**RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN ‒ Contrato estatal ‒ Modalidades ‒ Laudo en derecho ‒ Laudo en equidad ‒ Laudo técnico**

En la actualidad, el arbitraje quedó regulado en su integridad por la Ley 1563 de 2012, según lo dispone su artículo 119. Según la referida ley, el laudo arbitral, esto es la de sentencia que profiere el Tribunal, puede ser en derecho, en equidad o técnico; sin embargo, 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 (artículo 1) y deberá ser institucional, es esto, administrado por un centro de arbitraje (artículo 2).

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN ‒ Alcance**

En ese orden, conforme a lo dispuesto en el inciso último del artículo 42 de la Ley 1563 de 2012, el recurso extraordinario de anulación no puede utilizarse como si se tratara de una segunda instancia, razón por la cual no es admisible que por su intermedio se pretenda continuar o replantear el debate sobre el fondo del proceso. En otros términos, a través del recurso de anulación no podrán revocarse determinaciones del Tribunal de Arbitramento basadas en razonamientos o conceptos derivados de la aplicación de la ley sustancial, al resolver las pretensiones y excepciones propuestas, así como tampoco por la existencia de errores de hecho o de derecho al valorar las pruebas en el asunto concreto, que voluntariamente se les sometió a su consideración y decisión.

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN ‒** **Causales ‒ Nulidad del laudo ‒ Corrección del laudo ‒ Adición del laudo ‒ Prueba decretada ‒ Validez ‒ Solicitud de convocatoria**

Ahora, las causales de anulación para los arbitrajes nacionales quedaron reguladas en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, en nueve numerales. Por su parte, el artículo 43 *ejusdem*, frente a los efectos de las causales, dispone que cuando prospere cualquiera de las señaladas en los numerales 1 a 7 del artículo 41, se declarará la nulidad del laudo. En los demás casos, se corregirá o adicionará. Además, cuando se anule el laudo por las causales 1 o 2, el expediente se remitirá al juez que corresponda para que continúe el proceso a partir del decreto de pruebas, pero la prueba practicada dentro del proceso arbitral conservará su validez y tendrá eficacia, respecto de quienes tuvieron la oportunidad de controvertirla. Igualmente, cuando se anule el laudo por las causales 3 a 7, el interesado podrá convocar un tribunal arbitral, en el que conservarán validez las pruebas debidamente practicadas, y en lo posible las actuaciones que no hubieren resultado afectadas por la anulación. Para el efecto, la solicitud de convocatoria deberá presentarse dentro de los tres (3) meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia que anule el laudo, con el fin de que se entienda interrumpida la prescripción o no opere la caducidad (el artículo 44 *ejusdem* prescribe el referido término). Asimismo, la sentencia que anule el laudo total o parcialmente cumplido, ordenará las restituciones a que hubiere lugar. En el evento de que el recurso no prospere se condenará en costas al recurrente, salvo que dicho recurso se presente por el Ministerio Público. Finalmente, el laudo como la sentencia que resuelva sobre su anulación es susceptibles del recurso extraordinario de revisión por las causales y mediante el trámite señalado en el Código de Procedimiento Civil (artículo 45).

**LAUDO EN CONCIENCIA ‒ Características**

Analizados los criterios que determinan la causal de fallo en conciencia a la luz de la Ley 1563 de 2012, la Sala en reciente oportunidad precisó que existe una decisión en conciencia, cuando (i) la decisión no sea en derecho (entendido este último como todas aquellas fuentes jurídicas de las que se vale cualquier juez en su actividad judicial), (ii) o se funde exclusivamente en la equidad (aunque bien pudiera distinguirse esta última del fallo en conciencia ; sin embargo, no es esta la oportunidad para ocuparse de esa cuestión) o (iii) no se consideren las pruebas. Igualmente, (iv) hay limitaciones para determinar la ocurrencia de la causal en estudio, en tanto no es posible calificar la decisión de errada o deficiente o de revisar las interpretaciones de los árbitros, como cuando se solicita la verificación de una vía de hecho, distinta a la que supone un fallo en conciencia, o la revisión de los motivos.

**ÁRBRITROS ‒ Competencia ‒ Límites**

[L]a competencia de los árbitros está atribuida por el pacto arbitral y enmarcada en los precisos límites fijados en la Constitución y la ley, competencia que se traduce en la facultad para conocer y pronunciarse en relación con la materia que voluntariamente las partes le han conferido a los árbitros que son investidos temporalmente de la calidad de jueces para administrar justicia en el caso concreto; también, es dable manifestar que el quebranto a esa regla de atribución por exceso, se encuentra tipificado como hecho pasible para la invocación de la causal prevista en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, dado que implica que la materia transigible sobre la cual decidieron los árbitros no fue objeto del pacto de compromiso por las partes, con lo cual se presenta, un fallo incongruente o una decisión extrapetita. El aparte correspondiente a la causal de anulación “por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros”, se relaciona con la extralimitación o exceso en la órbita de competencia que la Constitución y la Ley, el pacto o convención arbitral y la relación jurídico procesal que emana del propio conflicto particular que presentan las partes con la convocatoria del Tribunal, les otorga a aquellos como materia de conocimiento y decisión. En tal virtud, se considera que contempla las siguientes hipótesis de configuración: (i) El laudo recayó sobre materias que no eran susceptibles de ser sometidas a arbitramento, por tratarse de asuntos que no eran de carácter transigible de acuerdo con la Constitución Política y la ley. (ii) El laudo recayó sobre materias que no fueron contempladas en el pacto arbitral, de conformidad con lo acordado voluntariamente por las partes, en tanto, como se dijo, los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente son señalados por ellas en el objeto de la cláusula compromisoria o del compromiso. (iii) El laudo recayó sobre puntos no pedidos en la demanda o en su respuesta, es decir, no se refiere a los hechos y a las pretensiones formuladas en la demanda, ni a las excepciones alegadas, de manera que no resulta concordante, ni armónico con los extremos del proceso y, por ende, deviene en inconsonante o incongruente.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO**

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de junio de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 11001-03-26-000-2016-00026-00(56344)**

**Actor: VALLAS Y AVISOS LIMITADA**

**Demandado: EMPRESA CAUCANA DE SERVICIOS PÚBLICOS**

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

La Sala decide el recurso de anulación interpuesto por el consorcio Gerencia P.D.A. Cauca, en su calidad de parte convocante, y Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., como llamada en garantía, en contra del laudo del 26 de agosto de 2015, así como su providencia complementaria del 8 de septiembre del mismo año, proferido por el Tribunal de Arbitramento convocado para resolver las controversias surgidas entre el referido Consorcio y la Empresa Caucana de Servicios Públicos S.A. E.S.P., en el marco del contrato de consultoría n.° 101 del 17 de septiembre de 2010, mediante el cual se decidió (fls. 136 a 139, c. ppal del recurso de anulación):

*PRIMERA. Denegar en su totalidad las excepciones de mérito propuestas por las sociedades Estudios Técnicos S.A.S. y C.B. Ingenieros S.A. (integrantes del CONSORCIO GERENCIA PDA CAUCA), en los términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.*

*SEGUNDA. Denegar en su totalidad las excepciones de mérito propuestas por la sociedad MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.*

*TERCERA. Declarar parcialmente probadas las excepciones propuestas la Empresa Caucana de Servicios Públicos –EMCASERVICIOS S.A. E.S.P., denominadas “Posibilidad, determinación, licitud y capacidad del Consultor en el cumplimiento del objeto de las prestaciones a su cargo”, “Cumplimiento de obligaciones por Emcaservicios” e “Incumplimiento de obligaciones por parte del consultor”, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.*

*CUARTA. Denegar las pretensiones primera, segunda, tercera, cuarta, quinta y séptima de la demanda principal, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.*

*QUINTA. Liquidar judicialmente el contrato de consultoría n.° 101 de 2010 celebrado entre la Empresa Caucana de Servicios Públicos –EMCASERVICIOS S.A. E.S.P. y el CONSORCIO GERENCIA PDA CAUCA (integrado por las sociedades Estudios Técnicos S.A.S., Bonus S.A. y C.B. Ingenieros S.A.), en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo. En consecuencia, declarar que prospera la pretensión sexta de la demanda principal.*

*SEXTA. Declarar que el contrato de consultoría n.° 101 de 2010 celebrado entre la Empresa Caucana de Servicios Públicos –EMCASERVICIOS S.A. E.S.P. y el CONSORCIO GERENCIA PDA CAUCA (integrado por las sociedades Estudios Técnicos S.A.S., Bonus S.A. y C.B. Ingenieros S.A.), fue celebrado el 17 de septiembre de 2010, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo. En consecuencia, prospera la primera pretensión de la demanda de reconvención.*

*SÉPTIMA. Declarar que el CONSORCIO GERENCIA PDA CAUCA (integrado por las sociedades Estudios Técnicos S.A.S., Bonus S.A. y C.B. Ingenieros S.A.) incumplió el contrato de consultoría n.° 101 de 2010, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo. En consecuencia, prospera la segunda pretensión de la demanda de reconvención.*

*OCTAVA. Declarar que MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. queda vinculada al proceso arbitral en razón de la póliza n.° 2101310000215 de 25 de septiembre de 2010, expedida por la misma aseguradora, en desarrollo del contrato n.° 101 de 2010, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo. En consecuencia, prospera la primera pretensión del llamamiento en garantía.*

*NOVENA. Condenar solidariamente a las sociedades Estudios Técnicos S.A.S., Bonus S.A. y C.B. Ingenieros S.A. (integrantes del CONSORCIO GERENCIA PDA CAUCA), y a la sociedad MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. a pagar a favor de la Empresa Caucana de Servicios Públicos-EMCASERVICIOS S.A. E.S.P., la suma de CIENTO VEINTISÉIS MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS QUINCE PESOS ($126.859.615), por concepto de indemnización de perjuicios por la suma de ochenta y siete millones ochocientos noventa y siete mil ciento setenta y siete pesos ($87.897.177), más su correspondiente actualización monetaria e intereses, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo. En consecuencia, declarar que prospera parcialmente la pretensión tercera y quinta del llamamiento en garantía.*

*DÉCIMA. Condenar solidariamente las sociedades Estadios Técnicos S.A.S., Bonus S.A. y C.B. Ingenieros S.A. (integrantes del CONSORCIO GERENCIA PDA CAUCA), y a la sociedad MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA a pagar a favor de la Empresa Caucana de Servicios Públicos –EMCASERVICIOS S.A. E.S.P., la suma de DOSCIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES NOVECIENTOS VEINTISÉIS MIL CIENTO SESENTA Y NUEVE PESOS ($297.926.169), por concepto de la cláusula penal pecuniaria por la suma de doscientos seis cuatrocientos veinticuatro mil pesos ($206.424.000), más su correspondiente actualización monetaria e intereses, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo. En consecuencia, declarar que prosperan parcialmente la pretensión sexta de la demanda de reconvención, así como la pretensión segunda y quinta del llamamiento en garantía.*

*DÉCIMAPRIMERA. Condenar solidariamente las sociedades Estudios Técnicos S.A.S., Bonus S.A. y C.B. Ingenieros S.A. (integrantes del CONSORCIO GERENCIA PDA CAUCA), y a la sociedad MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. a pagar a favor de la Empresa Caucana de Servicios Públicos –EMCASERVICIOS S.A. E.S.P., la suma de CIENTO VEINTISÉIS MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS QUINCE PESOS ($126.859.615), por concepto de indemnización de perjuicios por la suma de ochenta y siete millones ochocientos noventa y siete mil ciento setenta y siete pesos ($87.897.177), más su correspondiente actualización monetaria e intereses, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo. En consecuencia, declarar que prospera parcialmente la pretensión tercera y quinta de la demanda de reconvención, así como la pretensión cuarta y quinta del llamamiento en garantía.*

El 8 de septiembre de 2015, el laudo fue complementado como consecuencia de la solicitud presentada por la parte convocante para que se resolviera la objeción por error grave formulada en contra del dictamen realizado por el ingeniero Guillermo Moreno Becerra (fls. 140 a 143, c. ppal del recurso de anulación). En consecuencia, dispuso (fl. 143, c. ppal del recurso de anulación):

*Adicionar la parte resolutiva del laudo arbitral de 26 de agosto de 2015, así:*

*DÉCIMA SEXTA: Denegar las objeciones por error grave formuladas por las sociedad Estudios Técnicos S.A.S., Bonus S.A. y C.B. Ingenieros S.A. (integrantes del CONSORCIO GERENCIA PDA CAUCA) al dictamen pericial rendido por el ingeniero Guillermo Moreno Becerra, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.*

**I. ANTECEDENTES**

**1.1. El contrato**

El 17 de septiembre de 2010, la Empresa Caucana de Servicios Públicos S.A. E.S.P., en adelante EMCASERVICIOS, y el consorcio Gerencia PDA Cauca suscribieron el contrato de consultoría n.° 201, cuyo objeto consistió (fls. 32 y 33, c. 13):

