**LAUDOS ARBITRALES - Recurso extraordinario de anulación - Marco jurídico aplicable**

De entrada, vale aclarar que, si bien el recurso de anulación se interpuso en vigencia de la Ley 1563 de 2012, lo cierto es que el pleno de la Sección Tercera aclaró que esa ley rige para las nuevas demandas arbitrales presentadas después del 12 de octubre de 2012, fecha en que entró en vigencia la referida ley. En consecuencia, la normatividad aplicable al presente recurso es el Decreto 1818 de 1998.

**LAUDOS ARBITRALES - Recurso extraordinario de anulación - No es una segunda instancia**

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

**LAUDO ARBITRAL - Causales - Nulidad - Controversias contractuales**

Es oportuno precisar que con anterioridad a la modificación que sufrió el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, por cuenta del artículo 22 de la Ley 1150 de 16 de julio de 2007, las causales de anulación de laudos arbitrales se encontraban previstas en dos normas: en el primer artículo citado aplicable a los contratos estatales y en el artículo 38 del Decreto Ley 2279 de 1989 para los contratos regidos exclusivamente por el derecho privado, compiladas ambas en los artículos 230 y 163 del Decreto 1818 de 1998, respectivamente. Además, según la jurisprudencia que desarrolló la Sala al amparo del texto original de la Ley 80 de 1993, las causales de anulación que resultaban aplicables a un contrato celebrado por una entidad pública, pero regido por el derecho privado, debían ser las contenidas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998; en efecto, así lo señaló en relación a una empresa de servicios públicos de naturaleza estatal que celebrara un contrato amparado por el derecho privado, de conformidad con los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994.

**LAUDO ARBITRAL - Vigencia - Ley 1150 de 2007**

Este tema que motivó la dualidad de causales de anulación de laudos arbitrales se encuentra superado en la actualidad, por cuanto la Ley 1150 de 16 de julio de 2007, modificó en su artículo 22 el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 (…) Así las cosas, a partir de la vigencia del anterior precepto , se unificó el listado de causales para los recursos de anulación contra laudos ante el contencioso administrativo, en el sentido de que corresponden a las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, compilado en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, con independencia de que el contrato origen del conflicto dirimido en el respectivo laudo arbitral sea regido por el derecho privado o por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

**LAUDO ARBITRAL - Fallo en conciencia - Alcance del numeral 6 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998**

La Sala considera necesario en este acápite revisar el desarrollo legal y jurisprudencial frente a lo que se ha entendido hasta ahora como un laudo en conciencia. Para el efecto, partirá de (i) los criterios definidos por la jurisprudencia sobre el particular, los cuales (ii) revisará para determinar su vigencia frente al nuevo ordenamiento legal. (…) según este criterio, un laudo en derecho, por oposición a uno en conciencia, es aquél que aplica el derecho positivo vigente, es decir, cualquiera de las fuentes del derecho que usa el juez ordinariamente para resolver los casos, las cuales, además, deben estar vigentes, esto es, que no estén derogadas, anuladas o declaradas inexequibles; en términos afirmativos, que esas fuentes estén vigentes y válidas. Entonces, para predicar la existencia de un fallo en conciencia se requiere de la falta de fundamento jurídico y, además, que ese defecto sea determinante para la adopción de la decisión.

**FALLO EN CONCIENCIA O EN EQUIDAD** **- Aplicación excepcional - Juicios arbitrales**

En esa dirección, la Constitución Política establece en el inciso segundo del artículo 230 que la “equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”. Esto significa que los jueces, incluidos los árbitros, pueden aplicar ese criterio auxiliar en el ejercicio de su labor judicial y por eso su ponderación conforme a los dictados de la equidad es jurídicamente posible y tutelada por la Constitución. Tal es el caso de la fijación de una condena por perjuicios morales, donde la equidad participa de manera importante en la concreción del monto justo que se debe asignar a quien sufrió un daño inmaterial. Pero lo que no puede ampararse exclusivamente en la equidad es la determinación misma de la responsabilidad, cuya definición se encuentra vinculada a reglas jurídicas precisas, así como a la prueba de los hechos. Lo anterior no es una regla absoluta, sino que debe apreciarse en cada caso para examinar judicialmente la aplicación adecuada, correcta y razonable que la equidad tiene en la decisión. Por esa razón, desenmascarar un fallo en conciencia que encubre la aplicación ilegal de la equidad, exige un control judicial muy estricto y cualificado que el juez del recurso de anulación debe ejercer con rigor.

**LAUDO ARBITRAL – Nulidad - Fallo en conciencia al que no considera las pruebas**

El otro supuesto creado por la jurisprudencia tiene que ver con las pruebas del proceso que deben ofrecer convicción al tribunal de arbitramento. En otras palabras, los árbitros deben fallar de acuerdo con las pruebas legalmente aportadas al proceso. Por lo tanto, si la decisión carece de soporte valorativo probatorio afecta la validez de la decisión. Lo anterior, sin interferir en la libertad de que gozan los árbitros para valorar las pruebas, según las reglas de la sana crítica. En efecto, la Sección ha precisado que este criterio “radica en que los árbitros estimen y asuman las pruebas y su apreciación con absoluto desdén, capricho o desconocimiento de las reglas básicas que el derecho ofrece para su valoración, convirtiéndose, auténticamente, en una violación al deber de fallar según las reglas jurídicas, expresadas a través de los medios de convencimiento de que disponen los árbitros”. (…) La Sección ha considerado que también se configura la causal cuando los árbitros, a pesar de haber hecho referencia a las pruebas y haberlas valorado en forma detallada, conjunta y armonizada, es decir, en debida forma, finalmente y sin razón que lo justifique se apartan de ella y fallan a su leal saber y entender, al margen de su contenido y de lo demostrado a través de su análisis.

**FALLO EN CONCIENCIA O EN EQUIDAD - Falta de motivación en los juicios arbitrales**

Respecto de la motivación, la jurisprudencia ha sostenido que si bien los árbitros deben motivar sus fallos, el incumplimiento de esa carga no genera un fallo en conciencia. Lo anterior, toda vez que la “falta de motivación no aparece contemplada dentro de las causales de anulación del mismo y menos cuando no se niega sino que se clasifica como deficiente o irregular”. Al respecto, llama la atención que la limitante siempre ha sido la calificación de la decisión de fondo. (…) En síntesis, los defectos de la motivación, por regla general, no constituyen un fallo en conciencia, siempre que supongan un análisis de fondo de la decisión y la califiquen como errada o deficiente; sin embargo, cuando la motivación es aparente, injustificada o materialmente no existe, fuerza concluir que el único apoyo es la subjetividad de los árbitros, su conciencia.

**FALLO EN CONCIENCIA O EN EQUIDAD - Características**

(i) la decisión no sea en derecho (entendido este último como todas aquellas fuentes jurídicas de las que se vale cualquier juez una su actividad judicial), (ii) o se funde exclusivamente en la equidad o (iii) no se consideren las pruebas. Igualmente, está la imposibilidad de (iv) revisar las interpretaciones de los árbitros para calificarlas como erradas o deficientes, como sucede con la vía de hecho, la revisión de los motivos o, en general, la decisión equivocada.

**LAUDO ARBITRAL - Falta de congruencia - Restituciones mutuas - Consecuencias -Nulidad absoluta del contrato**

De lo expuesto se concluye que el marco dentro del cual deben actuar los árbitros es la (i) Constitución y la ley, (ii) el pacto arbitral, que bien puede concretarse en un compromiso o una cláusula compromisoria, y (iii) la demanda arbitral. (…) Sobre el particular, la Sala considera suficiente con recordar que la nulidad absoluta declarada en el laudo no fue objeto de impugnación. En ese orden, la cuestión se centra en el reconocimiento de las prestaciones mutuas. Ese cuestionamiento en sí mismo pone en evidencia la contradicción del cargo, en tanto las restituciones son consecuenciales de la nulidad absoluta, razón por la cual difícilmente podría tildarse de incongruente la decisión revisada. En otras palabras, aceptada la facultad de declarar la nulidad absoluta del contrato por parte de los árbitros, como lo hace la recurrente, es consecuencial que impongan las restituciones mutuas, si hay lugar a ello. (…) En efecto, en el laudo se citaron los fundamentos jurídicos, en particular el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, el cual resulta ser la norma pertinente para fundar ese tipo de decisiones y, además, se citaron las pruebas que dieron lugar a las restituciones ordenadas. Que no se compartan esas interpretaciones y valoraciones es un ejercicio que escapa a la órbita del presente recurso extraordinario y a la causal en estudio.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION B**

**Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO**

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

**Radicación número: 11001-03-26-000-2014-00018-00(49893)**

**Actor: GRUPO EMPRESARIAL VÍAS DE BOGOTÁ S.A.S.**

**Demandado: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, I.D.U. Y OTRO**

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

La Sala decide el recurso de anulación interpuesto por el Instituto de Desarrollo Urbano, en su calidad de parte convocada, en contra del laudo del 9 de diciembre de 2013, proferido por el Tribunal de Arbitramento convocado para resolver las controversias surgidas entre el Grupo Empresarial Vías de Bogotá, cesionaria de la posición contractual de la Unión Temporal Transvial, y el Instituto de Desarrollo Urbano, en adelante IDU, y la empresa Transporte del Tercer Milenio, TRANSMILENIO[[1]](#footnote-1), en el marco del contrato de obra n.° IDU-137 del 28 de diciembre de 2007, mediante el cual se tomaron las siguientes decisiones (fls. 260 a 262, c. ppal del recurso de anulación):

*PRIMERO. Declarar probada la tacha del testimonio de la abogada Jhuliana Andrea Sarmiento García, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.*

*SEGUNDO. Declarar, de oficio, la nulidad absoluta del contrato n.° IDU 137 de 2007 suscrito el 28 de diciembre de 2007 y, consecuencialmente, de los siguientes documentos: Otrosí n.° 1 de 16 de septiembre de 2008; otrosí n.° 2 de 16 de octubre de 2008; otrosí n.° 3 de 29 de diciembre de 2008; otrosí n.° 4 de 7 de julio de 2009; otrosí n.° 5 de 3 de marzo de 2010; otrosí n.° 6 de 4 de marzo de 2010; otrosí n.° 10 de 14 de octubre de 2010; contrato adicional n.° 1 de 18 de noviembre de 2009; adición n.° 2 de 13 de agosto de 2010; adición n.° 3 de 15 de octubre de 2010; adición n.° 4 del 21 de febrero de 2011, adición n.° 4 de 18 de julio de 2011, que se aclarar que corresponde a la adición n.° 5, y adición n.° 6 de 11 de noviembre de 2011, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.*

*TERCERO. Negar las pretensiones declarativas de la demanda de la primera a la vigésima y las pretensiones primera y segunda de condena, como consecuencia de la declaración de nulidad absoluta del contrato IDU 137 de 2007, sus otrosíes y adiciones, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.*

*CUARTO. Ordenar al Instituto de Desarrollo Urbano IDU pagar a la sociedad Grupo Empresarial Vías Bogotá S.A.S., como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato n.° IDU 137 de 2007, sus otrosíes y adiciones, y por concepto de restitución de las prestaciones ejecutadas hasta la fecha del presente laudo en beneficio del IDU, dentro de los 3 días siguientes a su ejecutoria, las siguientes sumas de dinero:*

*4.1. Por factores de contingencia F1 y F2 la suma de TREINTA Y UN MIL TRESCIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS VEINTIOCHO PESOS MONEA CORRIENTE ($31.337.857.328).*

*4.2. Por actualización monetaria sobre la anterior suma hasta el 31 de agosto de 2013, la suma de SEISCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MILLONES CIENTO CUARENTA Y UN MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS CON CINCUENTA Y DOS CENTAVOS ($654.141.686,52)*

*4.3. Por actualización sobre la suma de $31.337.857.328, a partir del 1 de septiembre de 2013 y hasta la fecha del presente laudo, la suma resultante de aplicar la fórmula contenida en la tabla 17 de las aclaraciones y complementaciones al dictamen rendidas por el perito financiero.*

*4.4. Por SISOMA y Tránsito la suma de MIL SEISCIENTOS SESENTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS MONEDA CORRIENTE ($1.664.353.686).*

*4.5. Por actualización monetaria sobre la anterior suma hasta el 31 de agosto de 2013, la suma DOSCIENTOS* (sic) *TRECE MILLONES CIENTO VEINTINUEVE MIL CIENTO TREINTA Y DOS PESOS CON NOVENTA Y DOS CENTAVOS ($213.129.132,92).*

*4.6. Por actualización sobre la suma de $1.664.353.686, a partir del 1 de septiembre de 2013 y hasta la fecha del presente laudo, la suma resultante de aplicar la fórmula contenida en la tabla 24 de las aclaraciones y complementaciones al dictamen rendidas por el perito financiero.*

*QUINTO. Negar la declaración solicitada en la pretensión tercera de condena relacionada con gastos, agencias en derecho y costos, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.*

*SEXTO. Ordenar al Instituto de Desarrollo Urbano IDU reembolsar a la sociedad Grupo Empresarial Vías Bogotá S.A.S., los valores que esta última parte consignó por cuenta de la primera por expensa y honorarios del Tribunal pendientes de Reembolsar. A cargo de la parte incumplida, se causarán intereses de mora a la tasa más alta autorizada desde el vencimiento del plazo para consignar y hasta el momento en que efectivamente cancele la totalidad de las sumas liquidadas a su cargo.*

*SÉPTIMO. Denegar cualquier otra pretensión de la demanda, distinta a las anteriormente resueltas.*

*OCTAVO. Ordenar la expedición por Secretaría de copia auténtica de este laudo a cada una de las partes, con las constancias de ley.*

*NOVENO. Ordenar el envío por la Secretaría de copia de esta providencia a la Procuraduría General de la Nación y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.*

*DÉCIMO. Declarar causado el saldo de los honorarios de los Árbitros y de la Secretaria. El Presidente procederá a pagarlos a la ejecutoria del laudo o de la providencia que lo aclare, corrija o complemente; a rendir cuentas de las sumas puestas a su disposición para los gastos y expresas del funcionamiento del Tribunal, y a devolver a las partes el remanente que no hubiere sido utilizado. Como consecuencia de la anterior decisión, se ordena a la parte convocante efectuar la contabilización del pago del saldo de los honorarios por el 50%, con fecha del día siguiente a la expedición del laudo y, en consecuencia, expedir los respectivos certificados por las retenciones que se practicaron a los honorarios de los Árbitros y la Secretaria.*

*UNDÉCIMO. Ordenar protocolizar el expediente en una Notaría de Bogotá y una vez efectuada esta devolver las sumas de dinero sobrantes por concepto de gastos, si las hubiere, deducidos los que se hayan hecho dentro del proceso. En el evento de que la suma disponible a la fecha no resulte suficiente para cubrir los gastos de protocolización del expediente, el valor faltante deberá se sufragado en un 50% por cada una de las partes.*

*DUODÉCIMO. Ordenar el envío por la Secretaría de copia de esta providencia al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, e informarle sobre la terminación del proceso y la escritura de protocolización del expediente.*

**I. ANTECEDENTES**

**1.1. El contrato**

El 28 de diciembre de 2007, el IDU y la Unión Temporal Transvial, quien después cedió el contrato a la sociedad Grupo Empresarial Vías de Bogotá S.A.S.[[2]](#footnote-2), suscribieron el contrato de obra n.° IDU-137. También lo suscribió la empresa TRANSMILENIO, en su calidad de pagador de las obligaciones dinerarias a favor del contratista. El objeto del referido acuerdo consistió (fl.9, Tomo 1 de 4):

