**CONSEJO DE ESTADO - Recurso extraordinario de anulación - Competencia**

Se reafirma lo dispuesto en el auto de 5 de abril de 2016, acerca de la jurisdicción y la competencia para conocer del recurso de anulación, teniendo en cuenta que una de las partes del conflicto que se desató con el laudo es entidad de naturaleza estatal, toda vez que el procedimiento arbitral se surtió en relación con un contrato que fue suscrito entre el Consorcio Distritos Bogotá y el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU , tipificándose, frente al recurso que ahora se desata, el supuesto de la jurisdicción y la competencia del Consejo de Estado, de acuerdo con el artículo 162 del Decreto 1818 de 1998.

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

El Consejo de Estado ha elaborado el concepto del fallo en conciencia para efectos de la causal de anulación del laudo arbitral, en múltiples providencias, algunas de las cuales se citaron por las partes para apoyar sus argumentos. En esas providencias, se ha formulado una definición, de carácter general, según la cual “el fallo en conciencia es aquel en el que el juzgador se apoya en su íntima convicción, no da razones de su decisión o prescinde de toda consideración jurídica o probatoria”. (…) Ahora bien, de acuerdo con las normas citadas al inicio de este punto, la prosperidad de la causal de anulación del laudo arbitral por el fallo en conciencia requiere demostrar: i) que el laudo se apartó del derecho y ii) que esa circunstancia se encontró de manifiesto en el laudo arbitral.

**LAUDO ARBITRAL - Recurso extraordinario de anulación - Apartamiento del derecho - Fallo en conciencia - Procedencia**

Es razonable entender que el apartamiento del derecho -positivo vigente- al cual se refirió el Decreto 1818 de 1998, puede tener lugar cuando en el laudo no se cita ni se considera apoyo normativo alguno, pero también cuando su único apoyo normativo consiste en una regla de derecho que no es aplicable al caso en cuestión y cuya invocación resulta a todas luces contraria al derecho, es decir, de manera manifiesta, configurando, por tanto, en ese supuesto, un laudo carente de sustento legal y, por ello, en conciencia. Además, es de la mayor importancia observar que la causal de anulación que se viene comentando requiere de la evidencia manifiesta de la consideración apartada del derecho y que esa consideración, alejada de todo derecho, llevó en el laudo arbitral a la decisión contraria a la que se habría obtenido de conformidad con la ley aplicable.

**LAUDO ARBITRAL - Recurso extraordinario de anulación - Fallo en conciencia - Equidad - Aplicación**

En lo que a la equidad se refiere, cabe sostener que cuando el artículo 230 de la Constitución Política hace referencia a ella, en la actividad de administrar Justicia, está haciendo alusión a un principio fundamental que orienta de la labor de los Jueces – y, en su caso de los árbitros- y a un criterio auxiliar que debe ser utilizado para llenar los vacíos legislativos. La equidad cobra fuerza en aquellos eventos en los cuales, por ejemplo, no existe regla concreta de derecho que resulte aplicable a un determinado asunto “pues en virtud del principio de la plenitud hermenéutica del orden jurídico, consagrado por el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, el juez debe acudir a los criterios auxiliares para decidir la controversia realizando los valores que comportan el fin último del derecho”. Un caso de ejemplo acerca del criterio de equidad, se presenta a menudo en la definición de las fórmulas matemáticas a las que el Juez suele acudir para liquidar los perjuicios, en asuntos sobre los cuales no existe ley ni regla contractual que le defina las operaciones en orden a llegar a una cifra razonable y proporcionada con el daño o con el desequilibrio económico causado. Es evidente que no por ello podrá invocarse la configuración del fallo en equidad como causal de anulación del laudo arbitral, en la medida en que se integre esa formulación matemática a las normas legales y a los acuerdos contractuales, toda vez que no se configurará allí el apartamiento del derecho aplicable.

**LAUDO ARBITRAL - Recurso extraordinario de anulación - Fallo en conciencia - Configuración - Alcance**

En materia probatoria se advierte que, siendo el proceso arbitral de única instancia, la causal de anulación del laudo arbitral referida al fallo en conciencia o en equidad, no se puede estructurar rebatiendo el análisis de las pruebas que realizó el Tribunal de Arbitramento. (…) Así las cosas, aunque el error en la apreciación de las pruebas pueda llegar a concurrir eventualmente con una vía de hecho -por ejemplo, en el evento del defecto fáctico en que incurriría el Tribunal de Arbitramento en los casos en que además se evidencia la violación de derechos fundamentales - ese error no resulta procedente como causal en sede del recurso de anulación, tal como lo indicó el Consorcio demandante en este proceso, con apoyo en la jurisprudencia del Consejo de Estado. (…) Otro caso en el que no es viable la anulación del laudo arbitral –por la vía de la causal de fallo en conciencia-, se tipifica cuando la parte que interpone el recurso de anulación se apoya en el desacuerdo con la valoración que realizó el Tribunal de Arbitramento sobre las pruebas, por ejemplo, porque a su juicio habría sido más pertinente apartarse de un determinado dictamen y fundar el laudo en otras de las pruebas obrantes en el plenario. En los antedichos ejemplos, aunque el Consejo de Estado encuentre más acertada la valoración probatoria que sugiere el actor, en sede de anulación no puede invalidar el laudo arbitral con fundamento en una diferencia en la apreciación del dictamen pericial o de las fórmulas que rigen la ecuación económica del contrato.

**LAUDO ARBITRAL - Recurso extraordinario de anulación - Fallo en conciencia - Fórmula aplicada - No procedencia**

i) El laudo arbitral no se apartó del derecho aplicable al contrato, toda vez que se fundó en las cláusulas del acuerdo contractual y, de una parte, invocó el derecho del contratista al equilibrio económico del Contrato 070 de 2008, con apoyo en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, y, de otra, el contenido de la estipulación contractual acerca de la distribución de riesgos del contrato estatal, derivada del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 , igualmente reseñado en el laudo arbitral. ii) Fue partiendo de esos supuestos que el laudo arbitral se apoyó en el análisis de las pruebas relacionadas con el efecto financiero de las fórmulas previstas en las cláusulas 7 y 8 del Contrato 070 de 2008 y la distribución de los riesgos correspondientes, razón por la cual, frente al razonamiento normativo y fáctico que se aprecia en forma manifiesta dentro del laudo impugnado, resulta improcedente invocar el concepto del fallo en conciencia -independientemente de que se comparta o no el razonamiento del Tribunal de Arbitramento o la fórmula a la que acudió para liquidar la condena-.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 11001-03-26-000-2016-00057-00(56728)**

**Actor: SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A. Y CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A. integrantes del CONSORCIO DISTRITOS BOGOTA[[1]](#footnote-1)**

**Demandado: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU**

**Referencia: RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION**

**Temas:** EXISTENCIA DEL PACTO ARBITRAL –autenticidad del contrato aportado inicialmente en copia simple / FALLO EN CONCIENCIA – no se configura por el error o la diferente apreciación acerca del dictamen / DESEQUILIBRIO CONTRACTUAL- referido a la baja o disminución de los costos del asfalto - puede ser apreciado por el Tribunal de Arbitramento

Decide la Sala el recurso extraordinario de anulación interpuesto por el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU[[2]](#footnote-2), contra el laudo que profirió el Tribunal de Arbitramento dentro del asunto de la referencia, el 30 de septiembre de 2015, en el cual se resolvió, entre otros puntos, lo siguiente:

“D*ÉCIMO. CONDENAR al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU - a pagar a favor de SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A. Y CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A. de (sic) la suma de $8.288’080.083 en el plazo de 15 días contados a partir de la ejecutoria de la providencia”.*

Dicha condena estuvo precedida de las decisiones declarativas, contenidas en la parte resolutiva del laudo arbitral, mediante las cuales el Tribunal de Arbitramento **accedió** a *“DECLARAR la prosperidad de las pretensiones primera y tercera de la letra A, de demanda”,* a cuyo tenor se le solicitó:

*“****PRIMERA: DECLARAR*** *que las fórmulas previstas en las cláusulas 7 y 8 del Contrato 070 de 2008, son mecanismos de actualización a favor del Contratista para el mantenimiento del precio originalmente contratado.*

*“(…)*

*“****TERCERA: DECLARAR*** *que la aplicación de las fórmulas de ajuste y actualización de precios, previstas en las Cláusulas 7 y 8 del Contrato 070 de 2008, reajustan doblemente el insumo asfáltico”.*

Se agrega que el Tribunal de Arbitramento accedió en igual forma a declarar que la aplicación de las cláusulas 7 y 8 del Contrato 070 de 2008 por parte del IDU alteraron la ecuación económica y financiera del contrato en contra del Consorcio contratista[[3]](#footnote-3).

Por otra parte, con fundamento en la matriz de riesgos del referido contrato, el Tribunal de Arbitramento declaró que los ajustes de valores superiores al 0.5% de la variación negativa de precios constituyeron un riesgo que se encontró a cargo del IDU[[4]](#footnote-4).

El cuanto a las consideraciones en que se fundó la condena, el Tribunal de Arbitramento puntualizó que se presentó un menor valor facturado, porque el insumo asfalto tuvo un comportamiento a la baja en forma inesperada, como consecuencia de lo cual se redujo el valor estimado del contrato, en contra del contratista.

En su análisis, el Tribunal de Arbitramento observó que no obstante la baja en el precio del insumo implicaba un menor costo para el contratista, debía analizarse el efecto sobre el AIU propuesto por este y aceptado por el IDU. Sobre ello concluyó que, como consecuencia de la variación negativa de precios, se habían afectado los valores correspondientes al pago del AIU, por concepto del *A* (gastos administrativos) y de la *U* (utilidades), no así por concepto de los imprevistos (I).

