

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION - Fallo en derecho - Objeto

En este asunto, como ya se dijo, la convocada pide que se anule el laudo arbitral proferido el 20 de mayo de 2011 porque a su juicio se incurrió en el vicio de haber fallado en conciencia cuando ha debido ser en derecho. El sustento de la causal se sintetiza en que las pretensiones se encaminaban a la declaratoria de responsabilidad contractual de la convocada y su consecuente condena a reparar los perjuicios por haber incurrido en la conducta reprochada. Que resulta claro que tratándose de un contrato administrativo el que se reputa incumplido, en el que se encuentra inmersa la satisfacción de un interés público, no es posible solicitar de plano la resolución del contrato, sino exigir el cumplimiento con la indemnización de perjuicios, como lo hizo la sociedad convocante, por lo que estando acreditado el incumplimiento contractual, la aplicación de una consecuencia jurídica diferente, distanciaría la decisión del Tribunal de una decisión en derecho y la pondría en el marco de la equidad.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION - Efectos- Constitución

Siendo obligatoria la sujeción a dichos estudios por las partes del contrato, el no otorgar en arrendamiento las locomotoras y el equipo rodante a la recurrente constituye en derecho un incumplimiento contractual, del que además de declararse su existencia por el Tribunal, debió ordenarse la reparación de los perjuicios que haya generado, proceder que al no adoptarse por el fallador lleva a concluir que la decisión se basó en conciencia y no en derecho.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION - Causal sexta

Las razones que esgrime no configuran o estructuran la causal 6ª, toda vez que no apuntan a demostrar que los árbitros no motivaron su decisión, o que prescindieron totalmente de consideraciones jurídicas o probatorias, o que inaplicaron la ley por considerarla inícuo o que conducía a una situación inequitativa, o que buscaron la solución del caso por fuera del ámbito de la ley. Lo que hace el impugnante tal como lo advierte el Agente del Ministerio Público, es controvertir la decisión de fondo, pretendiendo que se surta una nueva valoración probatoria y se apliquen las disposiciones legales de manera diferente, lo cual resulta contrario a la técnica que gobierna el recurso extraordinario. Esta manera de plantear el asunto por el recurrente determina, como ya se dijo, que el cargo resulte impróspero porque el recurso de anulación por ser extraordinario sólo puede cimentarse en las causales que la ley ha previsto de manera taxativa y en consecuencia el ataque al laudo que se apoye en causal distinta debe ser rechazado por improcedente.

ERRORES ARITMETICOS DEL LAUDO ARBITRAL – Fundamento

Que como lo estableció el Tribunal de arbitramento los riesgos que debía asumir TREN DE OCCIDENTE eran los normales, por lo que no se explica la decisión del Tribunal de desestimar las pretensiones de la demanda porque con ello se condena al contratista a asumir riesgos anormales o ajenos a su alcance, como es la asunción del desequilibrio, que fue generado por incumplimiento de INCO a la obligación de entregar predios, incumplimiento que reconoció la entidad en el contrato de transacción de 31 de julio de 2002. Que dentro de las obligaciones asumidas por TREN DE OCCIDENTE S.A., como contratista, estaba la de operar la infraestructura que comprendía “la Terminal de Transferencia de Carga que se construya en la Felisa”, que como bien se evidencia en la decisión del Tribunal no pudo ejecutarse por el contratista, pero utilizando razonamientos que desconocen la realidad no solo procesal sino material llevándolo a una contradicción en el laudo, por cuanto endilga el riesgo del incumplimiento de las obligaciones de la contratante a la contratista, en particular respecto de su obligación de hacer entrega de los predios necesarios para la efectiva operación del contrato de concesión y de las consecuencias que la materialización de dicho riesgo traen aparejadas.(...) se echa de menos la demostración de que en la parte resolutive del laudo se incurrió en una contradicción, puesto que del contexto del laudo arbitral se desprende que hay coherencia en lo que allí se dispuso, pues de una parte al estudiar “los riesgos en el contrato de concesión”, concluyó el Tribunal que el cocontratante debe soportar, como en todo contrato, el riesgo normal propio de cualquier negocio y no debe cargar con un riesgo anormal, que lo privaría de las ganancias razonables que hubiera obtenido si la relación contractual hubiera podido cumplirse en las condiciones tenidas en cuenta inicialmente, y así se dispuso en el numeral 3º de la parte resolutive. Pero a renglón seguido el mismo Tribunal consideró que si bien es cierto se demostró en el caso concreto la existencia de un déficit resultante en la operación comercial a terceros, ese hecho se originó por culpa de la sociedad contratista y no por hechos ajenos y externos a las partes, ni imputable a la entidad convocada, pues dicho desbalance tuvo por causa la propia culpa de la sociedad concesionaria debido a su ineficiente gestión comercial, como quiera que no incorporó al proyecto los recursos que se requerían a efectos de garantizar al menos una debida estructura operativa que atendiera la demanda de carga existente, en proporción a la

capacidad máxima de la red concesionada y como consecuencia de ello era lógico que se desestimaran las pretensiones de la demanda.

ERROR ARITMETICO - Configuración

La Sala también ha recalcado que en tratándose de esta causal debe cumplirse con el requisito de procedibilidad en ella contemplado, toda vez que «...cuando la norma alude a la reclamación oportuna de tales irregularidades ante el Tribunal de Arbitramento, debe entenderse que aquella reclamación debe efectuarse dentro de los cinco días siguientes a la expedición del laudo arbitral, contemplados en el artículo 36 del decreto ley 2.279 de 1989, días en los cuales se puede pedir la aclaración, la corrección y/o la complementación del mismo laudo... y que la contradicción del laudo para que sea anulable, debe buscarse entre las disposiciones contenidas en la parte resolutive y no entre ésta y la motiva o solo en esta última, salvo en condiciones muy particulares en que se torna imposible prescindir de la parte motiva. [...] la procedencia de la causal del numeral 7º artículo 38 del Decreto ley 2279 de 1989, en cuanto a su último supuesto está condicionada¹ a que: [i] se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento; [ii] las contradicciones que se alegan estén presentes en la parte resolutive del laudo; y [iii] determinen la imposibilidad de ejecutar sustancialmente la decisión contenida en la parte resolutive. resulta claro que las razones que se aducen no configuran el error aritmético o disposiciones contradictorias que se alega al amparo de la causal 7ª y por consiguiente este cargo también está llamado a fracasar. Por último, como la causal 8ª que se esgrime no se sustentó debidamente y, la impugnación del laudo por la vía del recurso de anulación supone que se cimente en las causales previstas en la ley, como ya se dijo, pero además que se sustente, ésta igualmente debe declararse impróspera.»

