CONSEJO DE ESTADO - Competencia para conocer en única instancia del recurso de anulación de un laudo arbitral

Se reafirma lo dispuesto en el auto de 20 de febrero de 2017, 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 arbitral es una entidad de naturaleza estatal. Como consecuencia, se configuró el supuesto de la jurisdicción y la competencia del Consejo de Estado para conocer del recurso de anulación, de acuerdo con el artículo 46 de la Ley 1563 de 2012 y el numeral 7 del artículo 149 de la Ley 1437 de 2011.

ACUERDO CONCILIATORIO - Actas de conciliación

Se tiene presente que el acuerdo conciliatorio “hace tránsito a cosa juzgada y el acta de conciliación presta mérito ejecutivo”, de conformidad con lo que disponían las normas vigentes para la época en la cual las partes adelantaron el proceso arbitral que culminó con el acuerdo conciliatorio de 3 de mayo de 2005. En la misma forma, la Ley 1563 de 2012 establece: “Si las partes llegaren a una conciliación, el tribunal la aprobará mediante auto que hace tránsito a cosa juzgada y que, en caso de contener una obligación expresa, clara y exigible, prestará mérito ejecutivo”. Es cierto que la existencia de la cosa juzgada impide al Tribunal de Arbitramento entrar a conocer de fondo sobre el litigio que ya ha sido objeto de una decisión anterior, entre las mismas partes; no obstante, para establecer la identidad de objeto y el consecuente alcance material de la cosa juzgada es preciso detenerse en las decisiones de la providencia que se invoca como cosa juzgada, o en su caso, en el contenido del acuerdo conciliatorio correspondiente.

CAUSAL DE NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL - Falta de competencia - Alcance del numeral 2 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012

Es cierto que la existencia de la cosa juzgada impide al Tribunal de Arbitramento entrar a conocer de fondo sobre el litigio que ya ha sido objeto de una decisión anterior, entre las mismas partes; no obstante, para establecer la identidad de objeto y el consecuente alcance material de la cosa juzgada es preciso detenerse en las decisiones de la providencia que se invoca como cosa juzgada, o en su caso, en el contenido del acuerdo conciliatorio correspondiente. (…) La Sala observa que el razonamiento del Tribunal de Arbitramento acerca de su competencia fue correcto, puesto que, en virtud del presupuesto de la identidad de objeto, la conciliación aprobada en el seno del proceso arbitral tiene fuerza de cosa juzgada sobre aquellos derechos que se discutieron ante el respectivo Tribunal de Arbitramento. (…) Por otra parte, se destaca que el Tribunal de Arbitramento estableció que no tenía competencia para pronunciarse sobre los costos de financiación de otras órdenes de pago no incluidas en el acuerdo conciliatorio y se abstuvo de pronunciarse sobre estos, por lo cual, también, se encuentra que el Tribunal de Arbitramento delimitó en forma acertada los asuntos sobre los cuales carecía de competencia y no se pronunció sobre ellos.

CAUSAL DE NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL - Fallo en conciencia - Alcance del numeral 7 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012

En el análisis de las causales de anulación - y concretamente en la causal por fallo en conciencia-, se tiene presente que, partiendo del artículo 116 de la Constitución Política, al celebrar el pacto arbitral las partes del contrato habilitan a la jurisdicción arbitral y, por ende, acuerdan el desplazamiento de la jurisdicción ordinaria. En el caso del contrato estatal se observa que por virtud del pacto arbitral las partes renuncian a acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. De allí se desprende que la intervención de esta jurisdicción, como Juez de anulación, es restringida. (…) Se observa que el Consejo de Estado ha considerado que el fallo en conciencia solo se puede entender configurado por el apartamiento manifiesto del derecho vigente y, por tanto, se concluye que no debe fundarse la anulación del laudo imputando al Tribunal de Arbitramento un defecto en la interpretación de la ley.

CAUSAL DE NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL - Fallo en conciencia al que no considera las pruebas

La ANI expuso que el Tribunal de Arbitramento no tuvo en cuenta que el pliego de condiciones hacía parte de los documentos del contrato y que, por otra parte, no era cierto que a la fecha de suscripción del Otrosí de 30 de enero de 2014 el concesionario no hubiera alcanzado la TIR del proyecto. Sin embargo, de la lectura del laudo arbitral se observa que el Tribunal de Arbitramento se apoyó en múltiples pruebas y que tuvo en cuenta, entre otros: i) el dictamen pericial y los testimonios de los funcionarios que participaron en las negociaciones. Sobre el análisis extenso de esas pruebas el Tribunal fundó sus conclusiones acerca del funcionamiento del modelo financiero y del estado de cumplimiento de la TIR del contrato para la época en que las partes negociaron el Otrosí de 30 de enero de 2014 y ii) el contenido de la modificación del contrato de concesión referida en el Otrosí de 30 de enero de 2014. (…) Por ello, puede que se comparta o no el alcance que el Tribunal de Arbitramento dio a las pruebas y a la negociación contenida en el Otrosí de 30 de enero de 2014, sin embargo, en el presente caso se debe reiterar que en el recurso de anulación no procede calificar o modificar “los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral al adoptar el laudo”.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

**Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

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

**Radicación número: 11001-03-26-000-2017-00017-00(58675)**

**Actor: CSS CONSTRUCTORES S.A.**

**Demandado: AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

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

**Temas:** FALTA DE COMPETENCIA – alcance de la cosa juzgada - acuerdo conciliatorio / FALLO EN CONCIENCIA -no se puede invocar con fundamento en un análisis diferente de las pruebas. / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN – no es segunda instancia.

**Decisión Previa**

En primer lugar, decide la Sala sobre el impedimento presentado por el Consejero Hernán Andrade Rincón con fundamento en el inciso primero del artículo 140 y el numeral 1 del artículo 141 del Código General del Proceso[[1]](#footnote-1), en concordancia con el artículo 18 de la Ley 1563 de 2012[[2]](#footnote-2), en razón de que su hija trabaja, en calidad de asesora, en la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, entidad que es parte en el presente proceso.

De acuerdo con lo expuesto, **DECLÁRASE** fundado el impedimento manifestado por el doctor Hernán Andrade Rincón, por lo cual se le acepta y se le separa del conocimiento del presente asunto.

**Recurso de anulación**

Decide la Sala el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI, parte convocada y demandante en reconvención dentro del proceso arbitral de la referencia, contra el laudo de 21 de noviembre de 2016, en el cual el Tribunal de Arbitramento[[3]](#footnote-3) resolvió entre otros asuntos[[4]](#footnote-4), los siguientes:

*“****Noveno****.- Declarar que (…) los ingresos que produzca la obra correspondiente al Contrato de Concesión No. 0849 de 1995 serán asignados en su totalidad al Concesionario privado, hasta tanto este obtenga dentro del plazo estipulado en el contrato el retorno de capital invertido.*

*“****Décimo****.- Declarar que (…) la Tasa Interna de Retorno (TIR) del proyecto es de 11,64% anual real,*

*“****Décimo Primero****.- Declarar que en el Contrato de Concesión 0849 de 1995, el equilibrio económico radica en garantizar el retorno de la inversión efectuada más la rentabilidad pactada, medida en los términos de la TIR estipulada en el Contrato.*

*“****Décimo Segundo****.- Declarar que el Contrato de Concesión No. 0849 de 1995 cuenta con una metodología referida al tratamiento que debe darse a los ingresos de recaudo de peaje que sobrepasen el Máximo Tránsito Vehicular Aportante.*

*“****Décimo Tercero****.- Por las razones expuestas en la parte motiva declarar que no prosperan las demás pretensiones de la demanda de reconvención de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI.*

*“****Décimo Cuarto****.- Por las razones expuestas en la parte motiva y con el alcance señalado reconocer fundamento a las excepciones propuestas por CSS CONSTRUCTORES S.A. denominadas ‘Inexistencia de la obligación’, ‘Inexistencia de la obligación de restituir las sumas de dinero a la entidad concedente’ y ‘Prevalencia de las cláusulas contractuales en el marco de la ley”[[5]](#footnote-5)”.*

**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 Otrosí de 30 de enero de 2014[[6]](#footnote-6) del Contrato de Concesión No. 0849 de 1995[[7]](#footnote-7), se integró un Tribunal de Arbitramento para conocer de la demanda instaurada el 4 de septiembre de 2014, por la sociedad CSS Constructores S.A.[[8]](#footnote-8) en contra de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA- ANI[[9]](#footnote-9).