En este orden de ideas, con base en las cifras presentadas en el experticio solicitado por el Consorcio demandante, el Tribunal de Arbitramento calculó el 27.004% de la diferencia entre el valor del *“Contrato Inicial”* y del *“Contrato inicial con ajustes”* (A+U), lo cual arrojó la suma base de $7.618’562.865[[5]](#footnote-5). Sobre esta última cifra, el Tribunal de Arbitramento liquidó la indexación (ajuste con el incremento del IPC), entre la fecha de la última acta de obra considerada en el laudo (4 de marzo de 2013) y la fecha del laudo arbitral. Con fundamento en lo anterior, estableció la condena por un valor total de $8.288´080.083 a cargo del IDU[[6]](#footnote-6), de acuerdo con lo fijado en el punto décimo de la parte resolutiva del laudo arbitral, como ya se indicó al inicio de esta providencia.

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

**1. El procedimiento arbitral**

Con fundamento en la cláusula compromisoria que se encontró pactada en el punto 30.3. del Contrato de Obra 070 de 2008, se integró un Tribunal de Arbitramento para conocer de la demanda presentada el 3 de julio de 2012 y reformada el 22 de enero de 2013, por SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A. y CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A., obrando como integrantes del CONSORCIO DISTRITOS BOGOTA[[7]](#footnote-7), en contra del Instituto de Desarrollo Urbano – IDU, en la cual presentaron las pretensiones declarativas y de condena que se resumen a continuación.

El Consorcio demandante solicitó al Tribunal de Arbitramento declarar el error del IDU en cuanto al reajuste doble del insumo asfáltico y en la aplicación que dio a las fórmulas de ajuste y actualización de precios contenidas en las cláusulas 7 y 8 del Contrato de Obra 070 de 2008. En el mismo sentido solicitó declarar la nulidad de la cláusula 7 ó, subsidiariamente, su ineficacia y el error cometido por el IDU en la definición de la cláusula 8.

Como consecuencia de lo anterior, el Consorcio demandante solicitó ordenar que la fórmula de actualización de precios contenida en la cláusula 8 del Contrato de Obra 070 de 2008 fuera corregida y pidió al Tribunal de Arbitramento establecer una nueva fórmula de ajuste, la cual planteó en su escrito contentivo de la reforma a la demanda[[8]](#footnote-8).

En forma subsidiaria, el Consorcio demandante solicitó que se declarara que el IDU debía reembolsar las sumas descontadas en exceso del riesgo que debía asumir el contratista.

De la misma manera solicitó declarar que el IDU debía indemnizar al contratista, como consecuencia de la aplicación que dio a las fórmulas contenidas en las cláusulas 7 y 8 del Contrato de Obra 070 de 2008.

Por otra parte, el Consorcio demandó el restablecimiento de la ecuación económica del contrato.

Como se ha indicado en la descripción del contenido del laudo arbitral, el Tribunal de Arbitramento reconoció el desequilibrio contractual y liquidó la condena con fundamento en el análisis de las cláusulas 7 y 8 y en la matriz de riesgos del Contrato 070 de 2008.

**1.1. La demanda**

En los hechos de la demanda, el Consorcio narró los siguientes:

Mediante el Contrato de Obra 070 suscrito el 30 de diciembre de 2008, se comprometió con el IDU a ejecutar, a precios unitarios, las obras de la malla vial del Distrito de conservación del Grupo 2 – Distrito Centro en la ciudad de Bogotá. Con posterioridad, las partes celebraron varios contratos adicionales.

En el aludido contrato se pactaron fórmulas de ajuste para mantener el equilibrio económico y, según afirmó el Consorcio demandante, de acuerdo con lo que se infiere de las mismas, el precio inicialmente ofertado por el referido Consorcio constituyó el límite mínimo de la variación que debía soportar el contratista.

De conformidad con lo que narró el Consorcio demandante, las referidas cláusulas no cumplieron su objetivo y se configuró la alteración de la ecuación económica del contrato y del precio pactado.

En igual forma, el Consorcio demandante observó que las fórmulas previstas en las cláusulas 7 y 8 involucraron la consideración doble del ítem asfalto.

Agregó el Consorcio demandante que, por otra parte, en el numeral 12 de la matriz de riesgos del Contrato 070 de 2008 se advirtió que el IDU asumía las variaciones del precio, hasta el valor del ICCP definido por el DANE a diciembre de cada año y que, a su vez, el contratista debía asumir las variaciones por encima del referido indicador.

Igualmente, destacó el Consorcio demandante que en cuanto a la variación del precio del asfalto, la matriz señaló como máximo el 0.5% del valor del grupo, por manera que el Consorcio contratista –ahora demandante- debía asumir los riesgos solo dentro de los linderos que se desprendieron de la referida distribución del riesgo[[9]](#footnote-9).

**1.2. Contestación de la demanda** **arbitral**

El IDU contestó la demanda, afirmó que se aplicaron correctamente las fórmulas contractuales y que no existió un doble ajuste del ítem asfalto.

Por otra parte, advirtió que el Tribunal de Arbitramento no tenía competencia para variar las fórmulas del Contrato de Obra 070.

También reseñó que no existían elementos probatorios, contables o financieros que acreditaran que el Consorcio demandante hubiera sufrido una pérdida[[10]](#footnote-10), como consecuencia de lo cual era improcedente una reclamación por la supuesta ruptura del equilibrio económico del contrato.

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

En el Acta No. 8, de 11 de marzo de 2013[[11]](#footnote-11), consta que el Tribunal de Arbitramento profirió el auto mediante el cual se declaró competente para conocer y decidir las controversias[[12]](#footnote-12).

Contra el citado auto se interpuso recurso de reposición por parte del IDU, el cual fue desatado en forma negativa y, por tanto, se dispuso mantener en todas sus partes la providencia impugnada.

**1.4. Concepto de la Procuraduría General de la Nación en el trámite arbitral**

La Procuradora Doce Judicial II Administrativa emitió concepto ante el Tribunal de Arbitramento, en el cual concluyó que se debían desechar las pretensiones de la demanda y declarar que hubo una aplicación correcta de las fórmulas de reajuste dispuestas en las cláusulas 7 y 8 y de la matriz de riesgos del Contrato 070 de 2008[[13]](#footnote-13).

**1.5. Citación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado fue informada de la demanda arbitral mediante comunicación de 25 de septiembre de 2012, en la cual se la invitó a la audiencia de instalación del Tribunal de Arbitramento[[14]](#footnote-14).

Posteriormente, mediante comunicación de 6 de diciembre de 2012 se le remitieron los documentos correspondientes a la demanda y al acta contentiva del auto admisorio[[15]](#footnote-15).

La mencionada entidad no intervino en el proceso arbitral.

**2. El laudo arbitral**

En el laudo arbitral proferido el 30 de septiembre de 2015, contra el cual se impetró el recurso extraordinario de anulación, el Tribunal de Arbitramento estudió las pretensiones de la demanda, declaró la prosperidad de las pretensiones primera y tercera de la letra A de la demanda, es decir, las relacionadas con la declaración de que las cláusulas 7 y 8 contenían mecanismos de actualización de precios a favor del concesionario. En igual forma prosperaron las pretensiones primera y segunda de la letra D, relacionadas con que el IDU aplicó las formulas reduciendo el precio originalmente ofertado y que se alteró la ecuación económica del contrato.

Como consecuencia, de acuerdo con el análisis de las cláusulas 7 y 8 del Contrato 070 de 2008 y de la matriz de riesgos, el laudo arbitral condenó al IDU a pagar la suma de $8.288’080.083 a favor de la parte demandante.

**3. El recurso de anulación del laudo arbitral**

El IDU interpuso el recurso extraordinario de anulación contra el laudo arbitraI mediante escrito presentado el 29 de octubre de 2015.

Una vez que se recibió el expediente en el Consejo de Estado, el Despacho avocó conocimiento del recurso extraordinario de anulación, mediante auto de 5 de abril de 2016.

El 22 de abril de 2016, el IDU sustentó el mencionado recurso, ante el Consejo de Estado.

En la sustentación del dicho recurso, el IDU invocó las causales 2 y 6 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, en relación con la falta de competencia y el fallo en conciencia, respectivamente, según se detallará más adelante.

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

El Consorcio demandante dio contestación al recurso extraordinario de anulación, mediante escrito radicado ante el Consejo de Estado, el 29 de abril de 2016.

Destacó que en el proceso arbitral el IDU no propuso excepción acerca de la existencia de la cláusula compromisoria.

Por otra parte, el demandante reseñó la actuación procesal relativa a los dictámenes practicados en el proceso arbitral. Los argumentos expuestos por el Consorcio demandante en la contestación a los cargos del recurso de anulación se detallarán más adelante.

**5. Concepto del Ministerio Público ante el Consejo de Estado**

El 29 de abril de 2016, el Ministerio Público emitió concepto ante el Consejo de Estado, en el cual indicó que ninguno de los cargos propuestos por el IDU en el recurso de anulación tenía vocación de prosperidad[[16]](#footnote-16).

