrollado legalmente desde hacía varios años en algunos ámbitos específicos.* ***En lugar de* eso, *lo que hizo fue consagrar de manera directa una institución que permite el ejercicio de la extinción de dominio* a *partir de un espectro mucho más amplio que la sola comisión de delitos. Esta* es *la verdadera novedad, en esa materia, de la Constitución Política de* 1991**. *Lo que ésta hace es extender el ámbito de procedencia de la acción* a *una cobertura mucho más amplia que la comisión de conductas penales, pues la acción procede cuando el dominio se ha adquirido por actos de enriquecimiento ilícito, en pedículo del Tesoro Público* o *con grave deterioro de la moral social y ello es así con Independencia de la adecuación* o *no de tales hechos* a *un tipo penal.*

*Adviértase lo siguiente: Si la pretensión del constituyente hubiese sido la de circunscribir el ámbito de procedencia de la extinción de dominio únicamente* a *hechos constitutivos de delitos, la expresa regulación constitucional de esa institución* era *innecesaria pues, como* se *ha visto, el régimen penal colombiano, mucho antes de la Constitución de* 1991, *consagraba mecanismos orientados* a *extinguir el dominio de los bienes adquiridos* a *instancias del delito, de los rendimientos de esos bienes* y *de aquellos dedicados* a *su comisión, sean* o *no de libre comercio. Es más, si esa hubiese sido la pretensión del constituyente,* es *decir, circunscribir la procedencia de la extinción de dominio* a *la comisión de delitos, la conclusión* a *que habría lugar* es *que lo hizo de tal manera que restringió el régimen previsto en la legislación penal pues,* a *diferencia de ésta, que procede indistintamente del delito de que* se *trate, aquella procedería únicamente respecto de los delitos lesivos de los bienes jurídicos protegidos por el constituyente en el artículo* 34 *superior.*

*De ello* se *infiere que la pretensión del constituyente no fue la de circunscribir la extinción de dominio* a *la comisión de delitos, ni mucho menos restringir la aplicación del régimen consagrado en la legislación penal.* ***Lo que hizo fue consagrar un mecanismo constitucional que conduce* a *desvirtuar legitimidad de los bienes, indistintamente de que la ilegitimidad del título sea* o *no penalmente relevante.*** *Desde luego,* es *el legislador el habilitado para desarrollar las causales de extinción de dominio de manera compatible con las necesidades de cada época. En tal contexto, si bien hasta este momento ha supeditado tal desarrollo* a *la comisión de comportamientos tipificados como conductas punibles, indistintamente de que por ellos haya* o *no lugar* a *una declaratoria de responsabilidad penal,* es *claro que ello no agota las posibilidades de adecuación de nuevas causales, desde luego, siempre que no* se *desconozcan los límites constitucionales.*

En ese orden, la prohibición absoluta de reconocer eficacia de la que se trata se predica de los derechos patrimoniales, tanto su ejercicio como su constitución. Al punto que en el ejercicio de los derechos y actividades sobre los que se proyecta la ineficacia absoluta de que tratan el artículo 34 constitucional y la Ley 333 de 1996, sustituida por la Ley 793 del 2002, incluye la enajenación, permuta u otros negocios sobre bienes "..*.que tengan su origen, directa* o *indirectamente, en actividades ilícitas,* o *que hayan sido destinados* a *actividades ilícitas* o *sean producto, efecto, instrumento u objeto del ilícito",* el "..*.interés ilícito en la celebración de contratos"; los "contratos celebrados sin requisitos legales",* y el *"ejercicio ilícito de actividades monopolísticas* o *de arbitrio rentístico",* entre otras.

Es que no puede pasarse por alto que, en tanto expresión de la autonomía de la voluntad, el contrato permite desarrollar la propiedad en su aspecto dinámico y demás ámbitos protegidos de la libertad económica, en cuanto apunta a la circulación social de bienes y servicios, el ejercicio de los derechos y obligaciones económicas, el desarrollo de la libertad de empresa, la configuración y funcionamiento de los mercados[[123]](#footnote-123), etc.

En suma, como lo tiene sentado la jurisprudencia, las disposiciones de los artículos 34 y 58 constitucionales someten a reserva judicial e imponen un mandato para que los jueces, de manera autónoma, directa y principal, controlen eficazmente la sujeción del ejercicio y la adquisición de los derechos patrimoniales, cualquiera que fuere el medio o instrumento utilizado, a los intereses generales, la función social y ecológica, la licitud de las actividades, la mora social y la protección del patrimonio público, cuyo desconocimiento impide la eficacia del acto en términos absolutos.

No se trata en ese caso de acciones sujetas al principio dispositivo; tampoco de la imposición de una penalidad contractual y mucho menos del ejercicio del poder punitivo del Estado[[124]](#footnote-124).

Igualmente, como lo tiene sentado la jurisprudencia, los artículos 34 y 58 imponen un mandato de intervención para que los jueces, sin limitación, hagan prevalecer el orden superior, a través de la declaración judicial orientada a desaparecer del mundo jurídico los efectos de hecho, en apariencia amparados en contratos estatales contrarios a la cláusula social del Estado de Derecho, cualquiera fuese su régimen.

Con fundamento en consideraciones de ese orden, la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad del artículo 33 de la Ley 333 de 1996 que sujetaba a la prescripción la ineficacia absoluta dispuesta en el artículo 34 constitucional[[125]](#footnote-125) y, asimismo, la exequibilidad de las disposiciones del artículo 2° de la Ley 793 de 2002, a cuyo tenor la ineficacia puede ser declarada en cualquier tiempo[[126]](#footnote-126).

De donde, el control judicial del contrato estatal no se conduce por las acciones y límites dispuestos por las facultades positivas sino por el imperio de los fines superiores del Estado y la prohibición absoluta de eficacia de los fines contrarios a la función social, el interés general, el bien común, en detrimento del tesoro público o con grave deterioro de la moral social.

En ese orden, la acción de nulidad absoluta, dispuesta en la Ley 80 de 1993 impone al juez una lectura en clave constitucional para, asimismo, sujetar el contrato al orden superior, como pasa a explicarse.

**6. El contrato estatal solamente puede preservarse y producir efectos en tanto persigue intereses superiores y económicos legítimos, dignos de protección jurídica**

La Constitución política imprime un régimen especial al contrato estatal, en cuanto no solamente lo protege como instrumento para el ejercicio de la libre actividad económica, sino que lo concibe como instrumento de gestión de los fines estatales, bien sea de la finalidad social a la que se orienta la prestación de los servicios públicos (arts. 365 y 367) o los demás fines superiores encomendados a la actividad propiamente administrativa, al punto que se ocupó de la capacidad para contratar de los organismos y entidades estatales (art. 352); dispuso la adopción de un estatuto general de contratación para la administración pública (art. 150) y señaló estrictas inhabilidades e incompatibilidades en materia de contratación (arts. 126 y 129), todo ello orientado a la finalidad social y la eficacia de los valores supremos que sujetan la actividad y fines estatales (arts. 2°, 209, 365).

En síntesis, desde el ámbito constitucional el contrato es considerado como instrumento de primer orden para el logro de los fines esenciales del Estado, máxime si se considera que, a partir del estatuto adoptado en 1993, se trata del principal mecanismo de gestión de los fines supremos a cargo de la administración pública.

Este nuevo dimensionamiento constitucional permite afirmar, sin dudas, que el contrato, tradicionalmente objeto del derecho privado, no solamente se ha *"publificado"* en su régimen jurídico y fines, sino que objetivado, al punto que los vínculos que el mismo genera no obedecen propiamente a los intereses particulares, sino que sirve principalmente a la vigencia del orden justo en el que se asientan las principales relaciones sociales.