**1.1. La demanda**

CSS presentó las pretensiones orientadas a que se declarara que la ANI incumplió el acuerdo conciliatorio de 3 de mayo de 2005 en lo relativo a *“los costos de financiación en que incurrió el Concesionario respecto de las órdenes de pago autorizadas dentro del alcance complementario, según se pruebe en este proceso, por concepto de las actividades y obras complementarias ejecutadas por el Concesionario”[[10]](#footnote-10).*

La demandante solicitó condenar a la ANI a reconocer y a pagar la suma de $90.787’778.570 pesos, debidamente actualizada, más los intereses comerciales moratorios correspondientes.

En la pretensión décima primera de la demanda arbitral, la sociedad convocante solicitó declarar que la referida pretensión *“no está cobijada por la cosa juzgada derivada del acuerdo conciliatorio del 3 de mayo de 2005”.*

Según narró la convocante, en el acuerdo conciliatorio de 3 de mayo de 2005 las partes acordaron conciliar sus diferencias mediante el pago de la suma de $24.725’889.296, que debía ser actualizada entre la fecha de liquidación y de pago efectivo, de conformidad con la metodología aplicada en el dictamen pericial.

Afirmó la demandante, que el referido valor se acordó por concepto de la obra complementaria relacionada con la ampliación de la vía objeto de la concesión, a 10,92 metros.

Según anotó la demandante, dentro del acuerdo conciliatorio no se incluyó el monto correspondiente a la financiación de las órdenes de pago en que tuvo que incurrir el concesionario, por cuanto la entidad estatal no estuvo de acuerdo en reconocer intereses.

La demandante manifestó que en el anexo 4 del acuerdo conciliatorio, el concesionario hizo constar que mantenía su pretensión de pago de intereses sobre las deudas por concepto de las obras de *“Acceso norte de Aipe, Tachas Reflectivas 2003 y Estación de Pesaje Flandes”.*

También expuso la demandante, que se adelantaron varias mesas de trabajo entre las partes, como resultado de las cuales se firmó el Otrosí de 30 de enero de 2014. En dicho otrosí, las partes acordaron actualizar el modelo financiero y efectuar un cruce de saldos y pagos.

**1.2. La demanda de reconvención**

La ANI presentó demanda de reconvención en la que solicitó que se declarara que los ingresos de la Concesión 0849 de 1995 serían asignados en su totalidad al concesionario privado, *“hasta tanto éste obtenga dentro del plazo estipulado en el contrato el retorno de capital inversión”[[11]](#footnote-11).*

Igualmente, solicitó declarar que la Tasa Interna de Retorno (TIR) de la ejecución del Contrato de Concesión No. 0849 de 1995 era de 11, 64 anual real.

La ANI pidió que el Tribunal de Arbitramento declarara que el concesionario había recibido ingresos comprendidos entre el IMG (ingreso mínimo garantizado) y el ingreso Máximo Aportante, “*no imputados para el alcance de la TIR[[12]](#footnote-12) ni utilizados para cubrir los déficits”*[[13]](#footnote-13).

De la misma forma, la ANI solicitó declarar que, al no haber incorporado esos ingresos al modelo financiero, se generó un desequilibrio económico del contrato.

Finalmente, en la demanda de reconvención se solicitó:

*“SÉPTIMA: Que se declare que los ingresos recibidos por el Concesionario comprendidos entre el IMG y el Máximo aportante, que no hayan sido imputados para el alcance de la TIR ni utilizados para cubrir déficits, deben ser reintegrados a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA”[[14]](#footnote-14).*

Como consecuencia, la ANI pidió que se condenara a CSS a reintegrar la suma de $172.019’145.857 o la que resultara probada en el proceso.

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

El Tribunal de Arbitramento se declaró competente a través del auto número 18 de 21 de enero de 2016, oportunidad en la cual se pronunció de manera preliminar sobre la excepción de falta de competencia que fue presentada por la ANI en la contestación de la demanda[[15]](#footnote-15).

En las consideraciones del referido auto, el Tribunal estimó que en ese estado del proceso arbitral no podía tener certeza *“sobre la naturaleza ejecutiva de las pretensiones”*[[16]](#footnote-16)que según la ANI estaban incluidas en el acuerdo conciliatorio.

Consta en el expediente que en la audiencia de 21 de enero de 2016, la ANI interpuso el recurso de reposición contra el auto mediante el cual el Tribunal de Arbitramento declaró su competencia.

En el recurso de reposición, la ANI invocó la falta de competencia del Tribunal de Arbitramento en cuanto a las pretensiones de la convocante relacionadas con el acuerdo conciliatorio de 3 de mayo de 2005[[17]](#footnote-17). Dicho recurso fue fallado en forma desfavorable a la ANI.

En el expediente obra la prueba de la decisión contenida en Acta número 32 de 26 de mayo de 2005[[18]](#footnote-18), consistente en la aprobación del acuerdo conciliatorio de 3 de mayo de 2005, acordado en otro Tribunal de Arbitramento entre las mismas partes y con relación al mismo contrato de concesión. En dicha acta se declaró terminado el correspondiente proceso arbitral, según consta en la referida acta[[19]](#footnote-19).

**2. El laudo arbitral**

En el laudo arbitral proferido el 21 de noviembre de 2016, el Tribunal de Arbitramento estudió y desató las pretensiones de la demanda y de la demanda de reconvención.

Las pretensiones de la demandante fueron denegadas. Las pretensiones de la demandante en reconvención prosperaron, con excepción de las referidas al restablecimiento económico y a la condena a cargo de la concesionaria, incoada por concepto del reintegro de las sumas correspondientes a la diferencia entre el IMG (ingreso mínimo garantizado) y el valor máximo aportante[[20]](#footnote-20).

Acerca de su competencia, en el laudo arbitral, el Tribunal de Arbitramento consideró que los asuntos sometidos a su conocimiento por virtud de la demanda inicial no correspondían a los que fueron resueltos en el acuerdo conciliatorio, *“toda vez que no fue acreditado que en este último la ANI haya adquirido la obligación de pagar costos de financiación sobre las órdenes de pago”* a las que se refirió la demanda[[21]](#footnote-21).

Por otra parte, respecto de los asuntos que sí consideró contenidos en el acuerdo conciliatorio, el Tribunal de Arbitramento reconoció que el mismo hizo tránsito a cosa juzgada.

En relación con la demanda de reconvención, el Tribunal de Arbitramento concluyó que en el Otrosí de enero 30 de 2014 las partes eliminaron las garantías de tráfico. No obstante, se consideró que *“al hacer referencia a la TIR pactada, las partes ratificaron en el Otrosí aquí estudiado* [otrosí de 30 de enero de 2014] *que los ingresos de la concesión continuarían imputándose hasta que se alcanzara la misma”[[22]](#footnote-22).*

El Tribunal de Arbitramento concluyó que no prosperaban las pretensiones cuarta, sexta y séptima de la demanda de reconvención, toda vez que los ingresos comprendidos entre el IMG y el Máximo Aportante se entregaron al concesionario a título de pago.