*El objeto del presente contrato es LA EJECUCIÓN DE LA TOTALIDAD DE LAS OBRAS DE CONSTRUCCIÓN Y TODAS LAS ACTIVIDADES NECESARIAS PARA LA ADECUACIÓN DE LA CALLE 26 (AVENIDA JORGE ELIÉCER GAITÁN) AL SISTEMA TRANSMILENIO Y EL POSTERIOR MANTENIMIENTO, EN EL TRAMO 3 COMPRENDIDO ENTRE LA TRANSVERSAL 76 Y LA CARRERA 42 B Y EN TRAMO 4 COMPRENDIDO ENTRE LA CARRERA 42 B Y LA CARRERA 19, GRUPO 4 DE LA LICITACIÓN PÚBLICA NÚMERO IDU-LP-DG-022-2007, EN BOGOTÁ D.C., de acuerdo con el límite de intervención, las especificaciones generales y particulares contenidas en todos los apéndices que hacen parte integral de este contrato.*

**1.2. El pacto arbitral**

En la cláusula 21 del contrato en estudio se reguló sobre la solución de controversias. En el numeral 21.1.3 las partes pactaron (fl. 46, Tomo 1 de 4):

*21.3. Arbitramento*

*Las divergencias que surjan con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, terminación y liquidación del contrato, se solucionarán a través de un tribunal de arbitramento integrado para el efecto por 3 árbitros, designados de común acuerdo.*

*En caso de no haber acuerdo en la selección de árbitros, la designación se hará por medio de un sorteo en presencia del Director del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, de una lista de 10 personas, integrada por cinco propuestos por cada parte. El procedimiento será el que la ley establece para estos efectos y el domicilio será la ciudad de Bogotá.*

*El laudo arbitral será definitivo y vinculante para las partes, de forma que se podrá impetrar decisión jurisdiccional de cumplimiento del laudo en cualquier corte con jurisdicción sobre la parte que incumpliere.*

*La solución de controversias por medio del arreglo directo, perito para aspectos técnicos, arbitramento o cualquier otro mecanismo no suspenderá la ejecución del contrato, salvo aquellos aspectos cuya ejecución dependa necesariamente de la solución de la controversia.*

**1.3. La demanda arbitral**

El 23 de agosto de 2011 (fl. 2, c. ppal 1), la sociedad Grupo Empresarial Vías Bogotá S.A.S. presentó solicitud de convocatoria de Tribunal de Arbitramento y demanda ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, con el fin de solucionar las diferencias surgidas dentro del contrato de obra IDU-137 del 28 de diciembre de 2007 (fls. 1 a 69 y 126 a 209, c. ppal 1). Al efecto, solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (fls. 18 a 21, c. ppal 2)[[3]](#footnote-3):

*PRETENSIONES DECLARATIVAS:*

*PRIMERA. DECLARAR la existencia y validez del otrosí n.° 5 así como sus efectos obligacionales.*

*SEGUNDA. DECLARAR la existencia y validez de los otrosíes n.° 6, 7, 8 y 9, así como sus efectos obligacionales.*

*TERCERA. DECLARAR el INCUMPLIMIENTO GRAVE DEL IDU del otrosí n.° 6, al desembolsar en la cuenta del SGEVB las sumas no legalizadas y aceptadas por el anterior contratista y recibidas de Segurexpo por concepto de pago del siniestro de anticipo.*

*CUARTA. DECLARAR el INCUMPLIMIENTO GRAVE del IDU, desde noviembre del 2010 hasta la fecha en que se profiere el laudo arbitral, respecto del pago de los factores de contingencia F1 y F2.*

*QUINTA. DECLARAR que EL IDU incumplió con el pago del valor global de los precios unitarios de redes de servicios públicos, de SISOMA y de factores de contingencia, en los términos y condiciones pactados en el contrato y sus otrosis.*

*SEXTA. DECLARAR que el IDU incumplió el adicional 5, por no allanarse al mecanismo de solución de controversias estipulado y por no acordar una nueva reprogramación de obra con el SGEVB.*

*SÉPTIMA. DECLARAR que el IDU es responsable por la ampliación en plazo que dio lugar al adicional 5, afectando gravemente la ejecución del contrato así como los derechos del SGEVB.*

*OCTAVA. CONSECUENCIAL que el IDU deberá asumir los mayores costos de la interventoría –Consorcio Intercol- del contrato, como consecuencia de la ampliación en plazo que dio lugar al adicional 5, por causas imputables al IDU y ajenas al SGEVB.*

*NOVENA. DECLARAR que como consecuencia del adicional 5, el IDU deberá sufragar al SGEVB los valores que esta tuvo que asumir durante el plazo de prórroga referente al SISOMA y factores de contingencia.*

*DÉCIMA. DECLARAR que el IDU es responsable por la ampliación en plazo que dio lugar al adicional 6, afectando gravemente la ejecución del CONTRATO.*

*DÉCIMA PRIMERA. DECLARAR que como consecuencia del adicional 6, el IDU deberá sufragar al SGEVB los valores que esta tuvo que asumir durante el plazo de prórroga referente a SISOMA y factores de contingencia.*

*DÉCIMA SEGUNDA. DECLARAR que: 12.1. El IDU estaba obligado a suscribir las siguientes actas de obra correspondientes a actividades y obra realizada durante los meses de marzo, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre y noviembre del año 2011. 12.2. La SGEVB se ha visto afectado adversamente como consecuencia de no poder recibir el pago correspondiente a dichas actas; 12.3. Las actuaciones del IDU y/o de la interventoría al no suscribir las actas de obra son un incumplimiento del contrato, al ser constitutivas de abuso del derecho.*

*DÉCIMA TERCERA. DECLARAR que durante la ejecución del contrato, acaecieron situaciones ajenas a la SGEVB que afectaron gravemente su ejecución, generando desequilibrio en la ecuación económica y financiera a la SGEVB.*

*DÉCIMA CUARTA. DECLARAR que el IDU incumplió con el pago de los ajustes contemplados en la cláusula 9 numeral 9.1.3 del contrato.*

*DÉCIMA QUINTA. DETERMINAR si la programación de obra del contrato se afectó como consecuencia de las anteriores declaraciones y establecer a quién le sería imputable dicha afectación.*

*DÉCIMA SEXTA. DECLARAR que todas y cada una de las razones que dieron origen al desfase en la programación y sus metas físicas a terminar el 19 de julio de 2011, son ajenas a la SGEVB, e imputables todas ellas al IDU, a la interventoría y a terceros.*

*DÉCIMA SÉPTIMA. DECLARAR como consecuencia de los incumplimientos a que se refieren las pretensiones: tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima, décima tercera y décima cuarta anteriores, la “excepción de contrato no cumplido” y por ende, que la SGEVB no se encuentra en mora de cumplir lo pactado en el contrato, mientras el IDU no haya dado cumplimiento a sus obligaciones en los términos contractuales establecidos.*

*DÉCIMA OCTAVA. CONSECUENCIAL. DECLARAR que como consecuencia de las declaraciones anteriores:*

*1. Se desequilibró económicamente el contrato en contra del SGEVB.*

*2. Se cambiaron los elementos esenciales en los que se basaron los riesgos del contrato y su distribución, de tal manera que se generó un alea anormal, ajena al SGEVB e imputable al IDU.*

*DÉCIMA NOVENA. DECLARAR que a la SGEVB cumplió con sus obligaciones relativas a la etapa de construcción y que por tanto, tiene el derecho a la suscripción del acta de terminación y entrega a satisfacción de la etapa de construcción a que se refiere la cláusula 4.2. del contrato.*

*VIGÉSIMA. LIQUIDAR anticipada y parcialmente el contrato.*

*II. PRETENSIONES DE CONDENA*

*PRIMERA. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, CONDENAR al IDU el restablecimiento de la ecuación económica y financiera del contrato a favor de la SGEVB en la suma que se establecerá durante el trámite arbitral.*

*SEGUNDA. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, ORDENAR al IDU indemnizar al SGEVB en los términos establecidos en los artículos 868, 870, 871, 884 y demás disposiciones concordantes del Código de Comercio y del Código Civil, en la suma que se establecerá durante el trámite arbitral, incluyendo actualización e interés* (sic) *moratorios a los que haya lugar.*

*TERCERA. CONDENAR en su oportunidad al IDU a pagar los gastos, agencias en derecho y demás costas generadas por el presente trámite.*

**1.4. La causa de la solicitud**

Las pretensiones se sustentan en la situación fáctica que se resume así (fls. 21 a 106, c. ppal 2):

1.4.1. El 21 de diciembre de 2007, el IDU adjudicó la Licitación Pública IDU-LP-DG-022-2007 a la Unión Temporal Transvial[[4]](#footnote-4), en adelante UTT, para la construcción de las obras necesarias para la adecuación de la calle 26 y de la carrera 10ª al Sistema de Transmilenio y su posterior mantenimiento.

1.4.2. Como consecuencia de lo anterior, el 28 de diciembre de 2007, el IDU y la UTT suscribieron el contrato de obra n.° 137, con el fin de adelantar las obras arriba referidas. El valor de las obras fue por $315.580.224.330 (cláusula novena).

1.4.3. Debido a múltiples inconvenientes con el contratista, que llevaron incluso a considerar la caducidad del contrato, el 3 de marzo de 2010, a través del otrosí n.° 5, el IDU y el Grupo Empresarial Vías Bogotá S.A.S., en adelante GEVB, formalizaron la aprobación y cesión de la posición contractual entre el citado Grupo y la UTT.

1.4.4. El contrato de obra fue objeto de varias modificaciones y adiciones por mutuo acuerdo de las partes.

1.4.5. El componente obligacional fue desconocido por la entidad demandada, hasta el punto de constituir incumplimiento de su parte. Igualmente, determinó una mayor permanencia en la obra. Además, se presentaron diferentes situaciones no imputables a la contratista que desequilibraron la economía del contrato. Todas esas situaciones se reprodujeron en las pretensiones declarativas, con las consecuencias económicas señaladas en las pretensiones condenatorias.

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

El 12 de marzo de 2012, mediante acta n.° 1, se declaró instalado el Tribunal de Arbitramento y se admitió la demanda (fls. 334 a 337, c. ppal 1).

**1.6. La oposición de la convocada**

1.6.1. El I.D.U. (fls. 367 a 440, c. ppal 1 y 278 355, c. ppal 2) se opuso a las pretensiones de la demanda al manifestar que los traspiés en la ejecución del contrato obedecieron al incumplimiento de la contratista, hasta el punto que la interventoría recomendó en 11 ocasiones la imposición de multas e, incluso, la caducidad del contrato. En tal sentido, se incumplieron los cronogramas de desvíos, de demolición de predios y de metas físicas en diferentes frentes de obra y actividades. Lo anterior debido a la falta de recursos técnicos, financieros y humanos por parte del contratista. Con base en lo anterior, negó la afirmación de la demanda relacionada con el recibo a satisfacción de las obras.

Afirmó que el otrosí n.° 7 que fijó el procedimiento por pago de factores de contingencia fue objetado por los órganos de control, razón por la cual mal se haría en reconocer los pagos allí contenidos y, además, tampoco la contratista demostró que incurrió en tales costos (ejecución de labores por 24 horas, disposición de personal profesional, administrativo y de obra adicional, recursos adicionales, etc.); precisó que las partes no pactaron una adición por valor de $109.090.321.159 para el hecho de la demanda n.° 44; igualmente, advirtió que las prórrogas, según la interventoría, fueron imputables en un 61.57% al contratista y en un 38.43% al IDU.

Aceptó que si bien a partir del acta parcial n.° 42, correspondiente al mes de noviembre de 2010, se suspendió el pago de factores F1 y F2, lo cierto es que ello obedeció a que el contratista no demostró los gastos contingentes; advirtió que para el 17 de julio de 2011, finalización de la etapa de construcción, el avance de obra era del 77.99%, lo cual evidenciaba el incumplimiento contractual. Así, explicó que estaban pendientes por ejecutar las áreas de vías, de espacio público, de señalización, de estaciones, de redes y de estructuras.

Igualmente, señaló que las labores de la interventoría, contrario a lo afirmado en la demanda, siempre se cumplieron a cabalidad. Dijo que las obras que la convocante refirió como adicionales, en realidad hacen parte del contrato. En ese orden, precisó que en el caso del acero suministrado, el puente de la Avenida Boyacá, el paso de vía férrea de la calle 26 con carrera 66, la intersección NQS y calle 26, el permiso de ocupación definitiva del cauce, los predios, el espacio público y el deprimido del Concejo de Bogotá no hubo discusión sobre el alcance de dichas obligaciones, razón por la cual es infundada cualquier reclamación sobre el particular. Agregó que algunas actividades dependían de la coordinación con otras entidades públicas, carga que siempre cumplió la convocada. Asimismo, señaló que el IDU siempre fijó el valor de las actividades y obras adicionales acordadas, además de contar en todo momento con el respaldo presupuestal para asumir todos los costos del contrato. Finalmente, afirmó que los efectos de la temporada invernal en la economía del contrato no fueron demostrados.

Sostuvo que el contratista conoció de todas las condiciones del contrato antes de la cesión del mismo y, por consiguiente, asumió los riesgos propios de la ejecución en las condiciones en las que este se encontraba.

Afirmó que la convocada siempre estuvo dispuesta a llegar a un arreglo directo; sin embargo, la convocante no colaboró ni demostró sus reclamaciones.

Propuso como excepciones: (i) la inexistencia de desequilibrio económico, en tanto ninguna de las situaciones que habilitan una reclamación por ese concepto fueron probadas, tales como el incumplimiento o el ejercicio de cláusulas excepcionales, el hecho el príncipe o una imprevisión. Frente a esta última dijo que al contratista se le aceptó la cesión en consideración al cumplimiento de los requisitos para ejecutar plenamente el contrato y que conocía las complejidades de la obra; (ii) la primacía del principio de autonomía de la voluntad de las partes, en tanto los otrosíes y adiciones fueron consentidos por el contratista sin objeción alguna; y (iii) cobro de lo no debido, teniendo en cuenta que ninguna de las pretensiones tienen vocación de prosperidad.

1.6.2. Transmilenio (fls. 434 a 501, c. ppal 4) precisó que sus obligaciones se limitaban a la realización de trámites administrativos y financieros con el fin de pagar al contratista lo autorizado por el IDU. De suerte que no es la llamada a responder por las pretensiones de la demanda, toda vez que la responsabilidad de la obra recaía en el IDU; afirmó que el contratista cesionario conocía de los atrasos en la obra y de los compromisos que adquiría. En todo caso, aclaró que no firmó el contrato de concesión ni los otrosíes como tampoco los contratos adicionales.

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

En el acta n.° 5 del 28 de agosto de 2012, el Tribunal de Arbitramento se declaró competente para conocer del asunto (fls. 73 a 91, c. ppal 3), en tanto las controversias planteadas están dentro de la cláusula compromisoria pactada en el contrato de obra IDU-137 de 2007 y, además, son de carácter económico y transigible (fls. 82 a 84, c. ppal 3). La anterior decisión fue notificada en estrados dentro de la mencionada audiencia y quedó en firme (fl. 85, c. ppal).

**1.8. El laudo arbitral recurrido**

1.8.1. El 9 de diciembre de 2013, el Tribunal de Arbitramento dictó el laudo correspondiente al presente asunto (fls. 1 a 265, c. ppal del recurso de anulación).

El Tribunal, en el acápite titulado *“Antecedentes”*, describió el trámite procesal surtido, el estudio de los prepuestos procesales, la transcripción de las pretensiones, el resumen de los hechos de la demanda, las contestaciones de la demanda, las excepciones, las pruebas practicadas, los alegatos de conclusión y el concepto del Ministerio Público (fls. 1 a 34, c. ppal del recurso de anulación).

Seguidamente, en la parte considerativa, analizó la competencia del Tribunal, en términos similares a lo resuelto en el auto del 28 de agosto de 2012 (fls. 73 a 91, c. ppal 3); después hizo un estudio legal, jurisprudencial y doctrinario para resolver el fondo del asunto. En relación con la naturaleza jurídica del contrato celebrado, concluyó que se trataba de un contrato de obra pública sometido a la Ley 80 de 1993 y a las normas complementarias que rigen la contratación para el Distrito Capital y sus entidades descentralizadas. Más adelante, estudió la naturaleza jurídica de los convenios interadministrativos y de los contratos estatales. Continuó con el análisis de la responsabilidad contractual y el equilibrio financiero. Estudió los conceptos de contrato a precio global y a precio unitario, y sobre el incumplimiento contractual y la liquidación judicial de los contratos (fls. 36 a 53, c. ppal del recurso de anulación).