Ello debe ser así, en razón a que los limites que en la nueva dimensión constitucional se imponen al contrato tienen que ver con el bien común, la solidaridad social y la prohibición absoluta de instrumentar o ejercer la propiedad, la empresa, la iniciativa económica y demás derechos a través del contrato en contra de la función social y ecológica, la moral social o el patrimonio público[[127]](#footnote-127) y, en general, los fines supremos del Estado.

En ese nuevo marco, se viene insistiendo, con razón, en que *"... no será posible lograr la vigencia de un orden justo si la categoría del contrato, que por* sí *sola responde de una porción significativa de las relaciones sociales, no* es *examinada por el Juez* y *asumida por los particulares con un mínimo criterio de justicia sustancial (CP arts.* 2 y *13)[[128]](#footnote-128).*

Al amparo de esta nueva dimensión, cabe enfatizar en la intervención del juez, vedada bajo el pensamiento liberal, entre otros fines, con los de i) revisar y ajustar el restablecimiento de la ecuación económica en la que se sustenta el carácter vinculante de la relación contractual; ii) proteger los derechos fundamentales, vulnerados con el ejercicio arbitrario de la libertad negocial; iii) asegurar la ineficacia absoluta dispuesta en el régimen constitucional para el ejercicio arbitrario de los derechos, esto es contrario al bien común, el interés general, la finalidad social y ecológica, la moral social, el patrimonio público o a través de actividades ilícitas y, iv) en general, asegurar la vigencia y eficacia del orden justo, el restablecimiento del orden constitucional y los fines supremos que protege.

De ahí que no resulta posible que se siga insistiendo en conducir el control judicial del contrato estatal por las construcciones pretorianas desarrolladas al amparo del pensamiento liberal que inspiró a la nulidad absoluta regulada por el Código Civil y al margen de las nuevas exigencias constitucionales, máxime cuando se desvirtúa la eficacia del orden constitucional, los valores supremos y los fines sociales a los que se sujeta el contrato estatal.

En efecto, el nuevo orden constitucional impone el redimensionamiento de los poderes del juez en lo que toca con la intervención en el contrato, a través de distintos mecanismos, como las facultades oficiosas atribuidas desde el antiguo derecho, de cara a controlar que el contrato estatal no se imponga sobre la cláusula social que protege la prevalencia del interés general, el bien común, la función social y ecológica de los derechos, la moral social y el patrimonio público. Para el caso, el deber de declarar la nulidad absoluta y, en general, la ineficacia de los contratos celebrados con desconocimiento de esos valores supremos.

Se comprende entonces que, conforme con la Ley 80 de 1993, se proteja el interés de los contratistas únicamente en tanto "..*. buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua* y *eficiente prestación de los servicios públicos",* esto es, en cuanto, *"... además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran... en el logro de sus fines* y *cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones",* como se dispone en su artículo *3°.* Siempre y cuando con la celebración del contrato estatal no se afecten los fines estatales, se cause detrimento al tesoro público o grave afectación a la moral social.

Es que el contrato estatal se sujeta, por excelencia, al régimen constitucional, al estatuto general que la Carta ordenó adoptar y a la finalidad social que legitima la razón de ser del Estado, al margen de que las disposiciones de la Ley 80 de 1993 hayan integrado el derecho privado, pues ello no conlleva *per se* la disponibilidad absoluta, inclusive de los principios y valores que sustentan el orden jurídico y la supervivencia del Estado Social de derecho. Lo que de suyo proyecta importantes efectos sobre la intervención que le corresponde al juez en el ámbito del contrato estatal.

Siendo así, no resulta posible sostener, como parece entenderlo la mayoría, que el hecho de que el ordenamiento remita la contratación de las entidades públicas al derecho privado las exime de cumplir los valores, principios y fines supremos del Estado y, por tanto, legitime la eficacia del contrato al margen de esas exigencias, no impuestas en el régimen común.

La jurisprudencia de la Corporación tiene por sentado que "..*. la aplicación del derecho privado, dispuesto comúnmente para regular intereses particulares,* a *las actividades de las empresas de servicios públicos domiciliarios, procede siempre que no* se *soslaye el estricto cumplimiento de los principios* y *fines constitucionales"[[129]](#footnote-129)*

La aplicación del derecho privado no autoriza que se trate el contrato como principal instrumento de gestión estatal y colaboración al margen de los intereses generales, comoquiera que inclusive en el ámbito particular rige el sometimiento al orden constitucional, los valores, principios y fines sociales supremos.

**7. Los hechos acreditados en proceso arbitral indican que el contrato en el que se originaron las controversias se celebró con grave quebranto del orden público y constitucional**

La sociedad contratista convocó el tribunal de arbitramento para que dirimiera las controversias originadas en el contrato de concesión n.° TM­300-004-07 del 20 de febrero de 2008, celebrado con Transmetro S.A.S., relativas al i) incumplimiento de las obligaciones de la concedente, ii) restablecimiento del equilibrio económico y iii) reconocimiento y pago de sobrecostos por obras y servicios requeridos para la operación no previstas en el contrato y gastos de un proceso de reestructuración empresarial por causas que se atribuyen al desequilibrio de la ecuación financiera.

En síntesis, la convocante sustentó las reclamaciones en que i) la ecuación financiera se estructuró sobre proyecciones adelantadas por la concedente, conforme con las cuales el sistema tendría unos ingresos de $12.592.590.354, con una tarifa aproximada de $146, en un periodo anual de 284 días, para una demanda de 303.700 pasajeros por día, las que resultaron sin fundamento, toda vez que la movilización de pasajeros es muy inferior a la proyectada; las tarifas se redujeron y los pagos no cubrieron los costos adicionales generados por ese desfase; ii) la concedente impuso a la contratista todos los riesgos de la operación, incluidos los ajenos al objeto contratado, como los que tienen que ver con la reducción de la tarifa del transporte público, la capacidad de las empresas de transporte colectivo de pasajeros, la circulación del transporte urbano e intermunicipal por las troncales del sistema Transmetro y la reestructuración de las rutas que ingresen a la ciudad de Barranquilla desde los municipios del área metropolitana; iv) la contratante incumplió sus obligaciones relativas a la incorporación de la flota de transporte, número de estaciones entregadas, proceso de chatarrización y entrega de la infraestructura; v) la contratista desarrolló, puso en operación, con su soporte y mantenimiento, funcionalidades que, aunque no previstas en el contrato, son necesarias para la operación del sistema contratado y vi) la negativa de la concedente a restablecer el equilibrio económico, afectado en la suma $41.853.206.921, llevó a que la contratista enfrentara un proceso de reestructuración empresarial.

La convocada adujo que i) los supuestos fácticos de la demanda tienen que ver con hechos imprevisibles y anormales; ii) los sobre costos reclamados son ajenos a la relación, en cuanto desbordan el objeto contratado; iii) la operación del sistema a cargo de la concesionaria no se sujetó al cobro de la tarifa de transporte público, la entrega de la totalidad de las obras, estaciones, portales, buses y articulados, toda vez que lo acordado en las adiciones contractuales tiene que ver con la gradualidad en la implementación del sistema; iv) la remuneración del concesionario consiste en una participación variable, calculada sobre el recaudo efectivo, sin sujeción a una demanda garantizada; v) la tarifa del transporte público, en cuanto fijada por autoridad competente ajena a la concedente, constituye un riesgo regulatorio asumido por el concesionario; vi) la operación del sistema se afectó negativamente por el incumplimiento de la concesionaria que no implementó los puntos de venta y recarga de las tarjetas de acceso al transporte; vii) no se acreditó el desequilibrio invocado; viii) la concedente pretende desconocer que en los otrosíes suscritos renunció a las reclamaciones formuladas en la demanda y ix) los costos reclamados son enteramente imputables a la convocante.