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION "C"

Consejera ponente: OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

Bogotá, D.C., primero (01) de febrero de dos mil doce (2012)

Radicación número: 11001-03-26-000-2011-00029-00(41264)

Actor: TREN DE OCCIDENTE S.A

Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES

Referencia: RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN

Procede la Sala a resolver el recurso de anulación interpuesto por la sociedad **TREN DE OCCIDENTE S.A.** contra el laudo arbitral del 20 de mayo de 2011 proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido con el fin de dirimir las controversias surgidas entre la referida sociedad y el **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO-**, con ocasión del contrato de Concesión de

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 14 de abril de 2005, Exp. 25.489. En similar sentido sentencia 6 de junio de 2002, Exp. 20634.

Infraestructura y de Obras de Conservación de la Red Pacífica No 09-CONP-98 celebrado el 18 de diciembre de 1998.

I. ANTECEDENTES

1. La **Empresa Colombiana de Vías Férreas – FERROVÍAS-** abrió mediante Resolución No 0102 de 11 de febrero de 1998, el proceso de licitación pública No 001-98 a fin de seleccionar un concesionario para la *“celebración de un contrato estatal de concesión, con el objeto de que el concesionario a quien se le adjudique el contrato adelante la rehabilitación, conservación, operación, y explotación de la infraestructura de transporte férreo de carga de la red Pacífica, en los términos prescritos en los artículos 32 de la Ley 80 de 1993, 30 de la Ley 105 de 1993, 81 de la ley 336 de 1997 y los decretos reglamentarios, y de acuerdo con las condiciones y requisitos previstos en el presente pliego”*.

2. Con fundamento en los pliegos de condiciones, **TREN DE OCCIDENTE S.A.**, realizó los estudios, análisis e investigaciones de mercado con los cuales confeccionó su oferta con el propósito de participar en esa licitación.

3. Surtido el procedimiento contemplado en el pliego, la sociedad **TREN DE OCCIDENTE S.A.** resultó adjudicataria de esa licitación.

4. El 18 de diciembre de 1998 **FERROVÍAS** y la sociedad **TREN DE OCCIDENTE S.A.** celebraron el contrato de Concesión de Infraestructura y de Obras de Conservación de la Red Pacífica No. 09-CONP-98, cuyo objeto consistió en la entrega en concesión de la infraestructura férrea correspondiente a la Red Pacífica, a fin de que el concesionario realizara su rehabilitación, conservación, operación, explotación y, además, construyera, operara y realizara el mantenimiento de una Terminal de Transferencia de Carga en la Felisa que se integraría a la red concesionada.

5. Lo anterior deja entrever sin duda alguna que el contrato suscrito entre las partes es un típico contrato de concesión de obra pública, puesto que las obligaciones concernían a la ejecución de actividades tendientes a la “rehabilitación y conservación” de la red férrea y a su “operación y explotación” mediante la prestación del servicio público de transporte ferroviario de carga.

6. Las controversias objeto de análisis arbitral están referidas única y exclusivamente al supuesto desequilibrio económico generado por una “...operación comercial a terceros”, que según la convocante, resultó deficitaria e inviable. Por lo que la parte convocante solicita el reconocimiento de los costos no amortizados por una operación comercial a terceros que ha considerado deficitaria e inviable, los cuales determinó libre y autónomamente hasta en la suma de \$ 38.000.000.000, lo que en su sentir constituye un riesgo anormal que no asumió.

7. Ante estas circunstancias, la sociedad **TREN DE OCCIDENTE S.A**, el 10 de febrero de 2009 presentó solicitud de convocatoria de Tribunal de Arbitramento y demanda arbitral ante el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Sociedad Colombiana de Ingenieros con sede en Bogotá y en contra de **EL INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES –INCO-** con el fin de que se acogieran las pretensiones que se sintetizan así:

“1. Pretensiones declarativas

“1.1.- Que declare, conforme a lo pactado en el Acta de Acuerdo de 28 de septiembre de 2006 (aparte primero, literal (i), que **TREN DE OCCIDENTE y el INCO** se encuentran vinculadas al diagnóstico y a las conclusiones del “ESTUDIO DE LA CONCESIÓN DE LA RED FÉRREA DEL PACÍFICO INFORME FINAL”, elaborado por NEXUS BANCA DE INVERSIÓN S.A. – Carlos Mario Arango Londoño y Alejandro Atuesta Meneses y que según el mismo al año 2007 el Proyecto estaba operando a pérdida, era incapaz de generar los retornos adecuados para el inversionista y no podía ser sujeto de crédito.

“1.2. Que se declare que el Proyecto objeto del Contrato de Concesión No. 09-CONP de 18 de diciembre de 1998 resultó inviable y que dicha inviabilidad es sobreviniente, ajena y no imputable a **TREN DE OCCIDENTE**.

“1.3. Que se declare que por razones ajenas y no imputables a **TREN DE OCCIDENTE**, dicha Compañía no pudo amortizar los costos y gastos derivados de la operación comercial a terceros del contrato de concesión No. 09-CONP-98 de 18 de diciembre de 1998 y que tal circunstancia generó en su contra un déficit sobreviniente, anormal, extraordinario, imprevisto e imprevisible y una ejecución contractual en condiciones de desequilibrio económico y financiero.

“1.4. Que por tales circunstancias, se declare que la operación comercial a terceros del Contrato de Concesión No 09-CONP-98 de 18 de diciembre de 1998, resultó deficitaria e inviable para **TREN DE OCCIDENTE** y determinó que dicho contrato se ejecutara en condiciones de desequilibrio económico y financiero y que la operación comercial a terceros tuviera que ser cedida a un tercero.

“1.5. Que se declare en relación con lo estipulado en las cláusulas 66 y 67 del Contrato de Concesión No 09-CONP-98 de 18 de diciembre de 1998 y demás normas concordantes, que el reparto de riesgos estipulado en las mismas no obliga, ni puede obligar a **TREN DE OCCIDENTE** a asumir riesgos y déficits anormales, extraordinarios, imprevistos e imprevisibles derivados de la operación comercial a terceros; ni exoneran al **INCO** de asumir o compartir, a título de restablecimiento del equilibrio del contrato, las consecuencias económicas y financieras derivadas de la ocurrencia de los riesgos comerciales y operativos y de la operación comercial a terceros.

“1.6. Que como consecuencia de todo lo anterior, se declare que el **INCO** está obligado a reconocer, asumir o compartir el déficit de que trata la pretensión anterior, el cual ha sido soportado en su totalidad por **TREN DE OCCIDENTE** en la ejecución del contrato de concesión No 09-CONP-98 de 18 de diciembre de 1998.