*EL CONSULTOR se compromete para con EMCASERVICIOS, a prestar sus servicios para EJECUTAR LAS LABORES DE GERENCIA ASESORA ENCARGADA DE ADELANTAR LAS ACCIONES Y ACTIVIDADES TÉCNICAS, LEGALES, FINANCIERAS, ADMINISTRATIVAS Y AMBIENTALES DE APOYO A LOS ACTORES VINCULADOS AL PLAN DEPARTAMENTAL PARA EL MANEJO EMPRESARIAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE AGUA Y SANEAMIENTO –PDA- DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA, de acuerdo a las actividades exigidas en los pliegos definitivos y su anexo técnico, las que fueron aceptadas por el CONSULTOR en la propuesta presentada, la que hace parte integral del presente contrato. (…).*

**1.2. El pacto arbitral**

En la cláusula 18 del contrato en estudio se reguló sobre la solución de controversias, así (fl. 39, c. 13):

*SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES: Las partes podrán buscar solucionar en forma ágil y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual mediante la conciliación, transacción o los mecanismos que las partes acuerden, según los procedimientos establecidos por la ley. Las partes acuerdan que, en el evento en que surjan diferencias entre ellas, por razón o con ocasión de la celebración, ejecución o liquidación del presente contrato, las mismas podrán buscar mecanismos de arreglo directo, para lo cual dispondrán de un término de treinta (30) días hábiles contados a partir de la fecha en que cualquiera de ellas manifieste por escrito su inconformidad a la otra. Dicho término podrá prorrogado por mutuo acuerdo. De no llegar a ningún acuerdo en el plazo indicado, las partes convienen pactas la siguiente CLÁUSULA COMPROMISORIA: Toda controversia o diferencia derivada del presente contrato que no pueda dirimirse amistosa y directamente por las partes, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento, el cual estará compuesto por tres (3) árbitros designados de común acuerdo por las partes. En caso de no existir acuerdo entre las partes, la designación la realizará la Cámara de Comercio del Cauca. Los honorarios y costas del arbitramento serán asumidos por montos iguales por las partes y se sujetarán a las tarifas que para tal fin consagre el Reglamento de la Cámara de Comercio de Cali o en su defecto, la ley. El laudo que se profiera en derecho, su trámite será el legal y su sede será el del Centro de Conciliación de la Cámara de Comercio del Cauca.*

**1.3. La demanda arbitral**

1.3.1. El 12 de junio de 2013 (fl. 1, c. ppal 1, Tomo I), el consorcio Gerencia P.D.A. CAUCA, integrado por las sociedades sociedades Estudios Técnicos S.A.S., Bonus S.A. y C.B. Ingenieros S.A., presentó solicitud de convocatoria de Tribunal de Arbitramento y demanda ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali, con el fin de solucionar las diferencias surgidas dentro del contrato de consultoría n.° 101 del 17 de septiembre de 2010 (fls. 1 a 32, c. ppal 1, Tomo I). Al efecto, solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (fls. 4 y 5, c. ppal 1, Tomo I):

*II. PRETENSIONES*

*PRIMERA: Se DECLARE que el contrato de consultoría n.° 101 de 2010, celebrado el 17 de septiembre de 2010 entre el CONSORCIO GERENCIA PDA CAUCA y EMCASERVICIOS, con el objeto de “Ejecutar las labores de gerencia asesora encargada de adelantar las acciones y actividades técnicas, legales, financieras, administrativas y ambientales de apoyo a los actores vinculados al plan departamental para el manejo empresarial de los servicios públicos de agua y saneamiento PDA del Departamento del Cauca”, es un contrato con obligaciones de medio y no de resultado, en virtud de los cual las obligaciones del consultor se satisficieron con la ejecución de las acciones y actividades de apoyo a los actores vinculados al plan.*

*SEGUNDA: Se DECLARE que el consultor CONSORCIO GERENCIA PDA CAUCA cumplió con sus obligaciones de gerencia asesora encargada de adelantar las acciones y actividades técnicas, legales, financieras, administrativas y ambientales de apoyo a los actores vinculados al plan departamental para el manejo empresarial de los servicios públicos de agua y saneamiento del departamento del Cauca.*

*TERCERA: Se declare que la demandada EMCASERVICIOS incumplió el contrato de consultoría n.° 101 de 2010, entre otras, y sin limitarse a ellas, por las siguientes razones: (i) por no pagar oportunamente al CONSORCIO GERENCIA PDA CAUCA todas las sumas de dinero a las que contractualmente estaba obligada; (ii) por no planear y estructurar de manera completa, justa, objetiva y adecuada el contrato.*

*CUARTA: Se CONDENE a EMCASERVICIOS a pagar a las sociedades demandantes la cantidad de UN MIL DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS ($1.200.000.000), estimada así al momento y con base en la presente demanda, que corresponde a (i) la pérdida de poder adquisitivo de las sumas de dinero de sus honorarios que fueron pagados extemporáneamente y sus intereses moratorios; (ii) la sumatoria de las cantidades de dinero que se encuentren pendientes de pago y los intereses moratorios legales; todo de conformidad con lo que resulte demostrado en el proceso y con lo indicado en el acápite del “Juramento Estimatorio de la Cuantía de la Demanda”.*

*QUINTA: Se CONDENE a la convocada EMCASERVICIOS a que, sobre el valor que resulte de la condena objeto de la anterior pretensión, reconozca y pague a las sociedades demandantes, los intereses legales moratorios a la tasa más alta permitida por la ley, liquidados desde el momento mismo en que venció el plazo para la liquidación bilateral del contrato, o sea desde el 25 de febrero de 2013, hasta la fecha de expedición del laudo arbitral.*

*SEXTA: Que se lleve a cabo la liquidación judicial del CONTRATO DE CONSULTORÍA n°.s 101 de 2010 del 17 de septiembre de 2010, que tuvo por objeto la ejecución de “las labores de gerencia asesora encargada de adelantar las acciones y actividades técnicas, legales, financieras, administrativas y ambientales de apoyo a los actores vinculados al plan departamental para el manejo empresarial de los servicios públicos de agua y saneamiento PDA del departamento del Cauca”.*

*SÉPTIMA: Se CONDENE a la convocada EMCASERVICIOS, a reconocer y pagar a las sociedades demandantes, sobre las sumas objeto de condena en el laudo, intereses comerciales moratorios a partir de los 30 días siguientes a la expedición del laudo arbitral (artículo 192 de la Ley 1437 de 2011).*

*OCTAVA: Se CONDENE a la convocada EMCASERVICIOS al pago de las costas judiciales y agencias en derecho, de conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.*

1.3.2. Las pretensiones se sustentan en la situación fáctica que se resume así (fls. 21 a 106, c. ppal 1, Tomo I):

1.3.2.1. Una vez adjudicado el concurso de méritos abierto n.° 32 de 2010, EMCASERVICIOS y el consorcio Gerencia P.D.A. CAUCA suscribieron el contrato de consultoría n.° 101 del 4 de octubre de 2010 para que se ejercieran las labores de gerencia asesora encargada de adelantar las acciones y actividades técnicas, legales, financieras, administrativas y ambientales de apoyo a los actores vinculados al plan departamental para el manejo empresarial de los servicios públicos de agua y saneamiento PDA del departamento del Cauca.

1.3.2.2. Una de las obligaciones del contratista era entregar los informes de su gestión, los cuales fueron rechazados injustificadamente por el interventor de la contratante, actuación que entorpeció el cobro de las cuentas de cobro respectivas y, por consiguiente, el cumplimiento de la obligación de pago, hasta el punto que a la presentación de la demanda aún persistía la falta de pago de los honorarios del consultor.

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

El 28 de octubre de 2013, mediante acta n.° 1, se declaró instalado el Tribunal de Arbitramento y se admitió la demanda (fls. 36 a 41, c. ppal 1, Tomo I).

**1.5. La oposición de la convocada**

Además de contesta la demanda, la convocada presentó demanda de reconvención en contra de la convocante. De esos medios de defensa se destaca:

**1.5.1. La contestación de la demanda**

EMCASERVICIOS (fls. 54 a 161, c. ppal 1, tomo I) señaló que las obligaciones del consorcio consultor eran de resultado, las cuales incumplió de forma sistemática, en contraposición afirmó que cumplió a cabalidad con los pagos pactados. Advirtió que la contratista conocía de todas las particularidades del contrato, en tanto así se le dejó expuesto en los pliegos de condiciones. Efectivamente, sostuvo que se informó sobre el levantamiento de la información necesaria, la cual debía buscarse en cada municipio y empresa de servicios públicos. Asimismo, aseguró que el contratista recibió el 50% del valor del contrato sin que amortizara ni siquiera ese porcentaje, lo cual pone de presente su incumplimiento.

Frente a los hechos precisó que el contrato de consultoría n.° 101 fue celebrado el 17 de septiembre de 2010 y no el 4 de octubre de ese mismo año, como se indicó en la demanda. Aseguró que los informes a los que estaba obligado el contratista fueron entregados en forma extemporánea e incompleta, como quedó consignado en las actas de mayo, julio y noviembre de 2012. Igualmente, los requerimientos para el cumplimiento de esa obligación fueron constantes por parte de la contratante, como dan cuenta los requerimientos del interventor, el que, a diferencia de lo afirmado por la convocante, reparó en aspectos sustanciales de los informes presentados.

De igual forma, se opuso al juramento estimatorio, en tanto resultaba infundado.

Propuso como excepciones de mérito (i) el conocimiento pleno de las condiciones contractual, para el efecto señaló que los pliegos de condiciones fueron claros y precisos sobre las exigencias de la futura contratación, razón por la cual resulta contrario al principio de buena fe alegar el desconocimiento del alcance las obligaciones pactadas después de la adjudicación; (ii) las obligaciones de la consultoría eran de resultado, en tanto se trataba no sólo de hacer un diagnóstico sino de proponer alternativas para superar las problemáticas encontradas; (iii) cumplimiento de las obligaciones de EMCASERVICIOS, en tanto pagó el precio en los términos pactados, como dan cuenta la relación de pagos; (iv) los incumplimientos del consultor frente al plan de carga de los profesionales destinados a la consultoría, consulta al interventor sobre las dudas frente al alcance de la ejecución del contrato, a la realización de reuniones con el interventor al menos cada dos semanas, a la entrega de los informes de actividades, a la presentación de las hojas de vida del personal adicional de apoyo, a los objetivos frente a la banca de inversión y operadores regionales especializados, a los estudios de factibilidad sobre el proceso de transformación empresarial para los municipios que lo requirieran, a la definición e implementación del plan de compromisos, a la viabilidad de la entidad prestadora de servicios, a la capacitación y apoyo de cargue de la información al SUI (Sistema Único de Información de Servicios Públicos), a la puesta en marcha del fondo de solidaridad y redistribución de ingresos para los subsidios, al estudio de costos y tarifas de los servicios, al control interno, a la separación de contabilidades para cada servicio, a los mecanismos de peticiones, quejas y reclamos, al plan de cuentas definido por la Superservicios, a la implementación de la estratificación, al programa permanente de control de pérdida y agua no contabilizada, al comité de desarrollo de control social, al programa de gestión integral de residuos sólidos que se debía entregar a la C.A.R., a las obligaciones del área administrativa, comercial, financiera y operativa de la consultoría, a la actualización de la línea de indicadores de gestión, a la evaluación, seguimiento y monitoreo de la gestión empresarial, al programa de cultura del agua, a la capacitación en fontanería y operación de plantas de tratamiento, al tema del componente de proyectos e inversiones, al tema ambiental, a las actividades en los instrumentos de planificación sectorial, a los permisos y concesiones, a los proyectos de conservación de fuentes de agua, a la entrega del software y hardware para la continuación del Programa de Aguas del departamento del Cauca y a la implementación de tecnologías alternativas.

Igualmente, con base en los incumplimiento descritos anteriormente propuso las excepciones de (iv) de contrato no cumplido, (v) ausencia de causa para solicitar el pago y (vi) la inexistencia de la obligación; también (vii) la falta de legitimación de los convocantes, en tanto no demostró su correlativo cumplimiento; (viii) la obligatoriedad de los pliegos de condiciones, y la (ix) compensación, por cuanto la convocante adeudaba a la convocada la suma $1.050.227.367, por concepto de anticipo no amortizado.