Como da cuenta de ello el laudo, en el proceso arbitral quedaron acreditados los hechos invocados en la demanda, mismos que dan cuenta de las gravísimas faltas a los principios de planeación, eficacia y eficiencia que rigen la contratación estatal, consistentes en haber celebrado el contrato sin contar con los estudios y demás elementos determinantes de la relación, al punto que, como se demostró en el proceso, i) se convino en un objeto de imposible ejecución, en cuanto se contrató la implantación y operación de un sistema de recaudo para un sistema de transporte con una capacidad inexistente; ii) se definieron los aspectos determinantes de la ecuación sobre proyecciones alejadas de la realidad; iii) se omitieron en la planeación aspectos determinantes, como los relativos a la puesta en servicio de la flota; la definición de la tarifa del transporte público; la reducción de la capacidad transportadora y restricción de circulación de las empresas de transporte público colectivo de pasajeros, urbano e intermunicipal, por las troncales del sistema Transmetro y la reestructuración de las rutas que ingresan a la ciudad de Barranquilla y iv) se pasó por alto lo relativo a la garantía de continuidad en la prestación del servicio objeto de la concesión.

Todo lo anterior le sirvió de fundamento al tribunal de arbitramento para condenar a la entidad demandada al pago de $57.138.914.999, a título de compensación a punto de no pérdida, ocasionada por los defectos en la planeación y sus consecuencias sobre la eficacia, eficiencia y continuidad del servicio.

En efecto, los hechos acreditados en el proceso arbitral que le sirven de fundamento a las condenas impuestas en el laudo, permiten dar crédito a que con el negocio *sub judice* se contrató anticipadamente la implantación y operación del sistema de recaudo para un sistema de transporte público inexistente, cuya entrada en funcionamiento y capacidad son inciertas, al punto que la controversia sometida a decisión de los árbitros gira en torno a que la operación del sistema de recaudo instalado resulta inviable en las condiciones pactadas, por la indisponibilidad del sistema de transporte.

La planeación exigida por el ordenamiento debe estar acorde con las circunstancias particulares del objeto a contratar. De donde, no se compadece con la eficacia del mencionado principio que en la contratación anticipada de un sistema de recaudo, como la convenida en el *sub judice,* no se incorporen asuntos enteramente previsibles, determinantes de la viabilidad del proyecto y continuidad del servicio, como los relativos a i) la coordinación en la ejecución y puesta en funcionamiento integral de los sistemas de transporte público y de recaudo; ii) los impactos económicos asociados a los retrasos en el funcionamiento del sistema público de transporte al que debía servir el sistema de recaudo contratado; iii) los efectos en la viabilidad económica del sistema de recaudo ocasionados por tales retrasos; iv) las consecuencias que en la tarifa proyecta un sistema con una capacidad inferior a la estimada, toda vez que resulta contrario al principio de eficiencia, del que trata el artículo 365 constitucional, que se traslade a los usuarios del servicio público los costos de una infraestructura inexistente o indisponible y v) los efectos de todo ello sobre la continuidad y eficiencia en la prestación del servicio. Aspectos que fueron omitidos en la planeación, definición del objeto, celebración del contrato *sub judice* y que se erigen en la fuente de la controversia sometida a decisión de los árbitros.

Se cae de su peso, además, que, ante las protuberantes omisiones en la planeación, las proyecciones en las que se sostiene la ecuación contractual no corresponden a un escenario factible.

Específicamente, se echa de menos en el contrato *sub judice,* el cumplimiento de los mandatos relativos a que con su celebración y ejecución se garantice eficazmente la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, como lo exigen los artículos 209, 365 constitucionales, 3° y 25 de la Ley 80 de 1993, pues no cabe la menor duda en cuanto a que las graves faltas en la planeación que se han señalado afectan la eficacia, eficiencia y continuidad en la prestación del servicio público y el tesoro público.

En efecto, al tenor de lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, la concesión de la implantación y operación del sistema de recaudo, objeto del contrato *sub judice,* se sostiene en la necesidad de asegurar la adecuada prestación del servicio público de transporte.

Como da cuenta de ello el laudo, los hechos acreditados en el proceso ofrecen certeza en cuanto a que el sistema de recaudo no es viable económicamente en las condiciones pactadas, al punto que impone la operación a pérdida, porque los ingresos por la demanda real no son suficientes para cubrir los costos de la operación contratada. En esas condiciones no puede garantizarse la continuidad del servicio, como se exige en el ordenamiento.

Es que resulta contrario al principio de eficiencia que se inviertan los recursos públicos en un sistema de recaudo alejado de las necesidades del servicio público de transporte, como se acreditó en este caso y, asimismo, que se mantenga la viabilidad económica de su operación por la vía del restablecimiento económico del contrato, de un sistema que no se corresponde con los requerimientos de la capacidad de transporte disponible.

En suma, el contrato *sub judice* se celebró con grave afectación i) del tesoro público, en cuanto impone la ejecución de recursos públicos al margen de la eficacia, eficiencia y continuidad del servicio y ii) del interés general y la función social, de trasladarse en las tarifas a los usuarios del servicio los sobrecostos del sistema contratado en contra de las principios de que tratan los artículos 34, 58 Y 365 constitucionales.

Finalmente, no puede pasarse por alto que la sujeción al principio de planeación por parte de la administración no se asegura con el simple hecho de asignar como riesgos del contratista los efectos de la falta de planeación, como se hizo en el contrato *sub judice,* porque el proceder en ese sentido, además de que se aparta de los fines del contrato y los deberes de la contratante, deja de lado las exigencias relativas a la garantía de eficacia, eficiencia y continuidad del servicio, como se dejó expuesto.

De donde, lo procedente tenía que ver con i) declarar infundado el recurso, por haberse proferido el laudo en derecho; ii) aplicar la excepción de inconstitucionalidad de la disposición del artículo 42 de la Ley 1563 de 2012, a cuyo entendimiento el juez natural no puede pronunciarse sobre la nulidad absoluta del contrato estatal, negada en sede arbitral y hacer prevalecer el orden superior que impone la ineficacia absoluta del contrato estatal celebrado con fines contrarios a los estatales y detrimento del tesoro público y iii) cumplir los deberes legales relativos al estudio de oficio de la nulidad absoluta del contrato, con fundamento en los hechos que indican que el mismo se celebró con quebranto del orden público y el orden constitucional.

En los términos anteriores dejo consignado mi disenso.