Como asuntos previos, se pronunció sobre la vinculación de Transmilenio como litisconsorte necesario por pasiva, en similares términos a los ya resueltos durante el trámite arbitral. Luego se pronunció sobre la tacha de testigos, ante lo cual consideró probada la tacha de la testigo Jhuliana Andrea Sarmiento García, en tanto participó en la elaboración de diferentes documentos de la ejecución contractual. Las demás tachas fueron desestimadas. Después detalló el contenido y desarrollo del convenio interadministrativo celebrado entre la Nación, el Distrito Capital, el IDU y Transmilenio, así como del suscrito entre el IDU y Transmilenio (fls. 53 a 66, c. ppal del recurso de anulación).

Con posterioridad, hizo el análisis probatorio. Para el efecto, citó y explicó el alcance de las normas que regulan la valoración probatoria. Más adelante refirió los hechos probados frente a los antecedentes del contrato de obra IDU-137 de 2007, sus modificaciones, las modalidades de precios pactados y el efecto de los otrosíes y adicionales en aquéllas y, finalmente, la validez contrato de obra IDU 137 (fls. 53 a 72, c. ppal del recurso de anulación).

Frente a la validez (fls. 72 a 95, c. ppal del recurso de anulación), explicó la competencia del Tribunal para tal efecto. Después del desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinal, concluyó que era competente para pronunciarse sobre ese particular. Estimó que la caducidad de la acción no afecta la facultad del juez para declarar la nulidad absoluta, pero que en todo caso sí está limitada por la prescripción extraordinaria señalada en el artículo 1742 del Código Civil. Consideró que estaban todas las partes del contrato, aun cuando Transvial no compareció al proceso, en tanto GEVB representa los derechos de aquella como consecuencia de la cesión contractual.

De otro lado, consideró innecesario demandar el acto de adjudicación para declarar la nulidad absoluta del contrato por supuestos actos ilícitos para favorecer la adjudicación al contratista original, es decir, la UTT. Explicó que para tales fines bien pueden acumularse la nulidad y restablecimiento del derecho y la acción contractual; descartó que la falta de firma en los otrosíes, adiciones y prórrogas por parte de Transmilenio diera lugar a una nulidad absoluta, en tanto era el IDU el competente para el efecto.

Posteriormente, abordó la causal de nulidad absoluta invocada por el Ministerio Público y la parte pasiva. Precisó que se trataba de la condena penal contenida en la sentencia del 24 de agosto de 2011, proferida por el Juzgado 27 Penal del Circuito de Bogotá, en contra del señor Incocencio Meléndez al comprobase que ejerció sus competencias ilegalmente para favorecer la adjudicación a la UTT.

Explicó el alcance del referido fallo penal. Para apoyar este ejercicio, transcribió el siguiente aparte de dicha sentencia que se refiere al citado procesado (fls. 82 y 83, c. ppal):

*Como subdirector técnico legal y posteriormente jurídico, le correspondía coordinar y controlar los procesos de selección de contratistas, adjudicación y celebración de contratos con el fin que estos se ajustaran a los parámetros de ley, y como tal participó en la elaboración y revisión de los “otros sí” del 16 de septiembre de 2008, 16 de octubre de 2008; 23, 26 y 29 de diciembre de 2008 que modificaron los contratos 134 a 138 de 2007 de la Fase III de Transmilenio, los cuales implicaron: 1. Postergar la entrega de productos de la etapa de preconstrucción; 2. Cambio de requisitos para el inicio de la etapa de construcción en estos contratos y se introdujo el concepto de “actualización de estudios y diseños en los contratos de la fase III”, definición que no estaba contemplada en el pliego de condiciones, ni adendas, ni el texto de los contratos, y que favoreció a los contratistas permitiendo: diseñar los posibles faltantes de estudios y diseños, rediseño de los mismos por justificación técnicamente demostrada y postergó la entrega de la programación detallada”. (…)*

*“Dichos interrogatorios concuerdan en la circunstancia que fue el Dr. MELÉNDEZ JULIO quien contribuyó activamente a que se modificaran a su favor los pliegos de condiciones, muy especialmente en el tema de la solvencia financiera, o para que se ejecutara el contrato 137 de 2007, no obstante que el IDU no hubiere cumplido con la entrega de diseños y predios, afirmaciones todas, entre otras, que tienen también sustento “en los diferentes documentos aportados, como las actas de comités de adjudicaciones o el informe de análisis técnico al contrato de interventoría 174 de 2007 del contrato 137 de 2007”*

Más adelante, citó y explicó el alcance de las normas aplicables para efectos de declarar la nulidad absoluta del contrato. Igualmente, refirió la jurisprudencia dictada sobre el particular. Concluyó que de conformidad con lo probado en la sentencia del Juzgado 27 Penal del Circuito de Bogotá se imponía la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, toda vez que esa decisión ponía en evidencia la inobservancia de las normas de derecho público de selección de contratistas y, por consiguiente, el objeto ilícito del contrato en mención.

Igualmente, señaló que se limitaría a reconocer las restituciones mutuas ordenadas en el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, bajo el entendimiento (i) que la nulidad absoluta no impide el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas; (ii) el reconocimiento sería hasta el monto del beneficio de la entidad estatal; (iii) las prestaciones cumplidas debían satisfacer el interés público y (iv) las prestaciones se actualizarían, pero sin lugar a intereses.

De esa forma procedió a estudiar cada uno de las pretensiones de la demanda (fls. 95 a 256, c. ppal del recurso de anulación).

(1) Inició por las relativas al incumplimiento grave del contrato por no desembolsar a la convocante las sumas reconocidas al anterior contratista. En este punto, refirió a las posiciones de las partes y luego definió la competencia del Tribunal para pronunciarse sobre esta pretensión. Finalmente, después de un el análisis *in extenso* de las pruebas obrantes en el proceso, concluyó que no se probó alguna afectación económica adversa al contratista resultante del referido incumplimiento.

(2) Continuó con la pretensión cuarta de la demanda, en la cual se reclamaba por el pago de los factores de contingencia F1 y F2 causados desde noviembre de 2010 hasta la fecha del laudo. Al igual que en el primer cargo, se refirió a las posiciones de las partes. Seguidamente analizó las pruebas del proceso. Explicó que los referidos factores se pactaron con el ánimo de superar las dificultades en que se encontraba el contrato al momento de la cesión, como consecuencia de los incumplimientos del contratista inicial. Igualmente analizó su validez y concluyó que simplemente se limitó a actualizar los precios globales, pero no así su modificación. Concluyó que *“los factores de contingencia F1 y F2 no se pagaron pero si debieron pagarse en los términos en que fueron acordados en los otrosíes 6 y 7, constituyendo, de esta manera, una prestación retribuible”*.

(3) Más adelante, abordó el tema del incumplimiento del pago del valor global, los precios unitarios de redes de servicios públicos y los factores de contingencia. Analizadas las posturas de las partes y las pruebas aportadas, las consideró improcedentes ante la falta de elementos que permitieran determinar su causación, salvo lo relacionado con el acta y factura 244, cuyos valores y prestaciones efectivas fueron determinados por los peritos, razón por la cual se imponía su restitución.

(4) Prosiguió el análisis sobre la mayor permanencia en la obra por los adicionales n.° 5 y 6. Sobre el particular refirió a las posiciones de las partes e hizo el análisis de las pruebas. Con fundamento en lo anterior, consideró que no se demostró que las prórrogas fueran imputables al contratista y, por consiguiente, reconoció lo referente al SISOMA[[5]](#footnote-5), en tanto los asumió este último durante la ejecución contractual.

(5) En cuanto a la obligatoriedad de suscribir las actas pendientes de marzo, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre y noviembre del año 2011, así como del acta de terminación entrega a satisfacción de la etapa de construcción, sostuvo, con base en el análisis probatorio, que esos documentos fueron suscritos por el IDU y los valores pagados al contratista. Aclaró que los presuntos incumplimientos de la interventoría sobre la suscripción de las susodichas actas tampoco tenían fundamento probatorio y, además, esa relación contractual no era de juzgamiento de los árbitros.

(6) En cuanto al pago de los ajustes contemplados en la cláusula 9, numeral 9.1.3. precisó, con base en la relación probatoria y su correspondiente análisis, que se trataba de una simple preocupación del contratista sobre la posible falta de recursos, lo cual no fue demostrado. Igualmente, reiteró que no constituía una prestación económica cumplida.

(7) Sobre los perjuicios generados al contratista como consecuencia de la afectación del cronograma de obra, con base en su análisis probatorio los negó, en consideración a que no se trataban de una prestación cumplida sino de una pretensión que debía pasar por determinar el incumplimiento contractual, lo cual resultaba inviable, en razón de la nulidad declarada.

(8) En cuanto al desequilibrio económico, sostuvo que dado que se tratan de pretensiones que se fundan en el contrato, el cual fue declarado nulo de forma absoluta, no son prestaciones ejecutadas que deban reconocerse al contratista.

(9) En lo que tiene que ver con la excepción de contrato no cumplido, consideró antitécnico que la demanda formulara una excepción, cuando se trata de un medio defensivo de la demandada. En esos términos, la consideró improcedente.

(10) En cuanto al cambio de elementos esenciales del contrato que afectaron los riesgos y su asignación, sostuvo, con fundamento en las cláusulas del contrato, que la distribución fue aceptada voluntariamente por las partes y tenía plenos efectos vinculantes. En ese orden, negó este reconocimiento.

(11) Sobre la afectación del otrosí n.° 6 en cuanto a la distribución del riesgo, con fundamento en las pruebas y lo pactado en el contrato, afirmó que ninguna modificación afectó la asignación de riesgos del contrato original.

(12) En relación con la liquidación anticipada y parcial del contrato, con fundamento en el contrato y las pruebas concluyó que dada la nulidad absoluta del contrato se procederá a la liquidación judicial del mismo, razón por la cual no hay lugar a aplicar la liquidación anticipada o parcial permitida en la cláusula vigésima primera del contrato.

(13) Consideró improcedentes los restablecimientos e indemnizaciones solicitados, en atención a que no son prestaciones ejecutadas, las cuales son las únicas que se pueden reconocer como restituciones mutuas.

Finalmente, determinó el monto de las restituciones por los factores de contingencia F1 y F2 en la suma de $31.337.857.328, para lo cual se valió de los cálculos de los peritos. Igualmente, reconoció un valor de actualización de esa suma hasta el 31 de agosto de 2013 de $654.141.651,52.

De otro lado, reconoció mayores valores por SISOMA incluidos en los contratos adicionales n.° 5 y 6 los cuales ascendieron a $1.664.353.686. Lo anterior lo hizo con base la prueba pericial. Además, reconoció por actualización hasta el 31 de agosto de 2013 la suma de $213.129.132.92.

1.8.2. Las partes solicitaron la aclaración, corrección y adición del laudo (fls. 320 a 341, c. ppal del recurso de anulación). Mediante auto del 18 de diciembre de 2013, el Tribunal desestimó todas las solicitudes (fls. 2165 a 2185, c. ppal 5). En esa misma fecha quedó ejecutoriado el laudo (fl. 342, c. ppal del recurso de anulación, constancia ejecutoria de la Secretaria del Tribunal).

**1.9. La impugnación**

Inconforme con la decisión tomada en el laudo arbitral, el 26 de diciembre de 2013 el IDU formuló recurso de anulación y, para el efecto, propuso como causales las contenidas en los numerales 6 y 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 que prescriben (fl. 343, c. ppal del recurso de anulación):

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

*8. Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido (…).*

La sustentación y análisis de las causales aducidas por la convocada (fls. 446 a 464, c. ppal del recurso de anulación), se hará en la parte considerativa de esta providencia.

**1.10. La intervención de la convocante**

La convocante se opuso al recurso de anulación propuesto (fls. 492 a 524, c. ppal del recurso de anulación).

**II. CONSIDERACIONES**

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

**1. Competencia**

El Consejo de Estado es competente para conocer del presente recurso de anulación, en los términos del artículo 1 de la Ley 1.107 de 2.006[[6]](#footnote-6), en tanto el laudo arbitral impugnado fue proferido para dirimir un conflicto surgido con ocasión del contrato de obra pública n.° IDU-137 del 28 de diciembre de 2007, en el que una de las partes, el IDU[[7]](#footnote-7), es una entidad pública.

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

De entrada vale aclarar que si bien el recurso de anulación se interpuso en vigencia de la Ley 1563 de 2012, lo cierto es que el pleno de la Sección Tercera aclaró que esa ley rige para las nuevas demandas arbitrales presentadas después del 12 de octubre de 2012, fecha en que entró en vigencia la referida ley[[8]](#footnote-8). En consecuencia, la normatividad aplicable al presente recurso es el Decreto 1818 de 1998.

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

De otra parte, es oportuno precisar que con anterioridad a la modificación que sufrió el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, por cuenta del artículo 22 de la Ley 1150 de 16 de julio de 2007, las causales de anulación de laudos arbitrales se encontraban previstas en dos normas: en el primer artículo citado aplicable a los contratos estatales y en el artículo 38 del Decreto Ley 2279 de 1989 para los contratos regidos exclusivamente por el derecho privado, compiladas ambas en los artículos 230 y 163 del Decreto 1818 de 1998, respectivamente.

Además, según la jurisprudencia que desarrolló la Sala al amparo del texto original de la Ley 80 de 1993, las causales de anulación que resultaban aplicables a un contrato celebrado por una entidad pública, pero regido por el derecho privado, debían ser las contenidas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998; en efecto, así lo señaló en relación a una empresa de servicios públicos de naturaleza estatal que celebrara un contrato amparado por el derecho privado, de conformidad con los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994[[10]](#footnote-10).

Empero, este tema que motivó la dualidad de causales de anulación de laudos arbitrales se encuentra superado en la actualidad, por cuanto la Ley 1150 de 16 de julio de 2007, modificó en su artículo 22 el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, para establecer:

*Artículo 22. Del recurso de anulación contra los laudos arbitrales. El artículo 72 de la Ley 80 de 1993, quedará así:*

*Artículo 72. Del recurso de anulación contra el laudo arbitral. Contra el laudo arbitral procede el recurso de anulación. Este deberá interponerse por escrito presentado ante el Tribunal de Arbitramento dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente.*

*El recurso se surtirá ante la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativa del Consejo de Estado.*

*Son causales de anulación del laudo las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 o las normas que lo modifiquen, deroguen o sustituyan.*

Así las cosas, a partir de la vigencia del anterior precepto[[11]](#footnote-11), se unificó el listado de causales para los recursos de anulación contra laudos ante el contencioso administrativo, en el sentido de que corresponden a las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, compilado en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, con independencia de que el contrato origen del conflicto dirimido en el respectivo laudo arbitral sea regido por el derecho privado o por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

En consecuencia, como quiera que en el *sub examine* tanto la expedición del laudo arbitral como la interposición del recurso extraordinario contra el mismo ocurrieron el 9 de julio y el 28 de julio de 2014 (fls. 1298 y 1494, c. ppal del recurso de anulación) respectivamente, esto es, cuando se encontraba vigente la reforma al sistema de impugnación, las causales de anulación que resultan aplicables son las establecidas por el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, que compiló el artículo 38 del Decreto Ley 2279 de 1989. Por esa misma razón, las citadas disposiciones se aplican frente a las cuestiones procesales que regulan el presente recurso.