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

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

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

Se reafirma lo dispuesto en el auto de 5 de abril de 2016, acerca de la jurisdicción y la competencia para conocer del recurso de anulación, teniendo en cuenta que una de las partes del conflicto que se desató con el laudo es entidad de naturaleza estatal, toda vez que el procedimiento arbitral se surtió en relación con un contrato que fue suscrito entre el Consorcio Distritos Bogotá y el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU[[17]](#footnote-17), tipificándose, frente al recurso que ahora se desata, el supuesto de la jurisdicción y la competencia del Consejo de Estado, de acuerdo con el artículo 162 del Decreto 1818 de 1998[[18]](#footnote-18).

**2. Causales del recurso de anulación**

**2.1. Inexistencia del pacto arbitral. Causal 2 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998**

***“****Artículo  163****.****Son causales de anulación del laudo las siguientes:*

*“(…).*

*“2. No haberse constituido el Tribunal de Arbitramento en forma legal, siempre que esta causal haya sido alegada de modo expreso en la primera audiencia de trámite”.*

**2.1.1. Argumentos del IDU en cuanto a la inexistencia del pacto arbitral por haber sido aportado en copia simple**

El IDU aseveró que en el proceso no existía plena prueba del pacto arbitral, puesto que el convocante aportó una copia simple, tal como lo había señalado esa entidad en el recurso de reposición que presentó el 11 de marzo de 2013 contra el auto mediante el cual el Tribunal de Arbitramento avocó la competencia.

**2.1.2. Contestación del Consorcio demandante frente a la existencia del pacto arbitral aportado en copia simple**

El Consorcio demandante observó que en el auto de 11 de marzo de 2013, el Tribunal de Arbitramento negó el recurso de reposición y confirmó su competencia, teniendo en cuenta que el pacto arbitral, si bien se aportó en copia simple, se presume auténtico, toda vez que no fue objeto de tacha alguna, de conformidad con el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil.

**2.1.3. Consideraciones de la Sala acerca del pacto arbitral aportado en copia simple**

En diversas providencias la Sección Tercera del Consejo de Estado sostuvo que las copias simples no constituían medios de convicción que pudieran tener la virtualidad de hacer constar o de demostrar los hechos que con tales documentos se pretendían hacer valer ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en aquellos casos en que la carencia de autenticación impedía la valoración probatoria, de conformidad con lo normado en los artículos 252 y 254 del Código de Procedimiento Civil[[19]](#footnote-19).

No obstante, la antedicha interpretación fue modificada en la Sentencia de Unificación proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 28 de agosto de 2013[[20]](#footnote-20).

En esta última providencia, se indicó que la postura de la Sección Tercera quedó unificada en el sentido de aceptar la valoración de los documentos aportados en copias simples que han hecho parte del expediente, toda vez que frente a estos *“se ha surtido el principio de contradicción y defensa de los sujetos procesales ya que pudieron tacharlas de falsas o controvertir su contenido”.*

Como fundamento para apoyar la anterior conclusión, se señaló que a partir de la expedición de las Leyes 1395 de 2010 y 1437 de 2011 se constata una nueva visión respecto del derecho procesal en cuanto este hace énfasis especial acerca de los principios de buena fe y lealtad que deben asumir las partes en el proceso, lo cual – de acuerdo con la providencia de unificación- determina un cambio en el modelo establecido por las normas procesales, circunstancias que *“permiten al juez tener mayor dinamismo en la valoración de las pruebas que integran el acervo probatorio”;* lo que en últimas se traduce en la posibilidad de que el operador judicial pueda tomar en cuenta aquellos documentos que obran el expediente en copia simple y respecto de los cuales las partes no han cuestionado su veracidad.

En este caso concreto, el Contrato de Obra 070 de 2008 fue aportado con la demanda y en su texto se encontró pactada la cláusula de “Solución de Controversias Contractuales”, incluyendo el arbitramento, en el punto 3 de la cláusula 30.

La autenticidad del Contrato 070 de 2008 no presentó duda alguna en el proceso arbitral, en la medida en que el IDU no desconoció su contenido. Por el contrario, surtido el debate probatorio, quedó corroborada dicha autenticidad, con fundamento en el documento contentivo del Contrato 070 que se aportó en la inspección judicial que el Tribunal de Arbitramento decretó y practicó en el proceso arbitral[[21]](#footnote-21). Se agrega que el IDU no presentó reparo alguno en torno de la existencia y el contenido del pacto arbitral.

Se observa que en el medio magnético contentivo de la carpeta de documentos legales del IDU aportada, al proceso, reposa el archivo marcado 20086500015553- 00012, en el cual consta el Contrato 070 de 2008, dentro del cual se acreditó la cláusula 30, de “*Solución de Controversias”* y en su numeral 3, se encontró previsto “*El Arbitramento”*.

Con fundamento en esa sola observación se debe rechazar de plano la invocación de la causal 2 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, formulada en este proceso por el IDU y denegar la anulación del laudo arbitral por la supuesta inexistencia del pacto arbitral.

Adicionalmente, la Sala hace eco del llamado que expuso el Consorcio demandante en su intervención ante el Tribunal de Arbitramento, realizado en la audiencia de 11 de marzo de 2013[[22]](#footnote-22), oportunidad en la cual presentó oposición formal al recurso de reposición interpuesto por el IDU, con fundamento, entre otras razones, en un reproche a la conducta procesal de los abogados del IDU, por el desconocimiento del efecto jurídico de las actividades procesales que se habían surtido hasta ese momento. En esa intervención el Consorcio demandante destacó lo siguiente: **i)** el 3 de julio de 2012 se presentó la demanda, a partir de lo cual se adelantaron varias actuaciones, dentro de las mismas las partes nombraron conjuntamente a los árbitros, conducta que llevó a evidenciar la verdad material de que para el IDU existía el Contrato de Obra 070 de 2008 y el pacto arbitral, de acuerdo con la copia del contrato que había sido aportada por el Consorcio demandante; **ii)** en su oportunidad el IDU contestó la demanda original y la reforma a la demanda y allí no desplegó defensa alguna orientada desconocer los documentos aportados a la *litis* y no se opuso a la copia simple esgrimida, ni a la existencia y contenido del pacto arbitral, avalando con ello, desde ese momento procesal, la existencia del Contrato de Obra 070 de 2008 y de la cláusula compromisoria allí acordada; **iii)** el Consorcio demandante aportó la copia del contrato y, adicionalmente, solicitó la inspección judicial de documentos en el IDU, por cuanto, según aseveró la apoderada del demandante, de acuerdo con los manuales y las prácticas de esa entidad estatal –que debían conocer los abogados del IDU- esa entidad nunca expidió un original del contrato con destino al contratista, y por ende, el IDU mantenía en sus archivos el único original del contrato.

Estima la Sala, que, en efecto, asistió la razón al Tribunal de Arbitramento cuando desató negativamente el recurso de reposición interpuesto del IDU y decidió avocar la competencia arbitral para conocer de la controversia.

Ahora bien, ante el Consejo de Estado y en sede del recurso de anulación del laudo arbitral, es impropio volver al argumento de la copia simple, habiéndose reiterado en el proceso arbitral la autenticidad del Contrato de Obra 070 emitido por el propio IDU y la existencia del pacto arbitral.

Lo cierto es que en este recurso de anulación la antedicha postura de la entidad estatal resulta meramente ritualista y carente de soporte, toda vez que la existencia del pacto arbitral es un hecho palmario y acreditado en debida forma dentro del proceso arbitral[[23]](#footnote-23), amén de que la apreciación de las pruebas es competencia del Tribunal de Arbitramento en única instancia.

**2.2. Fallo en conciencia**

*“Decreto 1818 de 1998. Artículo**163****.****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”.[[24]](#footnote-24)*

**2.2.1. Argumentos del IDU en relación con el fallo en conciencia**

El IDU estructuró la ocurrencia del fallo en conciencia con fundamento en lo siguiente:

El Tribunal de Arbitramento cometió “*un grave error*” constitutivo de un laudo en conciencia, el cual consistió en tener en cuenta un segundo dictamen pericial con el que se pretendió probar la objeción por el error grave cometido en el primer dictamen.

Según el IDU, al laudar con base en un dictamen de índole interpretativo y restringido se constituyó una grave vía de hecho en contra de la entidad estatal, puesto que el Tribunal de Arbitramento no aceptó la objeción grave pero adoptó el contenido del segundo dictamen y esa incongruencia técnica legal afectó los intereses públicos en el sentido de que, ni siquiera a título meramente enunciativo, ese segundo dictamen obedeció a la realidad contractual.

El IDU puntualizó el contexto del laudo en conciencia, con fundamento en los argumentos que se reseñan a continuación:

**2.2.1.1.** *“INEXISTENCIA DE ERROR EN LAS FÓRMULAS DE LAS CLÁUSULAS 7ª Y ª DEL CONTRATO”*

Según el IDU, las cláusulas 7 y 8, además de ser acordadas entre las partes, al contar con el elemento base del insumo asfalto, gozaron de un alto índice de aceptabilidad, puesto que tuvieron en cuenta, para el ajuste de precios, el valor más determinante del ítem contractual, es decir, el asfalto, componente principal de la mezcla asfáltica.

Explicó que si el costo del asfalto bajaba, el valor de la mezcla asfáltica debía bajar, a menos de que se demostrara cosa distinta, hecho -este último- que no se encontró probado en el proceso.

Agregó que entrar a debatir si los componentes con los cuales el DANE obtiene el Índice General para la Construcción Pesada (ICCP), le han convenido o no al contrato, no era objeto de la controversia arbitral.