Fecha *ut supra.*

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

Consejera de Estado

1. Según lo consignado en el certificado de existencia y representación de la Cámara de Comercio de Barranquilla del 9 de septiembre de 2015, esa transformación tuvo lugar el 15 de marzo de 2012, la cual fue inscrita el 10 de mayo siguiente (fl. 230, c. ppal R.A.L.A.). [↑](#footnote-ref-1)
2. La demanda fue reformada el 24 de septiembre de 2013 (fls. 489 a 561, c. ppal 1), la cual fue admitida por el Tribunal mediante el auto n.° 9 del 25 de septiembre de 2013 (fls. 562 a 564, c. ppal 2), decisión confirmada a través del auto n.° 10 del 22 de octubre de 2013 (fls. 605 a 611, c ppal 2). [↑](#footnote-ref-2)
3. Mediante auto n.° 3 del 27 de mayo de 2013, el Tribunal dispuso la inadmisión de la demanda de reconvención para que se discriminara en el juramento estimatorio de los daños y perjuicios que se pretendían y se aportara la prueba de la naturaleza jurídica de la sociedad Recaudos SIT Bararanquilla S.A. como sociedad con objeto único (fls. 238 a 241, c. ppal 1). Una vez subsanada (fls. 243 a 246, c. ppal 1), a través del auto n.° 5 del 20 de junio de 2013 se admitió la demanda y se llamó en calidad de litisconsortes necesarios a las sociedades Angelcom S.A., Sistemas y Asesorías y Redes S.A., Teledifusión Smart Solutions S.A.S., Tianjin IC Card Public Network System Co. Ltd. y Stratis Ltda. (fls. 247 a 261, c. ppal 1). La anterior decisión fue confirmada mediante auto n.° 6 del 23 de julio de 2013 (fls. 286 a 294, c. ppal 1). Las sociedades vinculadas como litisconsorte cuasi necesarios (fls. 247 a 261, c. ppal 1) se abstuvieron de participar en dicha calidad dentro del presente proceso (fls. 314 a 346, c. ppal 1). Sin embargo, intervinieron a lo largo del trámite arbitral (fl. 2124, c. ppal 5). [↑](#footnote-ref-3)
4. Las sociedades vinculadas como litisconsorte cuasi necesarios (fls. 247 a 261, c. ppal 1, auto n.° 5 del 20 de junio de 2013) se abstuvieron de participar en dicha calidad dentro del presente proceso (fls. 314 a 346, c. ppal 1). [↑](#footnote-ref-4)
5. Cita original: HINESTROSA, Fernando, *“Eficacia e Ineficacia del Contrato”*. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XX (Valparaíso, Chile, 1999). [↑](#footnote-ref-5)
6. El inciso último de ese artículo prescribe: *“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-6)
7. En el contrato de concesión TM-300-00407 del 20 de febrero de 2008 se consignó: *“Entre los suscritos a saber: // Por una parte, la sociedad TRANSMETRO S.A., sociedad por acciones constituida entre entidades públicas del orden distrital y participación del Área Metropolitana de Barranquilla, bajo la forma de sociedad anónima de carácter comercial con aportes públicos, autorizada mediante Acuerdo Metropolitano n.° 003 del 2003 de la Junta Metropolitana del Distrito de Barranquilla y su Área Metropolitana, y Acuerdo 003 de 2003 del Concejo Distrital de Barranquilla, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, constituida mediante escritura pública n.° 1.114 del 2 de julio de 2003, otorgada en la Notaría Novena de Barranquilla, registrada en la Cámara de Comercio de Barranquilla”* (fl. 10, c. de pruebas n.° 1).