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

La Sala analizará las causales propuestas así:

**3.1. Laudo en conciencia**

Esta causal se fundamentó en el numeral 6º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 que establece como causales del recurso de anulación, entre otras, la siguiente:

*Son causales de anulación del laudo las siguientes: (…)*

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

**3.1.1. La sustentación**

La recurrente precisó que su recurso se dirigía en contra de las restituciones mutuas, pero no así frente a la nulidad absoluta declarada, la cual fue solicitada por ella y por el Ministerio Público. Bajo la anterior precisión, sostuvo que la nulidad absoluta únicamente da lugar a las restituciones mutuas. Estas se entienden como la posibilidad de retrotraer los efectos del contrato; esto es posible en los contratos de ejecución instantánea. Sin embargo, en los contratos de tracto sucesivo, como el de obra, que es la modalidad a la que corresponde el contrato en estudio, sólo es posible pagar lo que haya beneficiado a la entidad.

En ese orden, afirmó que el Tribunal reconoció y ordenó el pago de los factores de contingencia F1 y F2, SISOMA y tránsito, sin existir pruebas que los acreditaran. Sostuvo que la única base frente a su cuantificación fueron los dictámenes periciales, los cuales se hicieron de conformidad con lo estipulado en el contrato y no con lo ejecutado. Igualmente, consideró que esos reconocimientos ordenados por el laudo no son prestaciones ejecutadas que debieran reconocerse al contratista, sino obligaciones incorporadas en el contrato que se anuló y que, por consiguiente, no se pueden reconocer con base en la interpretación de un contrato viciado, sino por el resultado de la constatación de lo realmente ejecutado y debido, siempre que ello beneficie a la entidad estatal contratante.

**3.1.2. El alcance de la causal**

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

**3.1.2.1. El estado de la causal de laudo en conciencia: los criterios definidos por la jurisprudencia**

La jurisprudencia de la Sección ha fijado los siguientes criterios para definir cuándo se está en presencia de un fallo en conciencia, así[[12]](#footnote-12):

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

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

Al respecto, se ha precisado que la expresión *“derecho positivo”* debe entenderse en un sentido amplio, como todas aquellas fuentes de las que puede servirse el juez contencioso administrativo al resolver las controversias, incluido, claro está, el mismo contrato y los documentos que se integran a él[[13]](#footnote-13). En efecto, se ha expuesto[[14]](#footnote-14):

*Entender que la expresión derecho positivo se reduce a las fuentes normativas –Constitución, Ley y reglamento- desconocería que el ordenamiento jurídico no se reduce a los preceptos, porque constituye un sistema que combina de manera infinita la pluralidad de sus fuentes, para producir una decisión particular. De esta manera, derecho positivo, en su acepción amplia, se refiere a las fuentes del derecho explícitas; es decir, objetivas; es decir, existentes, bien en normas o bien en textos que forman parte del mismo derecho, como las que lo explican. Aquí se reencuentra esta noción con la que procede de manera más pura de la filosofía del derecho[[15]](#footnote-15).*

*En este contexto, derecho positivo se opone a derecho natural, es decir, al derecho implícito, sobreentendido en sus reglas y alcance, cuando en realidad nadie lo ha producido y menos explicado con autoridad. Que un laudo sea en derecho positivo autoriza a los árbitros a usar las mismas fuentes del derecho que aplica el juez natural de la controversia que las partes voluntariamente excluyeron de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, instituida de manera permanente por el Estado. No entenderlo así conduce a pensar que si un tribunal que debe fallar en derecho se apoya en la jurisprudencia entonces decide en conciencia, porque no se apoyó en el derecho vigente. Lo mismo cabe decir de la doctrina aplicable a un contrato o de la costumbre que lo inspira, si se utilizan como apoyo de la decisión arbitral[[16]](#footnote-16). Esta posición es inadmisible. Por el contrario, los casos mencionados son típicos fallos en derecho, porque se sirven del ordenamiento positivo, es decir, de las fuentes formales del derecho –prácticamente todas escritas, aunque la costumbre no- lo que garantiza que la decisión no se inspira en el leal saber y entender del árbitro, ni en la noción o idea de justicia personal, ni en un criterio subjetivo sobre lo que es una decisión correcta, porque aplicando las fuentes del derecho el árbitro queda compelido a desprenderse de su pasión personal, de su opinión y convicción íntima -alejada de las reglas y los criterios-, nacidos de su pura conciencia, para entregarse a un sistema de la razón –jurídica- que preexiste a él y se ubica encima de su propia humanidad.*

Ahora, en relación con la expresión *“derecho positivo vigente”*, la jurisprudencia explicó su contravención cuando los árbitros, en lugar de apoyarse en el derecho actualmente aplicable, lo hacían *“en el derogado, en el declarado nulo o inexequible o el que se apoya en normas, principios o criterios jurídicos que no existen o carecen de vigencia y validez”*[[17]](#footnote-17).

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

Finalmente, la causal, al exigir la aplicación del derecho positivo vigente, entraña, de verificarse lo contrario, un error de los árbitros, lo cual dista del entendido estricto de un fallo en conciencia, que no es otro que el que proviene del leal saber y entender del que juzga. En esa dirección, se considera que *“el defecto más que de conciencia, de subjetividad, de solución en equidad, es un caso típico de error o desconocimiento del derecho”*[[18]](#footnote-18). En todo caso, el legislador bien puede, en ejercicio de su libertad de configuración, erigir ese defecto en un supuesto de fallo en conciencia.

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

De entrada vale señalar que la jurisprudencia ha precisado que los árbitros pueden recurrir a la equidad para decidir sus asuntos.

Sobre el particular, la Sección explicó que si bien a juzgar por el texto del numeral 6 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 se deducía que bajo ninguna circunstancia era admisible que los árbitros juzgaran en equidad, lo cierto es que, después de un análisis integral y sistemático del ordenamiento jurídico, se concluye lo contrario, en tanto la equidad no está proscrita de los juicios jurídicos, incluidos los arbitrales donde es parte el Estado[[19]](#footnote-19).

En esa dirección, la Constitución Política establece en el inciso segundo del artículo 230 que la *“equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”*. Esto significa que los jueces, incluidos los árbitros, pueden aplicar ese criterio auxiliar en el ejercicio de su labor judicial y por eso su ponderación conforme a los dictados de la equidad es jurídicamente posible y tutelada por la Constitución. Tal es el caso de la fijación de una condena por perjuicios morales, donde la equidad participa de manera importante en la concreción del monto justo que se debe asignar a quien sufrió un daño inmaterial. Pero lo que no puede ampararse exclusivamente en la equidad es la determinación misma de la responsabilidad, cuya definición se encuentra vinculada a reglas jurídicas precisas, así como a la prueba de los hechos[[20]](#footnote-20).

Lo anterior no es una regla absoluta, sino que debe apreciarse en cada caso para examinar judicialmente la aplicación adecuada, correcta y razonable que la equidad tiene en la decisión. Por esa razón, desenmascarar un fallo en conciencia que encubre la aplicación ilegal de la equidad, exige un control judicial muy estricto y cualificado que el juez del recurso de anulación debe ejercer con rigor.

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

Sobre el alcance de este criterio, la jurisprudencia ha precisado que *“cuando el recurrente critica la interpretación de los árbitros sobre las normas legales y el contrato mismo hace ostensible su queja sobre un punto de derecho, cual es la interpretación indebida de la ley y corrobora la anterior afirmación de la Sala sobre que el laudo sí se profirió en derecho”*[[21]](#footnote-21).

La anterior postura no es más que la reproducción de la prohibición de revisar el fondo del laudo, en tanto en sede del recurso de anulación solo procede la formulación de cuestionamientos por errores *in procedendo[[22]](#footnote-22)* y no *in iudicando*[[23]](#footnote-23)*.* Igualmente, este criterio encierra la exigencia legal de que el fallo en conciencia debe ser evidente[[24]](#footnote-24). Al respecto, la jurisprudencia sostiene que la decisión en conciencia debe evidenciarse *“esto es, sin que se requiera de mayores argumentaciones para demostrar ese acontecimiento pues es ostensible”[[25]](#footnote-25)*.

***(d) Es fallo en conciencia al que no considera las pruebas***

El otro supuesto creado por la jurisprudencia tiene que ver con las pruebas del proceso que deben ofrecer convicción al tribunal de arbitramento. En otras palabras, los árbitros deben fallar de acuerdo con las pruebas legalmente aportadas al proceso. Por lo tanto, si la decisión carece de soporte valorativo probatorio afecta la validez de la decisión. Lo anterior, sin interferir en la libertad de que gozan los árbitros para valorar las pruebas, según las reglas de la sana crítica[[26]](#footnote-26).

En efecto, la Sección ha precisado que este criterio *“radica en que los árbitros estimen y asuman las pruebas y su apreciación con absoluto desdén, capricho o desconocimiento de las reglas básicas que el derecho ofrece para su valoración, convirtiéndose, auténticamente, en una violación al deber de fallar según las reglas jurídicas, expresadas a través de los medios de convencimiento de que disponen los árbitros”*[[27]](#footnote-27).

Lo anterior sin que se abra la posibilidad de controvertir el laudo a través del recurso de anulación, bajo el argumento de que la valoración probatoria es incorrecta, inadecuada u otro defecto que el recurrente le endilgue a la providencia, porque en tal caso no se está en presencia de un fallo en conciencia sino de una providencia errática, que no admite controversia en el proceso de anulación, porque no se trata de una segunda instancia, es decir, de un recurso de apelación[[28]](#footnote-28).

De igual forma, la Sección ha considerado que también se configura la causal cuando los árbitros, a pesar de haber hecho referencia a las pruebas y haberlas valorado en forma detallada, conjunta y armonizada, es decir, en debida forma, finalmente y sin razón que lo justifique se apartan de ella y fallan a su leal saber y entender, al margen de su contenido y de lo demostrado a través de su análisis. En esa línea, se entiende que la prueba debe constituirse en fundamento del fallo y no simplemente una apariencia para darle legalidad, puesto que el juez no está facultado para desechar la prueba válidamente aportada al proceso y, en su lugar, crear su propia convicción que pueda acomodarse a la decisión que en equidad profiere. En conclusión, una cosa es que el juez tenga potestad para valorar e interpretar la prueba, aspecto que no puede ser cuestionado por vía del recurso de anulación, y otra muy diferente es que la ignore de plano, evento en el cual hay lugar a la configuración de un fallo en conciencia[[29]](#footnote-29).

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

Ha sostenido la jurisprudencia de esta Sección que la vía de hecho implica *“siempre un desbordamiento del ordenamiento jurídico por parte del juez, que permite afirmar la inexistencia de una sentencia como tal y por lo tanto, acudir a la interposición del mecanismo de la tutela para amparar derechos fundamentales y evitar los perjuicios derivados de tal actuación”*[[30]](#footnote-30). En otras palabras, esa irregularidad desborda los límites de la competencia del juez en sede del recurso de anulación y se inscribe en los del juez de tutela, en tanto supone un análisis de fondo, profundo y reflexivo de la decisión arbitral.

Respecto de la motivación, la jurisprudencia ha sostenido que si bien los árbitros deben motivar sus fallos, el incumplimiento de esa carga no genera un fallo en conciencia. Lo anterior, toda vez que la *“falta de motivación no aparece contemplada dentro de las causales de anulación del mismo y menos cuando no se niega sino que se clasifica como deficiente o irregular”*[[31]](#footnote-31). Al respecto, llama la atención que la limitante siempre ha sido la calificación de la decisión de fondo. Bajo ese entendimiento, esa posición ha sido morigerada, como pasa a explicarse:

En efecto, con ocasión de precisar el alcance de la postura en la que se sostenía que *“la más mínima referencia que el árbitro haga al derecho positivo, hace que el laudo sea calificable como en derecho”*[[32]](#footnote-32)*,* la Sección precisó que esa expresión *“hace alusión, por tanto, a que esa ‘mínima referencia’ esté realmente conectada con el sentido de la decisión, cualquiera que éste sea ⎯pues el del contenido del pronunciamiento arbitral no es un asunto fiscalizable por el juez del recurso de anulación⎯, vale decir, que la referencia al Derecho en realidad ha de constituir fundamento de lo que se resuelve y no tratarse de una simple anotación absolutamente descontextualizada del hilo argumentativo que en verdad conduce a la resolución del caso, orientada a dar al laudo la apariencia de estar sustentado en un precepto jurídico que no desempeña papel alguno en la cadena justificativa construida por los árbitros con el propósito de motivar su determinación.”*[[33]](#footnote-33).

Incluso, la jurisprudencia va más allá al sostener que también existe un fallo en conciencia cuando los árbitros a pesar de haber hecho referencia a las pruebas y haberlas valorado en forma detallada, conjunta y armonizada, es decir, en debida forma, finalmente y sin razón que lo justifique, se apartan de ella y fallan a su leal saber y entender, al margen de su contenido y de lo demostrado a través de su análisis[[34]](#footnote-34).

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

Además de lo anterior, cuando la motivación no existe, el fallo en conciencia se hace evidente, en tanto coincide con el entendimiento natural de lo que es una decisión en conciencia, esto es, la que prescinde de todo fundamento jurídico y/o probatorio[[35]](#footnote-35). Además, al ser inexistente la motivación, el juez de anulación tampoco la califica, por cuanto nada se puede decir de lo que no existe. En esta misma dirección, se ha precisado[[36]](#footnote-36):

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

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

*(…). En la providencia inicialmente citada[[37]](#footnote-37) también se expresó que “…la causal [6ª] de anulación prevista en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 se configura cuando: a) El laudo es conciencia, esto es, cuando los árbitros se apoyan en su íntima convicción* ***y por lo tanto no dan razones de su decisión o prescinden de toda consideración jurídica o probatoria****; b) Debiendo ser el laudo en derecho, los árbitros inaplican la ley al caso concreto porque consideran que ella es inicua o que conduce a una iniquidad o también cuando buscan por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido”.*

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

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

En síntesis, los defectos de la motivación, por regla general, no constituyen un fallo en conciencia, siempre que supongan un análisis de fondo de la decisión y la califiquen como errada o deficiente; sin embargo, cuando la motivación es aparente, injustificada o materialmente no existe, fuerza concluir que el único apoyo es la subjetividad de los árbitros, su conciencia.

De otro lado, la jurisprudencia también ha estimado que la decisión errada tampoco constituye un fallo en conciencia, en tanto ninguna causal permite revisar el fondo, toda vez que la órbita del recurso de anulación se circunscribe a los errores *in procedendo*. De lo contrario, “*se abriría paso para desconocer la convención celebrada por las partes, en el sentido de no acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa, sometiendo la controversia a la decisión de árbitros, que deben fallar en única instancia”*[[38]](#footnote-38)*.*

En suma, la vía de hecho, la motivación o el error, que bien pueden agruparse dentro del concepto de decisión errada o deficiente, no constituyen una decisión en conciencia, en tanto se dirigen a cuestionar el fondo del asunto, el cual, en término generales, no se puede revisar en sede del recurso de anulación, salvo las precisiones hechas por la jurisprudencia aquí advertida.

**3.1.2.2. A modo de conclusión**

Analizados los criterios que determinan la causal de fallo en conciencia se observa que, en estricto sentido, para que exista una decisión en conciencia, se necesita que (i) la decisión no sea en derecho (entendido este último como todas aquellas fuentes jurídicas de las que se vale cualquier juez una su actividad judicial), (ii) o se funde exclusivamente en la equidad o (iii) no se consideren las pruebas. Igualmente, está la imposibilidad de (iv) revisar las interpretaciones de los árbitros para calificarlas como erradas o deficientes, como sucede con la vía de hecho, la revisión de los motivos o, en general, la decisión equivocada[[39]](#footnote-39).

Con base en lo expuesto, procederá la Sala a resolver el fondo del presente asunto.

**3.1.3. El caso concreto**

La Sala observa que la discrepancia del recurrente se concreta en las diferencias sobre el entendimiento de lo que debían comprender las restituciones mutuas. En efecto, sostuvo que lo ordenado por el Tribunal sobre el particular eran obligaciones contenidas en el contrato que fue anulado y cuya valoración se sustentó en los dictámenes periciales, pero no así sobre la ejecución material, que a su juicio, era lo único procedente como restitución.