Como consecuencia, en el laudo arbitral se concluyó que la concesionaria no estaba obligada a incorporar dichos ingresos al modelo financiero, a título de restablecimiento de la ecuación económica a favor de la ANI[[23]](#footnote-23).

**3. El recurso de anulación**

La ANI interpuso y sustentó el recurso extraordinario de anulación contra el laudo arbitraI, dentro del plazo previsto en el artículo 40 de la Ley 1563 de 2012[[24]](#footnote-24).

El Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado guardaron silencio en su oportunidad.

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

La Sala verificará la jurisdicción y competencia para conocer del recurso de anulación contra el laudo arbitral y pasará al estudio de cada una de las causales invocadas, a saber: **i)** falta de competencia y **ii)** fallo en conciencia.

**1. Jurisdicción y competencia**

Se reafirma lo dispuesto en el auto de 20 de febrero de 2017[[25]](#footnote-25), 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 arbitral es una entidad de naturaleza estatal[[26]](#footnote-26).

Como consecuencia, se configuró el supuesto de la jurisdicción y la competencia del Consejo de Estado para conocer del recurso de anulación, de acuerdo con el artículo 46 de la Ley 1563 de 2012 y el numeral 7 del artículo 149 de la Ley 1437 de 2011.

**2. Primera causal de anulación, la falta de competencia**

La ANI invocó la causal contenida en el numeral 2 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, en cuanto se refiere a la *falta de competencia* del Tribunal de Arbitramento para conocer de las pretensiones de la demanda.

**2.1. Argumentos del recurso de anulación**

La recurrente sustentó la causal de la siguiente forma:

 *“(…) estaba más que demostrado que entre el Acuerdo Conciliatorio del 3 de mayo de 2005, aprobado mediante Acta No. 32 del 22 de mayo de 2005 y las pretensiones QUINTA, SEXTA, NOVENA, DÉCIMA Y DÉCIMA PRIMERA de la demanda principal existía identidad de objeto, la causa era la misma y las partes son las mismas,* ***lo que de suyo implicaba que era notoria la existencia de COSA JUZGADA****”.*

*“Bajo ninguna premisa podía entender el Tribunal que las partes lo habían habilitado para conocer sobre asuntos que ya habían sido decididos por la Jurisdicción, ya que no es jurídicamente posible volver sobre lo ya conciliado, teniendo en cuenta que hizo tránsito a cosa juzgada (…)”[[27]](#footnote-27).*

La ANI argumentó que la cláusula de solución de controversias, tal como se modificó en el Otrosí de 30 de enero de 2014, se refirió a las diferencias en relación con el Contrato de Concesión 0849 y que, por ello, no tenía alcance sobre las diferencias surgidas del Acuerdo Conciliatorio de mayo 3 de 2005.

Agregó que la demandante solicitó que se declarara el incumplimiento del acuerdo conciliatorio, el cual ya había hecho tránsito a cosa juzgada.

Advirtió que el Tribunal de Arbitramento no podía fundarse en que las diferencias sometidas al nuevo proceso arbitral surgieron con posterioridad al referido acuerdo conciliatorio.

Expuso que*“LA SUSCRIPCIÓN DEL OTROSÍ DE 2014 JAMÁS NOVÓ OBLIGACIONES NI REVIVIÓ TÉRMINOS DE CADUCIDAD”*de las obligaciones materia del acuerdo conciliatorio de 2005.

Igualmente, la ANI llamó la atención sobre el contenido del Acta número 10 de 30 de septiembre de 2015, allegada al proceso arbitral, correspondiente a otro Tribunal de Arbitramento entre las mismas partes del Contrato de Concesión 0849, en la cual se indicó que el incumplimiento de un acuerdo conciliatorio de 2007, también celebrado entre las partes, no tenía naturaleza de controversia pendiente dentro del Otrosí de enero 30 de 2014.

Con base en todo lo expuesto, en relación con la sustentación de la causal por falta de competencia, la ANI concluyó lo siguiente:

*“Las partes mediante la cláusula compromisoria no habilitaron al Tribunal de Arbitramento para pronunciarse sobre asuntos que ya habían sido resueltos por la jurisdicción, lo cual se deduce de la simple lectura de la mencionada cláusula[[28]](#footnote-28).*

*“Era notoria la existencia de la cosa juzgada frente a las obligaciones adquiridas por la ANI con el acuerdo conciliatorio del 3 de mayo de 2005, aprobado mediante Acta No. 32 del 26 de mayo de 2005, el cual prestaba merito ejecutivo e hizo tránsito a cosa juzgada.*

*“(….) La cosa juzgada implicaba que el Tribunal no tuviera competencia para pronunciarse sobre ellas* [sobre las pretensiones QUINTA, SEXTA, NOVENA, DÉCIMA Y DÉCIMA PRIMERA].

*“No requería tampoco demostrarse en un trámite arbitral que mediante otrosí de 30 de enero de 2014 la ANI no hizo ningún reconocimiento al Concesionario sobre el supuesto incumplimiento de pago de costos de financiación de órdenes de pago ni aceptó que se sometieran al conocimiento de un Tribunal de Arbitramento los asuntos que fueran conciliados mediante el Acuerdo Conciliatorio del 3 de mayo de 2005 aprobado mediante Acta No. 32 del 26 de mayo de 2005”[[29]](#footnote-29).*

**2.2. Contestación de la convocante a la causal de falta de competencia**

CSS expuso que los argumentos de la ANI no pueden prosperar, por las siguientes razones:

Los hechos contractuales que dieron lugar al acuerdo conciliatorio son distintos de los que se plantearon en la demanda arbitral del presente proceso.

El laudo arbitral reconoció la cosa juzgada y despachó desfavorablemente todas las pretensiones de la convocante.

En el Otrosí de enero 30 de 2014, las partes convinieron que las controversias que estuvieran pendientes, *“que no eran pocas ya que dieron lugar a la convocatoria de cuatro tribunales arbitrales, de los cuales dos fueron conciliados, fueran de forma expresa resueltas en instancia arbitral”[[30]](#footnote-30)*.

**2.3. Análisis de la Sala acerca de la falta de competencia del Tribunal de Arbitramento**

Se tiene presente que el acuerdo conciliatorio *“hace tránsito a cosa juzgada y el acta de conciliación presta mérito ejecutivo*”, de conformidad con lo que disponían las normas vigentes para la época en la cual las partes adelantaron el proceso arbitral que culminó con el acuerdo conciliatorio de 3 de mayo de 2005[[31]](#footnote-31).

En la misma forma, la Ley 1563 de 2012 establece: “*Si las partes llegaren a una conciliación, el tribunal la aprobará mediante auto que hace tránsito a cosa juzgada y que, en caso de contener una obligación expresa, clara y exigible, prestará mérito ejecutivo”.*

Es cierto que la existencia de la cosa juzgada impide al Tribunal de Arbitramento entrar a conocer de fondo sobre el litigio que ya ha sido objeto de una decisión anterior, entre las mismas partes; no obstante, para establecer la identidad de objeto y el consecuente alcance material de la cosa juzgada es preciso detenerse en las decisiones de la providencia que se invoca como cosa juzgada, o en su caso, en el contenido del acuerdo conciliatorio correspondiente.

Descendiendo al caso concreto, el **problema jurídico** que se presenta en la causal de falta de competencia consiste en definir si existe o no identidad entre el contenido del acuerdo conciliatorio y las pretensiones de la demanda arbitral en el presente proceso.