El IDU destacó que el Consorcio demandante no probó que las variaciones de los indicadores financieros hubieran comportado una *“excesiva onerosidad de la prestación futura de cumplimiento”* y advirtió que al referido Consorcio contratista *“le incumbía acreditar que en su oferta previó que la construcción le iba a costar determinada suma de dinero y que en realidad le costó mucho más”.*

**2.2.1.2.** “*FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL PARA ESTABLECER LA FÓRMULA DE LA CLÁUSULA 8ª DEL CONTRATO”*

El IDU expuso que el Tribunal de Arbitramento carecía de la potestad para modificar la cláusula 8 del Contrato de Obra 070, pues las pretensiones no implicaban que los árbitros pudieran sustituir la voluntad de las partes. En este punto, el IDU imputó la ocurrencia de un fallo *extra petita.*

**2.2.1.3.** *“INEXISTENCIA DE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA 7ª DEL CONTRATO”*

El IDU puntualizó que los indicadores de ajuste para las actividades que involucraron mezclas asfálticas o derivados en su ejecución fueron positivos y negativos, lo cual demuestra que la metodología utilizada ha sido la correcta.

Agregó que los referidos indicadores se aplicaron de acuerdo con el contrato, tal como se demostró con los soportes obrantes en el proceso.

**2.2.1.4.** INEXISTENCIA DEL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO

El IDU advirtió que la finalidad de las cláusulas 7 y 8 se cumplió, que el modelo fue planteado con una lógica matemática y económica perfectamente válida, permitiendo el adecuado control del equilibrio contractual*,* aun ante severos ajustes en las variables objetivo (ICCP, Costo del Asfalto, IPC).

En un acápite de este punto, el IDU destacó que en el proceso arbitral no se acreditó *“****la existencia de una pérdida y su gravedad****”*.Reseñó que el informe de auditoría observó que los registros contables del contratista no revelaban la pérdida derivada de mayores valores pagados por concepto de mezcla asfáltica y concluyó que de acuerdo con el estado de resultados y los libros auditados con corte a 31 de diciembre de 2012, el proyecto generó utilidad.

**2.2.1.5.** *“APLICACIÓN CORRECTA DE LAS FÓRMULAS DE LAS CLÁUSULAS 7ª Y 8ª DEL CONTRATO”*

El IDU explicó que el valor del insumo asfalto sólido se ajustó únicamente con la fórmula de la cláusula 7 y que los demás insumos y componentes que conforman el ítem “*suministro e instalación de la mezcla asfáltica tipo denso*” se actualizaron con la fórmula de la cláusula 8. Expuso un cuadro acerca de las diferencias entre los componentes de la cláusula 7 – precio emitido por ECOPETROL - y los de la Cláusula 8 – variación del ICCP y, con base en ello, sostuvo que no hubo un doble ajuste[[25]](#footnote-25).

Afirmó que existió un fallo en conciencia al desconocer el recaudo probatorio y al valorar un experticio que incurrió en los siguientes errores: **i)** el valor del contrato correspondió a la oferta económica presentada con precios de 2008 y no como indicó el perito Juan Manuel Noguera, a los insumos fijados en el año 2007; **ii)** el perito Noguera fijó el valor de la facturación sin tener en cuenta los contratos adicionales y el balance final de liquidación, por tanto, se desconoció la totalidad de los pagos realizados bajo el contrato; **iii)** las diferencias entre el valor estimado, facturado y pagado se presentaron porque el insumo asfáltico tuvo un comportamiento a la baja, debiendo facturarlo así el contratista. Con base en un cuadro que presentó en su escrito, el IDU afirmó que el valor negativo arrojó la suma acumulada de $1.917’421.977 y que ese mismo monto fue invertido en la ejecución de más obras.

También se detuvo en analizar el AIU del contrato y observó que en el momento en que se realizó el dictamen el contrato estaba en liquidación y que con posterioridad a la última acta que fue objeto del análisis de parte del perito, se dio trámite a otras actas de obra y se ejecutó otra parte del AIU, lo cual modificó el porcentaje del AIU que se tomó como base de la condena.

Además, se refirió a la indexación definida por el perito y alegó que el laudo no tuvo en cuenta la última acta de obra (No. 311), que se realizó una interpretación errada del acta 297, que las sumas que quedaban pendientes para las fechas que tomó el perito solo debían cancelarse una vez el contratista cumpliera con los requisitos de recibo y con la aplicación previa de las compensaciones correspondientes.

Por todo ello, concluyó que no procedía tomar como fundamento de la condena, los valores indicados por el perito Noguera Arias.

**2.2.1.6. Resumen de los cargos por fallo en conciencia**

En resumen, como se ha descrito atrás, los argumentos del IDU para fundar la causal de fallo en conciencia dentro de su recurso de anulación al laudo se refieren a que el Tribunal de Arbitramento: **i)** se apartó de las cláusulas 7 y 8 del contrato; **ii)** estimó en forma errada que hubo un doble cobro; **iii)** desconoció que no se demostró el desequilibrio económico del contrato, en tanto no se acreditó la pérdida del contratista y **iv)** se apoyó en las cifras del segundo dictamen, las cuales habían sido establecidas con fundamento en un acta que no era la última del contrato, por cuanto el mismo se encontraba en liquidación*.*

**2.2.2. Contestación del Consorcio demandante al cargo por fallo en conciencia**

El Consorcio demandante realizó un recuento de la actuación relacionada con la objeción grave que presentó frente al dictamen emitido por Carlos Enrique Durán Pineda, perito contable y financiero. Indicó que el Tribunal de Arbitramento accedió a decretar el experticio elaborado por Nexus - Banca de Inversión, en atención a la solicitud del Consorcio demandante para allegar un “dictamen pericial de parte”, de acuerdo con el escrito de objeción grave que el referido Consorcio presentó en el proceso arbitral.

Por otra parte, el Consorcio demandante expuso que el perito Juan Manuel Noguera Arias, fue designado para dar respuesta a las preguntas que no fueron contestadas por el primero y a aquellas en las que, según alegó el demandante, se incurrió en un error[[26]](#footnote-26).

Reseñó que el IDU no presentó recurso alguno contra el decreto de la solicitada prueba, así como tampoco intervino en la oportunidad en que se le corrió traslado del dictamen presentado por Juan Manuel Noguera Arias.

El Consorcio demandante expuso ocho **criterios definitorios** del fallo en conciencia, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, así:

**a)** es el que no se apoya en derecho positivo vigente, es decir el que se funda en derecho que no rige el caso en cuestión[[27]](#footnote-27);

**b)** es el que se dicta en equidad, aunque los árbitros no tienen proscrito absolutamente usarla como criterio auxiliar[[28]](#footnote-28):

**c)** no configura fallo en conciencia la hermenéutica de las normas o el hecho de que el Tribunal de Arbitramento interprete una norma o aplique una institución jurídica[[29]](#footnote-29);

**d)** el contrato estatal constituye derecho vigente y su aplicación a la controversia no lleva al fallo en conciencia[[30]](#footnote-30);

**e)** la condena sin consideración a las pruebas es un fallo en conciencia[[31]](#footnote-31);

**f)** el fallo en conciencia no se constituye por la incursión en una vía de hecho[[32]](#footnote-32);

**g)** la decisión equivocada tampoco configura fallo en conciencia[[33]](#footnote-33);

**h)** la falta de motivación no constituye fallo en conciencia[[34]](#footnote-34).

Como consecuencia del recuento anterior, el Consorcio demandante expuso que en el laudo impugnado no se configuró ninguno de los criterios que la jurisprudencia ha establecido como definitorios del fallo en conciencia. Advirtió que de la lectura del laudo se observa que el Tribunal de Arbitramento adoptó sus decisiones con fundamento en el ordenamiento jurídico colombiano; que el Tribunal siguió un orden de razonamiento partiendo del régimen aplicable al contrato, del análisis de la matriz de riesgos, de la aplicación de las cláusulas 7 y 8 del Contrato 070 y que sí desató la objeción grave al dictamen elaborado por el perito Carlos Pineda Durán[[35]](#footnote-35).

El Consorcio demandante concluyó que el laudo arbitral se apoyó en el derecho y en las pruebas aportadas al proceso.

**2.2.3. Consideraciones de la Sala acerca del fallo en conciencia**

**2.2.3.1. Requisitos para acreditar la ocurrencia de la causal por fallo en conciencia**

De conformidad con el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998, aplicable en este proceso, se distinguió el arbitraje en conciencia, por contraposición a la definición del arbitraje en derecho, así:

*“El arbitraje puede ser en derecho, en equidad o técnico. El arbitraje en derecho es aquel en el cual los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente”.[[36]](#footnote-36)*

Por otra parte, se observa que el arbitraje en derecho constituyó la regla general del arbitramento en la contratación estatal, de acuerdo con el artículo 70 de la Ley 80 de 1993[[37]](#footnote-37):

*“Artículo**70º****.-****De la Cláusula Compromisoria.* *En  los contratos estatales podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, determinación o liquidación.*

*“El arbitramento será en derecho. Los árbitros serán tres (3), a menos que las partes decidan acudir a un árbitro único. En las controversias de menor cuantía habrá un solo árbitro”.*

El Consejo de Estado ha elaborado el concepto del fallo en conciencia para efectos de la causal de anulación del laudo arbitral, en múltiples providencias, algunas de las cuales se citaron por las partes para apoyar sus argumentos.

En esas providencias, se ha formulado una definición, de carácter general, según la cual *“el fallo en conciencia es aquel en el que el juzgador se apoya en su íntima convicción, no da razones de su decisión o prescinde de toda consideración jurídica o probatoria”*[[38]](#footnote-38).

