**LAUDO ARBITRAL - Requisitos**

El artículo 40 de la ley 1563, dispone que el recurso de anulación deberá interponerse por escrito ante la secretaría del tribunal arbitral, debidamente sustentado dentro de los 30 días siguientes a la notificación del laudo, o de la notificación del auto que decida la solicitud de aclaración, corrección o complementación, con indicación de las causales de anulación invocadas, las que deben ceñirse a las que taxativamente señale la ley. (…) Para detallar las exigencias formales de este recurso, la jurisprudencia de la Sala ha dicho que para la interposición, la admisibilidad y el estudio del recurso extraordinario de anulación deben cumplirse los siguientes requisitos: a) que su presentación sea oportuna; b) que se haga por escrito ante el respectivo tribunal de arbitramento; c) que se ciña a las causales de anulación legalmente previstas, y d) so pena de que el recurso sea declarado desierto, que las causales sean sustentada.

**LAUDO ARBITRAL - Sustentación**

La sustentación del recurso, entonces, deviene necesaria para que el juez en sede de anulación pueda, de manera efectiva, acometer su estudio y decisión, en tanto que allí se explicitan los motivos de reproche, se muestra, en forma argumentada la configuración del vicio o vicios del laudo arbitral que da o dan lugar a la tipificación de cada una de las causales de anulación invocadas, se fija el alcance del recurso interpuesto, y se delimita la competencia del juez del recurso en cuanto se precisa e identifica la materia que se somete a su consideración. (…) Sobre este aspecto del recurso ha dicho la jurisprudencia de la Sección Tercera “que las razones que indique el recurrente deben configurar la causal que aduce y por lo tanto la causal invocada será la que estructure la cadena argumentativa de la impugnación y no su nombre o denominación. “Conjugando todo lo que se acaba de expresar resulta que la sustentación del recurso no consiste en la sola indicación del texto legal que consagra una determinada causal, como tampoco en que, al amparo de la mención de alguna o de varias de las causales enlistadas en la ley, se aduzcan argumentaciones que en verdad no configuran ninguna de las previstas por el legislador.

**LAUDO ARBITRAL - Sustentación individual - Autonomía**

Sobre este aspecto del recurso ha dicho la jurisprudencia de la Sección Tercera “que las razones que indique el recurrente deben configurar la causal que aduce y por lo tanto la causal invocada será la que estructure la cadena argumentativa de la impugnación y no su nombre o denominación. “Conjugando todo lo que se acaba de expresar resulta que la sustentación del recurso no consiste en la sola indicación del texto legal que consagra una determinada causal, como tampoco en que, al amparo de la mención de alguna o de varias de las causales enlistadas en la ley, se aduzcan argumentaciones que en verdad no configuran ninguna de las previstas por el legislador.

**LAUDO ARBITRAL - Naturaleza y Alcance - Características**

(…) la Sección Tercera del Consejo de Estado, ha precisado la naturaleza y alcance del recurso de anulación, aspectos sobre los cuales ha destacado lo siguiente: a) El recurso de anulación de laudos arbitrales, es de carácter excepcional, restrictivo y extraordinario, sin que constituya una instancia más dentro del correspondiente proceso. b) La finalidad del recurso se orienta a cuestionar la decisión arbitral por errores in procedendo (por violación de leyes procesales), que comprometen la ritualidad de las actuaciones, por quebrantar normas reguladoras de la actividad procesal, desviar el juicio o vulnerar las garantías del derecho de defensa y del debido proceso. c) Mediante el recurso extraordinario de anulación no es posible atacar el laudo por cuestiones de mérito o de fondo, errores in iudicando (por violación de leyes sustantivas), es decir, si el Tribunal obró o no conforme al derecho sustancial (falta de aplicación de la ley sustantiva, indebida aplicación o interpretación errónea), ni plantear o revivir un nuevo debate probatorio o considerar si hubo o no un yerro en la valoración de las pruebas o en las conclusiones a las cuales arribó el correspondiente Tribunal , puesto que el juez de anulación no es superior jerárquico del Tribunal de Arbitramento y, en consecuencia, no podrá intervenir en el juzgamiento del asunto de fondo para modificar sus decisiones, por no compartir sus razonamientos o criterios. d) De manera excepcional, el juez de anulación podrá corregir o adicionar el laudo si prospera la causal de incongruencia, al no haberse decidido sobre cuestiones sometidas al conocimiento de los árbitros o por haberse pronunciado sobre aspectos no sujetos a la decisión de los mismos o por haberse concedido más de lo pedido. e) Los poderes del juez del recurso de anulación están limitados por el llamado “principio dispositivo”, según el cual, es el recurrente quien delimita, con la formulación y sustentación del recurso, el objeto que con él se persigue y ello, obviamente, dentro de las precisas y taxativas causales que la ley consagra ; en consecuencia, no le es permitido interpretar lo expresado por el recurrente para entender o deducir la causal invocada y, menos aún, pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del correspondiente recurso extraordinario de anulación. f) Dado el carácter restrictivo que caracteriza el recurso, su procedencia está condicionada a que se determinen y sustenten, debidamente, las causales que de manera taxativa se encuentran previstas por la ley para ese efecto; por lo tanto, el juez de la anulación debe rechazar de plano el recurso cuando las causales que se invoquen o propongan no correspondan a alguna de las señaladas en la ley.

**LAUDO ARBITRAL - Causal - Fallo en conciencia o equidad**

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

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN C**

**Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**

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

**Radicación número: 11001-03-26-000-2017-00007-00(58527)**

**Actor: CONSTRUCPIEDRA Y CÍA LTDA., KONIDOL S.A. y el CONSORCIO TERRAZAS VII**

**Demandado: AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.**

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

Procede la Sala a resolver el recurso de anulación interpuesto por **Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. – parte convocada -** contra el laudo arbitral de diez (10) de octubre de dos mil dieciséis (2016) proferido por el Tribunal de Arbitramento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, constituido para dirimir las controversias surgidas entre aquellay el **Consorcio Terrazas VII y las sociedades Contrucpiedra & Cía. Ltda., y Konidol S.A.,** con ocasión del Contrato CT – 12 – 2010 RSDJ del 7 de abril de 2013, *cuyo objeto fue para la adecuación Fase 1 en la zona de optimización de las zonas VII y VIII del Relleno Sanitario Doña Juana en Bogotá D.C.”*