De acuerdo con lo que se establezca, se debe definir si el Tribunal de Arbitramento decidió en forma correcta acerca de su competencia para conocer del litigio arbitral.

Considera la Sala que en el presente caso el Tribunal de Arbitramento observó acertadamente que no había identidad completa entre los asuntos materia de la conciliación y las pretensiones de la demanda, según se explica a continuación.

**2.3.1. Lo conciliado**

De conformidad con el Acta No. 32 del 26 de mayo de 2005, bajo el acápite titulado de *“Las controversias que se concilian”* en proceso arbitral entablado por Luis Héctor Solarte y Carlos Alberto Solarte contra el INVÍAS, el Tribunal de Arbitramento indicó:

*“La demanda que originó el presente proceso arbitral formulada por el consorcio contratista, sometida al conocimiento y decisión de este Tribunal, plantea pretensiones principales y subsidiarias, relativas las primeras a declaraciones y condenas sobre el incumplimiento contractual del INVÍAS, suscrito al tema de obras complementarias, y las segundas, relativas a declaraciones y condenas generadas en un alegado desequilibrio económico en contra del consorcio contratista, relativo al mismo asunto de las obras complementarias”.*

La antedicha consideración se concreta con las pretensiones de la demanda arbitral presentada el 22 de mayo de 2003[[32]](#footnote-32), en el proceso que culminó con la conciliación de 3 de mayo de 2005, aprobada en el Acta 32 de 26 de mayo de 2005 por el Tribunal de Arbitramento del correspondiente proceso arbitral, así:

En la pretensión primera de la citada demanda arbitral se solicitó la declaración de incumplimiento del contrato de concesión 0849 de 1995, por el no pago de los valores que se habían causado de acuerdo con el contrato y sus modificatorios, por los siguientes conceptos:

*“a) el valor de diseño, construcción y equipamento de la nueva infraestructura de la caseta de peaje de Flandes;*

*“b) El valor de los estudios y diseños de alcance complementario de la variante Natagaima;*

*“c) El valor de los estudios y diseños de alcance complementario de la variante Guamo;*

*“d) El valor de los estudios y diseños del puente peatonal en el paso nacional por Espinal;*

*“e) El valor de las actividades de mantenimiento y operación ejecutadas dentro del alcance complementario del contrato, exceptuando puentes (construcción y ampliación); y*

*“f) Los costos de actividad de conteo realizada por el Concesionario en el punto denominado el Guamo”[[33]](#footnote-33).*

En la pretensión segunda se solicitó el pago del precio contractual de tales actividades; en las pretensiones tercera y cuarta de esa demanda arbitral se solicitó el reconocimiento de intereses de plazo y de mora, sobre las sumas adeudadas por el INVÍAS.

En la pretensión subsidiaria a todas las anteriores el concesionario solicitó que se declare que se dieron *“hechos o circunstancias imprevistas no imputables al Contratista Concesionario, que dieron lugar al rompimiento de la ecuación económica de dicho contrato en su contra y que, como consecuencia se condene al INVIAS al pago de las compensaciones correspondientes”.*

En los cuadros anexos a la primera demanda arbitral, que se allegaron al presente proceso, se discriminaron las “*órdenes de pago y/o facturas pendientes de aprobación”* en relación con cada una de las obras y actividades materia de esa controversia (anexos 1 a 5)[[34]](#footnote-34).

De acuerdo con la primera demanda arbitral, presentada el 22 de mayo de 2003, el valor total de los sobrecostos y perjuicios derivados de los aspectos que se sometieron a la decisión arbitral ascendía, en ese momento, a la suma de $24.382’974.196,79.

De conformidad con el acuerdo conciliatorio de 3 de mayo de 2005, el valor total conciliado fue de $24.725’889.296, que según el acta No. 32 de mayo de 2005, comprendió un descuento aproximado del 35% sobre la cuantía de las pretensiones actualizadas a 31 de marzo de 2005[[35]](#footnote-35), estimadas con fundamento en la experticia realizada por el perito técnico en el respectivo proceso arbitral.

Como conclusión, la cosa juzgada proveniente del acuerdo conciliatorio se extendió a las pretensiones por el no pago de las obras complementarias relacionadas en la demanda y, concretamente, a las órdenes de pago que en dicha demanda se reclamaron como no pagadas.

**2.3.2. Lo pretendido y negado por razón de la cosa juzgada**

En el litigio sub júdice, las pretensiones y decisiones que se relacionan con la causal que se examina, son las siguientes:

|  |  |
| --- | --- |
| **Pretensiones de la demanda de CSS** | **Decisiones del Laudo Arbitral de 21 de noviembre de 2016** |
| *“****QUINTA.-*** *Declarar que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, en su condición de entidad contratante en el Contrato de Concesión No. 0849 de 1995, incumplió las obligaciones a su cargo en tal condición, surgidas del Acuerdo Conciliatorio de 3 de mayo de 2005, celebrado entre las partes del contrato de concesión 0849 de 1995, en el curso de un proceso arbitral y aprobado por el Tribunal de Arbitramento constituido para el efecto mediante auto de 26 de mayo de 2005 (Acta No. 32 del trámite arbitral) según se pruebe en este proceso”.* | DENEGADA en el punto octavo de las resolutivas del fallo, que dice:*“****OCTAVO:*** *Por las razones expuestas en la parte motiva, declarar que no prosperan las demás pretensiones de la demanda de CSS CONSTRUCTORES S.A.* |
| *“****SEXTA.*** *Declarar que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, en su condición de entidad contratante debe responder por el incumplimiento de**las obligaciones a su cargo surgidas del Acuerdo Conciliatorio de 3 de mayo de 2005, celebrado entre las partes en el curso de un proceso arbitral y aprobado por el Tribunal de Arbitramento constituido para el efecto mediante auto de 26 de mayo de 2005 (Acta No. 32 del trámite arbitral) según se pruebe en este proceso”.* | DENEGADA en el punto octavo de las resolutivas del fallo, que dice:*“****OCTAVO:*** *Por las razones expuestas en la parte motiva, declarar que no prosperan las demás pretensiones de la demanda de CSS CONSTRUCTORES S.A.* |
| *“****NOVENA.-*** *Declarar que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, incumplió el Acuerdo Conciliatorio de 3 de mayo de 2005 aprobado por el Tribunal de Arbitramento mediante auto de 26 de mayo de 2005 (Acta No. 32 del trámite arbitral) en cuanto hace al saldo causado y no cancelado a la fecha de interposición de esta demanda, de las obligaciones de pago asumidas por la entidad contratante en el Acuerdo Conciliatorio de 3 de mayo de 2005 de los costos de financiación en que incurrió el Concesionario respecto de las órdenes de pago autorizadas dentro del alcance complementario, según se pruebe en este proceso, por concepto de las actividades y obras complementarias ejecutadas por el Concesionario”.* | DENEGADA en el punto octavo de las resolutivas del fallo, que dice:*“****OCTAVO:*** *Por las razones expuestas en la parte motiva, declarar que no prosperan las demás pretensiones de la demanda de CSS CONSTRUCTORES S.A.”* |
| *“****DÉCIMA.-*** *Declarar que en virtud del incumplimiento del Acuerdo Conciliatorio de 3 de mayo de 2005 aprobado por el Tribunal de Arbitramento mediante auto de 26 de mayo de 2005 (Acta No. 32 del trámite arbitral) en cuanto hace al saldo causado y no cancelado a la fecha de interposición de esta demanda, de las obligaciones de pago asumidas por la entidad contratante en el Acuerdo Conciliatorio del 3 de mayo de 2005 de los costos de financiación en que incurrió el concesionario respecto de las órdenes de pago autorizadas dentro del alcance complementario, según se pruebe en este proceso, por concepto de actividades y obras complementarias ejecutadas por el Concesionario, la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI deberá reconocer y cancelar a la sociedad CSS CONSTRUCTORES S.A., la suma de noventa mil setecientos ochenta y siete millones setecientos setenta y ocho mil quinientos setenta pesos m/cte, ($90.787’778.570) teniendo en cuenta la obligación causada y no cancelada por la entidad, así como los pagos abonados por la entidad demandada, según se pruebe en este proceso”.* | DENEGADA en el punto octavo de las resolutivas del laudo arbitral, que dice:***“OCTAVO:*** *Por las razones expuestas en la parte motiva, declarar que no prosperan las demás pretensiones de la demanda de CSS CONSTRUCTORES S.A.”* |
| *“****DÉCIMA PRIMERA:*** *Declarar que la pretensión décima anterior, no está cobijada por la cosa juzgada derivada del acuerdo conciliatorio del 3 de mayo de 2005, aprobado por el Tribunal de Arbitramento mediante Auto del 26 de mayo de 2005 (Acta No. 32 del trámite arbitral)”.* | *“****Séptimo****.- Por las razones expuestas en la parte motiva y con el alcance precisado en las consideraciones de esta providencia,* ***declarar que el Acuerdo Conciliatorio del 3 de mayo de 2005, aprobado por el Tribunal de Arbitraje por Auto del 26 de mayo de 2005 (****Acta No. 32 del trámite arbitral)* ***hizo tránsito a cosa juzgada”.*** (La negrilla no es del texto) |