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

*“Un laudo se profiere en conciencia cuando la valoración de la causa petendi y su resolución es producto de la libre apreciación del juez, quien se aleja de las pautas que le impone el ordenamiento jurídico vigente, es decir, que su decisión se basa en el entendimiento personal del debate, ponderando las circunstancias de hecho y de derecho que lo configuran según su comprensión íntima de justicia, de lo correcto, de lo bueno y lo justo, dejando al margen las reglas jurídicas imperativas y no imperativas que contienen preceptos de valoración, todas externas, de una buena parte de los factores que inciden en la toma de la decisión judicial. En este orden de ideas, lo que se reprocha de un fallo en conciencia es la desestimación que el juez hace de las reglas jurídicas que delimitan la valoración de ciertos temas, aspectos y condiciones para proceder en el ordenamiento jurídico, social, comercial, etc., que se encuentran predeterminadas y valoradas por órganos usualmente dotados de legitimidad para expedir esas disposiciones –por ejemplo, el Congreso y el Gobierno- y que el juez debe aplicar. En este sentido, la libertad de formas y de contenido jurídico no está a disposición de los árbitros, que deben acatar las reglas predispuestas por el ordenamiento, así que su inobservancia hace incurrir al laudo en una decisión dictada en conciencia, puesto que la manera como resuelve el conflicto se fundamenta en una idea de justicia personal o individual, y esta forma de razonar la justicia hace abstracción de las reglas positivas vigentes –salvo voluntad del mismo juez en sentido contrario-, pero en realidad estas disposiciones son las que le interesan al sistema jurídico que se observen cuando se dicta un laudo donde es parte una entidad estatal”[[39]](#footnote-39):*

Ahora bien, de acuerdo con las normas citadas al inicio de este punto, la prosperidad de la causal de anulación del laudo arbitral por el fallo en conciencia requiere demostrar: **i)** que el laudo se apartó del derecho[[40]](#footnote-40) y **ii)** que esa circunstancia se encontró de manifiesto en el laudo arbitral.

**2.2.3.1.1. Apartamiento del derecho**

Es razonable entender que el apartamiento del derecho -*positivo vi*gente- al cual se refirió el Decreto 1818 de 1998, puede tener lugar cuando en el laudo no se cita ni se considera apoyo normativo alguno, pero también cuando su único apoyo normativo consiste en una regla de derecho que no es aplicable al caso en cuestión y cuya invocación resulta a todas luces contraria al derecho, es decir, de manera manifiesta, configurando, por tanto, en ese supuesto, un laudo carente de sustento legal y, por ello, en conciencia[[41]](#footnote-41).

Además, es de la mayor importancia observar que la causal de anulación que se viene comentando requiere de la evidencia manifiesta de la consideración apartada del derecho y que esa consideración, alejada de todo derecho, llevó en el laudo arbitral a la decisión contraria a la que se habría obtenido de conformidad con la ley aplicable.

**2.2.3.1.2. El ámbito de aplicación de la equidad**

Ahora bien, en lo que a la equidad se refiere, cabe sostener que cuando el artículo 230 de la Constitución Política[[42]](#footnote-42) hace referencia a ella, en la actividad de administrar Justicia, está haciendo alusión a un principio fundamental que orienta de la labor de los Jueces – y, en su caso de los árbitros- y a un criterio auxiliar que debe ser utilizado para llenar los vacíos legislativos. La equidad cobra fuerza en aquellos eventos en los cuales, por ejemplo, no existe regla concreta de derecho que resulte aplicable a un determinado asunto “*pues en virtud del principio de la plenitud hermenéutica del orden jurídico, consagrado por el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, el juez debe acudir a los criterios auxiliares para decidir la controversia realizando los valores que comportan el fin último del derecho*”[[43]](#footnote-43). Un caso de ejemplo acerca del criterio de equidad, se presenta a menudo en la definición de las fórmulas matemáticas a las que el Juez suele acudir para liquidar los perjuicios, en asuntos sobre los cuales no existe ley ni regla contractual que le defina las operaciones en orden a llegar a una cifra razonable y proporcionada con el daño o con el desequilibrio económico causado. Es evidente que no por ello podrá invocarse la configuración del fallo en equidad como causal de anulación del laudo arbitral, en la medida en que se integre esa formulación matemática a las normas legales y a los acuerdos contractuales, toda vez que no se configurará allí el apartamiento del derecho aplicable.

**2.2.3.1.3. El fallo en conciencia no se puede estructurar rebatiendo el análisis de las pruebas**

Por otra parte, en materia probatoria se advierte que, siendo el proceso arbitral de única instancia, la causal de anulación del laudo arbitral referida al fallo en conciencia o en equidad, no se puede estructurar rebatiendo el análisis de las pruebas que realizó el Tribunal de Arbitramento.

En el análisis de las causales de anulación, se tiene presente que, partiendo del artículo 116 de la Constitución Política[[44]](#footnote-44), al celebrar el pacto arbitral las partes del contrato estatal habilitan a la jurisdicción arbitral y, por ende, renuncian a someter las controversias -referidas en el pacto arbitral- a la vía ordinaria ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En ese sentido, teniendo en cuenta la legislación acerca del procedimiento arbitral[[45]](#footnote-45), el pacto arbitral implica que las partes están de acuerdo en acudir a una decisión que se proferirá por los árbitros en única instancia.

En el contexto legal del procedimiento arbitral, se entiende que, en virtud del pacto arbitral, las partes acuerdan solucionar sus conflictos por la vía de un procedimiento expedito, en el cual se cierra el paso a los asuntos propios de una segunda instancia, como por ejemplo, la oportunidad de un segundo juicio de valor, una nueva apreciación o una opinión alterna sobre la forma como el contrato debería ser interpretado o sobre el peso específico de las pruebas, lo cual, en el evento del laudo arbitral, se decidirá en única instancia, por parte del Tribunal de Arbitramento.

Por otra parte, en vigencia del Decreto 1818 de 1998, la jurisprudencia del Consejo de Estado formuló el supuesto según el cual el laudo que se emite apartado de toda prueba es un fallo en conciencia[[46]](#footnote-46); sin embargo, ese supuesto no se extiende al de la interpretación errada de las pruebas por parte del Tribunal de Arbitramento y, por tanto, se debe advertir que el error en el juicio valorativo de las pruebas no constituye fallo en conciencia.

Así las cosas, aunque el error en la apreciación de las pruebas pueda llegar a concurrir eventualmente con una vía de hecho -por ejemplo, en el evento del defecto fáctico en que incurriría el Tribunal de Arbitramento en los casos en que además se evidencia la violación de derechos fundamentales[[47]](#footnote-47)- ese error no resulta procedente como causal en sede del recurso de anulación, tal como lo indicó el Consorcio demandante en este proceso, con apoyo en la jurisprudencia del Consejo de Estado[[48]](#footnote-48).

Por ello, en el caso que ahora ocupa la atención de la Sala, la controversia arbitral solo podrá estudiarse por el Consejo de Estado en el estrecho margen que conceden las causales del recurso extraordinario de anulación.

Así por ejemplo, descendiendo a un asunto concreto, si el Tribunal de Arbitramento con base en el material probatorio entiende las fórmulas de ajuste de precio y la distribución de los riesgos de una determinada manera, no puede el Consejo de Estado, en sede de anulación, invalidar el laudo con fundamento en que las respectivas estipulaciones debieron entenderse bajo una formulación diferente de la que aplicó el Tribunal de Arbitramento.

Otro caso en el que no es viable la anulación del laudo arbitral –por la vía de la causal de fallo en conciencia-, se tipifica cuando la parte que interpone el recurso de anulación se apoya en el desacuerdo con la valoración que realizó el Tribunal de Arbitramento sobre las pruebas, por ejemplo, porque a su juicio habría sido más pertinente apartarse de un determinado dictamen y fundar el laudo en otras de las pruebas obrantes en el plenario.

En los antedichos ejemplos, aunque el Consejo de Estado encuentre más acertada la valoración probatoria que sugiere el actor, en sede de anulación no puede invalidar el laudo arbitral con fundamento en una diferencia en la apreciación del dictamen pericial o de las fórmulas que rigen la ecuación económica del contrato.

En conclusión, en el recurso extraordinario de anulación del laudo arbitral resultan improcedentes los argumentos orientados a que se consideren nuevos elementos de juicio en la interpretación del contrato o en sus fórmulas de precio, o a que se liquide la condena considerando otras pruebas de preferencia a la valoración acogida por el Tribunal de Arbitramento, toda vez que, en realidad, esos razonamientos plantean una apreciación alterna a la que realizaron los árbitros y no resultan idóneos para desconocer el margen de interpretación y valoración del Tribunal de Arbitramento, el cual –se repite- ha sido designado por las partes, en virtud de la ley aplicable al procedimiento arbitral que acordaron, como Juez de Única Instancia.

A continuación la Sala pasa a estudiar la descripción de los cargos presentada por el IDU.

**2.2.3.2. El laudo no se apartó de las cláusulas 7 y 8 del Contrato 070**

En relación con las argumentaciones del IDU, acerca de la validez y la aplicación de las cláusulas 7 y 8 del Contrato 070 de 2008, es pertinente observar que el Tribunal de Arbitramento *negó* las pretensiones orientadas a desconocer o anular las referidas cláusulas, es decir, que aceptó la vigencia y aplicación de las citadas cláusulas dentro del contrato *sub lite*. Se destaca igualmente que en el laudo arbitral no se accedió a las pretensiones orientadas a declarar la ineficacia o nulidad de las aludidas cláusulas.