**I. ANTECEDENTES**

1. Entre Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. como fideicomitente y la Fiduciaria Bogotá S.A. se celebró el contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y fuente de pagos No. 4-2-14423.
2. El siete (7) de abril de dos mil diez (2010), entre el Patrimonio Autónomo Fideicomiso Fidubogotá – Aguas de Bogotá No. 4-2-14423 y el Consorcio Terrazas VII - integrado por las sociedades Construcpiedra & Cía. Ltda., y Konidol S.A. – se suscribió el *“Contrato[[1]](#footnote-1) para obras de adecuación Fase 1 en la zona de optimización de las zonas VII y VIII del Relleno Sanitario Doña Juana en Bogotá D.C.”,* el que fue identificado con el número CT – No. 12 – 2010 – RSJD.
3. El diecisiete (17) de junio de dos mil once (2011) se suscribió un contrato de cesión de derechos entre ese patrimonio autónomo y Aguas de Bogotá S.A. E.S.P., en virtud del cual a ésta última le fueron cedidos todos los derechos y las obligaciones del Contratante, contenidas en el Contrato CT – No. 12 – 2010 – RSJD, cesión que fue aceptada por el Consorcio Terrazas VII.
4. En su condición de contratista del citado contrato, el Consorcio Terrazas VII se obligó a ejecutar las siguientes actividades: a) Limpieza, desmonte y descapote del terreno; b) Adecuación de las terrazas; c) Construcción del Dique Norte; d) Impermeabilización de fondo; e) Manejo de lixiviados; f) Manejo de aguas lluvias y g) Manejo de gases, las cuales debían ser ejecutadas por el Consorcio de acuerdo con lo establecido en los estudios, diseños, planos y demás especificaciones técnicas suministradas por Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. al contratista.
5. De conformidad con lo establecido en los términos de la solicitud pública de ofertas, el plazo de ejecución del contrato se estableció en sesenta (60) días calendario a partir de la suscripción del acta de inicio de ejecución, la cual se suscribió el 19 de abril de 2010, por lo que la terminación del contrato debía haber ocurrido el 17 de junio de ese año.
6. Mediante la cláusula vigésima tercera[[2]](#footnote-2) del mencionado contrato las partes convinieron lo siguiente: ***“VIGÉSIMA TERCERA.- COMPROMISORIA:*** *las controversias o divergencias relativas a la celebración, ejecución o liquidación del contrato que no puedan ser resueltas mediante la aplicación de los mecanismos de solución directa de controversias, serán sometidas a un Tribunal de Arbitramento, quien decidirá en derecho, el cual será integrado por (1) árbitro designado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Para efectos de su instalación y funcionamiento se aplicará lo previsto en el reglamento de dicho Centro”.*
7. Ante el reproche que por incumplimiento de varias de sus obligaciones contractuales le hizo el consorcio a Aguas de Bogotá S.A. E.S.P., entre las que se mencionan el no haberle entregado al Consorcio Terrazas VII, conforme lo estipulado en el Contrato CT – 12 – 2010 –RSDJ de 7 de abril de 2013, los estudios y diseños técnicamente adecuados para la debida ejecución de las obras contratadas; el no reconocer y pagar todas las obras, las labores y los trabajos ejecutados por el Consorcio Terrazas VII y por no reconocer y pagar el valor total del material que le fue suministrado por esta organización empresarial en desarrollo del citado contrato, entre otras, **el Consorcio Terrazas VII y las sociedades Construcpiedra & Cía. Ltda. y Konidol S.A.** presentaron, el 14 de abril de 2014, demanda arbitral[[3]](#footnote-3) contra la sociedad **Aguas de Bogotá S.A. E.S.P.** con formulación de las siguientes pretensiones:[[4]](#footnote-4)

*“PRIMERA. Declárese que entre Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. y el Consorcio Terrazas VII, existe una relación negocial, cuyos términos están consignados en el Contrato CT – 12 – 2010 RSDJ del 7 de abril de 2013 y los demás documentos que lo integran.*

*SEGUNDA. Declárese que Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. incumplió con sus obligaciones contractuales al no haberle entregado al Consorcio Terrazas VII, conforme lo estipulado en el Contrato CT – 12 – 2010 RSDJ del 7 de abril de 2013, los estudios y diseños técnicamente adecuados para la debida ejecución de las obras contratadas.*

*TERCERA. Declárese que Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. incumplió el Contrato CT – 12 – 2010 RSDJ del 7 de abril de 2013, al no reconocer y pagar todas las obras, las labores, los trabajos ejecutados por el Consorcio Terrazas VII y no reconocer y pagar el valor total del material que le fue suministrado por esta organización empresarial en desarrollo del citado contrato.*

*CUARTA. Declárese que Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. incumplió con sus obligaciones contractuales al retener sin causa legal o contractual que se lo hubiese permitido, sumas adicionales a las que realmente correspondían por concepto de retención en la fuente, reteica, contribución del artículo 6 de la Ley 1106 de 2006.*

*QUINTA. Declárese que Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. incumplió con sus obligaciones contractuales al haber liquidado de manera indebida las facturas 001, 004, 005, 009, 0016, 0017, 0019, 0020, 022, 0024, 0030, 0042, 053 y 071, razón por la cual le retuvo el Consorcio Terrazas VII, sin causa alguna, en total, la suma de once millones setecientos quince mil noventa y cuatro pesos ($ 11.715.094,oo).*

*SEXTA: Declárese que la ejecución de las obras por parte de mi mandante también se vio afectada por la fuerte y anormal ola invernal que se presentó durante todo el tiempo que duró la ejecución del contrato.*

*SÉPTIMA: Realícese la liquidación judicial del contrato CT – 12 – 2010 RSDJ del 7 de abril de 2013 y dentro de esta, como consecuencia de los problemas en los diseños de las obras, la fuerte ola invernal que se presentó durante todo el tiempo de ejecución de los trabajos, las órdenes que fueron impartidas por el interventor, las necesidades del proyecto y las retenciones indebidas de sumas de dinero en contra del Consorcio terrazas VII, reconózcase y ordénese a Aguas de Bogotá S.A. E.S.P., pagar a favor de esta organización empresarial, las sumas de dinero que se señalan a continuación, todas ellas estimadas bajo juramento teniendo en cuenta el dictamen pericial que se aporta con la de manda, las cuales deberán ser actualizadas a la fecha del Laudo arbitral y con los intereses correspondientes:*

*“i) Por concepto de mejoramiento en vía de acceso a la zona de acopio de materiales: la suma de cuarenta millones setecientos seis mil ciento sesenta pesos con treinta y cuatro centavos ($ 40´706.160,34) o la que se pruebe dentro del proceso. Esta suma ya está debidamente actualizada al 31 de marzo de 2015.*

*“ii) Por concepto de mejoramiento de las condiciones de la arcilla que se debía utilizar en la ejecución de los trabajos a cargo del Consorcio Terrazas VII: la suma de cuarenta y ocho millones quinientos un mil cuatrocientos un pesos con noventa y cinco centavos ($ 48´501.401,95) o la que se pruebe dentro del proceso. Esta suma ya está debidamente actualizada al 31 de marzo de 2015.*

*“iii) Por concepto de doble movimiento de las arcillas aptas para el relleno del dique norte o de contención: la suma de ciento noventa y seis millones cuatrocientos setenta y un mil setecientos cuarenta y un pesos con sesenta y un centavos ($ 196´471.741,71) o la que se pruebe dentro del proceso. Esta suma ya está debidamente actualizada al 31 de marzo de 2015.*

*“iv) Por concepto de excavación de la zanja requerida para la instalación de tubería de 30”: la suma de quinientos cincuenta y un millones ciento noventa y dos mil setecientos cuarenta y siete pesos con noventa centavos ($ 551´192.747,90) o la que se pruebe dentro del proceso. Esta suma ya está debidamente actualizada al 31 de marzo de 2015.*

*“v). Por concepto de relleno de la zanja requerida para la instalación de tubería novafort de 30”: la suma de doscientos treinta y nueve millones diez y nueve mil doscientos noventa y cuatro pesos con sesenta y cinco centavos ($ 239´019.294,65) o la que se pruebe dentro del proceso. Esta suma ya está debidamente actualizada al 31 de marzo de 2015.*

*“vi) Por concepto de rajón de 1” a 4” que fue suministrado para la ejecución de las obras y no pagados por Aguas de Bogotá: la suma de cincuenta y cinco millones doscientos quince mil quinientos setenta pesos con noventa centavos ($ 55´215.570,90) o la que se pruebe dentro del proceso. Esta suma ya está debidamente actualizada al 31 de marzo de 2015.*

*“vii) Por concepto de grava de ¾ a 3” que fue suministrado para la ejecución de las obras y ni pagada por Aguas de Bogotá: la suma de veintinueve millones setecientos treinta y dos mil trescientos ochenta y cuatro pesos con treinta y siete centavos ($ 29´732.384,37) o la que se pruebe dentro del proceso. Esta suma ya está debidamente actualizada al 31 de marzo de 2015.*

*“viii) Por concepto de excavación y compactación de estrato de tierra negra encontrado debajo de la cota de anclaje del dique norte: la suma de veinticuatro millones cuatrocientos sesenta y cuatro mil seiscientos cuatro pesos con ochenta y seis centavos ($ 24´464.604,86) o la que se pruebe dentro del proceso. Esta suma ya está debidamente actualizada al 31 de marzo de 2015.*

*“ix) Por concepto de excavación en roca para la vía sur: la suma de doscientos treinta y cuatro millones seiscientos cincuenta y cuatro mil novecientos setenta y cuatro pesos con dos centavos ($ 234´654.974,02) o la que se pruebe dentro del proceso. Esta suma ya está debidamente actualizada al 31 de marzo de 2015.*