En ese orden, conviene recordar que estos reconocimientos se hicieron con base en el análisis probatorio efectuado por parte de los árbitros, lo cual descarta de *ab initio* una decisión en conciencia. Efectivamente, lo anterior queda corroborado en los apartes donde se reconocieron las restituciones, así:

3.1.3.1. En cuanto al reconocimiento de los factores de contingencia F1 y F2 (fls. 131 a 169, c. ppal del recurso de anulación), el Tribunal analizó como pruebas (i) la situación acerca de la ejecución contractual al comenzar el año 2010. Explicó sobre el particular que fue un hecho notorio que la Unión Temporal Transvial abandonó la obra que se le confió con el contrato IDU-137 de 2007. En esa dirección citó un testimonio que confirmaba esa conclusión.

Bajo ese entendido, el Tribunal explicó que se inició un proceso administrativo para declarar la caducidad al contratista, pero que al tiempo se exploraron otras alternativas para viabilizar el contrato. Entre ellas, surgió la de ceder el contrato a GEVB, que fue la que finalmente se acogió. Explicó que esa alternativa comportó la adopción de mecanismos financieros para paliar el estado de atraso del contrato y poder cumplir con los plazos contractuales. Entre esos mecanismos se incorporaron los factores de contingencia F1 y F2 (para explicar esto cita el contrato de cesión y las reuniones previas a la celebración del otrosí n.° 6 del 4 de marzo de 2010).

Más adelante, el Tribunal precisó que en las cláusulas 6 a 8 del otrosí n.° 6 del 4 de marzo de 2010, las partes fijaron la metodología para la reactivación del contrato, un período de transición y la aplicación de factores multiplicadores. El laudo citó expresamente las cláusulas 6, 7 y 8 del citado otrosí, así (fls. 137 y 138, c. ppal del recurso de anulación):

*CLÁUSULA 6. METODOLOGÍA PARA LA REACTIVACIÓN DEL CONTRATO. Las partes acuerdan que trabajarán durante la construcción a través de la METODOLOGÍA PARA LA REACTIVACIÓN DEL CONTRATO. Para dichos efectos:*

*1. El IDU garantizará al CONTRATISTA la obtención de la ecuación económica del contrato. Para estos efectos, al menos trimestralmente (cada 3 meses) a partir del inicio y hasta el final de la construcción las partes realizarán el siguiente procedimiento:*

*i. Con fundamento en la METODOLOGÍA PARA LA REACTIVACIÓN DEL CONTRATO: Adelantarán una cuantificación de la diferencia que se hubiere presentado entre (a) el PRESUPUESTO DE REFERENCIA ejecutado hasta el momento y (b) el saldo al momento de la cesión del valor global de las obras de construcción del contrato de obra n.° IDU 137-2007.*

*ii. El desequilibrio que se hubiere presentado para el CONTRATISTA en la ecuación económica del contrato será equivalente al valor de las diferencias determinadas de acuerdo con el numeral anterior.*

*iii. Determinado el desequilibrio y de conformidad con los artículos 4 y 5 de la Ley 80 de 1993, el IDU tomará las medidas pertinentes financieras y presupuestales para el restablecimiento de la ecuación económica contractual.*

*2. Vencido el PERÍODO DE TRANSICIÓN, para efectos del flujo de pago a acordarse, las actas mensuales de obra se realizarán con base en los PRECIOS DE REFERENCIA aprobados. (…)*

*CLÁUSULA 7: PLAZO DE ORGANIZACIÓN PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN. LAS PARTES acuerdan, dada la urgencia de la reactivación de las obras, que durante los primeros (diez) 10 días hábiles a partir d ela fecha de suscripción del acta n.° 23 del contrato no se dará cumplimiento estricto a las obligaciones contenidas en los APÉNDICE A, E y F del contrato, sin que ello condicione el inicio de la obra. Por lo anterior, para este período no se hará la calificación con lista de chequeo, pero en todo caso el contratista deberá velar porque en la obra se observan las normas mínimas de carácter sisoma, social y de manejo de tráfico y desvíos, y se cumplan con las especificaciones técnicas de construcción. (…)*

*CLÁUSULA 8: Para efecto de la ejecución por parte del contratista de las actividades que permitan la construcción de las obras y su terminación para la operación de la Fase III de Transmilinio, incluyendo los adicionales que se llegaren a pactar para ser ejecutados dentro del plazo de 16.5 meses contados a partir de la firma del presente documento, se aplicarán los factores multiplicadores de que trata el Anexo 3, lo anterior siempre y cuando, en caso de presentarse una prórroga, la misma no sea atribuible al contratista.*

*Factor multiplicador de contingencia por costos administrativos (F1): Corresponde a un porcentaje del 11.37% que contempla los costos administrativos identificados como necesarios para lograr la terminación de las obras dentro del plazo estimado de 16.5 meses contados a partir del inicio del PERÍODO DE TRANSICIÓN.*

*Factor multiplicador de contingencia por los cotos de mano de obra (F2): Corresponde a un porcentaje del 4.83% que contempla el aumento en los costos de mano de obra no calificada ponderado con el diurno, por jornada nocturna, dominical y festivos.*

*Estos factores se aplicarán a todos los cobros realizados por el contratista, sin incluir los que se realicen con cargo a los valores globales ambientales, de gestión social y tráfico. (…)*

A continuación el Tribunal explicó que esos factores fueron modificados con el otrosí n.° 7 del 9 de abril de 2010, pero que siempre se mantuvieron como una obligación de la entidad, con el fin *“de garantizar el flujo de caja del proyecto y por lo tanto la viabilidad financiera de la ejecución contractual”* (fl. 141, c. ppal del recurso de anulación).

Igualmente, el Tribunal analizó la conducta del IDU y la interventoría. Frente a esta última señaló que nunca estuvo de acuerdo con la forma en que se pactaron los factores de contingencia. Sobre el particular, relacionó diferentes comunicaciones de la interventoría donde advirtió el incumplimiento del contratista frente al cálculo de los factores de contingencia F1 y F2. En efecto, afirmó que la interventoría manifestó que el número de personas que trabajaban en la noche no correspondía al consignado en las cuentas de cobro por parte del contratista. Igualmente, señaló que el IDU, al hacer suyas las observaciones de la interventoría, advirtió al contratista sobre dicho incumplimiento. Puso de presente que las comunicaciones del IDU fueron reiterativas en tal sentido y evidenciaban su oposición al pago de los factores F1 y F2, debido al incumplimiento de los presupuestos para su reconocimiento. Lo anterior, según el Tribunal, generó que a partir del acta 43 de recibo parcial n.° 32 correspondientes a los meses de noviembre y diciembre de 2010, la interventoría y el IDU no autorizaron más pagos por factores de contingencia y se descontaron los efectuados. Con todo, advirtió que se probó que el contratista ejecutó actividades de contingencia como trabajos en jornada nocturna, dominical y festiva, aumento de personal y disposición de recursos administrativos suplementarios para atender las jornadas de 24 horas continuas, que constituían la base para reconocer los pluricitados factores.

Igualmente, el Tribunal analizó la conducta del GEVB, con base en las diferentes comunicaciones cruzadas con la contratante, en las que aseguraba el cumplimiento de sus obligaciones contractuales y, por consiguiente, el derecho al pago de los factores de contingencia, hasta el punto que fueron parte de las pretensiones del trámite arbitral que terminó con el laudo en estudio.

Asimismo, el Tribunal citó el concepto de la Contraloría General de la República sobre el pago de los factores de contingencia, de donde concluyó que ese acuerdo no fue objetado por ese órgano de control, tal y como lo demuestra el hecho de la inexistencia de hallazgos administrativos.

En ese orden, el Tribunal concluyó que, además de ser válidos los acuerdos sobre el reconocimiento de los factores de contingencia, “*no se pactaron en términos de costos reembolsables sino como un ponderado porcentual en función del plazo para garantizar la reactivación y normalización del contrato y la terminación de la obras dentro del plazo acordado para poner en ejecución la Fase III del Sistema de Transmilenio, tal y como finalmente lo hizo el contratista en beneficio de la administración y de la ciudad misma, razón por la cual no había razón alguna para suspender su pago y mucho menos para descontar, como se ordenó, lo que ya se había pago por tales conceptos”* (fls. 167, c. ppal del recurso de anulación).

De esa forma, el Tribunal sostuvo que los *“factores de contingencia F1 y F2 no se pagaron pero sí debieron pagarse en los términos en que fueron acordados en los otrosíes 6 y 7, constituyendo, de esta manera, una prestación restituible. // En consecuencia, para efectos de la restitución, se ordenará el pago de los factores de contingencia hasta concurrencia del beneficio obtenido por la administración a costa del contratista”* (fl. 169, c. ppal del recurso de anulación).

Finalmente, la suma a reconocer por concepto de los referidos factores se fundamentó en los dictámenes periciales obrantes en el proceso, los cuales a su vez se basaron en las actas físicas del contrato (fl. 257, c. ppal del recurso de anulación).

Como se observa, las restituciones en estudio se apoyaron en el análisis probatorio descrito, lo cual impide predicar una decisión en conciencia, sin que de ello se siga que se compartan las conclusiones del Tribunal, sino simplemente que ellas no se pueden revisar en sede de anulación por expresa prohibición legal; además, las anteriores conclusiones se hicieron bajo el marco del artículo 48 de la Ley 80 de 1993, es decir, que también existió fundamento jurídico del ejercicio efectuado por el Tribunal (fls. 92 a 95, c. ppal del recurso de anulación). En efecto, esa norma señala que aun en el evento de una nulidad absoluta por objeto o causa ilícitos, es posible el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas por el contratista, siempre que la entidad estatal contratante se haya beneficiado. Ahora, si bien pudiera discreparse del alcance que le dio el Tribunal, se insiste que no es posible entrar en ese tipo de análisis, toda vez que eso comportaría estudiar el fondo del asunto.

3.1.3.2. Ahora, en relación con el reconocimiento por SISOMA no cancelados y por los adicionales 5 y 6, (i) el Tribunal en el análisis del acervo probatorio explicó la forma de pago pactado de acuerdo con el contrato original y los otrosíes pertinentes. Después, con base en la prueba pericial, que no fue objetada por las partes y que revisó la trazabilidad de las actas y preactas de obra y su pago, determinó que el acta de obra n.° 244, a pesar de cumplir con los requisitos para su pago, no fue pagada, razón por la cual ordenó su pago a título de restitución (fls. 169 a 189, c. ppal del recurso de anulación).

(ii) Frente a los adicionales n.° 5 y 6, después de citar los fundamentos de las partes, el Tribunal analizó igualmente el contrato, sus otrosíes y adicionales. Además, citó las comunicaciones cruzadas entre las partes. Con base en lo anterior, afirmó que le era imputable al IDU la imposibilidad de acordar el cobro por la mayor permanencia en la obra, en tanto, además de allegar tarde el informe de imputabilidades por las prórrogas del contrato, tampoco permitió que se llevara a cabo el mecanismo alternativo acordado por las partes para superar ese tipo de diferencias, como lo era el peritaje técnico (cláusula 21), en la medida que omitió enviar el nombre de los dos peritos encargados de ese trámite. Igualmente, consideró infundado el informe de imputabilidades por cuanto *“no hay un riguroso, detenido y pormenorizado análisis que permita inferir las razones, causas o motivos por los cuales una determinada imputabilidad debe ser asumida total o parcialmente bien por la sociedad contratista ora por la sociedad contratante*” (fl. 204, c. ppal del recurso de anulación).

Igualmente, el Tribunal consideró que la mayor permanencia en la obra debía ser asumida por el IDU, en tanto el contratista logró demostrar que no le era imputable, de acuerdo con los antecedentes de ejecución citados y la falta de fundamentación del informe de imputabilidades, y, por consiguiente, ordenó la restitución de los costos por SISOMA, como quiera que fueron asumidos por el contratista durante la ejecución contractual adicional.

Lo expuesto, muestra sin mayor esfuerzo que existió fundamentación y valoración probatoria por parte de los árbitros. Ahora, compartir esa fundamentación o tildarla de insuficiente, es un juicio que escapa a la competencia de la Sala, toda vez que significaría calificar las interpretaciones jurídicas y las valoraciones probatorias del laudo como erradas o insuficientes, análisis de fondo que está proscrito en esta sede.

En efecto, bien pudiera decirse que las restituciones mutuas debieron limitarse a una constatación de lo ejecutado y el beneficio reportado para la entidad convocada, para después reconocer el valor correspondiente, en aras de evitar un enriquecimiento sin causa. Luego, determinar la imputabilidad de los sobrecostos del contrato podría contrariar o exceder los límites de ese ejercicio, como lo sostiene la recurrente. Igualmente, también podría sostenerse improcedente cualquier restitución mutua en tratándose de contratos de tracto sucesivo, como lo es el contrato de obra, tal como se fundamenta en el recurso de anulación. Esto último es inaceptable porque contrariaría la jurisprudencia de esta Corporación[[40]](#footnote-40), que erigió esa limitante en la imposibilidad de deshacer lo ejecutado, pero sin perjuicio de que la entidad estatal contratante deba pagar por el beneficio recibido con la ejecución.

Sin embargo, esos análisis imponen un ejercicio de fondo que no es dado emprender al juez de la anulación. Hacerlo supondría privilegiar una interpretación diferente a la realizada por el Tribunal sobre el alcance del artículo 48 de la Ley 80 de 1993 y una valoración diferente de las pruebas que soportaron su decisión. Lo que sí es claro es que existieron fundamentos jurídicos contextualizados y probatorios justificados para la decisión de los árbitros, lo cual de suyo impide profesar una decisión en conciencia o por pura subjetividad de quienes tomaron la decisión.

En esas condiciones, el cargo en estudio no está llamado a prosperar.

**3.2. Falta de congruencia**

Esta causal se fundamentó en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 que establece como causales del recurso de anulación, entre otras, la siguiente:

*Son causales de anulación del laudo las siguientes: (…)*

*8. Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido.*

**3.2.1. La sustentación**

En este cargo, la recurrente aclaró que si bien *“el Tribunal puede declarar de oficio la nulidad cuando concurran los requisitos que configuran la causal de objeto ilícito, no ocurre lo mismo con el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas, ya que el inciso segundo del artículo 48 de la Ley 80 de 1993, establece que habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto ilícito, cuando se probare que la entidad se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio. // Así las cosas, el Tribunal fue más allá de la declaratoria de nulidad del contrato 137 de 2007, ordenando el pago de las prestaciones ejecutadas, pese a que no habían sido solicitadas por las partes, en especial por la convocante Grupo Empresarial Vías Bogotá, y no estaban acreditadas dentro del proceso, atribuyéndose facultades que vulneran flagrantemente el debido proceso que debe imperar en toda actuación procesal”* (fl. 463, c. ppal del recurso de anulación).