**1.5.2. La demanda de reconvención**

El 2 de enero de 2014 (fl. 163, c. ppal 1, Tomo I), EMCASERVICIOS presentó demanda de reconvención en contra del consorcio Gerencia PDA Cauca[[1]](#footnote-1) con las siguientes pretensiones (fls. 229 y 230, c. ppal 1, Tomo I):

*PRIMERA. Declarar que el contrato de consultoría n. 101 de 2010 entre la EMPRESA CAUCANA DE SERVICIOS PÚBLICOS, EMCASERVICIOS S.A., E.S.P., y las sociedades ESTUDIOS TÉCNICOS S.A., BONUS S.A. y C.B. INGENIEROS S.A., fue celebrado el 17 de septiembre de 2010.*

*SEGUNDA. Declarar que el contrato de consultoría n.° 101 de 2010, de 17 de septiembre de 2010, celebrado entre la EMPRESA CAUCANA DE SERVICIOS PÚBLICOS, EMCASERVICIOS S.A., E.S.P., y las sociedades ESTUDIOS TÉCNICOS S.A.S., BONUS S.A. Y C.B. INGENIEROS S.A., fue incumplido por estas últimas sociedades convocadas en reconvención.*

*TERCERA. Condenar a las sociedades ESTUDIOS TÉCNICOS S.A.S., BONUS S.A. Y C.B. INGENIEROS S.A. a pagar a EMCASERVICIOS S.A., E.S.P., la cantidad de mil setecientos sesenta millones quinientos treinta y ocho mil ciento cuarenta y ocho pesos ($1.760.538.148), moneda colombiana, a título de indemnización compensatoria, por el incumplimiento de las obligaciones a su cargo, en el contrato n.° 101 de 2010.*

*CUARTA. Condenar a las sociedades ESTUDIOS TÉCNICOS S.A., BONUS S.A. Y C.B. INGENIEROS S.A. a pagar a EMCASERVICIOS S.A., E.S.P., la cantidad de mil cincuenta millones doscientos veintisiete mil trescientos sesenta y siete pesos ($1.050.227.367), moneda colombiana, a título de reintegro del anticipo del precio que no fue amortizado.*

*QUINTA. Condenar a las sociedades ESTUDIOS TÉCNICOS S.A., BONUS S.A. Y C.B. INGENIEROS S.A. a pagar a EMCASERVICIOS S.A., E.S.P., a título de lucro cesante, los intereses de mora a la tasa máxima equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado de las condenas correspondientes a las declaraciones tercera y cuarta, relativas a la indemnización compensatoria y reintegro de anticipo, de conformidad con el inciso 2 del numeral 8 del art. 4 de la Ley 80 de 1993, por el incumplimiento de las obligaciones y por las prestaciones cumplidas en forma imperfecta, y reintegro del anticipo no amortizado, del contrato n.° 101 de 2010. Los intereses de mora hasta la presentación de esta demanda de reconvención se han calculado en la cantidad de trescientos noventa y nueve millones ochocientos veintidós mil quinientos ochenta y tres pesos ($399.822.583), moneda colombiana.*

*SEXTA. Condenar a las sociedades ESTUDIOS TÉCNICOS S.A.S., BONUS S.A. Y C.V. INGENIEROS S.A., a pagar en favor de la sociedad EMCASERVICIOS S.A., E.S.P., el valor de la cláusula penal pecuniaria, por la cantidad de trescientos noventa y nueve millones ochenta y seis mil cuatrocientos pesos ($399.086.400) moneda colombiana, estipulada en el contrato n.° 101 de 2010, cláusula décima cuarta.*

*SÉPTIMA. Condenar a las sociedades ESTUDIOS TÉCNICOS S.A., BONUS S.A. Y C.B. INGENIEROS S.A. a pagar en favor de la sociedad EMCASERVICIOS S.A., E.S.P., las costas, gastos y agencias en derecho, por el proceso arbitral.*

*OCTAVA. Ordenar que el pago de las condenas antes citadas se realice inmediatamente se profiera el respectivo laudo arbitral y este quedo ejecutoriado, y se paguen intereses de mora a la tasa máxima legal más alta a partir de este momento.*

Las pretensiones se sustentan en una situación fáctica similar a la expuesta en la demanda que originó el procedimiento arbitral, sólo que se apoyó en los incumplimientos e imputaciones contenidas en la contestación de la demanda de la convocada (fls.164 a 228, c. ppal 2). En consecuencia, la Sala se releva de volver sobre la cuestión fáctica, en tanto ya es de pleno conocimiento.

**1.6. La contestación de la demanda de reconvención**

El consorcio Gerencia PDA Cauca (fls. 262 a 281, c. ppal 1, Tomo I) se opuso a las pretensiones de la demanda de reconvención. Sostuvo que la EMCASERVICIOS, así como las demás autoridades del departamento del Cauca, intentaron imputarle a la consultoría todos los problemas de servicios públicos de la región. Igualmente, insistió en los fundamentos de su demanda para desvirtuar los fundamentos de la reconvención. Propuso como excepciones, para lo aseveró el estricto apego a las obligaciones contractuales, las siguientes: (i) el cumplimiento del objeto contractual; (ii) la inexistencia de incumplimiento; (iii) la inexistencia del derecho pretendido por la demandante; (iv) la inexistencia de los elementos que estructuran la responsabilidad contractual, y (vi) de contrato no cumplido.

De igual forma excepcionó (v) la inexistencia de daño indemnizable, en tanto resultaban fundadas las pretensiones económicas de la demanda; (vii) la culpa de la víctima, en tanto fue la falta de colaboración de la demandada, la cual dio al traste con la suerte del contrato; (viii) el hecho de un tercero, toda vez que la información requerida para la consultoría no fue suministrada por los alcaldes ni las empresas de servicios; (ix) la contradicción de sus propios actos, en tanto EMCASERVICIOS recibió a satisfacción los servicios prestados; (x) la falta de planeación, toda vez que la demandante no planificó la ejecución del contrato; (xi) la interpretación unilateral del contrato, por cuanto los incumplimientos que se le imputan son consecuencia de las diferencias interpretativas de las partes sobre el debido contractual; (xii) la falta de colaboración de la demandante, (xiii) y la compensación, en tanto de resultar sumas a favor de EMCASERVICIOS se deberán compensar con los adeudados al consultor.

**1.7. Llamamiento en garantía**

1.7.1.EMCASERVICIOS llamó en garantía a Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., teniendo en cuenta que aseguró el cumplimiento del contrato consultoría n.° 101 del 17 de septiembre de 2010, aquí en estudio, con la póliza n.° 2101310000215 del 25 de septiembre de 2010 (fls. 1 a 61, c. 3, llamamiento en garantía). Como pretensiones se formularon las siguientes (fls. 55 y 56, c. 3, llamamiento en garantía):

*PRIMERA. Declarar que MAPFRE SEGUROS queda vinculada al proceso arbitral de la referencia, en razón de los seguros contenidos en la póliza n.° 2101310000215 de 25 de septiembre de 2010, expedida por la misma aseguradora, en desarrollo del contrato n.° 101 de 2010, celebrado entre EMCASERVICIOS S.A., E.S.P. y las sociedades ESTUDIOS TÉCNICOS S.A., BONUS BANCA DE INVERSIÓN S.A. Y ECON S.A., esta última sociedad cedente de la sociedad CB INGENIEROS S.A.*

*SEGUNDA. Condenar a la sociedad MAPFRE SEGUROS a pagar a EMCASERVICIOS, en razón de los seguros contenidos en la póliza n.° 2101310000215 de 25 de septiembre de 2010, que garantizan la ejecución del contrato n.° 101 de 17 de septiembre de 2010, celebrado entre la EMPRESA CAUCANA DE SERVICIOS PÚBLICOS, EMCASERVICIOS S.A., E.S.P., y las sociedades ESTUDIOS TÉCNICOS S.A., BONUS S.A. y C.B. INGENIEROS S.A., la cantidad de setecientos noventa y ocho millones ciento setenta y dos mil ochocientos pesos ($798.172.800), moneda colombiana, a título de indemnización por el incumplimiento de las obligaciones a cargo de las sociedades citadas, convocadas en la demanda de reconvención, y la cláusula penal pecuniaria convenida en el mencionado contrato en la cláusula décima cuarta.*

*TERCERA. Condenar a la sociedad MAPFRE SEGUROS a pagar a EMCASERVICIOS, en razón de los seguros contenidos en la póliza n.° 2101310000215 de 25 de septiembre de 2010, que garantizan la ejecución del contrato n.° 101 de 17 de septiembre de 2010, celebrado entre la EMPRESA CAUCANA DE SERVICIOS PÚBLICOS, EMCASERVICIOS S.A., E.S.P., y las sociedades ESTUDIOS TÉCNICOS S.A., BONUS S.A. y C.B. INGENIEROS S.A., la cantidad de mil cincuenta millones doscientos veintisiete mil trescientos sesenta y siete peso ($1.050.227.367), moneda colombiana, a título de reintegro del anticipo del precio que no fue amortizado por las sociedades ESTUDIOS TÉCNICOS S.A., BONUS S.A. y C.B. INGENIEROS S.A., según el contrato n.° 101 de 17 de septiembre de 2010, celebrado con la EMPRESA CAUCANA DE SERVICIOS PÚBLICOS, EMCASERVICIOS S.A., E.S.P.*

*CUARTA. Condenar a la sociedad MAPFRE SEGUROS, en razón de los seguros contenidos en la póliza n.° 2101310000215 de 25 de septiembre de 2010, que garantizan la ejecución del contrato n.° 101 de 14 de septiembre de 2010, celebrado entre la EMPRESA CAUCANA DE SERVICIOS PÚBLICOS, EMCASERVICIOS S.A., E.S.P., y las sociedades ESTUDIOS TÉCNICOS S.A., BONUS S.A. y C.B. INGENIEROS S.A., a pagar a EMCASERVICIOS, la cantidad de setecientos noventa y ocho millones ciento setenta y dos mil ochocientos pesos ($798.172.800), moneda colombiana, a título de indemnización por la mala calidad e insuficiencia de los productos que fueron entregados parcialmente por las sociedades ESTUDIOS TÉCNICOS S.A., BONUS S.A. y C.B. INGENIEROS S.A., según contrato n.° 101 de 2010 celebrado con la empresa EMCASERVICIOS.*

*QUINTA: Condenar a la sociedad MAPFRE SEGUROS a pagar a EMCASERVICIOS, los intereses de mora a la tasa máxima legal sobre las condenas correspondientes a las declaraciones segunda, tercera y cuanta, de estas pretensiones. A fecha de presentación de este llamamiento en garantía, por este concepto es la cantidad de trescientos setenta y seis millones cuatrocientos sesenta y cinco mil quinientos treinta y seis pesos ($376.465.536), moneda colombiana.*

1.7.2. El 12 de marzo de 2014, el Tribunal admitió el llamamiento en garantía (fl. 281 y 282, c. ppal 1, Tomo II).

1.7.3. La llamada en garantía (fls. 101 a 120, c. 3, llamamiento en garantía) contestó en el sentido de advertir que el contratista negó el incumplimiento y, además, se desconoció la cláusula de garantía, toda vez que no se le informó sobre las modificaciones del contrato. Con base en lo anterior, propuso como excepciones (i) el incumplimiento del afianzado y del asegurado; (ii) causa extraña, toda vez que de aceptarse que el incumplimiento, este ocurrió por situaciones imputables a EMCASERVICIOS, a terceros o imprevisiones; (iii) cobro de lo no debido, en tanto no hay pruebas que respalden el llamamiento; (iv) indeterminación de los perjuicios reclamados; (v) el límite de amparos y deducible; (vi) compensación entre asegurado y afianzado, y (vii) la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro.

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

El 26 de mayo de 2014, el Tribunal de Arbitramento se declaró competente para conocer del asunto (fls. 328 y 329, c. ppal 1, Tomo II), en tanto las controversias planteadas están dentro de la cláusula compromisoria pactada en el contrato de consultoría n.° 101 de 2010 y, además, son de carácter económico y transigible. La anterior decisión fue notificada en estrados dentro de la mencionada audiencia y quedó en firme (fl. 329, c. ppal 1, Tomo II).

**1.9. El laudo arbitral recurrido**

1.9.1. El 26 de agosto de 2015, el Tribunal de Arbitramento dictó el laudo correspondiente al presente asunto (fls. 1 a 139, c. ppal del recurso de anulación).

El Tribunal, en el Capítulo I, Antecedentes, precisó las partes del proceso arbitral, la designación de los árbitros, el trámite arbitral (instalación, admisión, notificación de la demanda y de la reconvención, contestaciones, primera audiencia de trámite, pruebas, alegatos, duración del proceso), pretensiones y hechos de la demanda, la reconvención y el llamamiento en garantía y traslados.

Más adelante, en el Capítulo 2, Consideraciones, el Tribunal analizó los presupuestos procesales. En seguida, estudió las pretensiones sobre la existencia y naturaleza jurídica del contrato, frente a lo cual concluyó que como obraba la copia del contrato de consultoría n.° 101 del 17 de septiembre de 2010 se imponía declarar probada su existencia y, por consiguiente, la prosperidad de la primera pretensión de la demanda de reconvención.

El Tribunal continuó con un desarrollo general del marco legal y reglamentario de las gerencias asesoras de los Planes Departamentales de Agua, el análisis de las estipulaciones relevantes del pliego de condiciones y del contrato de consultoría, la tipología contractual frente al objeto y las obligaciones asumidas por el consorcio contratista, la definición de si esas obligaciones eran de medio o resultado. Sobre esto último, concluyó que *“no es cierto que las obligaciones del consorcio fueran simplemente de medio y no de resultado, con la precisión de que el resultado esperado era la asesoría y el apoyo especializados, eficientes y ciertos para el Gestor del Plan Departamental de Aguad del departamento del Cauca –EMCASERVICIOS- en el cumplimiento de sus tareas”* (fl. 46, c. ppal del recurso de anulación).