*“x) Por concepto de retenciones sin justa causa fruto de una indebida liquidación de las facturas 001, 004, 005, 009, 0016, 0017, 0019, 0020, 022, 0024, 0030, 0042, 053 y 071: la suma de trece millones cuatrocientos setenta y tres mil novecientos cuarenta y tres pesos con seis centavos ($ 13´473.943,06) o la que se pruebe dentro del proceso. Esta suma ya está debidamente actualizada al 31 de marzo de 2015.*

*“xi) Por concepto de la indebida o equivocada liquidación de la “contribución de los contratos de obra pública o concesión de obra pública y otras concesiones” de que trata el artículo 6 de la ley 1106 de 2006: la suma de tres millones novecientos sesenta y cinco mil doscientos setenta y cinco pesos con cuarenta y nueve centavos ($ 3´965.275.49) o la que se pruebe dentro del proceso. Esta suma ya está debidamente actualizada al 31 de marzo de 2015.*

*“xii) Por concepto de la indebida liquidación de la retención en la fuente correspondiente a las facturas 0030 y 0071: la suma de un millón ciento cincuenta mil ciento treinta y cinco pesos ($ 1´150.135,oo) o la que se pruebe dentro del proceso. Esta suma ya está debidamente actualizada al 31 de marzo de 2015.*

*“xiii) Por concepto de la indebida liquidación por concepto de reteica en las facturas 0030 y 0071: la suma de setecientos noventa y tres mil quinientos pesos ($ 793.500,oo) o la que se pruebe dentro del proceso. Esta suma ya está debidamente actualizada al 31 de marzo de 2015.*

*“OCTAVA: Dentro de la liquidación del Contrato CT – 12- 2010 RDSJ del 7 de abril de 2013 reconózcase y ordénese a Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. pagar a favor de esta organización empresarial la suma de dinero que le fue retenida en garantía equivalente a doscientos treinta y dos millones doscientos veinticinco mil doscientos nueve pesos ( $ 232´225.209). Esta suma ya está debidamente actualizada al 31 de marzo de 2015.*

*“NOVENA: En general, dentro de la liquidación del contrato reconózcase que Aguas de Bogotá S.A. E.S.P., debe pagar a favor del Consorcio Terrazas VII todos los emolumentos cuyo concepto y valor se prueben dentro del proceso.*

*“DÉCIMA: Condénese a Aguas de Bogotá S.A. E.S.P., al pago de las costas y agencias en derecho que se ocasionen por razón del presente proceso arbitral.*

*“DÉCIMO PRIMERA: Dispóngase que las sumas que Aguas de Bogotá S.A. E.S.P., deba reconocer o pagar a mi mandante, devengarán intereses moratorios, a la tasa máxima permitida por la Ley Comercial, a partir de la ejecutoria del correspondiente Laudo Arbitral”.*

1. La demanda arbitral fue admitida[[5]](#footnote-5) por auto núm. 3 proferido en audiencia pública del 31 de julio de 2014. Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. contestó la demanda formulando las excepciones de mérito denominadas “Contrato No Cumplido” y “Falta de Competencia”.[[6]](#footnote-6) Igualmente, formuló demanda de reconvención, la cual fue inadmitida por auto núm. 4 del seis (6) de octubre de dos mil catorce (2014)[[7]](#footnote-7) y posteriormente rechazada por auto núm. 6 del doce (12) de febrero de dos mil quince (2015).[[8]](#footnote-8)

1. El Tribunal de Arbitramento que se convocó para el efecto profirió el correspondiente laudo arbitral[[9]](#footnote-9) el diez (10) de octubre de dos mil dieciséis (2016) en el que desestimó las excepciones de mérito formuladas por la parte demandada. Declaró que en desarrollo del Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración y Fuente de Pago No. 4- 2-14423 suscrito el 16 de octubre de 2009 entre Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. y Fiduciaria Bogotá S.A., el Patrimonio Autónomo Fideicomiso Fidubogotá – Aguas de Bogotá número 4- 2-14423 y el Consorcio Terrazas VII celebraron el Contrato CT – 12 – 2010 RSDJ del 7 de abril de 2013, integrado por el texto inicial, sus modificaciones y los documentos que hacen parte del mismo según la relación efectuada en su texto, el cual fue cedido a la demandada con autorización del Consorcio. Declaró que Aguas de Bogotá S.A. E.S.P., incumplió el Contrato CT – 12 – 2010 RSDJ suscrito el 7 de abril de 2013, en los términos que aparecen detallados en los numerales 3 a 7 de la parte resolutiva del Laudo. Ordenó la liquidación del Contrato CT – 12 – 2010 RSDJ suscrito el 7 de abril de 2013, en la forma como se detalló en el numeral 8 ídem. Se condenó a Aguas de Bogotá S.A. E.S.P., a pagar a los demandantes las sumas de dinero consignadas en la liquidación del contrato efectuada por el Tribunal y que asciende a mil seiscientos cincuenta y ocho millones setecientos setenta y nueve mil ciento quince pesos con setenta y nueve centavos ($ 1.658.779.115,79) moneda corriente, la cual ya incluye la actualización de los valores debidos entre el 7º de octubre de 2010 y el 31 de julio de 2014, así como los intereses moratorios causados entre el 1º de agosto de 2014 y el 10 de octubre de 2016 y debe cancelarse dentro del término de cinco (5) días. Se denegaron las demás pretensiones de la demanda y se condenó a Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. a pagar a las demandantes la suma de ciento dieciocho millones quinientos cuatro mil ochocientos pesos ($ 118.504.800) moneda corriente por concepto de costas, que deberá cancelar dentro del término de cinco (5) días; entre otras declaraciones.

**10.** Aguas de Bogotá S.A. E.S.P.,en escrito radicado el 13 de octubre de 2016, presentó solicitud de aclaración del laudo arbitral[[10]](#footnote-10) diciendo que *“(…) el laudo trata de forma consecutiva tres institutos jurídicos diferentes sin que sea claro cuál de ellos edifica, en cada caso, las condenas que se imponen en la parte resolutiva del laudo. De hecho, el tema relativo a “Las precipitaciones en el año 2010” puede entenderse desde dos puntos de vista diferentes, o bien como circunstancias imprevisibles y extraordinarias que den sustento a la teoría de la imprevisión o bien como circunstancias imprevisibles y extraordinarias que den sustento a la fuerza mayor y el caso fortuito. En este orden de ideas y como quiera que los elementos que configuran el enriquecimiento sin causa, la teoría de la imprevisión, la fuerza mayor o el incumplimiento contractual son diferentes, y diferentes son también las consecuencias jurídicas de cada uno de estos institutos, la única forma de verificar la corrección de las condenas impuestas, en un laudo que se promulga en derecho, es aclarando cuál o cuáles corresponden a cada instituto.*

*En cuanto a la actio in rem verso, si bien en el acápite pertinente del laudo parece solo hacer referencia a la hipótesis de ejecución de prestaciones contractuales cuando ha vencido el plazo pactado, al analizar que las condenas incluyen ítems u obras que no estaban convenidas en el objeto contractual existe la posibilidad que dichas condenas se funden, no en incumplimientos contractuales, precisamente por no ser obligaciones convenidas en el contrato, sino en el mencionado enriquecimiento sin causa.*

*En relación con la declaración del numeral séptimo de la parte resolutiva, si no se admitió la demanda de reconvención – en cuyo caso en su eventual dimensión de fuerza mayor como elemento extraño que rompe el vínculo de causalidad de la responsabilidad contractual la mera declaración podría tener algún sentido – no se entiende la pertinencia de la misma cuando, al parecer, todas las condenas se derivan del expediente del incumplimiento contractual. Y es que no puede lógicamente, sin violentarse el principio de la logia (sic) formal de no contradicción, esperarse que una condena se erija simultáneamente en un incumplimiento contractual y en la teoría de la imprevisión, pues se trata de figuras excluyentes.*

*Finalmente, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de Aguas de Bogotá S.A. E.S.P., si bien su actividad se rige, en comienzo, por el derecho privado, los pagos y, en general, el manejo de sus recursos debe ceñirse a las disposiciones relativas al régimen presupuestal público, dado lo anterior (…) el término de 5 días para proceder al pago resulta imposible de cumplir, de suerte que se solicita (…) se sirva aclarar que el pago se debe realizar en un plazo máximo de 10 meses (…)”*

**11.** La anterior solicitud se dirimió por el Tribunal arbitral en la audiencia celebrada el 19 de octubre de 2016[[11]](#footnote-11) en la que, luego de analizar las normas que regulan el instituto jurídico de la aclaración, consideró que no debía acceder a la misma al considerar que las peticiones de aclaración “solo demuestran que no ha efectuado una lectura completa del laudo o que solo ha hecho una lectura parcial (…) Adicionalmente el mencionado apoderado no explica cuál es el concepto especifico o la frase concreta que le ofrece verdadero motivo de duda y que no le permite entender el sentido de la decisión (…) Igualmente, ninguna de las dudas que expresa corresponde a conceptos o frases que se encuentren en la parte resolutiva ni que influyan en ellas (…)”.