   [↑](#footnote-ref-7)
8. Efectivamente, para cuando se presentó la solicitud de convocatoria del Tribunal, el 21 de enero de 2013 (fl. 178, c. 4), la referida ley ya se encontraba en vigencia (esto último ocurrió a partir del 13 de octubre de 2012). Sobre el particular: Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 6 de junio de 2013, exp. 45.922, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. En esa oportunidad se dijo: *“Las disposiciones citadas, permiten a la Sala afirmar sin hesitación alguna que, en el ordenamiento jurídico colombiano la anulación de laudos arbitrales está instituido como un recurso judicial, de manera que, las características especiales de las cuales está dotado este medio de impugnación no pueden llevar a la conclusión equivocada según la cual se trata de una acción autónoma y por entero independiente del proceso arbitral en donde se profiere el laudo que será materia de la impugnación, pues, en tanto que participa de la naturaleza de recurso judicial, es claro que su interposición y ejercicio sólo puede darse dentro del proceso arbitral en donde se ha producido el laudo que mediante él será cuestionado y sin que el hecho de que otro juez conozca y decida la anulación mute su naturaleza de recurso en acción (…). // Esto significa, entonces que los procesos arbitrales iniciados con antelación a 12 de octubre de 2012 seguirán rigiéndose por las normas procesales que sobre la materia prescribe el Decreto compilatorio 1818 de 1998, lo que incluye, entonces, el régimen de oportunidad, interposición, trámite y causales del recurso de anulación de laudo arbitral, y, en sentido contrario, sólo se aplicará la normativa del Estatuto Arbitraje Nacional e Internacional (Ley 1563 de 2012) para las demandas arbitrales interpuestas después del 12 de octubre de 2012*”. [↑](#footnote-ref-8)
9. Ese aparte es del siguiente tenor literal: *“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”*. [↑](#footnote-ref-9)
10. Este criterio fue acuñado de tiempo atrás por esta Corporación: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 8 de junio de 2006, exp. 29.476 y de la misma fecha, exp. 32.398, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-10)
11. Modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 03 de 2002. [Adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 2 de 2012](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=51053#1). [↑](#footnote-ref-11)
12. Cfr. LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Código General del Proceso, Parte General,* Dupre Editores, Bogotá, 2016, pp. 231. El autor, sostiene que entre la jurisdicción y la competencia hay una relación de generó a especie, tal como lo ha definido la Corte Suprema de Justicia al señalar que *“jurisdicción es la facultad de administrar justicia; competencia es la facultad de los jueces de administrar justicia en ciertos asuntos”* (Corte Suprema de Justicia, cas. del 28 de febrero de 1968, “G.J.” t. XLVII, pág. 608).  [↑](#footnote-ref-12)
13. El aparte dispone: *“Las causales 1, 2 y 3 sólo podrán invocarse si el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia”*. [↑](#footnote-ref-13)
14. En efecto, el inciso 2 del artículo 43 de la Ley 1563 de 2012 dispone: *“Cuando se anule el laudo por las causales 1 o 2, el expediente se remitirá al juez que corresponda para que continúe el proceso a partir del decreto de pruebas”*. [↑](#footnote-ref-14)
15. Sobre el alcance del citado principio ver: Corte Constitucional, sentencia T-455 del 20 de junio de 2012, exp. T-3.155.442, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [↑](#footnote-ref-15)
16. En su parte pertinente, el artículo en cita señala: *“AUTONOMÍA DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA. La inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato no afecta la cláusula compromisoria. En consecuencia, podrán someterse a arbitraje las controversias en las que se debata la existencia, eficacia o validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea inexistente, ineficaz o inválido”*. [↑](#footnote-ref-16)
17. Se cita el contenido de los artículos 116 de la Constitución Política, modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 03 de 2002; 13 de la Ley 270 de 1996; 111 y 116 de la Ley 446 de 1998, compilado en el inciso 1 del artículo 115 del Decreto 1818 de 1998 y 115 del Decreto 1818 de 1998. [↑](#footnote-ref-17)
18. En esa providencia se citan: Sentencia del 4 de abril de 2002, exp. 20356, M.P. María Elena Giraldo Gómez; auto del 14 de agosto de 2003, exp. 24344, M.P. Alier Hernández Enríquez, y sentencia del 25 de noviembre de 2004, exp. 25560, M.P. Germán Rodríguez Villamizar. [↑](#footnote-ref-18)
19. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de agosto de 2006, exp. 31.354, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-19)
20. Cita original: Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-431 de 28 de septiembre de 1995. “Los árbitros obran en forma similar a cualquier juez…”. [↑](#footnote-ref-20)
21. Cita original: CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 242 de 1997. [↑](#footnote-ref-21)
22. Cita original: *“…los motivos de nulidad absoluta son más graves: falta de formalidades en los actos jurídicos solemnes (requisitos ad solemnitatem exigidos por el legislador), incapacidad absoluta, falta de consentimiento, ausencia de objeto o de causa, ilicitud del objeto o de la causa. La nulidad, en tales casos, tiene su fundamento en la falta de uno de los elementos de validez del acto jurídico, elementos exigidos por el legislador en favor del interés colectivo. Y, en todo caso, si la nulidad tiene por fin proteger el interés general, el orden público, es una nulidad absoluta (…) Las causales que originan la nulidad relativa son menos graves y conciernen tan solo al interés particular: la incapacidad relativa, el error, la fuerza y el dolo sufridos por el contratante (es decir, los vicios del consentimiento) y, finalmente, la lesión enorme…”* Cfr. TAMAYO LOMBANA, Alberto. Manual de Obligaciones. Editorial Temis, 4ª Edición, 1990, págs. 233 y 234. [↑](#footnote-ref-22)
23. Cita original: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 11 de marzo de 2004, Exp. 7582. M.P. José Fernando Ramírez Gómez. [↑](#footnote-ref-23)
24. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 8 de agosto de 2012, exp. 43.089, M.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-24)
25. Entre esas fuentes también se incluyeron el contrato y todos los documentos que hacen parte de él. En efecto, en la sentencia del 8 de agosto de 2012, exp. 43.089, M.P. Enrique Gil Botero, se dijo: *“Desde luego que a esta tesis* [se refiere a la desarrollada por la Sección en la sentencia del 6 de julio de 2005, exp. 28.990, M.P. Alier Hernández Enríquez, en cuanto a que el contrato es parte de las fuentes de derecho] *le aplica la idea más ampliada de que no sólo el contrato, como documento bilateral, es norma para las partes, y constituye derecho vigente, sino también los demás documentos que lo conforman, como el pliego de condiciones –que se integra al mismo-, la oferta y en general las comunicaciones y tratos preliminares, así como los ocurridos durante la ejecución del negocio, porque todos hacen parte de la noción de derecho ampliado que rige cada negocio jurídico”*. Vale aclarar que esos documentos fueron considerados por la jurisprudencia como un criterio independiente para determinar el fallo en conciencia; sin embargo, la Sala en esta oportunidad los incorpora dentro del presente criterio, en tanto son parte de las fuentes de derecho aplicables al asunto. [↑](#footnote-ref-25)
26. *Ibíd*. Sentencia del 8 de agosto de 2012, exp. 43.089, M.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-26)
27. Cita original: Al respecto indicó la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la sentencia proferida el 18 de mayo de 2000 –exp. 17.797-: *“… si en el laudo se hace la más mínima referencia al derecho entendido en su más amplia acepción (normas de derecho positivo, principios generales, doctrina constitucional, o, jurisprudencia) es calificable como ‘en derecho’ y no en ‘conciencia’”.* [↑](#footnote-ref-27)
28. Cita original: Sobre el uso de la doctrina, como fuente del derecho positivo, aplicable a una controversia, manifestó la Sección Tercera, en sentencia del 23 de agosto de 2001 –exp. 19.090-: *“Ahora, en lo que atañe a la crítica del recurrente por la referencia que hicieron los árbitros a la doctrina contable para deducir de la misma referencia que el fallo fue en conciencia y no fue en derecho, la Sala resalta que una referencia a la doctrina como criterio auxiliar de los jueces, que no fue base única en la producción del fallo, que fue simplemente aledaña –no exclusiva- a los fundamentos jurídicos vigentes descarta por completo, esa calificación.* [//] *“Cabe resaltar que en los laudos arbitrales, como expresión judicial del Estado, es legítima la mención a la doctrina, entre otros, a términos de la Carta Política (art. 230) que la consagra como criterio auxiliar del juez, más aún cuando éste se ve avocado a irrumpir en temas no jurídicos, como es la ciencia contable financiera”*. [↑](#footnote-ref-28)
29. *Ibíd*. Sentencia del 8 de agosto de 2012, exp. 43.089, M.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-29)
30. Cfr. *Ibíd*. [↑](#footnote-ref-30)
31. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 8 de julio de 2009, exp. 35.896, M.P. Ruth Stella Correa Palacio; del 21 de febrero de 2011, exp. 38.621, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; del 24 de marzo de 2011, exp. 38.484, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; del 5 de julio de 2012, exp. 40.718, M.P. Enrique Gil Botero; del 3 de mayo de 2013, exp. 45.007, del 20 de febrero de 2014, exp. 41.064, y del 30 de julio de 2015, exp. 52.735, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo. [↑](#footnote-ref-31)
32. Cfr. *Ibíd*. Sentencia del 8 de agosto de 2012, exp. 43.089, M.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-32)
33. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de agosto de 2001, exp. 19.273, M.P. María Elena Giraldo Gómez. [↑](#footnote-ref-33)