Bajo el entendimiento arriba expuesto sobre el alcance de las obligaciones, el Tribunal emprendió el análisis del incumplimiento imputado al consorcio. Para el efecto, contrastó la pretensión segunda de la demanda y de la reconvención, en tanto en aquella se pidió declarar el cumplimiento del contratista mientras que en esta el incumplimiento de ese mismo extremo contractual. Con ese fin, revisó las posiciones de las partes y, después, hizo sus consideraciones sobre la cuestión con base en las pruebas que consideró relevantes para resolver. Entre las pruebas analizadas están las actas de reunión y las comunicaciones cruzadas entre las partes, los dictámenes periciales y los testimonios.

En ese punto de la cuestión, el Tribunal consideró que las obligaciones impuestas al contratista eran fáctica y jurídicamente posibles. En tal sentido, sostuvo que si bien se probó la entrega de los informes por parte del consultor, lo cierto es que la interventoría cuestionó tales productos desde el punto de vista técnico, lo cual trajo consigo la falta de conformidad y la no aprobación de los pagos. Igualmente, precisó que esas inconformidades suscitaron divergencias técnicas entre las partes, que consideró conveniente superar a través del peritaje obrante, prueba que confirmó el incumplimiento del consorcio consultor. En esa misma dirección, a juicio del Tribunal, los testimonios obrantes también dieron cuenta de las falencias del consultor. En esa dirección concluyó (fl. 95, c. ppal del recurso de anulación):

*En otras palabras, observa el Tribunal que la forma en que se ejecutó la consultoría por parte del consorcio fue poco diligente y, contrario a lo afirmado durante la ejecución del contrato y en el presente proceso, la falta de obtención de los resultados buscados en el Decreto 3200 de 2008 no fue consecuencia de hechos por fuera del control del Consorcio. En ese orden de ideas, no es admisible para el Tribunal el argumento de defensa en el sentido de que se trata de obligaciones de medio y no de resultado, no sólo por lo explicado antes al estudiar la naturaleza jurídica del contrato, sino por lo evidenciado en las pruebas recaudadas, en cuanto a que EMCASERVICIOS no recibió, de parte del consultor, el apoyo y la asesoría requerida y explicada de manera precisa en el pliego de condiciones.*

De otra parte, el Tribunal al estudiar la pretensión de incumplimiento formulada por el contratista en contra de EMCASERVICIOS precisó que recaían en dos cuestionamientos, el primero, el pago de los servicios ejecutados y, el otro, la planeación del contrato. Frente al primero, precisó que de acuerdo con la cláusula tercera del contrato de consultoría n.° 101 de 2010 la contratante debía pagar un anticipo del 50%, obligación frente a la cual las partes coincidieron en su cumplimiento. Ahora, esa cláusula también imponía unos pagos mensuales, para lo cual debían presentarse la factura y las actas parciales de recibo certificadas por el interventor. En relación con esta obligación, concluyó que los testimonios y las pruebas periciales daban cuenta de los incumplimientos del contratista, razón por la cual tampoco tenía derecho al pago correspondiente, en tanto este estaba sujeto a que se honrara la carga contractual impuesta, entendimiento que apoyó en la jurisprudencia de esta Sección.

Con relación a las obligaciones de planear el contrato, el Tribunal consideró que EMCASERVICIOS elaboró los estudios previos del concurso de méritos, con lo cual se entendía satisfecha la exigencia que la contratista echaba de menos.

En cuanto a las pretensiones de condena, el Tribunal sostuvo que toda vez que el consorcio no demostró el incumplimiento imputado a EMCASERVICIOS se imponía la negativa de los reconocimientos económicos; frente a las pretensiones económicas de la última, consideró (fls. 110 y 111, c. ppal del recurso de anulación):

*En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que atrás el Tribunal concluyó que el consorcio había cumplido con sus obligaciones contractuales, se hará efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada, mediante el siguiente procedimiento: (a) al valor neto del contrato, esto es, sin IVA, ($3.440.400.000), se le aplicará el porcentaje pactado a título de estimación anticipada de perjuicios (10%) para obtener un valor de $344.040.000; (b) respecto de la anterior suma se aplicará el porcentaje de avance en la ejecución del contrato (40%) para obtener un valor de descuento de $137.616.000, y (c) al valor de la cláusula penal ($344.040.000) se le descuenta el valor del porcentaje ejecutado ($137.616.000) para obtener un valor de $206.424.000 que será el valor por el cual se hará efectiva la pena pactada.*

*En consecuencia, el Tribunal condenará a los miembros del consorcio por concepto de la pena pecuniaria pactada en una suma que asciende a $206.424.000, valor que deberá ser actualizado desde la fecha de terminación del contrato (26 de octubre de 2012) hasta la fecha del laudo arbitral.*

Igualmente, el Tribunal ordenó devolver el saldo no amortizado del anticipo que equivalía a la suma de $1.050.227.367, debidamente actualizada; además, ordenó devolver los pagos que excedían lo realmente ejecutado por un valor de $294.321.117. A esta última suma le descontó el valor reconocido como cláusula penal pecuniaria, con el fin de evitar un doble pago. En consecuencia, el valor a reintegrar por este concepto por parte del consorcio contratista fue la suma de $87.897.177 (que resultó de restar $294.321.117 y $206.424.00).

En resumen se impusieron tres condenas: (i) $206.424.000 por concepto de cláusula penal pecuniaria; (ii) $1.050.227.367 por concepto de anticipo no amortizado, y (iii) $87.897.177 por concepto de perjuicios adicionales probados en el proceso, es decir, mayores valores pagados a lo ejecutado.

Frente a los intereses moratorios, los reconoció por cada una de las cifras anteriormente explicadas, en los términos del inciso segundo del numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993. Todos los calculó desde los últimos 66 días de 2012 hasta los 237 días corridos del 2015, sin que se explicará el por qué de esos extremos de la operación, claro está que la última fecha corresponde al término transcurrido por el año 2015 hasta el laudo.

Las condenas, incluidos los intereses moratorios, se totalizó en la suma de $1.940.550.499.

Más adelante, el Tribunal se pronunció expresamente sobre cada una de las excepciones propuestas por las partes, en línea con lo resuelto en la parte resolutiva.

Frente al llamamiento en garantía, el Tribunal analizó los amparos y exclusiones de la póliza. Concluyó que la falta de amortización del anticipo estaba amparada y que la suma asegurada cubría con creces la ordenada pagar en el laudo. En consecuencia, ordenó pagar al consorcio y a la aseguradora pagar solidariamente ese monto, junto con la actualización y los intereses moratorios; en cuanto al incumplimiento, señaló que si bien se modificaron las fechas de entrega de los informes, ello no comportó variación del contrato ni tampoco agravación del riesgo. De la misma forma, concluyó que ese riesgo y su monto estaban amparados, razón por la cual era procedente la misma condena solidaria. Finalmente, se pronunció respecto de todas las excepciones del llamado en el sentido de desestimarlas.

Finalmente, procedió a liquidar judicialmente el contrato en estudio, para lo cual citó fundamentos legales, jurisprudenciales y fácticos. En este punto, determinó que la liquidación arrojaba un saldo a favor de la contratante de $1.940.550.499, que corresponde a la condena impuesta.

1.8.2. El consorcio Gerencia P.D.A. Cauca y la llamada en garantía solicitaron aclaración, corrección y adición del laudo (fls. 608 a 633, c. ppal I, Tomo II). Mediante auto del 8 de septiembre de 2015, el Tribunal desestimó a la mayoría de adicionó el laudo en el sentido de desestimar la objeción grave formulado en contra del dictamen pericial rendido por el ingeniero Guillermo Moreno Becerra (fls. 140 a 143, c. ppal del recurso de anulación). De igual forma precisó que *“en cuanto a la fecha para hacer la actualización de los valores se utilizó la del último momento para hacer la amortización del anticipo, no la de la fecha de las erogaciones, pues dado el contenido de la obligación, ese fue el momento en que se configuró el incumplimiento contractual, que es el que da lugar a la aplicación de la metodología de actualización y liquidación de intereses”* (fl. 640, c. ppal 1, Tomo II).

**1.9. La impugnación**

Inconformes con la decisión tomada en el laudo arbitral, el 8 y 15 de octubre de 2015 Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. y el consorcio Gerencia P.D.A. Cauca formularon recurso de anulación y, para el efecto, propusieron como causales las contenidas en los numerales 7 y 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, la primera por ambos numerales y la otra sólo por el último. Esos numerales prescriben (fls. 144 a 169, c. ppal del recurso de anulación):

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

*9. Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.*

La sustentación y análisis de las causales aducidas (fls. 144 a 198, c. ppal del recurso de anulación), se hará en la parte considerativa de esta providencia.

**1.10. La intervención de la convocante**

La convocada se opuso a los recursos de anulación propuestos (fls. 204 a 218, c. ppal del recurso de anulación).

**II. CONSIDERACIONES**

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

**1. Competencia**

El Consejo de Estado es competente para conocer del presente recurso de anulación, en los términos del artículo 46 de la Ley 1563 de 2012[[2]](#footnote-2), normatividad aplicable al trámite arbitral en estudio[[3]](#footnote-3), en tanto el laudo arbitral impugnado fue proferido para dirimir un conflicto surgido con ocasión del contrato de consultoría n.° 101 del 17 de septiembre de 2010, en el que una de las partes, EMCASERVICIOS[[4]](#footnote-4), es una entidad pública[[5]](#footnote-5).

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

En la actualidad, el arbitraje quedó regulado en su integridad por la Ley 1563 de 2012, según lo dispone su artículo 119.

Según la referida ley, el laudo arbitral, esto es la de sentencia que profiere el Tribunal, puede ser en derecho, en equidad o técnico; sin embargo, 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 (artículo 1) y deberá ser institucional, es esto, administrado por un centro de arbitraje (artículo 2).

En ese orden, conforme a lo dispuesto en el inciso último del artículo 42 de la Ley 1563 de 2012[[6]](#footnote-6), el recurso extraordinario de anulación no puede utilizarse como si se tratara de una segunda instancia, razón por la cual no es admisible que por su intermedio se pretenda continuar o replantear el debate sobre el fondo del proceso[[7]](#footnote-7). En otros términos, a través del recurso de anulación no podrán revocarse determinaciones del Tribunal de Arbitramento basadas en razonamientos o conceptos derivados de la aplicación de la ley sustancial, al resolver las pretensiones y excepciones propuestas, así como tampoco por la existencia de errores de hecho o de derecho al valorar las pruebas en el asunto concreto, que voluntariamente se les sometió a su consideración y decisión.

Ahora, las causales de anulación para los arbitrajes nacionales quedaron reguladas en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, en nueve numerales. Por su parte, el artículo 43 *ejusdem*, frente a los efectos de las causales, dispone que cuando prospere cualquiera de las señaladas en los numerales 1 a 7 del artículo 41, se declarará la nulidad del laudo. En los demás casos, se corregirá o adicionará. Además, cuando se anule el laudo por las causales 1 o 2, el expediente se remitirá al juez que corresponda para que continúe el proceso a partir del decreto de pruebas, pero la prueba practicada dentro del proceso arbitral conservará su validez y tendrá eficacia, respecto de quienes tuvieron la oportunidad de controvertirla.

Igualmente, cuando se anule el laudo por las causales 3 a 7, el interesado podrá convocar un tribunal arbitral, en el que conservarán validez las pruebas debidamente practicadas, y en lo posible las actuaciones que no hubieren resultado afectadas por la anulación. Para el efecto, la solicitud de convocatoria deberá presentarse dentro de los tres (3) meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia que anule el laudo, con el fin de que se entienda interrumpida la prescripción o no opere la caducidad (el artículo 44 *ejusdem* prescribe el referido término). Asimismo, la sentencia que anule el laudo total o parcialmente cumplido, ordenará las restituciones a que hubiere lugar. En el evento de que el recurso no prospere se condenará en costas al recurrente, salvo que dicho recurso se presente por el Ministerio Público.

Finalmente, el laudo como la sentencia que resuelva sobre su anulación son susceptibles del recurso extraordinario de revisión por las causales y mediante el trámite señalado en el Código de Procedimiento Civil (artículo 45).

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

La Sala analizará las causales propuestas en el orden que la Ley 1563 de 2012 las enumera, así:

**3.1. Laudo en conciencia**

Esta causal se fundamentó en el numeral 7 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 que establece como causales del recurso de anulación, entre otras, la siguiente:

*Son causales del recurso de anulación: (…)*

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

**3.1.1. La sustentación**

Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. (fls. 144 a 158, c. ppal del recurso de anulación), que fue el único de los recurrentes que alegó este cargo, sostuvo que el Tribunal inaplicó el artículo 1061 del Código de Comercio y el la cláusula de garantía de la póliza n.° 2101310000215, que en su conjunto prohíben introducir modificaciones al contrato afianzado sin la notificación, consentimiento y expedición del respectivo certificado por parte de la aseguradora, so pena de dar terminado el contrato unilateralmente por parte de la última en mención.