**12.** Por medio de escrito presentado el 01 de diciembre de 2016, Aguas de Bogotá S.A. E.S.P., interpuso el recurso de anulación[[12]](#footnote-12) contra el laudo arbitral proferido el 10 de octubre de 2016 invocando las causales de anulación prevista en los numerales 2 y 7 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, esto es, **“2.  *La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia” y “7. Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”.***

**13.** El 6 de diciembre de 2016[[13]](#footnote-13) se surtió por la Secretaría del Tribunal de Arbitramento, el traslado de que trata el artículo 40 de la Ley 1563 de 2012, término dentro del cual la parte convocante le dio respuesta[[14]](#footnote-14) al recurso de anulación interpuesto, oponiéndose de manera categórica al recurso extraordinario de anulación formulado por la parte convocada, al considerar que *“…no se configura ninguna de las causales que contradictoriamente le endilga la parte convocada, lejos de ello, en puridad de verdad la impugnación, bajo el ropaje de este recurso extraordinario, de lo que se trata es de un recurso ordinario mediante el cual, con base en razones bastantes cuestionables, se le imputan supuestos e imaginarios vicios de juzgamiento, razón que por sí sola es más que suficiente, siguiendo la línea jurisprudencial de la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado, para declarar infundada la anulación solicitada (…)”.*

**14.**  A través de oficio[[15]](#footnote-15) fechado 18 de enero de 2017, la Secretaría del Tribunal de Arbitramento, remitió el expediente a ésta Corporación para que conociera del recurso de anulación.

**15.** Por medio de auto primero (1º) de febrero de 2017[[16]](#footnote-16) ésta Corporación avocó el conocimiento del asunto y ordenó la notificación personal al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

**II. EL RECURSO DE ANULACION**

**16.** Las causales de anulación que se invocan son las previstas en los numerales 2º y 7º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, esto es, **“2.  *La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia y la de “7. Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”.***

**III. CONSIDERACIONES**

Para resolver el recurso extraordinario de anulación interpuesto, la Sala analizará: i) la competencia del Consejo de Estado para conocer el presente asunto; ii) Consideraciones preliminares: 2.1. Técnica que debe contener el recurso de anulación o formalidades o requisitos del recurso; 2.2. ; la naturaleza y características del recurso de anulación contra laudos; **iii)** La metodología empleada para la sustentación del recurso iv) Las causales invocadas y el recurso de anulación en el caso concreto y v) condena en costas.

**3.1. COMPETENCIA**

Le corresponde a la Sección Tercera del Consejo de Estado conocer en única instancia de los recursos de anulación contra laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos celebrados por las entidades públicas o por quienes desempeñen funciones administrativas o en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, tal como lo establece el numeral 7º del artículo 149 del CPACA, en concordancia con el inciso 3º del artículo 46[[17]](#footnote-17) de la Ley 1563 de 2012.

En este evento, se está en presencia de un contrato de obra pública en el que son partes, como contratante, **AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.,** y como contratista el **Consorcio Terrazas VII - integrado por las sociedades Construcpiedra & Cía. Ltda y Konidol S.A.** -.

Como la parte convocada **AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.** es una entidad pública de carácter distrital, prestadora de servicios públicos domiciliarios, constituida como una sociedad anónima y constituida con capital público mayoritario, según consta en la Escritura Pública No 1428 obrante a folios 532 a 546 del cuaderno número 1. Por lo que la Sección Tercera de esta Corporación, es competente para conocer de este asunto.

**3.2. Consideraciones preliminares**

**3.2.1. Técnica del recurso de anulación o formalidades o requisitos del recurso.**

El artículo 40 de la ley 1563, dispone que el recurso de anulación deberá interponerse por escrito ante la secretaría del tribunal arbitral, **debidamente sustentado** dentro de los 30 días siguientes a la notificación del laudo, o de la notificación del auto que decida la solicitud de aclaración, corrección o complementación, con indicación de las causales de anulación invocadas, las que deben ceñirse a las que taxativamente señale la ley.

Para detallar las exigencias formales de este recurso, la jurisprudencia de la Sala ha dicho que para la interposición, la admisibilidad y el estudio del recurso extraordinario de anulación deben cumplirse los siguientes requisitos: a) que su presentación sea oportuna; b) que se haga por escrito ante el respectivo tribunal de arbitramento; c) que se ciña a las causales de anulación legalmente previstas, y d) so pena de que el recurso sea declarado desierto, que las causales sean sustentadas.[[18]](#footnote-18)

La sustentación del recurso, entonces, deviene necesaria para que el juez en sede de anulación pueda, de manera efectiva, acometer su estudio y decisión, en tanto que allí se explicitan los motivos de reproche, se muestra, en forma argumentada la configuración del vicio o vicios del laudo arbitral que da o dan lugar a la tipificación de cada una de las causales de anulación invocadas, se fija el alcance del recurso interpuesto, y se delimita la competencia del juez del recurso en cuanto se precisa e identifica la materia que se somete a su consideración.[[19]](#footnote-19)

Sobre este aspecto del recurso ha dicho la jurisprudencia de la Sección Tercera “*que las razones que indique el recurrente deben configurar la causal que aduce y por lo tanto la causal invocada será la que estructure la cadena argumentativa de la impugnación y no su nombre o denominación. “Conjugando todo lo que se acaba de expresar resulta que la sustentación del recurso no consiste en la sola indicación del texto legal que consagra una determinada causal, como tampoco en que, al amparo de la mención de alguna o de varias de las causales enlistadas en la ley, se aduzcan argumentaciones que en verdad no configuran ninguna de las previstas por el legislador”.[[20]](#footnote-20)*

De la misma manera, debe entenderse que la exigencia que hace el legislador al recurrente, de precisión y sustentación de las causales invocadas, entraña, necesariamente, un imperativo de sustentación individual y autónoma de cada causal que se proponga para sustento de la pretensión anulatoria, sin que pueda trasladarse esta carga al juez para que sea él quien oficiosamente sustente o integre el recurso, puesto que éste es un **recurso extraordinario, de carácter dispositivo y rogado**.[[21]](#footnote-21)

En este sentido, la doctrina especializada en la materia ha dicho que *“(…) siendo sustancial la sustentación, se insiste, ésta debe estar referida a la causal invocada, caso por caso, sin que se admita una sustentación general, con el fin de que sea el juez del recurso quien determine a cual causal establecida en la ley, calzan las argumentaciones del recurrente. El juez del recurso examina la causal y la sustentación referida a dicha causal, sin que pueda trasladar dichas argumentaciones a otra causal, aunque haya sido invocada (…)”[[22]](#footnote-22)*

**3.2.2. El Recurso de anulación, su naturaleza y características**

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

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

b) La finalidad del recurso se orienta a cuestionar la decisión arbitral por **errores *in procedendo*** (por violación de leyes procesales), que comprometen la ritualidad de las actuaciones, por quebrantar normas reguladoras de la actividad procesal, desviar el juicio o vulnerar las garantías del derecho de defensa y del debido proceso.