“2.- Pretensiones principales de condena

“2.1. - Que se condene al **INCO** a pagar a **TREN DE OCCIDENTE** la totalidad del déficit anormal, extraordinario, imprevisto e imprevisible y los costos y gastos no amortizados resultantes de la operación comercial a terceros del contrato de concesión No 09-CONP-98 de 18 de diciembre de 1998.

“2.2. Que sobre la suma que resulte de la pretensión principal 2.1 o de la subsidiaria 3.1, se reconozcan a **TREN DE OCCIDENTE** intereses comerciales moratorios o aquéllos que determine el Tribunal.

“2.3. Que a partir de la ejecutoria del laudo arbitral, se condene al **INCO** a pagar los intereses moratorios, tal como lo prescribe el artículo 177 del C.C.A, y lo ha ordenado la Corte Constitucional en la sentencia C-188/99.

“2.4. Que se condene al **INCO** a pagar todos los gastos del proceso.

“3. Pretensiones subsidiarias a las pretensiones principales 1.5 y 2.1

“3.1. Que en el caso de que lo estipulado en las cláusulas 66 y 67 del Contrato de Concesión No 09-CONP-98 de 18 de diciembre de 1998 comprenda la asunción de riesgos y déficits anormales, extraordinarios, imprevistos e imprevisibles derivados de la operación comercial a terceros y exonere al **INCO** de asumir o compartir los mismos, se declare que la misma es ineficaz de pleno derecho y que, en consecuencia, el **INCO** debe asumir o compartir, a título de restablecimiento del equilibrio del Contrato, las consecuencias económicas y financieras derivadas de la ocurrencia de los riesgos comerciales y operativos y de la operación comercial a terceros.

“3.2. En caso de que no prospere la pretensión principal 2.1, se condene al **INCO** a pagar a **TREN DE OCCIDENTE** una parte del déficit anormal, imprevisto e imprevisible y de los costos y gastos no amortizados que soportó en la operación comercial a terceros del contrato de concesión No 09-CONP-98 del 18 de diciembre de 1998, teniendo en cuenta lo que al efecto determine el Tribunal.

8. El Tribunal de Arbitramento que se convocó para el efecto, una vez surtido el trámite arbitral, profirió el 20 de mayo de 2011 el correspondiente laudo en el que, declaró: “PRIMERO: Reconocer fundamento total a las siguientes excepciones propuestas por el **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES –INCO-** entidad convocada: (i) “Inexistencia del desequilibrio económico y financiero alegado”; (ii) “Carencia de efecto vinculante del “ESTUDIO DE LA CONCESIÓN DE LA RED FÉRREA DEL PACÍFICO – INFORME FINAL” elaborado por Nexus Banca de Inversión S.A., Carlos Mario Arango Londoño y Alejandro Atuesta Meneses – Junio de 2007”; (iii) “Viabilidad de la operación comercial a terceros”; (iv) “Excepción de contrato no cumplido por parte de TDO” y (v) “Culpa del concesionario”. “SEGUNDO: Denegar las demás excepciones propuestas por la parte convocada. TERCERO: Declarar, en relación con lo estipulado en las cláusulas 66 y 67 del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 de 18 de diciembre de 1998 y demás normas concordantes, que el reparto de riesgos acordado en las mismas no obligaba a la sociedad **TREN DE OCCIDENTE S.A.** a asumir riesgos anormales, extraordinarios imprevistos e imprevisibles derivados de la operación comercial a terceros, conforme a las razones y los motivos expuestos en la parte

considerativa de esta providencia. CUARTO: Denegar las demás pretensiones principales y subsidiarias formuladas en la demanda arbitral presentada por la sociedad **TREN DE OCCIDENTE S.A.**, conforme a las razones y los motivos expuestos en la parte considerativa de esta providencia. QUINTO: En cuanto a los costos de instalación y funcionamiento del Tribunal, estese a lo pactado por las partes en el numeral 4º del Acta de Acuerdo No 62 del 10 de julio de 2008. En relación con las agencias en derecho, no se impone condena alguna (...). SEXTO: (...) SEPTIMO: (...).”.

8. El 27 de mayo de 2011 la sociedad convocante, con fundamento en las causales 6, 7 y 8 del Decreto 1818 de 1998, interpuso el recurso de anulación contra el laudo proferido por el Tribunal de Arbitramento.

9. El 8 de junio de 2011 la Secretaria del Tribunal de Arbitramento radicó ante el Consejo de Estado el expediente para que se le diera trámite al recurso que fue interpuesto.

10. En auto del 3 de agosto de 2011 esta Corporación avocó el conocimiento del asunto y corrió traslado para que la recurrente sustentara el recurso y la convocante presentara sus alegatos.

II. EL RECURSO DE ANULACION

La sociedad convocante pide que se anule el laudo arbitral proferido el 20 de mayo de 2011 con fundamento en las siguientes causales y razones:

1. Con apoyo en la causal prevista en el numeral 6º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, esto es, por haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, la recurrente presenta un cargo en el que aduce, en síntesis, las siguientes razones:

a) Las partes convinieron que las diferencias serían resueltas en derecho por un Tribunal de Arbitramento, para lo cual basta remitirse al acuerdo de las partes dentro del pacto arbitral bajo la modalidad de la cláusula compromisoria, contenida en la cláusula 132 del contrato No. 09-CONP-98, el cual a pesar de haber sido objeto de diferentes modificaciones, ratificó el hecho de que la decisión de los árbitros debía ser en derecho.

b) Un fallo en derecho supone el apego a las normas jurídicas sustanciales y procesales que resulten aplicables.

c) La convocante estima que las súplicas contenidas en las pretensiones se encaminaban a la declaratoria de responsabilidad contractual de la convocada y su consecuente condena a reparar los perjuicios por haber incurrido en la conducta reprochada. Que resulta claro que tratándose de un contrato administrativo el que se reputa incumplido, en el que se encuentra inmersa la satisfacción de un interés público, no es posible solicitar de plano la resolución del contrato, sino exigir el cumplimiento con la indemnización de perjuicios, como lo hizo la sociedad convocante, por lo que estando acreditado el incumplimiento contractual, la aplicación de una consecuencia jurídica diferente, distanciaría la decisión del Tribunal de una decisión en derecho y la pondría en el marco de la equidad.

d) Que el yerro se manifiesta en la decisión del Tribunal pues, éste, en el laudo teniendo demostrado mediante prueba documental que la Empresa Colombiana de Vías Férreas – Ferrovías – desconoció lo previsto en el modelo del Consorcio Ineco – Socimer - Inverlink S.A., y a su vez, el principio de la buena fe, defraudando la confianza legítima generada a **TREN DE OCCIDENTE S.A.** y contraviniendo la regla que establece el “non venire contra factum proprium non valet” (proceder en contra de los actos propios no es válido), desestimó las pretensiones de la demanda apartándose de toda consideración jurídica restándole valor probatorio a la prueba documental prevaleciendo la testimonial, que además se obtuvo mediante preguntas inductivas.

e) Lo anterior significa que siendo obligatoria la sujeción a dichos estudios por las partes del contrato, el no otorgar en arrendamiento las locomotoras y el equipo rodante a la recurrente constituye en derecho un incumplimiento contractual, del que además de declararse su existencia por el Tribunal, debió ordenarse la reparación de los perjuicios que haya generado, proceder que al no adoptarse por el fallador lleva a concluir que la decisión se basó en conciencia y no en derecho.