**3.2.2. El alcance de la causal**

Frente a la causal de anulación de falta de congruencia de los árbitros, la jurisprudencia de esta Sección ha precisado[[41]](#footnote-41):

*[L]a competencia de los árbitros está atribuida por el pacto arbitral y enmarcada en los precisos límites fijados en la Constitución y la ley, competencia que se traduce en la facultad para conocer y pronunciarse en relación con la materia que voluntariamente las partes le han conferido a los árbitros que son investidos temporalmente de la calidad de jueces para administrar justicia en el caso concreto; también, es dable manifestar que el quebranto a esa regla de atribución por exceso, se encuentra tipificado como hecho pasible para la invocación de la causal prevista en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998[[42]](#footnote-42), dado que implica que la materia transigible sobre la cual decidieron los árbitros no fue objeto del pacto de compromiso por las partes, con lo cual se presenta, un fallo incongruente o una decisión extrapetita.[[43]](#footnote-43)*

*El aparte correspondiente a la causal de anulación “por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros”, se relaciona con la extralimitación o exceso en la órbita de competencia que la Constitución y la Ley, el pacto o convención arbitral y la relación jurídico procesal que emana del propio conflicto particular que presentan las partes con la convocatoria del Tribunal, les otorga a aquellos como materia de conocimiento y decisión. En tal virtud, se considera que contempla las siguientes hipótesis de configuración:*

*(i) El laudo recayó sobre materias que no eran susceptibles de ser sometidas a arbitramento, por tratarse de asuntos que no eran de carácter transigible de acuerdo con la Constitución Política y la ley.*

*(ii) El laudo recayó sobre materias que no fueron contempladas en el pacto arbitral, de conformidad con lo acordado voluntariamente por las partes, en tanto, como se dijo, los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente son señalados por ellas en el objeto de la cláusula compromisoria o del compromiso.*

*(iii) El laudo recayó sobre puntos no pedidos en la demanda o en su respuesta, es decir, no se refiere a los hechos y a las pretensiones formuladas en la demanda, ni a las excepciones alegadas, de manera que no resulta concordante, ni armónico con los extremos del proceso y, por ende, deviene en inconsonante o incongruente.”*

De lo expuesto se concluye que el marco dentro del cual deben actuar los árbitros es la (i) Constitución y la ley, (ii) el pacto arbitral, que bien puede concretarse en un compromiso o una cláusula compromisoria, y (iii) la demanda arbitral.

**3.2.3. El caso concreto**

Frente a los fundamentos del cargo, precisa recordar que el recurrente afirmó que el laudo desbordó sus competencias al ordenar restituciones que no eran consecuenciales de una nulidad absoluta. Insistió en que resulta improcedente reconocer las prestaciones ejecutadas porque no se pidieron en la demanda y tampoco se probaron.

Sobre el particular, la Sala considera suficiente con recordar que la nulidad absoluta declarada en el laudo no fue objeto de impugnación. En ese orden, la cuestión se centra en el reconocimiento de las prestaciones mutuas. Ese cuestionamiento en sí mismo pone en evidencia la contradicción del cargo, en tanto las restituciones son consecuenciales de la nulidad absoluta, razón por la cual difícilmente podría tildarse de incongruente la decisión revisada. En otras palabras, aceptada la facultad de declarar la nulidad absoluta del contrato por parte de los árbitros, como lo hace la recurrente, es consecuencial que impongan las restituciones mutuas, si hay lugar a ello.

Ahora, cosa distinta es que, como lo sostiene la recurrente en este cargo, no se esté de acuerdo con el alcance que el laudo le dio a las restituciones y las pruebas que se consideraron para tenerlas como probadas. Sobre el particular, debe señalarse que ello escapa al análisis de la presente causal, toda vez que se reiteraron los reparos del cargo de fallo en conciencia, frente a lo cual la Sala remite a lo expuesto frente a ese cuestionamiento.

En efecto, en el laudo se citaron los fundamentos jurídicos, en particular el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, el cual resulta ser la norma pertinente para fundar ese tipo de decisiones y, además, se citaron las pruebas que dieron lugar a las restituciones ordenadas. Que no se compartan esas interpretaciones y valoraciones es un ejercicio que escapa a la órbita del presente recurso extraordinario y a la causal en estudio.

**3.4. Costas**

Sobre la base de las consideraciones antes expuestas y merced a que los cargos formulados no prosperaron, se impone la condena en costas, en los términos del artículo 165 del Decreto 1818 de 1998.

Para el efecto, frente a las agencias en derecho, el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, en su artículo 6° establece las distintas tarifas, particularmente, en su numeral 1.12.2.3. regula la correspondiente al recurso de anulación de laudos arbitrales en la jurisdicción civil, fijándola en un monto de *“Hasta veinte (20) salarios mínimos mensuales legales vigentes”.*

En este punto, conviene precisar que no se aplica la regla de los recursos extraordinarios de los asuntos contenciosos administrativos (numeral 3.4.2.), en tanto refiere a los de súplica y revisión. En cuanto a estos últimos hay dos tipos de recursos de revisión: con cuantía y sin cuantía, con diferentes montos. En esos términos, sería imposible determinar cuál regla seguir, porque si es la de súplica serían 6 salarios mínimos, mientras que si es la revisión con cuantía, que corresponde a este tipo de asuntos, sería hasta el 10% de las pretensiones de la demanda. Por esa razón, la regla que resulta más acorde es la de los recursos de anulación de la jurisdicción civil. En consecuencia, atendiendo al principio de analogía, se aplicará esa tarifa[[44]](#footnote-44).

Así las cosas, habida cuenta de que el apoderado de la convocante actuó ante esta Corporación (fls. 492 a 524, c. ppal del recurso de anulación) y atendiendo a las calidades de esa intervención y el desgaste que ello supone, se fijarán las agencias en cinco (5) salarios mínimos mensuales vigentes. En consecuencia, las agencias en derecho a favor de la convocante y en contra del IDU, que fue quien propuso el recurso, se fijan en $3.688.585[[45]](#footnote-45).

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

**FALLA**

**PRIMERO: DECLARAR** infundado el recurso de anulación interpuesto en contra del laudo arbitral proferido el 9 de diciembre de 2013, por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las diferencias surgidas entre la sociedad Grupo Empresarial Vías Bogotá y el Instituto de Desarrollo Urbano, I.D.U., con ocasión del contrato de obra pública n.° IDU-137 del 28 de diciembre de 2007, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: FIJAR** las agencias en derecho en la suma de tres millones seiscientos ochenta y ocho mil quinientos ochenta y cinco pesos ($3.688.585) moneda corriente, en contra del Instituto de Desarrollo Urbano, I.D.U., y a favor de la sociedad Grupo Empresarial Vías Bogotá.

**TERCERO: CONDENAR** al Instituto de Desarrollo Urbano, I.D.U., al pago de las costas a favor de la sociedad Grupo Empresarial Vías Bogotá. Para el efecto, se procederá en los términos de los artículos 392 a 395 del Código de Procedimiento Civil.

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

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**

Presidente

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

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION B**

**Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO**

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

**Radicación número: 11001-03-26-000-2014-00018-00(49893)**

**Actor: GRUPO EMPRESARIAL VÍAS DE BOGOTÁ S.A.S.**

**Demandado: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, I.D.U. Y OTRO**

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

**ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

Con el respeto habitual por las decisiones de la Sala expongo las razones que me llevaron a aclarar el voto, en cuanto no comparto las consideraciones de la posición mayoritaria relativas al fallo en conciencia.

Es pertinente señalar que comparto la decisión adoptada, en el sentido de declarar infundado el recurso de anulación, habida cuenta que el laudo se profirió en derecho, con sujeción al principio de congruencia y los cargos en que se sustentan las causales invocadas se orientan a la revisión de los fundamentos de la decisión, ajenos a la competencia del juez de la anulación, como en efecto se concluyó en la decisión.

Las razones de mi disenso tienen que ver con que las consideraciones de la posición mayoritaria relativas al fallo en conciencia pasan por alto la jurisprudencia constitucional unificada en el sentido que el fallo en derecho no excluye la aplicación de la equidad, incluso como criterio fundante de la decisión y al juez de la anulación no le compete pronunciarse sobre la falta o indebida valoración de la prueba y la utilización de los principios lógicos o empíricos por parte de los árbitros.

En efecto, en la decisión de la que me aparto se sostiene que, conforme con la jurisprudencia de la Corporación, el fallo es en conciencia cuando no aplica el derecho positivo vigente, bien porque i) carece de fundamento jurídico, como cuando se aplican normas derogadas, anuladas o declaradas inexequibles; ii) se desconoce el derecho; iii) se dicta "..*. exclusivamente en equidad";* iv) aplica *"ilegalmente la equidad",* apartándose de la ley "..*.por considerarla inicua* o *que conduce* a *una iniquidad"* o v) desconoce las pruebas.

En criterio de la posición mayoritaria, el laudo es en conciencia cuando se aplican normas no vigentes -se destaca-:

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

*Finalmente, la causal, al exigir la aplicación del derecho positivo vigente, entraña, de verificarse lo contrario, un error de los árbitros, lo cual dista del entendido estricto de un fallo en conciencia, que no* es *otro que el que proviene del leal saber* y *entender del que juzga. En esa dirección, se considera que "el defecto más que de conciencia, de subjetividad, de solución en equidad, es un caso típico de error* o *desconocimiento del derecho"[[46]](#footnote-46).* ***En todo caso, el legislador bien puede, en ejercicio de su libertad de configuración, erigir ese defecto en un supuesto de fallo en conciencia.***

Asimismo, se sostiene en las consideraciones de las que me aparto que se falla en conciencia cuando se acude a la equidad como criterio fundante de la decisión o se la aplica ilegalmente, apartándose de la ley que conduce a la decisión inicua o inequitativa:

*En esa dirección, la Constitución Política establece en el inciso segundo del artículo 230 que la "equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho* y *la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial". Esto significa que los jueces, incluidos los árbitros, pueden aplicar ese criterio auxiliar en el ejercicio de su labor judicial* y *por eso su ponderación conforme* a *los dictados de la equidad es jurídicamente posible* y *tutelada por la Constitución. Tal es el caso de la fijación de una condena por perjuicios morales, donde la equidad participa de manera importante en la concreción del monto justo que se debe asignar a quien sufrió un daño inmaterial.* ***Pero lo que no puede ampararse exclusivamente en la equidad esta determinación misma de la responsabilidad, cuya definición* se *encuentra vinculada* a *reglas jurídicas precisas, así como* a *la prueba de los hechos.***

*Lo anterior no es una regla absoluta, sino que debe apreciarse en cada caso para examinar judicialmente la aplicación adecuada correcta y razonable que la equidad tiene en la decisión. Por esa razón,* ***desenmascarar un fallo en conciencia que encubre la aplicación ilegal de la equidad,*** *exige un control judicial y estricto y cualificado que el juez del recurso de anulación debe ejercer con rigor.*

En relación con los fundamentos probatorios, la posición mayoritaria aboga por que se desestime el fallo en derecho por la falta de prueba o errores en los fundamentos fácticos -se destaca-:

*El otro supuesto* [del fallo en conciencia] *creado por la jurisprudencia tiene que ver con las pruebas del proceso que deben ofrecer convicción al tribunal de arbitramento. En otras palabras, los árbitros deben fallar de acuerdo con las pruebas legalmente aportadas al proceso. Por lo tanto,* ***si la decisión carece de soporte valorativo probatorio afecta la validez de la decisión****. Lo anterior, sin interferir en la libertad de que gozan los árbitros para valorar las pruebas, según las reglas de la sana crítica.*

*En efecto, la Sección ha precisado que este criterio "radica en que los árbitros estimen y asuman las pruebas y su apreciación con absoluto desdén, capricho* o *desconocimiento de las reglas básicas que el derecho ofrece para su valoración, convirtiéndose, auténticamente, en una violación al deber de fallar según las reglas jurídicas, expresadas* a *través de los medios de convencimiento de que disponen los árbitros".*

*Lo anterior sin que se abra la posibilidad de controvertir el laudo* a *través del recurso de anulación, bajo el argumento de que la valoración probatoria* es *incorrecta, inadecuada u otro defecto que el recurrente le endilgue* a *la providencia, porque en tal caso no se está en presencia de un fallo en conciencia sino de una providencia errática, que no admite controversia en el proceso de anulación, porque no se trata de una segunda instancia, es decir, de un recurso de apelación.*

*De igual forma,* ***la Sección ha considerado que también* se *configura la causal cuando los árbitros,* a *pesar de haber hecho referencia* a *las pruebas y haberlas valorado en forma detallada, conjunta y armonizada,* es *decir, en debida forma, finalmente y sin razón que lo justifique* se *apartan de ella y fallan* a *su leal saber y entender, al margen de su contenido y de lo demostrado* a *través de su análisis****. En esa línea, se entiende que la prueba debe constituirse en fundamento del fallo y no simplemente una apariencia para darle legalidad, puesto que el juez no está facultado para desechar la prueba válidamente aportada al proceso y, en su lugar, crear su propia convicción que pueda acomodarse* a *la decisión que en equidad profiere. En conclusión, una cosa es que el juez tenga potestad para valorar e interpretar la prueba, aspecto que no puede ser cuestionado por vía del recurso de anulación, y otra muy diferente es la que ignore de plano, evento en el cual hay lugar a la configuración de un fallo en conciencia.*

Asimismo, la mayoría aboga por que, de cara al estudio de la causal de fallo en conciencia, se valore la motivación del laudo, con el fin de verificar que no sea aparente, inexistente, injustificada o descontextualizada, sin que ello pueda considerarse como una revisión del fondo, toda vez que solamente se acomete esta cuando el juicio se orienta a establecer errores o deficiencias en la motivación propios de la vía de hecho.

Así expuso en las consideraciones de las que disiento:

*Respecto de la motivación, la jurisprudencia ha sostenido que si bien los árbitros deben motivar sus fallos, el incumplimiento de esa carga no genera un fallo en conciencia. Lo anterior, toda vez que la "falta de motivación no aparece contemplada dentro de las causales de anulación del mismo y menos cuando no se niega sino que se clasifica como deficiente* o *irregular”[[47]](#footnote-47). Al respecto, llama la atención que la limitante siempre ha sido la calificación de la decisión de fondo. Bajo ese entendimiento, esa posición ha sido morigerada, como pasa* a *explicarse:*

*En efecto, con ocasión de precisar el alcance de la postura en la que se sostenía que "la más mínima referencia que el árbitro haga al derecho positivo, hace que el laudo sea calificable como en derecho”[[48]](#footnote-48), la Sección precisó que esa expresión "hace alusión, por tanto,* a *que esa 'mínima referencia' esté realmente conectada con el sentido de la decisión, cualquiera que éste sea -pues el del contenido del pronunciamiento arbitral* *no es un asunto fiscalizable por el juez del recurso de anulación-, vale decir, que la referencia al Derecho en realidad ha de constituir fundamento de lo que se resuelve y no tratarse de una simple anotación absolutamente descontextualizada del hilo argumentativo que en verdad conduce* a *la resolución del caso, orientada* a *dar al laudo la apariencia de estar sustentado en un precepto jurídico que no desempeña papel alguno en la cadena justificativa construida por los árbitros con el propósito de motivar su determinación."[[49]](#footnote-49)*

*Incluso, la jurisprudencia va más allá al sostener que también existe un fallo en conciencia cuando los árbitros* a *pesar de haber hecho referencia* a *las pruebas y haberlas valorado en forma detallada, conjunta* y *armonizada, es decir, en debida forma, finalmente* y *sin razón que lo justifique, se apartan de ella y fallan a su leal saber y entender, al margen de su contenido y de lo demostrado a través de su análisis[[50]](#footnote-50).*

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

*Además de lo anterior, cuando la motivación no existe, el fallo en conciencia se hace evidente, en tanto coincide con el entendimiento natural de lo que es una decisión en conciencia,* ***esto es, la que prescinde de todo fundamento jurídico vio probatorio[[51]](#footnote-51).****Además, al ser inexistente la motivación, el juez de anulación tampoco la califica, por cuanto nada* se *puede decir de lo que no existe. En esta misma dirección, se ha precisado[[52]](#footnote-52):*

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

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

(...). *En la providencia inicialmente citada[[53]](#footnote-53) también se expresó que "... la causal* [6a] *de anulación prevista en el artículo* 163 *del Decreto* 1818 *de 1998 se configura cuando:* a) *El laudo es conciencia, esto es, cuando los árbitros* se *apoyan en su íntima convicción y por lo tanto no dan razones de su decisión* o *prescinden de toda consideración jurídica* o *probatoria; b)* ***Debiendo ser el laudo******en derecho, los árbitros inaplican la ley al caso concreto porque consideran que ella* es *inicua* o *que conduce* a *una iniquidad* o *también cuando buscan por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido".***

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

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

*En síntesis, los defectos de la motivación, por regla general, no constituyen un fallo en conciencia, siempre que supongan un análisis de fondo de la decisión* y *la califiquen como errada* o *deficiente; sin embargo, cuando la motivación* es *aparente, injustificada* o *materialmente no existe, fuerza concluir que el único apoyo* es *la subjetividad de los árbitros, su conciencia.*

De *otro lado, la jurisprudencia también ha estimado que la decisión errada tampoco constituye un fallo en conciencia, en tanto ninguna causal permite revisar el fondo, toda vez que la órbita del recurso de anulación* se *circunscribe* a *los errores in procedendo.* De *lo contrario, "se abriría paso para desconocer la convención celebrada por las partes, en el sentido de no acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa, sometiendo la controversia* a *la decisión de árbitros, que deben fallar en única instancia''[[54]](#footnote-54).*

*En suma****, la vía de hecho, la motivación* o *el error, que bien pueden agruparse dentro del concepto de decisión errada* o *deficiente, no constituyen una decisión en conciencia,*** *en tanto* se *dirigen* a *cuestionar el fondo del asunto, el cual, en término generales, no* se *puede revisar en sede del recurso de anulación, salvo las precisiones hechas por la jurisprudencia aquí advertida.*

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

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

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

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

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

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

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

b) En reiteradas sentencias de unificación la Corte Constitucional[[55]](#footnote-55) viene poniendo de presente que las decisiones judiciales resuelven conflictos i) en conciencia, conforme a la íntima convicción de los árbitros, fundados en verdad sabida y buena fe guardada, sin dar cuenta de las razones; ii) en equidad, esto es, apoyadas en razones que no se sustentan en criterios de legalidad formal y iii) en derecho, cuyo fundamento se encuentra en el ordenamiento aplicado con criterios de equidad.