Cosa distinta es que de acuerdo con el razonamiento del Tribunal de Arbitramento la aplicación de tales cláusulas llevó a un desequilibrio económico del contrato.

Entonces, el laudo arbitral reconoció que las cláusulas contractuales además de ser convenidas por las partes, adoptaron un concepto metodológico aceptado, en lo cual coincide con la afirmación del IDU en su recurso, en cuanto incorporaron el valor más determinante del ítem contractual, es decir, el asfalto, componente principal de la mezcla asfáltica.

En conclusión se consideran infundados los argumentos acerca del fallo en conciencia que planteó el IDU, denominados como *“inexistencia de error”* en las fórmulas de las cláusulas 7 y 8 del Contrato 070 de 2008 y en la *“inexistencia de la nulidad”* de la cláusula 7 del referido contrato.

**2.2.3.3. El laudo arbitral no modificó las fórmulas del contrato**

En el presente caso, resultan improcedentes las imputaciones de un fallo *extra petita,* fundadas en la supuesta falta de competencia para modificar la fórmula de la cláusula 8 del Contrato 070, por la sencilla razón de que Tribunal de Arbitramento, en el laudo impugnado, denegó la aplicación de la fórmula alterna que fue planteada por el Consorcio demandante.

Se destaca que el Tribunal de Arbitramento consideró la ruptura del equilibrio económico, por razón de un hecho imprevisto, como fue el de la variación del ítem correspondiente al asfalto. Sin embargo, el laudo advirtió que ello no se imputó a un error del IDU en la formulación del precio.

De la lectura del laudo se aprecia la razón en que apoyó la condena así:

*“”6.4.3. Elementos de la responsabilidad contractual.*

*“(…).*

*“A juicio del Tribunal, y con base en el análisis que se ha hecho sobre el equilibrio económico y aplicable al contrato base de las controversias existentes en este proceso, no se encuentra prueba alguna [de] que el IDU haya incurrido en culpa o dolo que genere incumplimiento contractual en el desequilibrio que se presenta.* ***Hay una fuerza mayor, un imprevisto*** *(…). //. Como consecuencia de lo analizado el Tribunal declarará que si bien el IDU ha aplicado las fórmulas de ajuste y actualización de precios, reduciendo el precio originalmente ofertado por el contratista (…) tal aplicación no es imputable al IDU por haber elaborado las fórmulas de las cláusulas mencionadas y por tanto no es aplicable una liquidación parcial con una fórmula que solicitó establecer al Tribunal y que en el análisis anterior fue rechazada”[[49]](#footnote-49).* (La negrilla no es del texto).

En conclusión, se consideran infundados los argumentos del IDU mediante los cuales pretendió estructurar el fallo en conciencia por la falta de competencia del Tribunal de Arbitramento para declarar como aplicable la fórmula sustitutiva de la cláusula 8 del Contrato 070.

**2.2.3.4. El laudo arbitral no puede impugnarse con fundamento en la supuesta inexistencia del desequilibrio económico, toda vez que la apreciación de las pruebas sobre el mismo no es materia del recurso de anulación**

Tal como se ha expuesto en esta providencia, las diferencias en la apreciación de las pruebas, acerca de la ocurrencia del desequilibrio económico y de su tasación, no son idóneas para fundar la impugnación del laudo arbitral en sede´ del recurso de anulación.

Aunque lo antedicho es suficiente para rechazar la causal de fallo en conciencia, teniendo en cuenta que en este caso el IDU formuló un posible apartamiento de la prueba de la pérdida contable, es útil precisar que la jurisprudencia invocada por el IDU se refirió a los casos de incremento de precio de los insumos, al paso que el supuesto fáctico sobre el cual se trabó la litis en el proceso arbitral, no corresponde al evento del aumento de los costos, sino a la baja o reducción inesperada de los mismos.

Por ello, se entiende que el Tribunal de Arbitramento analizó la ruptura del equilibrio financiero, frente a hechos que no necesariamente conllevaron una pérdida en la ejecución del contrato, sino que disminuyeron los ítems correspondientes a los gastos administrativos y a la utilidad estimada.

De la lectura del laudo arbitral se advierte que presentó un recuento de los factores que la jurisprudencia ha identificado para declarar y tasar el desequilibrio económico del contrato, dentro de las cuales el laudo identificó la ocurrencia de una fuerza mayor –el comportamiento de los precios del asfalto utilizado como componente para las respectivas fórmulas- el cual incidió en forma negativa, a la baja, en el caso del Contrato 070.

En ese contexto del laudo arbitral, se entiende que el Tribunal de Arbitramento se haya fundado en la apreciación de las pruebas acerca de la disminución de la utilidad estimada y de los gastos dejados de reconocer y no hubiera reparado en la ausencia de la prueba de la pérdida en el proyecto.

Además, tal como se evidencia en el laudo arbitral, el caso en cuestión correspondió a un contrato que se celebró después de la expedición de la Ley 1150 de 2007, en el cual se acordó la matriz de riesgos. Es manifiesto en el laudo arbitral que el contenido de la referida matriz tuvo incidencia en la forma como se definió y se tasó el monto del desequilibrio económico pretendido por el Consorcio demandante.

En efecto, del análisis de la matriz de riesgo, el Tribunal de Arbitramento estableció que las variaciones superiores al ajuste reconocido en la misma (0.5%) debían ser asumidas por el IDU, así:

*“Si el aumento de precios sobrepasa el 0.5% corresponderá al CONTRATISTA asumir el 100% de dicho aumento.* ***Si la disminución de los precios es superior al 0.5% el IDU deberá asumir el 100% de ella****”[[50]](#footnote-50).*(La negrilla no es del texto).

Como consecuencia de lo anterior, la falta de prueba de la supuesta pérdida ocasionada al contratista por la variación de las condiciones de los precios del asfalto, no constituyó para el Tribunal de Arbitramento un requisito exigible para declarar el desequilibrio económico en el contrato *sub lite*, en la medida en que el razonamiento de los árbitros se fundó en el contenido del contrato y en su matriz de riesgos, sobre lo cual se estimó la responsabilidad contractual frente al evento de la baja en el precio del asfalto y se concluyó que, acogiéndose a la regla de distribución de riesgos del contrato, tal como lo planteó el Consorcio demandante, dentro de la fórmula de equilibrio contractual, el referido Consorcio tenía derecho a una utilidad mínima de acuerdo con el porcentaje que consideró en su propuesta.

Finalmente, en cuanto a las *“consecuencias”* de las estipulaciones contenidas en las cláusulas 7 y 8 y en la matriz de riesgo, es innegable que el laudo arbitral se profirió siguiendo el análisis del Contrato 070, es decir, la ley aplicable a las partes[[51]](#footnote-51). El Tribunal de Arbitramento apreció el contrato inicial y sus adicionales en el punto ocho de los considerandos del laudo: observó que se estableció un valor estimado de $119.857’818.697 y que posteriormente se suscribieron varios contratos adicionales, no obstante lo cual, consideró que estos últimos fueron pactados con conocimiento del comportamiento de los precios del momento en el mercado y que, por tanto, no debían ser incluidos en la cifra base de liquidación de la condena.

Además, el Tribunal de Arbitramento se apoyó en que el perito verificó que el contratista facturó y recibió la suma de $91.645’098.658 por razón del contrato inicial ajustado[[52]](#footnote-52), lo cual implicó una diferencia con el valor estimado del Contrato 070 por la suma de $28.212’719.830[[53]](#footnote-53). El valor que se acaba de citar fue el que utilizó el Tribunal de Arbitramento para aplicar el porcentaje (previsto para los componentes del A + U) que afectó al Consorcio Contratista, lo cual se aprecia como coherente con las demás consideraciones que aparecen manifiestas en el laudo, si se tiene en cuenta que en la interpretación de la matriz de riesgos ese Tribunal llegó a concluir que las variaciones, positivas o negativas, superiores a 0.5% del precio debían ser asumidas en un 100% por el IDU.

Para cerrar este punto, se puede concluir que:

**i)** El laudo arbitral no se apartó del derecho aplicable al contrato, toda vez que se fundó en las cláusulas del acuerdo contractual y, de una parte, invocó el derecho del contratista al equilibrio económico del Contrato 070 de 2008, con apoyo en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, y, de otra, el contenido de la estipulación contractual acerca de la distribución de riesgos del contrato estatal, derivada del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007[[54]](#footnote-54), igualmente reseñado en el laudo arbitral.

**ii)** Fue partiendo de esos supuestos que el laudo arbitral se apoyó en el análisis de las pruebas relacionadas con el efecto financiero de las fórmulas previstas en las cláusulas 7 y 8 del Contrato 070 de 2008 y la distribución de los riesgos correspondientes, razón por la cual, frente al razonamiento normativo y fáctico que se aprecia en forma manifiesta dentro del laudo impugnado, resulta improcedente invocar el concepto del fallo en conciencia -independientemente de que se comparta o no el razonamiento del Tribunal de Arbitramento o la fórmula a la que acudió para liquidar la condena-.

**2.2.3.5. El laudo no puede impugnarse con fundamento en las diferencias acerca de la interpretación del contrato que realizó el Tribunal de Arbitramento sobre las fórmulas de ajuste de precio**

En su ataque al laudo arbitral por la supuesta aplicación incorrecta de las fórmulas de ajuste, en realidad, el IDU argumentó, en orden a rebatir el concepto del perito Noguera Arias, en aquellos aspectos que fueron acogidos por el Tribunal de Arbitramento.