Lo anterior se desconoció, a juicio de la recurrente, en tanto se equivocó el Tribunal al interpretar que a través de las actas de reunión del 20 de abril, 26 de julio y 28 de noviembre de 2011 las partes no introdujeron ninguna modificación del contrato, sino que simplemente se pusieron de acuerdo en una metodología y fecha de entrega de los informes; sin embargo, en el laudo se desconoció que la fecha de entrega de los informes estaban pactadas en la cláusula séptima del contrato y, por ende, acordar nuevas fechas suponía la modificación del acuerdo original. Incluso, sostuvo que el consorcio contratista en su demanda aceptó esas modificaciones al contrato.

Igualmente, la recurrente estimó que la agravación del riesgo no es una exigencia para que se de aplicación a la garantía regulada en el artículo 1061 del Código de Comercio, en tanto operaba por la simple omisión de informar a la aseguradora de cualquier cambio de la relación contractual, tal como lo ha entendido la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

De otra parte, la recurrente también se apartó de las conclusiones del laudo, cuando determinó que la llamada en garantía debía responder por la cobertura del anticipo, sin que se probara su no inversión, su uso o apropiación indebidos, ni siquiera el dictamen pericial pudo determinar esos tres escenarios.

**3.1.2. El alcance de la causal**

Analizados los criterios que determinan la causal de fallo en conciencia a la luz de la Ley 1563 de 2012, la Sala en reciente oportunidad[[8]](#footnote-8) precisó que existe una decisión en conciencia, cuando (i) la decisión no sea en derecho (entendido este último como todas aquellas fuentes jurídicas de las que se vale cualquier juez en su actividad judicial), (ii) o se funde exclusivamente en la equidad (aunque bien pudiera distinguirse esta última del fallo en conciencia[[9]](#footnote-9); sin embargo, no es esta la oportunidad para ocuparse de esa cuestión) o (iii) no se consideren las pruebas. Igualmente, (iv) hay limitaciones para determinar la ocurrencia de la causal en estudio, en tanto no es posible calificar la decisión de errada o deficiente o de revisar las interpretaciones de los árbitros, como cuando se solicita la verificación de una vía de hecho, distinta a la que supone un fallo en conciencia, o la revisión de los motivos[[10]](#footnote-10).

Con base en lo expuesto, la Sala entrará a estudiar el cargo propuesto.

**3.1.3. El caso concreto**

De entrada debe recordarse que son dos los argumentos que sustentan la causal en estudio, por un lado, el hecho de desconocerse la cláusula de garantía, entendida como la obligación de informar cualquier modificación al contrato original asegurado y, por otro, que se hizo efectivo el anticipo cuando ni siquiera se demostró su no inversión, su uso o apropiación indebidos.

3.1.3.1. Frente al desconocimiento de la cláusula de garantía, el Tribunal indicó que si bien se modificaron las fechas de entrega de los informes, ello no comportó variación del contrato ni tampoco agravación del riesgo. En efecto, en el laudo, después de analizar las actas del 20 de abril, 26 de julio y 28 de noviembre de 2011, se consignó (fls. 125 y 126, c. ppal del recurso de anulación):

*La entrega de informes se pactó para diferentes fechas dentro del plazo contractual de 24 meses, que se inició el 26 de octubre de 2010 y venció el 26 de octubre de 2012, o sea que se establecieron unas determinadas fechas que no afectaron en forma alguna la vigencia del plazo contractual ni tuvieron el efecto de una prórroga del mismo.*

*La fijación de las fechas anteriores para la entrega de informes, que no constituyen el cumplimiento de las actividades de asesoría y apoyo por parte de la Gerencia Asesora sino un simple registro de estas actividades con sus soportes, no tuvo el efecto de modificar el contenido de las prestaciones a cargo de la Gerencia Asesora ni el plazo contractual, pues dentro de este plazo debían cumplirse estas obligaciones contractuales. Dadas estas circunstancias, no puede argüirse que existe una agravación del riesgo, pues este se ha mantenido y conservado.*

*Agravar significa “aumentar el peso de algo, hacer que sea más pesado”, “hacer más grave o molesto de lo que era”, y si ese significado usual de la palabra agravar se traslada al campo jurídico, la fijación de fechas para la entrega de informes sobre el cumplimiento de una obligación contractual no altera el contenido prestacional de esta ni el plazo de su ejecución o cumplimiento.*

*Por las razones anteriores no existió obligación alguna de hacer notificaciones a la aseguradora en los términos del artículo 1060 del Código Comercio.*

De lo expuesto se pone en evidencia que existió un análisis probatorio de las actas del contrato, hasta el punto que se afirmó que en ellas se consignó un cambio en las fechas de entrega de los informes. El Tribunal después de revisar esas pruebas consideró que allí no se fijó una modificación del contrato, sino simplemente un reajuste de las fechas que no dio lugar a modificar el plazo total del contrato, hasta el punto que los referidos informes debieron rendirse dentro de ese mismo interregno.

De suerte que desde el punto de vista probatorio el laudo atacado tiene respaldo; cosa distinta es que se compartan las conclusiones del Tribunal, juicio que escapa al alcance del recurso de anulación. Tampoco se observa que la interpretación de los árbitros se apartara por completo o sin justificación de lo que indicaban las pruebas; por el contrario, lo que se observa es que el Tribunal dejó sentado su criterio frente a lo que las actas daban cuenta, es decir, el cambio de unas fechas en la entrega de los informes. En esos términos, mal haría en afirmarse que se desconoció lo que las pruebas evidenciaban, por el contrario se lo advirtió; distinto es que el Tribunal las valorara, de acuerdo con las reglas probatorias, en dirección diferente a la defendida por la recurrente.

Igualmente, el Tribunal apoyó sus conclusiones en el contenido de la póliza de seguros y lo dispuesto en el artículo 1060 del Código de Comercio, norma esta última que refiere a la obligación del asegurado y tomador de conservar el estado del riesgo, para lo cual deberán notificar por escrito al asegurador de los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que agraven o varíen el riesgo. De manera que es claro que también existió fundamento jurídico. Otra cosa, es que no se comparta el alcance interpretativo que le dio el Tribunal al contrato y la norma en comento.

En efecto, mientras que para la recurrente era indistinta la agravación del riesgo para que operara la cláusula de garantía invocada, para el Tribunal sí era fundamental, de acuerdo con el alcance que le dio al artículo 1060 del Código de Comercio. Lo anterior es suficiente para evidenciar que el laudo se dictó en derecho, en tanto definir la anterior cuestión supone adentrarse en una cuestión de raigambre jurídica. Igualmente, la misma discusión se imponía para determinar si el artículo 1060 o 1061 de la citada codificación regulaban instituciones diferentes o complementarias, sin que sean normas descontextualizadas frente a la discusión jurídica de fondo, sino todo lo contrario.

En los anteriores términos, el cargo no está llamado a prosperar.

3.1.3.2. Ahora, en lo que tiene que ver con la declaratoria del siniestro del manejo del anticipo, vale recordar lo expuesto en el laudo sobre el particular.

Después de analizar el contenido del contrato de consultoría n.° 101 de 2010, en cuya cláusula 10ª se exigió al contratista prestar garantía, con los amparos, entre de otros, de buen manejo y correcta inversión del anticipo, el Tribunal recordó que EMCASERVICIOS aprobó la póliza n.° 2101310000215 del 24 de septiembre de 2010, expedida por Mapfre, en la cual se consignó que el referido amparo tendría un valor asegurado de $1.995.432.000 y una duración hasta el 17 de enero de 2013. Igualmente, sobre esa póliza y el alcance de la misma, en laudo se consignó (fls. 123 a 125, c. ppal del recurso de anulación):

*Como anexo a dicha póliza de seguro, obra en el expediente las “Condiciones generales póliza única de cumplimiento a favor de entidades estatales”, las cuales, establecen, en lo que interesa a este proceso arbitral lo siguiente: (a) en el numeral 1.2, al referirse al amparo del anticipo, disponen las condiciones generales: “El amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo para la ejecución del contrato” (…). Finalmente, en lo que interesa al presente proceso arbitral, disponen lo siguiente las condiciones generales en materia de exclusiones:*

*2. Exclusiones*

*Los amparos previstos en la presente póliza no operarán en los casos siguientes:*

*2.1. Causa extraña, esto es la fuerza mayor o caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima (el asegurado).*

*2.2. Daños causados por el contratista a los bienes de la entidad destinados al contrato, durante la ejecución de este.*

*2.3. El uso indebido o inadecuado o la falta de mantenimiento preventivo a que esté obligada la entidad contratante.*

*2.4. El demérito o deterioro normal que sufran los bienes entregados con ocasión del contrato garantizado, como consecuencia del mero transcurso del tiempo.*

*c) Dentro del anterior contexto, el Tribunal destaca que al hacer análisis de las pretensiones de la demanda principal y de la demanda de reconvención llegó a la conclusión de que, de una parte, el consorcio no había amortizado el anticipo recibido en su totalidad y, de otra, que el consorcio incumplió el contrato generando con ello perjuicios a EMCASERVICIOS. Frente a esas dos conclusiones, el análisis que hace el Tribunal de cara a la póliza de seguro expedida por Mapfre Seguros es el siguiente:*

1. *En relación con la falta de amortización del anticipo, como ya lo expresó el Tribunal, las condiciones generales de la póliza de seguro expedida por Mapfre Seguros, en concordancia con el artículo 4.2.1. del Decreto 4828 de 2008 –vigente al momento de la celebración del contrato y la aprobación de la garantía- prevén que forma parte del objeto de la garantía, “la apropiación indebida que el contratista garantizado haga de los dineros o bienes que se le hayan entregado en calidad de anticipo para la ejecución del contrato”. En ese sentido, la falta de amortización completa del anticipo recibido forma parte de los amparos de la póliza de seguro, por lo cual la aseguradora Mapfre Seguros también es responsable por el valor del anticipo no amortizado, el cual asciende a la suma de $1.515.764.715, incluyendo actualizaciones e intereses moratorios.*

*Al respecto, el Tribunal precisa que como el monto amparado por este concepto asciende a la suma de $1.995.432, el valor de la condene a imponer no lo supera, por lo cual se condenará solidariamente al consorcio y a Mapfre Seguros a pagar el valor del anticipo no amortizado, junto con las actualizaciones e intereses moratorios liquidados por el Tribunal.*

De la simple lectura de lo citado, la Sala concluye que existen fundamentos probatorios y jurídicos. Efectivamente, el contrato de consultoría, así como la póliza de seguros, son pruebas documentales en los que el Tribunal basó su decisión. Igualmente, el artículo 4.2.1. del Decreto 4828 de 2008, sirvió de fundamento jurídico de la decisión cuestionada. Con base en lo anterior, el Tribunal consideró que la no amortización del anticipo constituyó en una apropiación indebida de ese dinero por parte del contratista y, por lo tanto, incluida dentro del amparo del buen manejo e inversión del anticipo.

Ahora, todo apunta a que lo que se cuestiona es la interpretación de los árbitros, materia vedada en este estadio. Para la recurrente, era insuficiente la no amortización del anticipo para concluir que se dio una indebida apropiación y, por consiguiente, resultaba improcedente declarar la ocurrencia del siniestro amparado; el Tribunal consideró lo contrario. Como se observa se tratan de puntos de vista diferentes. Ahora, sin que la Sala patrocine ninguno de ellos, lo que se desprende de la revisión del laudo es que las pruebas y las normas jurídicas aplicables y relevantes del caso centraron esa discusión, lo que pone de manifiesto que el laudo fue en derecho y no fruto de la íntima convicción de los árbitros o, en otras palabras, consecuencia del abandono de las pruebas y del derecho.

Finalmente, la Sala no puede dejar pasar por alto que a lo largo de la revisión del laudo se dejaron siempre consignados los fundamentos probatorios y jurídicos de cada una de las decisiones, lo cual pone en evidencia que la decisión cuestionada se produjo dentro del marco del derecho.

En los términos expuestos, se impone negar el cargo en estudio.

**3.2. Falta de congruencia**

Esta causal se fundamentó en el numeral 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 que establece como causales del recurso de anulación, entre otras, la siguiente:

*Son causales del recurso de anulación: (…)*

*9. Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.*

**3.2.1. La sustentación**

De entrada debe advertirse que ambos recurrentes fundaron su recurso de anulación en la causal en estudio. Por lo tanto, la Sala abordará cada uno de los fundamento por separado así:

3.2.1.1. Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. (fls. 158 y 159, c. ppal del recurso de anulación) sostuvo que el Tribunal se extralimitó en su condena porque calculó los intereses moratorios antes de la obligación, es decir, desde antes de la notificación del laudo. En tal sentido, precisó que, de acuerdo con el artículo 65 de la Ley 45 de 1990, la obligación del pago de intereses moratorios surge a partir de la mora y solo se causan desde la exigibilidad de la obligación y no antes. En tal sentido, recordó que en la pretensión quinta de EMCASERVICIOS no se indicó desde qué momento se debían reconocer los intereses moratorios, razón por la cual el Tribunal desbordó sus competencias al hacerlo desde el momento para hacer la amortización del anticipo, cuando lo correcto era desde la ejecutoria del laudo, toda vez que las obligaciones estaban en litigio.