2. Con fundamento en la causal prevista en el numeral 7° del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, esto es por contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se haya alegado

oportunamente ante el Tribunal, la recurrente presenta un cargo en el que trae, en síntesis, estos razonamientos:

a) Que el Tribunal incurrió en error cuando al referirse a los riesgos del contrato de concesión determinó que solo se asumen en condiciones de normalidad y previsibilidad, lo que así mismo quedó establecido en el numeral tercero de la parte resolutive. Que la contradicción se hace manifiesta cuando después de declarar la prosperidad de la pretensión 1.5., en el numeral cuarto denegó las demás pretensiones principales y subsidiarias.

b) Que como lo estableció el Tribunal de arbitramento los riesgos que debía asumir **TREN DE OCCIDENTE** eran los normales, por lo que no se explica la decisión del Tribunal de desestimar las pretensiones de la demanda porque con ello se condena al contratista a asumir riesgos anormales o ajenos a su alcance, como es la asunción del desequilibrio, que fue generado por incumplimiento de **INCO** a la obligación de entregar predios, incumplimiento que reconoció la entidad en el contrato de transacción de 31 de julio de 2002.

c).- Que dentro de las obligaciones asumidas por **TREN DE OCCIDENTE S.A.**, como contratista, estaba la de operar la infraestructura que comprendía “la Terminal de Transferencia de Carga que se construya en la Felisa”, que como bien se evidencia en la decisión del Tribunal no pudo ejecutarse por el contratista, pero utilizando razonamientos que desconocen la realidad no solo procesal sino material llevándolo a una contradicción en el laudo, por cuanto endilga el riesgo del incumplimiento de las obligaciones de la contratante a la contratista, en particular respecto de su obligación de hacer entrega de los predios necesarios para la efectiva operación del contrato de concesión y de las consecuencias que la materialización de dicho riesgo traen aparejadas.

3.- Finalmente si bien es cierto que el recurrente plantea como tercera causal la contenida en el numeral 8 del artículo 163 del decreto 1818 de 1998, que se refiere “Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido”, sin embargo no fundamenta dicha causal.

III. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público pidió que se declarara infundado el recurso apoyándose en las razones que se sintetizan así:

1.- Refiriéndose a la primera causal planteada, dice que los arbitramentos que se fallan en derecho deben tener como fundamento normas, principios legales y/o supraleales; los arbitramentos en conciencia son aquéllos que se deciden únicamente con base en el criterio de justicia interno del juzgador emitido sin el sometimiento a disposiciones jurídicas y con abstracción total del material probatorio. Trae a colación varios pronunciamientos emitidos por esta Subsección, dentro de los radicados 37788 y 38484, que hacen referencia a la citada causal y concluye diciendo que para que la anulación del laudo prospere por esta causal se debe advertir de la simple lectura del laudo que los árbitros dejaron de lado el ordenamiento jurídico y/o hicieron total abstracción del material probatorio, para definir el litigio con base en su personal e íntimo criterio de justicia.

2.- Que de la lectura del laudo se evidencia que el laudo se profirió en derecho, puesto que en el numeral 3 se analiza el marco jurídico de la controversia, partiendo del tipo de contrato y el régimen jurídico, en donde refiere como fundamento las normas de la Ley 80 de 1993 y de la ley 105 de 1995, así como, de forma amplia, jurisprudencia de las altas cortes y doctrina sobre la materia; e igualmente estudia el contenido del contrato, ley para las partes. También con abundante soporte legal, jurisprudencial y doctrinario, aborda el tema de los riesgos del contrato de concesión. En el numeral 4, el Tribunal realiza un detallado estudio sobre el caso en concreto con base en los elementos de juicio documental, pericial, testimonial, aportados al expediente, por lo que se descarta a prima facie que se trate de un laudo en conciencia.

3.- Que en relación con los cargos que se formulan en la sustentación del recurso, surge evidente que los mismos no configuran el supuesto de la causal. Los argumentos que expone el recurrente se evidencia que controvierte la decisión de fondo, pretendiendo que se surta una nueva valoración probatoria y se apliquen las normas de manera diferente, lo cual resulta contrario a la técnica que gobierna el recurso extraordinario. Que el laudo no se vicia porque los árbitros interpreten y valoren de manera distinta a la pretendida por una de las partes y tomen decisiones que no convengan a sus intereses. Aun en el evento en que un

Tribunal decida de manera equivocada, esa circunstancia no constituye el supuesto de hecho de la causal de haberse proferido en conciencia, toda vez que correcta o no es el producto de un análisis legal y probatorio, que no puede verificarse en instancia del recurso extraordinario.

4.- En lo que toca con la segunda causal esgrimida, dice el Agente del Ministerio Público que la causal 7º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, abarca dos supuestos, la existencia de errores aritméticos o de disposiciones contradictorias y exige que uno y otro estén contenidos en la parte resolutive del laudo y que además se cumpla como requisito de procedibilidad, haberlos puesto en conocimiento del Tribunal arbitral, de conformidad con el pronunciamiento hecho por la Sección Tercera de esta Corporación el 28 de enero de 2009 dentro del radicado 35.262. Que en este caso, la parte convocante y recurrente no surtió la etapa de reclamo ante el Tribunal arbitral, en la que debía poner en conocimiento de aquél los hechos que ahora son objeto de cuestionamiento y como la ley establece el requisito de procedibilidad para que en vía de anulación se conozca y decida sobre esta causal, su incumplimiento impide abordar su estudio.

No advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado se procede a resolver el recurso de anulación previas las siguientes

IV. CONSIDERACIONES

El **fallo en conciencia** se caracteriza porque el juez dicta la providencia sin efectuar razonamientos de orden jurídico, prescindiendo de las normas jurídicas y de acuerdo con su íntima convicción en relación con el deber ser y la solución recta y justa del litigio, luego de examinar los hechos, las pruebas y de valorar bajo su libre criterio y el sentido común las circunstancias de tiempo, modo y lugar que provocaron la controversia.