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

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

Así lo precisa la jurisprudencia unificada:

*Lugar y función de la equidad en el derecho... la distancia entre el derecho y la equidad no debería ser tan grande, al tenor de otra conocida máxima: en derecho hay que buscar siempre la equidad pues de otro modo no sería derecho (ius semper quaerendum est eaquabíle, neque enim aliter ius esset)[[56]](#footnote-56)*.

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

Así lo tiene por sentado la jurisprudencia constitucional unificada[[57]](#footnote-57): *"Es de advertir que si bien en general los jueces han de tener en cuenta, entre otros criterios, la equidad como criterio auxiliar de la actividad judicial (artículo 230 inciso* 2 *C.P.), y* ***ello* es *predicable de la actividad de los árbitros cuando deciden en derecho, tratándose del arbitramento en materia económica, la equidad no* es *tan sólo un criterio auxiliar sino el criterio fundante de la decisión de los árbitros".***

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

En ese mismo sentido lo sostiene la jurisprudencia unificada de la Corte Constitucional, en cuanto señala[[58]](#footnote-58) -se destaca-:

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

(...)

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

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

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

Así, se expone -se destaca-:

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

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

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

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

*Dice el autor citado:*

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

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

*Sin embargo, ninguna tesis puede sostenerse con carácter absoluto. Es un hecho incontrovertible el de que se debe procurar que los jueces respeten la ley en su contenido y en su fin, y que debe evitarse, hasta donde sea posible, que se separen de las soluciones que son claras y explícitas. Pero si la ley es una obra humana que pretende realizar el derecho, la obediencia que se le debe tiene necesariamente límites, como los tiene cualquier declaración de voluntad. A lo más que puede llegarse es* a *prescribir para la ley escrita una obediencia tan rigurosa como la que debe un militar* a *las órdenes que reciba. Dícese que en ningún caso un soldado puede separarse de las órdenes de su superior, y en condiciones normales ello debe ser así; pero ninguna disciplina militar, por rigurosa, puede predicar en forma absoluta la obediencia del inferior al superior* (…)[[59]](#footnote-59)

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

***Esta solución de nuestro derecho constitucional, en vez de crear la arbitrariedad ha constituido una garantía segura del imperio de los principios constitucionales.*** *Luego en Colombia solo se trata de extender lógica y racionalmente* a *otros casos la facultad ya concedida* a *los jueces desde la expedición del artículo del acto legislativo* 3 *de 1910. Sostener lo contrario* o *simplemente aseverar que no se puede interpretar el artículo 230 de la Constitución Política, inciso* 1°, *sería consagrar el fetichismo legalista y volver al oscuro y perdido periodo histórico de* 1886 a *1930, que felizmente hemos superado"[[60]](#footnote-60)*

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

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

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

(...)

*Es necesario distinguir entre las decisiones "en derecho", "en equidad", "en conciencia" y "verdad sabida y buena* fe *guardada". La más exigente de ellas es la decisión en derecho ya que supone el conocimiento, la interpretación y aplicación de normas objetivas respetando criterios hermenéuticos. El fallo en equidad, aunque mucho menos exigente que el fallo en derecho, como ya* se *ha sostenido anteriormente, no puede desatender las particularidades concretas del caso, vqr. las circunstancias fácticas del contexto en el que decide, ya que su sentido mismo* es *buscar el equilibrio en la decisión evitando cargas y efectos excesivamente gravosos para las partes y asignando beneficios* a *quien los necesita* o *merece. Es por ello que las motivaciones del fallo en equidad resultan importantes. Por el contrario, la decisión en conciencia y la decisión verdad sabida y buena* fe *guardada remiten* a *la esfera interna del fallador quien adopta una decisión cuya finalidad no es necesariamente la justicia* o *la equidad. No es posible, por lo tanto, equiparar ambas instituciones. Quien falla verdad sabida y buena* fe *guardada no tiene que hacer explícitos los hechos en que se funda ni justificar con razones sus conclusiones. En cambio quien decide en equidad debe considerar las particularidades fácticas de la situación, apreciar su valor para que sus conclusiones sean justificadas, no* a *partir de su conciencia subjetiva, sino del concepto indeterminado pero objetivo de equidad[[61]](#footnote-61)*

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

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

k) No comparto los criterios a los que se acude para diferenciar el fallo en conciencia de la vía de hecho y, asimismo, justificar que en sede del recurso de anulación se revise la motivación del laudo, porque so *pretexto* de constatar el fallo en conciencia a partir de la verificación de la existencia, suficiencia, adecuación o validez de la motivación, como lo sostiene la posición mayoritaria, se incursiona en la revisión de los asuntos de fondo del laudo, ajenos al juez de la anulación.

I) Pongo de presente, además, que la determinación de la vigencia de las normas tiene que ver con su interpretación y aplicación[[62]](#footnote-62), juicio que por sí mismo permite ubicar la decisión en el ámbito del derecho.

De donde, los cuestionamientos sobre la vigencia de las normas aplicadas no son idóneos para demostrar el fallo en conciencia, no solamente porque con ello se ataca el fondo del asunto sino, principalmente, porque esos cuestionamientos indican *per* se que se decidió en derecho.

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

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

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

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

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

Criterios que se pasaron por alto, en cuanto en la decisión de la que disiento se aboga por el entendimiento en el sentido que la aplicación de la equidad pone la decisión al margen del derecho. Se destaca, además, que la Sala Plena de la Sección acató sin restricciones, por encontrarla acorde a la Constitución y a la ley, la decisión de revisión, en los términos de la sentencia proferida el 20 de septiembre del año en curso[[63]](#footnote-63).

***2. Al juez de la anulación no le compete pronunciarse sobre la falta* o *indebida valoración de la prueba y la utilización de los principios lógicos* o *empíricos por parte de los árbitros***

En las consideraciones de las que me aparto se sostiene que el laudo se profiere en conciencia cuando los fundamentos carecen de prueba o la decisión se sostiene en valoraciones ajenas a los elementos probatorios.

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

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

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

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

En ese orden, resulta ajeno a la competencia del juez de la anulación el juicio sobre la falta o la valoración de los elementos probatorios. Es que la falta de prueba nada dice del fallo en conciencia, empero sí se acompasa con un asunto de derecho, relativo al fundamento fáctico de la decisión.

En efecto, conforme con la jurisprudencia y la doctrina, los errores probatorios en los que se incurre en la decisión judicial tienen que ver con el fundamento fáctico y se comprenden en el ámbito de la violación indirecta de las normas sustantivas[[64]](#footnote-64), razón suficiente para concluir que la falta de prueba de los fundamentos fácticos si bien podría insinuar un error; este no es enjuiciable en sede extraordinaria de anulación y tampoco desdice del fallo en derecho, por la potísima razón que no es la violación indirecta de la norma lo que determina el fallo en conciencia, sino que la decisión se sostenga en la íntima convicción del fallador.

Finalmente, comparto el análisis adelantado en el caso concreto, en cuanto el mismo se orienta a establecer que el laudo efectivamente se profirió en derecho, sin que a esos efectos se haya acudido a la revisión de los asuntos de fondo por la que se aboga en las consideraciones de las que disiento.