Se advierte lo anterior, entre otros argumentos, por el cuadro inserto en el recurso, mediante el cual el IDU presentó un nuevo cálculo frente al valor de la diferencia que acogió el laudo arbitral como base de la condena, incluyendo en su planteamiento el monto de todas las actas, pese a que el Tribunal de Arbitramento estimó que dicha la diferencia debía calcularse sin considerar los contratos adicionales y los ítems ejecutados bajo los mismos.

Se evidencia que el laudo indicó que el valor de los contratos adicionales no se tendría en cuenta, *“porque al haber sido pactados durante la ejecución de la obra, fueron pactados con los precios del momento del mercado”*[[55]](#footnote-55).

De lo dicho en el laudo y de la transcripción que invocó acerca del concepto emitido por el perito[[56]](#footnote-56), observa la Sala que la consideración del laudo corresponde a un asunto de valoración probatoria, según el cual, los contratos adicionales fueron acordados bajo el conocimiento de los precios de mercado, es decir, que con respecto a su ejecución no procedía estimar un evento de imprevisión para reconocer el desequilibrio económico derivado de dichos contratos[[57]](#footnote-57).

El laudo arbitral invocó que, a juicio del perito, las cláusulas estaban inicialmente previstas para los eventos de riesgo a la baja (a favor del IDU)[[58]](#footnote-58), pero que en realidad el factor de riesgo se incrementó y se materializó por encima del rango estimado, a cargo del IDU y a favor del contratista.

Como consecuencia, no se admite la imputación del fallo en conciencia, toda vez que el IDU apoyó la causal invocada en su desacuerdo con la apreciación de las pruebas, las cuales, con claridad fueron consideradas y estimadas en el análisis realizado en el laudo arbitral. Se puntualiza que no se configuraron los requisitos de un fallo en conciencia, puesto que de manera alguna puede afirmarse que en este caso tales pruebas se encontraron ausentes o fueron ignoradas por el Tribunal de Arbitramento.

Ahora bien, la Sala podría estar de acuerdo -o no- con el IDU en que el dictamen solo consideró actas hasta el año 2011 y que en su metodología adoptó una cifra de corte que no era definitiva[[59]](#footnote-59), empero en sede de anulación carece de sentido reabrir el debate sobre las cifras que han debido incidir en el monto del desequilibrio económico y en el cálculo de la condena proferida por el Tribunal de Arbitramento.

Lo anterior, toda vez que ese argumento acerca de las supuestas falencias o errores -del dictamen y del laudo arbitral- se ubica en el objetivo de lograr una interpretación alterna de la prueba. En forma concreta, se advierte que el IDU busca modificar las cifras sobre las cuales se fundó el Tribunal de Arbitramento para apreciar el desequilibrio económico y para liquidar la condena. Frente a ello, se reitera que en el análisis del dictamen debe respetarse el juicio del Tribunal de Arbitramento, reseñando - una vez más- que el proceso arbitral es de única instancia.

El mismo razonamiento acerca de la apreciación de la prueba puede hacerse en relación con las observaciones sobre la fecha del acta que se tomó como punto de partida para establecer la indexación de la condena, toda vez que los argumentos del IDU se refieren a que para la fecha del acta 297 –aparentemente la última considerada por el perito-, no había ocurrido la liquidación del contrato y que, a juicio del IDU, el Tribunal solo debía reconocer la actualización de la condena –por concepto del restablecimiento del equilibrio contractual- desde la fecha del acta de liquidación del contrato, escenario en el cual, además, dejaron de considerarse, según el IDU, algunos rubros objeto de compensación.

Frente a los argumentos referidos a la falta de apreciación de las actas posteriores y a la de liquidación del contrato, además de la improcedencia para fundar en ellos la causal de anulación, se puede advertir que en el proceso arbitral no se demandó ni se decidió la liquidación del Contrato 070 de 2008.

Como conclusión de lo anterior, se desechan los argumentos del fallo en conciencia, presentados por el IDU.

**3. Costas**

El inciso tercero del artículo 165 del Decreto 1818 de 1998[[60]](#footnote-60), en la misma forma que lo establece el artículo 43 de la Ley 1563 de 2012, dispone que si el recurso no prospera, se declarará infundado y se condenará en costas a la parte que interpuso el recurso de anulación.

El citado artículo 165 del Decreto 1818 de 1998 estableció en relación con la liquidación de las costas:

*“Artículo**165. Recurso de anulación.  Vencido el término de los traslados, el Secretario, al día siguiente, pasará el expediente al despacho para que se dicte* ***sentencia****, la cual deberá proferirse en el término de tres (3) meses.* ***En la misma se liquidarán las costas y condenas*** *a cargo de las partes, con arreglo a lo previsto para los procesos civiles”. (La negrilla no es del texto).*

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

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

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

##### F A L L A

**PRIMERO: DECLARAR INFUNDADO** el recurso de anulación propuesto contra el laudo que profirió el Tribunal de Arbitramento dentro del asunto de la referencia, el 30 de septiembre de 2015.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas al Instituto de Desarrollo Urbano –IDU- y, por consiguiente, a pagar a la parte demandante**,** la suma equivalente a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, que serán liquidados a la fecha de la presente providencia.

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

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

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**HERNÁN ANDRADE RINCÓN**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. En adelante se podrá denominar: el Consorcio demandante, o, la parte demandante. [↑](#footnote-ref-1)
2. En adelante se podrá denominar: el IDU. [↑](#footnote-ref-2)
3. En el punto noveno del laudo se declaró la prosperidad de la pretensión primera de condena, folio 465, cuaderno principal.

   [↑](#footnote-ref-3)
4. En el punto séptimo del laudo se declaró la prosperidad de las pretensiones primera, segunda y tercera consecuencial de las pretensiones subsidiarias de la demanda, folio 465, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-4)
5. De acuerdo con el cuadro incorporado en el laudo arbitral, folio 457, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 455 a 458, laudo arbitral, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-6)
7. Acuerdo Consorcial obrante en los folios 1 a 16, cuaderno de pruebas 1. Poderes otorgados para el proceso arbitral, por cada uno de los integrantes, obrantes en los folios 35 y 36, cuaderno 1. En la presente providencia esta parte se denominará el Consorcio demandante. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folio 8, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folio 24, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folio 122, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folios 173 a 187, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-11)
12. Folio 178, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-12)
13. Folios 317 a 384, cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-13)
14. Folios 286 a 290, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-14)
15. Folio 435, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-15)
16. Folios 574 a 585, cuaderno principal del recurso de anulación. [↑](#footnote-ref-16)
17. Establecimiento público del orden distrital, creado mediante el Acuerdo 19 de 1972. [↑](#footnote-ref-17)
18. “*Artículo**162. Competencia del Consejo de Estado en Única Instancia.  El Consejo de Estado, en la Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá de los siguientes procesos privativamente y en única instancia: (…).// 5. Del recurso de anulación de los laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos estatales, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia. Contra esta sentencia sólo procederá el recurso de revisión”.* [La demanda se presentó antes de entrar a regir la Ley 1563 de 2012]. [↑](#footnote-ref-18)
19. En este sentido se pronunció, por ejemplo, la Sección Tercera, Subsección A, sentencia de marzo 10 de 2011, expediente 19.347. [↑](#footnote-ref-19)
20. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Sala Plena Consejero ponente: Enrique Gil Botero, sentencia de 28 de agosto de 2013, radicación número: 05001-23-31-000-1996-00659-01(25022) Actor: Rubén Darío Silva Alzate, demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación, referencia: acción de reparación directa. [↑](#footnote-ref-20)
21. Folios 341, 343 y 344, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-21)
22. Acta No.8, audio CD anexo, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-22)
23. Folio 1 listado, folio 29, medio magnético, cuaderno de pruebas 3. [↑](#footnote-ref-23)
24. En similar forma lo dispone la causal prevista en el numeral 7 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012:

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

    [↑](#footnote-ref-24)
25. *“7. AJUSTES. Las mezclas asfálticas normalizadas o modificadas con polímeros, micro aglomerados, emulsiones asfálticas y las demás actividades que contengan asfalto sólido se ajustarán en forma creciente o decreciente así. (…). //. Sobre el insumo asfalto sólido del unitario, afectado por la variación (aumento o disminución) de precios emitido por ECOPETROL, mediante certificación o lista oficial, el reajuste se aplicará únicamente a los despachos efectuados con posterioridad a la fecha de la resolución, certificación o lista de ECOPETROL que autorice dicho reajuste, siempre y cuando la obra a ajustar corresponda a la ejecución de acuerdo con el cronograma de obra.*

    *“8. ACTUALIZACIÓN DE PRECIOS. Para los demás componentes de los ítems que contengan asfalto sólido, así como para las demás actividades la actualización de precios se hará únicamente por cambio de vigencia de acuerdo con el índice total de ICCP certificado por el DANE, de acuerdo con la siguiente fórmula: R= (P-A) X ( I /Io-1) (…)”.* [↑](#footnote-ref-25)
26. Acta 32, diciembre 9 de 2014. [↑](#footnote-ref-26)
27. Citó la sentencia de 27 de abril de 1999, expediente 15623; sentencia de 18 de mayo de 2000, expediente 17797; sentencia de 8 de febrero de 2001, expediente 18411 y sentencia de 9 de agosto de 2001, expediente 19233. [↑](#footnote-ref-27)
28. Citó la sentencia de 24 de marzo de 2011, Subsección C, expediente 38484. [↑](#footnote-ref-28)
29. Citó la sentencia de 4 de julio de 2002, expediente 22012. [↑](#footnote-ref-29)
30. Citó la sentencia de 2 de julio de 2005, expediente 28990, reiterada por la sentencia de 4 de mayo de 2000, expediente16766. [↑](#footnote-ref-30)
31. Citó la sentencia de 3 de agosto de 2006, expediente 31354 y la sentencia de 16 de junio de 2008, expediente 34543. [↑](#footnote-ref-31)
32. Citó la sentencia de 2 de octubre de 2003, expediente 24320. [↑](#footnote-ref-32)
33. Citó, entre otras, la sentencia de 23 de agosto de 2010, expediente 38051 y la sentencia de 17 de noviembre de 2011, expediente 41029. [↑](#footnote-ref-33)
34. Citó la sentencia de 4 de julio de 2002, expediente 21217. [↑](#footnote-ref-34)
35. Citó el contenido del laudo siguiendo los puntos desarrollados por el Tribunal de Arbitramento. [↑](#footnote-ref-35)
36. El artículo 1º de la Ley 1563 de 2012 eliminó la expresión derecho “positivo vigente”. Allí se estipuló:

    *“El laudo arbitral es la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje. El laudo puede ser en derecho, en equidad o técnico.* [↑](#footnote-ref-36)
37. Derogado por la Ley 1563 de 2012, en la cual se mantuvo la regla del arbitramento en derecho, incluyendo para las controversias contractuales con un parte que desempeñe funciones administrativas, según lo dispone el artículo 1º, así:

    *“En los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho”.* [↑](#footnote-ref-37)
38. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, sentencia de 18 de enero de 2012, radicación número: 11001-03-26-000-2010-00078-00(40082), actor: Bancolombia, demandado: Fondo de Garantías de Instituciones Financieras – Fogafin, referencia: anulación laudo arbitral. En forma similar se había elaborado el concepto general del fallo en conciencia desde las sentencias de abril 3 de 1992, mayo 4 de 2000 y octubre 2 de 2003 (expedientes 6695, 16766 y 24320) y en la sentencia de 24 de marzo del 2.011, Sección Tercera, Subsección C, Expediente. 38.484.

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

    *“Aunado a lo dicho por la Sala, es oportuno agregar que tampoco se encontraría fundamento alguno para la configuración de la causal en comento en aquellos eventos en los cuales dentro del texto del laudo no se cita o menciona de manera expresa una determinada norma jurídica pero en todo caso se acude al correspondiente texto normativo, aun cuando se aplique de manera errada, pues en tal evento resulta claro que la respectiva decisión sí tiene fundamento jurídico, si se quiere en forma tácita y que, por ende, se profiere en derecho. De manera tal que si el Tribunal incurre en un error en la aplicación o en la interpretación de la norma que rige el asunto –aunque la misma no se invoque expresamente- tal situación lo que en realidad comportaría en sede de la anulación sería una nueva valoración normativa para resolver el litigio, sustituyendo de esta manera al juez arbitral, cuya decisión, por demás, es de única instancia, actuación que claramente escapa al ámbito de competencia legalmente asignado al juez del recurso extraordinario de anulación”.* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia de 3 de diciembre de 2008, radicación: 110010326000200800031 00, expediente: 35.287, actor: Conhydra S.A. E.S.P., demandado: municipio de Turbo y Aguas de Urabá, referencia: recurso de anulación de laudo arbitral. [↑](#footnote-ref-38)
39. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, sentencia de agosto 8 de 2012, radicado número: 11001-03-26-000-2012-00010-00(43089), convocante: Instituto Municipal de Tránsito de Pereira – IMTTP, convocado: Compañía Integral de Recuperación de Cartera -Cira S.A.- Jaime y Hernando Lafourie Vega, integrantes del consorcio SIETT Pereira. En esta providencia se declaró infundado el recurso de anulación. Se exponen los criterios definitorios del fallo en conciencia. En ese caso concreto, no prosperó la causal de anulación, toda vez que el laudo se encontró apoyado en el contrato y en la valoración del dictamen pericial. [↑](#footnote-ref-39)
40. Incluyendo dentro de este concepto el Contrato, toda vez que es ley para las partes en los términos del artículo 1602 del Código Civil [↑](#footnote-ref-40)
41. *“No obstante la reiteración de cuanto hasta aquí se ha referido en torno a la caracterización que la Sala ha efectuado de esta causal de anulación, sí resulta oportuno matizar, en relación con la cita recién transcrita, de acuerdo con la cual ‘la más mínima referencia’ que el árbitro haga al derecho positivo, hace que el laudo sea calificable como ‘en derecho’ y no ‘en conciencia’, que lo dicho no supone admitir que incluso la mera invocación de algún precepto jurídico, aún si toda la argumentación del laudo se construye al margen de consideraciones realmente basadas en el Derecho, permita sostener que la decisión de los árbitros no está incursa en la causal de anulación que se viene comentando. La ‘más mínima referencia al derecho positivo’ ⎯como en anteriores ocasiones lo ha sostenido la Sala⎯, hace alusión, por tanto, a que esa ‘mínima referencia’ esté realmente conectada con el sentido de la decisión, cualquiera que este 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”.* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia de 7 de junio de 2007, radicación número: 11001-03-26-000-2006-00033-00(32896), actor: Ingeniería Eléctrica y Electrónica S.A. –Ingelel, demandado: Empresa de Telecomunicaciones de Bogota S.A.- E.S.P. [↑](#footnote-ref-41)
42. *“Artículo 230 C.P.**Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.*

    *La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.* [↑](#footnote-ref-42)
43. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón (E), 27 de mayo de 2015, radicación número: 11001-03-26-000-2014-00190-00(52930), actor: CONSORCIO L&M, demandado: Instituto De Desarrollo Urbano, referencia: recurso extraordinario de anulación. [↑](#footnote-ref-43)
44. *“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.* [↑](#footnote-ref-44)
45. En el sub lite, el Decreto 1818 de 1998. [↑](#footnote-ref-45)
46. “En caso contrario, cuando los árbitros se apartan de las pruebas obrantes en el proceso, pretermitiéndolas,como también cuando éstas se tienen en cuenta pero no son valoradas jurídicamente sino con base ‘*en la pura y simple conciencia del árbitro’*, es decir sin ‘*soporte valorativo normativo*’, habría lugar a señalar que el laudo no fue proferido en derecho, sino en conciencia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia de 10 de marzo de 2011, Radicación: 11001-03-26-000-2010-00045-00, expediente:39.092, demandante: Producciones Jes Ltda., demandado: Comisión Nacional de Televisión, referencia: recurso de anulación de laudo arbitral. [↑](#footnote-ref-46)
47. Corte Constitucional, sentencia SU.174/07**.**  “*En materia arbitral la vía de hecho por defecto fáctico se configura, en eventos en los cuales los árbitros han dejado de valorar una prueba determinante para la resolución del caso, han efectuado su apreciación probatoria vulnerando de manera directa derechos fundamentales, o han fundamentado su valoración de las pruebas con base en una interpretación jurídica manifiestamente irrazonable, eventos que conllevan una vulneración directa de derechos fundamentales”.*  [↑](#footnote-ref-47)
48. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, sentencia de agosto 8 de 2012, radicado número: 11001-03-26-000-2012-00010-00(43089), convocante: Instituto Municipal de Tránsito de Pereira – IMTTP, convocado: Compañía Integral de Recuperación de Cartera -Cira S.A.- Jaime y Hernando Lafourie Vega, integrantes del consorcio SIETT Pereira [↑](#footnote-ref-48)
49. Folio 449, laudo arbitral, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-49)
50. Folio 450, laudo arbitral, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-50)
51. Artículo 1602 del Código Civil. [↑](#footnote-ref-51)
52. Cifra coincidente con la que se determinó para el contrato inicial más ajustes, de acuerdo con el escrito de aclaraciones y complementaciones al dictamen pericial, documento de J.M. Noguera & Cía, mayo de 2015, folio 101, cuaderno de pruebas 33. [↑](#footnote-ref-52)
53. Folio 452, laudo arbitral, cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-53)
54. Folio 404, laudo arbitral cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-54)
55. Folio 452, laudo arbitral, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-55)
56. *“Además y como forma de cierre del tema de la aplicación de la matriz de riesgo, se le preguntó al perito si (….) ‘¿Las sumas superiores a las estimaciones de los riesgos asignadas al contratista por variaciones en los precios, deben ser asumidas por la entidad estatal?’ ”* folio 454, laudo arbitral, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-56)
57. La teoría de la imprevisión fue reseñada por el laudo arbitral como uno de los factores del desequilibrio económico, folio 439, laudo arbitral, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-57)
58. De acuerdo con el concepto del perito, obrante al folio 454, laudo arbitral, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-58)
59. En relación con las aclaraciones solicitadas por el IDU, el perito expuso un cuadro con cifras de ajustes hasta el año 2013, sin incluir cifra para la columna del año 2012. Sobre ello indicó: *“Sin embargo, cuestionado el Consorcio Sainc sobre cuánto de los $42.307 millones corresponden a cada año, nos informaron que era una tarea muy dispendiosa y que en el tiempo que teníamos para responder no la podían aclarar. Por esta razón no sabemos con exactitud lo pagado a diciembre de 2012 por los conceptos ya relacionados*”. Folio 102, cuaderno de pruebas 33. [↑](#footnote-ref-59)
60. *“Cuando ninguna de las causales invocadas prospere, se declarará infundado el recurso y se condenará en costas al recurrente”.* [↑](#footnote-ref-60)