De conformidad con reiterada jurisprudencia, el fallo en conciencia se presenta cuando el juez toma determinaciones siguiendo lo que le dicta su propio fuero interno, según su leal saber y entender, basado exclusivamente en el principio de

la equidad, de manera que bien puede identificarse con el concepto de verdad sabida y buena fe guardada (*“ex aequo et bono”*)².

En cambio, en el **fallo en derecho** el juez debe apoyarse en el ordenamiento jurídico, esto es, en el conjunto de normas sustanciales y procesales, así como en los principios que lo integran, que constituyen el marco de referencia en el que se ha de encuadrar su decisión.

El **fallo en conciencia** se caracteriza porque el juez dicta la providencia sin efectuar razonamientos de orden jurídico, prescindiendo de las normas jurídicas y de acuerdo con su íntima convicción en relación con el deber ser y la solución recta y justa del litigio, luego de examinar los hechos, las pruebas y de valorar bajo su libre criterio y el sentido común las circunstancias de tiempo, modo y lugar que provocaron la controversia.

De conformidad con reiterada jurisprudencia, el fallo en conciencia se presenta cuando el juez toma determinaciones siguiendo lo que le dicta su propio fuero interno, según su leal saber y entender, basado exclusivamente en el principio de la equidad, de manera que bien puede identificarse con el concepto de verdad sabida y buena fe guardada (*“ex aequo et bono”*)³.

En cambio, en el **fallo en derecho** el juez debe apoyarse en el ordenamiento jurídico, esto es, en el conjunto de normas sustanciales y procesales, así como en los principios que lo integran, que constituyen el marco de referencia en el que se ha de encuadrar su decisión.

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

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 27 de abril de 1999, exp.15623, C.P. Daniel Suárez Hernández y sentencia de 16 de abril de 2000, Exp. 18.411, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 27 de abril de 1999, exp.15623, C.P. Daniel Suárez Hernández y sentencia de 16 de abril de 2000, Exp. 18.411, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

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

En efecto: el Consejo de Estado en sentencia del 9 de agosto de 2001, refiriéndose al tema materia de estudio lo siguiente: “Por consiguiente, si en el laudo se hace referencia al derecho positivo vigente se entiende que el fallo es en derecho y no en conciencia, el cual se caracteriza, en su contenido de motivación por la ausencia de razonamientos jurídicos; el juzgador decide de acuerdo con su propia conciencia y de acuerdo, hay veces, con la equidad, de manera que bien puede identificarse el fallo en conciencia con el concepto de verdad sabida y buena fe guardada”⁴.

Así mismo ha dicho la Jurisprudencia de la Corporación que, el fallo es en derecho y no en conciencia, cuando las normas en que se fundamenta están vigentes. Fue así como en sentencia de 9 de agosto de 2001, dijo la Sala lo siguiente:

“Esas cuatro anotaciones jurídicas del laudo hacen visible que fue proferido en derecho positivo vigente. En efecto se cumplen los supuestos de esa modalidad de arbitraje. En primer lugar porque se citaron normas jurídicas y, en segundo lugar, porque ellas eran las vigentes para ese momento, tanto en los aspectos de caducidad de la acción contractual como en los de liquidación de los contratos estatales.

“Tales supuestos concurrentes descartan de plano que el laudo recurrido se hubiese proferido en conciencia. Esta circunstancia descarta la prosperidad del cargo pues la ley edifica la causal, en estudio, en que el laudo se haya proferido “en conciencia debiendo ser en derecho”⁵.

⁴ Sentencia de 27 de abril de 1999; expediente No. 15623. Posición reiterada en sentencia de 18 de mayo de 2000. Rad: 17797, Sentencia de 8 de febrero de 2001. Rad: 18411.

⁵ Sección Tercera. Sentencia de 9 de agosto de 2001. Exp. 19273.

La Jurisprudencia de la Sala en recientes pronunciamientos se ha referido al tema de las pruebas para decir que “el fallo en conciencia es aquel en el que el juzgador se apoya en su íntima convicción, no da razones de su decisión o prescinde de toda consideración jurídica o probatoria”.

Es así como en sentencia del 21 de febrero de 2011. Exp. 38.621, proferida por esta Subsección, con ponencia del doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, se refirió al tema tratado, del cual transcribimos los siguientes apartes:

“1. Por averiguado se tiene que el recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales, tal como lo ha pregonado la Sección Tercera del Consejo de Estado en múltiples providencias que ya son multitud,⁶ persigue fundamentalmente la protección de la garantía del debido proceso y por consiguiente es improcedente que por su intermedio se aborde nuevamente el estudio de la cuestión de fondo que ya fue resuelta por el Tribunal de Arbitramento.

Por esta razón es que se afirma que al juez del recurso no le es permitido revivir el debate probatorio que se surtió en el trámite arbitral ni entrar a cuestionar los razonamientos jurídicos o la valoración de las probanzas que en su momento hicieron los árbitros para soportar la decisión.

De otro lado, el recurso de anulación por ser extraordinario sólo puede cimentarse en las causales que la ley ha previsto de manera taxativa y en consecuencia el ataque al laudo que se apoye en causal distinta debe ser rechazado por improcedente.

Todo lo anterior se resume, en conclusión, en que el recurso de anulación no constituye una segunda instancia, razón por la cual el laudo no puede ser atacado por errores en el juzgamiento sino por errores en el procedimiento y con fundamento en las causales taxativamente señaladas en la ley.

⁶ Entre ellas las siguientes: Sentencia de mayo 15 de 1992 (Expediente 5326); Sentencia de noviembre 12 de 1993 (Expediente 7809); Sentencia de junio 16 de 1994 (Expediente 6751); Sentencia de octubre 24 de 1996 (Expediente 11632); Sentencia de mayo 18 de 2000 (Expediente 17797); Sentencia de agosto 23 de 2001 (Expediente 19090); Sentencia de junio 20 de 2002 (Expediente 19488); Sentencia de julio 4 de 2002 (Expediente 21217); Sentencia de julio 4 de 2002 (Expediente 22.012); Sentencia de agosto 1º de 2002 (Expediente 21041); Sentencia de noviembre 25 de 2004 (Expediente.25560); Sentencia de abril 28 de 2005 (Expediente 25811); Sentencia de junio 8 de 2006 (Expediente 32398); Sentencia de diciembre 4 de 2006 (Expediente 32871); Sentencia de marzo 26 de 2008 (Expediente 34071); Sentencia de mayo 21 de 2008 (Expediente 33643); y Sentencia de mayo 13 de 2009 (Expediente 34525).