34. Son errores que nacen de la inejecución de la ley procesal, en cuanto alguno de los sujetos del proceso no ejecuta lo que esta ley le impone (inejecución *in omittendo*), o ejecuta lo que esta ley prohíbe (injecución *in faciendo*), o se comporta de un modo diverso del que la ley prescribe: esta inejecución de la ley procesal constituye en el proceso una irregularidad, que los autores modernos llaman un vicio de actividad o un defecto de construcción y que la doctrina del derecho común llama un error *in procedendo*. Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-252 del 28 de febrero de 2001, exp. D-2825 y otros, M.P. Carlos Gaviria Díaz. [↑](#footnote-ref-34)
35. Son errores de derecho aquellos que se producen por falta de aplicación o aplicación indebida de una norma sustancial o por interpretación errónea. Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-252 del 28 de febrero de 2001, exp. D-2825 y otros, M.P. Carlos Gaviria Díaz. [↑](#footnote-ref-35)
36. El numeral 6º del artículo 163 del decreto 1818 de 1998 disponía como causal de nulidad del laudo arbitral cuando este fuera en conciencia debiendo ser en derecho, *“siempre que esta circunstancia apare*[ciera] *manifiesta en el laudo”*. [↑](#footnote-ref-36)
37. Consejo de Estado, Subsección C, sentencia del 24 de marzo de 2011, exp. 38.484, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-37)
38. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de mayo de 2000, exp. 16.766, M.P. Alier Hernández Enríquez. En sentido similar, ver de la Sección, las sentencias del 27 julio de 2000, exp. 17.591 y del 14 de junio de 2001, exp. 19.334, del mismo Magistrado Ponente. [↑](#footnote-ref-38)
39. Cfr. Sección Tercera, sentencia del 6 de julio de 2005, exp. 28.990, M.P. Alier Hernández Enríquez. [↑](#footnote-ref-39)
40. En el mismo sentido ver, entre otras, las sentencias 2 de octubre de 2003, exp. 24.320, M.P. Ramiro Saavedra Becerra y del 10 de marzo de 2.005, exp. 27.946, M.P. María Elena Giraldo Gómez. [↑](#footnote-ref-40)
41. Posición contenida en la aclaración de voto de la Consejera de Estado doctora Myriam Guerrero de Escobar a la sentencia del 10 de junio de 2009, exp. 35.288, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Postura aceptada por la Sección en sentencia del 23 de agosto de 2010, exp. 38.051, M.P. Gladys Agudelo Ordoñez, en donde se expuso que el fallo en conciencia era aquel en el que la *“decisión de los árbitros debe provenir de la aplicación del sentido común y la equidad, del juicio que haría un hombre justo, es decir, de su íntimo convencimiento. El juez tiene libertad en la apreciación de la prueba y hasta puede apartarse de ella, puesto que lo verdaderamente relevante, es su decisión en conciencia, en su íntima convicción*”. [↑](#footnote-ref-41)
42. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de abril de 1992, exp. 6695, M.P. Carlos Betancur Jaramillo. [↑](#footnote-ref-42)
43. Sección Tercera, sentencia del 3 de abril de 1992. exp. 6695, M.P. Carlos Betancur Jaramillo; reiterada en las sentencias del 4 de julio de 2002, exp. 21.217, M.P. Alier Hernández Enríquez y del 3 de agosto de 2006, exp. 31.354, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-43)
44. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de abril de 1999, exp. 15.623, M.P. Daniel Suárez Hernández. [↑](#footnote-ref-44)
45. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de junio de 2007, exp. 32.896, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-45)
46. Posición aceptada por la Sección en sentencia del 23 de agosto de 2010, exp. 38.051, M.P. Gladys Agudelo Ordoñez, en donde se expuso que el fallo en conciencia era aquel en el que la *“decisión de los árbitros debe provenir de la aplicación del sentido común y la equidad, del juicio que haría un hombre justo, es decir, de su íntimo convencimiento. El juez tiene libertad en la apreciación de la prueba y hasta puede apartarse de ella, puesto que lo verdaderamente relevante, es su decisión en conciencia, en su íntima convicción*”. [↑](#footnote-ref-46)
47. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de enero de 2016, exp. 51.913, M.P. Ramiro Pazos Guerrero. En esa oportunidad, se afirmó: “*De lo anterior se tiene que la causal en estudio no puede constituirse en una forma para revisar el fondo del asunto, toda vez que el juez contencioso se limitará a constatar lo evidente, que desde el punto de vista jurídico consiste en la falta de fundamento normativo, esto es que el laudo carezca “de toda referencia al régimen jurídico aplicable a la controversia contractual”, y desde el punto de vista probatorio que sea inexistente la valoración normativa de los medios de prueba”*. [↑](#footnote-ref-47)
48. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de octubre de 2013, exp. 46.696, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-48)
49. Cita original: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 21 de febrero de 2011 (Expediente 38621). [↑](#footnote-ref-49)
50. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de noviembre de 2002 –exp. 22.191, M.P. Alier Hernández Enríquez; postura reiteradas en providencias del 16 de junio de 2008, exp. 34.543; del 10 de junio de 2009, exp. 35.288; de julio 8 de 2009, exp. 35.896; del 3 de febrero de 2010, exp. 36.364, M.P. Ruth Stella Correa Palacios, ponente de las últimas en cita; del 23 de agosto de 2010, exp. 38.051, M.P. Gladys Agudelo Ordoñez, y del 30 de abril de 2012, exp. 42.126, Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-50)
51. Cfr. *Ibíd*. Sentencia del 8 de agosto de 2012, exp. 43.089, M.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-51)
52. Dicha norma prescribe: *“Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. // La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”*. [↑](#footnote-ref-52)
53. Cfr. *Ibíd*. [↑](#footnote-ref-53)
54. Lo anterior claro está sin perjuicio de que se incurra en una vía de hecho por aplicación de una fuente del derecho no vigente, pero a través del amparo constitucional de la acción de tutela. [↑](#footnote-ref-54)
55. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de junio de 2007, exp. 32.896, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-55)
56. Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-125 del 23 de febrero de 2012, exp. T- 3.186.532. [↑](#footnote-ref-56)
57. Aquí vale la pena precisar que la Corte Constitucional ha impuesto de manera expresa que el defecto sea determinante para la decisión, en tratándose del defecto fáctico y el defecto procesal. Igualmente, ese análisis está implícito en los demás defectos que configuran la vía de hecho. Sobre el particular ver sentencias: T-555 de 1999, T-233 de 2007, T-302 de 2008, T-781 de 2011 y T-267 de 2013, entre otras. [↑](#footnote-ref-57)
58. *Ibíd*. Sentencia del 8 de agosto de 2012, exp. 43.089, M.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-58)
59. Vale mencionar que sobre la distinción entre un fallo en conciencia y uno en equidad, la doctrina nacional advierte un evidente desacuerdo en la jurisprudencia en la aplicación de estas dos nociones. Así lo pone de manifiesto: *“Sobre todo no es necesario* [se refiere a hacer la susodicha distinción] *porque, en realidad, no existe conexión necesaria, sino solo contingente, entre (i) la declaración del juez del recurso de una distinción entre los significados de “equidad” y “conciencia” o, en cambio, la declaración de una intercambiabilidad de significado entre ambos términos y (ii) la adaptación de una noción de PCE [Propiedad en Conciencia o en Equidad]. Que en un fallo el juez del recurso decida no distinguir entre el significado de “equidad” y “conciencia”, no significa que necesariamente ese juez adoptará una noción PCE específica (…)”*. MORENO CRUZ, Pablo y NAIZIR SISTAC, Juan Carlos, “Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo. La propiedad conciencia o equidad: cuatro usos jurisprudenciales”, p. 283, pie de página 47. En: *Recurso de Anulación de Laudos Arbitrales*, Ramiro Bejarano Guzmán, Aida Patricia Hernández Silva y Pablo Moreno Cruz (Editores), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016*.* [↑](#footnote-ref-59)
60. La Corte Constitucional en la sentencia C-284 del 13 de mayo de 2015, exp. D-10455, recordó que la función de la equidad “*es la de evitar una injusticia como resultado de la aplicación de la ley a un caso concreto.”* [↑](#footnote-ref-60)
61. Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-267 del 8 de mayo de 2013, exp. T-3676921. La Corte ha señalado que el supuesto de indebida valoración probatoria se configura, entre otros, en los siguientes eventos: (i) cuando el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; (ii) cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva; (iii) en la hipótesis de incongruencia entre lo probado y lo resuelto, esto es, cuando se adoptan decisiones en contravía de la evidencia probatoria y sin un apoyo fáctico claro; (iv) cuando el funcionario judicial valora pruebas manifiestamente inconducentes respecto de los hechos y pretensiones debatidos en un proceso ordinario, no por tratarse en estricto sentido de pruebas viciadas de nulidad sino porque se trata de elementos probatorios que no guardaban relación con el asunto debatido en el proceso; y (v) cuando el juez de conocimiento da por probados hechos que no cuentan con soporte probatorio dentro del proceso (ver sentencia T-781 del 20 de octubre de 2011, exp. T-3106156. De igual forma, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que la vía de hecho por defecto fáctico tiene dos dimensiones una positiva y otra negativa. La primera se presenta cuando la autoridad aprecia pruebas que no ha debido admitir, en tanto fueron indebidamente recaudadas, desconociendo de manera directa la Constitución; la segunda se manifiesta cuando el funcionario judicial niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa u omite su evaluación, y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente. Esta dimensión comprende las omisiones en la apreciación de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez (ver sentencia T-233 del 29 de marzo de 2007, exp. T-1498919). [↑](#footnote-ref-61)
62. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de julio de 2005, exp. 28.990, M.P. Alier Hernández Enríquez. En esa oportunidad se señaló que el fallo en conciencia *“radica en que los árbitros estimen y asuman las pruebas y su apreciación con absoluto desdén, capricho o desconocimiento de las reglas básicas que el derecho ofrece para su valoración, convirtiéndose, auténticamente, en una violación al deber de fallar según las reglas jurídicas, expresadas a través de los medios de convencimiento de que disponen los árbitros”*.