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

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

e) Los poderes del juez del recurso de anulación están limitados por el llamado “principio dispositivo”, según el cual, es el recurrente quien delimita, con la formulación y sustentación del recurso, el objeto que con él se persigue y ello, obviamente, dentro de las precisas y taxativas causales que la ley consagra[[23]](#footnote-23); en consecuencia, no le es permitido interpretar lo expresado por el recurrente para entender o deducir la causal invocada y, menos aún, pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del correspondiente recurso extraordinario de anulación.[[24]](#footnote-24)

f) Dado el carácter restrictivo que caracteriza el recurso, su procedencia está condicionada a que se determinen y sustenten, debidamente, las causales que de manera taxativa se encuentran previstas por la ley para ese efecto; por lo tanto, el juez de la anulación debe rechazar de plano el recurso cuando las causales que se invoquen o propongan no correspondan a alguna de las señaladas en la ley.

**3.3. De la metodología empleada para sustentación del recurso**

Del análisis del documento contentivo del recurso de anulación se advierte, *ab initio*, la falta de técnica del recurrente en su formulación, en particular, en cuanto guarda relación con el deber de sustentar, en forma individual y separada, cada una de las causales invocadas como fundamento de su solicitud de anulación. Todo indica que a través de argumentaciones expuestas en forma general contra el laudo, pretende trasladar al juez la carga de complementar, con las incidencias específicas de tales argumentos comunes, la sustentación sucinta que hizo de cada causal propuesta.

Esta particular forma de sustentación no es producto de un descuido, sino que obedece a una equivocada metodología, adoptada intencionadamente por el recurrente. Así se infiere del siguiente extracto de la presentación introductoria que hizo del acápite de sustentación de su recurso: *“(…) la fundamentación del recurso* ***se realizará en bloque****, en el sentido de no dividir los fundamentos que permiten establecer la falta de competencia de aquellos que demuestren que el laudo se falló en equidad y no en derecho….*

Lamentablemente, no repara el solicitante en que las causales que impetra, no se pueden refundir en una sola, en razón a que la estructura y prosperidad de cada una de ellas, tienen fundamentos legales diferentes. Pero es que, además, la mayor parte de las razones expuestas en forma indivisa, parecen aludir a la segunda causal propuesta, esto es, al reproche de *“Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que ésta circunstancia aparezca de manifiesto en el laudo”,* al tanto que sólo al final de su escrito, en un acápite intitulado *“De la falta de competencia”,* intenta que sea el juez quien se remita al fondo argumental general y pretendidamente común, y adelante una tarea de exploración en procura de las razones que podrían fungir como sustento de esta causal.*.*

Procede, entonces la Sala, a la presentación de las causales, en el orden en que fueron propuestas por el recurrente, sin consideración de la secuencia que siguió para su sustentación especial. Por tanto, se abordará en un primer momento la causal de “caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia”, que fue la primera que propuso el recurrente, y traerá a consideración el apartado final de su escrito en el que se formularon los reparos al laudo relativos a esta causal.

**4. Causales de anulaciones invocadas**

**4.1 Como primera causal de anulación plantea la “caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia”, prevista en el numeral 2º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.**

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

Como sustento de esta causal, toma la Sala lo expuesto al capítulo III del escrito del recurrente, al que denominó “*Conclusiones generales”,* en el aparte que intituló “*De la falta de competencia*”, y en el que manifiesta:

*“ (…) la falta de competencia se predica, primeramente, por cuanto muchas de las actividades o prestaciones que se hacen valer no tienen fuente contractual, sino extracontractual, a saber:*

*1) Las retenciones legales de impuestos no tienen fuente contractual sino legal, pues son, precisamente, retenciones legales en las que se actúa como retenedor de impuestos, es decir, en nombre y por cuenta de otro organismo oficial (DIAN o Secretaría de Hacienda Distrital). La decisión contenida en el numeral quinto de la parte resolutiva, así como los ítems denominados “RETEGUERRA” y “RETEICA” del numeral octavo de la misma parte, son decisiones que desbordan la competencia del árbitro.*

*2) La “liquidación de algunas facturas” es en realidad un debate en torno al pago incompleto o parcial de las mismas, que se ventila mediante una acción cambiaria en un proceso ejecutivo que no es competencia del Tribunal arbitral.*

*La decisión contenida en el numeral sexto de la parte resolutiva, así como el ítem denominado “INDEBIDA LIQUIDACIÓN DE FACTURAS” del numeral octavo de la misma parte, son decisiones que desbordan la competencia del árbitro.*

*3) El reconocimiento y pago de actividades no contempladas en el contrato o sus modificaciones, es decir, de actividades prestadas al margen del contrato y que, por ello, tendrían fundamento en la teoría del enriquecimiento sin causa o de la imprevisión, que no es contractual sino extracontractual, también superan la competencia del Árbitro. Así los ítems denominados “Mejoramiento en vías de acceso a las zonas de acopio de materiales”, “Mejoramiento de las condiciones de la arcilla”, “Doble movimiento de las arcillas aptas para lleno del dique Norte o de Contención”, “Excavación de la zanja requerida para la instalación de tubería de 30” a una profundidad mayor a 1,81 metros”, “Relleno de la zanja requerida para la instalación de tubería Novafort de 30”, “Excavación y compactación de estrato de tierra negra encontrado debajo de la cota de anclaje del dique Norte” y “Excavación en roca para la Vía Sur” del numeral octavo de la misma parte, son decisiones que desbordan la competencia del árbitro.*

*Las dos primeras obedecen a sucesos extraordinarios ajenos al contrato, por ello mismo a obligaciones no contractuales mientras los demás son actividades que no fueron acordadas por las partes y que se adecúan al esquema de un eventual enriquecimiento sin causa. En todos los casos se trata de fuentes extra contractuales y por lo mismo más allá de la competencia del Tribunal “(…)”*

**4.1.2. Posición de la parte convocante**

Con relación a estos argumentos, quien fungió como parte convocante en el trámite arbitral, manifestó:

*“… No obstante lo anterior, a lo largo de su escrito nada argumenta respecto de la inexistente caducidad de la acción o la imaginaria falta de jurisdicción, debiéndose agregar que el auto por medio del cual el Tribunal asumió su competencia no fue recurrido por estas razones. Ahora bien, en lo que corresponde a la supuesta incompetencia del Tribunal, que dicho sea de paso tampoco fue alegada dentro del proceso arbitral con base en las razones que motivan el recurso extraordinario, ni siquiera las mencionadas en sus numerales 2.2.2. (fl 18), 2.2.3 (fl 19 y ss) y 1 y 2 de las conclusiones (folios 39 y 40), desde ya es preciso hacer notar la insalvable contradicción en la que incurre la convocada al sustentarla atacando los fundamentos de hecho y de derecho, así como la valoración probatoria contenida en el laudo y al mismo tiempo aducir que el fallo fue en equidad y no en derecho, lo cual presupone la ausencia total, absoluta y evidente de razones jurídicas o probatorias (…)”*