En los términos anteriores dejo consignado mi disenso

Fecha *ut supra*

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

**Consejera de Estado**

1. Mediante auto del 4 de abril de 2013, el Tribunal decidió vincular a Transmilenio como litisconsorte necesario por pasiva (fl. 283 a 294, c. ppal 4), decisión confirmada mediante autos del 18 de abril y 14 de mayo siguientes (fls. 304 a 307, c. ppal 4). [↑](#footnote-ref-1)
2. Así se dejó consignado en el otrosí n.° 5 del 3 de marzo de 2010 (fls. 83 y 84, Tomo 1 de 4). [↑](#footnote-ref-2)
3. El 4 de junio de 2012 (fl. 232, c. ppal 2) la demanda fue reformada e integrada en una sola (fls. 1 a 223, c. ppal 2) y a su vez admitida por el Tribunal mediante auto del 5 de junio de 2012 (fls. 232 y 233, c. ppal 2), decisión confirmada a través del auto del 15 del mismo mes y año (fls. 255 a 260, c. ppal 2). [↑](#footnote-ref-3)
4. Esa Unión estuvo integrado por las sociedades Tecnología e Ingeniería Avanzada S.A. de C., Condux S.A., Megaproyectos S.A., Mainco S.A., Bitácora Soluciones Compañía Ltda. y Translogistic S.A. (fl. 2, Tomo 1 de 4, texto del contrato de obra n.° 137 de 2007). [↑](#footnote-ref-4)
5. Entendido como los costos globales, costos laborales de gestión ambiental, gestión social, manejo de tránsito y señalización (fl. 8, c. 2, reforma de la demanda). [↑](#footnote-ref-5)
6. *“Artículo 1°. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedará así: “Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley (…)”.* (Subraya la Sala). Así, al modificarse la cláusula general de competencia prevista en el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, se adoptó un criterio orgánico, o lo que es igual, la competencia se fijó conforme a un elemento subjetivo, de acuerdo con el cual el factor para efectos de atribuir la competencia es la pertenencia de uno de los sujetos procesales a la estructura del Estado, con lo cual se abandonó así el factor funcional o material. Igualmente, el numeral 5 del artículo 128 del C.C.A. asigna esta competencia. [↑](#footnote-ref-6)
7. De acuerdo con el artículo 2 del Acuerdo 001 de 2009, la naturaleza jurídica del IDU es la de “*un establecimiento público, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio independiente, adscrito a la Secretaría de Movilidad”*. En: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=35758>. [↑](#footnote-ref-7)
8. Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 6 de junio de 2013, exp. 45.922, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. En esa oportunidad se dijo: *“Las disposiciones citadas, permiten a la Sala afirmar sin hesitación alguna que, en el ordenamiento jurídico colombiano la anulación de laudos arbitrales está instituido como un recurso judicial, de manera que, las características especiales de las cuales está dotado este medio de impugnación no pueden llevar a la conclusión equivocada según la cual se trata de una acción autónoma y por entero independiente del proceso arbitral en donde se profiere el laudo que será materia de la impugnación, pues, en tanto que participa de la naturaleza de recurso judicial, es claro que su interposición y ejercicio sólo puede darse dentro del proceso arbitral en donde se ha producido el laudo que mediante él será cuestionado y sin que el hecho de que otro juez conozca y decida la anulación mute su naturaleza de recurso en acción (…). // Esto significa, entonces que los procesos arbitrales iniciados con antelación a 12 de octubre de 2012 seguirán rigiéndose por las normas procesales que sobre la materia prescribe el Decreto compilatorio 1818 de 1998, lo que incluye, entonces, el régimen de oportunidad, interposición, trámite y causales del recurso de anulación de laudo arbitral, y, en sentido contrario, sólo se aplicará la normativa del Estatuto Arbitraje Nacional e Internacional (Ley 1563 de 2012) para las demandas arbitrales interpuestas después del 12 de octubre de 2012*”. [↑](#footnote-ref-8)
9. *Vid.* Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 8 de junio de 2006, exp. 29.476 y sentencia de 8 de junio de 2006, exp. 32.398, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 24 de mayo de 2006, exp. 31.024, C.P. Alier Hernández Enríquez. [↑](#footnote-ref-10)
11. Vigente en la mayor parte de su articulado, incluyendo el citado, a los seis (6) meses después de su promulgación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 33 de la citada ley, esto es, desde el 17 de enero de 2008. [↑](#footnote-ref-11)
12. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 8 de agosto de 2012, exp. 43.089, M.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-12)
13. Entre esas fuentes también se incluyeron el contrato y todos los documentos que hacen parte de él. Al respecto, se dijo: *“Desde luego que a esta tesis* [se refiere a la desarrollada por la Sección en la sentencia del 6 de julio de 2005, exp. 28.990, M.P. Alier Hernández Enríquez, en cuanto a que el contrato es parte de las fuentes de derecho] *le aplica la idea más ampliada de que no sólo el contrato, como documento bilateral, es norma para las partes, y constituye derecho vigente, sino también los demás documentos que lo conforman, como el pliego de condiciones –que se integra al mismo-, la oferta y en general las comunicaciones y tratos preliminares, así como los ocurridos durante la ejecución del negocio, porque todos hacen parte de la noción de derecho ampliado que rige cada negocio jurídico”*. *Ibídem*, sentencia del 8 de agosto de 2012. Vale aclarar que si bien esos documentos se analizaron en forma independiente para estructurar otro criterio sobre el fallo en conciencia, lo cierto es que todo apunta a que corresponden al criterio en estudio, razón por la cual la Sala los incluye en este último. [↑](#footnote-ref-13)
14. *Ibíd*. Sentencia del 8 de agosto de 2012, exp. 43.089, M.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-14)
15. Cita original: Al respecto indicó la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la sentencia proferida el 18 de mayo de 2000 –exp. 17.797-: *“… si en el laudo se hace la más mínima referencia al derecho entendido en su más amplia acepción (normas de derecho positivo, principios generales, doctrina constitucional, o, jurisprudencia) es calificable como ‘en derecho’ y no en ‘conciencia’”.* [↑](#footnote-ref-15)
16. Cita original: Sobre el uso de la doctrina, como fuente del derecho positivo, aplicable a una controversia, manifestó la Sección Tercera, en sentencia del 23 de agosto de 2001 –exp. 19.090-: *“Ahora, en lo que atañe a la crítica del recurrente por la referencia que hicieron los árbitros a la doctrina contable para deducir de la misma referencia que el fallo fue en conciencia y no fue en derecho, la Sala resalta que una referencia a la doctrina como criterio auxiliar de los jueces, que no fue base única en la producción del fallo, que fue simplemente aledaña –no exclusiva- a los fundamentos jurídicos vigentes descarta por completo, esa calificación.* [//] *“Cabe resaltar que en los laudos arbitrales, como expresión judicial del Estado, es legítima la mención a la doctrina, entre otros, a términos de la Carta Política (art. 230) que la consagra como criterio auxiliar del juez, más aún cuando éste se ve avocado a irrumpir en temas no jurídicos, como es la ciencia contable financiera”*. [↑](#footnote-ref-16)
17. *Ibíd*. Sentencia del 8 de agosto de 2012, exp. 43.089, M.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-17)
18. Cfr. *Ibíd*. Sentencia del 8 de agosto de 2012, exp. 43.089, M.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-18)
19. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 8 de julio de 2009, exp. 35.896, M.P. Ruth Stella Correa Palacio; del 21 de febrero de 2011, exp. 38.621, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; del 24 de marzo de 2011, exp. 38.484, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; del 5 de julio de 2012, exp. 40.718, M.P. Enrique Gil Botero; del 3 de mayo de 2013, exp. 45.007, del 20 de febrero de 2014, exp. 41.064, y del 30 de julio de 2015, exp. 52.735, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo. [↑](#footnote-ref-19)
20. Cfr. *Ibíd*. [↑](#footnote-ref-20)
21. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de agosto de 2001, exp. 19.273, M.P. María Elena Giraldo Gómez. [↑](#footnote-ref-21)
22. Son errores que nacen de la inejecución de la ley procesal, en cuanto alguno de los sujetos del proceso no ejecuta lo que esta ley le impone (inejecución *in omittendo*), o ejecuta lo que esta ley prohíbe (injecución *in faciendo*), o se comporta de un modo diverso del que la ley prescribe: esta inejecución de la ley procesal constituye en el proceso una irregularidad, que los autores modernos llaman un vicio de actividad o un defecto de construcción y que la doctrina del derecho común llama un error *in procedendo*. Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-252 del 28 de febrero de 2001, exp. D-2825 y otros, M.P. Carlos Gaviria Díaz. [↑](#footnote-ref-22)
23. Son errores de derecho aquellos que se producen por falta de aplicación o aplicación indebida de una norma sustancial o por interpretación errónea. Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-252 del 28 de febrero de 2001, exp. D-2825 y otros, M.P. Carlos Gaviria Díaz. [↑](#footnote-ref-23)
24. El numeral 6º del artículo 163 del decreto 1818 de 1998 disponía como causal de nulidad del laudo arbitral cuando este fuera en conciencia debiendo ser en derecho, *“siempre que esta circunstancia apare*[ciera] *manifiesta en el laudo”*. [↑](#footnote-ref-24)
25. Consejo de Estado, Subsección C, sentencia del 24 de marzo de 2011, exp. 38.484, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-25)
26. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de mayo de 2000, exp. 16.766, M.P. Alier Hernández Enríquez. En sentido similar, ver de la Sección, las sentencias del 27 julio de 2000, exp. 17.591 y del 14 de junio de 2001, exp. 19.334, del mismo Magistrado Ponente. [↑](#footnote-ref-26)
27. Cfr. Sección Tercera, sentencia del 6 de julio de 2005, exp. 28.990, M.P. Alier Hernández Enríquez. [↑](#footnote-ref-27)
28. En el mismo sentido ver, entre otras, las sentencias 2 de octubre de 2003, exp. 24.320, M.P. Ramiro Saavedra Becerra y del 10 de marzo de 2.005, exp. 27.946, M.P. María Elena Giraldo Gómez. [↑](#footnote-ref-28)
29. Posición contenida en la aclaración de voto de la Consejera de Estado doctora Myriam Guerrero de Escobar a la sentencia del 10 de junio de 2009, exp. 35.288, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Postura aceptada por la Sección en sentencia del 23 de agosto de 2010, exp. 38.051, M.P. Gladys Agudelo Ordoñez, en donde se expuso que el fallo en conciencia era aquel en el que la *“decisión de los árbitros debe provenir de la aplicación del sentido común y la equidad, del juicio que haría un hombre justo, es decir, de su íntimo convencimiento. El juez tiene libertad en la apreciación de la prueba y hasta puede apartarse de ella, puesto que lo verdaderamente relevante, es su decisión en conciencia, en su íntima convicción*”. [↑](#footnote-ref-29)
30. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de abril de 1992, exp. 6695, M.P. Carlos Betancur Jaramillo. [↑](#footnote-ref-30)
31. Sección Tercera, sentencia del 3 de abril de 1992. exp. 6695, M.P. Carlos Betancur Jaramillo; reiterada en las sentencias del 4 de julio de 2002, exp. 21.217, M.P. Alier Hernández Enríquez y del 3 de agosto de 2006, exp. 31.354, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-31)
32. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de abril de 1999, exp. 15.623, M.P. Daniel Suárez Hernández. [↑](#footnote-ref-32)
33. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de junio de 2007, exp. 32.896, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-33)
34. Posición aceptada por la Sección en sentencia del 23 de agosto de 2010, exp. 38.051, M.P. Gladys Agudelo Ordoñez, en donde se expuso que el fallo en conciencia era aquel en el que la *“decisión de los árbitros debe provenir de la aplicación del sentido común y la equidad, del juicio que haría un hombre justo, es decir, de su íntimo convencimiento. El juez tiene libertad en la apreciación de la prueba y hasta puede apartarse de ella, puesto que lo verdaderamente relevante, es su decisión en conciencia, en su íntima convicción*”. [↑](#footnote-ref-34)
35. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de enero de 2016, exp. 51.913, M.P. Ramiro Pazos Guerrero. En esa oportunidad, se afirmó: “*De lo anterior se tiene que la causal en estudio no puede constituirse en una forma para revisar el fondo del asunto, toda vez que el juez contencioso se limitará a constatar lo evidente, que desde el punto de vista jurídico consiste en la falta de fundamento normativo, esto es que el laudo carezca “de toda referencia al régimen jurídico aplicable a la controversia contractual”, y desde el punto de vista probatorio que sea inexistente la valoración normativa de los medios de prueba”*. [↑](#footnote-ref-35)
36. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de octubre de 2013, exp. 46.696, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-36)
37. Cita original: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 21 de febrero de 2011 (Expediente 38621). [↑](#footnote-ref-37)
38. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de noviembre de 2002 –exp. 22.191, M.P. Alier Hernández Enríquez; postura reiteradas en providencias del 16 de junio de 2008, exp. 34.543; del 10 de junio de 2009, exp. 35.288; de julio 8 de 2009, exp. 35.896; del 3 de febrero de 2010, exp. 36.364, M.P. Ruth Stella Correa Palacios, ponente de las últimas en cita; del 23 de agosto de 2010, exp. 38.051, M.P. Glady Agudelo Ordoñez, y del 30 de abril de 2012, exp. 42.126, Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-38)
39. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de agosto de 2010, exp. 38.051, M.P. Gladys Agudelo Ordoñez. Estos mismos criterios han sido planteados en forma afirmativa, para definir cuándo se está ante un fallo en conciencia, así: *“En este contexto normativo y jurisprudencial debe entenderse que el fallo en conciencia se estructura a partir del cumplimiento de ciertos requisitos o presupuestos que se enuncian a continuación: // i) El contenido de la providencia debe evidenciar de manera manifiesta que se está decidiendo en conciencia y no en derecho. // ii) La decisión de los árbitros debe provenir de la aplicación del sentido común y la equidad, del juicio que haría un hombre justo, es decir, de su íntimo convencimiento. El juez tiene libertad en la apreciación de la pruebay hasta puede apartarse de ella, puesto que lo verdaderamente relevante, es su decisión en conciencia, en su íntima convicción. // iii) El fallo en conciencia está liberado del rigorismo de la tarifa probatoria, la carga de la prueba y el fundamento del derecho sustantivo. Precisamente por tener como asidero la íntima convicción, el sentido común, la prudencia y lo justo.Significa entonces, que el fallador puede apartarse de la prueba o valorarla libremente según su convicción moral íntima, e igualmente, puede no tener en cuenta las normas legales que regulan la materia para tomar sus decisiones, puesto que para fallar sólo debe consultar su conciencia, su íntimo convencimiento a la luz de la equidad. // iv) En el fallo en conciencia no hace falta explicar las razones que dan lugar a la decisión, es decir, éstas no son esenciales ni determinantes, lo cual se apoya en los principios de verdad sabida y buena fe guardada, propios de esta clase de decisión”.*  [↑](#footnote-ref-39)
40. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 16 de febrero de 2006, exp. 13.414, M.P. Ramiro Saavedra Becerra. En esa oportunidad, se dijo: *“Y precisamente, ese es el caso del contrato sobre el cual versa la presente litis, en el cual, por ser de tracto sucesivo y haberse ejecutado las prestaciones en el transcurso del tiempo, resulta imposible volver las cosas al estado que tenían cuando se profirió el acto administrativo de caducidad, por cuanto no es factible que el contratista devuelva el licor que compró y distribuyó en el Departamento de Bolívar, y por lo tanto, no sería justo ordenar a la entidad contratante, la restitución de los pagos que por tal concepto efectuó aquel; por otra parte, tampoco hay lugar a declarar que continúa vigente el contrato, puesto que las condiciones de tiempo, modo y lugar en que debió ejecutarse el mismo han variado, y no se pueden desaparecer todas las circunstancias y hechos que surgieron con ocasión de la caducidad del contrato”.* [↑](#footnote-ref-40)
41. Consejo de Estado, Sección tercera, sentencia del 8 de junio de 2006, exp. 29.476, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Visto en: Sección Tercera, sentencia del 10 de junio de 2009, exp. 36.252, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-41)
42. Cita original: En Sentencia de 23 de agosto de 2001, Exp. 19090, C.P. María Elena Giraldo Gómez, la Sección se pronunció sobre el supuesto de hecho del numeral 4 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, el cual como se señaló es idéntico al establecido en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998. [↑](#footnote-ref-42)
43. Sentencia de 4 de abril de 2002, Exp. 20356, C.P. María Elena Giraldo Gómez. Igualmente, en Sentencia de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326, C.P. Daniel Suárez Hernández, se dijo: “*En el trámite arbitral la competencia de los árbitros y los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente, han de ser señalados de manera expresa, clara y taxativa por las partes. Son las partes quienes habrán de señalar las estrictas materias que constituyen el objeto del arbitramento. Si los árbitros hacen extensivo su poder jurisdiccional transitorio a temas exógenos a los queridos por las partes, atentarán contra el principio de congruencia, puesto que estarán decidiendo por fuera de concreto tema arbitral*.” [↑](#footnote-ref-43)
44. Dicho Acuerdo en su artículo quinto dispone: *“****Analogía.*** *Los asuntos no contemplados en este acuerdo se regirán por las tarifas establecidas para asuntos similares, incluyendo los asuntos que conocen las autoridades administrativas en ejercicio de funciones judiciales”.* [↑](#footnote-ref-44)
45. Para el 2017 el smlmv es de $737.717.oo. [↑](#footnote-ref-45)
46. Cfr. *Ibld.* Sentencia del8 de agosto de 2012, exp. 43.089, M.P [↑](#footnote-ref-46)
47. [Cita del texto trascrito] *Sección Tercera, sentencia del* 3 *de abril de* 1992. *exp.* 6695, MP. *Carlos Betancur Jaramillo; reiterada en las sentencias del* 4 de *julio de 2002, exp.* 21.217, *M.P. Alier Hernández Enríquez* y *de/3 de agosto de 2006, exp.* 31.354, MP. *Ruth Stella Correa Palacio.* [↑](#footnote-ref-47)
48. [Cita del texto trascrito] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de abril de 1999, exp. 15.623, M. P. Daniel Suarez Hernández [↑](#footnote-ref-48)
49. [Cita del texto trascrito] Consejo de *Estado, Sección Tercera, sentencia del* 7 de *junio* de *2007, exp.* 32.896, MP. *Mauricio Fajardo Gómez.*  [↑](#footnote-ref-49)
50. [Cita del texto trascrito] *Posición aceptada por la Sección en sentencia del* 23 *de agosto de 2010, exp. 38.051, M.P. Gladys Agudelo Ordoñez, en donde* se *expuso que el fallo en conciencia era aquel en el que la "decisión de los árbitros debe provenir de la aplicación del sentido común* y *la equidad, del juicio que haría un hombre justo,* es *decir, de su íntimo convencimiento. Ei juez tiene libertad en la apreciación de la prueba* y *hasta puede apartarse de ella, puesto que lo verdaderamente relevante, es su decisión en conciencia, en su íntima convicción".* [↑](#footnote-ref-50)
51. [Cita del texto trascrito] *Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección* B, *sentencia del 29 de enero de 2016, exp.* 51.913, *M.P. Ramiro Pazos Guerrero. En esa oportunidad,* se *afirmó: "De lo anterior* se *tiene que la causal en estudio no puede constituirse en una forma para revisar el fondo del asunto, toda vez que el juez contencioso* se *limitará* a *constatar lo evidente, que desde el punto de vista jurídico consiste en la falta de fundamento normativo, esto* es *que el laudo carezca "de toda referencia al régimen jurídico aplicable* a *la controversia contractual",* y *desde el punto de vista probatorio que sea inexistente la valoración normativa de los medios de prueba".*  [↑](#footnote-ref-51)
52. [Cita del texto trascrito] *Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección* C, *sentencia del* 24 *de octubre de 2013, exp.* 46.696, M.P. *Jaime Orlando Santofimio Gamboa.* [↑](#footnote-ref-52)
53. [Cita del texto trascrito] *Cita original: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección* C, *sentencia de* 21 *de febrero de 2011 (Expediente 38621).*  [↑](#footnote-ref-53)
54. [Cita del texto trascrito] *Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del* 28 *de noviembre de 2002 -exp.* 22.191, *M.P. Alier Hernández Enríquez; postura reiteradas en providencias del* 16 *de junio de 2008, exp.* 34.543; *del* 10 *de junio de 2009, exp. 35.288; de julio* 8 *de 2009, exp.* 35.896; *del* 3 *de febrero de 2010, exp.* 36.364, *M.P. Ruth Stella Correa Palacios, ponente de las últimas en cita; del* 23 *de agosto de 2010, exp. 38.051, MP. Glady Agudelo Ordoñez,* y *del* 30 *de abril de 2012, exp.* 42.126, *Ruth Stella Correa Palacio.* [↑](#footnote-ref-54)
55. Cfr., Corte Constitucional, Sentencias SU873 de 2002 y SU-713 de 2015. [↑](#footnote-ref-55)
56. Cfr., Corte Constitucional, Sentencia SU-873 *de 2002* [↑](#footnote-ref-56)
57. Ibídem [↑](#footnote-ref-57)
58. Ibídem [↑](#footnote-ref-58)
59. Cita del texto: "Ejemplo tomado de REICHEL y de ENECCERUS, §54, n. 1". [↑](#footnote-ref-59)
60. Cfr., Valencia Zea, *Ortiz* Monsalve «Modificación restrictiva de textos legales (Soluciones "Contra legem")», en Derecho Civil, Parte General y Personas, Temis, 2016, págs. 291 y ss.). [↑](#footnote-ref-60)
61. Cfr., Corte Constitucional, Sentencia SU-873 de 2002 [↑](#footnote-ref-61)
62. Como lo enseña la doctrina, -se destaca- "... *toda interpretación de una leyes un ejercicio de la razón, un acto intelectual en virtud del cual* se *reconoce, en primer término, su vigencia, y luego su finalidad* e *integración sistemática; los términos pueden ser claros, pero no el sentido de la vigencia y constitucionalidad para aplicarla* a *un caso".* Cfr., Valencia Zea, Arturo y Ortiz Monsalve, Álvaro; *"Derecho Civil, Parte General y Personas",* Temis, 2016, pág. 182. [↑](#footnote-ref-62)
63. Sala de loContencioso Administrativo, Sección Tercera, ponente Carlos Alberto Zambrano Barrera, radicación 11001032600020070005800 (34.525). [↑](#footnote-ref-63)
64. Cfr., Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, entre otras, sentencias del sentencia del 23 de mayo de 1997, ponente Esteban Jaramillo Schloss; del 7 de marzo 1997, ponente José Fernando Ramírez Gómez y del 23 de abril de 1998, ponente Rafael Romero Sierra; Corte Constitucional, sentencia C-1065 de 2000 y PIERO CALAMANDREi, *La casación civil,* Madrid, 1945, citado por la Corte. [↑](#footnote-ref-64)