En las consideraciones del laudo arbitral el Tribunal de Arbitramento indicó:

*“En el acta que se ha transcrito en forma parcial, se encuentra que el objeto de la conciliación celebrada por las partes se refiere a todas las controversias surgidas con ocasión de la ejecución del contrato de concesión No. 0849/95, que fueron sometidas al conocimiento de ese Tribunal de Arbitraje por razón de la solicitud de convocatoria de mayo de 2003. Por consiguiente el alcance de dicha conciliación es total respecto de las pretensiones de la demanda con la cual se convocó dicho arbitraje”[[36]](#footnote-36).*

Más adelante, el laudo arbitral se refirió al alcance del primer proceso arbitral y a los costos de financiación de las órdenes de pago, así:

*“Expresado en otras palabras, al impartir aprobación al Acuerdo Conciliatorio, el tribunal no solo consideró que las obras existían y servían a la concesión, sino que además el monto acordado en dicha conciliación correspondía a tales obras, en la medida en que esa era la reclamación central del concesionario en dicho arbitraje[[37]](#footnote-37).*

*“(…) Pero lo que resulta más relevante para el presente trámite, es que tampoco existió una decisión de estas pretensiones con las cuales se cobraban costos de financiación por el contratista, de modo que no hubo decisión judicial acerca de si el contratista tenía derecho o no a cobrar tales intereses (…)[[38]](#footnote-38).*

*“(…).*

“*No quiere lo anterior decir que se trate de una materia que no fue objeto de disputa en dicho arbitraje, toda vez que a partir de las pretensiones de la demanda y del peritaje que fue base de la conciliación se infiere que, en efecto, fue un asunto planteado por la convocante en sus pretensiones bajo el concepto de intereses y respecto del cual el dictamen pericial hizo algunos cálculos. Sin embargo, como quedó visto, este punto a la postre fue objeto de arreglo por las partes y, por consiguiente, fue cobijado por la conciliación celebrada por ellas y aprobada por el tribunal”[[39]](#footnote-39).*

Por otra parte, en los puntos 5.2 y 5.3 del laudo arbitral, el Tribunal de Arbitramento identificó y enlistó las órdenes de pago que hicieron parte de la demanda arbitral de 22 de mayo de 2003 y del debate que culminó con el acuerdo conciliatorio de 3 de mayo de 2005. Se concluyó que resultaba pertinente distinguir esas órdenes de pago de aquellas que estaban inmersas en el presente proceso arbitral.

Con base en la relación de las órdenes de pago materia del debate en el primer proceso arbitral, el Tribunal de Arbitramento, en el laudo que ahora se examina, dispuso:

*“Por consiguiente, a partir de estas verificaciones se concluye que las órdenes de pago que fueron objeto de conciliación en el Acuerdo de 3 de mayo de 2005 son diferentes de las que se invocan en el presente proceso y cuyos costos de financiación reclama la convocante”[[40]](#footnote-40).*

Ahora bien, en el acápite de conclusiones sobre las pretensiones que se citan por la recurrente, el Tribunal de Arbitramento advirtió la falta de competencia para pronunciarse sobre la reclamación de los costos de otras órdenes de pago –distintas de las referidas en el primer proceso arbitral-, así:

*“Por todo lo anterior, la decisión respecto del eventual derecho que tenga* ***CSS*** *–al margen del acuerdo conciliatorio- de obtener el reconocimiento de los costos de financiación de las órdenes de pago autorizadas dentro del alcance complementario a las que se refieren los hechos de la Demanda, es asunto que excede la competencia del presente Tribunal y respecto del cual no puede haber pronunciamiento en este laudo, so pena de incurrir en desconocimiento del principio de la congruencia consagrado en el artículo 281 del Código General del Proceso, en cuya virtud, no podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada por esta, postulado cuya observancia resulta imperativa para los tribunales de arbitraje[[41]](#footnote-41).*

*“(…).*

*“En tanto, el incumplimiento sobre el que descansan las Pretensiones de CSS se refiere al Acuerdo Conciliatorio de 3 de mayo de 2005, resolver acerca del derecho de la Convocante al reconocimiento de los costos de financiación de las órdenes de pago autorizadas dentro del alcance complementario, por causas diferentes a las que invocó CSS o por objeto distinto al indicado en sus Pretensiones, implicaría transgredir el principio de la congruencia que informa el laudo arbitral”[[42]](#footnote-42).*

En efecto, con fundamento en el acervo probatorio del proceso arbitral, se puede establecer, de manera general[[43]](#footnote-43), que las órdenes materia de la controversia en el primer proceso arbitral correspondían a las relacionadas en los anexos de esa demanda, ubicadas, en forma discontinua, entre los números 208 del 12 de julio de 1999[[44]](#footnote-44) y 457 de 9 de abril de 2003[[45]](#footnote-45), respecto de las cuales se indicó en esa demanda que no habían sido aprobadas ni pagadas. Por tanto, esas fueron las órdenes de pago materia de la conciliación aprobada en el primer proceso arbitral.

Por su parte, las órdenes relacionadas en las reclamaciones posteriores, pretendidas en la demanda del presente proceso arbitral, correspondían a 17 órdenes de pago, *distintas de las relacionadas en la primera demanda arbitral,* distinguidas entre los números 171 de 23 de diciembre de 1998 y 490 de 10 de enero de 2004[[46]](#footnote-46), respecto de las cuales se indicó *que sí fueron pagadas*, según las pruebas obrantes en el presente proceso arbitral, pero, a juicio del concesionario, los abonos correspondientes se hicieron en forma tardía, de acuerdo con los desembolsos realizados entre diciembre de 1998 y abril de 2004[[47]](#footnote-47), razón por la cual el concesionario reclamaba los costos de financiación sobre las sumas referidas en dichas órdenes. No obstante, tal como observó el Tribunal de Arbitramento en el laudo que ahora se examina, el concesionario presentó la reclamación con fundamento en la pretensión de incumplimiento del Acuerdo Conciliatorio de mayo 3 de 2005, lo que no resultaba procedente, por lo cual el Tribunal de Arbitramento se abstuvo de pronunciarse sobre dichos costos.