    [↑](#footnote-ref-62)
63. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de agosto de 2010, exp. 38.051, M.P. Gladys Agudelo Ordoñez. Estos mismos criterios han sido planteados en forma afirmativa, para definir cuándo se está ante un fallo en conciencia, así: *“En este contexto normativo y jurisprudencial debe entenderse que el fallo en conciencia se estructura a partir del cumplimiento de ciertos requisitos o presupuestos que se enuncian a continuación: // i) El contenido de la providencia debe evidenciar de manera manifiesta que se está decidiendo en conciencia y no en derecho. // ii) La decisión de los árbitros debe provenir de la aplicación del sentido común y la equidad, del juicio que haría un hombre justo, es decir, de su íntimo convencimiento. El juez tiene libertad en la apreciación de la pruebay hasta puede apartarse de ella, puesto que lo verdaderamente relevante, es su decisión en conciencia, en su íntima convicción. // iii) El fallo en conciencia está liberado del rigorismo de la tarifa probatoria, la carga de la prueba y el fundamento del derecho sustantivo. Precisamente por tener como asidero la íntima convicción, el sentido común, la prudencia y lo justo.Significa entonces, que el fallador puede apartarse de la prueba o valorarla libremente según su convicción moral íntima, e igualmente, puede no tener en cuenta las normas legales que regulan la materia para tomar sus decisiones, puesto que para fallar sólo debe consultar su conciencia, su íntimo convencimiento a la luz de la equidad. // iv) En el fallo en conciencia no hace falta explicar las razones que dan lugar a la decisión, es decir, éstas no son esenciales ni determinantes, lo cual se apoya en los principios de verdad sabida y buena fe guardada, propios de esta clase de decisión”.* [↑](#footnote-ref-63)
64. Cita original: HINESTROSA, Fernando, *“Eficacia e Ineficacia del Contrato”*. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XX (Valparaíso, Chile, 1999). [↑](#footnote-ref-64)
65. Cita original: HINESTROSA, Fernando, *“Eficacia e Ineficacia del Contrato”*. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XX (Valparaíso, Chile, 1999). [↑](#footnote-ref-65)
66. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 8 de agosto de 2012, exp. 43089, M.P. Enrique Gil Botero. En esa oportunidad, se precisó que “*un laudo se profiere en conciencia cuando la valoración de la causa petendi y su resolución es producto de la libre apreciación del juez, quien se aleja de las pautas que le impone el ordenamiento jurídico vigente, es decir, que su decisión se basa en el entendimiento personal del debate, ponderando las circunstancias de hecho y de derecho que lo configuran según su comprensión íntima de justicia, de lo correcto, de lo bueno y lo justo, dejando al margen las reglas jurídicas imperativas y no imperativas que contienen preceptos de valoración, todas externas, de una buena parte de los factores que inciden en la toma de la decisión judicial”*. [↑](#footnote-ref-66)
67. Así lo ha puesto de presente la Sala al señalar que una providencia se dicta en conciencia, cuando el juez decide sin efectuar razonamientos de orden jurídico o probatorio y toma determinaciones siguiendo lo que le dicta su propio leal saber y entender, identificable con el concepto de verdad sabida y buena fe guardada, y basado o no en el principio de la equidad. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de agosto de 2006, exp. 31.354, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-67)
68. Ese artículo, en su parte pertinente, dispone: *“Artículo 48. Pérdida y reembolso de honorarios. (…) Si el recurso de anulación prospera con fundamento en las causales 3 a 5 y 7 previstas en esta ley, los árbitros reembolsarán a las partes la segunda mitad de los honorarios recibidos”.* [↑](#footnote-ref-68)
69. Ese aparte prescribe: *“Terminado el proceso o decidido el recurso de anulación, el presidente hará la liquidación final de gastos y, con la correspondiente cuenta razonada, devolverá el saldo a las partes”.* [↑](#footnote-ref-69)
70. Ese artículo, en parte pertinente, dispone: *“EFECTOS DE LA SENTENCIA DE ANULACIÓN. Cuando prospere cualquiera de las causales señaladas en los numerales 1 a 7 del artículo*[*41*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1563_2012.html#41)*, se declarará la nulidad del laudo. En los demás casos, este se corregirá o adicionará”.* [↑](#footnote-ref-70)
71. Corte Constitucional, sentencia SU-173 del 16 de abril de 2015, exp. T-2833391, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [↑](#footnote-ref-71)
72. *Ibíd.* [↑](#footnote-ref-72)
73. Se omiten las citas de pie de página del texto trascrito [↑](#footnote-ref-73)
74. Cfr., Corte Constitucional, Sentencias SU873 de 2002 y SU-713 de 2015. [↑](#footnote-ref-74)
75. Cfr., *Corte* Constitucional, Sentencia SU-873 de 2002. [↑](#footnote-ref-75)
76. *Ibídem* [↑](#footnote-ref-76)
77. *Ibídem* [↑](#footnote-ref-77)
78. Cita del texto: "Ejemplo tomado de REICHEL y de ENECCERUS, 354, n. 1". [↑](#footnote-ref-78)
79. Cfr., Valencia Zea, Ortiz Monsalve «Modificación restrictiva de textos legales (Soluciones "Contra legem")», en Derecho Civil, Parle General y Personas, Temis, 2016, págs. 291 y ss.). [↑](#footnote-ref-79)
80. Cfr., *Corte* Constitucional, Sentencia SU-873 de 2002. [↑](#footnote-ref-80)
81. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, entre otras, sentencia del 1° de agosto 2002, expediente 21.041 - LAUDO ARBITRAL. [↑](#footnote-ref-81)
82. Como lo enseña la doctrina, -se destaca- "...*toda interpretación de una leyes un ejercicio de la razón, un acto intelectual en virtud del cual se reconoce, en primer término, su vigencia* y *luego su finalidad* e *integración sistemática; los términos pueden ser claros, pero no el sentido de* la *vigencia* y *constitucionalidad para aplicarla* a *un caso".* Cfr., Valencia Zea, Arturo y Ortiz Monsalve, Álvaro; *"Derecho Civil, Parte General* y *Personas",* Temis, 2016, pág. 182. [↑](#footnote-ref-82)
83. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, ponente Carlos Alberto Zambrano Barrera, radicación 11001032600020070005800 (34.525). [↑](#footnote-ref-83)
84. Conforme con las disposiciones de los articulas 41 y 42 de la Ley 1563 de *2012,* el laudo solamente puede impugnarse a través del recurso extraordinario de anulación, por vicios *in procedendo,* trámite en el que no resulta posible enjuiciar los asuntos sustanciales sustraídos de la jurisdicción estatal y la interposición del recurso no suspende la ejecución del laudo. En el mismo sentido, la jurisprudencia tiene por sentado que a través del recurso extraordinario de anulación no resulta posible desvirtuar la presunción de acierto en la aplicación del derecho y la valoración probatoria: *"****ante un eventual desacierto*** *del tribunal de arbitramento en cuanto* a la *aplicación* e *interpretación de normas sustantivas* o *ante la falta* o *indebida valoración de* la *prueba* o a *una impropia utilización de los principios lógicos* o *empíricos del fallo,* **no *será posible acudir al recurso extraordinario* de *anulación****".* Cfr., Corte Constitucional, Sentencia SU-713 de 2015. [↑](#footnote-ref-84)