**4.1.3. El ministerio público guardó silencio.**

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

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

Fundamentó esta causal diciendo que *“En la parte motiva no hay un análisis general o abstracto, ni siquiera se citan normas o disposiciones normativas (por ejemplo, sub reglas jurisprudenciales) en relación con las figuras del incumplimiento contractual o la teoría de la imprevisión, que son las figuras que se declaran en los numerales tercero a séptimo de la parte resolutiva del laudo y sustentan las condenas económicas del mismo. Las disquisiciones de la parte motiva son meramente fácticas en estos aspectos, como presuponiendo que los elementos jurídicos relacionados con su configuración y efectos son intrascendentes. Así pues la forma de razonamiento jurídico en derecho, mediante el cual usualmente se recurre al silogismo, en el que los hechos probados son la premisa menor, el supuesto de hecho de la norma es la premisa mayor y la consecuencia es la sanción jurídica que la misma norma consagra, no aparece en ninguna parte del laudo. Lo anterior sería suficiente para derruir el laudo, así de evidente es la carencia de fundamento normativo positivo de su parte motiva. No obstante, para cumplir con suficiencia el análisis y aportar absoluta claridad sobre la afirmación relativa a la naturaleza del laudo como dictado en equidad, podríamos preguntarnos si hay posibilidad, así sea remota, de que un laudo que no contiene una sola norma o un solo párrafo sobre los elementos configurativos o las consecuencias jurídicas de las instituciones que declara en la parte resolutiva, sea, a pesar de todo, un laudo proferido en derecho. Si bien nos inclinamos a pensar que no, y que no sería un simple defecto de técnica, lo cierto es que, por otro lado, si se realiza el trabajo intelectual que el laudo no denota y, en ese sentido, al comparar los supuestos facticos que se dan como probados en el laudo con las normas que, según el ordenamiento jurídico colombiano, rigen dichas situaciones y comparar, igualmente las sanciones que las mismas normas consagran con la parte resolutiva del laudo, se llegara a encontrar identidad o plena concordancia, así no pudiera decirse con certeza que el laudo fue dictado en derecho, tal vez el efecto a la postre termine siendo el mismo, es decir, la decisión que fuere tomada en equidad, por mera casualidad o cualquier otro motivo, resultaría idéntica a una solución en derecho. Ahora bien, lo cierto es que en el caso sub examine esto no ocurre de ninguna manera y, como consideramos prudente demostrar este aserto, a pesar de la evidente realidad que se desarrolló al comienzo de este acápite en cuanto a la ausencia de razonamiento jurídico en la parte motiva del laudo, vamos a analizar los supuestos normativos que rigen tanto el incumplimiento contractual como aquellos que se derivan de la teoría de la imprevisión para demostrar la ausencia absoluta de concordancia entre el laudo y el sistema jurídico colombiano. Un aspecto que se debe aclarar es que también se realizará una breve alusión al tema del enriquecimiento sin causa por cuanto i) se menciona en la parte motiva (si bien no trasciende a la resolutiva), ii) sería la figura que se debería analizar, en derecho, para buena parte de las condenas y iii) se relaciona con la falta de competencia que también se verifica en el laudo al reconocer obligaciones con fuente extra contractual…”.*

Seguidamente, la parte convocada transcribió un cuadro comparativo de lo que él consideró son las normas aplicables a los institutos jurídicos que tituló como “Incumplimiento de contrato bilateral”, “Responsabilidad Contractual”, “Imprevisión” y el “Enriquecimiento sin causa”, para terminar diciendo que *“Del cuadro anterior se puede verificar que el mero incumplimiento contractual no es fuente de obligaciones. En efecto, ante un incumplimiento contractual de un contrato bilateral la parte cumplida puede, en primer término exigir el cumplimiento del mismo, lo cual no genera una obligación sino que se limita a ejecutar la ya existente; o puede pedir la resolución, que, de forma antagónica, en lugar de producir obligaciones las extingue, salvo lo referente a las restituciones mutuas si se alcanzó a ejecutar alguna prestación. Igualmente, puede la parte cumplida abstenerse de cumplir sus prestaciones hasta tanto su contraparte contractual haga lo propio. En este último evento tampoco se crea ninguna obligación, tan solo se aplaza la exigibilidad de obligaciones existentes para asegurar el cumplimiento de otras obligaciones ya existentes también”.*

Continuó su argumentación aseverando que, *“debe precisarse que el incumplimiento contractual si puede generar obligaciones, pero en sede de responsabilidad contractual, en cuyo caso habrán de probarse los supuestos para la configuración de dicha institución, que son diferentes a los de mero incumplimiento y que, en caso de darse, derivan en una obligación cuyos contornos se establecen en función del daño sufrido. La responsabilidad contractual no modifica el contrato. La teoría de la imprevisión, por su parte, si es fuente de obligaciones, pero en un contexto factico totalmente diferente e incompatible con el del incumplimiento contractual. La teoría de la imprevisión requiere que se presenten sucesos o acontecimientos posteriores a la celebración del contrato y ajenos o no imputables a las partes. Precisamente por la ajenidad de los sucesos externos es que la de la imprevisión no es sancionatoria y no se pueden radicar los efectos del desquiciamiento del sinalagma en una sola de las partes. Por el contrario, el operador jurídico, de ser posible, realizará los ajustes que la equidad indique, esto es: repartirá de forma equitativa los efectos del cambio de circunstancias entre las partes, no solo en cabeza de una de ellas. Otro aspecto fundamental de la figura es que, dado también su carácter correctivo y no sancionatorio (ni compensatorio), es improcedente cuando el contrato ha terminado y no quedan prestaciones pendientes por ejecutar.*

*Finalmente, en cuanto al enriquecimiento sin causa, se trata de otra fuente de obligaciones, pero también incompatible con las demás figuras, empezando porque tiene carácter residual, es decir, si hay otra fuente obligacional como la responsabilidad o la teoría de la imprevisión, no es factible aplicar la figura del enriquecimiento torticero. En el enriquecimiento sin causa se requiere de otro cuadro factico disímil a todos los anteriores, que genera, igualmente consecuencias diferentes. Para su configuración se debe probar un enriquecimiento, un empobrecimiento correlativo y la ausencia de causa jurídica suficiente que justifique ese desplazamiento patrimonial. La obligación que genera no es resarcitoria, como en la responsabilidad contractual, ni correctiva, como es la teoría de la imprevisión, sino compensatoria, cuya medida es el mismo enriquecimiento (…)”*.

En el numeral 2.2. del escrito de sustentación hizo referencia a lo que llamó *“La institución jurídica específica como se trató en la parte considerativa del laudo”*; para posteriormente en el numeral 2.2.1. ídem, tratar el tema del ***“reconocimiento de obras nuevas”,***  afirmando entre otras consideraciones que, *“La parte considerativa empieza a tratar de forma concreta el eventual incumplimiento de Aguas de Bogotá S.A. E.S.P., en el numeral 8, posteriormente, en los numerales (…), así como en los numerales (…) de forma tácita (…) pues en estos últimos parece que el incumplimiento es la causa jurídica que sustenta los reconocimientos económicos que dichos numerales contiene y que se reflejan en el octavo numeral de la parte resolutiva, es decir, que aparecen en la liquidación (…) Aun así, si, se itera, partimos de una aceptación a la mentada conclusión, hemos ya observado que el mero o simple incumplimiento no genera obligaciones (…)*.

Finalizó diciendo, que “*(…) Como ha quedado fehacientemente demostrado, el laudo es huérfano de criterios jurídicos. En general, no existen mención a normas jurídicas (excepto, como se indicó, en relación con el enriquecimiento sin causa que no sustenta parte alguna de las declaraciones y condenas). Tampoco se hallan implícitos, como podría pensarse (…)”.*

**4.2.2. Posición de la parte convocante**

Frente a la causal alegada afirmó que, *“…El Consejo de Estado se ha encargado de precisar que esta no se configura cuando el laudo arbitral se funda en la normatividad legal aplicable al objeto de la Litis de suerte tal que “la sola mención a normas de derecho positivo excluye de por sí el contenido de un fallo en conciencia, el cual se caracteriza por la ausencia absoluta de razonamientos jurídicos y probatorios” (…) el fallo está sustentado tanto en derecho como en las pruebas practicadas a lo largo del proceso y es admitido por la Convocada cuando sustenta su recurso precisamente atacando las razones jurídicas del fallo y el análisis probatorio que hizo el Tribunal, cuestión diferente a su inexistencia es que no las comparta y para tales efectos lo que verdad discute es la valoración jurídica y probatoria contenida en la sentencia, endilgándoles supuestos errores in iudicando, pretendiendo reabrir el debate sobre estos particulares (…)”.*

**4.2.3. El ministerio público guardó silencio**

**4.3. Consideraciones de la Sala frente a la causal de “caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia”.**

Para resolver sobre la procedencia de la causal que se alega, resulta necesario, en primer lugar, precisar que las razones que exponga el recurrente deben configurar la causal que plantea y por ello la causal invocada será la que estructure la cadena argumentativa de la impugnación y no el nombre o denominación que se le dé. Revisada la impugnación del recurrente se evidencia que la cadena argumentativa esbozada por ella, no configura la causal que ahora aduce, porque el fundamento expuesto por el recurrente lo hace consistir en que *la “falta de competencia se predica, por cuanto muchas de las actividades o prestaciones que se hacen valer no tienen fuente contractual, sino extracontractual”,* es decir, que el fundamento del apelante se contrae más a un aspecto de hermenéutica jurídica, que de falta de competencia, entendida esta, como la facultad que la misma ley le otorga a determinados órganos del poder público o a los particulares para que ejerzan la función de administrar justicia sobre ciertos asuntos determinados y en el evento del arbitraje, al tratarse de un mecanismo alterno de solución de conflictos, el cual conlleva el ejercicio de una función jurisdiccional, no es la ley la que le otorga la competencia a los árbitros sino que son las mismas partes en ejercicio de la autonomía dispositiva, las que le otorgan la competencia al juez arbitral para resolver las controversias existentes o que surjan entre ellos, fijando mediante el pacto arbitral las reglas a seguir en cuanto al tipo de controversias que se someterán a la justicia arbitral, el procedimiento y la forma de designar los árbitros.