“(…)”

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

De la simple lectura de la norma transcrita emerge que la causal se estructura cuando se presenta la circunstancia de haber fallado en conciencia y este hecho resulta patente en el laudo, esto es, sin que se requiera de mayores argumentaciones para demostrar ese acontecimiento pues es ostensible.

De otro lado, debe advertirse desde ya que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 70 de la Ley 80 de 1993, el arbitramento para la solución de las controversias contractuales debe ser siempre en derecho.

4.1. *En el sistema jurídico colombiano la calificación “en conciencia” fue usada por la mayoría de las regulaciones sobre arbitramento⁷ para referirse a una de las modalidades del arbitraje, sin embargo las disposiciones más recientes utilizan la expresión “en equidad.”⁸*

Hoy la ley⁹ define al arbitraje en equidad como aquel en que los árbitros deciden según el sentido común y la equidad.

“(…)”

4.3. *La Sección Tercera del Consejo de Estado ha estimado que el fallo en conciencia se configura cuando el juzgador se aparta del marco jurídico y decide con fundamento en la mera equidad, razón por la que la motivación no es esencial para la validez de su decisión.¹⁰*

⁷ Ley 105 de 1931, artículo 1216; Ley 2ª de 1938, artículo 6; Decreto 410 de 1971, artículo 2012; Decreto 2279 de 1989, artículo 1º; Ley 23 de 1991, artículo 96

⁸ Constitución Política, artículo 116; Ley 270 de 1996, artículo 13; Ley 446 de 1998, artículo 111; Decreto 1818 de 1998, artículo 115; y Ley 1285 de 2009, artículo 3º.

⁹ Ley 446 de 1998, artículo 111.

¹⁰ Sentencias de abril 3 de 1992, mayo 4 de 2000 y octubre 2 de 2003 (Expedientes 6695, 16766 y 24320).

También ha dicho que esa estirpe de decisiones se caracteriza por prescindir totalmente del acervo probatorio¹¹ o de las normas jurídicas,¹² por la ausencia de razonamientos jurídicos¹³ o por basarse en el concepto de verdad sabida y buena fe guardada.¹⁴

En conclusión, podríamos decir que el fallo en conciencia es aquel en el que el juzgador se apoya en su íntima convicción, no da razones de su decisión o prescinde de toda consideración jurídica o probatoria.

El cambio de la expresión legal “en conciencia” por la de “en equidad” no implica una simple modificación de denominación pues en esa variación va envuelta la defensa de la garantía fundamental al debido proceso.

La garantía del debido proceso está compuesta por múltiples elementos entre los cuales nos interesa destacar para lo que aquí se discurre el deber que tiene el juez de motivar sus decisiones y el derecho de los asociados a que la solución de sus conflictos se fundamenten en la ley y en las pruebas oportunamente y regularmente allegadas al proceso.

Esta garantía cubre cualquier actuación jurisdiccional, sin que constituya una excepción la de los particulares que en determinados casos administran justicia como ocurre con los árbitros, pues estos pueden, si las partes los habilitan, proferir fallos en derecho o en equidad aunque “en los términos que determine la ley.”¹⁵

Por consiguiente, los fallos de los árbitros, por ser decisiones judiciales, deben ser motivadas y fundarse en las pruebas oportuna y regularmente allegadas al proceso, tal como lo preceptúan los artículos 170 del C. C. A., 303 y 174 del C. P. C.

Ahora, los jueces, y entre ellos los árbitros, están sometidos al imperio de la ley pero podrán recurrir a la equidad como criterio auxiliar de su actividad, o como criterio único, si en éste último caso, en tratándose de los árbitros, las partes los

¹¹ Sentencia de septiembre 14 de 1995 (Expediente 10468).

¹² Sentencia de junio 18 de 2008 (Expediente 34543).

¹³ Sentencias de agosto 9 de 2001, agosto 23 de 2001, febrero 13 de 2006, junio 18 de 2008 (Expedientes 19273, 19090, 29704 y 34543).

¹⁴ Sentencia de abril 27 de 1999 y abril 16 de 2000 (Expedientes 15623 y 18411).

¹⁵ Artículo 116 de la Constitución Política.

habilitan¹⁶ para ello, o si, en los demás casos, el proceso versa sobre derechos disponibles y las partes, siendo plenamente capaces, lo solicitan.¹⁷

Sin embargo, debe recordarse lo que atrás se expresó en el sentido que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 70 de la Ley 80 de 1993, el arbitramento para la solución de controversias contractuales debe ser siempre en derecho, sin olvidar que se puede pactar que las diferencias de carácter exclusivamente técnico se sometan al criterio de expertos.

Así que en conclusión, los fallos en equidad, sea que los profieran los jueces o sea que los emitan los árbitros en los casos que proceden, no quedan exentos de estar motivados ni de fundamentarse en las pruebas oportuna y legalmente allegadas al proceso.

Luego, la gran conclusión es que los fallos en conciencia están proscritos en nuestro sistema jurídico y que se podrá acudir a la equidad como criterio único si la ley o las partes facultan al juzgador para ello.

Pero, ¿Qué es lo que caracteriza a un fallo en equidad?

A juicio de la Sala nada mejor que los dos postulados que atrás se mencionaron para determinar si se rotula con la equidad a una decisión.

En efecto, la providencia será en equidad cuando: a) El juez o el árbitro inaplica la ley al caso concreto porque considera que ella es inicua o que conduce a una iniquidad; b) El juez o el árbitro busca por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido.

Pero, se repite, ninguna de estas hipótesis supone que el juzgador prescinda de la motivación o de las pruebas porque entonces ya no sería en equidad sino en conciencia y las decisiones de ésta naturaleza están proscritas de nuestro sistema jurídico tal como se deduce de los artículos 29, 116 y 230 superiores.

4.4. *Corolario de todo lo que hasta aquí se ha expuesto en este aparte es que la causal de anulación prevista en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 se*

¹⁶ Artículo 116 de la Constitución Política.

¹⁷ Numeral 1º del artículo 38 del C. P. C.

configura cuando: **a)** El laudo es en conciencia, esto es, cuando los árbitros se apoyan en su íntima convicción y por lo tanto no dan razones de su decisión o prescinden de toda consideración jurídica o probatoria; **b)** Debiendo ser el laudo en derecho, los árbitros inaplican la ley al caso concreto porque consideran que ella es inicua o que conduce a una iniquidad o también cuando buscan por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido.

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

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

La posición anterior es reiterada por esta misma Subsección, en las sentencias del 24 y 30 de marzo de 2011. Expedientes. 38.484 y 39.496 C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, “consolidando la perspectiva jurisprudencial sobre el tema”.