**2.3.3. Conclusiones**

La Sala observa que el razonamiento del Tribunal de Arbitramento acerca de su competencia fue correcto, puesto que en virtud del presupuesto de la identidad de objeto, la conciliación aprobada en el seno del proceso arbitral tiene fuerza de cosa juzgada sobre aquellos derechos que se discutieron ante el respectivo Tribunal de Arbitramento.

De esta manera, de la lectura del laudo arbitral del presente proceso, se tiene que concluir que el Tribunal de Arbitramento no pasó por alto el principio de la cosa juzgada y que lo reconoció en las resolutivas del fallo, en debida forma.

Por otra parte, se destaca que el Tribunal de Arbitramento estableció que no tenía competencia para pronunciarse sobre los costos de financiación de otras órdenes de pago no incluidas en el acuerdo conciliatorio y se abstuvo de pronunciarse sobre estos, por lo cual, también, se encuentra que el Tribunal de Arbitramento delimitó en forma acertada los asuntos sobre los cuales carecía de competencia y no se pronunció sobre ellos.

Se puntualiza que, por respeto a la cosa juzgada y a la congruencia, el laudo arbitral denegó todas las pretensiones de la demandante.

Agrega la Sala que no es acertado afirmar que el Tribunal de Arbitramento desbordó su competencia, puesto que el acuerdo conciliatorio se refirió en forma concreta a las sumas reclamadas en el primer proceso arbitral y nada se acordó acerca de los costos de financiación de las otras órdenes de pago, según se advierte del contenido del auto de 26 de mayo de 2005, Acta No. 32.

En ese documento se lee:

“*Cabe resaltar que, con respecto al valor de las pretensiones originales de la demanda debidamente actualizada e incluyendo intereses liquidados hasta el 31 de marzo de 2005, siguiendo la metodología empleada por el perito en su dictamen, la suma conciliada representa un descuento total de aproximadamente el treinta y cinco por ciento (35%).*

*“Mediante el pago de dicha suma se concilian de manera definitiva* ***los ítems******que aparecen consignados en el siguiente cuadro****, discriminados así: (…)”.* (la negrilla no es del texto).

En el auto que discriminó los conceptos materia de la conciliación aprobada en el primer Tribunal de Arbitramento[[48]](#footnote-48) aparecen los siguientes renglones: peaje Flandes, mantenimiento y operación (sin puentes), líneas de demarcación ejecutadas en julio de 2002, conteos Guamo, diseños variante Guamo y Natagaima, diseños puente peatonal El Espinal.

Finalmente, advierte la Sala que el Tribunal de Arbitramento no interpretó el Otrosí de 30 de enero de 2014 en el sentido de que hubiera existido una novación de las obligaciones adquiridas por el acuerdo conciliatorio. Lo que se advirtió en el laudo arbitral fue que las partes actualizaron el modelo financiero y determinaron las condiciones financieras de la ejecución del contrato de concesión, en la forma y términos allí contenidos, tal como se indicó de manera expresa en la cláusula primera del citado otrosí[[49]](#footnote-49).

De acuerdo con todo lo expuesto, no procederá la causal de anulación del laudo arbitral por falta de competencia.

**3. Segunda causal de anulación, haberse fallado en conciencia**

La ANI invocó en segundo lugar la causal contenida en el ordinal séptimo del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, a cuyo tenor:

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

**3.1. Argumentos presentados por la recurrente**

Después de cotejar las pretensiones con las resolutivas del laudo arbitral, la ANI afirmó que el Tribunal de Arbitramento al momento de fallar no tuvo en cuenta lo siguiente:

“*Los ingresos que produzca el proyecto dado en concesión serán en su totalidad del concesionario, de allí la cesión que se efectúa de los mismos,* ***hasta tanto éste obtenga dentro del plazo establecido el retorno del capital invertido****”* (la negrilla es del texto).

*“En la Adenda 2 del pliego de condiciones en el numeral 2.14. el subnumeral 26.21, se estableció: ‘VOLUMEN DE TRÁNSITO PARA LA GARANTIA si el ingreso total obtenido por concepto de peaje (…) es menor que el ingreso por peaje garantizado para ese año, el Instituto Nacional de Vías compensará la diferencia al concesionario (…).*

*“(…).*

*“Para el ejercicio financiero que se realizó en el otrosí del 30 de enero de 2014 no se tuvieron en cuenta los ingresos reales del proyecto para alcanzar la TIR establecida contractualmente, como consta en el Anexo 1 de dicho documento”[[50]](#footnote-50).*

Por otra parte, argumentó que en el laudo no se tuvo en cuenta que *“PARA QUE OPERE EL PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGITIMA (BUENA FE) LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACION DEBEN SER EXPRESOS”.* Expuso que la ANI no desplegó conducta alguna que le permitiera al concesionario entender que los dineros que la ANI solicitó reintegrar hubieran pasado a ser de propiedad del concesionario. Además observó que el paso del tiempo no convalidaba la apropiación.

**3.2. Respuesta de la convocante a la causal de fallo en conciencia**

La convocante advirtió que lejos de estar el laudo arbitral cimentado en la equidad, lo que se observa es que se basó en abundantes argumentos jurídicos, en el contrato de concesión y en sus modificaciones, en los análisis de los documentos CONPES y en las pruebas allegadas al proceso.

Expuso que la ANI pretende reabrir el debate procesal y que ello no es pertinente como instrumento para fundar la procedencia del fallo en conciencia.

En todo caso, reseñó que la ANI pretende descontextualizar el principio de la buena fe que se tuvo presente en el laudo arbitral, puesto que lo cierto es que las pruebas demuestran que las partes no estipularon una obligación a cargo de CSS de incorporar al modelo financiero los ingresos que, en la demanda de reconvención, la ANI solicitó reintegrar. Agregó que, como lo observó el laudo arbitral, no es admisible que esa entidad pretenda desconocer la propia conducta que mantuvo durante los 20 años en el contrato de concesión.

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

**3.3.1. Reiteración jurisprudencial**

El arbitraje en derecho constituye la regla general aplicable a la contratación estatal, de acuerdo con lo que dispone el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, 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”.*

En el análisis de las causales de anulación –y concretamente en la causal por fallo en conciencia-, se tiene presente que, partiendo del artículo 116 de la Constitución Política[[51]](#footnote-51), al celebrar el pacto arbitral las partes del contrato habilitan a la jurisdicción arbitral y, por ende, acuerdan el desplazamiento de la jurisdicción ordinaria.

En el caso del contrato estatal se observa que por virtud del pacto arbitral las partes renuncian a acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

De allí se desprende que la intervención de esta jurisdicción, como Juez de anulación, es restringida[[52]](#footnote-52).

Por otra parte, se debe observar que el proceso arbitral es de única instancia, es decir, que al acogerse al pacto arbitral, las partes conocen y aceptan que respecto de las controversias contractuales sometidas al mismo, no aplicará el principio general de la doble instancia.

Es de la mayor importancia tener presente que la Ley 1563 de 2012 incorporó las interpretaciones del Consejo de Estado acerca de las restricciones del Juez que conoce del recurso de anulación, para entrar en la valoración sobre el fondo del asunto, al disponer las siguientes limitaciones:

 *“Artículo 42. Trámite del recurso de anulación.*

*“(…).*

*“La autoridad judicial competente en la anulación no se pronunciará sobre el fondo de la controversia,* ***ni calificará o modificará los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral al adoptar el laudo****”* (la negrilla no es del texto).

*“Artículo 107. La anulación como único recurso judicial contra un laudo arbitral. Contra el laudo arbitral solamente procederá el recurso de anulación* ***por las causales taxativamente*** *establecidas en esta sección. En consecuencia,* ***la autoridad judicial no se pronunciará sobre el fondo de la controversia ni calificará los criterios, valoraciones probatorias, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral****”* (la negrilla no es del texto).