Si leemos con detenimiento el fundamento que esgrimió la parte convocada en relación con la referida causal de anulación, por ninguna parte cuestiona que el árbitro se hubiese salido del marco de competencia que le fijó la cláusula vigésima tercera del contrato – cláusula compromisoria – que precisó el ámbito de conflictos que las partes voluntariamente consideraron someter a la decisión del Tribunal arbitral, la cual se concretó a los aspectos relativos a la celebración, ejecución o liquidación del contrato, que fue lo que se decidió, y no se demostró por el recurrente que la decisión arbitral, hubiese decidido por fuera del marco de esa competencia.

De otro lado, para que resulte procedente la causal que ahora se revisa, ésta debe ser alegada oportunamente ante el Tribunal de arbitramento mediante la interposición del recurso de reposición en contra del auto de asunción de competencia. En el presente asunto se demuestra que si bien el Tribunal asumió su competencia por medio del auto número 19 proferido en el desarrollo de la primera audiencia de trámite celebrada el 2 de octubre de 2015[[25]](#footnote-25) y que contra este Aguas de Bogotá, presentó el recurso de reposición respectivo, si escuchamos el CD[[26]](#footnote-26) que contiene los argumentos que tuvo la convocada para sustentar el recurso, aquel se contrajo a solicitar la revocatoria del auto que asumió competencia, diciendo que en *“…lo atinente a la competencia del Tribunal…en lo que tiene que ver con las pretensiones de la parte demandante en lo que tiene que ver con mayor permanencia de la obra y las obras adicionales, que se realizaron con posterioridad al 6 de octubre de 2010. Fundamento de lo solicitado, es que efectivamente sí hay un límite temporal de la cláusula arbitral, la que me permito leer…en lo que tiene que ver con la celebración, ejecución o liquidación, las partes a través del contrato y de los otrosíes que se firmaron dentro de la ejecución del contrato, establecían una fecha límite del 6 de octubre de 2010 para terminar el contrato. Entonces, aquellas obligaciones que no fueron autorizadas por Aguas de Bogotá, escaparían de la competencia del Tribunal, en razón a ese límite temporal que determinaba el mismo contrato (…) Por lo anterior, no tendría competencia el Tribunal de arbitramento para conocer dichos aspectos o dichas pretensiones relacionadas con la mayor permanencia de obras y las obras adicionales realizadas con posterioridad al 6 de octubre de 2010, como quiera que este era el plazo que se habían dado las partes para dar por terminado el contrato, dicho plazo no fue prorrogado por Aguas de Bogotá, ni por mutuo acuerdo de las partes, por tanto mal podría incumplirse la cláusula compromisoria, en establecer pretensiones que van más allá del límite temporal establecido en el contrato (…)”.* Sin embargo observa la Sala, que los argumentos que esgrimió recurrente en sustento de la aducida configuración de la causal 2ª de anulación, son sustancialmente distintos a los esbozados en el recurso de reposición.

De otro modo, está demostrado que en el numeral 2.2.1 el recurrente hizo referencia al “reconocimiento de obras nuevas”, sin embargo se advierte que dicha argumentación la plantea no para cuestionar la causal 2ª, esto es, *“La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia”* y que fue el fundamento del recurso de reposición arriba relacionado; sino que el cuestionamiento lo hace dentro de la causal 7ª que se refiere a, *“Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca de manifiesto en el laudo”,*  lo que demuestra una vez más la carencia de técnica en la formulación del recurso de anulación, porque como se anotó en otro aparte de esta providencia, no podía el recurrente trasladar argumentos referidos a la causal 2ª a la causal 7ª, y que nada tiene que ver con el hecho del “reconocimiento de obras nuevas”.

Aplicadas las nociones precedentemente expuestas al caso sub lite, ellas conducirían indefectiblemente a la desestimación del cargo. Sin embargo hay otro hecho que conduce a lo mismo y es que el recurrente al plantear argumentos distintos en sede del recurso de anulación, a los empleados al momento en que el Tribunal arbitral asumió competencia, transgredió el requisito de procedibilidad de que trata el inciso 2º del numeral 9º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, el cual preceptúa que, *“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”.* Como corolario, de lo expuesto, el referido requisito de procedibilidad debe tenerse como inexistente, razones obligadas que conducen a la Sala a declarar infundado el recurso de anulación por dicha causal.

**4.4. Consideraciones de la Sala frente a la segunda causal de anulación planteada esto es, la de *“Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”***

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

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

En sentencia proferida por esta Subsección, el 18 de enero de 2012, dentro del expediente 40.082, refiriéndose a la causal analizada, expuso lo siguiente:

*“(…)”*

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

*“(…)”*

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

En el caso concreto, este cargo no está llamado a prosperar, pues, como se advierte del estudio que se ha efectuado de la síntesis del recurso y del análisis del laudo arbitral que se cuestiona, para la Sala no hay evidencia alguna que la conduzca a aseverar que el juez arbitral hubiese dictado su pronunciamiento sin apoyo en razonamientos de carácter jurídico o probatorio, o que hubiese prescindido del marco legal aplicable a la litis, vale decir, que el pronunciamiento estuviese soportado en la íntima convicción o el fuero interno del fallador, o lo que es igual, en su personal criterio de justicia.

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

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

i) En el capítulo II hace todo el análisis del “Contrato objeto de este proceso”; entre los que se incluye la oportunidad para ejercer la acción impetrada y en el numeral quinto del citado capítulo, hace un estudio del “plazo contractual, la urgencia de las obras y la permanencia del contratista”, donde se detalló la manera como tales hechos debían ser analizados a la luz de los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, el primero modificado por el artículo 3º de la Ley 689 de 2001, aplicándolos en consonancia con los artículos 1º, 2º, 39º y 42 de la Ley 80 de 1993. Además, el Tribunal en el numeral 6 del laudo, se refirió concretamente al planteamiento que alegó la parte convocada, consistente en la supuesta “ejecución de las obras por fuera del plazo contractual”, en donde después de citar y transcribir sentencias de esta Corporación , consideró que, *“(…) como también se puso de presente desde la declaratoria de competencia y en este laudo, los reclamos por sobrecostos directos e indirectos por mayor permanencia, planteados en la demanda inicial, desaparecieron con su reforma, de manera que la demandada ha debido reestructurar su planteamiento. Igualmente con ocasión de dicha reforma el demandante excluyó varios conceptos reclamados sin que el discurso de la parte demandada en el aspecto discutido hubiera cambiado (…) solamente un aspecto marginal de una de las reclamaciones corresponde a labores ejecutadas con la aquiescencia de la demandada, pero por fuera del plazo contractual, circunstancia que será considerada por el Tribunal. Respecto de las demás, resulta claro que corresponden a pretensiones que tienen fuente contractual en tanto versan sobre labores que fueron ejecutadas dentro del plazo previsto de manera inicial (…)”.[[27]](#footnote-27)*

De todo lo expuesto, y verificado el contenido del laudo arbitral acusado salta a la vista, que fue proferido con base en el derecho positivo vigente, dado que cumplió con los presupuestos de esa modalidad arbitral, por cuanto se encuentra estructurado en normas jurídicas y en las pruebas obrantes en el expediente, sin que sea menester entrar a juzgar en sede de este recurso extraordinario de anulación el acierto o desacierto de los razonamientos jurídicos del árbitro, de la aplicación de la ley o de la interpretación que hizo o del mérito que le otorgó al acervo probatorio, pues ello no está previsto dentro de las causales de anulación de laudos arbitrales, en conformidad con lo explicado al comienzo de la parte considerativa de esta providencia. Para la Sala las apreciaciones y conclusiones del laudo son producto de la interpretación y aplicación de la ley por parte del juez arbitral con el fin de resolver la controversia que le fue sometida a su consideración.