La misma Subsección en reciente pronunciamiento, proferido el 18 de enero de 2012, dentro del expediente 40.082, con ponencia del doctor Enrique Gil Botero, refiriéndose a la causal analizada, expuso lo siguiente:

“(…)”

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

contrato – principalmente en este-, para valorar el alcance de las obligaciones de las partes, y de ahí para declarar el incumplimiento de una de ellas”

“(...)”

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

5. El numeral 7º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 prevé como causal de anulación del laudo arbitral el “contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos...siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento.”

Como puede verse la causal supone que en la parte resolutive del laudo existan errores aritméticos y que esta circunstancia se haya planteado oportunamente en el tribunal de arbitramento, esto es, que dentro de los cinco días siguientes a haberse proferido la decisión se haya pedido la corrección del error aritmético, por así disponerlo el artículo 36 del Decreto 2279 de 1989.

Por tal error se entiende aquel en el que se incurre al realizar alguna de las cuatro operaciones aritméticas y por consiguiente se trata de un yerro que al corregirlo no conduce a la modificación o revocación de la decisión que se ha tomado.

Y es que según las voces del artículo 309 del C. P. C. la sentencia no puede ser reformada ni revocada por el mismo juez que la profirió y es por esto que es inadmisibile que so pretexto de corregir errores aritméticos se pretenda recorrer los caminos de la reforma o de la revocación del fallo.”

2. En este asunto, como ya se dijo, la convocada pide que se anule el laudo arbitral proferido el 20 de mayo de 2011 porque a su juicio se incurrió en el vicio de haber fallado en conciencia cuando ha debido ser en derecho.

El sustento de la causal se sintetiza en que las pretensiones se encaminaban a la declaratoria de responsabilidad contractual de la convocada y su consecuente condena a reparar los perjuicios por haber incurrido en la conducta reprochada. Que resulta claro que tratándose de un contrato administrativo el que se reputa incumplido, en el que se encuentra inmersa la satisfacción de un interés público, no es posible solicitar de plano la resolución del contrato, sino exigir el cumplimiento con la indemnización de perjuicios, como lo hizo la sociedad convocante, por lo que estando acreditado el incumplimiento contractual, la aplicación de una consecuencia jurídica diferente, distanciaría la decisión del Tribunal de una decisión en derecho y la pondría en el marco de la equidad.

Que el yerro se manifiesta en la decisión del Tribunal pues, éste, en el laudo teniendo demostrado mediante prueba documental que la Empresa Colombiana de Vías Férreas – Ferrovías – desconoció lo previsto en el modelo del Consorcio Ineco – Socimer - Inverlink S.A., y a su vez, el principio de la buena fe, defraudando la confianza legítima generada a **TREN DE OCCIDENTE S.A.** y contraviniendo la regla que establece el “non venire contra factum proprium non valet” (proceder en contra de los actos propios no es válido), desestimó las pretensiones de la demanda apartándose de toda consideración jurídica restándole valor probatorio a la prueba documental prevaleciendo la testimonial, que además se obtuvo mediante preguntas inductivas.

Lo anterior significa que siendo obligatoria la sujeción a dichos estudios por las partes del contrato, el no otorgar en arrendamiento las locomotoras y el equipo rodante a la recurrente constituye en derecho un incumplimiento contractual, del que además de declararse su existencia por el Tribunal, debió ordenarse la reparación de los perjuicios que haya generado, proceder que al no adoptarse por el fallador lleva a concluir que la decisión se basó en conciencia y no en derecho.

2.1. De la sola lectura del fundamento del cargo que se propone al amparo de la causal 6ª se desprende que no está llamado a prosperar porque el recurrente pretende convertir este recurso de anulación en una segunda instancia ya que cuestiona la valoración probatoria que hicieron los árbitros para declarar fundadas varias de las excepciones planteadas y la desestimación de las pretensiones formuladas por la sociedad convocante.

De otra parte las razones que esgrime no configuran o estructuran la causal 6ª, toda vez que no apuntan a demostrar que los árbitros no motivaron su decisión, o que prescindieron totalmente de consideraciones jurídicas o probatorias, o que inaplicaron la ley por considerarla inícuo o que conducía a una situación inequitativa, o que buscaron la solución del caso por fuera del ámbito de la ley.

Lo que hace el impugnante tal como lo advierte el Agente del Ministerio Público, es controvertir la decisión de fondo, pretendiendo que se surta una nueva valoración probatoria y se apliquen las disposiciones legales de manera diferente, lo cual resulta contrario a la técnica que gobierna el recurso extraordinario.

Esta manera de plantear el asunto por el recurrente determina, como ya se dijo, que el cargo resulte impróspero porque el recurso de anulación por ser extraordinario sólo puede cimentarse en las causales que la ley ha previsto de manera taxativa y en consecuencia el ataque al laudo que se apoye en causal distinta debe ser rechazado por improcedente.

3. Con fundamento en la causal prevista en el numeral 7° del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, la recurrente pide que se anule el laudo porque contiene errores aritméticos o disposiciones contradictorias.

El cargo lo sustenta argumentando que el Tribunal incurrió en error cuando al referirse a los riesgos del contrato de concesión determinó que solo se asumen en condiciones de normalidad y previsibilidad, lo que así mismo quedó establecido en el numeral tercero de la parte resolutive. Que la contradicción se hace manifiesta cuando después de declarar la prosperidad de la pretensión 1.5., en el numeral cuarto denegó las demás pretensiones principales y subsidiarias.

Que como lo estableció el Tribunal de arbitramento los riesgos que debía asumir **TREN DE OCCIDENTE** eran los normales, por lo que no se explica la decisión del Tribunal de desestimar las pretensiones de la demanda porque con ello se condena al contratista a asumir riesgos anormales o ajenos a su alcance, como es la asunción del desequilibrio, que fue generado por incumplimiento de **INCO** a la obligación de entregar predios, incumplimiento que reconoció la entidad en el contrato de transacción de 31 de julio de 2002.

Que dentro de las obligaciones asumidas por **TREN DE OCCIDENTE S.A.**, como contratista, estaba la de operar la infraestructura que comprendía “la Terminal de Transferencia de Carga que se construya en la Felisa”, que como bien se evidencia en la decisión del Tribunal no pudo ejecutarse por el contratista, pero utilizando razonamientos que desconocen la realidad no solo procesal sino material llevándolo a una contradicción en el laudo, por cuanto endilga el riesgo del incumplimiento de las obligaciones de la contratante a la contratista, en particular respecto de su obligación de hacer entrega de los predios necesarios para la efectiva operación del contrato de concesión y de las consecuencias que la materialización de dicho riesgo traen aparejadas.