Ahora bien, dentro del marco legal citado, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha acogido 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”*[[53]](#footnote-53).

En el estudio de los casos particulares de la causal referida al fallo en conciencia, se pueden identificar algunos de los supuestos en los que la Jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que no procede fundar el recurso de anulación:

**3.3.1.1.** El laudo impugnado contiene un razonamiento sobre las normas jurídicas aplicables, empero, el recurrente expone su propia tesis jurídica acerca de las consideraciones del laudo arbitral que no lo favorecen. En esos casos, por principio, el recurso de anulación por fallo en conciencia no debe prosperar, en tanto enmascara la búsqueda de una segunda instancia. El juez de anulación no puede declarar fundado el recurso con fundamento en apreciaciones que corrigen o rectifican las interpretaciones del Tribunal Arbitral que se encuentran basadas en la ley.

Se observa que el Consejo de Estado ha considerado que el fallo en conciencia solo se puede entender configurado por el apartamiento manifiesto del derecho vigente y, por tanto, se concluye que no debe fundarse la anulación del laudo imputando al Tribunal de Arbitramento un defecto en la interpretación de la ley.

**3.3.1.2.** El Tribunal de Arbitramento acudió al criterio de la equidad para fundar el laudo. El Consejo de Estado ha advertido que el criterio de la equidad es un elemento de interpretación que puede y debe ser utilizado por los árbitros, aun en el marco del arbitramento en derecho, sin que por razón de la sola invocación de la equidad proceda la impugnación del laudo.

De esta manera, no es pertinente fundar el recurso de anulación en el cuestionamiento de las referencias a la “equidad”, cuando en el laudo arbitral se puede apreciar que el Tribunal de Arbitramento también tuvo en cuenta disposiciones legales y/o contractuales como fundamento de sus decisiones.

Acerca de la invocación del criterio de equidad, la Sala reitera su jurisprudencia:

“*Ahora bien, en lo que a la equidad se refiere, cabe sostener que cuando el artículo 230 de la Constitución Política[[54]](#footnote-54) 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’[[55]](#footnote-55). 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

“(…).

“*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”*[[56]](#footnote-56)*.*

**3.3.2. La causal de fallo en conciencia en el caso concreto**

Descendiendo al caso concreto, se observa que la ANI pretendió apoyar su argumento en el desacuerdo con la apreciación de las pruebas y con la interpretación que hizo el Tribunal de Arbitramento sobre el alcance del Otrosí de enero 30 de 2014.

La ANI expuso que el Tribunal de Arbitramento no tuvo en cuenta que el pliego de condiciones hacía parte de los documentos del contrato y que, por otra parte, no era cierto que a la fecha de suscripción del Otrosí de 30 de enero de 2014 el concesionario no hubiera alcanzado la TIR del proyecto.

Sin embargo, de la lectura del laudo arbitral se observa que el Tribunal de Arbitramento se apoyó en múltiples pruebas y que tuvo en cuenta, entre otros: **i)** el dictamen pericial y los testimonios de los funcionarios que participaron en las negociaciones. Sobre el análisis extenso de esas pruebas el Tribunal fundó sus conclusiones acerca del funcionamiento del modelo financiero y del estado de cumplimiento de la TIR del contrato para la época en que las partes negociaron el Otrosí de 30 de enero de 20014[[57]](#footnote-57) y **ii)** el contenido de la modificación del contrato de concesión referida en el Otrosí de 30 de enero de 2014.

Se aprecia que el Tribunal de Arbitramento tuvo en cuenta el parágrafo tercero del citado otrosí, de acuerdo con el cual “*a partir del 1º de enero de 2014 se eliminan las garantías de tráfico, por lo que se tendrá en cuenta únicamente el ingreso real para la obtención de la TIR pactada”*[[58]](#footnote-58)*.* Con fundamento en ese acuerdo, en el laudo se concluyó que había operado una modificación sobre el tratamiento de los recursos de la concesión, según se afirmó así:

*“Se evidencia entonces que la especial naturaleza dual del Contrato No. 0849 de 1995[[59]](#footnote-59), que se evaluará a continuación, representada en la existencia de una Garantía de Ingreso Mínimo y de un Ingreso Máximo aportante, se extinguió por mutuo acuerdo de las partes a partir del 1º de enero de 2014”.*

Así las cosas, se concluye que, en realidad, la ANI acudió a rebatir la aplicación particular que el Tribunal de Arbitramento dio a las condiciones del modelo financiero, a la TIR del contrato y a la negociación contenida en el Otrosí de 30 de enero de 2014.

Por ello, puede que se comparta o no el alcance que el Tribunal de Arbitramento dio a las pruebas y a la negociación contenida en el Otrosí de 30 de enero de 2014, sin embargo, en el presente caso se debe reiterar que en el recurso de anulación no procede calificar o modificar *“los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral al adoptar el laudo”.*

Así las cosas, se concluye que no procede la causal por fallo en conciencia y, por ello, resulta imperativo respetar la firmeza del laudo arbitral.

Como conclusión, se denegarán las pretensiones del recurso de anulación.

**4. Costas**

El inciso quinto del artículo 43 de la Ley 1563 de 2012 dispone que si ninguna de las causales prospera, se declarará infundado el recurso de anulación y se condenará en costas al recurrente, salvo que dicho recurso haya sido presentado por el Ministerio Público.

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

Por lo anterior, se fijan las agencias en derecho en la suma equivalente a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales, a cargo de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTURICTURA ANI, parte que presentó el recurso extraordinario de anulación que será denegado en esta providencia.

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:** De acuerdo con lo expuesto en la parte inicial de esta providencia, se acepta el impedimento presentado por el Consejero Hernán Andrade Rincón.

**SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADO** el recurso de anulación propuesto por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI, contra el laudo arbitral de 21 de noviembre de 2016, mediante el cual se resolvieron las controversias entre esa entidad y la sociedad CSS Constructores S.A., en el Contrato de Concesión 0849 de 1995.

**TERCERO: CONDENAR** en costas a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA- ANI y, por consiguiente, esa entidad deberá pagar a favor de CSS Constructores S.A.**,** la suma equivalente a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

**CUARTO:** En firme la providencia, por secretaría se ordena expedir copias a las partes y devolver el expediente al Tribunal de Arbitramento.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. “*Artículo 140 CGP. Declaración de impedimentos.*

*“Los magistrados, jueces, conjueces en quienes concurra alguna causal de recusación deberán declararse impedidos tan pronto como adviertan la existencia de ella, expresando los hechos en que se fundamenta.*

*“(…)*

*“Artículo 141 CGP. Causales de recusación.*

*“Son causales de recusación las siguientes:*

*“1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso”.* [↑](#footnote-ref-1)
2. Ley 1563 de 2012. “*Artículo 18. Impedimentos y recusaciones de magistrados. Los magistrados que conozcan de los recursos extraordinarios de anulación o revisión estarán impedidos y serán recusables conforme a las reglas generales del Código de Procedimiento Civil y, además, cuando respecto de ellos se configure alguna causal frente a quienes hubieran intervenido como árbitros, secretario o auxiliares de la justicia en el proceso arbitral”.* [↑](#footnote-ref-2)
3. Tribunal de Arbitramento integrado por Fernando Pabón Santander, Camilo Calderón Rivera y Pedro A. Lampréa. Se incorpora la referencia a los árbitros por cuanto en la presente providencia se mencionarán otros tribunales de arbitramento entre las mismas partes, con relación al mismo contrato. [↑](#footnote-ref-3)
4. Por razones de espacio se transcriben las resolutivas solo parcialmente. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folios 505 y 506, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-5)
6. “*CLÁUSULA TRIGÉSIMA NOVENA.- MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: (a) Cualquier divergencia que surja entre las partes con ocasión de la celebración, ejecución o liquidación de este contrato será dirimida por un Tribunal de Arbitramento Nacional de conformidad con la Ley 1563 de 2012 y las reglas que a continuación se establecen (…)”*. Otrosí suscrito entre CSS CONSTRUCTORES S.A. y la ANI, de acuerdo con documento obrante en los folios 158 a 199, cuaderno 6. [↑](#footnote-ref-6)
7. Concesión Neiva – Girardot – Espinal. [↑](#footnote-ref-7)
8. En esta providencia se denominará CSS. Esa sociedad asumió la posición contractual en virtud de la cesión realizada por el contratista inicial, Consorcio Luis Héctor Solarte Solarte y Carlos Alberto Solarte. La cesión fue aprobada por la ANI, según consta en el documento de cesión del contrato de concesión suscrito el 20 de enero de 2014. Folios 247 a 157, cuaderno 6. [↑](#footnote-ref-8)
9. De acuerdo con el Decreto 4165 de 2011 se cambió la naturaleza jurídica del INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES -INCO, que pasó a ser un agencia nacional del Estado, denominada ANGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI. El INCO, creado por el Decreto 1800 de 26 de junio de 2003, había subrogado al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS INVÍAS, entidad contratante inicial, mediante la cesión realizada a través de la Resolución 3793 de 26 de septiembre de 2003. [↑](#footnote-ref-9)
10. Pretensión novena, folio 395 cuaderno principal [↑](#footnote-ref-10)
11. Pretensión primera de la demanda de reconvención. [↑](#footnote-ref-11)
12. Tasa interna de retorno. [↑](#footnote-ref-12)
13. Pretensión cuarta de la demanda de reconvención. [↑](#footnote-ref-13)
14. Reforma integrada de la demanda de reconvención folios 34 a 72, cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-14)
15. Folios 387 a 406, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-15)
16. Folio 403, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-16)
17. El apoderado de la ANI invocó la decisión contenida en el Acta No. 10 del 30 de septiembre de 2015, en la cual consta la decisión de otro Tribunal de Arbitramento -entre las mismas partes y sobre el mismo contrato de concesión- mediante la cual se declaró improbado el acuerdo conciliatorio celebrado entre ellas el 22 de mayo de 2015. Ese Tribunal de Arbitramento correspondió al integrado por los doctores Jesús María Carrillo Ballesteros, Lucía Arbeláez de Tobón y Manuel Urueta Ayola. [↑](#footnote-ref-17)
18. Tribunal de Arbitramento integrado por los doctores María Cristina Morales de Barrios, Gilberto Peña Castrillón y Jesús Vallejo Mejía. [↑](#footnote-ref-18)
19. Folio 28, cuaderno 7. [↑](#footnote-ref-19)
20. Punto décimo tercero de las resolutivas del laudo arbitral, folio 505. Cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-20)
21. Folio 436, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-21)
22. Folio 490, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-22)
23. Folio 501, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-23)
24. *“Artículo 40. Recurso extraordinario de anulación. Contra el laudo arbitral procede el recurso extraordinario de anulación, que deberá interponerse debidamente sustentado, ante el tribunal arbitral, con indicación de las causales invocadas, dentro de los treinta (30) días siguientes a su notificación o la de la providencia que resuelva sobre su aclaración, corrección o adición. Por secretaría del tribunal se correrá traslado a la otra parte por quince (15) días sin necesidad de auto que lo ordene. Vencido aquel, dentro de los cinco (5) días siguientes, el secretario del tribunal enviará los escritos presentados junto con el expediente a la autoridad judicial competente para conocer del recurso”.* [↑](#footnote-ref-24)
25. Folios 588 y 589, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-25)
26. .La Agencia Nacional de Infraestructura – ANI. [↑](#footnote-ref-26)
27. Folio 519, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-27)
28. Cláusula décima del Otrosí de 30 de enero de 2014. [↑](#footnote-ref-28)
29. Folios 525 y 526, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-29)
30. Folio 573 cuaderno principal- [↑](#footnote-ref-30)
31. Decreto 1818 de 1993, articulo 3. [↑](#footnote-ref-31)
32. Folios 1 a 51, cuaderno 8. [↑](#footnote-ref-32)
33. Folio 1 vuelto, cuaderno 8. [↑](#footnote-ref-33)
34. Folios 144 a 158, cuaderno 8. [↑](#footnote-ref-34)
35. Folio 163, cuaderno 6. [↑](#footnote-ref-35)
36. Folio 4215, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-36)
37. Folio 426, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-37)
38. Folio 430, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-38)
39. Folio 432, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-39)
40. Folio 443, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-40)
41. Folio 450, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-41)
42. Folio 451 cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-42)
43. No se transcribe el detalle del cotejo de las órdenes de pago materia de la primera demanda arbitral, por razón de la cantidad de datos. [↑](#footnote-ref-43)
44. Folio 157, vuelto, cuadro anexo 4, cuaderno 8. [↑](#footnote-ref-44)
45. Folios 151, cuadro anexo 2, cuaderno 8. [↑](#footnote-ref-45)
46. Órdenes números 171, 172, 200, 211, 212, 214, 218, 220, 224, 237, 265, 266, 270, 271, 282, 311 y 490. [↑](#footnote-ref-46)
47. Folios 519 y 520, cuaderno 5. [↑](#footnote-ref-47)
48. Folio 425, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-48)
49. Folio 489. Cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-49)
50. Folio 531, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-50)
51. *“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-51)
52. Sobre el fallo en conciencia puede consultarse: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, sentencia de 22 de febrero de 2017, radicación: 110010322600020160015200 (58068), actor: Consorcio Patios Sur - Constructora e Inmobiliaria Romana S.A. – García Ríos Constructores S.A. y Grupo Empresarial Nirvana S.A.S., demandado: METRO CALI S.A., referencia: recurso extraordinario de anulación de laudo. [↑](#footnote-ref-52)
53. 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.

En relación con la causal de fallo en conciencia dentro de un recurso de anulación bajo la Ley 1563 de 2012, puede citarse: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, sentencia de 22 de febrero de 2017, radicación: 110010322600020160015200 (58068), actor: Consorcio Patios Sur - Constructora e Inmobiliaria Romana S.A. – García Ríos Constructores S.A. y Grupo Empresarial Nirvana S.A.S., demandado: METRO CALI S.A., referencia: recurso extraordinario de anulación de laudo. [↑](#footnote-ref-53)
54. Cita Original de la sentencia: *“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-54)
55. Cita original de la Sentencia: *“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-55)
56. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A,, sentencia de 21 de septiembre de 2016, radicación: 11001032600020160005700 (56728), actor: Sainc Ingenieros Constructores S.A. y Construcciones El Cóndor S.A. integrantes del Consorcio Distritos Bogotá, demandado: Instituto de Desarrollo Urbano IDU, referencia: recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral. [↑](#footnote-ref-56)
57. Folios 490 a 497, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-57)
58. Folio 489, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-58)
59. El Tribunal observó que el contrato se firmó bajo el esquema de los contratos de primera generación y cuando ya se había expedido el CONPES 2775 de 1999, se tuvo en cuenta el modelo financiero de la segunda generación de concesiones. De allí que advirtió que el contrato fue producto de la “dualidad entre la primera y la segunda generación de concesiones” y que, finalmente, fue modificado de conformidad con el contenido del Otrosí de enero 30 de 2014. [↑](#footnote-ref-59)