85. Cfr., *Corte* Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, entre otras, sentencias del sentencia del 23 de mayo de 1997, ponente Esteban Jaramillo Schloss; del 7 de marzo 1997, ponente José Fernando Ramírez Gómez y del 23 de abril de 1998, ponente Rafael Romero Sierra; Corte Constitucional, sentencia C-1065 de 2000 y PIERO CALAMANDREI, *La casación civil,* Madrid, 1945, citado por la Corte. [↑](#footnote-ref-85)
86. Cita original: HINESTROSA, Fernando, *"Eficacia* e *Ineficacia del Contrato".* Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XX (Valparaíso, Chile, 1999). [↑](#footnote-ref-86)
87. Cfr. *Corte* Constitucional, Sentencia C-294 de 1995. [↑](#footnote-ref-87)
88. Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-160 de 1999, reiterada en Sentencia C-1436 de 2000. [↑](#footnote-ref-88)
89. Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-160 de 1999 y C-1436 de 2000. [↑](#footnote-ref-89)
90. Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-672 de 1999, reiterada en Sentencia C-1436 de 2000 [↑](#footnote-ref-90)
91. Cfr., *Corte* Constitucional, Sentencia C-1436 de 2000. [↑](#footnote-ref-91)
92. Cfr., Corte Constitucional, Sentencia SU-174 de 2007. [↑](#footnote-ref-92)
93. Cfr., Corte Constitucional, Sentencia *C-713* de 2008. [↑](#footnote-ref-93)
94. [Cita del texto trascrito:] Cfr. Sentencias T-057 de 1995, C-330 de 2000 y C-058 de 2009. [↑](#footnote-ref-94)
95. Cita del texto trascrito:] Cfr. Sentencias C-294 de 1995, C-378 de 2008 y C-058 de 2009. [↑](#footnote-ref-95)
96. [Cita del texto trascrito:] Cfr. Sentencia C-014 de 2010. [↑](#footnote-ref-96)
97. [Cita del texto trascrito:] Cfr. Sentencias C-431 de 1995, C-242 de 1997, C-163 de 1999, C-330 de 2000, C-098 de 2001, SU-174 de 2007, C-378 de 2008 y T-058 de 2009. [↑](#footnote-ref-97)
98. [Cita del texto trascrito:] Cfr. Sentencias C-163 de 1999, C-330 de 2000, C-1038 de 2002, SU­174 de 2007, C-378 de 2008 y C-305 de 2013, [↑](#footnote-ref-98)
99. [Cita del texto trascrito:] Cfr. Sentencias SU-174 de 2007, C-163 de 1999, C-330 de 2000 y T-058 de 2009. [↑](#footnote-ref-99)
100. [Cita del texto trascrito:] Cfr. Sentencias C-226 de 1993, C-431 de 1995, C-037 de 1996 C-163 de 1999 y T-058 de 2009. [↑](#footnote-ref-100)
101. [Cita del texto trascrito:] Cfr. Sentencias SU-174 de 2007 y C-378 de 2008. [↑](#footnote-ref-101)
102. [Cita del texto trascrito:] Cfr. Sentencias C-431 de 1995, SU-174 de 2007 y C-378 de 2008. [↑](#footnote-ref-102)
103. [Cita del texto trascrito:] Cfr. Sentencias C-330 de 2000, C-098 de 2001, SU-174 de 2007. [↑](#footnote-ref-103)
104. [Cita del texto trascrito:] Cfr. Sentencia C-014 de 2010. [↑](#footnote-ref-104)
105. [Cita del texto trascrito:] Cfr. Sentencias C-294 de 1995 y C-014 de 2010. [↑](#footnote-ref-105)
106. [Cita del texto trascrito:] Cfr. Sentencias SU-174 de 2007 y C-378 de 2008. [↑](#footnote-ref-106)
107. [Cita del texto trascrito:] Cfr. Sentencias C-098 de 2001 y C-014 de 2010. [↑](#footnote-ref-107)
108. [Cita del texto trascrito:] Cfr. Sentencias C-242 de 1997, T-058 de 2009 y C-014 de 2010 [↑](#footnote-ref-108)
109. [Cita del texto trascrito:] Cfr. Sentencias C-294 de 1995 y C-014 de 2010. [↑](#footnote-ref-109)
110. [Cita del texto trascrito:] Cfr. Sentencia C-294 de 1995 y C-014 de 2010. [↑](#footnote-ref-110)
111. [Cita del texto trascrito:] Cfr. Sentencia C-294 de 1995, T-058 de 2009 y C-014 de 2010 [↑](#footnote-ref-111)
112. [Cita del texto trascrito:] Cfr. Sentencias C-330 de 2000 y C-014 de 2010. [↑](#footnote-ref-112)
113. [Cita del texto trascrito:] Sentencia C-211 de 2000. [↑](#footnote-ref-113)
114. [Cita del texto trascrito:] Sentencia C-242 de 1997 [↑](#footnote-ref-114)
115. [Cita del texto trascrito:] Sentencia C-060 de 2001. [↑](#footnote-ref-115)
116. [Cita del texto trascrito:] Sentencia C-1038 de 2002. [↑](#footnote-ref-116)
117. [Cita del texto trascrito:) Sentencia C-1140 de 2000. [↑](#footnote-ref-117)
118. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 1° de agosto de 2002, C.P. Germán Rodríguez Villamizar, radicación 11001-03-25-000-2001-004601 (21.041). [↑](#footnote-ref-118)
119. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 25 de noviembre de 2004, C.P. Germán Rodríguez Villamizar; radicación 110010326000200300055-01 (25.560). [↑](#footnote-ref-119)
120. Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C.740 de 2003. [↑](#footnote-ref-120)
121. Cfr., *Corte* Constitucional, Sentencia C-374 de 1997, reiterada en Sentencia C-740 *de 2003.* [↑](#footnote-ref-121)
122. Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-740 de 2003. Se omiten las citas del texto trascrito. [↑](#footnote-ref-122)
123. Cfr.: "...[T]eniendo en cuenta que el contrato es una de las principales herramientas para la circulación social de bienes y servicios, y el ejercicio simultáneo de derechos y obligaciones económicas, debe entenderse que "la libertad de contratación" es un elemento del contenido constitucionalmente protegido de /a libertad de empresa. En efecto, e/ contrato resulta un instrumento indispensable para el desarrollo de /a libertad de empresa ya que sin éste "no se concibe la interacción entre los diferentes agentes y unidades económicas y la configuración y funcionamiento de los mercados. Resulta imperioso concluir que la libertad negocial, en cuanto libertad de disponer de la propia esfera patrimonial y personal y poder obligarse frente a otras personas con e/ objeto de satisfacer necesidades propias y ajenas ...". Corte Constitucional, Sentencia C-624 de 1998. [↑](#footnote-ref-123)
124. Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-374 de 1997 y C-740 de 2003. [↑](#footnote-ref-124)
125. Cfr ., Corte Constitucional, Sentencia C-374 de 1997. [↑](#footnote-ref-125)
126. Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-740 de 2003. [↑](#footnote-ref-126)
127. Cfr.: "En últimas, no se trata de los consabidos limites externos a la libertad de contratación conocidos de antiguo, sino del nuevo sentido que a la luz de la Constitución ella ha adquirido como instrumento del particular cuyo ejercicio debe hacerse dentro de los límites del bien común y consultando el principio de la solidaridad social (CP arts. 1 y 333). Si la propiedad, la empresa y la iniciativa económica, todas tienen una función social e implican responsabilidades (CP arts. 58 y 333), no puede la institución del contrato - trasunto de la idea de la colaboración social en el intercambio y satisfacción de las necesidades humanas - a través de las cuales ellas se expresan ser una ínsula alejada del influjo y proyecciones de los principios de la solidaridad y de utilidad social a los cuales debe subordinarse. // De hecho, las intervenciones legales en el terreno del contrato se han orientado a establecer distinta suerte de protecciones a la parte débil y a instituir garantías tendientes a que a través suyo se persigan efectivamente intereses sociales y económicos dignos de tutela, lo cual en parte ha publificado esta materia y ha objetivizado en cierto sentido los vínculos contractuales Corte Constitucional, Sentencia T-240 de 1993, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. [↑](#footnote-ref-127)
128. Corte Constitucional, Sentencia T -240/93, citada. [↑](#footnote-ref-128)
129. Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencia del 2 de diciembre de 2013, ponente: Stella Conto Dlaz del Castillo, radicación AP-76001-23-31-000-2005-02130-01. [↑](#footnote-ref-129)