3.2.1.2. El consorcio Gerencia P.D.A. Cauca sostuvo (fls. 162 a 198, c. ppal del recurso de anulación) que el Tribunal no se pronunció (i) sobre la excepción de no ir en contra de sus propios actos, que propuso en la contestación de la demanda de reconvención. Más adelante, señaló que si bien en laudo se negaron todas las excepciones propuestas por las demandadas, lo cierto es que *“es lacónico, insuficiente, ambiguo e incoherente, a tal punto que no se puede considerar como una “decisión”* (fl. 163, c. ppal del recurso de anulación).

(ii) También alegó que el Tribunal no se pronunció sobre la objeción por error grave formulada contra el dictamen pericial técnico del ingeniero Guillermo Moreno Becerra, la cual dejaba sin ningún sustento esa prueba ante la magnitud de los errores cometidos por los peritos. Igualmente, sostuvo que el laudo complementario del 8 de septiembre de 2015 sólo confirmó ese olvido y a su vez se constituyó en una forma de disfrazar la grosera violación a los derechos de defensa y contradicción, así como a las demás garantías constitucionales.

(iii) Por último, sostuvo que el Tribunal concedió unos intereses que no fueron pedidos. En efecto, en la pretensión quinta de la demanda de reconvención sólo se pidió para el incumplimiento y el pago del anticipo, no así sobre la cláusula penal pecuniaria.

**3.2.2. El alcance de la causal**

Frente a la causal de anulación de falta de congruencia de los árbitros, la jurisprudencia de esta Sección ha precisado[[11]](#footnote-11):

*[L]a competencia de los árbitros está atribuida por el pacto arbitral y enmarcada en los precisos límites fijados en la Constitución y la ley, competencia que se traduce en la facultad para conocer y pronunciarse en relación con la materia que voluntariamente las partes le han conferido a los árbitros que son investidos temporalmente de la calidad de jueces para administrar justicia en el caso concreto; también, es dable manifestar que el quebranto a esa regla de atribución por exceso, se encuentra tipificado como hecho pasible para la invocación de la causal prevista en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998[[12]](#footnote-12), dado que implica que la materia transigible sobre la cual decidieron los árbitros no fue objeto del pacto de compromiso por las partes, con lo cual se presenta, un fallo incongruente o una decisión extrapetita.[[13]](#footnote-13)*

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

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

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

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

Si bien es cierto que las anteriores precisiones se realizaron en vigencia de la normatividad precedente a la Ley 1563 de 2012, resultan igualmente extensivas a la normatividad vigente, en tanto la redacción de las normas resulta ser similar.

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

**3.2.3. El caso concreto**

3.2.3.1. La Sala iniciará su estudio con el reconocimiento de intereses moratorios, en el cual coinciden los dos recurrentes.

Mapfre sostuvo que el Tribunal debió reconocer los intereses moratorios desde la ejecutoria del laudo y no desde que consideró incumplida la obligación imputada al contratista, toda vez que en la pretensión quinta de la demanda de reconvención no se solicitó en esta última forma y, además, las obligaciones estaban en discusión y sólo quedaron en firme desde la ejecutoria del laudo.

Al respecto, la Sala advierte que se trata de una discusión de fondo sobre la forma en cómo el Tribunal decidió liquidar los intereses moratorios. En efecto, mientras para la recurrente se debió proceder desde la ejecutoria del laudo, el Tribunal lo hizo, según lo explicó al resolver las aclaraciones, adiciones y correcciones, desde el último día en que se debió amortizar el anticipo, toda vez que consideró que desde ese momento se verificó el incumplimiento contractual.

Para apoyar lo anterior, es preciso recordar las pretensiones de la demanda de reconvención, así:

*PRIMERA. Declarar que el contrato de consultoría n. 101 de 2010 entre la EMPRESA CAUCANA DE SERVICIOS PÚBLICOS, EMCASERVICIOS S.A., E.S.P., y las sociedades ESTUDIOS TÉCNICOS S.A., BONUS S.A. y C.B. INGENIEROS S.A., fue celebrado el 17 de septiembre de 2010.*

*SEGUNDA. Declarar que el contrato de consultoría n.° 101 de 2010, de 17 de septiembre de 2010, celebrado entre la EMPRESA CAUCANA DE SERVICIOS PÚBLICOS, EMCASERVICIOS S.A., E.S.P., y las sociedades ESTUDIOS TÉCNICOS S.A.S., BONUS S.A. Y C.B. INGENIEROS S.A., fue incumplido por estas últimas sociedades convocadas en reconvención.*

*TERCERA. Condenar a las sociedades ESTUDIOS TÉCNICOS S.A.S., BONUS S.A. Y C.B. INGENIEROS S.A. a pagar a EMCASERVICIOS S.A., E.S.P., la cantidad de mil setecientos sesenta millones quinientos treinta y ocho mil ciento cuarenta y ocho pesos ($1.760.538.148), moneda colombiana, a título de indemnización compensatoria, por el incumplimiento de las obligaciones a su cargo, en el contrato n.° 101 de 2010.*

*CUARTA. Condenar a las sociedades ESTUDIOS TÉCNICOS S.A., BONUS S.A. Y C.B. INGENIEROS S.A. a pagar a EMCASERVICIOS S.A., E.S.P., la cantidad de mil cincuenta millones doscientos veintisiete mil trescientos sesenta y siete pesos ($1.050.227.367), moneda colombiana, a título de reintegro del anticipo del precio que no fue amortizado.*

*QUINTA. Condenar a las sociedades ESTUDIOS TÉCNICOS S.A., BONUS S.A. Y C.B. INGENIEROS S.A. a pagar a EMCASERVICIOS S.A., E.S.P., a título de lucro cesante, los intereses de mora a la tasa máxima equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado de las condenas correspondientes a las declaraciones tercera y cuarta, relativas a la indemnización compensatoria y reintegro de anticipo, de conformidad con el inciso 2 del numeral 8 del art. 4 de la Ley 80 de 1993, por el incumplimiento de las obligaciones y por las prestaciones cumplidas en forma imperfecta, y reintegro del anticipo no amortizado, del contrato n.° 101 de 2010. Los intereses de mora hasta la presentación de esta demanda de reconvención se han calculado en la cantidad de trescientos noventa y nueve millones ochocientos veintidós mil quinientos ochenta y tres pesos ($399.822.583), moneda colombiana.*

*SEXTA. Condenar a las sociedades ESTUDIOS TÉCNICOS S.A.S., BONUS S.A. Y C.V. INGENIEROS S.A., a pagar en favor de la sociedad EMCASERVICIOS S.A., E.S.P., el valor de la cláusula penal pecuniaria, por la cantidad de trescientos noventa y nueve millones ochenta y seis mil cuatrocientos pesos ($399.086.400) moneda colombiana, estipulada en el contrato n.° 101 de 2010, cláusula décima cuarta.*

*SÉPTIMA. Condenar a las sociedades ESTUDIOS TÉCNICOS S.A., BONUS S.A. Y C.B. INGENIEROS S.A. a pgar en favor de la sociedad EMCASERVICIOS S.A., E.S.P., las costas, gastos y agencias en derecho, por el proceso arbitral.*

*OCTAVA. Ordenar que el pago de las condenas antes citadas se realice inmediatamente se profiera el respectivo laudo arbitral y este quedo ejecutoriado, y se paguen intereses de mora a la tasa máxima legal más alta a partir de este momento.*

De la lectura de la pretensión quinta se observa que los perjuicios morales se pidieron, incluso, su causación se calculó desde antes de la presentación de la demanda. En consecuencia, es inaceptable sostener que la pretensión limitó al juez a la liquidación de los intereses solamente desde la ejecutoria del laudo, cuando se observa que la pretensión sobre el particular fue abierta.

Ahora, es más claro que la cuestión tiene que ver con el fondo del asunto, si se observa que la cuestión se reduce a determinar el momento a partir del cual se debían reconocer los intereses moratorios. Frente al particular y para efectos meramente ilustrativos, es preciso recordar que esta Corporación, al interpretar las normas que regulan la materia, ha sido unánime en señalar que los intereses moratorios se reconocen a partir del momento en que se constituya en mora al deudor. Ahora, si bien frente a las obligaciones puras y simples, la jurisprudencia tuvo alguna postura divergente sobre el momento en que se configuraba la mora[[14]](#footnote-14), la posición actual descansa en que la mora se producirá al vencimiento del plazo tácito de treinta días contados a partir de la presentación de la respectiva cuenta de cobro respectiva[[15]](#footnote-15).

En el *sub lite*, mediante auto del 8 de septiembre de 2015, mediante el cual el Tribunal de Arbitramento resolvió varias solicitudes de aclaración, corrección y adición, dio sus explicaciones sobre la forma en cómo liquidó los intereses moratorios así: *“en cuanto a la fecha para hacer la actualización de los valores se utilizó la del último momento para hacer la amortización del anticipo, no la de la fecha de las erogaciones, pues dado el contenido de la obligación, ese fue el momento en que se configuró el incumplimiento contractual, que es el que da lugar a la aplicación de la metodología de actualización y liquidación de intereses”* (fl. 640, c. ppal 1, Tomo II).

De todo lo expuesto se desprende que no sólo hubo pretensión sobre los intereses moratorios en la demanda de reconvención, sin los límites alegados por la recurrente. Además, también es claro que este tipo de pretensiones impone al juez del contrato determinar desde cuando se deben esos intereses, toda vez que la constitución en mora es el presupuesto determinante para su reconocimiento, lo cual hizo el Tribunal, como quedó visto en el párrafo precedente, distinto es que se pueda compartir o no esas apreciaciones o si su motivación resulta defectuosa o insuficiente, situaciones que en esta sede no se puede revisar, además que no corresponde a la causal en estudio.

Además, tampoco es aceptable la posición del recurrente al sostener que el único momento para reconocer intereses moratorios es a partir de la ejecutoria del laudo. Lo anterior, por cuanto las obligaciones y su cumplimiento estaban determinados desde el mismo momento en que se pactaron, razón por la cual una vez verificada la mora resultaba procedente su declaración y el reconocimiento de los perjuicios consecuenciales. Ahora, si bien se ha admitido esa postura frente a la nulidad de los actos administrativos[[16]](#footnote-16), ello resulta ser una cuestión diferente, en tanto la presunción de legalidad que recae sobre esos actos jurídicos se conserva hasta antes de la ejecutoria de la sentencia judicial que la desvirtúa.

De otro lado, no le asiste razón al consorcio Gerencia P.D.A. Cauca cuando sostiene que el Tribunal concedió unos intereses que no fueron pedidos. En efecto, a su juicio, en la pretensión quinta de la demanda de reconvención sólo se pidió intereses moratorios para el incumplimiento y el pago del anticipo, no así sobre la cláusula penal pecuniaria. Al respecto, vale recordar las pretensiones pertinentes de la demanda de reconvención, así (fls. 229 y 230, c. ppal 1, Tomo I):

*PRIMERA. Declarar que el contrato de consultoría n. 101 de 2010 entre la EMPRESA CAUCANA DE SERVICIOS PÚBLICOS, EMCASERVICIOS S.A., E.S.P., y las sociedades ESTUDIOS TÉCNICOS S.A., BONUS S.A. y C.B. INGENIEROS S.A., fue celebrado el 17 de septiembre de 2010.*

*SEGUNDA. Declarar que el contrato de consultoría n.° 101 de 2010, de 17 de septiembre de 2010, celebrado entre la EMPRESA CAUCANA DE SERVICIOS PÚBLICOS, EMCASERVICIOS S.A., E.S.P., y las sociedades ESTUDIOS TÉCNICOS S.A.S., BONUS S.A. Y C.B. INGENIEROS S.A., fue incumplido por estas últimas sociedades convocadas en reconvención.*

*TERCERA. Condenar a las sociedades ESTUDIOS TÉCNICOS S.A.S., BONUS S.A. Y C.B. INGENIEROS S.A. a pagar a EMCASERVICIOS S.A., E.S.P., la cantidad de mil setecientos sesenta millones quinientos treinta y ocho mil ciento cuarenta y ocho pesos ($1.760.538.148), moneda colombiana, a título de indemnización compensatoria, por el incumplimiento de las obligaciones a su cargo, en el contrato n.° 101 de 2010.*

*CUARTA. Condenar a las sociedades ESTUDIOS TÉCNICOS S.A., BONUS S.A. Y C.B. INGENIEROS S.A. a pagar a EMCASERVICIOS S.A., E.S.P., la cantidad de mil cincuenta millones doscientos veintisiete mil trescientos sesenta y siete pesos ($1.050.227.367), moneda colombiana, a título de reintegro del anticipo del precio que no fue amortizado.*

*QUINTA. Condenar a las sociedades ESTUDIOS TÉCNICOS S.A., BONUS S.A. Y C.B. INGENIEROS S.A. a pagar a EMCASERVICIOS S.A., E.S.P., a título de lucro cesante, los intereses de mora a la tasa máxima equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado de las condenas correspondientes a las declaraciones tercera y cuarta, relativas a la indemnización compensatoria y reintegro de anticipo, de conformidad con el inciso 2 del numeral 8 del art. 4 de la Ley 80 de 1993, por el incumplimiento de las obligaciones y por las prestaciones cumplidas en forma imperfecta, y reintegro del anticipo no amortizado, del contrato n.° 101 de 2010. Los intereses de mora hasta la presentación de esta demanda de reconvención se han calculado en la cantidad de trescientos noventa y nueve millones ochocientos veintidós mil quinientos ochenta y tres pesos ($399.822.583), moneda colombiana.*

*SEXTA. Condenar a las sociedades ESTUDIOS TÉCNICOS S.A.S., BONUS S.A. Y C.V. INGENIEROS S.A., a pagar en favor de la sociedad EMCASERVICIOS S.A., E.S.P., el valor de la cláusula penal pecuniaria, por la cantidad de trescientos noventa y nueve millones ochenta y seis mil cuatrocientos pesos ($399.086.400) moneda colombiana, estipulada en el contrato n.° 101 de 2010, cláusula décima cuarta.*

De lo anterior se tiene que las dos primeras pretensiones fueron declarativas. La tercera y la cuarta condenatorias de los perjuicios causados. La primera por el incumplimiento y la segunda por el no pago del anticipo. La quinta se limitó a pedir intereses moratorios por las anteriores pretensiones, es decir, la tercera y cuarta. La sexta pidió el pago de la cláusula penal pecuniaria, pero sin mencionar nada sobre el reconocimiento de intereses moratorios.

Ahora, revisada la parte considerativa y resolutiva del laudo se tiene que se impusieron tres condenas: (i) $206.424.000 por concepto de cláusula penal pecuniaria; (ii) $1.050.227.367 por concepto de anticipo no amortizado, y (iii) $87.897.177 por concepto de perjuicios adicionales probados en el proceso, es decir, mayores valores pagados a lo ejecutado. Frente a cada una de esas sumas se reconocieron intereses moratorios.

De lo expuesto parecería que existe una incongruencia en el laudo atacado, toda vez que frente al reconocimiento del valor de la cláusula penal pecuniaria no se pidieron intereses moratorios; sin embargo, al leer las pretensiones segunda y quinta del llamamiento en garantía se observa que la pretensión que se echa de menos en el recurso en estudio sí fue formulada. En efecto, esas pretensiones son del siguiente tenor literal (fls. 55 y 56, c. 3, llamamiento en garantía):

*SEGUNDA. Condenar a la sociedad MAPFRE SEGUROS a pagar a EMCASERVICIOS, en razón de los seguros contenidos en la póliza n.° 2101310000215 de 25 de septiembre de 2010, que garantizan la ejecución del contrato n.° 101 de 17 de septiembre de 2010, celebrado entre la EMPRESA CAUCANA DE SERVICIOS PÚBLICOS, EMCASERVICIOS S.A., E.S.P., y las sociedades ESTUDIOS TÉCNICOS S.A., BONUS S.A. y C.B. INGENIEROS S.A., la cantidad de setecientos noventa y ocho millones ciento setenta y dos mil ochocientos pesos ($798.172.800), moneda colombiana, a título de indemnización por el incumplimiento de las obligaciones a cargo de las sociedades citadas, convocadas en la demanda de reconvención,* ***y la cláusula penal pecuniaria convenida en el mencionado contrato en la cláusula décima cuarta****. (…)*

*QUINTA: Condenar a la sociedad MAPFRE SEGUROS a pagar a EMCASERVICIOS,* ***los intereses de mora*** *a la tasa máxima legal sobre las condenas correspondientes a las declaraciones* ***segunda, tercera y cuarta****, de estas pretensiones. A fecha de presentación de este llamamiento en garantía, por este concepto es la cantidad de trescientos setenta y seis millones cuatrocientos sesenta y cinco mil quinientos treinta y seis pesos ($376.465.536), moneda colombiana* (se destaca)*.*

Como se observa existió una petición expresa frente a los intereses moratorios derivados de la cláusula penal pecuniaria, hasta el punto que en la parte resolutiva del laudo en estudio se resolvió en consecuencia (fl. 138, c. ppal del recurso de anulación):

*DÉCIMA. Condenar solidariamente las sociedades Estadios Técnicos S.A.S., Bonus S.A. y C.B. Ingenieros S.A. (integrantes del CONSORCIO GERENCIA PDA CAUCA), y a la sociedad MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA a pagar a favor de la Empresa Caucana de Servicios Públicos –EMCASERVICIOS S.A. E.S.P., la suma de DOSCIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES NOVECIENTOS VEINTISÉIS MIL CIENTO SESENTA Y NUEVE PESOS ($297.926.169), por concepto de la cláusula penal pecuniaria por la suma de doscientos seis cuatrocientos veinticuatro mil pesos ($206.424.000), más su correspondiente actualización monetaria e intereses, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.* ***En consecuencia, declarar que prosperan parcialmente la pretensión sexta de la demanda de reconvención, así como la pretensión segunda y quinta del llamamiento en garantía***(se destaca)*.*

De suerte que las pretensiones del llamamiento en garantía sí incluyeron la del reconocimiento de intereses moratorios sobre la cláusula penal pecuniaria; otra cosa será su procedencia, asunto de fondo frente al cual no le es dado pronunciarse al juez del recurso de anulación. Lo claro es que en el laudo se resolvió de conformidad con lo pedido.

Por lo expuesto no está llamado a prosperar el cargo en estudio.

3.2.3.2. El consorcio Gerencia P.D.A. Cauca también alegó que el Tribunal no se pronunció sobre la excepción de no ir en contra de sus propios actos, que propuso en la contestación de la demanda de reconvención. Más adelante, señaló que si bien en laudo se negaron todas las excepciones propuestas por las demandadas, lo cierto es que *“es lacónico, insuficiente, ambiguo e incoherente, a tal punto que no se puede considerar como una “decisión”* (fl. 163, c. ppal del recurso de anulación).

De entrada debe advertirse que el mismo recurrente aceptó que el Tribunal sí se pronunció sobre el particular, solo que consideró que su motivación fue deficiente. Al respecto, la Sala reitera que no es procedente bajo la causal en estudio revisar esas cuestiones ni tampoco en sede de este recurso. Lo anterior es suficiente para negar la prosperidad del cargo propuesta.

Igualmente, al revisar el laudo se tiene que si se resolvió sobre la excepciones propuestas por el consorcio. En efecto, el numeral primero de la sentencia dispuso negarlas de conformidad con las consideraciones del laudo (fl. 136, c. ppal del recurso de anulación) y en la parte considerativa se dijo sobre la excepción en estudio que de *“acuerdo con lo expuesto atrás al analizar las pretensiones de cumplimiento e incumplimiento del Consorcio y de EMCASERVICIOS, el Tribunal negará esta excepción, por cuanto encontró probado el incumplimiento por parte del consorcio que impide que el consultor reciba la totalidad de los honorarios inicialmente previstos”* (fl. 119, c. ppal del recurso de anulación).

Lo expuesto da cuenta que la deficiencia que advierte el recurrente no está probada.

3.2.3.2. Por último, el referido consorcio también echó de menos un pronunciamiento sobre la objeción por error grave formulada contra el dictamen pericial técnico del ingeniero Guillermo Moreno Becerra, la cual dejaba sin ningún sustento esa prueba ante la magnitud de los errores cometidos por los peritos. Igualmente, sostuvo que el laudo complementario del 8 de septiembre de 2015 sólo confirmó ese olvido y a su vez se constituyó en una forma de disfrazar la grosera violación a los derechos de defensa y contradicción, así como a las demás garantías constitucionales.

Sobre el particular debe señalarse que la adición de la sentencia resulta procedente cuando se omita resolver cualquier punto de *litis* que debiera ser resuelto (artículos 311 del Código de Procedimiento Civil, norma reproducida en el artículo 287 del Código General del Proceso y 39 de la Ley 1563 de 2012). Igualmente, es claro que la objeción por error grave es una cuestión reservada para la sentencia (artículos 238.6 del Código de Procedimiento Civil y 31 de la Ley 1563 de 2012). En consecuencia, se trata de un punto que bien puede ser objeto de una sentencia complementaria, como lo hizo el Tribunal.

En esos términos, es inadmisible sostener que el Tribunal omitió pronunciarse sobre el particular, en tanto si bien no lo hizo en el laudo, sí lo hizo a través del laudo complementario del 8 de septiembre de 2015 (fls. 140 a 143, c. ppal del recurso de anulación), oportunidad que el ordenamiento jurídico procesal tiene establecida para cuando ocurran ese tipo de omisiones. De esa forma mal haría en predicarse que se desconocieron las garantías constitucionales del recurrente, en tanto el procedimiento así lo permitía.

Ahora, es preciso llamar la atención que dentro de la fundamentación del recurrente se volvieron a exponer las razones para declarar probada la objeción por error grave en contra del consabido dictamen pericial; sin embargo, la revisión de esas cuestiones no sólo escapa al cargo en estudio sino también al recurso extraordinario propuesto.

En consecuencia, tampoco se encuentra demostrado el cargo en estudio.

**3.4. Costas**

Sobre la base de las consideraciones antes expuestas y merced a que los cargos formulados no prosperaron, se impone condenar en costas, en los términos del artículo 43 de la Ley 1563 de 2012.

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

En este punto, conviene precisar que no se aplica la regla de los recursos extraordinarios de los asuntos contenciosos administrativos (numeral 3.4.2.), en tanto refiere a los de súplica y revisión. En cuanto a estos últimos hay dos tipos de recursos de revisión: con cuantía y sin cuantía, con diferentes montos. En esos términos, sería imposible determinar cuál regla seguir, porque si es la de súplica serían 6 salarios mínimos, mientras que si es la revisión con cuantía, que corresponde a este tipo de asuntos, sería hasta el 10% de las pretensiones de la demanda. Por esa razón, la regla que resulta más acorde es la de los recursos de anulación de la jurisdicción civil. En consecuencia, atendiendo al principio de analogía, se aplicará esa tarifa[[17]](#footnote-17).

# Así las cosas, habida cuenta de que el apoderado de EMCASERVICIOS actuó ante esta Corporación (fls. 204 a 218, c. ppal del recurso de anulación), incluso presentó un escrito diferente por cada recurso, atendiendo a las calidades de esa intervención y el desgaste que ello supone, se fijarán las agencias en cinco (5) salarios mínimos mensuales vigentes para cada uno de los recurrentes. En consecuencia, las agencias en derecho a favor de EMCASERVICIOS y en contra de las recurrentes se fijan en la suma de $3.688.585[[18]](#footnote-18), para cada una de ellos.

Por último, para los fines legales correspondientes, téngase en cuenta el embargo de los depósitos judiciales decretado por el Tribunal Administrativo del Cauca por la suma de $970.275.249 dentro del proceso ejecutivo 2016-00027800 (fl. 349 a 351, c. ppal del recurso de anulación).

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

**FALLA**

**PRIMERO: DECLARAR** infundado el recurso de anulación interpuesto en contra del laudo arbitral del 26 de agosto de 2015, así como su providencia complementaria del 8 de septiembre del mismo año, proferido por el Tribunal de Arbitramento convocado para resolver las controversias surgidas entre el consorcio Gerencia P.D.A. Cauca y la Empresa Caucana de Servicios Públicos S.A. E.S.P., en el marco del contrato de consultoría n.° 101 del 17 de septiembre de 2010, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: FIJAR** las agencias en derecho en la suma de tres millones seiscientos ochenta y ocho mil quinientos ochenta y cinco pesos ($3.688.585) moneda corriente, para cada uno de los recurrentes.

**TERCERO**: En consecuencia de lo dispuesto en el anterior numeral, Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. y el consorcio Gerencia P.D.A. Cauca, o quienes lo integran, pagarán, cada una de ellas, la suma de tres millones seiscientos ochenta y ocho mil quinientos ochenta y cinco pesos ($3.688.585) moneda corriente a favor de la Empresa Caucana de Servicios Públicos S.A. E.S.P., EMCASERVICIOS.

**CUARTO:** Para los fines legales correspondientes, téngase en cuenta el embargo de los depósitos judiciales decretado por el Tribunal Administrativo del Cauca por la suma de $970.275.249 (fl. 349 a 351, c. ppal del recurso de anulación).

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

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**

Presidente

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

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO**

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de junio de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 11001-03-26-000-2016-00026-00(56344)**

**Actor: VALLAS Y AVISOS LIMITADA**

**Demandado: EMPRESA CAUCANA DE SERVICIOS PÚBLICOS**

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

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

Con el debido respeto por la posición mayoritaria, contenida en la providencia de 29 de junio de 2017, expongo las razones que me llevaron a aclarar el voto, en lo que tiene que ver la normatividad aplicable para liquidar las costas y agencias en derecho, cuando se declaran infundados los cargos del recurso de anulación.

En la sentencia se dispuso:

**"3.4. Costas**

Sobre la base de las consideraciones antes expuestas y merced a que los cargos formulados no prosperaron, se impone condenar en costas, en los términos del artículo 43 de la Ley 1563 de 2012.

Para el efecto, frente a las agencias en derecho, el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, en su artículo 60 establece las distintas tarifas, particularmente, en su numeral 1.12.2.3. regula la correspondiente al recurso de anulación de laudos arbitrales en la jurisdicción civil, fijándola en un monto de "Hasta veinte (20) salarios mínimos mensuales legales vigentes".

En este punto, conviene precisar que no se aplica la regla de los recursos extraordinarios de los asuntos contenciosos administrativos (numeral 3.4.2.), en tanto refiere a los de súplica y revisión. En cuanto a estos últimos hay dos tipos de recursos de revisión: con cuantía y sin cuantía, con diferentes montos. En esos términos, sería imposible determinar cuál regla seguir, porque si es la de súplica serían 6 salarios mínimos, mientras que si es la revisión con cuantía, que corresponde a este tipo de asuntos, sería hasta el 10% de las pretensiones de la demanda. Por esa razón, la regla que resulta más acorde es la de los recursos de anulación de la jurisdicción civil. En consecuencia, atendiendo al principio de analogía, se aplicará esa tarifa[[19]](#footnote-19).

Así las cosas, habida cuenta de que el apoderado de EMCASERVICIOS actuó ante esta Corporación (fis. 204 a 218, c. ppal. del recurso de anulación), incluso presentó un escrito diferente por cada recurso, atendiendo a las calidades de esa intervención y el desgaste que ello supone, se fijarán las agencias en cinco (5) salarios mínimos mensuales vigentes para cada uno de los recurrentes. En consecuencia, las agencias en derecho a favor de EMCASERVICIOS y en contra de las recurrentes se fijan en la suma de $3.688.585[[20]](#footnote-20), para cada una de ellos".

El artículo 19 de la Ley 1395 de 2010 prevé que procede la condena en costas "a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto". Así mismo, se dispondrá "en la sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a la condena", bajo la consideración de que "en la misma providencia se fijará el valor de las agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación".

El Acuerdo n.O 1887 de 26 de junio de 2003, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó las tarifas de Agencias en Derecho aplicables a los procesos judiciales.

Considero que, en el sub lite, se debió dar aplicación a las disposiciones de los artículos 5º y 6º de la mentada disposición, que autorizan fijar las agencias en derecho hasta en el 10% del valor de las pretensiones en el caso de los recursos extraordinarios ante esta jurisdicción -numeral 3.4.2.2.-. Esto, por tratarse de una norma especial. No el numeral 1.12.2.3, el cual, si bien regula lo concerniente a la anulación de laudos arbitrales, se refiere a los procesos ordinarios adelantados ante las jurisdicciones civil, comercial, agraria y de familia. Lo anterior, por tanto, afecta el monto liquidado por concepto de agencias en derecho.

En los términos anteriores dejo consignada mi aclaración.

Fecha ut supra.

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

**Consejera de Estado**

1. El Tribunal de Arbitramento mediante auto del 31 de enero de 2014 admitió la demanda de reconvención (fls. 259 y 260, c. ppal 1, Tomo I). [↑](#footnote-ref-1)
2. El inciso último de ese artículo prescribe: *“Cuando se trate de recurso de anulación y revisión de laudo arbitrales en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, será competente la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado”.* [↑](#footnote-ref-2)
3. Efectivamente, para cuando se presentó la solicitud de convocatoria del Tribunal, el 12 de junio de 2013 (fl. 1, c. ppal 1, Tomo I), la referida ley ya se encontraba en vigencia (esto último ocurrió a partir del 13 de octubre de 2012). Sobre el particular: Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 6 de junio de 2013, exp. 45.922, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. En esa oportunidad se dijo: *“Las disposiciones citadas, permiten a la Sala afirmar sin hesitación alguna que, en el ordenamiento jurídico colombiano la anulación de laudos arbitrales está instituido como un recurso judicial, de manera que, las características especiales de las cuales está dotado este medio de impugnación no pueden llevar a la conclusión equivocada según la cual se trata de una acción autónoma y por entero independiente del proceso arbitral en donde se profiere el laudo que será materia de la impugnación, pues, en tanto que participa de la naturaleza de recurso judicial, es claro que su interposición y ejercicio sólo puede darse dentro del proceso arbitral en donde se ha producido el laudo que mediante él será cuestionado y sin que el hecho de que otro juez conozca y decida la anulación mute su naturaleza de recurso en acción (…). // Esto significa, entonces que los procesos arbitrales iniciados con antelación a 12 de octubre de 2012 seguirán rigiéndose por las normas procesales que sobre la materia prescribe el Decreto compilatorio 1818 de 1998, lo que incluye, entonces, el régimen de oportunidad, interposición, trámite y causales del recurso de anulación de laudo arbitral, y, en sentido contrario, sólo se aplicará la normativa del Estatuto Arbitraje Nacional e Internacional (Ley 1563 de 2012) para las demandas arbitrales interpuestas después del 12 de octubre de 2012*”. [↑](#footnote-ref-3)
4. Según el artículo primero de los estatutos de EMCASERVICIOS, consignados en la escritura pública n.° 1.845 del 11 de agosto de 2009 de la Notaría Tercera de Popayán, a través de la cual también se constituyó la susodicha empresa, su naturaleza es la de una empresa de servicios públicos domiciliarios regional del orden departamental de carácter anónimo y oficial. Visto en: http://pdacauca.gov.co/images/Archivos-Descargables/ESTATUTOS.pdf. Consultada el 9 de junio de 2017.

 [↑](#footnote-ref-4)
5. Sobre el particular huelga recordar que de conformidad con el numeral 14.5. del artículo 14 de la Ley 142 de 1994 las empresas de servicios públicos oficiales son aquellas *“en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes”*. [↑](#footnote-ref-5)
6. Ese aparte es del siguiente tenor literal: *“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”*. [↑](#footnote-ref-6)
7. Este criterio fue acuñado de tiempo atrás por esta Corporación: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 8 de junio de 2006, exp. 29.476 y de la misma fecha, exp. 32.398, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-7)
8. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 26 de abril de 2017, exp. 55.852, M.P. Ramiro Pazos Guerrero. En esa oportunidad se hizo un extenso desarrollo de los criterios actuales para considerar que existe un laudo en conciencia, al cual la Sala se remite para efectos de evitar repeticiones innecesarias. [↑](#footnote-ref-8)
9. Vale mencionar que sobre la distinción entre un fallo en conciencia y uno en equidad, la doctrina nacional advierte un evidente desacuerdo en la jurisprudencia en la aplicación de estas dos nociones. Así lo pone de manifiesto: *“Sobre todo no es necesario* [se refiere a hacer la susodicha distinción] *porque, en realidad, no existe conexión necesaria, sino solo contingente, entre (i) la declaración del juez del recurso de una distinción entre los significados de “equidad” y “conciencia” o, en cambio, la declaración de una intercambiabilidad de significado entre ambos términos y (ii) la adaptación de una noción de PCE [Propiedad en Conciencia o en Equidad]. Que en un fallo el juez del recurso decida no distinguir entre el significado de “equidad” y “conciencia”, no significa que necesariamente ese juez adoptará una noción PCE específica (…)”*. MORENO CRUZ, Pablo y NAIZIR SISTAC, Juan Carlos, “Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo. La propiedad conciencia o equidad: cuatro usos jurisprudenciales”, p. 283, pie de página 47. En: *Recurso de Anulación de Laudos Arbitrales*, Ramiro Bejarano Guzmán, Aida Patricia Hernández Silva y Pablo Moreno Cruz (Editores), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016*.* [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de agosto de 2010, exp. 38.051, M.P. Gladys Agudelo Ordoñez. Estos mismos criterios han sido planteados en forma afirmativa, para definir cuándo se está ante un fallo en conciencia, así: *“En este contexto normativo y jurisprudencial debe entenderse que el fallo en conciencia se estructura a partir del cumplimiento de ciertos requisitos o presupuestos que se enuncian a continuación: // i) El contenido de la providencia debe evidenciar de manera manifiesta que se está decidiendo en conciencia y no en derecho. // ii) La decisión de los árbitros debe provenir de la aplicación del sentido común y la equidad, del juicio que haría un hombre justo, es decir, de su íntimo convencimiento. El juez tiene libertad en la apreciación de la pruebay hasta puede apartarse de ella, puesto que lo verdaderamente relevante, es su decisión en conciencia, en su íntima convicción. // iii) El fallo en conciencia está liberado del rigorismo de la tarifa probatoria, la carga de la prueba y el fundamento del derecho sustantivo. Precisamente por tener como asidero la íntima convicción, el sentido común, la prudencia y lo justo.Significa entonces, que el fallador puede apartarse de la prueba o valorarla libremente según su convicción moral íntima, e igualmente, puede no tener en cuenta las normas legales que regulan la materia para tomar sus decisiones, puesto que para fallar sólo debe consultar su conciencia, su íntimo convencimiento a la luz de la equidad. // iv) En el fallo en conciencia no hace falta explicar las razones que dan lugar a la decisión, es decir, éstas no son esenciales ni determinantes, lo cual se apoya en los principios de verdad sabida y buena fe guardada, propios de esta clase de decisión”.* [↑](#footnote-ref-10)
11. Consejo de Estado, Sección tercera, sentencia del 8 de junio de 2006, exp. 29.476, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Visto en: Sección Tercera, sentencia del 10 de junio de 2009, exp. 36.252, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-11)
12. Cita original: En Sentencia de 23 de agosto de 2001, Exp. 19090, C.P. María Elena Giraldo Gómez, la Sección se pronunció sobre el supuesto de hecho del numeral 4 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, el cual como se señaló es idéntico al establecido en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998. [↑](#footnote-ref-12)
13. Sentencia de 4 de abril de 2002, Exp. 20356, C.P. María Elena Giraldo Gómez. Igualmente, en Sentencia de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326, C.P. Daniel Suárez Hernández, se dijo: “*En el trámite arbitral la competencia de los árbitros y los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente, han de ser señalados de manera expresa, clara y taxativa por las partes. Son las partes quienes habrán de señalar las estrictas materias que constituyen el objeto del arbitramento. Si los árbitros hacen extensivo su poder jurisdiccional transitorio a temas exógenos a los queridos por las partes, atentarán contra el principio de congruencia, puesto que estarán decidiendo por fuera de concreto tema arbitral*.” [↑](#footnote-ref-13)
14. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, exp. 14.854, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. En esa ocasión, la Corporación sostuvo: “*Como corolario de lo anterior, debe precisarse que como el artículo 885 del Código de Comercio se encuentra regulando lo pertinente a obligaciones dinerarias no sometidas a plazo, es decir, aquellas denominadas puras y simples, tal disposición estableció un término referido exclusivamente a la exigibilidad de los intereses correspondientes, esto es los de índole remuneratoria, cuestión a la cual habrá lugar un mes después de presentada la cuenta de cobro, sin que la exigibilidad de tales intereses pueda entenderse en relación con los moratorios puesto que para tener derecho a estos la ley exige, como presupuesto, que el deudor se encuentre constituido en mora, mediante requerimiento judicial”.* [↑](#footnote-ref-14)
15. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de julio de 2008, exp. 23.003, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. En esa oportunidad, se concluyó: *“En consecuencia, una vez cumplido el objeto contractual por parte del contratista, tratándose de obligaciones puras y simples, es decir, aquellas en las cuales la obligación de pagar a cargo de la Administración no ha quedado sometida a plazo, la constitución en mora se producirá al vencimiento del plazo de treinta días contados a partir de la fecha de presentación de la correspondiente cuenta de cobro por el referido contratista”*. [↑](#footnote-ref-15)
16. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de septiembre de 2009, exp. 24.639, M.P. Myriam Guerrero de Escobar. Esta Corporación ha sostenido: “*Es claro que la sentencia es constitutiva de la obligación, puesto que con ella se introduce una estructura nueva en la relación jurídica, creándola, modificándola o extinguiéndola, es decir que para producir dicha situación nueva resulta indispensable dictar la sentencia. En otras palabras solo con la sentencia, el ISS se convierte en deudor y GRANAHORRAR en acreedor y es este el momento en que nace la obligación y, por lo tanto, no habría lugar al reconocimiento de intereses corrientes bancarios y mucho menos moratorios, como lo pretende la parte actora, toda vez que al momento en que la multa fue pagada por GRANAHORRAR, el ISS no tenía obligación de restitución alguna a su cargo, única razón para que procediera el reconocimiento de los frutos civiles, desde esa época”.* [↑](#footnote-ref-16)
17. Dicho Acuerdo en su artículo quinto dispone: *“****Analogía.*** *Los asuntos no contemplados en este acuerdo se regirán por las tarifas establecidas para asuntos similares, incluyendo los asuntos que conocen las autoridades administrativas en ejercicio de funciones judiciales”.* [↑](#footnote-ref-17)
18. Para el 2017 el smlmv es de $737.717.oo. [↑](#footnote-ref-18)
19. Dicho Acuerdo en su artículo quinto dispone: "Analogía. Los asuntos no contemplados en este acuerdo se regirán por las tarifas establecidas para asuntos similares, incluyendo los asuntos que conocen las autoridades administrativas en ejercicio de funciones judiciales". [↑](#footnote-ref-19)
20. [ Para el 2017 el smlmv es de $737.717.oo] [↑](#footnote-ref-20)