3.1 Este cuestionamiento que la sociedad impugnante escuda en la causal 7ª también pretende controvertir el fondo de la decisión que tomó el Tribunal de Arbitramento porque cuestiona las razones y la valoración probatoria que hicieron los árbitros para declarar probadas las excepciones planteadas y desestimar las pretensiones formuladas.

En efecto, planteado así el asunto resulta incuestionable que la recurrente persigue que se modifique la sentencia recurrida en el sentido que se disponga que el incumplimiento del contrato de concesión se dio por parte de la entidad convocada y no por parte de la entidad convocante, y como consecuencia de ello se acceda a las pretensiones de la demanda o, lo que es lo mismo que esta Sala revise el mérito de la decisión del Tribunal de Arbitramento y la modifique, cuestión del todo improcedente en un recurso de anulación que se edifica sobre la causal 7ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

De otra parte, se echa de menos la demostración de que en la parte resolutive del laudo se incurrió en una contradicción, puesto que del contexto del laudo arbitral se desprende que hay coherencia en lo que allí se dispuso, pues de una parte al estudiar “los riesgos en el contrato de concesión”, concluyó el Tribunal que el cocontratante debe soportar, como en todo contrato, el riesgo normal propio de cualquier negocio y no debe cargar con un riesgo anormal, que lo privaría de las ganancias razonables que hubiera obtenido si la relación contractual hubiera podido cumplirse en las condiciones tenidas en cuenta inicialmente, y así se dispuso en el numeral 3º de la parte resolutive. Pero a renglón seguido el mismo Tribunal consideró que si bien es cierto se demostró en el caso concreto la existencia de un déficit resultante en la operación comercial a terceros, ese hecho

se originó por culpa de la sociedad contratista y no por hechos ajenos y externos a las partes, ni imputable a la entidad convocada, pues dicho desbalance tuvo por causa la propia culpa de la sociedad concesionaria debido a su ineficiente gestión comercial, como quiera que no incorporó al proyecto los recursos que se requerían a efectos de garantizar al menos una debida estructura operativa que atendiera la demanda de carga existente, en proporción a la capacidad máxima de la red concesionada y como consecuencia de ello era lógico que se desestimaran las pretensiones de la demanda.

De otra parte, la Sala también ha recalcado que en tratándose de esta causal debe cumplirse con el requisito de procedibilidad en ella contemplado, toda vez que *“...cuando la norma alude a la reclamación oportuna de tales irregularidades ante el Tribunal de Arbitramento, debe entenderse que aquella reclamación debe efectuarse dentro de los cinco días siguientes a la expedición del laudo arbitral, contemplados en el artículo 36 del decreto ley 2.279 de 1989, días en los cuales se puede pedir la aclaración, la corrección y/o la complementación del mismo laudo...”*¹⁸; y que la contradicción del laudo para que sea anulable, debe buscarse entre las disposiciones contenidas en la parte resolutive y no entre ésta y la motiva o solo en esta última, salvo en condiciones muy particulares en que se torna imposible prescindir de la parte motiva.¹⁹

Además ha subrayado la Sección que la circunstancia de que los árbitros hubiesen valorado en forma contradictoria o no los medios de prueba obrantes en el proceso, no configura esta causal²⁰, ni autoriza revisar el laudo para controvertir su parte motiva, bajo el expediente de que inciden en la parte resolutive del laudo.²¹

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 11 de marzo de 2004, Exp. 25021.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 4 de julio de 2002. Exp. 22.195.

En resumen, se configura la causal siempre que habiéndose alegado oportunamente al Tribunal y éste no acceda a su corrección, no sea posible ejecutar la providencia total o parcialmente, porque lo decidido en su parte resolutive en uno o varios de los dictados de ésta se excluyen y oponen entre sí, de tal manera que de pretender cumplirse simultáneamente lo fallado en una parte veda o aniquila otra.

De acuerdo con lo anterior, la procedencia de la causal del numeral 7º artículo 38 del Decreto ley 2279 de 1989, en cuanto a su último supuesto está condicionada²² a que: (i) se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento; (ii) las contradicciones que se alegan estén presentes en la parte resolutive del laudo; y (iii) determinen la imposibilidad de ejecutar sustancialmente la decisión contenida en la parte resolutive.

Así las cosas resulta claro que las razones que se aducen no configuran el error aritmético o disposiciones contradictorias que se alega al amparo de la causal 7ª y por consiguiente este cargo también está llamado a fracasar.

Por último, como la causal 8ª que se esgrime no se sustentó debidamente y, la impugnación del laudo por la vía del recurso de anulación supone que se cimente en las causales previstas en la ley, como ya se dijo, pero además que se sustente, ésta igualmente debe declararse impróspera.

En síntesis, compartiendo el concepto del Ministerio Público, ninguno de los cargos formulados está llamado a prosperar y en consecuencia se declarará infundado el recurso de anulación y se condenará en costas a la recurrente.

4. El inciso tercero del artículo 165 del Decreto 1818 de 1989 dispone que si ninguna de las causales prospera, se declarará infundado el recurso y se condenará en costas al recurrente.

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 7 de junio de 2007. Exp. 32.986.

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 14 de abril de 2005, Exp. 25.489. En similar sentido sentencia 6 de junio de 2002, Exp. 20634.

Por su parte el inciso primero del citado artículo prevé que en la misma sentencia se liquidarán las costas y condenas a cargo de las partes.

En este asunto no aparecen acreditados expensas o gastos que se hubieren efectuado con ocasión del recurso de anulación, razón por la cual sólo habrá lugar al pago de las agencias en derecho que en este caso se fijan en la suma de SIETE MILLONES DE PESOS (\$7.000.000).

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

R E S U E L V E

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADO el recurso de anulación interpuesto por la parte convocante contra el laudo arbitral proferido el 20 de mayo de 2011.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la sociedad recurrente y por consiguiente al pago de **SIETE MILLONES DE PESOS (\$ 7.000.000)** que es el valor en que se estiman las agencias en derecho.

TERCERO: ORDENAR devolver el expediente al Tribunal de Arbitramento por conducto de su Secretaría.

CUARTO.- Reconózcase al doctor ROBERTO NUÑEZ ESCOBAR, identificado con la cédula de ciudadanía No 72.309.154 de Puerto Colombia (Atlántico) y T.P. No 104.629 del C. S. de la J., como apoderado judicial del TREN DE OCCIDENTE S.A. y al doctor GUSTAVO ADOLFO CUELLO IRIARTE, identificado con la cédula de ciudadanía No 17.169.428 de Bogotá y T.P. No 12.361 del C. S. de la J., como apoderado del INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES –INCO-, respectivamente, en los términos y para los efectos anotados en los poderes visibles a folios 179 y 181 del cuaderno principal.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Presidenta de la Sala

ENRIQUE GIL BOTERO

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA