**LAUDO ARBITRAL - Recurso extraordinario de anulación - Causal segunda - Recursos de reposición - Requisito de procedibilidad**

Uno de los hitos más importantes en el proceso arbitral es la primera audiencia de trámite, en la cual se profiere el auto mediante el cual el propio Tribunal de Arbitramento decide sobre su competencia. De acuerdo con el artículo 30 de la Ley 1563 de 2012, esa decisión solo es susceptible de recurso de reposición. Por ello, si una parte no está de acuerdo con la competencia que el Tribunal asume y, pese a ello, se abstiene de presentar el recurso de reposición, habrá perdido la oportunidad procesal pertinente y, de acuerdo con el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, no procederá fundar la causal de anulación del laudo en la referida falta de competencia. Como consecuencia, con apoyo en lo que disponen los artículos 30 y 41 de la Ley 1563 de 2012, se establece que la conducta procesal de las partes, en este caso, el silencio frente a la decisión que profirió el Tribunal de Arbitramento en orden a asumir la competencia en el litigio contra las partes que reseñó en el referido auto, tiene un efecto jurídico de trascendental importancia, cual es el del sometimiento a la competencia del Tribunal de Arbitramento y la consecuente pérdida de la oportunidad procesal para alegar en sede del recurso de anulación del laudo, la citada falta de competencia.

**LAUDO ARBITRAL - Recurso extraordinario de anulación - Fallo en conciencia - Noción - Procedencia**

El Consejo de Estado ha elaborado el concepto del fallo en conciencia para efectos de la causal de anulación del laudo arbitral, en múltiples providencias, algunas de las cuales se siguieron por el impugnante para apoyar sus argumentos acerca de los criterios definitorios del fallo en conciencia. En esas providencias, se ha formulado una definición, de carácter general, según la cual “el fallo en conciencia es aquel en el que el juzgador se apoya en su íntima convicción, no da razones de su decisión o prescinde de toda consideración jurídica o probatoria (…) la prosperidad de la causal de anulación del laudo arbitral por el fallo en conciencia requiere evidenciar: i) que el laudo se apartó del derecho y ii) que esa circunstancia se encontró de manifiesto en el laudo arbitral.

**LAUDO ARBITRAL - Recurso extraordinario de anulación - Causal séptima - Fallo en conciencia**

[E]s evidente que el Tribunal de Arbitramento acogió los argumentos del Consorcio demandante, los cuales había citado previamente. Además, de su razonamiento salta a la vista que el Tribunal de Arbitramento apoyó las consideraciones acerca del cumplimiento del Contrato 1372-2010, en que en el texto contractual las partes habían acordado un tratamiento especial, “otros remedios y consecuencias”, para los detalles pendientes y, en ese sentido, consideró que la obra fue entregada, de donde concluyó que tuvo lugar el cumplimiento material del objeto contractual. (…) En torno a la decisión correspondiente a la pretensión primera de la demanda, esto es, a la declaración de cumplimiento del Contrato 1372-2010, el laudo arbitral no se manifiesta como apartado de la ley, toda vez que con claridad indicó que se fundó en el Contrato y, de acuerdo con el artículo 1602 del Código Civil, el mismo es una ley para las partes. Además, es claro que la alusión al tratamiento especial de los asuntos pendientes en el Contrato, cumplió con la concreción requerida, toda vez que, de la lectura del laudo arbitral, resulta evidente que se refirió al soporte contractual contenido en la cláusula 35 que había citado dentro de los argumentos del Consorcio demandante, los cuales reseñó, en forma previa a su consideración.

**LAUDO ARBITRAL - Recurso extraordinario de anulación - Causal séptima - Fallo en conciencia - Material probatorio**

Por otra parte, aunque el impugnante alega la falta de identificación de las pruebas, se tiene presente que el Tribunal aludió al contenido del Contrato y que observó que no hubo pruebas acerca del tratamiento final de los asuntos que aún continuaban pendientes, sobre los cuales consideró que el Consorcio contratista era responsable, pero que no podía entrar a resolver sobre ellos, a falta de la prueba correspondiente. Se puntualiza que, en sede del recurso de anulación que ahora ocupa la atención de la Sala, no hay lugar a fundar la causal de fallo en conciencia en la supuesta falta de profundidad en el análisis de la carga de la prueba, toda vez que ese argumento se ubica en el campo de la forma como fueron apreciadas las pruebas y no constituye un evento de fallo en conciencia. Por esta razón, concluye la Sala que carece de evidencia acerca del supuesto apartamiento del derecho o de la ausencia de pruebas en el apoyo la decisión primera del laudo arbitral, por cuanto, por el contrario, es manifiesto que la decisión acerca del cumplimiento del contrato se fundó en el contenido del mismo frente al tratamiento de los detalles pendientes. Por tanto, en el evento que se viene considerando, resulta improcedente la causal por el fallo en conciencia.(…)La Sala advierte que no le asiste la razón al impugnante, toda vez que el laudo arbitral identificó con claridad el apoyo de la prueba pericial y consideró la obligación de pago de la obra extra, como parte del contrato. (…) Se hace notar que en relación con las razones de la decisión acerca del pago de la obra extra, de la utilidad e intereses moratorios sobre la misma, el laudo arbitral no refirió una cláusula contractual o una disposición legal que obligara al pago de los mayores costos de obra, empero, invocó las conclusiones del dictamen y la circunstancia de que, a juicio del Tribunal de Arbitramento, la obra extra se encontraba autorizada y/o hacía parte del objeto contractual. Como consecuencia, formalmente no se encuentra manifiesto el apartamiento del laudo arbitral en relación con el derecho aplicable, debido a que evidentemente se identificó con el contrato y de allí se desprendió el vínculo obligacional en el cual se fundó para imponer el pago de los costos de obra extra. Además – se repite- el laudo invocó los fundamentos expuestos por el perito, por manera que existió una apreciación de las pruebas, las cuales se examinaron a la luz del contrato, lo cual lleva a concluir que se falló en derecho y no en conciencia.

**LAUDO ARBITRAL - Recurso extraordinario de anulación - Causal octava - Incongruencia - Alcance**

La Sala advierte que el impugnante entiende que existe una contradicción entre la responsabilidad por los detalles pendientes, a la cual se refirió el Tribunal de Arbitramento en la parte considerativa del laudo y la decisión de declarar cumplido el Contrato 1372-2010. De acuerdo con las consideraciones del Tribunal de Arbitramento en el tópico de los detalles pendientes y en el del cumplimiento del contrato- ya transcritas en esta providencia- salta a la vista que la decisión de declarar cumplido el contrato se fundó en que, a juicio del Tribunal de Arbitramento, el Consorcio contratista cumplió materialmente con el objeto contractual y que los detalles pendientes tenían otros remedios y consecuencias, de acuerdo con las cláusulas del mismo contrato. Frente a dicha argumentación, se debe advertir que en sede del recurso de anulación no hay lugar a reabrir el debate acerca de la excepción de contrato no cumplido, la cual evidentemente no prosperó en el proceso arbitral (…) no procede la causal 8 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 (…) La Sala advierte que la causal contenida en el numeral artículo 8 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 no se restringe a las contradicciones entre dos puntos resolutivos del laudo arbitral, puesto que comprende también las contradicciones en la parte motiva que influyen en la parte resolutiva, tal como lo consagra la referida disposición al establecer: “siempre que estén comprendidas en la parte resolutiva o influyan en ella”.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 11001-03-26-000-2016-00098-00(57377)**

**Actor: CONSORCIO CASTELL PÓRTICOS**

**Demandado: DISTRITO CAPITAL - SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD - FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD**

**Referencia: RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN**

**Temas:** FALLO EN CONCIENCIA – no se constituye por la diferente interpretación del contrato o de la prueba / OBRA EXTRA – apreciación del contrato como soporte del vínculo que obliga a su pago / DICTAMEN – su apreciación por parte del Tribunal de Arbitramento excluye la causal de anulación por fallo en conciencia.

Decide la Sala el recurso extraordinario de anulación interpuesto por el Fondo Financiero Distrital de Salud[[1]](#footnote-1), contra el laudo que profirió el Tribunal de Arbitramento dentro del asunto de la referencia, el 11 de marzo de 2016[[2]](#footnote-2), en el cual se resolvió lo siguiente:

El Tribunal de Arbitramento accedió a la pretensión primera de la demanda y declaró el cumplimiento del contrato[[3]](#footnote-3) por parte del Consorcio contratista.

Acerca de las pretensiones segunda, tercera, cuarta y quinta el Tribunal de Arbitramento: **i)** rechazó el reconocimiento de mayores costos de administración[[4]](#footnote-4); **ii)** accedió a condenar a la entidad estatal demandada, por la suma de $76’282.310[[5]](#footnote-5), por concepto de intereses moratorios en razón del pago extemporáneo de las Actas de Obra, 12, 13, 14, 15, 16 y 18, los cuales reconoció desde la fecha en que se incurrió en la mora hasta aquella en que se realizó el pago[[6]](#footnote-6); **iii)** despachó favorablemente las pretensiones relacionadas con las obras extras no pagadas, las cuales decidió reconocer por valor de $1.025’003.824[[7]](#footnote-7), con la utilidad liquidada sobre las mismas, por valor de $61’500.229,50[[8]](#footnote-8). Además, condenó al pago por concepto de intereses moratorios sobre las dos sumas antes citadas, de acuerdo con la liquidación contenida en el dictamen pericial, los cuales ascendieron a $205’767.412[[9]](#footnote-9) y $12’346.045[[10]](#footnote-10) respectivamente. De conformidad con el laudo arbitral se reconocieron tales intereses desde el 4 de marzo de 2015, fecha de notificación de la demanda, la cual entendió como fecha de constitución en mora[[11]](#footnote-11); **iv)** declaró la prosperidad de las pretensiones por falta de pago del Acta de Obra 20 y condenó a la entidad estatal contratante a pagar la suma de $1.723’507.632 más los correspondientes intereses, por la suma de $690’923,991[[12]](#footnote-12), causados desde el 20 de febrero de 2014 –fecha determinada por el perito financiero-, hasta la fecha del laudo arbitral; **iv)** condenó a la devolución de $317’504.409 por concepto de las sumas retenidas en garantía, ordenó el pago de intereses de mora, por la suma de $63’738.358, causados desde 4 de marzo de 2015, fecha de notificación de la demanda, la cual entendió como fecha de constitución en mora[[13]](#footnote-13).

En cuanto a la pretensión sexta orientada a la liquidación del Contrato de Obra, el Tribunal de Arbitramento estimó que no obraban en el expediente todos los elementos indispensables para acceder a realizar dicha liquidación, como consecuencia de lo cual resolvió rechazar la aludida pretensión[[14]](#footnote-14).

Por otra parte, en la medida en que el Tribunal de Arbitramento consideró que la tasa de interés, solicitada en la pretensión octava y reconocida en el laudo arbitral, incluyó el componente inflacionario, el Tribunal de Arbitramento denegó la pretensión séptima de la demanda, referida a la actualización de las sumas adeudadas.

Finalmente, el Tribunal de Arbitramento accedió a la pretensión novena de la demanda, en el sentido de condenar al pago de intereses sobre las condenas impuestas, en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (C.P. A.C.A).

No hubo lugar a estudiar el desequilibrio económico que se pretendió en forma subsidiaria.

**I. A N T E C E D E N T E S**

**1. El procedimiento arbitral**

Con fundamento en la cláusula compromisoria que se encontró pactada en el Contrato de Obra 1372 - 2010 suscrito el 22 de octubre de 2010[[15]](#footnote-15), se integró un Tribunal de Arbitramento para conocer de la demanda instaurada el 31 de octubre de 2014[[16]](#footnote-16), reformada el 14 de julio de 2015, por las sociedades Castell Camel S.A.S.[[17]](#footnote-17) y Pórticos Ingenieros Civiles S.A., obrando como integrantes del Consorcio Castell Pórticos[[18]](#footnote-18), contra el Distrito Capital – Secretaría Distrital de Salud y el Fondo Financiero Distrital de Salud.

**1.1. La demanda**

El Consorcio demandante solicitó que se declarara que cumplió a cabalidad el Contrato 1372- 2010 y que, por su parte, el Distrito Capital –Secretaría Distrital de Salud y el Fondo Financiero de Salud incumplieron el referido contrato.

Igualmente presentó las pretensiones para que se condenara a la parte demandada a pagar las sumas de dinero que discriminó en la pretensión tercera, o las que resultaren probadas, por concepto de: mayor costo de administración, intereses de las actas pagadas extemporáneamente, el valor de la obra extra no pagada, la utilidad sobre la misma, el monto del acta 20 no pagado, sus intereses y las sumas retenidas, además de los perjuicios que se acreditaran en el proceso[[19]](#footnote-19).

Igualmente, se demandó la liquidación del Contrato de Obra y las condenas correspondientes por razón de los saldos pendientes de pago, compensaciones y demás prestaciones propias de la liquidación[[20]](#footnote-20).

En forma subsidiaria, el Consorcio demandante solicitó declarar que tuvo lugar el desequilibrio económico del contrato, el enriquecimiento sin causa de la entidad estatal en detrimento del patrimonio del Consorcio.

En los hechos de la demanda, el Consorcio narró que, previa licitación pública, se celebró el Contrato de Obra para el Lote 2, correspondiente a la reposición (reedificación en el mismo predio), del Centro de Atención Inmediata (CAMI) – Chapinero.

Reseñó que una de las características más importantes del Contrato de Obra consistió en la cláusula 44, contentiva de los *“eventos compensables”* que daban lugar a mayor plazo y/o aumento de precio, además de que en las cláusulas 11 y 12 se establecieron como riesgos a cargo de la entidad contratante, los correspondientes al suministro de diseños, estudios y planos necesarios para ejecutar las actividades constructivas.

En los hechos relacionados con la ejecución del contrato, explicó que desde el inicio del contrato se presentaron *“eventos compensables”*, por las demoras y problemas con los diseños y por la falta de permisos y aprobaciones de los servicios públicos definitivos, por lo cual fue necesario acordar la prórroga del contrato en varias oportunidades y – según reseñó el Consorcio demandante-, las prórrogas se formalizaron por la entidad pública contratante, a sabiendas de que se generarían erogaciones presupuestales por mayores costos.

Narró igualmente que el Consorcio se vio afectado por las demoras injustificadas en los pagos de las actas de obra.

Observó que la firma de la última prórroga solicitada le fue negada, no obstante lo cual, afirmó que aunque el plazo se extendió de acuerdo con la última prórroga hasta el 31 de octubre de 2012, el contrato solo terminó hasta el 28 de febrero de 2013, fecha en la cual las partes suscribieron el acta de terminación de la obra[[21]](#footnote-21).

**1.2. Contestación de la demanda**

El Fondo Financiero Distrital de Salud contestó la demanda, advirtió que el contrato se rigió por la ley civil y comercial colombiana, de acuerdo con la cláusula 31, pactada de conformidad con el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007[[22]](#footnote-22), teniendo en cuenta que, desde su licitación, se trató de una contratación que se realizó siguiendo los manuales del Banco Mundial, en atención a la financiación del 100% del contrato con recursos del Banco Interamericano de Reconstrucción y Fomento BIRF.

Estimó que se trató de un contrato estatal, sometido a un régimen especial de contratación, marco dentro del cual no tenían cabida las reglas de la Ley 80 de 1993 que habían sido invocadas como incumplidas en la demanda.

En dicha contestación a la demanda, el demandado invocó el principio de buena fe contractual; la teoría de los actos propios; la existencia de condicionamiento para reclamar pagos en el caso de los eventos compensables previstos en la cláusula 44; la no aplicación de la regla del numeral 3 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993 acerca de la responsabilidad patrimonial objetiva que se le pretendía imputar por presuntas fallas en la estructuración técnica del proyecto.

En igual forma, destacó que tuvo lugar la realización de obras por fuera del término de ejecución pactado en el contrato, en el período comprendido entre el 30 de noviembre de 2012 y 28 de febrero de 2013. En relación con dichas obras, la parte demandada invocó la configuración de la ocurrencia de los denominados hechos cumplidos y la consecuente falta de competencia del Tribunal de Arbitramento para fallar sobre ellos, por tratarse de una controversia extracontractual.

**1.3. Auto mediante el cual el Tribunal de Arbitramento declaró su competencia. Recurso de reposición**

En el Acta 7 de 24 de septiembre de 2015 consta que el Tribunal de Arbitramento profirió el auto mediante el cual se declaró competente para conocer y decidir las controversias[[23]](#footnote-23).

La parte convocada interpuso el recurso de reposición contra la anterior providencia, con fundamento en que las pretensiones correspondientes a la obra extra no pagada y a la utilidad sobre la misma correspondían a actividades que se realizaron por fuera del plazo de ejecución contractual y por tanto, constituyeron eventos de responsabilidad extracontractual. Afirmó que *“es claro que el Tribunal no debería tener competencia para pronunciarse sobre las mismas”*[[24]](#footnote-24)*.*

Agregó que, teniendo en cuenta que los árbitros se designaron por sorteo a falta de consenso entre las partes, correspondía al Tribunal de Arbitramento definir su competencia, teniendo en cuenta que existían dos interpretaciones acerca de la designación de los árbitros en las controversias estatales, una de las cuales estimaba que en caso de desacuerdo en el nombramiento, los árbitros debían ser designados por el Juez Civil.

Acerca del primer argumento, el Tribunal de Arbitramento consideró que en ese estado del proceso arbitral no tenía aún los elementos de juicio, *“para decidir si determinadas obras hacen parte o no del objeto del contrato”.*

En lo que respecta a la designación de los árbitros, indicó que el Tribunal de Arbitramento se integró de acuerdo con la cláusula contractual[[25]](#footnote-25) y de conformidad con la Ley 1563 de 2012[[26]](#footnote-26).

Como consecuencia, el Tribunal de Arbitramento resolvió en forma desfavorable el recurso de reposición interpuesto por el demandado y reafirmó su competencia para conocer de la controversia.

**1.4. Denegación de la orden de acumulación con otro proceso arbitral**

Mediante auto 3 de 23 de abril de 2015, el Tribunal de Arbitramento ordenó la acumulación del trámite arbitral, con el proceso arbitral iniciado por el Distrito Capital - Secretaría Distrital de Salud – Fondo Financiero Distrital de Salud en contra del Consorcio Castell Pórticos y sus integrantes, relacionado con el mismo contrato 1372 -2010 [[27]](#footnote-27).

Sin embargo, consta en el expediente que el Tribunal de Arbitramento que conocía de la controversia que se pretendió acumular, al recibir la comunicación referida al auto 3 de 23 de abril de 2015, consideró y negó la solicitud de acumulación de los procesos, en atención a la ausencia de voluntad concordante de las partes en torno de la pretendida acumulación[[28]](#footnote-28).

**2. El laudo arbitral**

Tal como se ha expuesto al inicio de esta providencia, el Tribunal de Arbitramento, en el laudo de 11 de marzo de 2016, declaró que el Consorcio Castell Pórticos cumplió a cabalidad y se allanó a cumplir cada una de las obligaciones derivadas del Contrato de Obra 1372 de 2010.

En igual forma, declaró la prosperidad de las pretensiones y condenó a la parte convocada por concepto de: **i)** intereses moratorios sobre las actas de obra pagadas en forma extemporánea; **ii)** el valor de la obra extra no pagada, la utilidad y los intereses sobre las mismas; **iii)** el valor del acta 20 y sus correspondientes intereses y **iv)** condenó, igualmente, a la devolución de los valores retenidos en garantía, con sus correspondientes intereses.

Se denegó el reconocimiento de los costos de administración, por cuanto se consideró que, aunque el dictamen contable estableció el valor del referido costo, para el Tribunal, “*no quedó probada la certeza del daño reclamado, ni el vínculo de imputación de los perjuicios alegados con la conducta o el incumplimiento que se le reprocha a la entidad contratante”.*

En torno de la denegación de los costos de administración que liquidó el perito, el laudo arbitral agregó que:

*“Por otra parte, reconocer el valor efectivamente pagado por el Consorcio por concepto de Administración durante toda la vigencia del Contrato, sería lo mismo que modificar judicialmente el esquema de precios del Contrato (...)”[[29]](#footnote-29).*

**3. El recurso de anulación**

El Fondo Financiero Distrital de Salud[[30]](#footnote-30) interpuso y sustentó el recurso extraordinario de anulación contra el laudo arbitraI, mediante escrito presentado el 18 de mayo de 2016, en la oportunidad prevista en el artículo 40 de la Ley 1563 de 2012[[31]](#footnote-31).

De acuerdo con lo que se detallará más adelante, en su recurso de anulación, el demandado invocó las causales previstas en los numerales 2, 7 y 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, es decir, la falta de competencia, el laudo en conciencia y contener el laudo disposiciones contradictorias.

**4. Trámite procesal del recurso de anulación**

El Consorcio demandante dio contestación al recurso extraordinario de anulación, mediante escrito radicado ante el Tribunal de Arbitramento.

Reseñó la existencia de dos procesos arbitrales separados. Como consecuencia, el Consorcio demandante se refirió al laudo arbitral de 11 de marzo de 2016 -objeto del presente recurso de anulación- y al laudo arbitral de 25 de abril de 2016 proferido en el proceso arbitral que entablaron el Fondo Financiero Distrital y el Distrito Capital en contra de Constructora Castell Camel S.A.S. y Pórticos Ingenieros Civiles S.A., integrantes del Consorcio Castell – Pórticos.

Destacó que los dos laudos arbitrales coincidieron en confirmar el incumplimiento de la Secretaría Distrital de Salud y del Fondo Financiero Distrital y que, pese a ello, *“el FFDS ha decidido interponer recurso de anulación para dilatar más el pago de las sumas adeudadas al Consorcio”[[32]](#footnote-32).*

Agregó que el recurso carece de sustentación real y que en gran parte (si no todo) se dedica a discutir asuntos de fondo y errores *“in judicando”*, los cuales el impugnante supuestamente arguyó como excepción, aunque en realidad los constituyó en la regla general de la argumentación en la cual se fundó el recurso de anulación.

Rechazó cada una de las causales invocadas y expuso los argumentos por los cuales debe desestimarse el recurso, según se indicará más adelante.

En el trámite del recurso de anulación que ahora ocupa la atención de la Sala el Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica guardaron silencio.

**II.- C O N S I D E R A C I O N E S**

Para fundar su decisión, la Sala seguirá el siguiente orden de razonamiento: **i)** verificará la jurisdicción y la competencia; **ii)** describirá las causales invocadas, los argumentos de cada una de las partes y fijará la consideraciones de la Sala y **iii)** se pronunciará sobre las costas del presente recurso.

**1. La Jurisdicción y la competencia para conocer del recurso de anulación**

Se reafirma lo dispuesto en el auto de 14 de julio de 2016, acerca de la jurisdicción y la competencia para conocer del recurso de anulación, teniendo en cuenta que una de las partes del conflicto que se desató con el laudo es entidad de naturaleza estatal, toda vez que el procedimiento arbitral se surtió en relación con un contrato que fue suscrito entre el Consorcio Castell Pórticos, de una parte, y el Distrito Capital - Secretaría de Salud y el Fondo Financiero Distrital de Salud[[33]](#footnote-33), de la otra, tipificándose, frente al recurso que ahora se desata, el supuesto de la jurisdicción y la competencia del Consejo de Estado, de acuerdo con el artículo 46 de la Ley 1563 de 2012 y el numeral 7 del artículo 149 de la Ley 1437 de 2011.

**2.1. Causal de anulación invocada por falta de competencia del Tribunal de Arbitramento**

El impugnante invocó la falta de competencia como causal de anulación del laudo arbitral con fundamento en el numeral 2, del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, que dispone:

***“Artículo 41. Causales del recurso de anulación****. Son causales del recurso de anulación:*

*“(…).*

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

**2.1.1.** El impugnante destacó que el Distrito Capital y el Fondo Financiero Distrital de Salud son dos sujetos de derecho que gozan de personería jurídica separada, el primero es una entidad territorial y el segundo una entidad descentralizada por servicios. Afirmó que el Distrito Capital no era parte del Contrato 1372 - 2010 y que, por tanto, no había manifestado su voluntad de adherirse al pacto arbitral. Sin embargo, advirtió que el Tribunal de Arbitramento procedió a emitir condenas sobre el Distrito Capital, circunstancia que tipificó, en el laudo mismo, la causal de anulación por falta de competencia.

**2.1.2**. El Consorcio demandante acudió a citar el texto del Contrato 1372 -2010 en cuya parte inicial se indicó que el mismo se celebró *“entre el DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD Y EL FONDO DISTRITAL DE SALUD”.*

De la misma manera, reseñó que bajo la firma del señor Héctor Zambrano Rodríguez, quien obró como representante de la parte contratante, se indicaron las calidades de “*Secretario de Despacho”*, *“Secretario Distrital de Salud”* y “*Director Ejecutivo Fondo Financiero Distrital de Salud”.*

Concluyó que no es cierto que el Distrito Capital hubiera dejado de manifestar su adhesión al pacto arbitral, toda vez que suscribió el contrato, amén de que fue debidamente citado al proceso arbitral y participó en la orientación de la audiencia de conciliación, de acuerdo con la certificación que se aportó en torno del trámite del Comité de Conciliaciones.

Finalmente, destacó que la parte convocada no presentó recurso de reposición sobre este aspecto, contra el auto mediante el cual el Tribunal de Arbitramento decidió avocar la competencia, por lo cual no cumplió con el requisito establecido en el penúltimo inciso del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, para poder alegar la causal de competencia en sede del recurso de anulación.

**2.1.3. Consideraciones de la Sala**

Uno de los hitos más importantes en el proceso arbitral es la primera audiencia de trámite, en la cual se profiere el auto mediante el cual el propio Tribunal de Arbitramento decide sobre su competencia. De acuerdo con el artículo 30 de la Ley 1563 de 2012[[34]](#footnote-34), esa decisión solo es susceptible de recurso de reposición.

Por ello, si una parte no está de acuerdo con la competencia que el Tribunal asume y, pese a ello, se abstiene de presentar el recurso de reposición, habrá perdido la oportunidad procesal pertinente y, de acuerdo con el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, no procederá fundar la causal de anulación del laudo en la referida falta de competencia.

Como consecuencia, con apoyo en lo que disponen los artículos 30 y 41 de la Ley 1563 de 2012, se establece que la conducta procesal de las partes, en este caso, el silencio frente a la decisión que profirió el Tribunal de Arbitramento en orden a asumir la competencia en el litigio contra las partes que reseñó en el referido auto[[35]](#footnote-35), tiene un efecto jurídico de trascendental importancia, cual es el del sometimiento a la competencia del Tribunal de Arbitramento y la consecuente pérdida de la oportunidad procesal para alegar en sede del recurso de anulación del laudo, la citada falta de competencia.

Ahora bien, descendiendo a la causal invocada por el Fondo Financiero Distrital de Salud, en el asunto concreto se advierte que, a diferencia de lo que afirmó el impugnante, del texto del Contrato 1372-2010 en el cual se suscitaron las controversias materia del arbitramento, se observa con claridad que el Distrito Capital – Secretaría de Salud, compareció a suscribir el Contrato de Obra 1372 de 2010, en el cual se incorporaron las cláusulas de 25 y 25.3 del clausulado de condiciones especiales, las cuales contienen el pacto arbitral y que, por tanto, está acreditado que el Distrito Capital hizo parte del referido pacto, el cual se invocó como base de la competencia del Tribunal de Arbitramento.

Se destaca, además, que el Distrito Capital fue citado como parte convocada, de acuerdo con los oficios de 13 de noviembre de 2014 y de 5 de diciembre de 2014, emitidos al inicio del trámite por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá[[36]](#footnote-36).

En igual forma, se reseña que el acta de notificación personal de 4 de marzo de 2015, da cuenta de que el apoderado judicial obró en tal diligencia como representante del “**DISTRITO CAPITAL – SECRETARÍA DE SALUD- FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD**[[37]](#footnote-37)”. Por ello, si el Distrito Capital decidió no comparecer y no actuar dentro del proceso arbitral, ello no constituye óbice para que se produjeran las consecuencias jurídicas del sometimiento al referido pacto y de su inactividad en el proceso arbitral.

Es de la mayor importancia observar que el Tribunal de Arbitramento estableció en la Primera Audiencia de Trámite los extremos de la litis, con fundamento en los cuales definió su competencia. En esa actuación se ocupó de identificar a las partes de la controversia arbitral, en forma concreta y separada; en primer lugar identificó a la parte convocada, la cual consideró integrada por el Distrito Capital – Secretaría Distrital de Salud y el Fondo Financiero Distrital de Salud, identificados cada uno, en párrafos independientes, con alusión a su respectiva naturaleza jurídica.

Como consecuencia, no se puede aceptar que existió un desbordamiento de la competencia del Tribunal de Arbitramento al momento de proferir el laudo arbitral.

**2.2. Segundo cargo. Fallo en conciencia**

El impugnante presentó como causal de anulación del laudo arbitral el fallo en conciencia, con fundamento en el numeral 7 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, que dispone:

*“Artículo 41. 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”.*

**2.2.1. Consideraciones generales del impugnante acerca del fallo en conciencia**

El impugnante invocó el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, de acuerdo con el cual, en los Tribunales en que intervenga una entidad pública, si las controversias han surgido con ocasión de un contrato estatal, el fallo debe proferirse en derecho. Destacó que ello significa una salvaguarda al orden público y que de acuerdo con lo que ha expresado el Consejo de Estado, el Tribunal debe ajustarse tanto a las reglas adjetivas que regulan el proceso arbitral como a las normas sustantivas que rigen el derecho pretendido[[38]](#footnote-38).

Distinguió entre la decisión equivocada y el supuesto del fallo en conciencia; advirtió que en el caso de la causal de anulación por fallo en conciencia la argumentación jurídica debe ser inexistente o producto de razonamientos personales sin atención al régimen legal[[39]](#footnote-39).

Presentó un recuento de los criterios definitorios del fallo en conciencia, así: **i)** que la circunstancia aparezca de manifiesto en el laudo; **ii)** que la decisión no se apoye en derecho positivo vigente; **iii)** que el fallo se dicte en equidad, salvo que ésta última se utilice como criterio auxiliar; **iv)** que la labor de hermenéutica lleve a un efecto no asignado por el contrato, por las actuaciones procesales, o se aparte de la ley; **v)** que se trate de una condena sin consideración a las pruebas; **vi)** que no se constituya una vía de hecho, caso en el cual, de acuerdo con lo que expuso el impugnante, la acción pertinente es la acción de tutela, en lugar del recurso de anulación del laudo arbitral; **vii)** que no se trate de una decisión equivocada, sino que, en resumen, se tipifique el apartamiento de la ley y la resolución del conflicto contractual de conformidad con el criterio particular del juzgador, no estando autorizado para ello.

**2.2.2. Consideraciones de la Sala acerca de los requisitos para acreditar la ocurrencia de la causal por fallo en conciencia**

De conformidad con el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012 se distingue el arbitraje en conciencia, por contraposición a la referencia al arbitraje en derecho, el cual se impuso como obligatorio para los Tribunales de Arbitramento en que intervenga una entidad pública, así:

*“Artículo 1°. Definición, modalidades y principios. El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice.*

*“El arbitraje se rige por los principios y reglas de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción.*

*“El laudo arbitral es la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje.* ***El laudo puede ser en derecho, en equidad o técnico.***

*“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****”.* (La negrilla no es del texto).

El Consejo de Estado ha elaborado el concepto del fallo en conciencia para efectos de la causal de anulación del laudo arbitral, en múltiples providencias, algunas de las cuales se siguieron por el impugnante para apoyar sus argumentos acerca de los criterios definitorios del fallo en conciencia.

En esas providencias, se ha formulado una definición, de carácter general, según la cual *“el fallo en conciencia es aquel en el que el juzgador se apoya en su íntima convicción, no da razones de su decisión o prescinde de toda consideración jurídica o probatoria”*[[40]](#footnote-40).

De manera más detallada se ha reflexionado sobre el fallo en conciencia, así:

*“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. En este orden de ideas, lo que se reprocha de un fallo en conciencia es la desestimación que el juez hace de las reglas jurídicas que delimitan la valoración de ciertos temas, aspectos y condiciones para proceder en el ordenamiento jurídico, social, comercial, etc., que se encuentran predeterminadas y valoradas por órganos usualmente dotados de legitimidad para expedir esas disposiciones –por ejemplo, el Congreso y el Gobierno- y que el juez debe aplicar. En este sentido, la libertad de formas y de contenido jurídico no está a disposición de los árbitros, que deben acatar las reglas predispuestas por el ordenamiento, así que su inobservancia hace incurrir al laudo en una decisión dictada en conciencia, puesto que la manera como resuelve el conflicto se fundamenta en una idea de justicia personal o individual, y esta forma de razonar la justicia hace abstracción de las reglas positivas vigentes –salvo voluntad del mismo juez en sentido contrario-, pero en realidad estas disposiciones son las que le interesan al sistema jurídico que se observen cuando se dicta un laudo donde es parte una entidad estatal”[[41]](#footnote-41).*

La Corte Constitucional, en providencia de unificación proferida en sede de tutela, puntualizó que en el estudio de la causal de fallo conciencia, el Consejo de Estado no puede fundar la anulación del laudo arbitral, basándose en la interpretación diferente de las reglas del contrato o en la diversa apreciación de las pruebas sobre las cuales el Tribunal de Arbitramento estructuró su decisión[[42]](#footnote-42).

En este orden de ideas, en lo que importa para el asunto que ahora ocupa la atención de la Sala, la prosperidad de la causal de anulación del laudo arbitral por el fallo en conciencia requiere evidenciar: **i)** que el laudo se apartó del derecho[[43]](#footnote-43) y **ii)** que esa circunstancia se encontró de manifiesto en el laudo arbitral.

**2.2.3. Argumentos del fallo en conciencia por el apartamiento del contrato, de las pruebas y de la ley aplicable**

El impugnante se refirió concretamente a los eventos que se describen a continuación, para acreditar la causal de fallo en conciencia en el laudo impugnado:

**2.2.3.1.** En primer lugar, se refirió a la decisión resolutiva primera consistente en declarar el cumplimiento del Contrato 1372-2010, a pesar de reconocer los remates y detalles pendientes de entrega.

Citó unos párrafos de las consideraciones realizadas por el Tribunal de Arbitramento en los cuales no aparece referencia normativa alguna y advirtió que tampoco se reseñó una prueba concreta sobre la cual se procedió a declarar que la obra contratada *“se llevó a cabo y fue entregada”.*

**2.2.3.2.** El Consorcio demandante indicó que: **i)** el impugnante pretende que el Consejo de Estado reabra un debate concluido en dos laudos arbitrales; **ii)** el Tribunal de Arbitramento obró en cumplimiento de la obligación de motivar los fallos de manera breve y precisa, de conformidad con lo previsto en los artículos 279 y 280 del Código General del Proceso; **iii)** las pruebas -que según el Consorcio demandante fueron evidentemente revisadas por el Tribunal de Arbitramento-, indican que los detalles de obra pendientes podían ser corregidos en el período de *“responsabilidad de defectos”* sin que el Consorcio incurriera, por ello, en incumplimiento del contrato; **iv)** el impugnante cuestionó las consideraciones jurídicas realizadas por el Tribunal.

**2.2.3.3.** **Consideraciones de la Sala acerca del fundamento para la declaratoria de cumplimiento del Contrato 1372-2010**

En el capítulo segundo, contentivo de las *“Consideraciones del Tribunal”*, el laudo arbitral entró en el estudio de cada una de las pretensiones frente al contenido del Contrato de Obra.

Antes de desatar la pretensión primera, el Tribunal de Arbitramento transcribió parcialmente los argumentos de cada una de las partes, en torno del cumplimiento del contrato.

Allí reseñó que según el Consorcio demandante, a la terminación del plazo contractual, las *“supuestas 70 actividades por ejecutar, que el mismo Contratante reconoce, eran ‘remates’ y ‘detalles’, se encontraban dentro del periodo de responsabilidad por defectos (cláusula 35.1. de las Condiciones Especiales del Contrato)”*[[44]](#footnote-44).

En la misma forma, el Tribunal de Arbitramento transcribió parcialmente los argumentos expuestos por el demandado, según los cuales, la postura de no pago de las sumas reclamadas se apoyó en el oficio de 3 de diciembre de 2012, suscrito por el Director de Interventoría[[45]](#footnote-45), en el cual se relacionó la persistencia de los asuntos pendientes y se advirtió que aún vencido el término de 30 días adicionales para atender los detalles -el cual advirtió que debía contarse a partir de 31 de octubre de 2012, fecha de vencimiento de la última prórroga- la obra continuaba inconclusa.

A continuación, en el laudo arbitral, el Tribunal de Arbitramento expuso la decisión de declarar cumplido el contrato con fundamento en la entrega de la obra contratada, en el tratamiento que dio el Contrato a los remates y detalles y en la falta de prueba específica sobre lo ocurrido con los mismos, así:

*“Para el Tribunal, es claro que la obra contratada, esto es la reposición del Centro de Atención Médica CAMI Chapinero se llevó a cabo y fue entregada por el consorcio a la convocada. El hecho de que hayan quedado remates o detalles por corregir, que por lo demás tenían un tratamiento específico en el Contrato, no puede conducir al Tribunal a declarar que el contratista incumplió el contrato.*

*“Por consiguiente el Tribunal habrá de declarar la prosperidad de la pretensión primera de la demanda, sin perjuicio de la responsabilidad que le asiste a la Convocante por los ‘remates’ y ‘detalles’ que quedaron pendientes, los cuales no han sido objeto de prueba específica en este proceso ni de pronunciamiento particular por parte del Tribunal”[[46]](#footnote-46).*

También, el Tribunal de Arbitramento regresó a las razones por las cuales consideró cumplido el contrato, en el acápite relacionado con las obras ejecutadas y no pagadas. En ese punto calificó el cumplimiento del Contrato 1372-2010 como material y accedió a las pretensiones sobre el pago del acta 20, referida al último corte de obra ejecutada, con fundamento en el siguiente razonamiento.

*“El Consorcio cumplió materialmente con el objeto contratado e hizo entrega de la obra que se le encomendó ejecutar, sin perjuicio claro está, de la responsabilidad que asume por los “remates” y “detalles” que quedaron pendientes.*

*“Así las cosas para el Tribunal no es válido que la entidad contratante se abstenga de pagar un acta que se refiere a obras ejecutadas por el Consorcio contratista alegando la no terminación de las obras. Por lo demás, si el consorcio dejó de ejecutar alguno de los trabajos que le correspondía el mismo contrato prevé otros remedios y otras consecuencias que las entidades contratantes debieron reclamar”[[47]](#footnote-47).*

De las anteriores consideraciones es evidente que el Tribunal de Arbitramento acogió los argumentos del Consorcio demandante, los cuales había citado previamente.

Además, de su razonamiento salta a la vista que el Tribunal de Arbitramento apoyó las consideraciones acerca del cumplimiento del Contrato 1372-2010, en que en el texto contractual las partes habían acordado un tratamiento especial, *“otros remedios y consecuencias”*, para los detalles pendientes y, en ese sentido, consideró que la obra fue entregada, de donde concluyó que tuvo lugar el cumplimiento material del objeto contractual.

Ahora bien, es posible que la referida motivación del laudo arbitral se aprecie como muy escueta y que el impugnante eche de menos otras consideraciones sobre algunos argumentos expuestos en la contestación de la demanda, como por ejemplo, el plazo final del contrato y el cómputo concreto del término para atender la responsabilidad por defectos, en lo cual estribó una parte importante de la argumentación de la contestación de la demanda.

Sin embargo, aunque simple, en torno a la decisión correspondiente a la pretensión primera de la demanda, esto es, a la declaración de cumplimiento del Contrato 1372-2010, el laudo arbitral no se manifiesta como apartado de la ley, toda vez que con claridad indicó que se fundó en el Contrato y, de acuerdo con el artículo 1602 del Código Civil, el mismo es una ley para las partes.

Además, es claro que la alusión al tratamiento especial de los asuntos pendientes en el Contrato, cumplió con la concreción requerida, toda vez que, de la lectura del laudo arbitral, resulta evidente que se refirió al soporte contractual contenido en la cláusula 35 que había citado dentro de los argumentos del Consorcio demandante, los cuales reseñó, en forma previa a su consideración.

Por otra parte, aunque el impugnante alega la falta de identificación de las pruebas, se tiene presente que el Tribunal aludió al contenido del Contrato y que observó que no hubo pruebas acerca del tratamiento final de los asuntos que aún continuaban pendientes, sobre los cuales consideró que el Consorcio contratista era responsable, pero que no podía entrar a resolver sobre ellos, a falta de la prueba correspondiente.

Se puntualiza que, en sede del recurso de anulación que ahora ocupa la atención de la Sala, no hay lugar a fundar la causal de fallo en conciencia en la supuesta falta de profundidad en el análisis de la carga de la prueba, toda vez que ese argumento se ubica en el campo de la forma como fueron apreciadas las pruebas y no constituye un evento de fallo en conciencia.

Por esta razón, concluye la Sala que carece de evidencia acerca del supuesto apartamiento del derecho o de la ausencia de pruebas en el apoyo la decisión primera del laudo arbitral, por cuanto, por el contrario, es manifiesto que la decisión acerca del cumplimiento del contrato se fundó en el contenido del mismo frente al tratamiento de los detalles pendientes.

Por tanto, en el evento que se viene considerando, resulta improcedente la causal por el fallo en conciencia.

**2.2.3.4.** El segundo evento en el que el impugnante se apoyó para invocar el fallo en conciencia fue el de la condena correspondiente al reconocimiento de la obra extra, derivada, según el laudo arbitral, *“de las instrucciones de la contratante y/o de la interventoría, o bien por las necesidades propias de la obra, todas ellas íntimamente ligadas al objeto contractual”[[48]](#footnote-48)*.

La parte impugnante observó que la condena acogió directamente el mayor valor del costo de la obra, de acuerdo con la cifra que arrojó el dictamen, pero, a su juicio, resultó carente de apoyo legal, toda vez que el laudo arbitral no identificó el incumplimiento de un débito obligacional, en relación con la referida pretensión acerca de la obra extra.

Agregó que la condena impuso una obligación de pago contraria al artículo 2060 del Código Civil, de acuerdo con el cual, en caso de agregaciones o modificaciones de la obra, no se podrá exigir aumento de precio, salvo que se hubiere ajustado un precio particular para dichas agregaciones.

Reiteró que, a su juicio, en el evento de la obra extra el laudo arbitral careció de toda hermenéutica jurídica, puesto que no hizo referencia al Contrato ni a la ley, menos aún identificó la prueba de la obligación para imponer el pago del mayor costo que se liquidó en el dictamen.

**2.2.3.5.** El Consorcio demandante observó que el impugnante reconoció en su recurso de anulación que el laudo arbitral se fundó en el dictamen pericial.

De allí se establece que, en realidad, lo que cuestionó fue la valoración de la prueba–supuestamente indebida- realizada por el Tribunal de Arbitramento.

Agregó que de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, la falta de motivación del laudo no constituye fallo en conciencia y, por otra parte, advirtió que el recurso de anulación no es un escenario para controvertir cómo el Tribunal de Arbitramento interpretó la demanda.

**2.2.3.6. Consideraciones de la Sala acerca del reconocimiento de la obra extra frente a la configuración del fallo en conciencia**

Para resolver el punto del fallo en conciencia, en relación con la obra extra, se hará previamente un recuento del contenido del laudo arbitral en el punto impugnado.

En primer lugar, el Tribunal de Arbitramento transcribió los principales argumentos de cada una de las partes acerca de la controversia sobre la obra extra reclamada en la demanda y luego expuso sus consideraciones para fundar la condena.

Reseñó que el Consorcio demandante advirtió *que “lograr un acuerdo sobre los precios* [de las obras adicionales] *fue complicado, más aún cuando ya se le habían or*denad*o las obras al Contratista y éste había ejecutado muchas de ellas (…)”*. Citó igualmente que el Consorcio demandante afirmó que: *“El contratante también reconoció la necesidad de adicionar el proyecto, y ya había destinado recursos para ello como lo demuestra el correo del 4 de octubre de 2012 de la interventoría (…)”*.

Por otra parte, transcribió los argumentos del demandado, en los cuales advirtió que el Consorcio y el perito presentado por la parte demandante *“sólo se basaron en la lista de cantidades de obra ejecutadas, sin probar si la cotización de dichos ítems fue aprobada….”*. Citó que el demandado advirtió la falta de aprobación de la obra extra, de acuerdo con los procedimientos contractuales establecidos por las partes y que invocó la jurisprudencia de unificación acerca de la *‘actio in rem verso’*, de conformidad con la cual no podía ser impuesto el pago de los costos de la obra extra ejecutada sin la existencia previa de un contrato que los cobije[[49]](#footnote-49).

Ahora bien, el laudo arbitral identificó que la obra extra reclamada correspondía a los rubros de mayores valores en los ítems de: excavaciones y rellenos, instalaciones eléctricas, mampostería, puertas y ventanas, instalaciones para gases medicinales e instalaciones mecánicas.

En cuanto a las consideraciones que se demandaron como constitutivas del fallo en conciencia, en el punto 2.3, titulado *“****Obra extra no pagada y utilidad sobre obra extra no pagada****”*, después de transcribir los argumentos de las dos partes –ya reseñados- el Tribunal de Arbitramento manifestó lo siguiente:

*“Vistas las posiciones de las partes, encuentra el Tribunal que, a diferencia de lo que sostiene la parte Convocada, en efecto quedó acreditado en el proceso****, con el dictamen pericial técnico****[[50]](#footnote-50) aportado por la Convocante* ***que en la ejecución del contrato se llevaron a cabo por parte del Consorcio contratista obras extras, derivadas de instrucciones de la Contratante y/o de la Interventoría o bien por necesidades propias de la obra, todas ellas ligadas al objeto contractual.***

*“En efecto el referido dictamen señala:*

*‘C. Conclusión[[51]](#footnote-51)*

*‘El perito estableció ‘el valor total de los costos directos en que incurrió el Consorcio para ejecutar las obras que tuvieron variaciones (obra extra), como observa el siguiente resumen (…).*

[Aquí el laudo transcribe los cuadros contentivos de los valores establecidos por el perito según las columnas tituladas INFORME CONTABLE - COSTO DIRECTO EJECUTADO e INFORME INTERVENTOR - SIN AIU COSTO DIRECTO].

*“Como se observa en el siguiente cuadro, ‘obtenidos los datos anteriores’, se indica el ‘costo directo que no ha sido pagado al Consorcio’.*

[Aquí el laudo inserta el cuadro correspondiente al cálculo de la diferencia de los dos valores antes discriminados]

*‘el costo directo que no ha sido pagado al Consorcio asciende a $1.025’003.824,97’*.

*‘Obtenido el costo directo que ejecutó el Consorcio y que no ha sido reconocido al mismo, se puede calcular la utilidad dejada de percibir con base en el AIU establecido en el Contrato o sus anexos.*

[aquí el laudo transcribe el cuadro del dictamen en el que se calculó la utilidad sobre la obra extra no pagada].

*‘…la utilidad dejada de percibir con base en el AIU establecido en el Contrato es de $61’5000.229.50’.* (La negrilla no es del texto).

El razonamiento del Tribunal de Arbitramento, continuó, textualmente, de la siguiente forma:

*“Las conclusiones* ***del dictamen pericial técnico****[[52]](#footnote-52) no fueron controvertidas por la Parte Convocada. Por lo demás* ***el Tribunal estima que los análisis y las conclusiones expuestas por el perito se encuentran adecuadamente sustentadas y por tanto serán acogidas******por el Tribunal para despachar favorablemente las pretensiones*** *bajo estudio relacionadas con las obras extras no pagadas y la utilidad sobre las mismas condenando a la Convocada a pagar la suma de $1.025’003.824,97 por obras extras no pagadas y la suma de $61’500.229,50 por la utilidad que habría de recibir para la ejecución de tales obras.*

*“****Adicionalmente el Tribunal habrá de condenar a la Parte Convocada a pagar los intereses moratorios*** *a la tasa pactada por las partes del Contrato sobre las sumas anteriores desde el 4 de marzo de 2015, fecha de notificación del auto admisorio de la demanda (fecha de constitución en mora), hasta la fecha de este laudo, los cuales ascienden a la suma de $205’767.412 calculada sobre la obra extra no pagada y a la suma de $12´346.045 calculada sobre la utilidad de la obra extra no pagada*”. (La negrilla no es del texto).

[Aquí terminan las consideraciones del Tribunal de Arbitramento en relación con la obra extra – punto 2.3 del laudo arbitral[[53]](#footnote-53)].

La Sala advierte que no le asiste la razón al impugnante, toda vez que el laudo arbitral identificó con claridad el apoyo de la prueba pericial y consideró la obligación de pago de la obra extra, como parte del contrato.

El Tribunal de Arbitramento estimó que la obra extra contaba con las autorizaciones de la interventoría y/o del contratante, o que debía pagarse por corresponder a “*las necesidades propias de la obra, todas ellas íntimamente ligadas al objeto contractual”*.

En el mismo sentido, se tiene que observar que en el laudo afirmó que “*los análisis y las conclusiones expuestas por el perito se encuentran adecuadamente sustentadas”.*

Se hace notar que en relación con las razones de la decisión acerca del pago de la obra extra, de la utilidad e intereses moratorios sobre la misma, el laudo arbitral no refirió una cláusula contractual o una disposición legal que obligara al pago de los mayores costos de obra, empero, invocó las conclusiones del dictamen y la circunstancia de que, a juicio del Tribunal de Arbitramento, la obra extra se encontraba autorizada y/o hacía parte del objeto contractual.

Como consecuencia, formalmente no se encuentra manifiesto el apartamiento del laudo arbitral en relación con el derecho aplicable, debido a que evidentemente se identificó con el contrato y de allí se desprendió el vínculo obligacional en el cual se fundó para imponer el pago de los costos de obra extra.

Además – se repite- el laudo invocó los fundamentos expuestos por el perito, por manera que existió una apreciación de las pruebas, las cuales se examinaron a la luz del contrato, lo cual lleva a concluir que se falló en derecho y no en conciencia.

La Sala estima que aunque, eventualmente, el reconocimiento del mayor costo hubiera podido ser estudiado desde el ángulo de la ejecución en los plazos de reparación de defectos, con apoyo en el contrato, o desde la perspectiva del desequilibrio contractual que se demandó en forma subsidiaria, lo cierto es que el recurso de anulación no se puede abrir paso con fundamento en la diferente apreciación de la ley, del contrato o de la prueba, toda vez que el proceso arbitral, tal como lo regula la Ley 1563 de 2012, es de única instancia y, por ello, no procede en sede de anulación desplegar las potestades del fallador de segunda instancia. Sostener lo contrario implicaría anular el laudo e imponer una valoración, interpretación o razonamiento distinto del que adoptó el Tribunal de Arbitramento, desbordando el carácter excepcional del recurso de anulación del laudo y el alcance de la jurisdicción que las partes han conferido a los árbitros.

Con fundamento en lo anterior, no prosperará la causal de anulación invocada por el fallo en conciencia en relación con las condenas impuestas a la parte pública contratante en materia del pago de las obras extras, la utilidad sobre las mismas y los intereses moratorios que liquidó sobre ambos conceptos**.**

**2.2.3.7.**  El impugnante identificó como tercer evento constitutivo del fallo en conciencia la resolución de las excepciones propuestas por la parte convocada.

Explicó que en la parte correspondiente al análisis de las excepciones, el laudo arbitral se limitó a invocar las razones *“ya expuestas”*; pero no presentó consideraciones acerca de los elementos estructurantes de los medios exceptivos propuestos por la parte demandada

Concluyó el impugnante, que las excepciones se desecharon con base en consideraciones subjetivas y personales del Tribunal de Arbitramento.

Luego, se detuvo en recordar cuáles fueron las excepciones propuestas, sobre lo cual se resume lo siguiente: **i)** de acuerdo con las excepciones propuestas, el régimen legal del contrato era el derecho privado y no las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007; **ii)** el Consorcio violó el principio de la buena fe contractual, por cuanto no reclamó los ajustes en la oportunidad en la que negoció las distintas prórrogas, asunto del cual se apartó el laudo arbitral. Agregó que, por ello, el laudo arbitral desconoció el efecto jurídico de los actos propios y la jurisprudencia acerca de la obligatoriedad de los plazos y prórrogas, en la cual se ha fundado el reproche del Consejo de Estado a la conducta del contratista cuando suscribe las prórrogas y luego, solo al finalizar el contrato, presenta reclamaciones por el mayor tiempo de duración del contrato; **iii)** en las excepciones que expuso, puntualizó que el Consorcio demandante no dio aviso de la ocurrencia de eventos compensables que reclamó en el proceso, ante lo cual se tiene por establecido que no cumplió con las condiciones para reclamarlos; **iv)** citó, también, las excepciones basadas en la inaplicabilidad del principio de la responsabilidad contractual contenido en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993 y, finalmente, **v)** la existencia de obras adicionales ejecutadas por fuera del plazo contractual, configurando hechos cumplidos y la falta de competencia del Tribunal de Arbitramento, en cuanto que tales hechos debían ser discutidos a través de la acción de reparación directa[[54]](#footnote-54).

**2.2.3.8.** El Consorcio demandante observó que del contenido del laudo arbitral es evidente que el Tribunal de Arbitramento sí tomó en cuenta las excepciones, pero las desechó.

Hizo notar que el Tribunal de Arbitramento acogió los argumentos de la parte convocada en cuanto a la ley aplicable y en relación con la denegación de los costos de administración, empero desestimó los medios exceptivos en relación con el incumplimiento del Consorcio contratista. Afirmó que todo ello se encontró fundado en los argumentos expuestos en el laudo arbitral y que no era necesario repetirlos nuevamente al momento de resolver acerca de las excepciones.

**2.2.3.9. Consideraciones de la Sala en torno de la resolución de las excepciones**

Es cierto que acerca de la decisión en torno de las excepciones propuestas, el laudo se remitió a las consideraciones ya expuestas. No obstante, la Sala advierte que el impugnante entró a exponer las razones por las cuales las excepciones han debido prosperar, esto es, invocó supuestos errores *“in judicando”*, sobre los cuales no se puede estructurar el fallo en conciencia.

Además, de acuerdo con lo que se refiere a continuación, no es cierto que el Tribunal de Arbitramento hubiera dejado de considerar los argumentos de las excepciones.

En efecto, al introducir el análisis de las pretensiones relacionadas con los eventos concretamente reclamados, el Tribunal de Arbitramento indicó su postura sobre las excepciones referidas a la ley aplicable al contrato, con fundamento en la cláusula 3.1. del Contrato y el artículo 27 del Código Civil y concluyó:

*“Para el caso que nos ocupa resulta que el Contrato, ley para las partes, no da lugar a dudas por lo preciso de su tenor literal. En razón de la naturaleza de entidades estatales, que cobija a las entidades del Distrito, se trata de un contrato estatal, sujeto a derecho privado”[[55]](#footnote-55).*

En este orden de ideas, puede que se comparta o no la postura, pero se entiende que el Tribunal de Arbitramento resolvió sobre las excepciones relacionadas con la ley aplicable para efecto de las pretensiones basadas en la Ley 80 de 1993, en la medida en que acogió los argumentos acerca de la aplicación del derecho privado, que precisamente invocó la parte convocada.

En relación con las excepciones basadas en el supuesto incumplimiento del Consorcio contratista se tiene presente que el Tribunal de Arbitramento consideró que el Consorcio contratista había cumplido materialmente el Contrato 1372 de 2010, según se expuso en las consideraciones relacionadas con la pretensión primera y con la pretensión de pago del Acta 20, tal como se transcribió en esta providencia.

Como consecuencia, no hay lugar a invocar el fallo en conciencia por razón de la forma como fueron resueltas las excepciones antes referidas, esto es, a través de la alusión a las razones *“ya expuestas”*.

Por otra parte, como ya se ha indicado en esta providencia, en relación con las excepciones referidas a la obra extra no reconocida por la parte contratante, de acuerdo con lo ya expuesto en el segundo evento de la causal de fallo en conciencia, se observa que el Tribunal de Arbitramento fundó la condena en el hecho de que la obra extra estaba incluida en el contrato y en que el dictamen la liquidó en la forma que el juzgador apreció como procedente.

Como consecuencia, el fallo en conciencia no se configura por que se hayan dejado de considerar los argumentos de la “*accio in rem verso”* que invocó el impugnante,ni tampoco se puede argüir la falta de motivación sobre ese aspecto.

**2.3. Causal octava de anulación. Incongruencia del laudo arbitral**

*“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”.*

**2.3.1.** El impugnante expuso su argumentos bajo el siguiente acápite*; “El demandante incumplido no puede hallar favorables declaraciones de condena en contra del co-contratante, entidad pública”.*

Especificó que aunque el Tribunal demeritó el alcance de los detalles y remates pendientes, *“por su solo enunciado dan evidencia de constituir importantes elementos de la obra contratada*[[56]](#footnote-56)”.

En este acápite, el impugnante reseñó la incongruencia de la decisión de declarar cumplido el contrato frente a la consideración de que el pago del Acta de Obra 20 se ordenaba a favor del Consorcio demandante, *“sin perjuicio, claro está, de la responsabilidad que asume por los remates y detalles que quedaron pendientes*”[[57]](#footnote-57).

Indicó que con el escrito de solicitud de aclaraciones cumplió con el requisito de la causal 8 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, en cuanto las disposiciones contradictorias fueron alegadas oportunamente ante el Tribunal Arbitral, en la solicitud de aclaración presentada.

Invocó los artículos 1609 y 1546 del Código Civil, la jurisprudencia acerca de la excepción de contrato no cumplido y la falta de apreciación del cumplimiento en las obligaciones en el contrato bilateral, en respeto de lo cual el laudo arbitral ha debido fallar reconociendo la responsabilidad del Consorcio contratista.

**2.3.2.** De acuerdo con lo que expuso el Consorcio demandante, toda la argumentación del impugnante está enfocada en que el consorcio no podía alegar el incumplimiento de la parte contratante, porque supuestamente también había incumplido, de manera que se pretende reabrir al debate sobre la excepción de contrato no cumplido, la cual no se probó en el proceso arbitral.

El Consorcio demandante, agregó, por otra parte, que la causal 8 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, corresponde a la consagrada en el artículo 1818 de 1998 y que – a diferencia de lo que expuso el impugnante- la nueva ley no incluyó en este punto otros eventos de anulación, por manera que sólo se refiere a la existencia de disposiciones contradictorias dentro de la parte resolutiva, lo cual no tuvo lugar en el laudo impugnado.

**2.3.3. Consideraciones de la Sala acerca de las disposiciones contradictorias en el laudo arbitral**

La Sala advierte que el impugnante entiende que existe una contradicción entre la responsabilidad por los detalles pendientes, a la cual se refirió el Tribunal de Arbitramento en la parte considerativa del laudo y la decisión de declarar cumplido el Contrato 1372-2010.

De acuerdo con las consideraciones del Tribunal de Arbitramento en el tópico de los detalles pendientes y en el del cumplimiento del contrato- ya transcritas en esta providencia- salta a la vista que la decisión de declarar cumplido el contrato se fundó en que, a juicio del Tribunal de Arbitramento, el Consorcio contratista cumplió materialmente con el objeto contractual y que los detalles pendientes tenían otros remedios y consecuencias, de acuerdo con las cláusulas del mismo contrato.

Frente a dicha argumentación, se debe advertir que en sede del recurso de anulación no hay lugar a reabrir el debate acerca de la excepción de contrato no cumplido, la cual evidentemente no prosperó en el proceso arbitral[[58]](#footnote-58).

Finalmente, se advierte que de acuerdo con el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012:

***“****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”.*

Como consecuencia, no procede la causal 8 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

**2.3.4. Anotación final sobre el alcance de las disposiciones contradictorias que configuran la causal 8 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012**

La Sala advierte que la causal contenida en el numeral artículo 8 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 no se restringe a las contradicciones entre dos puntos resolutivos del laudo arbitral, puesto que comprende también las contradicciones en la parte motiva que influyen en la parte resolutiva, tal como lo consagra la referida disposición al establecer: “*siempre que estén comprendidas en la parte resolutiva* ***o influyan en ella”.*** (se destaca en negrilla).

**3. Costas**

De conformidad con el artículo 42 de la Ley 1563 de 2012, corresponde definir y liquidar en esta sentencia la condena en costas, según lo dispone la siguiente norma especial aplicable al trámite del recurso de anulación del laudo arbitral:

*“Artículo 42. Trámite del recurso de anulación. La autoridad judicial competente rechazará de plano el recurso de anulación cuando su interposición fuere extemporánea, no se hubiere sustentando o las causales invocadas no correspondan a ninguna de las señaladas en esta ley.*

*“Admitido el recurso, el expediente pasará al despacho para* ***sentencia****, que deberá proferirse dentro de los tres (3) meses siguientes.* ***En ella*** *se* ***liquidarán******las condenas y costas*** *a que hubiere lugar”.* (La negrilla no es del texto).

Por su parte, el artículo 43 de la Ley 1563 de 2012 dispone que si el recurso de anulación no prospera, se declarará infundado y se condenará en costas a la parte que interpuso el referido recurso, así:

*“Si el recurso no prospera se condenará en costas al recurrente, salvo que dicho recurso haya sido presentado por el Ministerio Público”.*

En este asunto no aparecen acreditados expensas o gastos que se hubieren efectuado con ocasión del recurso de anulación, razón por la cual sólo habrá lugar a la condena por las agencias en derecho que se estiman en este caso dentro del marco del Acuerdo No. 1887 del 26 de junio de 2003, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y de conformidad con la complejidad y la duración de la actuación que tuvo que desplegar la parte vencedora dentro del respectivo recurso.

Por lo anterior, se fijan las agencias en derecho a cargo de la entidad que presentó el recurso extraordinario de anulación, el cual será denegado en esta providencia, en la suma equivalente a quince (15) salarios mínimos legales mensuales.

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

##### F A L L A

**PRIMERO: DECLARAR INFUNDADO** el recurso de anulación propuesto contra el laudo proferido el 11 de marzo de 2016[[59]](#footnote-59), por el Tribunal de Arbitramento instaurado por Castell Camel S.A.S. y Pórticos Ingenieros Civiles S.A., integrantes del consorcio Castell Pórticos contra el Distrito Capital -Secretaría de Salud y el Fondo Financiero Distrital de Salud.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas al Fondo Financiero Distrital de Salud, y, por consiguiente, a pagar a la parte demandantela suma equivalente a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, que serán liquidados a la fecha de la presente providencia.

**TERCERO: LEVANTAR LA SUSPENSIÓN** de la ejecución del laudo arbitral que fue ordenada mediante providencia del 14 de junio de 2016.

**CUARTO:** Por Secretaría, expídanse a las partes, copias auténticas de esta providencia y su constancia de ejecutoria.

**QUINTO:** En firme la providencia, se ordenadevolver el expediente al Tribunal de Arbitramento por conducto de la Secretaría.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**HERNÁN ANDRADE RINCÓN**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. Establecimiento Público del Orden Distrital, creado por Acuerdo 20 de 1990, según texto obrante al folio 326, cuaderno 1. En adelante podrá denominarse: el Fondo, el demandado, o el impugnante. [↑](#footnote-ref-1)
2. El texto del laudo quedó con fecha 11 de marzo de 2016, *“por error” –siendo la fecha correcta 16 de marzo de 2016-* de acuerdo con la certificación de 9 de junio de 2016, expedida por el Secretario del Tribunal de Arbitramento, folio 486, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-2)
3. *“(…) como ya lo mencionó el Tribunal al fallar la pretensión primera de la demanda, el Consorcio cumplió materialmente con el objeto contratado e hizo entrega de la obra que se le encomendó ejecutar, sin perjuicio, claro está, de la responsabilidad que asume por los remates y detalles que quedaron pendientes”.* Folio 404, laudo arbitral, cuaderno principal, recurso de anulación. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 396 y 397, laudo arbitral, cuaderno principal del recurso de anulación. [↑](#footnote-ref-4)
5. Clausulado segundo de la parte resolutiva del laudo arbitral, folio 411, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folio 400, laudo arbitral, cuaderno principal del recurso de anulación. [↑](#footnote-ref-6)
7. Clausulado cuarto de la parte resolutiva del laudo arbitral, folio 411, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-7)
8. Clausulado sexto de la parte resolutiva del laudo arbitral, folio 411, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-8)
9. Clausulado quinto de la parte resolutiva del laudo arbitral, folio 411, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-9)
10. Clausulado séptimo de la parte resolutiva del laudo arbitral, folio 411, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folio 403. laudo arbitral, cuaderno principal del recurso de anulación. [↑](#footnote-ref-11)
12. Clausulado Noveno de la parte resolutiva del laudo arbitral, folio 411, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-12)
13. Folio 406, laudo arbitral, cuaderno principal del recurso de anulación, clausulado décimo y décimo primero de la parte resolutiva del laudo arbitral, folio 412.

    [↑](#footnote-ref-13)
14. Folio 407. laudo arbitral, cuaderno principal del recurso de anulación. [↑](#footnote-ref-14)
15. Cláusulas 25 de Condiciones Generales y 25 .3 de Condiciones Especiales. [↑](#footnote-ref-15)
16. Demanda obrante en los folios 4 a 66, cuaderno 1 y reforma a la demanda radicada el 14 de julio de 2015, folios 1 a 53, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-16)
17. Antes denominada Constructora Castell Camel Limitada, de acuerdo con el certificado de constitución y gerencia, obrante en los folios 69 a 71, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-17)
18. Documento de conformación del consorcio y sus otrosíes, obrantes en los folios 311 a 317, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-18)
19. Reforma a la demanda, folios 1 a 53, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-19)
20. Pretensiones contenidas en la reforma a la demanda, obrante a los folios 1 a 6, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-20)
21. Acta que se encuentra en los folios 581 a 584, cuaderno de pruebas 7. [↑](#footnote-ref-21)
22. *“Artículo**20.**De la contratación con organismos internacionales. Los contratos o convenios financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades. En caso contrario, se someterán a los procedimientos establecidos en la Ley 80 de 1993. Los recursos de contrapartida vinculados a estas operaciones podrán tener el mismo tratamiento.*

    *“(…).*

    *“Parágrafo 1°. Los contratos o acuerdos celebrados con personas extranjeras de derecho público, podrán someterse a las reglas de tales organismos”.* [↑](#footnote-ref-22)
23. Folio 130, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-23)
24. Folio 169, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-24)
25. Se observa en la cláusula 26.1. de las condiciones especiales del contrato que las partes acordaron: *“La entidad nominadora del Mediador es: Cámara de Comercio de Bogotá D.C.”.* Folio 50, cuaderno de pruebas 1. [↑](#footnote-ref-25)
26. Folio 131, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-26)
27. Folio 507, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-27)
28. Folio 524 a 534, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-28)
29. Página 46 del laudo arbitral, folio 397, cuaderno principal del recurso de anulación. [↑](#footnote-ref-29)
30. El apoderado anexó poder otorgado por el Secretario Distrital de Salud, obrando, este último, en nombre del Fondo Financiero Distrital de Salud y como representante judicial y extrajudicial del Distrito Capital en los procesos en su contra. El recurso se presentó únicamente en representación del Fondo citado.

    [↑](#footnote-ref-30)
31. *El término para interponer el recurso es de 30 días siguientes a la notificación del laudo o desde la providencia que resuelva sobre su aclaración, corrección o adición. La solicitud de aclaraciones se desató en audiencia de 5 de abril de 2016, según se lee en el Acta No. 20, folio 423 cuaderno principal.*  [↑](#footnote-ref-31)
32. Folio 493, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-32)
33. El Distrito Capital es una entidad territorial de carácter especial, de conformidad con el artículo 322 de la Constitución Política y el Fondo Financiero Distrital es un establecimiento público del orden distrital, creado mediante el Acuerdo 20 de 1990. [↑](#footnote-ref-33)
34. *“Artículo 30. Primera audiencia de trámite. Una vez consignada la totalidad de los honorarios y gastos, el tribunal arbitral celebrará la primera audiencia de trámite con la asistencia de todos sus miembros, en la cual resolverá sobre su propia competencia para decidir de fondo la controversia mediante auto que solo es susceptible de recurso de reposición. Si decidiere que no es competente para conocer de ninguna de las pretensiones de la demanda y la reconvención, se extinguirán los efectos del pacto arbitral para el caso concreto, y se devolverá a las partes, tanto la porción de gastos no utilizada, como los honorarios recibidos. En este caso, para conservar los efectos derivados de la presentación de la demanda ante el centro de arbitraje, el demandante tendrá un término de veinte (20) días hábiles para instaurar la demanda ante el juez competente”.* [↑](#footnote-ref-34)
35. El recurso de reposición se refirió a la falta de competencia por un aspecto diferente, cual era la supuesta naturaleza extracontractual de la obra extra. Este tópico se planteó dentro de los eventos de fallo en conciencia el cual será analizado más adelante.

    [↑](#footnote-ref-35)
36. Folios 119 a 124, cuaderno 1, folios 186 y 187, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-36)
37. Folio 323, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-37)
38. Citó la Sentencia de 31 de enero de 2011, expediente 37788. [↑](#footnote-ref-38)
39. Folio 436, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-39)
40. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, sentencia de 18 de enero de 2012, radicación número: 11001-03-26-000-2010-00078-00(40082), actor: Bancolombia, demandado: Fondo de Garantías de Instituciones Financieras – Fogafin, referencia: anulación laudo arbitral. En forma similar se había elaborado el concepto general del fallo en conciencia desde las sentencias de abril 3 de 1992, mayo 4 de 2000 y octubre 2 de 2003 (expedientes 6695, 16766 y 24320) y en la sentencia de 24 de marzo del 2.011, Sección Tercera, Subsección C, Expediente. 38484.

    La definición del fallo en conciencia ha sido objeto de diversas precisiones, dentro de las cuales se indicó que, para los efectos del alcance del recurso de anulación del laudo arbitral, no prospera la causal de fallo en conciencia en el supuesto de que se alegue que el laudo se apoyó en la interpretación errada de la ley, cuando tal argumentación comporta una nueva valoración normativa:

    *“Aunado a lo dicho por la Sala, es oportuno agregar que tampoco se encontraría fundamento alguno para la configuración de la causal en comento en aquellos eventos en los cuales dentro del texto del laudo no se cita o menciona de manera expresa una determinada norma jurídica pero en todo caso se acude al correspondiente texto normativo, aun cuando se aplique de manera errada, pues en tal evento resulta claro que la respectiva decisión sí tiene fundamento jurídico, si se quiere en forma tácita y que, por ende, se profiere en derecho. De manera tal que si el Tribunal incurre en un error en la aplicación o en la interpretación de la norma que rige el asunto –aunque la misma no se invoque expresamente- tal situación lo que en realidad comportaría en sede de la anulación sería una nueva valoración normativa para resolver el litigio, sustituyendo de esta manera al juez arbitral, cuya decisión, por demás, es de única instancia, actuación que claramente escapa al ámbito de competencia legalmente asignado al juez del recurso extraordinario de anulación”.* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia de 3 de diciembre de 2008, radicación: 110010326000200800031 00, expediente: 35287, actor: Conhydra S.A. E.S.P., demandado: municipio de Turbo y Aguas de Urabá, referencia: recurso de anulación de laudo arbitral. [↑](#footnote-ref-40)
41. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, sentencia de agosto 8 de 2012, radicado número: 11001-03-26-000-2012-00010-00(43089), convocante: Instituto Municipal de Tránsito de Pereira – IMTTP, convocado: Compañía Integral de Recuperación de Cartera -Cira S.A.- Jaime y Hernando Lafourie Vega, integrantes del consorcio SIETT Pereira. En esta providencia se declaró infundado el recurso de anulación. Se exponen los criterios definitorios del fallo en conciencia. En ese caso concreto, no prosperó la causal de anulación, toda vez que el laudo se encontró apoyado en el contrato y en la valoración del dictamen pericial. [↑](#footnote-ref-41)
42. SU 173 de 2015. [↑](#footnote-ref-42)
43. Incluyendo dentro de este concepto el Contrato, toda vez que es ley para las partes en los términos del artículo 1602 del Código Civil [↑](#footnote-ref-43)
44. Folio 389, laudo arbitral, cuaderno principal del recurso de anulación, [↑](#footnote-ref-44)
45. Folios 389 y 390, laudo arbitral, cuaderno principal del recurso de anulación [↑](#footnote-ref-45)
46. Página 39 del laudo, folio 390, cuaderno principal del recurso de anulación. [↑](#footnote-ref-46)
47. Página 53 del laudo arbitral, folio 404 cuaderno principal, recurso de anulación del laudo arbitral. [↑](#footnote-ref-47)
48. El impugnante citó la consideración contenida en la página 50 del laudo, obrante al folio 401, cuaderno principal, recurso de anulación. [↑](#footnote-ref-48)
49. Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero ponente Jaime Orlando Santofimio Gambia, sentencia de 19 de noviembre de 2012, expediente 24897. [↑](#footnote-ref-49)
50. El Tribunal de Arbitramento comete un error en la referencia del perito técnico pues a continuación citó el dictamen del perito contable, Ochoa Correa Auditores &B.I. (folios 1 a 67, cuaderno de pruebas 12). No se aludió el contenido del dictamen técnico, elaborado por Jaime D. Bateman Durán, folios 1 a 69, cuaderno de pruebas 4. Este último se refirió a la identificación de los ítems no pactados y ejecutados por el contratista y a los factores que afectaron el desarrollo normal de la obra. [↑](#footnote-ref-50)
51. Transcripción del contenido del dictamen del perito contable, Ochoa Correa Auditores &B.I. Folio 23, cuaderno de pruebas 12 [↑](#footnote-ref-51)
52. La Sala advierte que se cometió un error puesto que las conclusiones que se transcribieron el laudo, no corresponden al dictamen pericial técnico, sino al dictamen financiero y contable. [↑](#footnote-ref-52)
53. Páginas 49 a 52 del laudo arbitral, folios 400 a 403, cuaderno principal, recurso de anulación. [↑](#footnote-ref-53)
54. Folios 458 a 462, cuaderno principal, recurso de anulación. [↑](#footnote-ref-54)
55. Página 42 del laudo arbitral, folio 393 cuaderno principal, recurso de anulación del laudo arbitral.

    [↑](#footnote-ref-55)
56. Folio 462, cuaderno principal, recurso de anulación. [↑](#footnote-ref-56)
57. Cita tomada de la página 53 del laudo arbitral. [↑](#footnote-ref-57)
58. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección B, Consejera Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo, sentencia de 2 de mayo de 2016, radicación:11001032600020150001700 (53.053), convocante: Transportes Montejo Ltda, convocado: Refinería de Cartagena S.A.-REFICAR, naturaleza: recurso de anulación.

    *“Aunado a lo anterior, resulta evidente que de entenderse que la contradicción invocada debe hallarse a partir de la confrontación de las razones sobre las que se edifica la causal bajo estudio, mismas que fueron planteadas por la convocada a lo largo del proceso y las esgrimidas en el laudo para no acogerlas, se arriba al campo del error in judicando, ajeno al recurso de que se trata, en cuanto su estudio implica entrar sobre el fondo del asunto decidido por el laudo impugnado”.*  [↑](#footnote-ref-58)
59. El texto del laudo arbitral quedó con fecha 11 de marzo de 2016, *“por error” –siendo la fecha correcta 16 de marzo de 2016-* de acuerdo con la certificación de 9 de junio de 2016, expedida por el Secretario del Tribunal de Arbitramento, folio 486, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-59)