Es claro, que tanto en la legislación anterior, como en vigencia de la Ley 1563 de 2012, el juez del recurso de anulación no puede entrar a cuestionar, plantear o revivir el debate probatorio, ni establecer si hubo o no un yerro en la interpretación o valoración de las pruebas que hizo el juez arbitral, como tampoco el alcance que le imprimió el juzgador arbitral al contenido obligacional acordado por vía de su interpretación del negocio jurídico.

Ante esa realidad procesal no puede el juez del recurso de anulación entrar a estudiar si la decisión que adoptó el Tribunal para acceder a las pretensiones invocadas por la parte convocante, se ajustó o no a derecho o si la decisión que tomó se fundamentó en una interpretación que no estaba acorde con las normas sustantivas, porque reiteramos no puede el juez de la anulación, so pretexto de estudiar la causal o causales invocadas, proceder a decretar la nulidad del laudo procediendo a hacer una interpretación diferente a la realizada por el árbitro. Así lo consagra perentoriamente el inciso final del artículo 42 de la Ley 1563, cuando dispuso: *“La autoridad judicial competente en la anulación no se pronunciará sobre el fondo de la controversia,* ***ni calificará o modificará los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral al adoptar el laudo”. -*** *Negrillas son nuestras -*

**V. CONDENA EN COSTAS**

Establece el artículo 188 del CPACA lo siguiente: *“Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil. ”-* hoy Código General del Proceso, artículos 361 y siguientes -.

En las anteriores condiciones se impone concluir que, como el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la convocada Aguas de Bogotá S.A. E.S.P., es infundado, por cuanto no prosperaron las causales invocadas, en su calidad de recurrente será condenada en costas.

Mediante el Acuerdo n.° 1887 de 26 de junio de 2003, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se establecieron las tarifas de Agencias en Derecho aplicables a los procesos judiciales y se señaló en relación con el recurso de anulación de laudos arbitrales una tarifa hasta de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes.[[28]](#footnote-28)

Teniendo en cuenta los criterios establecidos en el numeral 3 del artículo 393 del Código de Procedimiento Civil y artículo 3 del acuerdo No. 1887 de 2003, y dado que no se presentó un hecho extraordinario en el trámite propio del recurso, que hubiere dificultado el proceso con actuaciones adicionales ni se observan otros gastos, se fijará a título de costas procesales por concepto de agencias en derecho el equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Por consiguiente, como el salario mínimo legal mensual vigente para el año de 2017 es de $ 737.717.oo, las agencias en derecho ascienden en este caso a $ 7.377.170.oo.

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

**FALLA**

**PRIMERO: DECLÁRASE INFUNDADO** el recurso extraordinario de anulación interpuesto por Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. – parte convocada -, contra el laudo arbitral de 10 de octubre de 2016, proferido por el Tribunal de Arbitramento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, constituido para dirimir las controversias surgidas entre aquellay el **Consorcio Terrazas VII y las sociedades Contrucpiedra & Cía. Ltda., y Konidol S.A.,** con ocasión del Contrato CT – 12 – 2010 RSDJ del 7 de abril de 2013.

**SEGUNDO:** **CONDÉNASE** en costas a la convocada Aguas de Bogotá S.A. E.S.P., para lo cual se fija por concepto de agencias en derecho la suma de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, equivalentes a siete millones trescientos setenta y siete mil ciento setenta pesos ( $ 7.377.170.oo). y a favor de los convocantes.

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

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

**Presidente de Sala**

**JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**

**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**

**Aclaración de Voto**

**RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL / ACLARACIÓN DE VOTO DE PROVIDENCIA QUE DECLARÓ INFUNDADO EL RECURSO**

Aunque comparto la decisión adoptada en la providencia del 24 de abril de 2017, que declaró infundado el recurso de anulación interpuesto por la convocada, como el recurrente no interpuso recurso de reposición contra el auto mediante el cual el Tribunal asumió competencia (inciso 2 artículo 41 de la Ley 1563 de 2012), la Sala no debió estudiar si las razones alegadas por el censor configuraban la causal de falta de competencia.

**FUENTE FORMAL:** LEY 1563 DE 212 – ARTÍCULO 41

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN C**

**Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**

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

**Radicación número: 11001-03-26-000-2017-00007-00(58527)**

**Actor: CONSTRUCPIEDRA Y CÍA LTDA., KONIDOL S.A. y el CONSORCIO TERRAZAS VII**

**Demandado: AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.**

**Referencia: RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL – ACLARACIÓN DE VOTO**

CAUSAL 1 DEL ARTÍCULO 41 DE LA LEY 1563 – La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia deben ser alegadas a través del recurso de reposición contra el auto en el que el Tribunal se declara competente.

**ACLARACIÓN DE VOTO**

Aunque comparto la decisión adoptada en la providencia del 24 de abril de 2017, que declaró infundado el recurso de anulación interpuesto por la convocada, como el recurrente no interpuso recurso de reposición contra el auto mediante el cual el Tribunal asumió competencia (inciso 2 artículo 41 de la Ley 1563 de 2012), la Sala no debió estudiar si las razones alegadas por el censor configuraban la causal de falta de competencia.

**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**

1. Folios 367 a 375. C. pruebas No. 1. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio 000374. C. pruebas No. 1. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 000001 a 000087. C. principal No. 1. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 178 a 181, ib. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folios 000335 a 000337. C. principal n° 1. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 000377 a 000408, ib. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folios 00409 a 00412, ib. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folios 00432 a 00436, ib. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folios 168 a 271. C. Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folios 272 a 274, ib. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folios 275 a 279, ib. [↑](#footnote-ref-11)
12. Folios 280 a 322, ib. [↑](#footnote-ref-12)
13. Folio 323, ib. [↑](#footnote-ref-13)
14. Folios 324 a 332, ib. [↑](#footnote-ref-14)
15. Folios 333 y 334, ib. [↑](#footnote-ref-15)
16. Folios 337 y 338, ib. [↑](#footnote-ref-16)
17. “**Artículo 46. *Competencia****.*Para conocer del recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales, será competente

    (…)

    Cuando se trate de recurso de anulación y revisión de laudo arbitrales en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, será competente la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado”. [↑](#footnote-ref-17)
18. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de noviembre 29 de 2012. Exp. 39332 [↑](#footnote-ref-18)
19. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia julio 7 de 2011. [↑](#footnote-ref-19)
20. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de febrero 21 de 2011. [↑](#footnote-ref-20)
21. Jorge Hernán Gil Echeverry, Régimen Arbitral Colombiano, Ley 1563 de 2012, editorial Ibáñez, página 728. [↑](#footnote-ref-21)
22. Supra 20, página 731. [↑](#footnote-ref-22)
23. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326; en el mismo sentido pueden consultarse las sentencias de 4 de agosto de 1994, Exp. 6550 y de 16 de junio de 1994, Exp. 6751. [↑](#footnote-ref-23)
24. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, Exp. 32871. [↑](#footnote-ref-24)
25. Folios 575 a 584. C. 1. Principal. [↑](#footnote-ref-25)
26. Folio 586, ib. [↑](#footnote-ref-26)
27. Folio 269 del cuaderno de 2ª instancia. [↑](#footnote-ref-27)
28. Numeral 1.12.2.3 del acuerdo 1887 de 26 de junio de 2003. [↑](#footnote-ref-28)